

QD L 64

Febrero de 2024 · Cuadernos de Derecho Local

LA FINANCIACIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES A EXAMEN



QDL64

Febrero de 2024 · Cuadernos de Derecho Local

LA FINANCIACIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES A EXAMEN

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

Estugraf Impresores 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

Presidente: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III de Madrid*
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*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Miguel Casino Rubio, *U. Carlos III de Madrid*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
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*
Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director: Alfredo Galán Galán, *Universidad de Barcelona*
Secretario: Gustavo Manuel Díaz González, *Universidad de Oviedo*
Coordinadora: Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*
Vocales: Marcos Almeida Cerredá, *U. de Santiago de Compostela*
Mónica Álvarez Fernández, *U. de Oviedo*
Antonio Arroyo Gil, *U. Autónoma de Madrid*
M. Mercè Darnaculleta Gardella, *U. de Girona*
Antonio Descalzo González, *U. Carlos III de Madrid*
Ricard Gracia Retortillo, *U. de Barcelona*
María Hernando Rydings, *U. Rey Juan Carlos*
Agustín Iriondo Colubi, *Consejo Consultivo de Asturias*
Cayetano Prieto Romero, *Comunidad de Madrid*
Diana Santiago Iglesias, *U. de Santiago de Compostela*
Sofía Simou, *U. Autónoma de Madrid*
Francisco Toscano Gil, *U. Pablo de Olavide*

QDL64

ESTUDIOS

I. Sección monográfica La financiación de los Gobiernos locales a examen

- 14 La hacienda de los municipios españoles: diagnóstico, evaluación y propuestas para una reforma · NÚRIA BOSCH ROCA y MAITE VILALTA FERRER
- 48 El procedimiento de elaboración de las ordenanzas locales fiscales · IRENE ARAGUÀS GALCERÀ
- 79 El impuesto sobre bienes inmuebles: oportunidades y problemas · JOSÉ MARÍA UTANDE SAN JUAN
- 113 La plusvalía municipal en el año 2024 · DIEGO MARÍN-BARNUEVO FABO
- 141 Las subvenciones condicionadas concedidas a las Administraciones locales. Tipos de condicionalidad y posibles límites · ANTONIO BUENO ARMIJO
- 174 Situación de la participación de las entidades locales en los tributos de las comunidades autónomas (o cómo incumplir un mandato constitucional durante más de cuarenta años) · JOSÉ MIGUEL MARTÍN RODRÍGUEZ
- 213 La Ley reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de la Comunidad Valenciana ante el Tribunal Constitucional: luces y sombras · JESÚS RAMOS PRIETO

Índice

II. Sección general

La posición institucional del Alcalde en el proceso político municipal. Las dimensiones de la presidencialización de los Gobiernos locales europeos · DANIEL CASAL, JESÚS GUTIÉRREZ VILLALTA y ADOLFO CALATRAVA 252

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

Los entes locales ante la legislación de transparencia · CARLOS M.ª RODRÍGUEZ SÁNCHEZ 282

Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y su prevención por parte de la Administración local · ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ 316

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de septiembre a 31 de diciembre de 2023) · VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ 386

CRÓNICA CONSULTIVA

Revisiones de oficio sucesivas de un mismo contrato verbal · HELENA MORA BALCELLS y PILAR MARÍ LÓPEZ 422

Responsabilidad de la Administración municipal por omisión de sus deberes de vigilancia en relación con la tenencia de perros potencialmente peligrosos. Responsabilidad civil derivada del delito y responsabilidad patrimonial de la Administración · PABLO BAQUERO SÁNCHEZ 438



QDL64

ESTUDIOS



QDI 64

**I.
Sección
monográfica.
La financiación
de los Gobiernos
locales a
examen**

La hacienda de los municipios españoles: diagnóstico, evaluación y propuestas para una reforma

NÚRIA BOSCH ROCA
*Catedrática de Hacienda Pública.
Universitat de Barcelona e IEB*

MAITE VILALTA FERRER
*Profesora titular de Hacienda Pública.
Universitat de Barcelona e IEB*

- 1. Introducción**
- 2. La procedencia de los ingresos municipales: breve descripción a través de los datos presupuestarios**
 - 2.1. Los tributos municipales
 - 2.2. Las transferencias recibidas por los municipios
- 3. Valoración del modelo de financiación municipal: insuficiente autonomía financiera, desequilibrio vertical y falta de equidad**
 - 3.1. La insuficiente autonomía financiera de los municipios españoles
 - 3.2. El desequilibrio vertical: la insuficiencia global de recursos. Un problema que se agrava en el tiempo
 - 3.3. La equidad horizontal en los municipios españoles: un objetivo no planteado
- 4. Propuestas para una futura reforma de la hacienda local**
 - 4.1. Una mirada al sistema comparado
 - 4.1.1. *La dimensión de los municipios*
 - 4.1.2. *Las funciones de gasto de los Gobiernos locales*
 - 4.1.3. *La financiación local*
 - 4.2. Grandes líneas de reforma
 - 4.2.1. *Reforma de la organización territorial*
 - 4.2.2. *Reforma competencial*
 - 4.2.3. *Reforma del sistema de financiación*
- 5. Bibliografía**

Artículo recibido el 08/01/2024; aceptado el 24/01/2024.

Resumen

Este artículo describe y evalúa la situación actual de la hacienda de los municipios españoles y, en base a la experiencia comparada, señala algunas líneas para tener en cuenta en una futura posible reforma.

Se hace una valoración del modelo, poniendo énfasis en la insuficiente autonomía financiera de los municipios, el desequilibrio vertical y la falta de equidad horizontal. El artículo concluye en la necesidad de afrontar la actual organización territorial con un exceso de pequeños municipios, clarificar el marco competencial, incrementar el volumen de recursos en manos de los municipios, reforzar la cesta tributaria local y mejorar el funcionamiento de las actuales subvenciones con un objetivo nivelador.

Palabras clave: *financiación municipal; autonomía tributaria; nivelación fiscal.*

The treasury of Spanish municipalities: diagnosis, evaluation and proposal for reform

Abstract

This article offers an analysis of the current state of Spanish municipal treasuries and provides a comprehensive evaluation thereof. Drawing upon comparative legal frameworks, it identifies key areas warranting attention for potential reform. The discussion centers on the insufficient financial autonomy of municipalities, vertical imbalances, and disparities in horizontal equity. It underscores the imperative to revisit several facets, including the proliferation of small municipalities, clarification of jurisdictional frameworks, augmentation of municipal resources, enhancement of local tax structures, and optimization of subsidy mechanisms with an aim toward equitable distribution. This examination underscores the importance of municipal financing, tax autonomy, and tax equalization in fostering sustainable and balanced local governance.

Keywords: *municipal financing; tax autonomy; tax equalization.*

1

Introducción

El objetivo de este estudio es describir y evaluar la situación actual de la hacienda de los municipios españoles y, en base a la experiencia comparada, señalar algunas líneas de reforma.

El actual modelo de financiación local deriva de un marco legal diseñado en 1988. Después de varias décadas de existencia se pone de manifiesto la necesidad de una profunda reforma, que permita una adecuada adaptación a los cambios socioeconómicos que se han producido durante este periodo.

El artículo se estructura en 4 apartados, siendo el primero esta introducción. En el segundo apartado se describe el actual modelo de financiación local a partir del análisis de los datos correspondientes a la última liquidación disponible de los presupuestos municipales. El tercer apartado hace una valoración del modelo, poniendo énfasis en la insuficiente autonomía financiera de los municipios, el desequilibrio vertical y la falta de equidad horizontal. En el cuarto y último apartado se describen las principales líneas de reforma del sistema de financiación municipal a partir del análisis crítico realizado en el apartado anterior y del análisis del sistema comparado, que se examina en este mismo apartado.

2

La procedencia de los ingresos municipales: breve descripción a través de los datos presupuestarios

El cuadro 2.1 muestra que en 2021 el conjunto de municipios pertenecientes a las comunidades autónomas (CC. AA.) de régimen común obtuvo un total de 55 548,06 millones de euros, y los pertenecientes a las CC. AA. de régimen foral, 3587,30 millones de euros. Ello significa que dispusieron de una media de 1248,00 y de 1247,53 euros por habitante, respectivamente. Si bien esta cifra es prácticamente igual, la procedencia de los ingresos difiere en un caso y otro.

En los municipios de las CC. AA. de régimen común, la principal vía de obtención de sus ingresos son los impuestos (representan un 41,0 %), que, junto con las tasas, los precios públicos y las contribuciones especiales, aportan más de la mitad de sus recursos (el 54,9 %). En cambio, en los municipios forales el peso de los recursos procedentes de impuestos es menor, representan tan solo el 24,1 % del total; si a este porcentaje se le añaden las tasas, los precios públicos y las contribuciones especiales, la cifra asciende al 40,9 %, de manera que en los municipios forales los tributos aportan menos de la mitad de sus ingresos. En este caso, la principal fuente de recursos son las transferencias, que suponen el 53,8 % del total, mientras que este porcentaje es del 37,3 % en los municipios de las CC. AA. de régimen común.

Además de los tributos y las transferencias, los municipios han obtenido recursos de operaciones financieras, fundamentalmente del endeuda-

miento. Estas operaciones han aportado a los municipios forales el 1,3 % del total de ingresos, mientras que a los municipios de régimen común les han aportado el 5,8 %. Finalmente, los recursos procedentes del uso y la venta del patrimonio municipal (ingresos patrimoniales y enajenación de inversiones reales) representan el 4,0 % en los municipios forales y el 2,1 % en los de régimen común.

Cuadro 2.1. Procedencia de los ingresos de los municipios españoles. Liquidación 2021

	municipios de las CC. AA. de régimen común			municipios de las CC. AA. de régimen foral		
	Millones €	€ habitante	%	Millones €	€ habitante	%
Impuestos	22 800,95	512,27	41,0 %	865,66	301,04	24,1 %
Tasas, precios públicos, contribuciones especiales, otro	7701,67	173,03	13,9 %	600,34	208,77	16,7 %
Ingresos patrimoniales	792,40	17,80	1,4 %	70,38	24,48	2,0 %
Enajenación inversiones reales	354,54	7,97	0,6 %	72,22	25,12	2,0 %
Transferencias	20 698,20	465,03	37,3 %	1930,43	671,33	53,8 %
Corrientes	18 312,22	411,42	33,0 %	1838,86	639,49	51,3 %
Capital	2385,98	53,61	4,3 %	91,57	31,84	2,6 %
Ingresos financieros	3200,30	71,90	5,8 %	48,27	16,79	1,3 %
TOTAL	55 548,06	1248,00	100,0 %	3587,30	1247,53	100,0 %

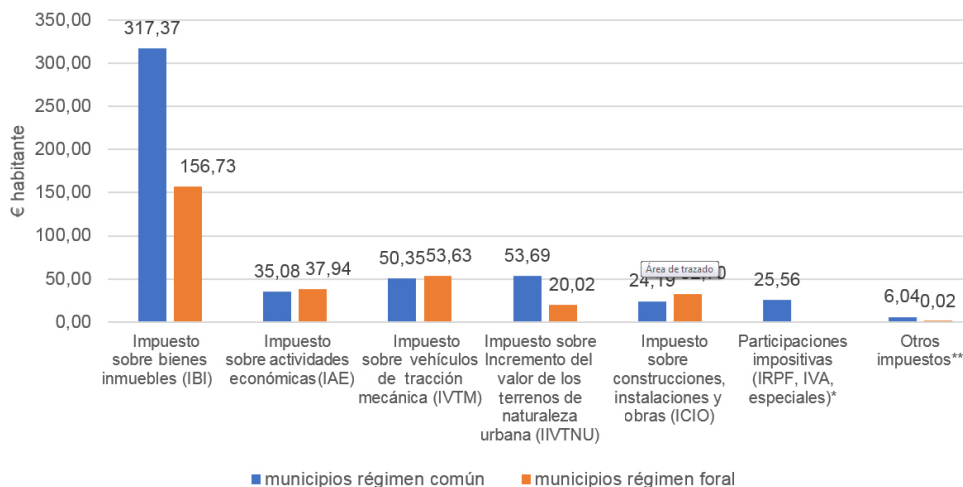
Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda.

2.1 Los tributos municipales

El principal impuesto que forma parte de la cesta tributaria de los municipios españoles es el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI). Tal y como muestra el gráfico 2.1, este impuesto aporta, al conjunto de municipios de régimen común, una media de 317,37 euros por habitante (ello supone el 61,9 % de los recursos procedentes de figuras impositivas); y a los municipios de régimen foral este impuesto les aporta 156,73 euros por habitante (el 52,1 % de los ingresos impositivos). Esto permite afirmar que el modelo de financiación municipal en el Estado español pivota, fundamentalmente, sobre este impuesto que grava la propiedad inmueble.

El IBI, junto con el impuesto sobre actividades económicas (IAE) y el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica (IVTM), son impuestos obligatorios, mientras que los otros dos, el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU) y el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO), son potestativos. El IAE y el IVTM aportan conjuntamente a los municipios de las CC. AA. de régimen común una media de 85,42 euros por habitante; esta cifra es de 91,58 euros por habitante para los municipios forales. Y los dos últimos (el IIVTNU y el ICIO) aportan conjuntamente una media de 77,88 euros por habitante a los municipios de régimen común y de 55,72 euros por habitante a los de régimen foral.

Gráfico 2.1. Ingresos de los municipios procedentes de impuestos. € habitante. 2021



(*) Estas participaciones solo las tienen los municipios de más de 75 000 habitantes, las capitales de comunidad autónoma, capitales de provincia y los municipios declarados turísticos.

(**) Incluye: impuesto general indirecto canario, impuestos extinguidos, impuesto gastos suntuarios (cotos caza y pesca).

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda.

Los municipios de más de 75 000 habitantes y las capitales de provincia o comunidad autónoma de las CC. AA. de régimen común disponen de participaciones territoriales en la parte estatal del IRPF, el IVA y los impuestos especiales. Concretamente, se trata de una participación territorializada del 1,6875 % de la cuota líquida del IRPF, del 1,7897 % de la recaudación líquida del IVA imputable al municipio, y del 2,0454 % de la recaudación líquida imputable a cada municipio por los impuestos sobre alcohol, sobre hidrocarburos y sobre

tabaco. Y los municipios turísticos tienen una participación territorializada del 2,0454 % de la recaudación líquida imputable al municipio del impuesto sobre hidrocarburos y del 2,0454 % del impuesto sobre el tabaco.

Los recursos procedentes de estas participaciones impositivas aportaron en el año 2021 un total de 1137,51 millones de euros a dichos municipios, que supone el 5,0 % del total de los ingresos impositivos del conjunto de los municipios de régimen común.

La regulación de todos estos tributos municipales compete al Gobierno central. Es decir, es una ley estatal la que determina su configuración y funcionamiento. Los ayuntamientos disponen de cierta capacidad de decisión sobre algunos elementos de dichos impuestos, que se concreta en la potestad normativa que ejercen a través de las ordenanzas fiscales. Cabe destacar que la Ley Orgánica de Financiación de las CC. AA. (LOFCA) prevé la posibilidad de que los Gobiernos autonómicos establezcan tributos sobre las materias que la legislación de régimen local reserva a los entes locales, estableciendo, en este caso, medidas de compensación o coordinación.

Además de los impuestos, la cesta tributaria de los municipios está integrada por una extensa variedad de tasas y precios públicos. Como muestra el cuadro 2.1, estas fuentes aportan a los municipios de las CC. AA. de régimen común el 13,9 % del total de sus ingresos (173,03 euros por habitante), y a los municipios forales el 16,7 % (208,77 euros por habitante). El tipo de servicios que prestan los municipios justifica y facilita el uso de este tipo de figuras basadas en el principio del beneficio. Es decir, se trata de servicios cuya demanda es fácilmente identificable a nivel individual y, por tanto, facilita que aquellos ciudadanos que los utilizan sean los que contribuyan a pagarlos, dado que son los que se benefician directamente de su prestación. Las tasas municipales cuantitativamente más importantes son las de alcantarillado y recogida y tratamiento de residuos. Junto con las tasas y los precios públicos se encuentran también las contribuciones especiales, las multas y los aprovechamientos urbanísticos, pero su peso es cuantitativamente reducido.

2.2

Las transferencias recibidas por los municipios

Tal y como se ha visto anteriormente las transferencias constituyen, junto con los tributos, la otra gran vía de obtención de recursos municipales. Los gráficos 2.2 y 2.3 muestran cuál es la procedencia de estas transferencias (corrientes y de capital) correspondientes al ejercicio 2021. Es fácil observar que su comportamiento es claramente distinto para los municipios de las CC. AA. de régimen

común y los de las forales, debido a las especificidades del modelo de financiación foral.

En primer lugar, el gráfico 2.1 muestra la procedencia de las transferencias corrientes. Para los municipios de las CC. AA. de régimen común estas proceden, fundamentalmente, del Gobierno central (una media de 275,82 euros por habitante, que supone el 67,0 % del total). Se trata, básicamente, de la subvención incondicionada que reciben en forma de Participación Municipal en los Tributos del Estado (PMTE) para los municipios de menos de 75 000 habitantes, y en forma de Fondo Complementario para los municipios de más de 75 000 habitantes y capitales de provincia y de comunidad autónoma.

La distribución de la PMTE entre los distintos municipios se realiza a través de una fórmula en la que intervienen las tres siguientes variables:

a) La población corregida por unos coeficientes que aumentan a medida que lo hace el tamaño del municipio (menos de 5000 habitantes; entre 5000 y 20 000 habitantes; entre 20 000 y 50 000 habitantes; y más de 50 000 habitantes); esta variable pesa el 75 %.

b) El inverso de la capacidad fiscal (con un peso del 12,5 %), que se calcula como la relación existente entre la base imponible media del IBI por habitante de cada ayuntamiento y la propia magnitud del estrato de población del que forma parte, ponderada por la relación entre la población de derecho de cada municipio y la población total de los municipios incluidos en esta modalidad de participación. Los estratos de población son los mismos que se utilizan para ponderar la variable población.

c) El esfuerzo fiscal (con un peso del 12,5 %), cuyo cálculo se realiza a partir de la comparación de los tipos de gravamen aplicados en los impuestos municipales obligatorios (IBI, IAE, IVTM) con los tipos máximos que se pueden aplicar según la Ley Reguladora de Haciendas Locales.

El cálculo del Fondo Complementario correspondiente a los municipios mayores de 75 000 habitantes se realiza actualizando año a año una cifra correspondiente a un año base (el 2004), aplicando simplemente una tasa de evolución que ha sido la de los ingresos tributarios del Estado (ITE). Concretamente, la formulación es la siguiente:

$$PMTE_{2004}^i = PMTE_{2003}^i \times IE_{2004/2003} \quad (1)$$

$$FC_{2004}^i = PMTE_{2004}^i - PIRPF_{2004}^i - PIVA_{2004}^i - PIIEE_{2004}^i \quad (2)$$

Siendo:

PMTEⁱ: Participación municipal en los tributos del Estado del municipio "i".

IE: Índice de evolución.

FCⁱ: Fondo complementario de financiación del municipio "i".

PIRPFⁱ: Participación municipal en el IRPF del municipio “i”.

PIVAⁱ: Participación municipal en el IVA del municipio “i”.

PIIEEⁱ: Participación municipal en los impuestos especiales del municipio “i”.

Se parte, pues, de la cuantía correspondiente a la PMTE de 2003, que era, hasta entonces, la subvención incondicionada que recibían estos municipios, calculada a través de una fórmula que era igual para todos¹, excepto para Madrid y Barcelona, que gozan de un régimen especial. Esta cuantía inicial se actualizó aplicando un índice de evolución, tal como indica la expresión (1) y que resultó ser la tasa de crecimiento del PIB. A la cuantía resultante se le restó la cuantía de las participaciones en el IRPF, en el IVA y en los impuestos especiales, tal como indica la expresión (2). El resultado fue la cuantía correspondiente a cada municipio del Fondo Complementario para el año 2004. A partir de entonces, la cuantía correspondiente a cada municipio procedente de este fondo evoluciona, anualmente, según la tasa de crecimiento de los ITE. Es decir, el volumen correspondiente al Fondo Complementario se obtiene para cada ejercicio presupuestario, multiplicando el volumen del año base del sistema (2004) por el incremento que experimentan los ITE entre el año base y el año al que corresponda.

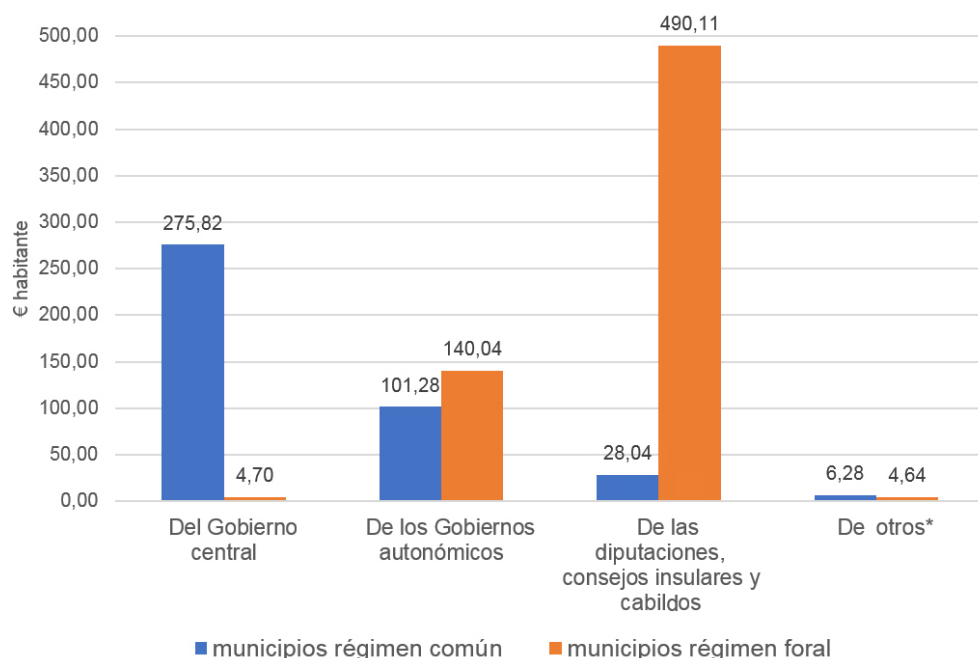
Para los municipios de régimen foral las transferencias corrientes procedentes del Gobierno central son cuantitativamente poco significativas (4,70 euros por habitante, lo que supone el 0,74 % del total)². En este caso, proceden, fundamentalmente, de las diputaciones forales (en el caso del País Vasco) y del Gobierno de la Comunidad Autónoma (en el caso de Navarra). Las diputaciones forales transfieren a sus municipios una media de 490,11 euros por habitante que supone el 76,6 % del total; se trata, por tanto, de una cifra significativamente superior a la que las diputaciones de los territorios de régimen común transfieren a sus municipios (una media de 28,04 euros por habitante). Ello se explica por la existencia del concierto económico entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País

1. Las variables y las ponderaciones que se utilizaban eran las siguientes: el 75 % en función de la población municipal ponderada, de acuerdo con unos coeficientes que aumentaban al aumentar la población; el 2,5 % de acuerdo con las unidades escolares; el 8,5 % de acuerdo a la inversa de la capacidad recaudatoria; el 14 % de acuerdo con el esfuerzo fiscal medio ponderado por la población.

2. Véase Anglès Juanpere (2018) para un mayor detalle sobre el funcionamiento de las transferencias a los municipios en el sistema foral. Precisamente, cuando se calcula el “cupó” que el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco transfiere al Gobierno central en concepto de pago por las cargas no asumidas, se realiza un ajuste por la participación de los entes locales forales en los ingresos no concertados. Concretamente, se transfiere al Gobierno de la Comunidad Autónoma foral una cuantía igual a la parte proporcional a los ingresos no concertados de la participación de sus municipios y diputaciones en la participación de los entes locales en los ingresos del Estado.

Vasco (y del convenio económico en el caso de Navarra) que conlleva, entre otras diferencias, una configuración de los mecanismos de participación de los municipios en sus ingresos tributarios (los concertados) no equiparable a la de los existentes en los municipios de las CC. AA. de régimen común. La participación de los municipios de Navarra y del País Vasco en los ingresos forales constituye su principal fuente de financiación. Dicha participación se canaliza, fundamentalmente, a través de fondos incondicionados cuya distribución se realiza utilizando un índice de necesidades de gasto (en el caso de Navarra, constituido por variables como la población, la extensión del suelo urbano, la población igual o superior a 65 años, la población inmigrante, la superficie,...) y un índice de capacidad fiscal (en el caso de Navarra, constituido por bases fiscales como las de la contribución territorial, el IAE, el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica y el valor catastral).

Gráfico 2.2. Procedencia de las transferencias corrientes recibidas por los municipios. € habitante. 2021

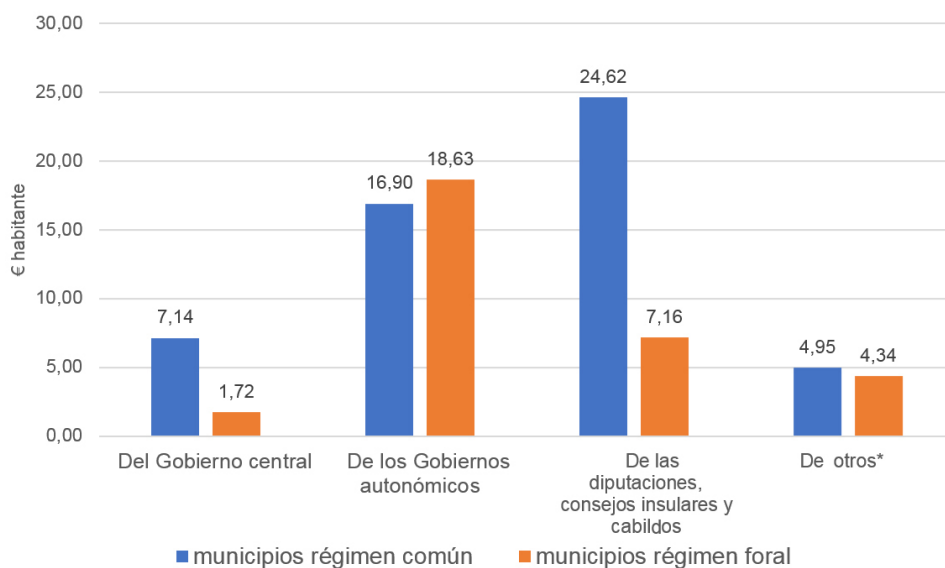


(*) Incluye: consejos comarcales, áreas metropolitanas, empresas privadas, exterior, familias e instituciones sin ánimo de lucro, consorcios, entes públicos y sociedades mercantiles de la entidad local, mancomunidades, entidades locales menores, entidades que agrupan a municipios.

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda.

Las transferencias corrientes que reciben los municipios de las CC. AA. de régimen común procedentes de sus respectivos Gobiernos autonómicos (una media de 101,28 euros por habitante) suponen un 24,6 % del total. Se trata de recursos que dichos Gobiernos canalizan, básicamente, a través de un amplio abanico de subvenciones específicas destinadas a la financiación de diferentes tipos de servicios públicos (servicios sociales, vivienda, guarderías, etc.), y a través de algunos fondos incondicionados. Asimismo, las transferencias que los municipios de las CC. AA. de régimen común reciben de sus diputaciones, cabildos o consejos insulares ascienden a una media de 28,04 euros por habitante, lo que supone un 6,8 % del total.

Gráfico 2.3. Procedencia de las transferencias de capital recibidas por los municipios. € habitante. 2021



(*) Incluye: consejos comarcales, áreas metropolitanas, empresas privadas, exterior, familias e instituciones sin ánimo de lucro, consorcios, entes públicos y sociedades mercantiles de la entidad local, mancomunidades, entidades locales menores, entidades que agrupan a municipios. Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda.

El gráfico 2.3 muestra la procedencia de las transferencias de capital recibidas por los ayuntamientos, que son las que van destinadas a financiar gastos de inversión municipal. Es fácil ver que el comportamiento es bien distinto del de las corrientes. En ese caso, son las que proceden

de las diputaciones, consejos insulares y cabildos las cuantitativamente más importantes para los municipios de las CC. AA. de régimen común (una media de 24,62 euros por habitante que supone el 45,9 % del total), seguidas de las procedentes de sus respectivos Gobiernos autonómicos (una media de 16,90 euros por habitante que supone el 31,5 % del total). Esto significa que el 77,5 % de las transferencias que reciben los ayuntamientos de régimen común para financiar sus inversiones procede de diputaciones y Gobiernos autonómicos. En este caso, las procedentes del Gobierno central representan el 13,3 % (una media de 7,14 euros por habitante); y de entre las que proceden de otros entes u organismos (una media de 4,95 euros por habitante), destacan las concedidas por organismos exteriores, concretamente de la Unión Europea (representan alrededor de un 5,0 %).

Para los municipios forales las transferencias de capital proceden, básicamente, de sus Gobiernos autonómicos (una media de 18,63 euros por habitante que representa el 58,5 % del total), seguidas de las concedidas por las diputaciones forales (una media de 7,16 euros por habitante que representa el 22,5 % del total). Las procedentes del Gobierno central (una media de 1,72 euros por habitante) suponen un 5,4 % del total.

3

Valoración del modelo de financiación municipal: insuficiente autonomía financiera, desequilibrio vertical y falta de equidad

El actual modelo de financiación de los municipios españoles, descrito brevemente en el punto anterior, fue diseñado a partir de la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, y su posterior reforma (Ley 51/2002, de 27 de diciembre). Han pasado muchos años y se podría afirmar que, a día de hoy, este modelo presenta algunos problemas a la hora de dar cumplimiento, fundamentalmente, a tres principios básicos de una hacienda descentralizada como son el de la autonomía financiera, el desequilibrio vertical y la equidad horizontal. A continuación, se exponen los principales argumentos que permiten sustentar esta afirmación y se apuntan posibles vías de solución³.

3. Para una mayor profundización sobre la problemática del modelo de financiación municipal y sus posibles vías de solución, véanse Suárez Pandiello (2008); Vilalta (2015); Comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local (2017); Salinas *et al.* (2021); Rubio Guerrero (2023).

3.1

La insuficiente autonomía financiera de los municipios españoles

Los Gobiernos son fiscalmente autónomos si disponen de capacidad para tomar decisiones sobre cuánto, cómo y en qué gastan, y sobre cuánto y cómo obtienen sus ingresos. Es decir, un Gobierno goza de autonomía fiscal si puede decidir cómo gasta y cómo ingresa. Ello solo es posible si buena parte de sus ingresos proceden de fuentes de financiación incondicionadas y, fundamentalmente, de figuras tributarias propias. Es decir, es necesario que los ingresos de los Gobiernos procedan, mayoritariamente, de los tributos que les pagan sus ciudadanos. Es por ello que el peso que representan los ingresos tributarios sobre el total de ingresos que tiene un Gobierno indica, en cierta medida, su grado de autonomía fiscal, siendo este un indicador muy sintético.

Cabe tener en cuenta que lo que realmente contribuye a hacer fiscalmente autónomos a los Gobiernos es tener capacidad normativa sobre los tributos, así como de gestión y administración. Es decir, es necesario que los Gobiernos tengan un cierto poder legislativo para poder decidir sobre los elementos esenciales de las diferentes figuras que integran su cesta tributaria (tipo impositivo, cálculo de la base imponible, deducciones, bonificaciones, mínimos exentos, etc.); y al mismo tiempo, también es necesario que puedan tomar decisiones que afecten a la gestión y la administración de estas figuras, lo cual está directamente relacionado con aspectos como la lucha contra el fraude fiscal, la evasión de impuestos, o las formas de pago de los impuestos por parte de la ciudadanía, etc.

Asegurar la autonomía fiscal y financiera de los Gobiernos subcentrales evita su dependencia respecto de las transferencias procedentes de otras Administraciones. Es decir, según cuales sean el peso y la composición de la cesta tributaria en manos de un Gobierno, este puede ser más o menos fiscalmente autónomo o fiscalmente dependiente, y tanto la teoría económica como el sistema comparado muestran las ventajas de la primera alternativa y las desventajas de la segunda. Así es, el ejercicio de la autonomía fiscal por parte de los Gobiernos tiene efectos económicos muy recomendables. Entre ellos, destaca su contribución a la corresponsabilidad fiscal, es decir, incentiva comportamientos fiscalmente responsables, dado que facilita la *rendición de cuentas* ante los ciudadanos, y contribuye a reducir los problemas provocados por la llamada “ilusión fiscal”, que se produce cuando la ciudadanía tiene una percepción errónea del coste “real” de los servicios que recibe de sus respectivos Gobiernos. Si el ciudadano percibe correctamente la relación que existe entre lo que paga a cada uno de los Gobiernos

que integran su Estado compuesto y qué servicios recibe de cada uno de ellos, esto contribuye a que todos ellos actúen más eficientemente. Por el contrario, si hay algún Gobierno al que los ciudadanos no pagan ningún impuesto, o casi ninguno, puesto que los pagan casi todos a otro/s Gobierno/s, puede suceder que el ciudadano piense que lo que recibe del primero no vale nada, dado que no le cuesta nada. Esto significa que tiene “ilusión fiscal”, y, en este caso, la *rendición de cuentas* se llevará a cabo sobre la base de una información no veraz, errónea. Es por ello que cuanto más capacidad de decisión tienen los Gobiernos sobre la obtención de sus ingresos (los tributos) más eficientes son. Y es por ello también que existen argumentos muy potentes a la hora de defender la existencia de espacios fiscales propios para cada nivel de gobierno que integre los Estados compuestos, como ocurre, y veremos más adelante, en los países que pueden servir de referencia. Un buen diseño del modelo de financiación de los Gobiernos subcentrales debe contemplar, pues, el cumplimiento de este principio de autonomía fiscal, lo que viene determinado, tal como acabamos de describir, por la composición y el volumen de la cesta tributaria.

Actualmente, el porcentaje de ingresos municipales procedentes de figuras tributarias (impuestos, tasas, precios públicos y contribuciones especiales) es de, aproximadamente, un 55 % para los municipios de las CC. AA. de régimen común, y de un 41 % para los forales, tal y como veíamos en el cuadro 2.1. Los ayuntamientos pueden tomar decisiones sobre determinados elementos de estas figuras tributarias, dado que, en este contexto, ostentan potestades normativas, de gestión y de naturaleza administrativa. Ello permite afirmar que los Gobiernos municipales disponen de cierta capacidad para tomar decisiones sobre unas fuentes de ingresos que les aportan poco más de la mitad de sus ingresos, en el caso de los de régimen común, y por debajo de la mitad en el caso de los forales. Ello pone de manifiesto su dependencia respecto de las decisiones que tomen las otras Administraciones en relación con sus ingresos a través del cálculo y funcionamiento de las transferencias. En el caso de los municipios de régimen común esta dependencia es, sobre todo, de la Administración central, mientras que los municipios forales dependen, fundamentalmente, de las decisiones que toman las diputaciones forales y el Gobierno de la comunidad autónoma.

Además, cabe tener en cuenta que la configuración del marco legal que determina el diseño de los elementos esenciales de las figuras impositivas municipales es competencia del Estado. Es decir, son normas legales aprobadas por las Cortes Generales —o, en su caso, por el Ejecutivo— las que establecen la estructura tributaria de los Gobiernos municipales. Y se trata de leyes que han sido aprobadas hace mucho tiempo (1988, 2002), y en las

que, tal como se señalará más adelante, sería recomendable la introducción de ciertas reformas. No llevarlas a cabo por parte del Gobierno central es una muestra más del grado de dependencia de los Gobiernos municipales, que no disponen de mecanismos institucionales adecuados que obliguen a iniciar el procedimiento de reforma de su propio modelo de financiación y, más concretamente, de su cesta tributaria.

Ello permite concluir que sería deseable aumentar el grado de autonomía fiscal de los municipios, es decir, reducir su dependencia respecto de los recursos procedentes de las otras Administraciones (sobre todo de la Administración central en el caso de los municipios de régimen común, y de las Administraciones forales en el caso de los de régimen foral).

3.2

El desequilibrio vertical: la insuficiencia global de recursos. Un problema que se agrava en el tiempo

En un Estado compuesto en donde se ha producido una distribución de competencias entre distintos niveles de gobierno, es conveniente que la distribución de los ingresos se realice teniendo en cuenta las necesidades de gasto que comporta el ejercicio de estas competencias. Es decir, es necesario asegurar que los diferentes niveles de gobierno (en nuestro caso, el central, el autonómico y el local) dispongan del mismo grado de cobertura de sus necesidades de gasto. Si ello se produce se estará dando cumplimiento al principio de equilibrio vertical.

Puede ocurrir que con los tributos que se han asignado a cada nivel de gobierno exista un desequilibrio vertical inicial, es decir, que uno de los niveles de gobierno, generalmente el central, disponga de más recursos tributarios de los necesarios para cubrir la prestación de los servicios acordados, mientras que los demás niveles de gobierno no dispongan de recursos suficientes. Es evidente que se trata de una situación de desequilibrio que deberá ser reparada. La solución suele pasar por diseñar mecanismos de subvenciones intergubernamentales de carácter incondicionado. El mecanismo es el siguiente: si el Gobierno central dispone de más recursos tributarios de los que necesita para cubrir sus responsabilidades de gasto, deberá transferir parte de ellos, en forma de subvenciones, a los Gobiernos subcentrales. Esto explica que, generalmente, los modelos de financiación de los Gobiernos subcentrales se configuren a través de dos grandes vías de obtención de ingresos: una cesta tributaria y una subvención incondicionada que da cumplimiento al principio de equidad vertical.

Tal y como está diseñado el modelo de financiación de los municipios del Estado español, el instrumento que, en el caso de los municipios de régimen común, debería permitir dar cumplimiento al equilibrio vertical, debería ser, precisamente, la subvención incondicionada que reciben del Gobierno central (la PMTE y el Fondo Complementario que han sido descritos en el punto anterior). Es decir, la suma de los ingresos potenciales obtenidos a través de la cesta tributaria y esta subvención debería permitir a los ayuntamientos cubrir sus necesidades de gasto. De entrada, cabe señalar que el volumen global de esta subvención nunca ha sido calculado teniendo en cuenta este objetivo equilibrador. Incluso si se aceptara que en algún momento, por ejemplo cuando se llevó a cabo la reforma de la ley de las haciendas locales en 2002, se hubiera calculado con este propósito, los cambios que se han dado a lo largo de estos años, tanto a nivel económico como social, justificarían una revisión al alza de aquella cuantía. Nada de ello se ha producido. Es decir, nunca se ha partido de una situación inicial (un año base) en la que se acordara la existencia de un reparto verticalmente equilibrado de los ingresos; y asimismo, en ningún momento se han diseñado mecanismos de seguimiento y actualización del sistema, que permitieran dar estabilidad a las haciendas municipales a lo largo del tiempo, restableciendo, de este modo, el equilibrio inicialmente pactado.

Se han dado, a lo largo de los últimos años, un conjunto de circunstancias que permiten defender la existencia de un ensanchamiento del desequilibrio vertical, en contra de los Gobiernos municipales. Es decir, el desequilibrio se va agravando a lo largo del tiempo, y lo peor es que no existen mecanismos para solucionar esta situación. Algunas de las circunstancias que explican este mayor desequilibrio vertical son las siguientes:

- a) El establecimiento de cambios normativos, por parte del Gobierno central, que suponen una disminución de los recursos tributarios potenciales de los municipios. Por ejemplo, la práctica supresión en su día del IAE, cuya compensación a través de una subvención ha sido insuficiente.
- b) El establecimiento de cambios normativos, por parte del Gobierno central y los Gobiernos autonómicos, que han provocado un aumento de las obligaciones de gasto de los municipios. Por ejemplo, la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, o la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, etc.
- c) El comportamiento expansivo de las necesidades de gasto de los Gobiernos municipales por razones estructurales. La proximidad

de los ayuntamientos a las demandas ciudadanas, junto con la no existencia de un marco competencial claro y definido de los municipios, explica que los consistorios municipales hayan ido asumiendo a lo largo de los últimos años la prestación de un conjunto de servicios a los que no están legalmente obligados (Vilalta, 2008). Simplemente el fuerte aumento de población que han experimentado algunos municipios explicaría el incremento de sus necesidades de gasto. Ello se puso claramente de manifiesto con la pandemia provocada por la COVID-19, cuando los ayuntamientos tuvieron que hacer frente a nuevas situaciones de la población no previstas.

- d) El comportamiento a la baja de las bases imponibles de algunos impuestos en manos de los Gobiernos municipales por causas coyunturales. Tal y como se ha expuesto anteriormente, en la cesta tributaria de los municipios españoles se encuentran impuestos relacionados con la actividad inmobiliaria, por lo que su potencial recaudatorio ha disminuido sensiblemente durante los últimos años, coincidiendo con la fuerte crisis económica iniciada en 2008, que afectó intensivamente al sector de la construcción y la compraventa de propiedad inmueble (Suárez-Pandiello, 2011), y, posteriormente, con la crisis económica provocada por la pandemia de la COVID-19 (Vilalta, 2021). Además, la sentencia del Tribunal Constitucional referente al impuesto municipal sobre plusvalías (o impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana) ha supuesto una importante merma de recursos para los municipios.

3.3

La equidad horizontal en los municipios españoles: un objetivo no planteado

Es frecuente que entre los Gobiernos de un mismo nivel (regional o local) se den situaciones de desigualdad financiera. Ello es debido a que los ingresos potenciales que obtienen los Gobiernos a través de una misma cesta tributaria son diferentes por unidad de necesidad (por ejemplo, por población), realizando un mismo esfuerzo fiscal. Esto se debe a que las bases imponibles de los tributos que integran esta cesta están distribuidas de forma desigual en el territorio, generando, de este modo, una situación inicial de desigualdad. Cabe tener en cuenta que la capacidad fiscal de los Gobiernos

es distinta, y que suele estar territorialmente distribuida de forma desigual. Esta desigualdad pone de manifiesto la existencia de una situación que se conoce con el término de inequidad horizontal.

Tanto la literatura económica como el sistema comparado muestran la conveniencia de reparar esta situación, es decir, se aconseja dar cumplimiento a algún principio de equidad horizontal. Se trata, en este caso, de incorporar al modelo de financiación de los Gobiernos subcentrales algún mecanismo cuyo objetivo sea la equidad. Y para ello existen las llamadas subvenciones de nivelación, cuyo papel, dentro del modelo de financiación de los Gobiernos subcentrales, es precisamente conseguir que, sea cual sea la capacidad tributaria de los Gobiernos, acaben disponiendo todos ellos de un volumen igual o similar de recursos que les permita cubrir sus necesidades de gasto, pidiendo a sus ciudadanos el mismo esfuerzo fiscal. Las subvenciones de nivelación pretenden evitar, de este modo, que los Gobiernos con menores ingresos tributarios potenciales se vean abocados, o bien a prestar un nivel de servicios inferior a la media, o bien a pedir un mayor esfuerzo a sus ciudadanos para poder prestar el mismo nivel de servicios que la media (Castells, 2005). Diseñar el mecanismo de cálculo de las subvenciones de nivelación suele responder a formulaciones técnicamente más o menos complejas. Y existen tres aspectos que son fundamentales a la hora de instrumentarlas. Son los siguientes:

- a. En primer lugar, cabe decidir si se trata de subvenciones de nivelación verticales u horizontales. Esto supone tener que elegir la procedencia de los recursos que se van a utilizar para nivelar. Si los recursos proceden del Gobierno central, se trata de un fondo vertical, y si proceden de los propios Gobiernos subcentrales (unos aportan y otros reciben), se trata de un fondo horizontal.
- b. En segundo lugar, cabe decidir el grado de nivelación, que puede ser total o parcial. En sentido estricto, significa que todos los Gobiernos puedan disponer de un volumen de recursos equivalente, en función de sus necesidades de gasto, siempre que realicen un mismo esfuerzo fiscal y con independencia de su capacidad fiscal. En este caso, el sistema busca un grado de nivelación total o, dicho de otra forma, busca la plena igualdad de los recursos potenciales por unidad de necesidad, de los distintos Gobiernos. En este caso, las subvenciones niveladoras recortan por completo las diferencias iniciales en la capacidad fiscal, dado que todos los Gobiernos acaban teniendo los mismos recursos por unidad de necesidad (por ejemplo, por habitante). Pero en la práctica, la mayoría de países

tienen instrumentados mecanismos que buscan una nivelación parcial, con la intención de aproximar, pero no igualar, los recursos potenciales de los distintos Gobiernos. Se trata de reducir las diferencias, pero no de eliminarlas del todo, respetando el orden existente antes de la nivelación (principio de ordinalidad).

- c. En tercer lugar, es necesario determinar el tipo de nivelación, es decir, qué variables (indicadores de capacidad fiscal y de necesidades de gasto) servirán de base para el cálculo de la subvención que corresponde a cada Gobierno. Existe un amplio consenso en cuanto a que la formulación de una subvención niveladora tenga en cuenta la capacidad fiscal (de forma inversamente proporcional) y las necesidades de gasto (de forma directamente proporcional) de los Gobiernos. Y esto significa que es necesario decidir qué variables se utilizarán para estimar ambos indicadores. Las variables más simples que suelen utilizarse son el PIB para estimar la capacidad fiscal de cada Gobierno y la población para estimar sus necesidades de gasto. De esta forma, la subvención niveladora correspondiente a un Gobierno de un territorio con mucha población y poca capacidad fiscal será más elevada que la de un Gobierno de un territorio con poca población y mucha capacidad fiscal. Pero hay que tener presente que también se pueden utilizar otras variables como indicadores de la capacidad fiscal (por ejemplo, las bases imponibles de los tributos), y las necesidades de gasto (por ejemplo, otras variables demográficas y geográficas, o variables que recogen las diferencias en el coste de prestación de los servicios).

Existen argumentos a favor y en contra de instrumentar un mecanismo de nivelación de una u otra forma (vertical u horizontal; total o parcial; utilizar variables muy simples como indicadores de las necesidades de gasto o de la capacidad fiscal, o, por el contrario, utilizar formulaciones muy complejas para estimar estos indicadores), pero lo que está claro es que la formulación que se acaba adoptando debe ser siempre fruto de una negociación y un pacto.

Dentro del actual modelo de financiación de los municipios españoles, el instrumento que debería dar cumplimiento a este objetivo sería, en el caso de los municipios de las CC. AA. de régimen común, la subvención incondicionada procedente del Gobierno central. Tal y como se ha mencionado en el punto anterior, el volumen global de esta subvención debería ser aquel que permitiera conseguir el equilibrio vertical. Pues bien, el reparto de este volumen de recursos entre los municipios debería hacerse de tal

forma que se consiguiera dar cumplimiento al objetivo de equidad horizontal. Con la distribución de esta subvención deberían eliminarse (nivelación total) o recortarse (nivelación parcial) las diferencias de recursos existentes, inicialmente, en términos de ingresos tributarios potenciales. Pues bien, varios estudios muestran que esta subvención no cumple con ese objetivo. Por tanto, se puede afirmar que estamos ante un mal funcionamiento de una de las piezas clave que definen el modelo de financiación de los municipios españoles (Comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local, 2017; Vilalta, 2015).

La principal causa que explica este mal funcionamiento es la no existencia de una definición clara del criterio de equidad al que se pretende dar cumplimiento. Se ha instrumentado una subvención, cuya forma de reparto es diferente para los municipios de menos de 75 000 habitantes (PMTE) y para los de más de 75 000 habitantes (Fondo Complementario), que en ningún caso responde a un objetivo previamente definido y consensuado. Así pues, si existen diferencias significativas en el volumen de recursos que acaban obteniendo los ayuntamientos españoles, se debe, en primer lugar, a que nunca se ha planteado resolver, explícitamente, esta cuestión. Si bien este es el principal problema, el análisis de la formulación utilizada para el reparto de la subvención también ofrece elementos que contribuyen a explicar las causas de la no consecución de una adecuada nivelación de los recursos municipales. Se trata de las siguientes: a) no existe una justificación clara de las variables y ponderaciones que intervienen en el cálculo del indicador de necesidades y del indicador de capacidad fiscal de los Gobiernos municipales españoles; b) no existen mecanismos de actualización y seguimiento de la subvención; c) no está bien fundamentada la justificación del índice seleccionado para calcular la evolución anual del volumen de la subvención, que, tal y como se ha visto anteriormente, es la tasa de evolución de los ITE.

En el caso de los municipios forales, el mecanismo que debería dar cumplimiento al principio de equidad horizontal serían las subvenciones incondicionadas que reciben de sus respectivas diputaciones forales y del Gobierno de la comunidad autónoma. En el caso de Navarra, teniendo en cuenta las variables utilizadas para la distribución de estos recursos, se podría esperar un resultado de una cierta nivelación; sin embargo, para poder comprobarlo sería necesario llevar a cabo un análisis de los datos con más profundidad.

Existen otros principios que además de los citados también deben cumplirse para el buen funcionamiento de una hacienda descentralizada. Se trata de principios como la estabilidad del sistema; la coordinación técni-

ca e institucional desde un punto de vista fiscal entre los distintos Gobiernos; la transparencia y la lealtad institucional. Todos ellos mejorables en el actual sistema de financiación municipal.

4

Propuestas para una futura reforma de la hacienda local⁴

4.1

Una mirada al sistema comparado

Antes de proponer cuáles han de ser las grandes líneas de reforma de la hacienda local española, realizaremos una mirada hacia la hacienda local de otros países de nuestro entorno. Ello nos permitirá, junto al análisis crítico que hemos realizado anteriormente, conocer otros modelos de organización y de financiación de la hacienda local y hacer una comparación con la hacienda local española, lo cual puede ser útil para realizar propuestas de reforma de la misma.

Analizaremos tres aspectos: la organización territorial local, las competencias asignadas a los Gobiernos locales y su sistema de financiación. Los tres aspectos tienen relación, ya que del tamaño de los Gobiernos locales dependen, en parte, las competencias que pueden asumir y los tributos a asignarles. El tamaño condiciona la capacidad de gestión de los entes locales por lo que se refiere a los servicios públicos y a los impuestos.

4.1.1

La dimensión de los municipios

España se caracteriza por un gran número de municipios. En el año 2022 había un total de 8117 municipios⁵, de los cuales el 72 % tienen menos de 2000 habitantes (cuadro 4.1). Un 12 % se sitúan entre 2000 y 4999 habitantes, un 11 % entre 5000 y 19 999 habitantes, y solo un 5 % tienen más de 20 000 habitantes. En cambio, el mismo cuadro muestra cómo los países anglosajones (Reino Unido e Irlanda), Países Bajos, Bélgica, los países nórdicos, e incluso Grecia y Portugal, tienen unos municipios de un tamaño

4. Véase Bosch (2023).

5. https://administracion.gob.es/pag_Home/espanaAdmon/comoSeOrganizaEstado/EntidadesLocales.html.

muchísimo mayor. Por ejemplo, en Reino Unido e Irlanda el 100 % de los municipios tienen más de 20 000 habitantes, y en Dinamarca, el 93 %.

Cuadro 4.1. Municipios por tamaño de población

	% de municipios			
	Menos de 2000 habitantes	De 2000 a 4999 habitantes	5000 a 19 999 habitantes	20 000 o más habitantes
Francia	86 %	9 %	4 %	1 %
España	72 %	12 %	11 %	5 %
Suiza	61 %	23 %	14 %	2 %
Austria	55 %	33 %	10 %	1 %
Alemania	54 %	20 %	20 %	6 %
Italia	44 %	26 %	24 %	6 %
Luxemburgo	37 %	37 %	23 %	3 %
Noruega	22 %	30 %	35 %	13 %
Finlandia	14 %	29 %	40 %	18 %
Grecia	7 %	6 %	33 %	54 %
Portugal	2 %	11 %	46 %	41 %
Dinamarca	1 %	2 %	4 %	93 %
Bélgica	1 %	11 %	62 %	26 %
Países Bajos	1 %	1 %	30 %	69 %
Irlanda	0 %	0 %	0 %	100 %
Suecia	0 %	5 %	53 %	42 %
Reino Unido	0 %	0 %	0 %	100 %

Fuente: De Mello (2019).

Muchos de estos países han conseguido estas grandes dimensiones de sus municipios porque han llevado a cabo reformas de su organización territorial, fusionando municipios. Por ejemplo, los países nórdicos (Suecia, Dinamarca, Finlandia) a nivel local gestionan los servicios del Estado del bienestar (salvo las pensiones), lo que lo facilita el hecho de disfrutar de Gobiernos locales grandes. Los países nórdicos han optado por reformas territoriales que han disminuido el número de municipios, fusionándolos. En Dinamarca y Suecia han realizado fusiones obligatorias, mientras que en Finlandia han sido voluntarias. Dinamarca, en el año 2007, pasó de 271 a 98 municipios, y Finlandia, desde 1976, ha pasado de 475 a 336 municipios. Todo esto ha conducido a municipios grandes capaces de gestionar los servicios del Estado del bienestar. Los resultados de las fusiones en Dinamarca y Suecia demuestran que reducen significativamente los costes administrativos y no afectan a la calidad democrática.

4.1.2

Las funciones de gasto de los Gobiernos locales

El cuadro 4.2 muestra las funciones de gasto de los Gobiernos locales de un conjunto de países europeos. Los datos de gasto engloban el de todos los estratos de administración local (municipios, condados, etc.). En este caso, destacan las funciones de protección social (básicamente, servicios sociales) y educación, que llegan a representar el 28 % y el 21 % del total de gasto público local. El servicio de educación lo encontramos transferido a los Gobiernos locales de varios países: Reino Unido, Países Bajos, Finlandia, Suecia, Dinamarca. Estos Gobiernos locales gestionan la educación primaria, y alguno de ellos incluso la secundaria. Ello es posible porque muchos de estos países tienen Gobiernos municipales de grandes dimensiones, como hemos visto en el apartado anterior, y, por tanto, capacidad de gestión.

Cuadro 4.2. Gasto local medio de varios países europeos* por funciones (% sobre el total), 2016

Protección social	28
Educación	21
Servicios públicos generales	14
Actuaciones de carácter económico	10
Sanidad	7
Orden público y seguridad	6
Vivienda y asuntos económicos	5
Actividades recreativas y culturales	5
Protección medioambiental	4
Total	100

(*) Países: Reino Unido, Países Bajos, Finlandia, Suecia, Bélgica, Luxemburgo, Austria, Alemania, Irlanda, Dinamarca, Portugal, España, Grecia. Fuente: FMI.

4.1.3

La financiación local⁶

Si nos fijamos en los países más desarrollados, en lo que se refiere a modelos de financiación a nivel local se puede encontrar mucha diversidad. La estructura de ingresos no financieros varía sustancialmente entre los países europeos, dependiendo de cuál sea la fuente de ingresos principal. Existen

6. Bosch y Espasa (2006); Dexia (2008); Bosch y Vilalta (2023).

tres grandes fuentes de recursos no financieros: impuestos, subvenciones, y otros recursos como tasas, precios públicos, ingresos patrimoniales, etc. Los impuestos son la primera fuente de financiación local en Suecia (71 % del total de ingresos no financieros), Austria (56 %), Francia (54 %), Dinamarca (52 %), Finlandia (50 %), Bélgica (49 %) y Alemania (41 %). En cambio, por el peso de las subvenciones, destacan Holanda y el Reino Unido, donde representan el 75 % y el 68 %, respectivamente, del total de ingresos locales no financieros⁷.

Sin embargo, en nuestro entorno inmediato —Europa—, si nos fijamos en la imposición local se pueden caracterizar varios modelos de financiación local, que pueden ser homologables a los de otros países. En función de la naturaleza de los impuestos, pueden distinguirse cuatro modelos: el de los países anglosajones, el de los países nórdicos, el de los países federales y el de los países latinos.

i. Modelo anglosajón

El modelo anglosajón, que englobaría los casos de Irlanda y Reino Unido, se caracteriza por basar la imposición local en una sola figura, el impuesto sobre la propiedad inmueble. En estos países es, pues, la única figura impositiva a nivel local. En el caso de Irlanda, el impuesto sobre la propiedad inmueble grava la propiedad comercial e industrial. La base imponible es el valor de alquiler tasado del local. El ocupante paga el impuesto y los tipos impositivos son establecidos por los Gobiernos locales (municipios y condados) dentro de los límites establecidos por el Gobierno central.

Por lo que respecta al Reino Unido, el impuesto local sobre la propiedad inmueble local solo grava la propiedad residencial. Es la *Council Tax*. La propiedad comercial e industrial es gravada por el Gobierno central, y posteriormente se distribuye entre los Gobiernos locales (distritos, condados y autoridades unitarias). La *Council Tax* la establecen todos los Gobiernos locales y, al igual que en el caso de Irlanda, recae sobre el ocupante del inmueble. La base imponible es el valor capital, pero de carácter administrativo, es decir, el que figura en un registro administrativo del valor de la propiedad, similar al catastro que tenemos en nuestro país. Por último, cabe decir que sobre la *Council Tax* se aplican varios beneficios fiscales, y que este impuesto no se exige en Irlanda del Norte, donde todavía perduran los antiguos *Rates*⁸.

7. Véase *OECD Fiscal Decentralisation Database*: <https://www.oecd.org/tax/federalism/fiscal-decentralisation-database/>.

8. Los *Rates* eran el antiguo impuesto sobre la propiedad inmueble del Reino Unido, que gravaba la propiedad residencial, comercial e industrial. Se aplicaba antes de la *Council Tax*.

ii. Modelo nórdico

Otro modelo a destacar es el de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia). Su principal característica es que la tributación local se centra en la imposición sobre la renta personal, teniendo un gran peso relativo junto a otras figuras impositivas de mucho menor peso. En Suecia es la única figura impositiva, y en los otros dos países representa alrededor del 90 % de los ingresos impositivos. En Dinamarca y Finlandia gozan también de la imposición sobre la propiedad inmueble y de una participación territorializada en la imposición sobre la renta de sociedades, pero ambas figuras tienen una importancia residual. La forma de estructurar la imposición local sobre la renta personal se basa en un sistema de compartimiento de bases imponibles entre el Gobierno central y el nivel local de gobierno. Es decir, los Gobiernos locales (municipios y condados, en el caso de Suecia, y municipios, en el caso de Dinamarca y Finlandia) adoptan la base imponible del impuesto central sobre la renta personal. Sobre esta base aplican el tipo impositivo que establecen libremente (no existen límites). Los tipos impositivos son siempre proporcionales. Por último, cabe decir que la administración de la imposición local sobre la renta personal está centralizada.

iii. Modelo de los países federales europeos

El tercer modelo a analizar es el que presentan los Gobiernos locales de los países federales europeos (Alemania, Austria y Bélgica). Se caracteriza por ser una mezcla de los dos modelos anteriores, el nórdico y el anglosajón. Así pues, encontramos la imposición sobre la propiedad inmueble y la imposición sobre la renta personal, teniendo esta última mayor importancia que la primera, a excepción del caso de Bélgica. En Bélgica, el impuesto local sobre la renta consiste en establecer un tipo proporcional sobre la base imponible del impuesto central sobre la renta personal. Alemania y Austria tienen esa fuente de ingresos en forma de participación territorializada sobre el impuesto federal sobre la renta personal. Por ejemplo, los municipios alemanes participan en un 15 % de la recaudación que obtienen por este impuesto en su territorio. Junto a estas dos figuras encontramos otras de menor importancia relativa. Sin embargo, cabe destacar la imposición sobre la actividad económica, que se concreta en Alemania en un impuesto local y es la segunda figura en importancia recaudatoria en los municipios alemanes tras la imposición local sobre la renta. El impuesto local sobre la actividad económica alemán grava los beneficios reales de las actividades económicas y su capital físico. El tipo impositivo lo fija la federación, pero los municipios pueden establecer coeficientes multiplicadores. Otra carac-

terística de este impuesto es que su recaudación es compartida por los tres niveles de gobierno: 80 % (municipios), 15 % (*Länder*) y 5 % (federación). También cabe decir que los Gobiernos austríacos tienen participaciones en gran parte de los impuestos federales.

iv. Modelo latino

El último modelo a destacar es el latino (España, Francia, Grecia, Italia y Portugal). Se caracteriza por una estructura impositiva muy diversificada en la que predomina la imposición sobre la propiedad inmueble, y por la escasa importancia de la imposición sobre la renta personal. En cualquier caso, cabe mencionar la imposición sobre la actividad económica existente en Francia. Es la denominada *Taxe Professionnelle*, que representa el segundo impuesto por su importancia recaudatoria después de la imposición sobre la propiedad inmueble. La *Taxe Professionnelle* grava a las empresas no agrícolas y a los profesionales. Su base imponible es el valor del capital físico (construcciones, edificios, solares y equipamientos) en términos de rendimiento anual. Los tipos impositivos son fijados por los Gobiernos locales dentro de los límites establecidos por el Estado.

4.2

Grandes líneas de reforma

4.2.1

Reforma de la organización territorial

Hemos dicho que muchos de los países europeos que han reformado su organización territorial lo han hecho fusionando municipios.

En España han fracasado las fusiones y también el refuerzo de las diputaciones que preveía la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Esta ley preveía incentivos a la fusión en términos de un incremento de la participación de los municipios en los tributos del Estado y en los planes de cooperación local.

También en Francia han fracasado las fusiones de municipios y han pasado a las asociaciones voluntarias. Francia es un país con un mapa municipal muy fragmentado (alrededor de 35 000 municipios). A principios del siglo XXI se ha conseguido con éxito la participación de los municipios en diferentes tipos de fórmulas asociativas. En la actualidad hay más de 2600 asociaciones voluntarias de municipios, que prestan servicios mu-

nicipales de forma mancomunada y en algunos casos se financian con el impuesto sobre negocios (*Taxe Professionnelle*), previamente en manos de los municipios⁹.

Entonces, ¿cuál es el camino a seguir en España? ¿La cooperación municipal, vía mancomunidades, o el reforzamiento de los Gobiernos supramunicipales puede ser una alternativa a seguir?

La cooperación intermunicipal, creando mancomunidades para la prestación de uno o varios servicios, es una alternativa a la fusión de municipios para conseguir mejorar la eficiencia. Se ha demostrado empíricamente que mediante la cooperación se reducen los costes de prestación de algunos servicios, por las economías de escala que se consiguen (Bel y Fageda, 2006; Bel, 2011).

Sin embargo, la cooperación tampoco está exenta de problemas. Se pueden señalar los siguientes:

- La cooperación intermunicipal disminuye la influencia de los ciudadanos sobre las políticas realizadas en cooperación, llevando a una falta de adecuación de las políticas a las necesidades locales.
- La cooperación también incrementa la opacidad de la representatividad política sobre el funcionamiento del servicio, en la medida en que los representantes políticos de las nuevas entidades de asociaciones de municipios creadas no son elegidos de manera directa por los ciudadanos. Este factor también dificulta la *rendición de cuentas* ante los ciudadanos.
- Los costes de coordinación y transacción pueden incrementarse, ya que los diferentes municipios que cooperan deben negociar entre ellos las políticas a llevar a cabo.
- Finalmente, estas asociaciones voluntarias de municipios surgidas para cooperar pueden tener una duración limitada, al depender de las alianzas políticas.

En conclusión, la discusión sobre cuál debe ser el tamaño óptimo de los municipios para prestar eficientemente los servicios públicos es un tema que no está resuelto. Dollery y Robotti (2008: 36) constatan que tras analizar la literatura sobre la evidencia empírica de la relación entre eficiencia operativa y tamaño de los Gobiernos locales hay pocos “hechos estilizados” que puedan ser incorporados en los modelos teóricos con un cierto grado de confianza.

Hay países que para mejorar la prestación de los servicios públicos locales han optado por la fusión de municipios, pero en otros esta solución ha

9. Véase Gilbert (2011).

resultado inaplicable, como es el caso de España, donde se ha optado por la cooperación intermunicipal, mediante las mancomunidades (en España existen actualmente 1018), o en algunas comunidades autónomas por la creación de comarcas, al mostrar la división provincial muchas limitaciones.

Parece, sin embargo, que las mancomunidades no pueden convertirse en la solución general al problema de la pequeña dimensión de los municipios españoles. Estas no están exentas de problemas, dependiendo su duración del color político de los Gobiernos municipales que las forman y de su financiación. Se constata que las asociaciones de Gobiernos locales duran más si están bien financiadas y disponen de recursos propios. También se evidencia que las formas obligatorias de asociación son menos efectivas y duran menos que las voluntarias.

En definitiva, hay que repensar la organización territorial local en España. La experiencia de otros países y la teoría económica y política pueden ayudar a hacer un diseño lo más óptimo posible. Sin embargo, parece que no hay soluciones únicas y que el diseño óptimo puede ser diferente para cada país o realidad territorial.

4.2.2 Reforma competencial

El cuadro 4.3 muestra las funciones de gasto de los Gobiernos locales españoles (se incluyen todos los estratos de la Administración local: municipios, provincias y otros entes supramunicipales) en el año 2021. Las funciones que tienen un mayor peso relativo dentro del gasto local son las siguientes: transferencias a otras Administraciones públicas (13,44 % del total), servicios de carácter general (11,94 %), bienestar comunitario (11,67 %) y servicios sociales y promoción social (10,38 %). También destacan, pero a mayor distancia, seguridad y movilidad ciudadana (7,96 %) y vivienda y urbanismo (7,33 %). Las demás funciones de gasto tienen un peso ya mucho más reducido.

La diferencia principal que observamos entre las funciones de gasto de los entes locales españoles y las de los países europeos analizados está en el gasto de protección social (servicios sociales y promoción social) y el de educación, que en España representan el 10 % y el 4 %, respectivamente, del total del gasto público local, mientras que, en este conjunto de países europeos, el 28 % y el 21 % del total como media.

En el caso de la función educativa los municipios españoles solo tienen la obligación de proporcionar los solares de los centros educativos, y sufragar los gastos en la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de

los mismos. En cambio, los Gobiernos locales europeos que tienen asumida esta competencia tienen además la obligación de pagar a los maestros y financiar la construcción de los edificios destinados a la educación. Ahora bien, en España nos encontramos con un gran problema a la hora de traspasar estas competencias de educación a los municipios, que es la escasa dimensión poblacional de la mayoría de los mismos, lo cual les resta capacidad de gestión, y no solo para el servicio de educación, sino para muchos otros. Los Gobiernos locales pequeños se pueden encontrar ante la incapacidad de gestionar ciertos servicios. Es decir, no pueden ofrecer toda la variedad de servicios que los ciudadanos demandan. De hecho, la capacidad de gestionar o no los servicios depende de la pericia técnica y administrativa de las autoridades locales, siendo esta más difícil de implementar en Gobiernos locales pequeños. Este es un problema pendiente de solucionar en España.

Cuadro 4.3. Gasto local por programas de los municipios españoles (en % sobre el total), 2021

Deuda pública	3,20
Servicios públicos básicos	30,35
Seguridad y movilidad ciudadana	7,96
Vivienda y urbanismo	7,33
Bienestar comunitario	11,67
Medio ambiente	3,38
Actuaciones de protección y promoción social	12,58
Pensiones	0,23
Otras prestaciones económicas a favor de empleados	0,41
Servicios sociales y promoción social	10,38
Fomento del empleo	1,56
Producción de bienes públicos de carácter preferente	13,11
Sanidad	0,90
Educación	4,00
Cultura	4,93
Deporte	3,27
Actuaciones de carácter económico	8,77
Agricultura, ganadería y pesca	0,44
Industria y energía	0,16
Comercio, turismo y pequeñas y medianas empresas	1,88
Transporte público	2,61
Infraestructuras	2,82

Investigación, desarrollo e innovación	0,08
Otras actuaciones de carácter económico	0,78
Actuaciones de carácter general	31,99
Órganos de gobierno	1,67
Servicios de carácter general	11,94
Administración financiera y tributaria	4,94
Transferencias a otras Administraciones públicas	13,44
Total	100,00

Fuente: Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Por otra parte, hace falta clarificar las competencias locales. Los municipios prestan muchos servicios de carácter no obligatorio, es decir, que no están obligados por ley, ya sea en sustitución de otras Administraciones públicas (gasto de suplencia) o puramente por voluntad propia, lo cual repercute en sus ingresos, contribuyendo a empeorar la insuficiencia financiera que el modelo actual de financiación local comporta.

4.2.3 Reforma del sistema de financiación

La imposición local debería sustentarse en dos tipos de tributación: la imposición sobre la propiedad inmueble y la imposición sobre la renta individual y la actividad económica, que como hemos visto disfrutaban los países federales europeos. Y ello por dos razones básicas. La imposición sobre la propiedad da estabilidad al sistema, ya que no varía según el ciclo económico. Ahora bien, precisamente por ello goza de poca flexibilidad. En cambio, se la daría la imposición sobre la renta y la actividad económica, recursos relacionados con el crecimiento económico. Asimismo, es recomendable que los Gobiernos locales participen de la renta generada por la economía local, ya que muchos de los servicios públicos por ellos suministrados van dirigidos a la actividad económica del municipio, y, por otra parte, actualmente muchos de los servicios locales tienen carácter personal, es decir, van dirigidos a las personas. Así, parece adecuado que en parte se financien con el gravamen de la renta personal.

Basarse solo en la imposición sobre la propiedad da estabilidad al sistema, pero le resta flexibilidad, y basarse solo en la imposición sobre la renta y la actividad económica da flexibilidad al sistema, pero le resta estabilidad, al variar según el ciclo económico. Por ello, es recomendable una combinación de las dos clases de imposiciones. Sería un modelo de imposición pa-

recido al que existe en países como Alemania y Bélgica, donde se combinan ambos tipos de imposición, propiedad inmueble y renta personal y/o actividad económica, dando estabilidad y flexibilidad a los ingresos impositivos.

Así pues, el IBI debería ser la figura predominante, ya lo es, pero debería potenciarse. A su vez, debería experimentar algunos cambios esenciales, como los siguientes: a) revisión integral del bloque de exenciones y beneficios fiscales; b) tributación diferenciada por razones de uso de los inmuebles; c) aproximación de los valores catastrales a los de mercado de forma suave y pacífica; y d) mayor participación de los Gobiernos locales en el mantenimiento de las bases de datos de los valores catastrales, ya que son los principales interesados en que se mantengan actualizados.

La segunda figura en importancia debería ser un recargo sobre la cuota líquida del IRPF, y la desaparición actual de la participación en este impuesto, así como extenderlo a todos los municipios, independientemente de su dimensión. No hay motivo alguno para solo aplicarlo a los municipios de mayor población.

En tercer lugar, debería reformarse el IAE, que actualmente tiene un papel bastante residual. Debería transformarse en un impuesto sobre la actividad económica parecido al que tienen los Gobiernos locales alemanes y franceses, tal como se ha expuesto en el apartado 4.1.3.

Los demás impuestos que tienen actualmente los municipios españoles deberían tener un papel más secundario. El impuesto sobre vehículos podría transformarse en un impuesto medioambiental. En el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana debería modificarse el cálculo de su base imponible, de manera que el valor que se grave sea el real y no una estimación. El mal diseño de la base imponible de este impuesto se puso de manifiesto en la sentencia 182/2021, de 26 de octubre, que declaró inconstitucional la regulación de su base imponible, y posteriormente se enmendó con el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, pero que no resolvió su cálculo en la línea de lo que aquí se ha apuntado. Por otra parte, se debería tener en cuenta la relación de este impuesto con el de transmisiones patrimoniales. Por último, el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras podría desaparecer, al haber una clara superposición con la licencia de obras.

Por lo que se refiere a las transferencias provenientes del Estado, también deberían experimentar una reforma profunda. Actualmente, la subvención de carácter general que reciben los municipios, en aras del logro de los objetivos de suficiencia y equidad horizontal, difiere, tal como se ha descrito en el apartado 2, en la forma de distribución para los municipios menores

de 75 000 habitantes (PMTE) y los mayores de 75 000 habitantes y capitales de provincia o comunidad autónoma (Fondo Complementario, FC).

La PMTE se distribuye de acuerdo a tres variables con diferentes ponderaciones: un 75 % según la población ponderada por tramos, siendo la única variable representativa de las necesidades de gasto; un 25 % de acuerdo con la inversa de la capacidad fiscal, y el 25 % restante según el esfuerzo fiscal. Cordero *et al.* (2022) consideran que en la variable “necesidades de gasto” debería corregirse la ponderación de la población de los municipios de más de 500 000 habitantes, por considerarse excesiva. En cuanto a la capacidad fiscal, que se mide solo a través del IBI, Cordero *et al.* (2022) opinan que el cálculo debería ampliarse a los demás impuestos obligatorios. Por lo que se refiere a la variable “esfuerzo fiscal”, afirman que tiene un cálculo deficiente.

El FC que reciben los municipios de mayor tamaño no se distribuye según variables, sino que es la PMTE que recibían estos municipios en el anterior modelo, después de restarle las participaciones municipales en el IRPF, IVA e impuestos especiales, actualizada anualmente según la tasa de crecimiento de los ITE.

Esta división de las transferencias estatales en dos bloques no se sostiene con argumentos técnicos. El FC no tiene relación con las necesidades de gasto y las capacidades de gasto de los municipios, como exige cualquier sistema de transferencias que persigan la equidad horizontal, es decir, la nivelación fiscal¹⁰. Tampoco las transferencias que reciben los municipios forales de su Gobierno autonómico o de sus diputaciones forales logran una nivelación de los ingresos.

Por todo ello, deberían reformarse estas transferencias. El sistema comparado también nos ofrece ejemplos de buenos diseños de subvenciones de nivelación a nivel local. Entre estas, cabe citar las que reciben los municipios de los países nórdicos.

Como se ha descrito, los Gobiernos locales de los países nórdicos basan su imposición en el gravamen de la renta individual. De acuerdo con la teoría tradicional del federalismo fiscal, este gravamen puede acarrear movilidad interjurisdiccional de individuos y factores productivos. Además, la movilidad también puede ser causa de competición impositiva entre los Gobiernos locales. Igualmente, la imposición sobre la renta es cíclica en comparación con figuras como la imposición sobre la propiedad inmueble.

Pues bien, el modelo nórdico resuelve los problemas anteriores con un ambicioso sistema de nivelación fiscal. De esta forma, se debilita la relación entre la base imponible local y los ingresos de los Gobiernos locales. Ade-

10. Cordero *et al.* (2022: 131).

más, las pérdidas de ingresos impositivos debidas a choques económicos son compensadas por las transferencias de nivelación¹¹.

En el caso de Dinamarca, la nivelación municipal se basa en la diferencia entre las necesidades de gasto y unos ingresos impositivos estimados a partir de un tipo impositivo medio. También existe un mecanismo adicional para los municipios en el área de Copenhague y para los municipios más desfavorecidos. No existe un mecanismo de nivelación entre las regiones¹².

Por su parte, los municipios finlandeses poseen un sistema de nivelación que solo nivela la capacidad fiscal. Los municipios con ingresos impositivos por debajo del 91,5 % de la media nacional tienen derecho a subvenciones complementarias. En cambio, a aquellos con ingresos por encima del 91,5 % de la media nacional, se les reducen las subvenciones hasta un límite máximo del 37 %¹³.

El sistema de nivelación de los Gobiernos locales suecos (municipios y condados) nivela, por una parte, la capacidad fiscal, y, por otra parte, el coste de los servicios públicos locales¹⁴. La nivelación de la capacidad fiscal es un sistema de nivelación horizontal de suma cero: los municipios ricos tienen transferencias negativas, y los pobres, positivas. No es una nivelación total, sino parcial, pero las diferencias fiscales interjurisdiccionales se reducen sustancialmente.

Por lo que respecta a la nivelación del coste de los servicios públicos, se establece una lista de servicios a nivelar. Todos ellos son servicios obligatorios (9 servicios para los municipios y 3 para los condados). Posteriormente, para cada servicio del Gobierno local se estima un coste estándar. Por ejemplo, el coste estándar del servicio de enseñanza obligatoria de un municipio sería igual al número de niños y niñas en edad escolar que tiene, multiplicado por el coste nacional medio por niño. La suma de los costes estándar de todos los servicios constituye el coste estructural del municipio o del condado. Si el coste estructural del Gobierno local (municipio o condado) es mayor que el coste estructural de la media nacional, el Gobierno local recibe una subvención positiva por la diferencia. En cambio, si ocurre que el coste estructural del Gobierno local es inferior al coste estructural de la media nacional, el Gobierno local contribuye mediante una subvención negativa por la diferencia.

11. Véase Rattsø (2005).

12. Véase Dexia (2008: 259).

13. Véase Dexia (2008: 292).

14. Véase Swedish Association of Local Authorities and Regions (2008).

5 Bibliografía

- Anglès Juanpere, B. (2018). Naturaleza y evolución de las transferencias municipales en los Territorios Forales. *Revista Vasca de Administración Pública*, 111, 59-101.
- Bel, G. (2011). Servicios locales: tamaño, escala y gobernanza. En IEB. *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal '11* (pp. 12-20). Barcelona: Institut d'Economia de Barcelona.
- Bel, G. y Fageda, X. (2006). Between privatization and inter-municipal cooperation: Small municipalities, scale economies and transaction costs. *Urban Public Economics Review*, 6, 13-31.
- Bosch, N. (2023). Algunas reflexiones sobre la hacienda local española a la luz del sistema comparado. En Varios Autores. *Retos de la financiación territorial en tiempos de postpandemia* (pp. 265-285). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Bosch, N. y Espasa, M. (2006). *La hisenda local a la Unió Europea (UE-15)*. Barcelona: Diputació de Barcelona.
- Bosch, N. y Vilalta, M. (2023). *Models de finançament dels governs subcentrals*. Barcelona: Tibidabo Edicions.
- Castells, A. (dir). (2005). *Las subvenciones de nivelación en la financiación de las comunidades autónomas* (pp. 32-43). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local. (2017). *Informe de la Comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local. Julio 2017*. Madrid: Ministerio de Hacienda.
- Cordero Ferrera, J. M., Pedraja Chaparro, F. y Galindo Alvarado, F. (2022). La necesaria reforma del sistema de transferencias a los municipios: elementos clave y simulación de resultados. *Hacienda Pública Española*, 240, 125-149.
- De Mello, L. (2019). Cooperació dels governs locals: reptes, tendències i experiència internacional. En Diputació de Barcelona. *Experiències de cooperació i assistència entre municipis* (pp. 10-36). Barcelona: Diputació de Barcelona.
- Dexia. (2008). *Sub-national governments in the European Union*. La Défense, Paris: Dexia Editions.
- Dollery, B. y Robotti, L. (2008). Alternative models of local government. En B. E. Dollery y L. Robotti (eds.). *The Theory and Practice of Local Government Reform* (pp. 27-52). Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing Limited.

- Gilbert, G. (2011). Más allá de las asociaciones intermunicipales hacia los municipios de dos niveles de gobierno: el caso francés. En IEB. *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal '11* (pp. 32-42). Barcelona: Institut d'Economia de Barcelona.
- Rattsø, J. (2005). Local tax financing in the Nordic countries. En R. Pålsson (ed.). *Yearbook for Nordic tax research* (pp. 33-50). Oslo: Universitetsforlaget.
- Rubio Guerrero, J. J. (2023). El sistema de financiación local en España: Fortalezas y debilidades. Líneas de reforma. En Varios Autores. *Retos de la financiación territorial en tiempos de postpandemia* (pp. 287-304). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Salinas, P., Vilalta, M. y Taberner, P. A. (2021). *Propuestas de reforma del sistema de financiación local. Revisión de la literatura*. Barcelona: Diputació de Barcelona – Fundació Democràcia y Gobierno Local.
- Suárez Pandiello, J. (coord.). (2008). *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*. Salamanca: FEMP.
- Suárez-Pandiello, J. (2011). La imposición local en España ¿Hay vida después de la crisis? En IEB. *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal en España '10* (pp. 10-17). Barcelona: Institut d'Economia de Barcelona.
- Swedish Association of Local Authorities and Regions. (2008). *Local government financial equalisation*. Estocolm: Ministry of Finance.
- Vilalta, M. (2021). El gasto municipal y su financiación: el reto ante la COVID-19. En T. Font i Llovet y M. Vilalta Reixach (dirs.). *Anuario del Gobierno Local 2020* (pp. 479-498). Madrid: Fundación Democràcia y Gobierno Local – Institut de Dret Públic.
- Vilalta, M. (coord.). (2008). *La despesa de caràcter discrecional dels ajuntaments i el seu finançament. Exercicis 2004-2005*. Barcelona: Diputació de Barcelona.
- Vilalta, M. (ed.). (2015). *Autonomía y equidad en la financiación municipal: dos principios compatibles*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

El procedimiento de elaboración de las ordenanzas locales fiscales

IRENE ARAGUÀS GALCERÀ
Profesora lectora de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona

- 1. El concepto de ordenanza local fiscal y la importancia del respeto a las exigencias previstas para la elaboración y aprobación de estas disposiciones generales**
- 2. Marco normativo del procedimiento de elaboración de ordenanzas locales fiscales**
 - 2.1. La regulación contenida en la normativa local y su configuración como procedimiento administrativo especial
 - 2.2. La (no) aplicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Análisis crítico de la STS núm. 108/2023, de 31 de enero de 2023
 - 2.3. La aplicación de normas transversales con incidencia en la elaboración de disposiciones generales. Especial referencia a la legislación de transparencia y a las normas reguladoras de las actividades de *lobbying*
- 3. Análisis del procedimiento para la elaboración y aprobación de las ordenanzas locales fiscales**
 - 3.1. Actuaciones previas a la elaboración de la iniciativa normativa: planificación normativa y consulta pública previa
 - 3.2. Iniciativa normativa
 - 3.3. Redacción del proyecto normativo
 - 3.4. Emisión de informes
 - 3.5. Aprobación provisional
 - 3.6. Exposición al público y apertura del período de presentación de “reclamaciones”
 - 3.7. Estudio de las “reclamaciones” presentadas y aprobación definitiva
 - 3.8. Publicación y entrada en vigor
- 4. Consideraciones finales**
- 5. Bibliografía**

Artículo recibido el 15/01/2024; aceptado el 30/01/2024.

Resumen

Este trabajo tiene por objeto el análisis del procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales. Con este propósito, se analiza, primeramente, el concepto de ordenanza fiscal, para distinguirlo de otras normas que, con incidencia en los ingresos locales, no tienen esta consideración; cuestión que tiene importantes efectos procedimentales. En segundo lugar, se examina la normativa que rige el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales, haciendo un análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la (no) aplicación de la LPAC a la potestad normativa fiscal de los entes locales. En tercer término, y a la luz del marco normativo descrito, son objeto de estudio las distintas actuaciones y trámites que conducen a la aprobación o modificación de una ordenanza fiscal.

Palabras clave: *ordenanzas fiscales; participación; buena regulación.*

Procedure for Drafting Local Fiscal Ordinances

Abstract

The article analyzes the procedure involved in drafting and approving fiscal ordinances. First, the article delves into the concept of fiscal ordinances, drawing distinctions from other regulations impacting local revenue streams but lacking this specific classification—a differentiation pivotal for procedural implications. Second, the article scrutinizes the regulatory framework regulating the process of approval of fiscal ordinances, analyzing recent case law from the Spanish Supreme Court regarding the application (or lack thereof) of the Legislative Procedure for Administrative Acts (LPAC) to the fiscal regulatory authority of local entities. Third and finally, in light of the outlined regulatory landscape, the article examines the array of actions and procedures culminating in the approval or amendment of a fiscal ordinance.

Keywords: *fiscal ordinances; participation; good regulation.*

1

El concepto de ordenanza local fiscal y la importancia del respeto a las exigencias previstas para la elaboración y aprobación de estas disposiciones generales

La autonomía local reconocida constitucionalmente en el art. 137 CE reviste, como es sobradamente conocido, numerosas manifestaciones, si bien, en-

tre ellas, tienen un papel destacado las que se proyectan en el ámbito fiscal, que disponen de un reconocimiento expreso en el art. 133.2 CE, según el cual las corporaciones locales podrán “establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

El alcance de la autonomía tributaria, calificada por la doctrina como una de las mayores ventajas que conlleva la autonomía local¹, ha sido concretado por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), que en su art. 106 prevé:

“1. Las entidades locales tendrán autonomía para establecer y exigir tributos de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado reguladora de las Haciendas locales y en las Leyes que dicten las Comunidades Autónomas en los supuestos expresamente previstos en aquélla.

2. La potestad reglamentaria de las entidades locales en materia tributaria se ejercerá a través de Ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos propios y de Ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección. Las Corporaciones locales podrán emanar disposiciones interpretativas y aclaratorias de las mismas.

3. Es competencia de las entidades locales la gestión, recaudación e inspección de sus tributos propios, sin perjuicio de las delegaciones que puedan otorgar a favor de las entidades locales de ámbito superior o de las respectivas Comunidades Autónomas, y de las fórmulas de colaboración con otras entidades locales, con las Comunidades Autónomas o con el Estado, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado”.

Por su parte, el art. 12 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLHL), dispone:

“1. La gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales se realizará de acuerdo con lo prevenido en la Ley General Tributaria y en las demás leyes del Estado reguladoras de la materia, así como en las disposiciones dictadas para su desarrollo.

2. A través de sus ordenanzas fiscales las entidades locales podrán adaptar la normativa a que se refiere el apartado anterior al régimen de organización y funcionamiento interno propio de cada una de ellas, sin que tal adaptación pueda contravenir el contenido material de dicha normativa”.

A la luz de los preceptos transcritos, resulta evidente la importancia que, en el adecuado diseño e implementación de las políticas tributarias

1. Ferreiro Lapatza (1985: 36).

locales, tienen las ordenanzas fiscales; normas reglamentarias que conforman el engranaje normativo de segundo grado que, dentro de los límites establecidos por la ley, permite desarrollar la potestad tributaria local, hasta el punto de que su aprobación es requisito inexcusable en relación con los impuestos y tributos municipales de exigencia potestativa y más que “recomendable” (aunque no imperativa) en relación con los impuestos de imposición obligatoria².

Esta última cuestión deriva del art. 15 TRLHL, que dispone:

“1. Salvo en los supuestos previstos en el artículo 59.1 de esta ley, las entidades locales deberán acordar la imposición y supresión de sus tributos propios, y aprobar las correspondientes ordenanzas fiscales reguladoras de estos.

2. Respecto de los impuestos previstos en el artículo 59.1, los ayuntamientos que decidan hacer uso de las facultades que les confiere esta ley en orden a la fijación de los elementos necesarios para la determinación de las respectivas cuotas tributarias, deberán acordar el ejercicio de tales facultades, y aprobar las oportunas ordenanzas fiscales.

3. Asimismo, las entidades locales ejercerán la potestad reglamentaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 12 de esta ley, bien en las ordenanzas fiscales reguladoras de los distintos tributos locales, bien mediante la aprobación de ordenanzas fiscales específicamente reguladoras de la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales”.

En este marco, y de acuerdo con lo previsto en los arts. 106.2 LBRL y 15.3 TRLHL, debemos señalar que el término “ordenanza fiscal” se configura como un concepto amplio que abarca las normas jurídicas de naturaleza reglamentaria dirigidas a ejercer las competencias locales en materia tributaria, entre las cuales se distinguen:

- Las ordenanzas fiscales dirigidas a regular de manera singular los tributos propios de la entidad local. Como decíamos, la aprobación de estas ordenanzas resulta indispensable cuando las entidades locales quieran imponer aquellos tributos que, de conformidad con el art. 59.2 TRLHL, tienen carácter potestativo (el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, y el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana); mientras que, para los tributos de exigencia obligatoria (el impuesto sobre bienes inmuebles, el impuesto sobre actividades económicas y el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica), el ejercicio de la

2. Bejarano Lucas (2023: 1).

potestad normativa local a través de ordenanzas fiscales será voluntario, y tendrá como objeto fijar los elementos necesarios para determinar las respectivas cuotas tributarias.

- Las ordenanzas fiscales generales, cuyo objeto es regular aspectos formales del conjunto de tributos gestionados por la entidad local, como son cuestiones vinculadas a su gestión, recaudación e inspección, adaptándose a las peculiaridades organizativas de la respectiva entidad local³. De esta manera, con un alcance general para todos los tributos, las ordenanzas fiscales generales pueden, entre otras cuestiones: establecer bonificaciones (con un límite del cinco por ciento) para aquellos sujetos pasivos que domicilien sus deudas de vencimiento periódico en una entidad financiera, anticipen pagos o realicen actuaciones que impliquen colaboración en la recaudación de ingresos (art. 9.1 *in fine* TRLHL); prever la no exigencia del interés de demora en los acuerdos de aplazamientos o fraccionamiento de pago solicitados en período voluntario (art. 10 TRLHL); o complementar o desarrollar el régimen de infracciones y sanciones regulado en la Ley General Tributaria y en las disposiciones que la complementen y desarrollen (art. 11 TRLHL).

Desde un punto de vista negativo, no tienen, en cambio, la consideración de ordenanzas fiscales aquellas disposiciones reglamentarias aprobadas por el ente local que ordenen ingresos que no tengan carácter tributario, como es el caso de las ordenanzas reguladoras de precios públicos (arts. 41 y siguientes TRLHL) o las ordenanzas reguladoras de las prestaciones patrimoniales no tributarias (art. 20.6 TRLHL).

El tema no es baladí y, de hecho, tiene importantes consecuencias a efectos procedimentales. Y es que, tal como tendremos ocasión de ver, para la elaboración y aprobación de ordenanzas fiscales debe seguirse el procedimiento previsto en el art. 17 TRLHL, el cual tiene la consideración de procedimiento especial, con las consecuencias que, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, de ello se derivan respecto a la aplicación de la legislación básica relativa a la elaboración de disposiciones generales, contenida en el título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Por el contrario, las previsiones de la LPAC y, de manera singular, las exigencias procedimentales que emanan de esta normativa, sí son aplicables a aquellos ámbitos de la potestad normativa local que no tienen regulado, por la legislación especial por razón de la materia, un procedimiento *ad hoc*, siendo este el caso

3. Bejarano Lucas (2023: 3).

de las ordenanzas reguladoras de los precios públicos y de las prestaciones patrimoniales no tributarias, cuya elaboración se rige por lo dispuesto en el art. 49 LBRL, complementada con lo dispuesto en el referido título VI LPAC.

La cuestión ha devenido esencial en el contexto actual, si tenemos en cuenta la evolución legal y jurisprudencial que se ha producido en los últimos años en torno al procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico, tradicionalmente, había otorgado escasa atención al *iter* procedimental que debían seguir las Administraciones públicas para innovar el ordenamiento jurídico⁴, en los últimos años esta situación ha experimentado un giro de ciento ochenta grados. Este cambio se enmarca en una nueva cultura de la calidad normativa o *better regulation*, impulsada desde finales del siglo pasado por instituciones europeas e internacionales⁵, los órganos consultivos, la doctrina⁶ y la jurisprudencia, y que ha conllevado que todo el procedimiento de elaboración de normas se analice bajo nuevas ópticas, tanto en los elementos formales como en relación con los mecanismos de adecuación del ejercicio de la potestad normativa como potestad discrecional.

Desde un punto de vista normativo, la Ley de Economía Sostenible fue la primera de todo un conjunto de normas que, de manera progresiva, fueron imponiendo mayores requerimientos formales y procedimentales con carácter previo a la aprobación de disposiciones generales. Posteriormente, también incidieron en esa cuestión la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y las distintas leyes de transparencia aprobadas a nivel autonómico, así como la legislación relativa a la unidad de mercado (Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado). Este proceso de cambio normativo cristalizó con la aprobación de la ya citada Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), que dedica su título VI (arts. 127 a 133) a regular tanto la iniciativa legislativa como la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones.

Si bien los arts. 127 a 133 LPAC no ordenan, en sentido estricto, el procedimiento de elaboración de reglamentos, sí recogen una serie de directrices que condicionan lo que la doctrina ha denominado “ciclo de regulación

4. Santamaría Pastor (2004: 78).

5. OCDE (2010, 2014).

6. Los trabajos sobre esta cuestión son numerosos, pudiendo citar, entre otros: Betancor Rodríguez (2010); Canals Ametller (2009); Lavilla Rubira (2009); Ponce Solé (2003); Razquin Lizarra (2007); Sáinz Moreno (1995).

normativa⁷ en los distintos niveles de gobierno, incluso tras la STC 55/2018, de 24 de mayo de 2018, que declaró que diversas previsiones contenidas en el título VI LPAC no tenían carácter básico.

A nivel jurisprudencial, a la vez que nuestro ordenamiento jurídico iba otorgando mayor importancia al procedimiento de elaboración de disposiciones generales, se ha ido armando una jurisprudencia cada vez más exigente con el respeto a los trámites legalmente previstos, sustentada en la máxima de que los requerimientos formales y procedimentales constituyen un elemento de control y limitación de la discrecionalidad del regulador.

De esta jurisprudencia son exponentes las SSTS de 16 de noviembre de 2011 y 29 de febrero de 2012, en relación con la correcta realización de las memorias de análisis de impacto normativo; la STS de 12 de diciembre de 2019, respecto al trámite de audiencia; o la más reciente STS de 16 de noviembre de 2023, en relación con el trámite de consulta previa.

Y es que, en el marco de un procedimiento cada vez más complejo, cuya regulación deriva de diversas normas que se superponen entre ellas y cuya aplicación no siempre resulta clara, los vicios formales y procedimentales se han convertido en una “carta ganadora” a la hora de impugnar disposiciones generales, y han llevado a la anulación de normas en cuestiones tan relevantes como la creación de nuevos tributos (STSJ de Cataluña núm. 588/2019, de 28 de junio, que anula el Decreto 73/2017, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Bebidas Azucaradas Envasadas); la regulación de las zonas de bajas emisiones (STSJ de Cataluña núm. 970/2022, de 21 de marzo, que anula la Ordenanza relativa a la restricción de la circulación de determinados vehículos en la ciudad de Barcelona con el objetivo de preservar y mejorar la calidad del aire, aprobada por el Plenario del Consejo Municipal en sesión de 20 de diciembre de 2019); o la ordenación de los cauces de participación ciudadana en las políticas locales (STSJ de Cataluña núm. 874/2019, de 25 de octubre, que anula el Reglamento de Participación Ciudadana de la ciudad de Barcelona aprobado el 6 de octubre de 2017).

En este orden de ideas, y partiendo de la importancia ya reseñada que tienen las ordenanzas locales fiscales, es esencial conocer las normas que rigen el procedimiento para su elaboración y los trámites que derivan de las mismas; cuestiones a las que dedicamos los siguientes apartados de este trabajo.

7. Con esta terminología se pretende reflejar que las previsiones de la LPAC van más allá del procedimiento administrativo de elaboración de disposiciones generales en sentido estricto, pues tienen un marco más extenso y un contenido más amplio. Canals Ametller (2019: 95).

2

Marco normativo del procedimiento de elaboración de ordenanzas locales fiscales

2.1

La regulación contenida en la normativa local y su configuración como procedimiento administrativo especial

La LBRL contiene, como hemos visto, diversas referencias a las ordenanzas fiscales, si bien, con respecto al procedimiento para su elaboración y aprobación, únicamente prevé la necesidad de su publicación definitiva en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial como requisito para su entrada en vigor (art. 107 LBRL).

Así, el art. 111 LBRL remite los restantes extremos relativos a su aprobación, publicación y entrada en vigor a las “normas especiales reguladoras de la imposición y ordenación de los tributos locales”, excluyendo expresamente la aplicación de lo previsto en el art. 70.2 LBRL, relativo a la publicación y entrada en vigor de las ordenanzas (incluido el articulado de las normas de los planes urbanísticos), en relación con el art. 65.2 LBRL, en virtud del cual la entrada en vigor no se producirá hasta transcurrido el plazo de quince días de que dispone la Administración General del Estado o, en su caso, la de la comunidad autónoma para requerir a la entidad local a su anulación, si considera que infringe el ordenamiento jurídico.

Por su parte, el TRLHL dedica su art. 17 a la “Elaboración, publicación y publicidad de las ordenanzas fiscales”, señalando lo siguiente:

“1. Los acuerdos provisionales adoptados por las corporaciones locales para el establecimiento, supresión y ordenación de tributos y para la fijación de los elementos necesarios en orden a la determinación de las respectivas cuotas tributarias, así como las aprobaciones y modificaciones de las correspondientes ordenanzas fiscales, se expondrán en el tablón de anuncios de la Entidad durante treinta días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.

2. Las entidades locales publicarán, en todo caso, los anuncios de exposición en el boletín oficial de la provincia, o, en su caso, en el de la comunidad autónoma uniprovincial. Las diputaciones provinciales, los órganos de gobierno de las entidades supramunicipales y los ayuntamientos de población superior a 10.000 habitantes deberán publicarlos, además, en un diario de los de mayor difusión de la provincia, o de la comunidad autónoma uniprovincial.

3. Finalizado el período de exposición pública, las corporaciones locales adoptarán los acuerdos definitivos que procedan, resolviendo las reclamaciones que se hubieran presentado y aprobando la redacción definitiva de la ordenanza, su derogación o las modificaciones a que se refiera el acuerdo provisional. En el caso de que no se hubieran presentado reclamaciones, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario.

4. En todo caso, los acuerdos definitivos a que se refiere el apartado anterior, incluyendo los provisionales elevados automáticamente a tal categoría, y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones, habrán de ser publicados en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación.

5. Las diputaciones provinciales, consejos, cabildos insulares y, en todo caso, las demás entidades locales cuando su población sea superior a 20.000 habitantes, editarán el texto íntegro de las ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos dentro del primer cuatrimestre del ejercicio económico correspondiente.

En todo caso, las entidades locales habrán de expedir copias de las ordenanzas fiscales publicadas a quienes las demanden”.

Estas previsiones se complementan con el art. 18 TRLHL, que, a los efectos del trámite de presentación de reclamaciones previsto en el art. 17.1 TRLHL, identifica como interesados a los que tuvieran un interés directo o resulten afectados por tales acuerdos, así como a los colegios oficiales, cámaras oficiales, asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por los intereses profesionales, económicos o vecinales, cuando actúen en defensa de los que les son propios.

Por último, el art. 19 TRLHL alude al recurso contencioso-administrativo contra estas ordenanzas, en lo relativo al plazo de interposición, así como a los efectos de una eventual anulación o modificación por resolución judicial.

Sobre la naturaleza de esta regulación, es irrefutable que nos hallamos ante una normativa especial por razón de la materia, que determina unas singularidades en la tramitación de estas normas, que las diferencian del resto de ordenanzas locales⁸ y conllevan que no sean de aplicación las previsiones generales contenidas en el art. 49 LBRL.

Lo que ya no resulta tan pacífico es el efecto que, recientemente, se ha vinculado a esta consideración por parte de nuestro Tribunal Supremo, que entiende que la regulación contenida en el TRLHL desplaza en bloque las

8. Casado Casado (2017: 113); Toscano Gil (2006: 90).

previsiones básicas contenidas en el título VI LPAC, cuestión que analizaremos a continuación.

2.2

La (no) aplicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Análisis crítico de la STS núm. 108/2023, de 31 de enero de 2023

Tal como hemos avanzado, la Ley 39/2015 dedica su título VI a regular tanto la iniciativa legislativa como la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones.

Si bien los arts. 127 a 133 LPAC no ordenan, en sentido estricto, el procedimiento de elaboración de reglamentos, sí recogen una serie de directrices que condicionan la elaboración de las normas reglamentarias en los distintos niveles de gobierno, incluso tras la STC 55/2018, de 24 de mayo de 2018, que declaró que diversas previsiones contenidas en el título VI LPAC no eran de aplicación a la elaboración de reglamentos autonómicos y locales⁹.

En apretada síntesis, los cambios que ha llevado consigo la regulación contenida en la LPAC han sido:

- 1) La necesidad de publicar, con carácter anual, un plan normativo que contenga las iniciativas reglamentarias (además de las legales) que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente (art. 132 LPAC). Teniendo en cuenta que la ya citada STC 55/2018 declaró este precepto no básico, la planificación normativa únicamente resulta imperativa respecto a las normas estatales, pero lo cierto es que la mayor parte de Administraciones autonómicas, y también locales, aprueban y publican dicha planificación a modo de buena praxis¹⁰.
- 2) La obligatoriedad de un trámite de consulta previa, con carácter previo a la elaboración del proyecto de reglamento (art. 133.1 LPAC), que se suma a los trámites participativos ya existentes anteriormente (la audiencia y la información pública), que se llevan a cabo una vez se ha elaborado el proyecto normativo y este ha seguido

⁹. Aunque la Sentencia no se pronuncia de forma explícita sobre los reglamentos locales, la doctrina ya apuntó tempranamente que lo que no es básico para las comunidades autónomas no puede serlo para los entes locales. Velasco Caballero (2019: 312). Esta postura ha sido confirmada posteriormente por la jurisprudencia ordinaria (STS núm. 133/2023, de 6 de febrero).

¹⁰. Araguàs Galcerà (2021: 22 y ss.).

toda su tramitación, siendo inmediatamente anteriores al dictamen que, en su caso, deba emitir el Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente¹¹.

- 3) Mayores obligaciones de motivación, y en concreto la obligación de justificar que la potestad reglamentaria se ejerce de acuerdo con los principios de buena regulación, que el art. 129 LPAC concreta en los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.
- 4) Unos requerimientos de publicidad más amplios (art. 129.5 LPAC), que exigen no solo la difusión de la norma, sino también de los documentos propios de su proceso de elaboración (memorias, informes, etc.) en los términos previstos en el art. 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG).
- 5) El deber de evaluar periódicamente la normativa vigente para adaptarla a los referidos principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos, y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas (art. 130 LPAC); previsión declarada no básica por la STC 55/2018, lo cual no ha impedido que, a nivel autonómico, se empiecen a desarrollar iniciativas para derogar disposiciones obsoletas y simplificar el ordenamiento jurídico¹².

Dichas previsiones, incluso con la importante limitación que supone que una parte relevante de las mismas haya sido declarada no básica por el Tribunal Constitucional, conforman un mínimo común denominador en la producción normativa, que se complementa con las normas que regulan la elaboración de reglamentos en los distintos niveles de gobierno.

En relación con las ordenanzas locales, desde la misma entrada en vigor de la LPAC se ha planteado la incidencia de esta regulación en relación con la potestad normativa local¹³; siendo el debate especialmente intenso en relación con las ordenanzas locales fiscales. En el marco del mismo, se han dado dos posturas claramente diferenciadas: la primera, agrupa a quienes entienden que el carácter especial del procedimiento regulado en el

11. Sobre el desarrollo de este trámite participativo en el ámbito local: Cierco y Roperó (2017).

12. En el caso de Cataluña, se adoptó el Plan de Simplificación Normativa 2016-2017, que ha dado lugar a la aprobación del Decreto 6/2021, de 9 de febrero, de simplificación de disposiciones reglamentarias adoptadas entre 1977 y 1985; y el Decreto 167/2023, de 12 de septiembre, de simplificación de disposiciones reglamentarias en materia de planes, programas, ayudas y subvenciones.

13. El tema es ampliamente abordado por Velasco Caballero (2019) y Casado Casado (2017).

TRLHL desplaza las previsiones de la LPAC¹⁴; mientras que la segunda congrega a quienes consideran que las exigencias derivadas de las básicas de la LPAC son extensibles a la tramitación y aprobación de ordenanzas locales fiscales¹⁵.

Pues bien, la cuestión parece haberse zanjado, al menos a nivel jurisprudencial, ya que el Tribunal Supremo se ha decantado claramente en favor de la primera postura en su sentencia núm. 108/2023, de 31 de enero de 2023, que casa la STSJ de Cataluña núm. 1945, de 28 de abril de 2021, que había anulado, por falta de realización del trámite de consulta previa previsto en el art. 133.1 LPAC, la Ordenanza fiscal núm. 3.16 del Ayuntamiento de Barcelona, relativa a la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público municipal, a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

Los aspectos más destacados de la STS de 31 de enero de 2023 se pueden sintetizar del siguiente modo:

- 1) En primer lugar, el Tribunal clarifica el ámbito de aplicabilidad del art. 133 LPAC.

Esta cuestión era del todo necesaria desde que la STC 55/2018 declaró inconstitucionales el art. 133, salvo el primer inciso de su apdo. 1, y el primer párrafo de su apdo. 4, “por ser contrarios al orden constitucional de competencias, resultando por ello inaplicables a las Comunidades Autónomas”; surgiendo entonces la duda sobre la aplicabilidad de este precepto a los entes locales.

Contrariamente a lo que habían mantenido algunos tribunales superiores de justicia (así, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sus sentencias núms. 1945/2021 y 4197/2021), el Tribunal Supremo afirma que, aunque la declaración de inconstitucionalidad no se extiende explícitamente al ámbito de las Administraciones locales, el título competencial del Estado para regular el régimen local es el mismo en que se fundamenta la regulación del art. 133 LPAC (esto es, las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, ex art. 149.1.18 CE), concluyendo así que “lo que no constituye legislación básica respecto a las Comunidades Autónomas, tampoco puede tener tal consideración de legislación básica respecto a la Administración Local”; si bien añade lo siguiente: “Todo ello, sin

¹⁴. Esta postura era defendida, principalmente, por los propios entes locales, tal como queda reflejado en el Informe sobre la materia emitido a petición del Ayuntamiento de Madrid.

¹⁵. La Administración tributaria defendía esta segunda postura, tal como quedó plasmado en el Informe de la Dirección General de Tributos de 19 de enero de 2018.

perjuicio de su aplicabilidad como norma supletoria, por su carácter de derecho estatal (art. 149.3 CE)”.

- 2) En segundo lugar, el Tribunal señala que la disposición adicional primera, núm. 1, LPAC, que establece la aplicación preferente de la regulación de procedimientos contenidos en las leyes especiales por razón de la materia, extiende sus efectos a la elaboración de disposiciones generales.

Sobre esta cuestión, el Tribunal considera que, también en los procedimientos de elaboración de reglamentos, la ley especial por razón de la materia desplaza la regulación contenida en la LPAC cuando la primera no exija alguno de los trámites previstos en la LPAC o regule trámites adicionales o distintos. Puntualiza el Tribunal que, mientras que el apdo. 2 de la referida disposición adicional primera LPAC sí se refiere a “procedimientos administrativos”, no lo hace así el apdo. 1, que se aplica a procedimientos “de todo tipo”.

- 3) En tercer término, el Tribunal entiende que el art. 17 TRLHL es ley especial por razón de la materia.

Según se infiere del pronunciamiento del Tribunal, para desplazar las previsiones de la LPAC no solo es necesario que, formalmente, nos encontremos ante una legislación especial (cuestión que, en relación con el TRLHL, se cumple porque la LBRL le atribuye expresamente esta condición), sino que también se requiere, desde un punto de vista sustantivo, que las reglas procedimentales contenidas en esa ley especial establezcan “en sí mismas un procedimiento completo que resulta aplicable por efecto de la ley especial por razón de la materia, sin que pueda considerarse, en modo alguno, que resulte necesario acudir a ninguna norma supletoria, ex art. 149.3 CE, para completar la regulación del procedimiento”.

Siguiendo esta lógica, el trámite de consulta previa tampoco es exigible en relación con los planes urbanísticos (STS núm. 133/2023, de 6 de febrero), que cuentan con una normativa (en este caso, autonómica) que regula pormenorizadamente la materia; pero sí que resulta preceptivo en relación con las ordenanzas locales que no tengan la consideración de ordenanzas fiscales, como es el caso de las ordenanzas reguladoras de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias (STS núm. 1453/2023, de 16 de noviembre).

- 4) Por último, y a mayor abundamiento, el Tribunal lleva a cabo una serie de reflexiones sobre el carácter derivado de la potestad tribu-

taria local y el alcance que tienen las ordenanzas fiscales en este ámbito.

Al respecto, el Tribunal considera que el “limitado ámbito de ejercicio de la potestad reglamentaria que en este ámbito tributario corresponde a las entidades locales” conlleva que la consulta pública previa no se acomode a las características de la participación pública en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas locales fiscales, puesto que “esta iniciativa de ordenanza fiscal debe partir, en todo caso de un conjunto de elementos normativos que resultan previamente impuestos, bien que con extensión variable, por la ley estatal”.

A la vista de lo anterior, la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 31 de enero de 2023 resulta, a nuestro juicio, cuestionable en algunos aspectos, y plantea, asimismo, algunas incógnitas cuya resolución es esencial para el correcto ejercicio de la potestad normativa local en materia tributaria.

En primer término, el razonamiento del Tribunal respecto a la aplicabilidad de la disposición adicional primera LPAC en relación con la elaboración de disposiciones generales casa mal con el contenido del título VI LPAC, y con la confirmación del carácter básico de la mayoría de preceptos integrados en este título de conformidad con la STC 55/2018.

Como ya hemos señalado reiteradamente, los arts. 127 a 133 LPAC no regulan las fases del procedimiento de elaboración de reglamentos ni establecen la estructura del *iter* procedimental, sino que se limitan a recoger una serie de directrices a las que deben responder las políticas de los diferentes niveles de gobierno y que actúan como mínimo común denominador para cualesquiera disposiciones administrativas

Esta premisa es la que determinó, precisamente, que la ya citada STC 55/2018 declarase que los arts. 130 y 132 LPAC, así como una parte del art. 133 LPAC, no tenían carácter básico, al descender a cuestiones procedimentales de detalle que desbordan el ámbito de lo básico; mientras que el resto de previsiones del título VI sí se considera que forman parte de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

En segundo lugar, respecto a la consideración de la regulación contenida en el art. 17 TRLHL como procedimiento administrativo especial, si bien es evidente que el TRLHL tiene, formalmente, la consideración de ley especial por razón de la materia, desde un punto de vista sustantivo resulta cuando menos discutible que este precepto contenga un “procedimiento completo”. Y es que, tal como hemos tenido ocasión de ver, el art. 17 TRLHL se refiere al acuerdo provisional de aprobación (y modificación) de las ordenanzas fiscales; su exposición en el tablón de anuncios; las reclamaciones que pueden presentarse

contra las mismas y los acuerdos definitivos; existiendo muchos otros trámites que preceden la aprobación de la ordenanza (la incoación del expediente, la redacción del proyecto normativo, los informes, etc.) que no se encuentran reflejados en dicho precepto y que derivan, en algunos casos, del TRLHL, pero también de otras normativas, tal como tendremos ocasión de ver.

En tercer término, no comulgamos con el posicionamiento del Tribunal sobre la falta de encaje de la consulta previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales, por el hecho de que estas ordenanzas tomen como punto de partida elementos normativos previamente impuestos. Por un lado, desde un punto de vista general, es necesario señalar que todas las iniciativas normativas, reglamentarias pero también legales, se integran en un marco normativo preexistente, a cuyas previsiones deben acomodarse, sin que ello pueda ser obstáculo a la realización de un trámite participativo que no solo está previsto para la adopción de nuevas normas, sino también para la modificación de normas ya existentes, y en cuyo marco se recaba la opinión de la ciudadanía dentro del margen (más o menos estrecho) que tiene la Administración correspondiente a la hora de abordar normativamente una materia. Por otro lado, y de manera específica respecto a las ordenanzas locales, aunque el Tribunal considera que el ámbito de ejercicio de la potestad reglamentaria local en el ámbito tributario es “limitado”, esta calificación choca con la doctrina constitucional que, precisamente, ha flexibilizado el alcance de la reserva de ley en relación con el mayor campo normativo que debe dejarse en los municipios (STC 329/1999, de 16 de diciembre), en virtud de su configuración democrática y de su autonomía constitucionalmente garantizada¹⁶.

Finalmente, y ya adentrándonos en el terreno de las incógnitas, a raíz de la doctrina plasmada en la STS de 31 de enero de 2023 surgen esencialmente dos dudas, respecto al efecto “desplazador” de la disposición adicional primera LPAC. La primera es si, ante la existencia de una legislación especial, se desplaza en bloque todo el título VI LPAC o solo aquellas previsiones relativas a trámites procedimentales en sentido estricto. La segunda es qué sucede con aquellos trámites previstos tanto en la LPAC como en la legislación especial, pero con una regulación divergente.

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, nuestra opinión es que, aun existiendo legislación especial, son de aplicación las previsiones del título VI LPAC que no regulan, propiamente, trámites procedimentales, lo que conllevaría que a la elaboración y la aprobación de las ordenanzas locales fiscales les sean de aplicación las previsiones básicas de la LPAC relativas a los principios de buena regulación, y, de manera singular, a las obli-

16. Font i Llovet (2023: 25); Cano Campos (2019: 36); Galán Galán (2001).

gaciones de publicidad activa; interpretación que viene respaldada por la redacción literal de la disposición adicional primera LPAC.

En cuanto a la segunda, a pesar de que la LPAC habla de trámites no exigidos por las leyes especiales, trámites adicionales o distintos, entendemos que, en caso de que haya algún trámite coincidente, prima la regulación que contenga la legislación especial, como sucede con los trámites de audiencia e información pública; pues poco sentido tendría realizarlos con los plazos, destinatarios y en los términos exigidos por la LPAC, cuando la normativa especial prevé unas singularidades en su sustanciación de acuerdo con las particularidades que derivan de la materia regulada.

2.3

La aplicación de normas transversales con incidencia en la elaboración de disposiciones generales. Especial referencia a la legislación de transparencia y a las normas reguladoras de las actividades de *lobbying*

Tal como hemos señalado en el primer epígrafe de este trabajo, más allá de la LPAC, en los últimos años se han aprobado numerosas normas de carácter transversal que imponen nuevos trámites o exigencias procedimentales a la adopción de disposiciones generales.

En este contexto, podemos hacer referencia a las leyes que imponen la emisión de informes que analicen el impacto de la norma en diversos ámbitos, como la igualdad de género, de conformidad con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y las respectivas leyes de igualdad autonómicas (STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 676/2021, de 14 de julio)¹⁷; o la familia, de acuerdo con la disposición adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, en la versión otorgada en 2015 por la Ley 26/2015, de 28 de julio, por la que se modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸.

17. En el caso de autos, la ausencia del informe de impacto de género conlleva que el TSJ anule el Acuerdo del Pleno del municipio de Castellón de la Plana de 23 de diciembre de 2020 por el que se aprobó definitivamente la modificación de la Ordenanza fiscal reguladora del IBI.

18. Sobre la aplicación de esta normativa a las ordenanzas fiscales, existe jurisprudencia contradictoria. En este sentido, la STSJ de Madrid, de 27 de julio de 2020 (Rec. 911/2018), o la STSJ de Castilla y León, de 22 de julio de 2022 (Rec. 692/2020), consideran que la referida disposición no es de aplicación a las ordenanzas y los reglamentos de los entes locales, mientras que la STSJ de Cataluña, de 21 de marzo de 2022 (Rec. 43/2020), entiende que debe justificarse su omisión, si bien la misma no tiene efecto invalidante cuando tenga un impacto nulo o escaso en la materia abordada por el instrumento normativo.

Sobre esta cuestión: Bejarano Lucas (2023: 10-11).

Asimismo, también hay que tener en cuenta las previsiones, de alcance más general, contenidas en la LTBG y las distintas leyes de transparencia autonómicas.

Todas estas normas inciden —en mayor o menor medida— en el ejercicio de la potestad reglamentaria, conteniendo diversas referencias a la elaboración de reglamentos, pues, tal como se pone de manifiesto en el preámbulo de la LTBG: “es un ejercicio de buen gobierno y una manifestación más de la transparencia el clarificar la normativa que está vigente y es de aplicación”, por lo que la LTBG consagra, entre otras cuestiones, la publicidad activa de los proyectos normativos, así como de las memorias e informes que los acompañen (art. 7.d LTBG)¹⁹.

Asimismo, hay diversas normas de transparencia autonómicas que contienen previsiones dirigidas a la mejora de la calidad normativa, como es el caso de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que dedica sus arts. 62 a 64 a la mejora de la calidad normativa. A esta cuestión también se refieren el art. 4.j) de la Ley de Extremadura 4/2013²⁰, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; y el art. 3.f)²¹ de la Ley de las Islas Baleares 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno.

Algunas de estas normas incorporan nuevos trámites previos a la aprobación de una disposición general, como es el caso del art. 69 de la Ley catalana 19/2014, que prevé la apertura de un proceso participativo desde el inicio de la tramitación del procedimiento administrativo en relación con las iniciativas normativas en que la Administración considere que, por la importancia que tienen y la materia que regulan, es pertinente realizarlo; siendo un cauce participativo que no exime en ningún caso de la realización de los preceptivos trámites de audiencia e información pública (arts. 69 1, 3 y 4 Ley catalana 19/2014). El mismo precepto también prevé que, con la finalidad de facilitar la participación, debe publicarse en el portal de transparencia la iniciación de la tramitación, la versión inicial del proyecto normativo, la documentación complementaria que lo acompaña y el estado de la tramitación; así como debe incentivarse la participación por medio de la comunicación

19. La disposición adicional segunda LTBG se refiere a la revisión y simplificación normativa del ordenamiento jurídico, si bien esta previsión únicamente va referida al ordenamiento jurídico de la Administración General del Estado.

20. Este precepto se refiere al “Principio de calidad normativa”, disponiendo que, “en el ejercicio de su función normativa, la Administración pública actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia”.

21. Este artículo define el “Principio de calidad normativa” como “la mejora del marco regulador, o calidad normativa, es esencial para cumplir con los compromisos europeos y hacer más fácil el desarrollo de las actuaciones empresariales y ciudadanas”.

a las entidades representativas de los colectivos directamente afectados por la norma.

Por último, debemos referirnos a la regulación de la intervención de los grupos de interés en la elaboración de disposiciones generales. Mientras que la LTBG (ni tampoco ninguna otra norma estatal) no se refiere a esta cuestión, a nivel autonómico sí se ha abordado el fenómeno de la actividad de influencia sobre el ejercicio de potestades normativas.

La mayoría de las comunidades autónomas tratan esta materia en las respectivas leyes de transparencia (así, título VI de la Ley catalana 19/2014; capítulo IV del título III de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha; título IV de la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; título III de la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés de Asturias; y título IV de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid), o bien mediante regulaciones más específicas, como es el caso de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, o de la Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés en la Comunidad Valenciana.

Todas estas normas incluyen dentro del ámbito de aplicación objetivo del registro las actividades de influencia en relación con la elaboración de disposiciones normativas²², hasta el punto de que esta actuación constituye uno de los elementos definidores de los grupos de interés o *lobbies*²³.

Incluso, algunas de las normas citadas prevén que esta actuación de influencia debe plasmarse en un informe o expediente de huella, que refleje los cambios introducidos en la elaboración de la norma como consecuencia de la actuación de los grupos de interés, incluyendo al grupo de interés proponente, el motivo de la inclusión, la referencia a la reunión o reuniones en que fue acordada y los informes y documentos relacionados con los cambios introducidos. Así está recogido en el art. 54 de la Ley asturiana 8/2018 y en el art. 18 de la Ley de la Comunidad Valenciana 25/2018, si bien, en el caso de esta última norma, la exigencia del informe de huella únicamente se aplica a los anteproyectos de ley y los proyectos de decreto del Consell.

22. La Ley aragonesa 5/2017, al definir las actividades de *lobby*, se refiere, con carácter general, a una actividad finalista que persigue influenciar “la toma de decisión pública” (art. 35.1), concepto amplio que incluye, obviamente, la potestad normativa, aunque no se refiere a la misma de forma explícita.

23. En este sentido, el art. 44 LCM 4/2016 y el art. 46 LFN 5/2018, al definir el concepto de grupo de interés, se refieren a las organizaciones y personas que se dediquen a influir, directa o indirectamente, en los procesos de elaboración de las políticas o “disposiciones normativas”. También la Ley de la Comunidad de Madrid 10/2019 hace referencia a la influencia directa o indirecta “en la elaboración de normas jurídicas y disposiciones generales” (art. 65.1).

Las previsiones reseñadas condicionan el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales, pues, desde un punto de vista subjetivo, todas las normas reguladoras de la transparencia, así como de la actividad de los grupos de interés, incluyen a los entes locales dentro del ámbito de aplicación general de la norma (art. 2 LTBG), sin perjuicio de que, como hemos visto, haya alguna previsión concreta que no les resulte aplicable. Desde un punto de vista objetivo, la regulación contenida en estas normas tiene carácter transversal, aplicándose a todas las potestades de la Administración, incluso las que se rigen por legislación especial por razón de la materia, siendo la única excepción el régimen de acceso a la información pública, en el que es preferente la regulación especial que, en su caso, contenga la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo (disposición adicional primera LTBG).

3

Análisis del procedimiento para la elaboración y aprobación de las ordenanzas locales fiscales

Del marco normativo analizado en el apartado anterior de este trabajo se deriva el procedimiento para la elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales, integrado por los trámites y actuaciones que se describen a continuación, los cuales presentan algunas particularidades en los municipios de gran población y las ordenanzas adoptadas por las diputaciones provinciales. Asimismo, también hay particularidades en los municipios que tienen un régimen especial, como es el caso de Barcelona, si bien su estudio excede el objeto del presente trabajo.

3.1

Actuaciones previas a la elaboración de la iniciativa normativa: planificación normativa y consulta pública previa

Uno de los aspectos más deficientes de la regulación que, tradicionalmente, se ha hecho en nuestro sistema de la potestad reglamentaria ha sido ignorar por completo las actuaciones que preceden la puesta en marcha de una iniciativa normativa, de tal forma que el primer trámite que se regulaba era la elaboración del proyecto normativo, como si este surgiera de la nada.

La LPAC, así como la legislación de transparencia, han incidido sobre esta cuestión, ordenando y dotando de mayor transparencia aquellas actuaciones que conducen a la aprobación de una disposición general.

En concreto, la LPAC ha regulado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la planificación normativa, al prever en su art. 132 lo siguiente: “Anualmente, las Administraciones Públicas harán público un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente”. Por su parte, el art. 133 de la misma norma ha incorporado el trámite de consulta pública previa, que se lleva a cabo con carácter previo a la elaboración del proyecto normativo, permitiendo así que los ciudadanos se pronuncien en abstracto sobre una iniciativa normativa sin disponer de un texto articulado que condicione sus aportaciones, y antes de que se ponga en marcha toda la maquinaria necesaria para elaborar y aprobar un reglamento, para así detectar aquellos supuestos en los que la norma que quiere aprobar la Administración resulta innecesaria, en todo o en parte; no va a ser bien recibida por sus destinatarios; o existen otras alternativas regulatorias o no regulatorias mejores.

Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad sobre ambos preceptos contenida en la STC 55/2018 (total en el caso del art. 132 y parcial en relación con el art. 133), y amén de la consideración del art. 17 TRLHL como legislación especial, ninguno de estos trámites se considera preceptivo en relación con la elaboración o modificación de las ordenanzas fiscales; si bien ello no impide, a nuestro juicio, que los mismos se lleven a cabo en base a otros fundamentos.

Sobre la planificación normativa, ya hemos señalado que, a pesar de la declaración de inconstitucionalidad del art. 132 LPAC, son muchas las Administraciones, tanto autonómicas²⁴ como locales, que siguen elaborando y publicando la planificación de las normas que prevén aprobar, y aquellos entes locales que llevan a cabo este instrumento incluyen la planificación relativa a las ordenanzas fiscales²⁵. Y es que, en efecto, la planificación del ejercicio de la potestad normativa está al servicio de los principios de buena

24. A nivel autonómico, algunas comunidades han positivizado la planificación normativa, como es el caso de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia (art. 16.2), o la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública de Canarias (art. 22.1). En otras comunidades, la aprobación y publicación de la planificación normativa se ha integrado como una buena praxis, siendo este el caso de Cataluña, que bianualmente aprueba su planificación, que puede ser consultada en https://presidencia.gencat.cat/ca/ambits_d_actuacio/millora_regulacio_normativa/planificacio-normativa/ [última consulta: 15.01.2024].

25. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Plan Anual Normativo para el año 2023 del Ayuntamiento de Tarragona. El documento está disponible en <https://www.seu-e.cat/documents/8590571/11533976/Pla+normatiu+2023/58ebe7c2-5e0d-47ba-8378-27a0984957dc> [última consulta: 15.01.2024].

regulación recogidos en el art. 129 LPAC y, de manera singular, puede contribuir a garantizar el principio de seguridad jurídica, que implica un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre (art. 129.4 LPAC); cuestión también prevista en algunas leyes autonómicas de transparencia, como es el caso del art. 62.1 de la Ley catalana 19/2014.

En cuanto a la consulta pública previa, más allá de las consideraciones realizadas anteriormente sobre la jurisprudencia que entiende que este trámite no es aplicable a las ordenanzas fiscales, son diversas las leyes autonómicas que darían cobertura a la realización de un trámite de participación “temprana” (así, el ya citado art. 69 de la Ley catalana 19/2014), que permita obtener la opinión de la ciudadanía cuando se inicie el procedimiento dirigido a aprobar o modificar una ordenanza fiscal.

3.2

Iniciativa normativa

La iniciativa normativa para la aprobación o modificación de una ordenanza fiscal corresponde al presidente de la corporación, de conformidad con la potestad que le atribuye el art. 21.1.a) LBRL, que prevé que tiene la competencia de dirigir el gobierno y la administración municipal.

Aunque el TRLHL no lo prevé expresamente, lo habitual es que se produzca una resolución escrita que inicie formalmente el procedimiento²⁶; cuestión que resulta, asimismo, recomendable para que este acuerdo pueda incorporarse formalmente al expediente y se tenga constancia fehaciente de la fecha en que se inició el procedimiento, los responsables de la elaboración del texto, u otros extremos relacionados con el contenido y objeto de la futura disposición general.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que las ordenanzas fiscales son un ámbito en el que cabe la iniciativa popular, de acuerdo con el derecho de los vecinos reconocido en el art. 18.1.h) LBRL, que se remite al art. 70 bis. A pesar de que parte de la doctrina se ha manifestado en contra de esta posibilidad, por entender que es de aplicación la misma limitación del art. 71 LBRL, que prevé que no pueden someterse a consulta popular los asuntos relativos a la hacienda local²⁷, nuestra opinión es que dicha limitación no se deriva del redactado de la norma, ni tampoco de su interpretación sistemática.

En este sentido, el punto de partida es que el derecho a pedir la consulta popular y el derecho a ejercer la iniciativa popular tienen un reconocimiento

26. Pagès i Galtés (2006: 296).

27. García García (2010: 29); Pagès i Galtés (2006: 299-300).

diferenciado (art. 18.f y h LBRL); como también es diferenciada la regulación de ambas fórmulas participativas, contenida, respectivamente, en el art. 71 LBRL para la consulta popular y en el art. 70 bis para la iniciativa popular. Todo ello no queda desvirtuado por el hecho de que las iniciativas populares puedan llevar incorporada una propuesta de consulta popular (art. 70 bis 2 *in fine* LBRL), pues ambos cauces participativos tienen autonomía propia.

En este marco, si bien el art. 71 LBRL prevé, como decíamos, que no pueden someterse a consulta popular los asuntos relativos a la hacienda local, no existe tal limitación en la redacción literal del art. 70 bis LBRL, que, desde un punto de vista objetivo, solo exige que la propuesta de acuerdo o actuación o el proyecto normativo verse sobre “materias de la competencia municipal”, requisito que obviamente se cumple respecto a las ordenanzas fiscales.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en el contexto normativo actual, en que no solo la participación debe permitirse, sino que las Administraciones están llamadas a posibilitar una “participación activa” de los potenciales destinatarios en la elaboración de las normas (art. 129.5 LPAC), entendemos que las restricciones a la participación deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

Por todo ello, en el caso de que los vecinos quieran poner en marcha la iniciativa popular respecto a una ordenanza fiscal, deberán cumplir los requisitos previstos en el art. 70 bis LBRL, que concreta en su apdo. 2 el porcentaje mínimo de vecinos que deben suscribir la iniciativa²⁸, así como la tramitación que seguirán estas iniciativas, que deberán ser sometidas a debate y votación en el pleno y requerirán, en todo caso, el previo informe de legalidad del secretario del ayuntamiento, así como el informe del interventor cuando la iniciativa afecte a derechos y obligaciones de contenido económico del ayuntamiento, como sería el caso de las ordenanzas fiscales. En los municipios de gran población, estos informes serán emitidos, respectivamente, por el secretario general del pleno y por el interventor general municipal.

3.3

Redacción del proyecto normativo

La redacción del proyecto de ordenanza puede ser realizada por parte de los servicios técnicos de la entidad; siendo competente, en el caso de los municipios de gran población, el órgano de gestión tributaria, al que co-

28. En los municipios de hasta 5000 habitantes, el 20 por ciento; de 5001 a 20 000 habitantes, el 15 por ciento; y a partir de 20 001 habitantes, el 10 por ciento.

responde la competencia de propuesta, elaboración e interpretación de las normas tributarias propias del ayuntamiento, de conformidad con el art. 135.2.e) LBRL.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que las ordenanzas sean redactadas por personas ajenas a la corporación, en virtud del correspondiente contrato de servicios, suscrito al amparo 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.

En cualquiera de estos casos, en la redacción de la ordenanza deberán tenerse en cuenta, como no puede ser de otra manera, las prescripciones legales que condicionan su contenido, así como los principios de buena regulación contenidos en el art. 129 LPAC, cuya adecuación se tiene que justificar de manera suficiente en la exposición de motivos o el preámbulo, aunque la omisión de este requisito formal no tiene, de acuerdo con la jurisprudencia, efectos invalidantes²⁹.

3.4 Emisión de informes

Con carácter previo a la aprobación provisional de la ordenanza fiscal deben recabarse y emitirse numerosos informes, cuya exigencia viene impuesta, en algunos casos, por la normativa local; mientras que, en otros supuestos, deriva de otras normas de carácter transversal, tal como hemos avanzado.

Centrándonos en los informes previstos en la normativa que rige el funcionamiento de los entes locales, podemos hacer referencia a los siguientes:

- El Informe propuesta de resolución por parte del jefe de la dependencia, de acuerdo con lo previsto en los arts. 172 y 175 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.
- El Informe del secretario, previo a la aprobación o modificación de cualquier ordenanza, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.3.d).1.º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración

²⁹. De manera singular respecto a las ordenanzas fiscales: STSJ de Castilla y León, de 13 de septiembre de 2019 (Recurso 27/2018); y STSJ de Castilla-La Mancha, de 13 de abril de 2022 (Recurso 504/2018).

- Local con habilitación de carácter nacional, que puede sustituirse por una nota de conformidad, de acuerdo con el art. 3.4 de la misma norma.
- El Informe del interventor municipal, el cual, tras la adopción del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, únicamente es preceptivo si así lo solicita el presidente de la corporación o un tercio legal de miembros de la corporación, pues la aprobación y modificación de ordenanzas fiscales no encaja en ninguno de los supuestos que, de acuerdo con el Real Decreto 424/2017, requieren la emisión de un informe de fiscalización³⁰.
 - El Informe técnico-económico, en relación con ordenanzas fiscales que prevean tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o bien para financiar total o parcialmente nuevos servicios (art. 25 TRLHL). En este informe se pondrá de manifiesto el valor de mercado de la utilización privativa o el aprovechamiento especial, o la previsible cobertura del coste de los nuevos servicios, siendo un trámite esencial en el procedimiento de elaboración de la ordenanza, de tal manera que su omisión conlleva la nulidad de pleno derecho de la misma (SSTS de 20 de mayo y 24 de junio de 2021).
 - El Informe de la comisión informativa (permanente o especial), en el caso de que estas existiesen, teniendo en cuenta que su creación tiene carácter voluntario. No obstante, para el caso de que exista una comisión informativa competente en relación con las materias de economía y hacienda (art. 124 Real Decreto 2568/1986), deberá informar o dictaminar el proyecto normativo de manera preceptiva como requisito previo a su inclusión en el orden del día del pleno (art. 82.2 Real Decreto 2568/1986, en relación con el art. 126.1 de la misma norma).

3.5 Aprobación provisional

Una vez llevados a cabo los trámites señalados anteriormente, el presidente de la corporación convocará el pleno, incluyendo en el orden del día la adopción de los acuerdos provisionales relativos a la ordenanza fiscal, sin

³⁰. Bejarano Lucas (2023: 12).

perjuicio de aquellos supuestos en que se reconozca la urgencia por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación (art. 83 Real Decreto 2568/1986).

Y es que, en efecto, corresponde al pleno la aprobación provisional de la ordenanza por mayoría simple (art. 47.1 LBRL), siendo esta una cuestión modificada de manera sustantiva por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, pues, con anterioridad, el art. 47.3.h) requería la mayoría absoluta.

En el caso de los municipios de gran población, la competencia para la aprobación corresponde asimismo al pleno (art. 123.1.d LBRL), también por mayoría simple, si bien el proyecto de ordenanza tiene que ser aprobado previamente por la junta de gobierno local (art. 127.a LBRL).

Por último, en las diputaciones provinciales, también corresponde su aprobación al pleno por mayoría simple (art. 33.2.b LBRL).

Debe tenerse en cuenta que, en ambos casos, esta competencia del pleno no tiene carácter delegable, pues la adopción de disposiciones de carácter general es, precisamente, una de las materias que no pueden ser objeto de delegación de conformidad con el art. 9.2.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

3.6 **Exposición al público y apertura del período** **de presentación de “reclamaciones”**

De conformidad con el art. 17.1 TRLHL, los acuerdos provisionales relativos a la aprobación y modificación de ordenanzas fiscales se deben exponer en el tablón de anuncios de la entidad durante treinta días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.

Los anuncios de exposición también se deben publicar, tal como preceptúa el art. 17.2 TRLHL, en el boletín oficial de la provincia, o, en su caso, en el de la comunidad autónoma uniprovincial; y las diputaciones provinciales, los órganos de gobierno de las entidades supramunicipales y los ayuntamientos de población superior a 10 000 habitantes deberán publicarlos, además, en un diario de los de mayor difusión de la provincia, o de la comunidad autónoma uniprovincial. Esta diversidad de publicaciones oficiales ha obligado a la jurisprudencia a concretar que, si no coinciden las fechas de publicación, el plazo de treinta días previsto en el art. 17.1 TRLHL ha de computarse desde la fecha de la última de las publicaciones obligatorias (STS de 21 de febrero de 2005).

A pesar de lo equívoca que puede resultar la terminología empleada por el citado art. 17 TRLHL al hacer referencia a “reclamaciones”, la jurisprudencia indicó, desde fechas bien tempranas, que la exposición pública de los acuerdos provisionales de las ordenanzas fiscales engloba tanto la audiencia a los interesados como la información pública (SSTS de 18 de diciembre de 1997 y de 12 de marzo de 1998), trámites esenciales del procedimiento, cuya omisión conlleva la nulidad de la norma (STS de 26 de diciembre de 2011).

Respecto a la audiencia, el art. 18 TRLHL se encarga de concretar quiénes tienen la condición de interesados, identificados con los que tengan un interés directo o resulten afectados por tales acuerdos, así como los colegios oficiales, cámaras oficiales, asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por los intereses profesionales, económicos o vecinales, cuando actúen en defensa de los intereses que les son propios.

Teniendo en cuenta cuanto antecede, debemos hacer referencia al impacto de la legislación de transparencia en esta fase del procedimiento.

Y es que, por un lado, la exposición al público en el tablón de anuncios y las publicaciones oficiales no eximen de la obligación de dar publicidad activa al proyecto normativo, así como a los documentos que lo acompañan, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.e) LTBG, así como en las respectivas leyes de transparencia autonómicas. El incumplimiento de dicha obligación, si bien no se considera que tenga efectos invalidantes (STSJ de Castilla-La Mancha núm. 189/2022, de 8 de julio), sí puede conllevar para su responsable la comisión de una infracción. Y es que, a pesar de que la LTBG únicamente prevé un régimen sancionador en relación con las obligaciones de buen gobierno, la mayoría de las normas autonómicas sí tipifican como infracción el incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa (así, arts. 77.1, 78.1 y 79.2 Ley catalana 19/2014), aunque el diseño legal del mismo, tal como sucede con el derecho de acceso, dificulta que este régimen sancionador sea una herramienta efectiva para garantizar el cumplimiento de la obligación³¹.

Por otro lado, el art. 18 TRLHL se refiere a diversos sujetos que, por sus características, entran dentro del ámbito subjetivo de las normas autonómicas reguladoras de los grupos de interés. En el caso de que así sea, y de que estas entidades participen activamente en el procedimiento de elaboración de la ordenanza local fiscal, de ello debe quedar constancia en el registro de transparencia, y, en aquellos casos en que esté previsto, la Administración deberá realizar el correspondiente informe de huella.

31. Fernández Ramos (2020).

3.7

Estudio de las “reclamaciones” presentadas y aprobación definitiva

Una vez finalizado el período de exposición pública, se producirá la aprobación definitiva de la ordenanza fiscal, ya sea de manera expresa o tácita.

Y es que, en efecto, si se han recibido aportaciones, la corporación deberá, necesariamente, pronunciarse sobre las mismas, y aprobar la redacción definitiva de la ordenanza (art. 17.3 TRLHL).

En este punto, el TRLHL no concreta el plazo ni los términos en los que el ente local debe pronunciarse sobre las aportaciones, siendo aplicables aquí, a nuestro juicio, las reglas generales de la intervención de los particulares en los procedimientos administrativos, y, de manera singular, la previsión de que la intervención en el trámite de información pública otorga el derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.

La redacción definitiva de la ordenanza deberá, así, ser adoptada por el pleno, también por mayoría simple, previo informe de la comisión informativa, tal como sucedía con la aprobación provisional.

En el caso de que no se hubieran presentado reclamaciones, en cambio, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario, por lo que tendremos una finalización del procedimiento de carácter tácito.

3.8

Publicación y entrada en vigor

Los acuerdos definitivos de aprobación de la ordenanza, incluyendo los provisionales elevados automáticamente a tal categoría, y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones, habrán de ser publicados en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación (art. 17.4 TRLHL).

En el caso de las diputaciones provinciales, los consejos y cabildos insulares y las entidades locales con una población superior a 20 000 habitantes, el art. 17.5 TRLHL dispone que editarán el texto íntegro de las ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos dentro del primer cuatrimestre del ejercicio económico correspondiente.

La publicación íntegra de la norma, además de su entrada en vigor, conlleva también el inicio del cómputo del plazo de dos meses para su impugnación mediante recurso directo al amparo del art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que puede fundamentarse en razones tanto de forma como de fondo. Transcurrido dicho plazo, la ordenanza únicamente podrá ser impugnada mediante recurso indirecto o cuestión de ilegalidad (art. 26 LJCA), al impugnar un acto de aplicación de la misma, con las limitaciones que de ello se derivan en relación con los motivos de impugnación, que en principio únicamente podrían versar sobre cuestiones sustantivas³².

4

Consideraciones finales

La corrección de los trámites que preceden la aprobación de una ordenanza local fiscal es una cuestión que resulta esencial, no solo para garantizar su validez frente a posibles impugnaciones, sino también para asegurar la calidad de la norma y, en definitiva, el buen ejercicio de la potestad tributaria local.

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada en la STS de 31 de enero de 2023, ha declarado que el procedimiento a seguir es el que deriva del art. 17 TRLHL, excluyendo así la aplicación de trámites adicionales o distintos previstos en la LPAC, como es el caso de la consulta previa.

Este pronunciamiento, si bien puede ayudar a simplificar el procedimiento previo a la aprobación de ordenanza fiscal, también puede comportar que este importante ámbito de la potestad normativa quede al margen de los avances que, desde el punto de vista de la técnica normativa, se han producido en los últimos años en nuestro ordenamiento jurídico.

Y es que, a pesar de que el TRLHL ha sido modificado en más de cincuenta ocasiones, ninguna de estas alteraciones ha incidido en la regulación del procedimiento diseñado por el art. 17 TRLHL, indemne al paso del tiempo y de los cambios que ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico en materias tan relevantes como la transparencia administrativa, la participación ciudadana o el control de la actuación pública.

Todo ello lleva a pensar la conveniencia de revisar esta regulación para que, conservando los tintes de una regulación especial por razón de la ma-

32. Díaz González (2014: 1162).

teria, que atienda correctamente la singular conformación del ejercicio de la potestad normativa en materia fiscal, también se adapte a las exigencias actuales de la buena regulación.

5 Bibliografía

- Araguàs Galcerà, I. (2021). La planificación normativa. *Revista General de Derecho Administrativo*, 56, 1-42.
- Ayuntamiento de Madrid. (2019). Informe sobre la aplicación del trámite de consulta pública previa a las Ordenanzas fiscales. *Anuario de Derecho Municipal 2018*.
- Bejarano Lucas, J. M. (2023). La tramitación de ordenanzas fiscales. Aspectos prácticos para su adecuada articulación y aprobación. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2.
- Betancor Rodríguez, A. (2010). *Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios*. Madrid: Marcial Pons.
- Canals Ametller, D. (2009). Mejora normativa y reducción de cargas administrativas (pp. 43-67). *Informe Comunidades Autónomas 2009*. Barcelona: Instituto de Derecho Público.
- (2019). Transparencia y nuevos cauces de participación de la sociedad civil en el proceso normativo. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 907, 93-104.
- Cano Campos, T. (2019). El poder normativo local y la crisis de la ley. *Documentación Administrativa. Nueva Época*, 6, 26-42.
- Casado Casado, L. (2017). La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local. *Revista Vasca de Administración Pública*, 107-1, 87-141.
- Cierco Seira, C. y Roperó Vilaró, A. (2017). La consulta pública previa en la elaboración de normas reglamentarias. *Anuario del Gobierno Local*, 93-129.
- Díaz González, G. M. (2014). Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos. *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 1161-1177.

- Dirección General de Tributos. (2018). *Informe sobre el impacto de la Ley 39/2015 en el procedimiento de aprobación de las ordenanzas fiscales* (emitido el 19 de enero de 2018).
- Fernández Ramos, S. (2020). Las infracciones relativas al ejercicio del derecho de acceso a la información pública. *Revista Española de Transparencia*, 10, 19-29.
- Ferreiro Lapatza, J. J. (1985). La financiación de las Entidades locales en Cataluña. *Revista Española de Derecho Financiero*, 45, 35-52.
- Font i Llovet, T. (2023). Las transformaciones de la ciudad y su derecho. El papel actual de las grandes ciudades. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 63, 14-32.
- Galán Galán, A. (2001). *La potestad normativa autónoma local*. Barcelona: Atelier.
- García García, M.ª J. (2010). La iniciativa popular reglamentaria como forma de participación de los vecinos en la elaboración de disposiciones generales de carácter local. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 24, 7-57.
- Lavilla Rubira, J. J. (2009). El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno doce años después. *Revista Española de la Función Consultiva*, 11, 17-30.
- OCDE. (2010). *Informe sobre Mejora de la regulación en Europa. Anexo España*.
 – (2014). *Spain: from administrative reform to continuous improvement* (España. De la reforma administrativa a la mejora continua).
- Pagès i Galtés, J. (2006). *Tratado de ordenanzas fiscales*. Madrid: Marcial Pons.
- Ponce Solé, J. (2003). La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones. *Revista de Administración Pública*, 162, 89-144.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2007). Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos. En J. F. Alenza García y J. A. Razquin Lizarraga (coords.). *Organización y procedimientos administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro* (pp. 217-246). Navarra: Aranzadi.
- Sáinz Moreno, F. (1995). Problemas actuales de la técnica normativa. *Anuario Jurídico de La Rioja*, 55-70.
- Santamaría Pastor, J. A. (2004). Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de normas. *Revista Española de la Función Consultiva*, 2, 75-95.

Toscano Gil, F. (2006). *Autonomía y potestad normativa local*. Granada: Comares.

Velasco Caballero, F. (2019). Elaboración de Ordenanzas y Ley de Procedimiento Administrativo Común. *Revista Vasca de Administración Pública*, 113, 299-349.

El impuesto sobre bienes inmuebles: oportunidades y problemas

JOSÉ MARÍA UTANDE SAN JUAN
Letrado del Tribunal Constitucional

- 1. Introducción**
- 2. El IBI como recurso de las haciendas locales**
- 3. Ventajas e inconvenientes del IBI**
- 4. Propuestas de los informes de reforma tributaria en relación con el IBI**
- 5. Algunos problemas de la configuración actual del IBI**
 - 5.1. Hecho imponible
 - 5.2. Sujeto pasivo
 - 5.3. Base imponible
 - 5.4. Tipos de gravamen
 - 5.5. Beneficios fiscales
 - 5.5.1. *La deseable racionalización de los beneficios fiscales en el IBI*
 - 5.5.2. *Algunas cuestiones sobre las exenciones y bonificaciones*
 - 5.6. Gestión tributaria
- 6. La competencia fiscal en el IBI**
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**

Resumen

El IBI juega un papel central en la financiación local y está llamado a ganar protagonismo, debido a las ventajas que presenta, en términos de eficiencia, estabilidad y gestión, absorbiendo incluso a otras figuras tributarias más distorsionantes. El principal reto al que se enfrenta es la valoración, para lo que sería aconsejable la paulatina sustitución del valor catastral por el valor de referencia, más próximo al mercado y con una actualización más ágil y flexible. Se discute si deben fomentarse normas de personalización del gravamen y extrafiscales, pues su excesiva proliferación puede mermar la eficiencia y sencillez del IBI. En todo caso deben someterse a una evaluación más estricta que la actual. En este tributo no se aprecia un fenómeno preocupante de competencia fiscal desleal, pero sí un importante efecto imitación de los tipos efectivos de los municipios vecinos.

Artículo recibido el 16/01/2024; aceptado el 30/01/2024.

Palabras clave: *impuesto sobre bienes inmuebles; eficiencia; equidad; valor catastral; valor de referencia; tipos de gravamen; beneficios fiscales; viviendas desocupadas; familias numerosas; competencia fiscal.*

The property tax: challenges and opportunities

Abstract

The property tax stands as a cornerstone of local financing, boasting efficiency, stability, and low collection costs. Its significance warrants an increase in weight, potentially supplanting more distortionary taxes. However, its efficacy hinges on accurate property valuation, advocating for a shift from cadastral value to a regularly updated “reference value”. The consideration of personal circumstances and non-fiscal objectives in property taxation is debated, as they may compromise simplicity and efficiency, necessitating rigorous cost-benefit analysis. While harmful tax competition is not evident, yardstick competition emerges, where neighboring municipalities’ tax rates significantly shape fiscal policy.

Keywords: property tax; efficiency; equity; reference value; tax rates; tax reliefs; unoccupied dwellings; large families; fiscal competition.

1

Introducción

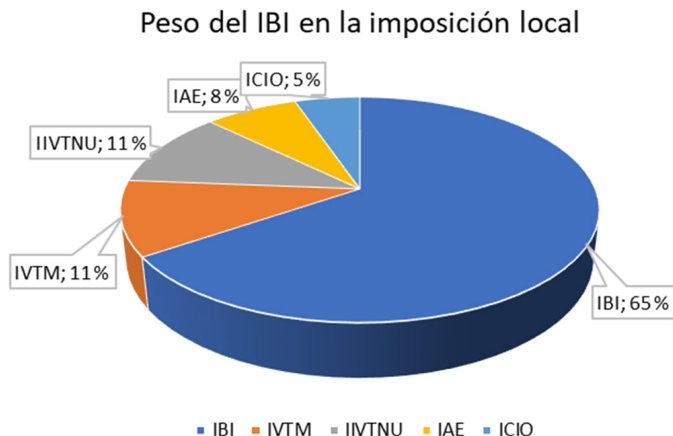
En este trabajo analizamos el papel del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) como recurso municipal, y damos cuenta de algunos problemas de su actual configuración. Comenzamos con unos datos sobre su peso relativo en la financiación local (2); a continuación, sintetizamos sus principales ventajas e inconvenientes (3); exponemos las recomendaciones de los expertos para este tributo (4); concretamos algunas propuestas específicas sobre sus distintos elementos (5); y terminamos con una referencia a la competencia fiscal intermunicipal (6).

2

El IBI como recurso de las haciendas locales

El IBI es indiscutiblemente el principal recurso financiero de las entidades locales en España. Supone cerca del 65 % de los ingresos impositivos muni-

cipales, y en torno a un 25 % del total de sus ingresos, por delante de la participación en los ingresos estatales (22,31 %) y de la comunidad autónoma (8,69 %)¹. Su peso en relación con el resto de los impuestos municipales se refleja en el gráfico siguiente²:



Con todo, este tributo tiene menos peso en España, como país que sigue el modelo fiscal “mediterráneo” o “latino”, que en los países anglosajones³. Así, el IBI supuso en 2021 en nuestro país en torno a un 3 % del total de ingresos tributarios (incluidas cotizaciones sociales), frente a más del 8 % y del 10 % en Reino Unido y Estados Unidos, respectivamente⁴. Como luego se indicará, las recomendaciones de los informes nacionales e internacionales para España apuestan por un mayor protagonismo del IBI, asumiendo la carga fiscal de otras figuras menos eficientes. En esta línea, el peso del IBI en el sistema tributario español ha sido creciente: hasta 2007 se mantenía por debajo del 2 % del total de recaudación tributaria, mientras que desde finales de la década de los 2000 viene superando el 3 %⁵. En términos de

1. Ministerio de Hacienda y Función Pública (2023a). La recaudación total del IBI fue de unos 14 500 millones de euros en 2021. En dicho año, la recaudación total por impuestos municipales fue de unos 24 000 millones, y por tributos municipales (incluyendo las tasas), de aproximadamente 30 500 millones. Los ingresos municipales (incluyendo transferencias estatales y autonómicas) fueron de cerca de 60 000 millones de euros. Según dicha publicación, donde el IBI representa un mayor porcentaje de la financiación tributaria municipal es en la Comunidad Valenciana (54,7 %), mientras que en Canarias es donde tiene menos peso (31,2 %), aunque este último dato viene condicionado por las singularidades de los tributos aplicados en esta última comunidad autónoma.

2. Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio de Hacienda y Función Pública (2023a).

3. Vid. Santodomingo González (2019).

4. OCDE (2024).

5. OCDE (2024). El peso sobre los ingresos tributarios totales en otros países de Europa continental es del 4,5 % en Francia, el 1,1 % en Alemania, el 2,1 % en Portugal y el 2,9 % en Italia.

PIB, históricamente su recaudación se mantenía en el entorno del 0,5 % del PIB, y en la actualidad ha superado el 1 %.

3

Ventajas e inconvenientes del IBI

3.1. Las principales virtudes de un impuesto sobre la propiedad inmobiliaria son las siguientes⁶:

- (i) Eficiencia. El suelo es un factor inmóvil y de oferta fija, por lo que el impuesto que grava el terreno es prácticamente capitalizado en el precio (disminuyendo su valor), lo que significa que la distorsión que produce en las decisiones de compra y venta —y, por tanto, en la asignación de recursos por el mercado— es mínima. Especialmente, en comparación con otras alternativas, como los impuestos que gravan la renta y el consumo, figuras que alteran las opciones de los agentes entre trabajo-ocio, ahorro-consumo, asunción de riesgos, etc.
- (ii) Es difícil de evadir y su gestión es relativamente sencilla, dejando aparte los problemas de valoración y la dualidad de gestión tributaria y catastral. Su eficacia recaudatoria⁷ se sitúa en un 90,75 % en media nacional⁸, la mayor de los cinco impuestos municipales⁹. Particularmente, presenta ventajas frente a los tributos que gravan propiedades móviles, como sucede, dentro del ámbito local, con el IVTM, más fácil de deslocalizar y que se presta, por tanto, a la competencia fiscal desleal.
- (iii) Al vincularse con el inmueble, se establece una conexión con el disfrute de los servicios públicos locales (principio de beneficio). Desde esta óptica, la titularidad de un inmueble es un indicador adecuado para financiar los servicios municipales “clásicos”, como el alumbrado, la recogida de residuos, el abastecimiento de agua, la limpieza de calles, la policía local, etc.

6. *Vid.* Suárez Pandiello (2020: 1), con cita de Slack (2006) y Slack y Bird (2014).

7. Definida como cociente entre la recaudación obtenida (lo que se cobra) y los derechos liquidados (lo que se debería cobrar).

8. Ministerio de Hacienda y Función Pública (2023a: 8, 55). Los municipios de Asturias (con el índice más alto, del 97,2 %), País Vasco, Navarra y Castilla y León son los que alcanzan porcentajes de recaudación más elevados. Por el contrario, los de Andalucía, La Rioja e Illes Balears (con el porcentaje más bajo, del 82,7 %) registran los menores porcentajes de recaudación del IBI.

9. Cuya eficacia recaudatoria es: IVTM: 83,94 %; IIVTNU: 84,55 %; IAE: 88,71 %, e ICIO: 87,01 %.

- (iv) Es fácilmente perceptible para los contribuyentes, que pueden conocer lo que aportan al municipio por este concepto con solo consultar el recibo del IBI. No obstante, la comparación con otros propietarios se puede complicar por las peculiaridades del valor catastral. Por su parte, las técnicas de domiciliación y fraccionamiento con bonificación¹⁰, aunque presentan ventajas de gestión, pueden reducir la visibilidad del IBI. Con todo, este tributo obtiene una buena nota en transparencia y corresponsabilidad entre ingresos y gastos, fomentando la rendición de cuentas de los responsables municipales (*accountability*)¹¹ y la autonomía local.
- (v) Es un impuesto de recaudación estable, ya que grava una variable *stock* como es el patrimonio inmobiliario. Y lo hace conforme a unos valores determinados por la Administración, menos volubles que los de mercado. Esto lo hace preferible frente a otros impuestos municipales de recaudación más volátil, como el ICIO y el IIVTNU.

3.2. Entre las desventajas del IBI se pueden destacar que no es un buen tributo desde el punto de vista del principio de capacidad económica. Al ser un impuesto real que grava cada inmueble por separado y no el conjunto de los que pertenecen a una persona, ofrece solo una medición parcial de la capacidad de pago. Y como grava el valor bruto de un inmueble, dos contribuyentes con un inmueble del mismo valor catastral pagarán la misma cuota aunque uno lo haya adquirido con un préstamo y el otro no, pese a que la riqueza neta del primero es inferior a la del segundo. En suma, es menos equitativo que los impuestos personales.

Además, aunque genera menos distorsiones que otros tributos, penaliza las inversiones inmobiliarias en relación con otras alternativas de materialización del ahorro (por ejemplo, activos financieros). A causa del IBI, un patrimonio del mismo valor tendrá una mayor carga fiscal según esté invertido en inmuebles o no.

Pero ningún tributo es perfecto en términos de equidad y eficiencia, objetivos entre los que, con frecuencia, hay que elegir en un *trade-off*. Pese a todo, el consenso de los hacendistas es que el IBI no solo debe ser la principal fuente de financiación tributaria de las entidades locales, sino que convendría incrementar su peso en países como España, en sustitución de otras figuras menos adecuadas. Así lo confirman los informes a que nos referimos en el siguiente apartado.

10. Art. 9.1 TRLRHL.

11. Vid. O'Sullivan *et al.* (1995).

4

Propuestas de los informes de reforma tributaria en relación con el IBI

4.1. El Informe que dirigió en el Reino Unido el Premio Nobel de Economía J. Mirrlees¹² otorga un papel muy importante a los tributos que recaen sobre la titularidad de inmuebles, y propone reorientarlos en la dirección de centrar el gravamen sobre el terreno y no sobre la construcción, especialmente en el caso de inmuebles de uso empresarial. En esta línea, el también Nobel de Economía W. Vickrey¹³ considera que el impuesto sobre inmuebles es, desde un punto de vista económico, una combinación de uno de los peores impuestos posibles —el que recae sobre la parte de la construcción— y de los mejores —el que se aplica sobre el terreno—, por lo que la reforma en este ámbito debe caminar en la dirección de trasvasar la carga fiscal desde el vuelo hacia el suelo. La razón es que, según la teoría económica, solo deben gravarse los bienes y servicios finales, no los *inputs* intermedios, como es un local de uso empresarial.

Por ello, el Informe *Mirrlees* defiende que se excluya de gravamen la construcción en los inmuebles empresariales, debido a que se trata de un *input* intermedio y al gravarlo se distorsionan las decisiones del empresario, desincentivando el uso intensivo de inmuebles. Por el contrario, las construcciones residenciales deben tributar, dado que son bienes de consumo (duradero) que proporcionan una corriente de servicios (vivienda) a quien las ocupa, cuyo consumo, como cualquier otro, debe estar sujeto a gravamen¹⁴.

Las recomendaciones incluidas en los informes o análisis elaborados por la OCDE¹⁵, tanto generales, como específicos para España, apuestan, en la línea del Informe *Mirrlees*, por un incremento sustancial del IBI, que debería además bascular hacia el terreno, aplicándole un tipo de gravamen

12. Mirrlees Review (2011).

13. Vickrey (1999).

14. En consecuencia, el Informe propone sustituir el impuesto que recae sobre los inmuebles empresariales (*business rates* en el Reino Unido) por un impuesto que recaiga exclusivamente el terreno. Los *business rates* recaudaron 25 000 millones de libras en 2023 (29 000 M € al cambio), frente a unos 36 000 millones de libras del *council tax* —IBI no empresarial— (41 860 M € al cambio). La propuesta es todavía más ambiciosa si tenemos en cuenta que con el nuevo impuesto sobre el terreno (*land value tax*) se pretende absorber también el *stamp duty land tax*, es decir, la figura que grava las transmisiones onerosas de inmuebles en el Reino Unido (el equivalente al ITPAJD en España). Por tanto, una vez valorados todos los terrenos, el tipo de gravamen debería fijarse a un nivel tal que su potencial recaudatorio equivalga al del *business rates* y el *stamp duty land tax* combinados. Esto conduce a los autores a sugerir para el Reino Unido un tipo de un 4% anual sobre el valor de cada terreno.

15. La OCDE aprecia una línea de política tributaria para sustituir los impuestos sobre transacciones por otros sobre la tenencia (<https://www.oecd-ilibrary.org/sites/ae4be7e1-en/index.html?itemId=/content/component/ae4be7e1-en>).

más elevado que a la construcción, particularmente en los inmuebles empresariales. El incremento sustancial del IBI debería acompañarse de una reducción o supresión del IAE, al menos por lo que se refiere a la parte de este que recae sobre el local utilizado en la actividad. Igualmente, se insiste en la conveniencia de reducir los impuestos sobre transacciones inmobiliarias (en España, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados —ITPAJD—) a cambio de un IBI más elevado. El Informe *Mirrlees* sugiere incluso integrar en este IBI “reforzado” la tributación sobre el consumo de la vivienda¹⁶. Desde un punto de vista de eficiencia y sencillez, también sería aconsejable suplir por medio de un IBI “reforzado” la recaudación que se obtiene a través del IIVTNU, que, en el mejor de los casos, supone un gravamen de la plusvalía obtenida por el terreno que ya tributa en el IRPF o en el impuesto sobre sociedades. Es cierto que el IIVTNU, al recaer solo sobre el suelo urbano, contribuye al gravamen diferencial del terreno con relación a la construcción, pero según lo expuesto parece preferible hacerlo mediante un impuesto recurrente sobre la propiedad del suelo. Por último, sería recomendable que el IBI “reforzado” sustituyera a la recaudación generada por el ICIO, que, en la práctica, opera como una mayor tasa por las licencias de obras.

Por su parte, el Informe Lagares (Comisión de expertos para la reforma del Sistema Tributario Español, 2014: 124 y ss.) plantea también un IBI “reforzado” (que denomina “nuevo IBI”), basado en una valoración de los inmuebles más próxima al mercado. Al “nuevo IBI” le encomienda un mayor gravamen de los inmuebles que permita excluir del IRPF el gravamen de la imputación de rentas inmobiliarias¹⁷.

4.2. Estos cambios son profundos y su puesta en práctica se enfrenta a importantes obstáculos. En primer lugar, el desplazamiento de carga tributaria desde el ITPAJD hacia el IBI conllevaría modificaciones importantes en el sistema de financiación autonómica y local, ya que afectaría a un impuesto cedido a las comunidades autónomas, por lo que serían necesarios ajustes entre el nivel autonómico y local.

16. El Informe sostiene que el IVA de devengo único que se aplica en el momento de la venta de la vivienda nueva debería sustituirse por un IVA que grave periódicamente su valor, y hacerlo por vía del IBI.

17. Esta imputación se regula en el art. 85 de la Ley del IRPF para los inmuebles distintos de la vivienda habitual. Se calcula mediante la aplicación de un porcentaje sobre el valor catastral, que será del 1,1 o del 2 %, según haya sido o no revisado en los 10 años anteriores. De acuerdo con el Informe Lagares, la citada imputación representa el rendimiento potencial de los inmuebles, aunque no se perciba por ellos una renta monetaria (no están arrendados, sino a disposición del titular). Dado que el IRPF solo establece esta imputación para los inmuebles y no para otros bienes de consumo duradero, el Informe aconsejaba suprimir dicha vía de tributación de los inmuebles, integrándola en el IBI, siempre que este se modificara para ganar en potencia recaudatoria mediante una medición más adecuada del valor del inmueble.

En segundo término, debe contar con cierta aceptación por la opinión pública. Aunque no suponga una mayor presión fiscal, sino una redistribución de la actual, puede generar ganadores y perdedores, lo que exige un esfuerzo pedagógico. Supone, en cierta forma, caminar hacia un modelo de tributación local más en línea del anglosajón, en el que el IBI representaría un 80-90 % de la recaudación impositiva local, englobando parte de la fiscalidad inmobiliaria actualmente dispersa en varias figuras. Por más que el IBI no sea adecuado para la personalización de la carga tributaria, un uso limitado y transitorio de medidas de adaptación a las circunstancias personales podría facilitar la aceptación social de su incremento.

5

Algunos problemas de la configuración actual del IBI

A continuación reseñamos algunos aspectos de la configuración actual del IBI que son controvertidos o que, a nuestro juicio, pueden mejorarse:

5.1

Hecho imponible

Recordemos que los inmuebles se clasifican en urbanos, rústicos y de características especiales. En torno a un 93 % de la recaudación del IBI procede de los primeros, cuyos valores catastrales medios son muy superiores a los rústicos, razón por la que la clasificación en una u otra categoría afecta de modo importante al sujeto pasivo. Por su parte, los inmuebles con características especiales (BICE) proporcionan aproximadamente un 4 % de la recaudación del IBI, y los rústicos, el 3 % restante¹⁸.

La distinción urbano-rústico viene determinada por la normativa catastral, que no siempre sigue los mismos criterios que la legislación urbanística. Esto puede ser fuente de conflictos, por ejemplo, cuando el Catastro califica como urbano un terreno que no lo es desde el punto de vista urbanístico. Para ello es relevante lo dispuesto en el art. 7.2.b) TRLCI¹⁹, que otorga dicha condición a los terrenos para los que “los instrumentos de ordenación territorial y urbanística aprobados prevean o permitan su paso a la situación de

18. Dirección General de Tributos. Subdirección General de Política Tributaria (2021: 397 y ss.).

19. Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

suelo urbanizado, siempre que se incluyan en sectores o ámbitos espaciales delimitados y se hayan establecido para ellos las determinaciones de ordenación detallada o pormenorizada, de acuerdo con la legislación urbanística aplicable”²⁰.

Por otro lado, la jurisprudencia ha considerado que cuando se declara la nulidad de pleno derecho del plan general de ordenación urbana por el que se clasificaba una finca como urbana, se considera que esta no perdió en ningún momento su condición de rústica. Consecuentemente, el contribuyente tiene derecho a la devolución de todas las cantidades abonadas desde que la clasificación como urbana produjo sus efectos, mediante su acceso al Catastro inmobiliario²¹.

También suele ser problemática la clasificación de un inmueble como BICE, categoría introducida en 2002²² con el fin de poder valorar de forma más adecuada determinados bienes singulares, que están afectos a sectores estratégicos (bienes destinados a producción de energía eléctrica y gas, al refino de petróleo y las centrales nucleares) o al servicio público (presas, saltos de agua y embalses; autopistas, carreteras y túneles de peaje; aeropuertos y puertos comerciales). La titularidad de estos bienes por grandes empresas, su heterogeneidad y alto valor hacen que sean a menudo fuente de litigio.

El Informe de la Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local de 2017²³ propuso articular un sistema de reparto de la recaudación de los BICE, debido a que las externalidades que generan suelen exceder del término municipal en el que radican. En concreto, se sugería articular un doble sistema de recaudación del impuesto, con una cuota municipal y una cuota provincial. La primera no podría superar un determinado porcentaje de la recaudación total del IBI de naturaleza urbana, mientras que el exceso integraría la cuota provincial. Esta última se podría determinar en función del número de municipios afectados por su ubicación, y se podría distribuir de forma similar a las cuotas provinciales del IAE.

La doctrina se ha mostrado, en general, favorable a esta propuesta²⁴, con diversas alternativas, como distribuir la cuota entre todos los municipios de la provincia y no solo los afectados por el BICE, aspecto este que puede ser complejo. Sin embargo, como en otros casos, el cambio de *statu quo* puede ser difícil en el plano político en el caso de que los municipios per-

20. Sobre esta cuestión, *vid.* SSTS 1327/2022, de 18 de octubre, y 847/2022, de 29 de junio.

21. STSJ de Madrid de 15 de febrero de 2022.

22. Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales.

23. Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local (2017: 29).

24. Suárez Pandiello (2020: 10).

dedores (actuales beneficiarios exclusivos de la recaudación) se opongan o soliciten compensaciones.

5.2 Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del IBI es el titular de uno de los derechos siguientes: concesión administrativa (demanial o de servicio público al que esté afecto el inmueble); derecho real de superficie; derecho real de usufructo y derecho de propiedad, en el orden establecido, de modo que la realización del hecho imponible por uno de tales derechos determina la no sujeción de los posteriores²⁵.

A menudo se plantean conflictos en relación con las concesiones. En la otorgada por el ayuntamiento para la construcción y explotación de un aparcamiento, es sujeto pasivo la empresa concesionaria, aunque haya transmitido el derecho de uso privativo de las plazas de aparcamiento a los usuarios. La concesionaria podrá repercutir a estos el impuesto según las reglas de derecho común²⁶. Si posteriormente la concesión se transmite a la comunidad de propietarios, esta pasará a ser el sujeto pasivo del IBI.

La jurisprudencia ha analizado también casos como el de una concesión para la construcción de un hospital y la gestión de los servicios accesorios no asistenciales (limpieza, seguridad, lavandería, cafetería, etc.), que se ha calificado como demanial, diferenciándola del supuesto en el que la entidad fuera también concesionaria de la gestión integral del hospital (concesión de servicio público). En el primer caso, el concesionario es sujeto pasivo del IBI, pero solo respecto de la parte del inmueble que explota, realizando las actividades encomendadas (cafetería, etc.). En cambio, si la concesión fuera integral, incluyendo la asistencia hospitalaria, la empresa sería sujeto pasivo respecto del total²⁷.

También se ha examinado el caso de un suelo propiedad de la comunidad autónoma que ha encargado a una empresa la construcción de un centro penitenciario. Para ello constituye un derecho de superficie en favor de la empresa, quedando esta obligada a arrendar el centro penitenciario a la comunidad durante el plazo de duración del derecho, a la extinción del cual el suelo revertirá en favor de la Administración. Pues bien, la entidad mercantil será su-

25. Arts. 61 y 63 TRLRHL.

26. Art. 63.2 TRLRHL. *Vid.* Consulta de la DGT V0247-10, de 11 de febrero.

27. STS de 4 de diciembre de 2017.

jeto pasivo del IBI solo por el vuelo, mientras que el suelo, al ser de propiedad autonómica, estará exento [art. 62.1.a) TRLRHL]²⁸. Alonso Gil (2019: 25) discrepa de esta solución, porque entiende que la ley no permite que dos derechos diferentes recaigan sobre el mismo inmueble, salvo la previsión expresa del art. 61.2 TRLRHL²⁹. Sin embargo, parece razonable que el Tribunal Supremo haya resuelto el caso con la misma *ratio* que el citado precepto legal.

Por último, según el criterio administrativo³⁰, cuando un usufructo no se extiende sobre la totalidad de un bien inmueble, sino únicamente sobre una parte de este, el usufructuario, en su condición de sujeto pasivo, debía hacer frente a toda la deuda tributaria por el IBI. Sin embargo, la STS de 12 de diciembre de 2022³¹ ha corregido este criterio, señalando que solo deberá asumir el IBI en proporción a su cuota de participación en el usufructo sobre el inmueble.

5.3 Base imponible

La determinación de la base imponible, a partir del valor catastral, es el aspecto más importante del IBI. Es el parámetro clave desde el punto de vista de la equidad, ya que es la medida de la capacidad económica gravada por el tributo. Debido al procedimiento de determinación que establece la normativa catastral, y al retraso en la revisión de los valores, pueden generarse importantes inequidades.

En el derecho comparado hay una amplia casuística en los modelos de valoración. Los países donde el impuesto tiene un mayor peso suelen decantarse por el valor de mercado (por ejemplo, Australia, Canadá y Estados Unidos), como también lo hacen los distintos informes de reforma tributaria. Según la Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local (2017: 27), el valor catastral no está cumpliendo su función de medición de la capacidad económica³², debido a que las revisiones catastrales no han alcanzado una cadencia temporal suficiente y, además, su despliegue completo se extiende durante un periodo de tiempo³³. Este retraso, debido a que la volun-

28. STS de 12 de diciembre de 2017.

29. Para BICE en los que la concesión no agote la extensión superficial, supuesto en el que la norma prevé que también se realizará el hecho imponible por el derecho de propiedad sobre la parte del inmueble no afectada por una concesión del BICE.

30. Consulta de la DGT V0475-18, de 21 de febrero.

31. Rec. núm. 7224/2020.

32. En este sentido, *vid.* Lasarte López (2019: 256).

33. Debido a la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, en la que se estableció una reducción en la base imponible del tributo, con el objetivo de aplazar en el tiempo el impacto derivado de las revisiones catastrales, prevista actualmente en el art. 67 TRLRHL.

tad municipal juega un importante papel en la aprobación de las ponencias de valores, y a que estas son costosas de llevar a cabo, provoca una gran heterogeneidad entre municipios, y hace que los valores catastrales tengan una antigüedad muy distinta según los casos, en perjuicio de la equidad.

En el Informe Lagares (Comisión de expertos para la reforma del Sistema Tributario Español, 2014: 116) se constataba que el periodo medio de rotación de las ponencias de valores, en la práctica, supera los veintiún años, con el consiguiente alejamiento de la realidad del mercado. Por ello, tanto dicho Informe Lagares (Comisión de expertos para la reforma del Sistema Tributario Español, 2014: 124) como la Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local (2017: 28) aconsejaban una revisión del método de determinación y valoración de los inmuebles que tuviera como referencia el valor de mercado, y que podría ser común a varios impuestos. Como alternativa, si se mantuviera la vigente metodología de determinación del valor catastral, se debería precisar su actualización recurrente, en períodos de tiempo inferiores a los actuales.

La cuestión de la unicidad o estanqueidad valorativa es un debate clásico en materia tributaria³⁴. Aunque no es fácil llegar a un valor común a varios tributos, ni hay acuerdo en la doctrina acerca de que sea deseable, un primer paso se ha dado con la introducción por la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, del “valor de referencia” determinado por la Dirección General del Catastro como base imponible para el ITPAJD y el impuesto sobre sucesiones y donaciones, con posibles efectos también para el impuesto sobre el patrimonio y sobre las grandes fortunas.

Así las cosas, el reto en materia de valoración sería iniciar una transición paulatina que sustituya el valor catastral por el valor de referencia como base imponible del IBI. Esto debería ser gradual, pues los valores de referencia están muy por encima de los catastrales³⁵, por lo que habría que introducir medidas transitorias, pero sería —a mi juicio— la evolución más razonable para suplir las carencias intrínsecas al sistema de valoración catastral, dadas las ventajas del valor de referencia en términos de flexibilidad y agilidad de actualización. Por un lado, este se determina mediante el análisis de los precios comunicados por los notarios en las compraventas inmobiliarias, que sirven de base a unos “mapas de valores” y a unos “módulos de valor” que, a través de la metodología que publica el Catastro, se concretan en el valor

34. Vid. Espejo Poyato (1990) y Huesca Boadilla (2015).

35. El valor de referencia tiene un factor de minoración del 0,9 respecto del valor de mercado, mientras que el valor catastral tiene un coeficiente de relación al mercado de 0,5 (Orden de 14 de octubre de 1998 sobre aprobación del módulo de valor M y del coeficiente RM y sobre modificación de Ponencias de valores).

de referencia de cada inmueble. Con todo, plantea el problema de que hay ciertos inmuebles (por ejemplo, muchos rústicos) en los que no hay un mercado suficientemente amplio como para poder calcular valores medios.

Como apunta Suárez Pandiello³⁶, el problema de la valoración de inmuebles es común a todos los países. Dicho autor sistematiza las distintas técnicas seguidas según los modelos tributarios³⁷, que son muy variadas. Desde las centradas en valores de mercado, hasta las que se basan en el valor en uso del inmueble (capitalizando la renta de alquiler), pasando por las que priman aspectos físicos de localización, calidad, etc. (en estos se inscribiría el valor catastral), e incluso las llamadas de “autovaloración”, en las que el contribuyente es quien libremente determina valor al bien³⁸. Asimismo, se trata de una cuestión permanente en la agenda de organizaciones internacionales y *think tanks*, que promueven periódicamente estudios y análisis a fin de compartir experiencias y buenas prácticas sobre las técnicas de valoración³⁹.

5.4 Tipos de gravamen

El IBI permite a los municipios ejercer su autonomía y corresponsabilidad fiscal mediante la determinación de los tipos de gravamen, dentro de las horquillas fijadas por la ley⁴⁰, que establece unos mínimos, con autorización para elevarlos más o menos dependiendo de diversos factores⁴¹. Una primera observación es que el tipo de gravamen no distingue entre suelo y vuelo, aunque ya hemos indicado que, desde el punto de vista de la teoría económica, el gravamen debería enfocarse más en el primero que en el segundo.

5.4.1. Se debe destacar la posibilidad prevista en el art. 72.4 TRLRHL de establecer tipos diferenciados para los inmuebles urbanos, excluidos los de

36. Suárez Pandiello (2020: 8).

37. *Vid.* Suárez Pandiello (2020: 5), con cita de Slack (2006).

38. Casos de Perú y Turquía, según la fuente indicada. Como apunta el citado autor, estos últimos solo serán eficaces en la medida en que se prevea un derecho de tanteo de la Administración de ejercicio verosímil.

39. *Vid.* Bonet *et al.* (2014), De Cesare (2016), y Eguino y Erba (2020).

40. Se concilian así los principios de reserva de ley y autonomía y suficiencia (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 26).

41. El art. 72, apdos. 1 a 3, TRLRHL, establece una horquilla del 0,4 al 1,1 % para inmuebles urbanos; del 0,3 al 0,9 % para rústicos. Los máximos pueden aumentarse en función de las siguientes circunstancias: (i) ser capital provincial o autonómica; (ii) prestar servicio de transporte público colectivo de superficie; (iii) prestar más servicios de los exigidos según la legislación de régimen local; y (iv) ser un municipio en que los bienes rústicos tengan un peso de más del 80 % de la superficie total (solo respecto de estos). El tipo para BICE es del 0,6 %, pudiendo establecer para cada grupo de BICE existentes en el municipio un tipo diferenciado que, en ningún caso, será inferior al 0,4 % ni superior al 1,3 %.

uso residencial, en función de los usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones. Estos son aplicables, como máximo, al 10 % de los bienes inmuebles urbanos del término municipal que, para cada uso, tengan mayor valor catastral⁴². Algunos autores proponen eliminar este límite con el fin de aumentar la autonomía local y, al mismo tiempo, solventar el problema de que las ordenanzas municipales han de fijar los umbrales de valor antes de conocerse el padrón (que se cierra a 1 de enero de cada año, cuando la ordenanza ya está aprobada), por lo que no se puede garantizar *a priori* que el límite se observe.

Por otro lado, la Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local (2017: 29) sugería que las ordenanzas en las que se prevén los tipos incrementados vengan sustentadas en los estudios económicos e informes que sirven de base a su aplicación. A mi juicio, esto trasladaría a tales informes o memorias la conflictividad existente en las tasas, cuando realmente estas sí quedan sujetas al criterio legal del coste del servicio, mientras que el tipo cualificado por usos es una decisión libre de política tributaria.

La casuística entre municipios sobre el tipo diferenciado es amplia. Mientras que algunos prevén un tipo único para todos los inmuebles de mayor valor catastral (por ejemplo, Barcelona, que les aplica un tipo del 1 %, frente al general del 0,66 % para inmuebles urbanos)⁴³, en otros se establecen tipos diferentes para cada uso (caso de Madrid, que establece tipos distintos de entre el 0,931 % y el 1,294 %, frente al general del 0,456 % de los inmuebles urbanos)⁴⁴.

Recientemente, la STS de 31 de enero de 2023⁴⁵ ha zanjado una controversia acerca de la consideración como uso distinto de los garajes-estacionamientos. Frente a la pretensión municipal de aplicarles un tipo diferenciado, el Tribunal Supremo interpreta que esto solo cabe para los usos taxativamente establecidos⁴⁶, entre los que no se encuentra el uso “almacén-estacionamiento”, que es una subcategoría dentro del industrial.

42. Esta medida fue examinada en el ATC 123/2009, de 30 de abril, FFJJ 3 a 5, y se concluyó que no merecía ninguna tacha desde el punto de vista constitucional.

43. Art. 7 de la Ordenanza municipal reguladora del IBI de Barcelona. <https://ajuntament.barcelona.cat/hisenda/sites/default/files/normativa/2023-03/1.1-ordenanza-ibi.pdf?profile=1>.

44. Art. 8 de la Ordenanza municipal reguladora del IBI de Madrid. <https://sede.madrid.es/portal/site/tramites/menuitem.5dd4485239c96e10f7a72106a8a409a0/?vgnnextoid=15ba2fd2e9d710VgnVCM1000001d4a900aRCRD&vgnnextchannel=6b3d814231ede410VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnnextfmt=default>.

45. Rec. núm. 2265/2021. A fin de facilitar la aplicación de esta sentencia por los ayuntamientos, la Dirección General del Catastro ha aprobado la Resolución de 8 de enero de 2024 (BOE de 11 de enero) sobre codificación de los inmuebles a efectos del IBI.

46. DT 15.º TRLRHL, por remisión a la norma 20 del anexo al Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de

Los indicados tipos diferenciados permiten a los ayuntamientos aumentar la tributación de los inmuebles urbanos afectos a actividades económicas. Sin embargo, como hemos señalado en el apartado 4, desde una óptica de eficiencia económica, no está justificado gravar más en el IBI las construcciones (no habría objeción en hacerlo respecto del suelo) afectas a usos empresariales. Una vez más, se manifiesta un *trade-off* eficiencia-equidad.

5.4.2. La diferenciación del gravamen según el uso también se plantea respecto de los inmuebles residenciales. En concreto, se discute si dar un trato más favorable en el IBI a la vivienda habitual y, por el contrario, “castigar” las viviendas desocupadas.

La aplicación de un tipo “preferencial” para la vivienda habitual es una propuesta que cuenta con partidarios y detractores. A favor, se aducen razones de equidad y el precedente de la no imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF por la vivienda habitual. En contra, que introduce un sesgo a favor de quien habita una vivienda en propiedad (y pagaría un menor IBI) frente a quien vive de alquiler y paga una renta en la que el propietario puede repercutir el IBI al tipo general (salvo que se aplicara el tipo reducido en función del destino a vivienda habitual, aunque sea por un arrendatario, con el consiguiente aumento del coste de gestión).

Por lo que se refiere a las viviendas desocupadas, la posibilidad de que los municipios establezcan un tipo de gravamen diferenciado para inmuebles de “uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente” se introdujo por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre⁴⁷. Sin embargo, este tipo especial se ha mantenido “en letargo” —en expresión de Varona Alabern (2020)— como consecuencia de la falta de desarrollo reglamentario de qué debe entenderse por “desocupado con carácter permanente”. Aunque algunas ordenanzas municipales abordaron dicha definición, los tribunales concluyeron que solo podía hacerlo el Estado⁴⁸.

La Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local (2017: 30), en general, era contraria a esta diferenciación. No obstante, una parte minoritaria de sus miembros consideraban que el recargo debía mantenerse. Tras un primer intento de definir la vivienda “desocupada con carácter permanente” por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, más recientemente la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda,

naturaleza urbana. Tales usos son: residencial, industrial, oficinas, comercial, deportes, espectáculos, ocio y hostelería, sanidad y beneficencia, culturales y religiosos, y edificios singulares.

47. Seguía con ello una recomendación de la Comisión de expertos que se constituyó para la reforma de las haciendas locales que luego se instrumentó por medio de dicha ley.

48. Por ejemplo, SSTSJ de Cataluña de 22 de julio de 2011; de Asturias de 16 de febrero de 2015, y de Madrid de 27 de abril de 2016.

ha modificado el art. 72.4 TRLRHL, que recoge el recargo, concretando que tendrá la consideración de inmueble desocupado con carácter permanente aquel que permanezca desocupado, “de forma continuada y sin causa justificada, por un plazo superior a dos años”, y pertenezca a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial. Para constatar la desocupación, se aplicarán los requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la ordenanza fiscal. El tipo del recargo será, en general, de hasta el 50 % de la cuota líquida, que podrá llegar hasta el 100 % cuando el periodo de desocupación sea superior a tres años, pudiendo modularse en función del periodo de tiempo de desocupación. Además, podrá aumentarse en hasta 50 puntos porcentuales adicionales en caso de inmuebles pertenecientes a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados en el mismo término municipal. Esta regulación ya hace posible la aplicación del recargo, aunque parece previsible que tendrá un importante coste de gestión. Lo que carecía de sentido era mantener la previsión sin posibilidad de aplicación práctica.

Interesa mencionar el precedente de las normas forales vascas de haciendas locales, en las que se establece que los municipios podrán aplicar un recargo sobre la cuota para inmuebles de uso residencial que no constituyan la residencia habitual del sujeto pasivo o de terceros (por arrendamiento o análogo)⁴⁹. En la práctica, se podrá aplicar a viviendas desocupadas o que constituyan segundas residencias. Contra esta medida, el TSJ del País Vasco planteó una cuestión de inconstitucionalidad que no prosperó, descartando el Tribunal Constitucional que la medida vulnerara el principio de seguridad jurídica o el de capacidad económica⁵⁰.

El Tribunal Constitucional también tuvo ocasión de pronunciarse sobre el mayor gravamen de las viviendas desocupadas, en esta ocasión a raíz del impuesto sobre las viviendas vacías de Cataluña (Ley del Parlamento de

49. DFN Araba 2/2021, art. 15.13; NF Bizkaia 4/2016, art. 10.8; NF Gipuzkoa 12/1989, art. 14.5. Este recargo es de hasta el 150 % en Gipuzkoa, y de hasta el 50 % en Bizkaia y Álava/Araba.

50. La cuestión fue considerada por el TC “notoriamente infundada” (ATC 109/2017, de 18 de julio). El TC recuerda que la reserva de ley tributaria es relativa, precisamente para facilitar la autonomía financiera local; y en cuanto al principio de seguridad jurídica, que no impide el uso de conceptos jurídicos indeterminados, como sería en este caso el “residencia habitual”. Para interpretarlo, el aplicador podrá acudir a otras normas del ordenamiento tributario o general, por lo que no es motivo de inconstitucionalidad el que la norma foral no contenga un concepto propio de “residencia habitual” (FJ 4). Nótese que la diferencia con la regulación del TRLRHL, hasta su reciente reforma por la citada Ley 12/2023, es que la propia norma llamaba a su desarrollo reglamentario, el cual no llegó a hacerse. Por lo que se refiere al principio de capacidad económica, el TC se remite a su clásica STC 37/1987, de 26 de marzo, referida al impuesto andaluz sobre tierras infrutilizadas, considerando que la no utilización de un bien o su uso no habitual ponen de manifiesto una riqueza real o potencial cuyo gravamen, en lo que aquí interesa a través de un recargo en el IBI foral, es coherente con el principio de capacidad económica, sin que tampoco vulnere el principio de igualdad (FJ 5).

Cataluña 14/2015, de 21 de julio), desestimando el recurso interpuesto por el Gobierno contra el mismo por solaparse con el IBI (STC 4/2019, de 17 de enero). Se consideró que entre ambos impuestos existían diferencias suficientes como para descartar que se produjera la duplicidad prohibida por el art. 6.3 LOFCA⁵¹, dado que el objetivo es predominantemente fiscal en el IBI y mayormente extrafiscal en el impuesto autonómico (FJ 5). Asimismo, se analizó la posible duplicidad con el recargo para viviendas desocupadas del IBI, que no se apreció, por entender el Tribunal Constitucional que el recargo no es un impuesto independiente, sino un elemento más de cuantificación del IBI (FJ 6)⁵².

5.4.3. Otra cuestión de debate es si los tipos de gravamen del IBI, tradicionalmente proporcionales, deben hacerse progresivos por tramos de base. Este problema se puso de manifiesto en el Informe de la Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local (2017: 28), una mayoría de cuyos miembros sostuvo que la estructura y los objetivos del IBI no se adaptaban a la utilización de tipos progresivos, mientras que una parte minoritaria sí era favorable a la progresividad, en atención a la capacidad económica del contribuyente. En la línea mayoritaria, Suárez Pandiello (2020: 6) subraya que el uso de escalas progresivas agravaría la discriminación sufrida por los inmuebles respecto a otros activos, provocando mayores inequidades, además de ineficiencias por alteración de incentivos. De acuerdo con lo que proponía el Informe *Mirrlees*, cuantas más diferencias de gravamen se establezcan según los inmuebles (particularmente, sobre el vuelo), mayores distorsiones se generan en la asignación de recursos y más pérdidas de eficiencia para la economía.

Conviene recordar que la totalidad de los bienes, incluidos los inmuebles, que sean titularidad de una persona (física, dado que no existe en España un impuesto personal sobre el patrimonio de las personas jurídicas), tributarán de forma agregada en el impuesto sobre el patrimonio y, en su caso, en el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas⁵³; figuras en las que sí cobra sentido una escala progresiva de tipos, pues se aplica sobre todo el patrimonio del titular. A este respecto, el Comité de personas

51. Según el cual: "Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponible gravados por los tributos locales. Las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones locales. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de aquellas Corporaciones, de modo que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro".

52. En contra de esta visión, *vid.* Varona Alabern (2020).

53. Regulado en el art. 3 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre.

expertas de 2022⁵⁴ prevenía contra una posible superposición de los inmuebles como resultado del solapamiento del impuesto sobre el patrimonio (y, en su caso, del de grandes fortunas) y el IBI, a lo que añade la imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF.

5.4.4. Asimismo, parece haber consenso en dar un tratamiento específico a la figura de las áreas de promoción económica urbana o *Business Improvement Districts*⁵⁵. Para financiar el componente público del desarrollo de estas áreas, ya el Informe de la Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local (2017: 29) sugirió que podría otorgarse la posibilidad de establecer un recargo en el IBI sobre aquellos bienes inmuebles directamente beneficiados o bien, de forma alternativa o complementaria, contribuciones especiales (2017: 77).

En nuestro país estas figuras han tenido reconocimiento en el derecho positivo autonómico. En concreto, en Cataluña (Ley 15/2020, de 22 de diciembre, de las áreas de promoción económica urbana), aunque también hay proyectos en otras comunidades autónomas, e incluso un incipiente anteproyecto a nivel estatal. La ley catalana prevé que se financien mediante las cuotas obligatorias de los miembros, que califica como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias del art. 31.3 CE, y con las figuras tributarias que pueda establecer la legislación de las haciendas locales, además de mediante subvenciones e ingresos patrimoniales⁵⁶.

Habrà que esperar a una eventual reforma del TRLRHL para comprobar si acoge la propuesta de la Comisión de expertos de crear un recargo en el IBI. Respecto de esta figura, se debe citar la reciente STS de 19 de junio de 2023⁵⁷ que, en relación con el recargo previsto en favor de las áreas metropolitanas (art. 153 TRLRHL), concluye que estas no pueden modificar los términos del recargo para establecer una exención o reducción para ciertos bienes. Con ello abunda en la idea del recargo como parte indisoluble de otro tributo, no como una figura independiente, tal y como hizo la STC 4/2019, FJ 6, antes citada, al examinar el impuesto catalán sobre las viviendas vacías.

54. Comité de personas expertas (2022: 693). Propuesta n.º 108.

55. Son entidades asociativas con origen en el mundo anglosajón que nacen para dinamizar o revitalizar, mediante la colaboración público-privada (con predominio de esta última), espacios en los que se concentran actividades empresariales. Los propietarios de locales, empresarios, profesionales establecidos en el área, se obligan a hacer una aportación económica colectiva con el objetivo de mantener, desarrollar y promocionar su distrito mediante actuaciones que ellos mismos deciden, aunque bajo una supervisión pública. *Vid.* Quintana Ferrer (2017).

56. Arts. 2 y 25.

57. Rec. núm. 8741/2021.

5.5 Beneficios fiscales

5.5.1 La deseable racionalización de los beneficios fiscales en el IBI

Al igual que en los tipos de gravamen, al examinar los beneficios fiscales en el IBI se plantean dos posturas opuestas, como puso también de manifiesto el Informe de la Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local (2017: 27). Por un lado, están quienes apuestan por mantener la ortodoxia de un impuesto real, objetivo y de producto, poco apto para la personalización de la carga tributaria o para alcanzar fines extrafiscales. Tales objetivos deben lograrse —según esta primera corriente— por vías alternativas. De otro modo, aumenta el efecto distorsionante del tributo, se menoscaba su potencial recaudatorio y se complica la gestión municipal. Frente a ella, una posición minoritaria sostiene que los beneficios fiscales deben racionalizarse y no seguir multiplicándose, pero manteniendo los actuales, pues con ellos se da cumplimiento al mandato constitucional de justicia tributaria (art. 31.1 CE) y se persiguen, además, ciertos objetivos extrafiscales.

En la línea de la primera posición, Suárez Pandiello (2019) hace una interesante reflexión sobre la lógica de los beneficios fiscales en el ámbito local, que suscribimos. Por un lado, recuerda que con ellos se renuncia a una recaudación a cambio de lograr determinados objetivos de política económica o social que son deseables (el fomento del empleo, la innovación, el respeto al medio ambiente, etc.). Desde una perspectiva económica, la cuestión es si dichos fines se logran mejor mediante beneficios fiscales o existen alternativas preferibles para conseguirlos, como el gasto público o la vía regulatoria.

Junto al plano económico, en este punto juega un papel decisivo el enfoque político. La cada vez mayor complejidad de la normativa tributaria hace que resulte difícil calcular y evaluar los efectos, en clave de eficiencia y equidad, de las medidas adoptadas. El autor citado califica de “*maremágnum*” las deducciones, desgravaciones, bonificaciones o exenciones parciales vigentes a nivel local, cuya *ratio* resulta muchas veces difícilmente explicable, pero cuyo mantenimiento parece asegurado ante la impopularidad de suprimirlas. Argumenta que, de las funciones clásicas de la hacienda pública que identificó Musgrave (1959), los Gobiernos locales se deben enfocar fundamentalmente en la provisión de bienes y servicios, y solo marginalmente en las funciones de redistribución y estabilización, como ya apuntó Oates (1972). Esto, unido a los rasgos de los tributos municipales y, en

concreto, el IBI, le lleva a proponer, en la línea apuntada por la Comisión de 2017, que se reevalúe y reduzca el amplio despliegue de beneficios fiscales existente.

Lo anterior debe conectarse con los principios de *smart regulation* incorporados a través de los arts. 129 y 130 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –LPAC—⁵⁸, en respuesta a las recomendaciones procedentes de la OCDE⁵⁹ y la Unión Europea⁶⁰. Por un lado, el art. 129 LPAC recoge los denominados *principios de buena regulación*, entre ellos los de necesidad, eficacia⁶¹ y eficiencia⁶². Por otro, el art. 130 LPAC⁶³ incorpora a nivel legal la obligación de *evaluación normativa*, es decir, al análisis *ex ante* y *ex post* de la eficacia y eficiencia de las normas aprobadas en relación con el logro de los objetivos pretendidos.

Desde esta óptica, es necesario que los beneficios fiscales se sometan a un análisis de eficacia (si consiguen lo que pretenden) y eficiencia (a qué coste lo hacen), considerando siempre las alternativas. Para este examen es fundamental el *presupuesto de beneficios fiscales*⁶⁴, en el que debería estimarse el impacto cuantitativo de dichas medidas, tanto en número de contribuyentes que las aplican, como en importe total. Estudio que debería completarse *a posteriori* con los datos de la liquidación presupuestaria, lo que podría arrojar resultados llamativos en no pocos casos sobre el impacto real de los incentivos. Solo con base en dicha información se estaría en condiciones de valorar su mantenimiento, modificación o supresión.

58. Dichos preceptos culminan una línea iniciada con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (art. 4); y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (arts. 3 a 9).

59. <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/>.

60. La Unión Europea también ha reconocido la importancia de mejorar la práctica regulatoria de los Estados miembros, impulsando proyectos para implementar buenas prácticas en este ámbito. Se puede acceder a una amplia documentación sobre esta materia en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0543:FIN:EN:PDF>.

61. El art. 129.2 de la Ley 39/2015 dispone: “la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución”.

62. El art. 129.6 de la Ley 39/2015 dispone: “la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos”.

63. El art. 130 establece lo siguiente: “las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas”.

64. En los últimos años se ha hecho un esfuerzo de mejora de la información ofrecida en este aspecto, en parte debido a la aprobación de la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, que establece en su art. 14.2 que “los Estados miembros publicarán información detallada sobre la incidencia de los beneficios fiscales en los ingresos”.

El Ministerio de Hacienda ofrece información bastante detallada sobre el presupuesto de beneficios fiscales del Estado, a la que, más recientemente, se ha incorporado la suministrada por comunidades autónomas⁶⁵. Sin embargo, pese a que el art. 168.1.e) TRLRHL⁶⁶ también establece dicha obligación para las entidades locales, la información ofrecida por estas, en general, es poco detallada, incluso en grandes municipios como Madrid y Barcelona. En este sentido, sería importante fomentar el uso de esta información para una mayor transparencia, y como herramienta para decidir sobre el mantenimiento, la supresión o la reforma de los beneficios fiscales en el IBI.

5.5.2

Algunas cuestiones sobre las exenciones y bonificaciones

Comenzando por las exenciones, el siguiente cuadro sintetiza las vigentes:

Obligatorias (art. 62.1 y 2 TRLRHL)	Obligatorias	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Inmuebles de titularidad pública afectos a la seguridad ciudadana, servicios educativos, penitenciarios o defensa; ▪ bienes comunales y montes vecinales en mano común; ▪ de la Iglesia y resto de confesiones religiosas; ▪ de la Cruz Roja; ▪ sedes diplomáticas y consulares y OOII (convenios); ▪ montes con árboles de crecimiento lento madera/corcho; ▪ infraestructuras ferroviarias.
	Rogadas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Centros educativos concertados; ▪ bienes patrimonio histórico español; ▪ bienes de las entidades sin fines lucrativos (Ley 49/2002); ▪ montes repoblados (durante 15 años); ▪ inmuebles afectados por catástrofes naturales; ▪ otros: afectados por volcán La Palma⁶⁷, sequía⁶⁸, etc.
Potestativas (art. 62.3 y 4)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Centros sanitarios de titularidad pública; ▪ inmuebles de cuota inferior a la establecida por ordenanza 	

La casuística de las diversas exenciones es muy amplia y excede naturalmente el objeto de este trabajo⁶⁹. Baste indicar que ha generado debate la aplicable a la Iglesia, para la que el margen del legislador viene marcado por el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979,

65. <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/InformacionPresupuestaria/InformacionBeneficiosFiscales/Presupuestosdebeneficiosfiscales.aspx>.

66. Los presupuestos de la entidad local deben acompañarse de un anexo con "información detallada de los beneficios fiscales y su incidencia en los ingresos de cada Entidad Local".

67. Real Decreto-ley 20/2021, de 5 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la reconstrucción económica y social de la isla de La Palma.

68. Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía.

69. Se puede consultar Calvo Vérguez (2020).

sobre asuntos económicos⁷⁰, en los términos en que han interpretado los tribunales, a lo que deben ajustarse los ayuntamientos correspondientes⁷¹.

Respecto de la exención para inmuebles de entidades no lucrativas⁷², una reciente STS de 4 de octubre de 2022⁷³ señala que será aplicable respecto a todo el período impositivo en que se produce la comunicación de dicho régimen al ayuntamiento correspondiente, y ello aunque tanto la inscripción en el Registro de Fundaciones como la comunicación a aquel fueran posteriores al devengo del impuesto.

En lo concerniente a las bonificaciones, un primer problema sería la —a mi juicio— excesiva proliferación de las potestativas. Sin negar su importancia para la autonomía municipal, antes de implementarlas el ayuntamiento correspondiente debería valorar aspectos como su coste recaudatorio y de gestión, su utilidad para el logro de los objetivos pretendidos y si estos deben perseguirse a nivel local. Las bonificaciones actuales son las siguientes:

Obligatorias (art. 73 TRLRHL)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 50-90 % existencias de empresas inmobiliarias durante 3 años ▪ 50 % VPO, durante 3 años, ampliables potestativamente por el ayto.* ▪ 95 % bienes rústicos de coop. agrarias y de explotación comunitaria de la tierra ▪ 50 % bienes en Ceuta y Melilla
Potestativas (art. 74)	<ul style="list-style-type: none"> ≤ 5 % por domiciliación bancaria (art. 9.1 TRLRHL) ≤ 50 % prolongación de la bonificación de VPO (art. 73.2)* ≤ 90 % por infradotación de servicios en áreas de actividad primaria ≤ 90 % BICE ≤ 90 % familias numerosas ≤ 50 % placas solares y puntos de recarga de vehículos eléctricos ≤ 95 % organismos públicos de investigación y enseñanza universitaria ≤ 95 % bienes excluidos de la exención de patrimonio histórico español ≤ 95 % por actividades declaradas de especial interés o utilidad municipal ≤ 95 % viviendas destinadas a alquiler con renta limitada ▪ Para limitar el incremento de cuota por revisión catastral

Nos detendremos en dos de las citadas, ya que han generado cierto debate. En primer lugar, la bonificación para titulares de familias numerosas (art. 74.4 TRLRHL, procedente de la Ley 51/2002), que Suárez Pandiello (2020: 6) cuestiona en unos términos que compartimos. *A priori*, con ella se pretende moderar la carga fiscal de estas familias. Sin embargo, dicho autor

⁷⁰. La STC 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 5, señaló que la Comunidad Foral de Navarra no puede limitar en su ley foral de haciendas locales la exención de los bienes de la Iglesia Católica “que estén destinados al culto”, pues ha de ajustarse al tenor del Acuerdo Iglesia-Estado.

⁷¹. La interpretación de qué bienes están exentos se recoge en la consulta de la DGT V2685-09 de 4 de diciembre y en la STS de 4 de abril de 2014.

⁷². Art. 15.1 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

⁷³. Rec. núm. 3075/2020.

compara el caso de dos viviendas: una es un chalet unifamiliar, radicado en un entorno urbano de alto *standing* y propiedad de una familia de cinco miembros (pareja con tres hijos), altos ejecutivos de empresas, que son quienes lo habitan; la otra es un piso de 90 metros cuadrados, situado en una barriada en los extrarradios de la misma ciudad, propiedad de un profesional soltero y sin hijos y en el que reside, mediante contrato de alquiler, otra familia de cinco miembros (también pareja con tres hijos) en la que la única renta es la del padre, que cobra el salario mínimo interprofesional. Parece claro que la bonificación indicada tendría aquí un efecto regresivo, porque la familia de alta renta podría aprovecharla y ver reducida su carga fiscal por IBI hasta un 90 %, mientras que la que cobra el SMI no podría hacerlo, al no ser familia numerosa el titular de la vivienda y repercutírsele la cuota del impuesto en la renta.

Aunque es frecuente que los municipios modulen esta bonificación en función de aspectos como el valor catastral de la vivienda (Madrid⁷⁴ y Sevilla⁷⁵) o la renta de la unidad familiar (Barcelona)⁷⁶, esto no elimina el sesgo que pone de manifiesto el citado autor, al tiempo que aumenta el coste de gestión de la bonificación. Nótese, además, que el TRLRHL no acota la bonificación a la vivienda habitual de familia numerosa, por lo que un ayuntamiento podría aplicarla para otras propiedades del titular (aunque la mayoría de las ordenanzas lo excluyen).

En segundo lugar, la doctrina ha prestado atención a la bonificación de hasta el 95 % para “inmuebles en los que se desarrollen actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración”; añadiéndose que “corresponderá dicha declaración al Pleno de la Corporación y se acordará, previa solicitud del sujeto pasivo, por voto favorable de la mayoría simple de sus miembros” (art. 74.2 quáter TRLRHL)⁷⁷.

Esta bonificación se introdujo de forma simultánea en el IBI y en el IAE⁷⁸ por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, tomando como referencia el

74. Art. 12 de la Ordenanza municipal reguladora del IBI de Madrid.

75. Art. 16.6 de la Ordenanza municipal reguladora del IBI de Sevilla.

76. Art. 9.4 de la Ordenanza municipal reguladora del IBI de Barcelona.

77. La jurisprudencia ha aclarado que la declaración de especial interés o utilidad municipal se tramitará como un procedimiento administrativo común, no de naturaleza tributaria, conforme a la LPAC (STSJ de Madrid de 30 de octubre de 2013, rec. núm. 1504/2012). Sobre esta bonificación, la consulta de la DGT 0377-19, de 21 de febrero, ha señalado que no se puede aplicar a los inmuebles de entidades públicas o privadas cuyo objeto social sea el arrendamiento social de viviendas, al no ser los inmuebles en los que esas entidades desarrollan su actividad económica, sino los inmuebles objeto de la actividad económica. Sin embargo, la Ordenanza fiscal del IBI de Sevilla (art. 14) no excluye las viviendas de la bonificación.

78. Art. 88.2.e) TRLRHL.

precedente del ICIO. Poco más tarde, también se incorporó al IIVTNU⁷⁹. Con ella se incrementa la autonomía local, de forma que puede servir para captar inversiones, haciendo más atractivo, desde el punto de vista fiscal, un municipio frente a otros. De hecho, según Martín Rodríguez (2014b: 429), el origen de su introducción en el IBI y en el IAE está en el fallido proyecto para la implantación de “Eurovegas” en la Comunidad de Madrid.

Algunos autores, como Quintana Ferrer (2014: 1191), han cuestionado su adecuación a los principios de legalidad y seguridad jurídica, debido a lo amplio del supuesto de hecho de la bonificación. Dicho autor la califica como “cheque en blanco” por el alto grado de discrecionalidad que otorga al pleno municipal, dado que es difícil concebir una actividad en la que no concurren circunstancias “sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo” que la hagan “de especial interés o utilidad municipal”, si así lo decide libremente el pleno municipal. Para dicho autor, esta medida abre la posibilidad para que una empresa “negocie” con las autoridades municipales su ubicación en ese u otro municipio en función de que se le otorgue el beneficio fiscal.

Sin embargo, hay que matizar que la discrecionalidad del ayuntamiento no es tal, como ha tenido ocasión de resaltar la jurisprudencia recaída fundamentalmente sobre la bonificación prevista para el ICIO, pero que es trasladable al IBI. Por tanto, el ayuntamiento puede establecer o no la bonificación y fijar su cuantía y condiciones. Pero una vez que la ha regulado, la aplicación a cada caso es reglada y sujeta a control jurisdiccional⁸⁰. Prueba de esto son las sentencias que han reconocido el “especial interés o utilidad municipal” de algunas actividades económicas a las que el ayuntamiento se lo había negado. Según Marín-Barnuevo Fabo (2019) casi todos los supuestos recogidos en la jurisprudencia (sobre la misma bonificación en el ICIO) se refieren a obras de construcción de hospitales, centros de salud, universidades, centros geriátricos, etc. Así, por ejemplo, una STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de julio de 2013⁸¹ reconoció

79. Art. 108.5 TRLRHL, redacción dada por la Ley 16/2013, de 29 de octubre.

80. Así, la Sentencia del TSJ de Madrid de 14 de junio de 2012, rec. núm. 24/2012, señala que “la discrecionalidad municipal respecto de la bonificación discutida sólo existe para su establecimiento, regulación y cuantificación en la correspondiente Ordenanza, pero una vez regulada la bonificación en dicha norma municipal, la aplicación de la misma al caso concreto por el Ayuntamiento no supone el ejercicio de potestad discrecional alguna, sino eminentemente reglada, pues consiste en la subsunción del hecho en el concepto definido en la norma, concepto normativo que puede ser un concepto jurídico indeterminado, pero ello no varía el carácter reglado, y no discrecional, de la potestad ejercitada de aplicación de la Ordenanza. [...] Por tanto, la discrecionalidad municipal se agota con la regulación normativa de la bonificación en la Ordenanza, con los límites legales expuestos, pero una vez establecida la regulación en la Ordenanza, el Ayuntamiento debe limitarse a aplicarla sin discrecionalidad alguna”.

81. Rec. núm. 46/2012.

el especial interés o utilidad municipal de la construcción de un hospital⁸². Igualmente, una STSJ de Murcia de 3 de mayo de 2013⁸³ corrigió la decisión del ayuntamiento, y calificó de especial interés o utilidad municipal la creación de un centro de salud⁸⁴.

5.6 Gestión tributaria

En el ámbito de la gestión tributaria, el Informe de la Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local (2017: 30) apostaba por reforzar la unificación de criterios, la coordinación y el intercambio efectivo de información para solventar las disfunciones que resultan de la dualidad de gestión, catastral y tributaria.

Ciertamente, la división entre gestión catastral y gestión tributaria ha sido tradicionalmente fuente de conflictos en este tributo. Un buen ejemplo de esto es la dificultad para impugnar el valor catastral con ocasión de las liquidaciones del tributo. La tesis tradicional es que para discutir el valor catastral hace falta impugnarlo en el momento en que se determina. Sin embargo, esta regla debe ceder en determinadas situaciones, por ejemplo cuando no se ha notificado individualmente el valor catastral⁸⁵ o cuando no se ha recurrido su asignación individualizada, pero sí la ponencia de valores de que este trae causa⁸⁶.

La STS de 19 de febrero de 2019⁸⁷ analiza un supuesto en el que también se admite que se impugne el valor catastral con ocasión de la liquidación. En concreto, enjuicia el caso de un inmueble valorado como urbano por el Catastro, pero que era “no consolidado” según el planeamiento, por lo que

⁸². Según la Sala, el Ayuntamiento “hubiera debido declarar la obra como de interés o utilidad municipal [...] La Sala no tiene duda de que, aparte de circunstancias de fomento de empleo en el municipio, concurren —sobre todo— circunstancias sociales que determinan la declaración de las obras por parte del Ayuntamiento como de especial interés o utilidad municipal; y ello desde el momento en que —de un lado— la prevención, protección y restablecimiento de la salud (que es un derecho individual constitucionalmente consagrado, ex art. 43 CE) ha de ser reputado como de marcado interés social, y —de otro, y como ya se ha anticipado— el mayor número de personas que van a poder beneficiarse de la ampliación o mejora de los servicios sanitarios del hospital [...]”.

⁸³. Rec. núm. 355/2012.

⁸⁴. Considerando que “los centros de salud construidos en un barrio o zona donde antes no existía son claramente de interés social, atendiendo al servicio sanitario que su construcción supone para los vecinos de esa zona”. Para la Sala no es obstáculo el que a otros centros de salud anteriores no se les reconociera.

⁸⁵. STS de 19 de noviembre de 2003. Rec. núm. 6917/1998.

⁸⁶. STS de 31 de octubre de 2006. Rec. núm. 41/2005.

⁸⁷. Rec. núm. 128/2016.

debía calificarse catastralmente de rústico con base en el art. 7.2.b) TRLCI antes citado. Además, el TSJ de Extremadura, en sentencia de 13 de diciembre de 2018, revisando el acto de gestión catastral, había determinado que el inmueble era rústico. Pues bien, el Tribunal Supremo concluye que, aunque no se haya impugnado la asignación del valor catastral, al existir ya un pronunciamiento judicial según el cual el inmueble debe calificarse a efectos catastrales como rústico, las liquidaciones del IBI, que no son firmes, se han de anular. La STS llama la atención sobre “los desajustes” que puede producir la división en gestión catastral y tributaria, e invoca también el principio de “buena administración” en línea con la reciente jurisprudencia del alto tribunal. Al hilo de esta sentencia, conviene citar de nuevo el Informe de la Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local (2017: 30), que propugnaba aumentar las competencias municipales para facilitar una impugnación más efectiva del valor catastral por los contribuyentes y reducir estas y otras consecuencias negativas que se derivan de dicho modelo de gestión, en aspectos como la prescripción y la suspensión de los actos dictados en cada vía o de concurrencia de sanciones en el ámbito catastral y tributario. Por su parte, Alonso Gil (2019: 18, 49) también se posiciona a favor de aumentar el papel de la Administración municipal para determinar el sujeto pasivo del IBI en casos de discrepancia con el Catastro, al tiempo que subraya la importancia de que los ayuntamientos refuercen su actividad de inspección catastral.

Por otro lado, la reciente STS de 19 de diciembre de 2023⁸⁸, partiendo de lo resuelto en la STS de 18 de mayo de 2020⁸⁹, analiza otro problema derivado de la dualidad gestión catastral — gestión tributaria, en concreto si cabe solicitar la devolución del IBI pagado en exceso cuando posteriormente se reduce el valor catastral⁹⁰. El Tribunal Supremo responde afirmativamente, argumentando que, pese a que sería deseable que ambas facetas de la gestión marcharan en paralelo y coordinadamente, lo cierto es que no siempre es así. La Sala considera que, del mismo modo que cuando se impugna el valor catastral no se suspende el cobro del IBI, sería absurdo exigir la impugnación de las liquidaciones para evitar que ganen firmeza, ya que el ayuntamiento debe aplicar el valor catastral establecido mientras no sea modificado. En justa correspondencia, si posteriormente el valor catastral se rectificara, lo procedente es ajustar las liquidaciones al valor catastral corre-

88. Rec. núm. 5519/2022.

89. Rec. núm. 6950/2020.

90. La STS de 19 de diciembre de 2023 se refiere a un caso de subsanación de errores del art. 18 TRLCI, pero la STS de 18 de mayo de 2020 aludía a un caso de impugnación del valor catastral por el contribuyente. Por tanto, parece que la regla es aplicable con independencia de la vía por la que se haya modificado el valor catastral.

gido, con devolución de ingresos, sin que la Administración pueda oponer su firmeza por no haber sido impugnadas.

Los anteriores pronunciamientos apuntan —a mi juicio en la línea adecuada— a una flexibilización de la rígida separación entre la gestión catastral y la tributaria, que es origen de disfunciones cuyo análisis excede del objeto de este trabajo.

6

La competencia fiscal en el IBI

Por competencia fiscal se puede entender “el proceso por el cual un grupo de jurisdicciones adoptan un conjunto de medidas tributarias para mejorar su posición competitiva con el fin de atraer o retener las bases imponibles móviles”⁹¹. Esta competencia fiscal generalmente se valora de forma negativa, y por eso se denomina “desleal”, “dañina” o “perjudicial” (*harmful tax competition*), ya que suele desembocar en una carrera fiscal a la baja (*race to the bottom*) con peligro para la suficiencia financiera. Esto es lo que se puede apreciar, a nivel internacional, en tributos como el impuesto sobre sociedades y el IRPF aplicable a las rentas del capital; y, a nivel interno, en el impuesto sobre el patrimonio y sobre sucesiones y donaciones entre comunidades autónomas. Por sus características, creemos que el IBI es relativamente inmune a esta forma de competencia fiscal desleal.

Junto a la modalidad expuesta, la doctrina también ha identificado la competencia fiscal referencial o de imitación (*yardstick competition*)⁹², más común en el IBI. Los estudios confirman este efecto de imitación de las políticas fiscales. En un estudio específico sobre el IBI en el periodo 1991-2003, Bosch y Solé-Ollé (2007) identificaron un efecto de pérdida importante de votos en los municipios que adoptaban un incremento tributario superior al de los municipios vecinos. También se ha evidenciado un efecto de imitación fiscal en Delgado *et al.* (2015a, 2015b). En este sentido, Pedraja Chaparro (2019) subraya que los procesos de imitación fiscal entre los municipios vecinos no se explican solo por el tipo de gravamen nominal, sino que alcanzan también al conjunto de beneficios fiscales sobre los que los municipios pueden ejercer su autonomía (determinantes del tipo efectivo). Por esto, dicho autor llama a la cautela sobre la posibilidad de ampliar la autonomía local en ese ámbito.

91. Martín Rodríguez (2014a: 87).

92. Delgado y Mayor (2015: 78).

Pero no es el único factor que explica la política fiscal en el IBI. Solé-Ollé (2003), respecto del conjunto de tributos locales, concluyó que los tipos impositivos son más elevados con Gobiernos locales más fuertes (mayoría más sólida), con alcaldes de izquierdas y en años no electorales. Por su parte, el trabajo de Benito *et al.* (2010: 267-268) investigó las posibles causas que explican la presión fiscal municipal. Partiendo de una muestra nacional de municipios desde 2001 hasta 2006, concluyó lo siguiente: (i) a diferencia de otros estudios [el citado de Solé-Ollé (2003)], los resultados obtenidos no permiten concluir que el signo político del Gobierno influya en la presión fiscal del municipio (esto confirmaría que, a nivel municipal, el factor personal y la cercanía de los ciudadanos difuminan las diferencias políticas por razón ideológica); (ii) sí hay evidencia, en cambio, de los factores de fortaleza política (a mayor respaldo de un Gobierno municipal, mayor presión fiscal) y de ciclo electoral (en el año electoral disminuyen los tipos efectivos); (iii) la inmigración y el paro presentan una correlación positiva sobre la presión fiscal (cabe pensar que por el mayor nivel de gasto que requieren y, consiguientemente, la mayor necesidad de ingresos); por último (iv), respecto a la relación entre la renta por habitante y la presión fiscal, dicho trabajo apreció una correlación negativa, cuando lo previsible es lo contrario (a mayor renta, mayor presión fiscal), como sí confirman otros estudios⁹³.

Quintana Ferrer (2015) sí parece sostener que el vigente marco normativo del IBI se presta a cierta competencia fiscal perjudicial. En concreto, apunta a la regulación mediante ordenanza de algunas exenciones, ampliando o reduciendo su ámbito, o bien mediante criterios de aplicación más laxos, allí donde la redacción legal no es suficientemente taxativa y deja un margen de interpretación. No obstante, debe recordarse que las remisiones del TRLRHL a las ordenanzas fiscales para la concreción de las bonificaciones potestativas recogen límites imperativos y no pueden significar autorizaciones en blanco para establecer bonificaciones discriminatorias⁹⁴.

Por otro lado, se ha planteado el posible uso de la bonificación para inmuebles donde se desarrollen actividades de especial interés o utilidad municipal (art. 74.2 quáter TRLRHL) como una vía de competencia fiscal desleal. Una empresa inversora podría negociar con el Gobierno municipal a la hora de decidir su ubicación, o incluso “amenazar” con una deslocalización en caso de no obtener la bonificación (ya que la norma no reserva la bonificación solo para actividades nuevas). Sin embargo, considero que los factores para que una inversión se ubique en un lugar o en otro son múltiples, y los

93. Solé-Ollé (2003).

94. Vid. STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2010.

de índole tributaria —y, en concreto, los tributos locales— no serán, por regla general, la razón determinante.

Además, es frecuente que las ordenanzas municipales reguladoras del IBI que establecen esta bonificación la acoten a tipos concretos de actividades. Así, en las ordenanzas de IBI de Madrid⁹⁵ y Barcelona⁹⁶, tan solo se prevé para inmuebles de propiedad municipal en régimen de concesión (supuesto en el que el concesionario debe soportar la carga tributaria), y solo si están destinados a ciertas actividades (mercados en el caso de Madrid o centros deportivos en Barcelona). En la ordenanza de Valencia solo se prevé para terrenos destinados a ciertas actividades agrícolas o inmuebles en los que se desarrollen determinadas artes escénicas⁹⁷. En Sevilla se prevé para un conjunto más amplio de actividades⁹⁸, pero, en la práctica, el coste fiscal de la bonificación en dicho ayuntamiento es muy reducido⁹⁹, lo que permite inferir que, en realidad, se ha aplicado muy restrictivamente. Así pues, de los datos disponibles no cabe concluir que la bonificación del art. 74.2 quáter esté operando como vía de competencia fiscal desleal.

7

Conclusiones

De lo expuesto en este trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. El IBI no solo debe seguir jugando un papel central en la financiación local, sino que hay cierto consenso en que debe ganar protagonismo, en la línea del modelo anglosajón, por las ventajas que presenta, en términos de eficiencia, estabilidad y gestión. Incluso se ha propuesto (Informe Mirrlees, Informe Lagares) que absorba otras figuras de la fiscalidad inmobiliaria, tanto local (el IIVTNU y el ICIO) como autonómica (el ITPAJD), e incluso estatal (la imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF y el gravamen sobre el

95. Art. 15.

96. Art. 9.7.

97. <https://www.zaragoza.es/sede/servicio/normativa/3444>.

98. Para viviendas de alquiler social, para actividades en la Zona Franca, por fomento del empleo, por implantación en parques empresariales. *Vid.* <https://www.sevilla.org/servicios/agencia-tributaria-de-sevilla/ordenanzas-fiscales/2024/1-1-impuesto-sobre-bienes-inmuebles.pdf>.

99. El coste fue de poco más de 30 000 euros en 2023 (para una recaudación prevista del IBI que supera los 175 millones de euros), mucho más bajo, por ejemplo, que el coste de la bonificación de familias numerosas (721 000 euros). *Vid.* <https://www.sevilla.org/ayuntamiento/unidad-organica/servicio-de-gestion-presupuestaria/presupuestos-municipales/presupuesto-2023/archivos/15-informe-beneficios-fiscales.pdf>, p. 4.

- consumo del servicio de vivienda en el IVA). Cualquier cambio en el sentido apuntado debe ser gradual, pues implica transformaciones profundas del sistema tributario y de financiación territorial.
2. Conforme a las reglas de la imposición óptima, el IBI debería centrarse más en el suelo que en el vuelo, particularmente en el caso de inmuebles afectos a actividades económicas. El principal reto al que se enfrenta el IBI es la valoración. Los retrasos en las revisiones conforme al sistema vigente impiden que el valor catastral cumpla bien con su función de medir la capacidad económica. Por ello, se propone sustituirlo de forma gradual por el valor de referencia, con las adaptaciones y medidas transitorias que sean pertinentes, a fin de promover una valoración más próxima al mercado y con una actualización más ágil y flexible.
 3. No hay consenso, en cambio, sobre si en el IBI deben fomentarse normas de personalización del gravamen (tipos progresivos, diferenciación por usos, bonificaciones para familias numerosas, etc.) y medidas extrafiscales (medioambientales, económicas, educativas, etc.). Hay una excesiva proliferación de normas en esta dirección que una parte importante de los expertos considera inadecuada, porque va en detrimento de la eficiencia y sencillez de este impuesto. Además, tienen un importante coste recaudatorio y de gestión, por lo que se debe valorar si tales objetivos no podrían lograrse mejor a través de vías alternativas (impuestos personales, subvenciones o regulación). Es necesaria una evaluación de los beneficios fiscales actuales conforme a los principios de buena regulación, para lo que es preciso mejorar el detalle del anexo de cuantificación de los beneficios fiscales que debe acompañar a los presupuestos municipales.
 4. Dada su naturaleza, en el IBI no se aprecia un fenómeno preocupante de competencia fiscal desleal. En particular, no parece que la bonificación para actividades de especial interés o utilidad municipal del art. 74.2 quáter TRLRHL se esté utilizando, en la práctica, como instrumento de atracción de inversiones, en vista de las actividades que se acotan en las ordenanzas y del escaso coste recaudatorio que tienen en los municipios que publican este dato. Sí existe, en cambio, un importante efecto de imitación. Diversos estudios confirman que las decisiones sobre este tributo están correlacionadas con los tipos efectivos de gravamen en los municipios vecinos, la mayor o menor fortaleza de los Gobiernos locales y el ciclo electoral.

8 Bibliografía

- Alonso Gil, M. (2019). Propuestas de reforma en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles. En P. Chico de la Cámara (dir.), *Aspectos de interés para una futura reforma de las Haciendas Locales* (pp. 11-54). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Benito, B., Bastida, F. y Muñoz, M.^a J. (2010). Factores explicativos de la presión fiscal municipal. *Revista de Contabilidad-Spanish Accounting Review*, 13 (2), 239-283.
- Bonet, J., Muñoz, A. y Pineda, C. (eds.). (2014). *El potencial oculto. Factores determinantes y oportunidades del impuesto a la propiedad inmobiliaria en América Latina*. Washington DC: BID.
- Bosch, N. y Solé-Ollé, A. (2007). Yardstick competition and the political costs of raising taxes: An empirical analysis of Spanish municipalities. *International Tax and Public Finance*, 14 (1), 71-92.
- Calvo Vérguez, J. (2020). *Los supuestos de exención en el IBI* (1.^a ed.). Madrid: Cinca.
- Comisión de expertos para la reforma del Sistema Tributario Español. (2014). *Informe*. Disponible en https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Paginas/20140313_CE.aspx.
- Comisión de expertos para la revisión del sistema de financiación local. (2017). *Análisis de propuestas de reforma del sistema de financiación local*. Disponible en https://www.hacienda.gob.es/CDI/sist%20financiacion%20y%20deuda/informacioneells/2017/informe_final_comisi%C3%B3n_reforma_sfl.pdf.
- Comité de personas expertas. (2022). *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda y Función Pública. Disponible en https://www.ief.es/docs/investigacion/comiteexpertos/LibroBlancoReformaTributaria_2022.pdf.
- Cordero Ferrera, J., Jerez Barroso, L., Pedraja-Chaparro, F. y Ramajo, J. (2019). La presión fiscal municipal y sus factores determinantes en los municipios de Extremadura. *XXVI Encuentro de Economía Pública* (Oviedo, 24 y 25 de enero de 2019).
- De Cesare, C. M. (ed.). (2016). *Sistemas del impuesto predial en América Latina y el Caribe*. Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy.
- Delgado, F. J., Lago-Peñas, S. y Mayor, M. (2015a). On the determinants of local tax rates: new evidence from Spain. *Contemporary Economic Policy*, 33 (2), 351-368.
- (2015b). Strategic local tax interactions: does quality of life matter? *Papeles de Trabajo 1/2015*, 7-33.

- Delgado Rivero, F. J. y Mayor Fernández, M. (2015). Imitación y competencia en la política fiscal local: una revisión para España. *Presupuesto y Gasto Público*, 81, 77-92.
- Dirección General de Tributos. Subdirección General de Política Tributaria. (2021). *Recaudación y Estadísticas del Sistema Tributario Español 2011-2021*. Madrid: Ministerio de Hacienda y Función Pública. Disponible en <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/Tributos/Estadisticas/Recaudacion/2021/Analisis-estadistico-recaudacion-2021.pdf>.
- Eguino, H. y Erba, D. (eds.). (2020). *Catastro, valoración inmobiliaria y tributación municipal: Experiencias para mejorar su articulación y efectividad*. Washington DC: BID.
- Espejo Poyato, I. (1990). Valoración unitaria o estanqueidad de valoraciones: ¿Es esta la cuestión? *Carta tributaria. Monografías*, 109, 1-14.
- Esteve Pardo, M.^a L. (2022). Las áreas de promoción económica: un nuevo instrumento de regeneración para los Gobiernos locales. *Acento Local* [blog], 03/10/2022. Disponible en <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/las-areas-de-promocion-economica-un-nuevo-instrumento-de-regeneracion-para-los-gobiernos-locales/>.
- Fernández Pavés, M.^a J. (2014). Autonomía local y competencia fiscal en tiempos de crisis. En J. Ramos Prieto (dir.). *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna* (pp. 1073-1089). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
- Guasch Muñoz, J. M.^a (2020). El recargo sobre el impuesto sobre bienes inmuebles de las viviendas desocupadas. Análisis práctico. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial septiembre 2020, 115-130.
- Huesca Boadilla, R. (2015). A vueltas con la estanqueidad tributaria. *BITplus*, 183, 13-23.
- Lasarte López, R. (2019). Propuestas de reforma en el ámbito del impuesto sobre bienes inmuebles. En M.^a del C. Cámara Barroso y S. Aguado Manzanares (dirs.). *La financiación local en España. Especial referencia a la plusvalía municipal* (pp. 245-274). Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Marín-Barnuevo Fabo, D. (2019). La bonificación en el ICIO a favor de obras de especial interés o utilidad municipal. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial septiembre 2019, 149-157.
- Martín Rodríguez, J. M. (2014a). La competencia fiscal: aproximación general al problema. En J. Ramos Prieto (dir.). *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna* (pp. 87-110). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
- (2014b). La Ley 16/2012. Un acicate para la competencia fiscal entre entidades locales. En M.^a del M. de la Peña Amorós (coord.). *La financiación de las entidades locales en tiempos de crisis* (pp. 421-437). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Ministerio de Hacienda y Función Pública. (2023a). *Haciendas Locales en Cifras. Año 2021*. Disponible en <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/SistemasFinanciacionDeuda/InformacionEELs/HaciendasLocalesencifras.aspx>.
- (2023b). *Información impositiva municipal*. Disponible en <https://servicios-telematicosexh.hacienda.gob.es/SGFAL/ConsultaTipos/asp/descargaPDF.aspx?URLPDF=2023/REGIMEN%20COMUN/1-IBI-IAE.pdf>.
- Mirrlees Review. (2011). *Tax by design* (pp. 347-348). Londres: The Institute for Fiscal Studies. Disponible en <https://www.ifs.org.uk/publications/5353>.
- Musgrave, R. A. (1959). *Teoría de la Hacienda Pública*. Madrid: Aguilar.
- Oates, W. (1972). *Federalismo Fiscal*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local.
- OCDE (2024). *Revenue Statistics — OECD countries: Comparative tables*. Disponible en <https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=REV#>.
- O’Sullivan, A., Sexton, T. A. y Sheffrin, S. M. (1995). *Property taxes and tax revolts. The legacy of Proposition 13*. Cambridge: The Cambridge University Press.
- Pedraja Chaparro, F. (2019). Dime el tipo (de IBI) de tus vecinos y te diré el tuyo. *RIFDE* [blog], 09/07/2019. Disponible en <https://www.expansion.com/blogs/defueros-yhuevos/2019/07/09/dime-el-tipo-de-ibi-de-tus-vecinos-y-te.html>.
- Quintana Ferrer, E. (2014). Competencia tributaria y bonificaciones en el impuesto sobre bienes inmuebles. En J. Ramos Prieto (dir.). *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna* (pp. 1175-1195). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
- (2015). La competencia fiscal dañina o perjudicial entre municipios mediante exenciones impositivas. *Quincena Fiscal*, 20, 23-56.
- (2017). La financiación de los *Business Improvement Districts*. En M.^a L. Esteve Pardo (dir.). *Impulso a la actividad económica en los municipios: cuestiones tributarias de interés* (pp. 43-66). Barcelona: Huygens.
- Ramos Prieto, J. (2014). La competencia fiscal en el ámbito interno. Planteamiento general. En J. Ramos Prieto (dir.). *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna* (pp. 617-714). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
- Ruiz Garijo, M. (2005). La bonificación por pronto pago establecida en el ámbito de los tributos locales: cuestiones conflictivas. *Tributos Locales*, 57, 57-64.
- Santodomingo González, A. L. (2019). La financiación tributaria local española: una perspectiva comparada. *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, 55.

- Serrano Antón, F. (2006). Los tipos diferenciados en el IBI y el sistema especial de pago. El caso del Ayuntamiento de Madrid. *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 277.
- Slack, E. (2006). Alternative approaches to taxing land and property. En R. Bird y F. Vaillancourt (eds.). *Perspectives on Fiscal Federalism* (pp. 197-223). Washington DC: The World Bank.
- Slack, E. y Bird, R. (2014). The Political Economy of Property Tax Reform. *OECD Working Papers on Fiscal Federalism*, 18. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/5jz5pzvzv6r7-en>.
- Solé-Ollé, A. (2003). Electoral accountability and tax mimicking: the effects of electoral margins, coalition government, and ideology. *European Journal of Political Economy*, 19 (4), 685-713.
- Suárez Pandiello, J. (2019). Sobre los beneficios fiscales en los tributos locales. Una mirada desde la Economía. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial septiembre 2019.
- (2020). Repensando el IBI. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial septiembre 2020.
- Varona Alabern, J. E. (2020). El sedicente recargo del IBI sobre las viviendas desocupadas con carácter permanente. *Quincena Fiscal*, 18, 17-54.
- Vickrey, W. (1999). Simplifications, Progression, and a Level Playing Field. En K. Wenzler (ed.). *Land-Value Taxation: The Equitable and Efficient Source of Public Finance* (pp. 17-23). Armonk, NY: M.E. Sharpe.

La plusvalía municipal en el año 2024

DIEGO MARÍN-BARNUEVO FABO
*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario (UAM),
Of Counsel en Pérez Llorca*

- 1. Introducción**
- 2. La primera declaración de inconstitucionalidad: la STC 26/2017**
- 3. La segunda declaración de inconstitucionalidad: la STC 126/2019**
- 4. La tercera declaración de inconstitucionalidad: la STC 182/2021**
 - 4.1. La declaración de inconstitucionalidad
 - 4.2. La limitación de efectos del fallo
- 5. La modificación del régimen legal del IIVTNU por el Real Decreto-ley 26/2021**
 - 5.1. Establecimiento de un nuevo supuesto de sujeción
 - 5.2. Establecimiento de un nuevo supuesto de no sujeción
 - 5.3. Nueva regulación de la base imponible
 - 5.4. Gestión
 - 5.5. Modificación de ordenanzas: régimen transitorio
- 6. Bibliografía**

Resumen

La regulación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU, comúnmente llamado plusvalía municipal) fue controvertida desde el primer momento de su aprobación, porque establecía un sistema objetivo de determinación de la base imponible, y ello motivó muchas críticas. Sin embargo, los tribunales consideraron ajustada a derecho esa regulación hasta que llegó la crisis inmobiliaria de 2008-2014, en la que abundaban los supuestos de venta de inmuebles por precio inferior al de compra. Después de varias sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo especialmente desafortunadas, la STC 182/2021 declaró la inconstitucionalidad del IIVTNU, pero lo hizo con una extraordinaria limitación de efectos que no tiene precedente en nuestra jurisprudencia constitucional y que también fue objeto de múltiples críticas. Finalmente, el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, adaptó la regulación del IIVTNU a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque también fue objeto de

Artículo recibido el 04/01/2024; aceptado el 28/01/2024.

crítica por haber sido aprobado mediante decreto ley, y también por el sistema de determinación de porcentajes de incremento anual establecido.

En el presente trabajo analizaremos las principales consecuencias de la STC 182/2021 y nuevo régimen jurídico del impuesto contenido en el Real Decreto-ley 26/2021, valorando los distintos problemas que suscita la aplicación de esa nueva regulación.

Palabras clave: *impuesto municipal; incremento de valores; inconstitucionalidad; capacidad económica; plusvalías; IIVTNU.*

Municipal Capital Gains in 2024

Abstract

The regulation of the tax on the increase in the value of urban land (IIVTNU), commonly referred to as municipal capital gains, sparked controversy from its origins due to its establishment of an objective system for determining the tax base, inviting numerous criticisms. Courts, however, upheld this regulation as lawful until the onset of the real estate crisis spanning from 2008 to 2014, during which numerous property sales occurred at prices lower than their purchase prices. Subsequent rulings by the Constitutional Court and the Supreme Court, particularly STC 182/2021, declared the IIVTNU unconstitutional. However, this declaration came with an unprecedented limitation of effects, drawing widespread criticism. Royal Decree-Law 26/2021, enacted on November 8, aimed to align the regulation of the IIVTNU with Constitutional Court case law. Yet, it faced scrutiny for its passage via decree law and its system for determining established annual increase percentages.

The article analyzes the key consequences of STC 182/2021 and the new legal framework introduced by Royal Decree-Law 26/2021, evaluating the various challenges arising from the implementation of this revised regulation.

Keywords: municipal tax; increase in land values; unconstitutionality; economic implications; capital gains; IIVTNU.

1

Introducción

El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU) ha generado problemas desde su regulación por la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL), porque su hecho imponible sometía a tributación situaciones que no siempre eran indicativas de capacidad económica, y sobre todo porque el método de cuantificación de su base imponible desconsideraba de forma total y absoluta la capacidad económica real del sujeto pasivo.

El impuesto se cuantificaba de forma objetiva, multiplicando el valor catastral del suelo por un coeficiente determinado en función del número de años de titularidad del inmueble. Ello determinaba que *siempre* existiera incremento de valor sujeto a tributación, con total independencia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Ese método de cuantificación de la base imponible fue criticado por la doctrina desde un primer momento, porque entendía que entrañaba una vulneración del principio de capacidad económica, en cuanto su exigencia estaba desvinculada de la capacidad económica real del sujeto pasivo¹.

Es cierto que el método objetivo establecido en la Ley 39/1988 pretendía simplificar la aplicación del impuesto, y dicha finalidad, en algunos supuestos, ha servido para justificar en sede constitucional la utilización de parámetros objetivos de cuantificación de la obligación tributaria². Pero esa justificación resulta difícilmente trasladable al IIVTNU, porque las plusvalías sometidas a tributación son también objeto de cuantificación en el IRPF, y en este impuesto se aplican reglas de cuantificación basadas en los valores de adquisición y transmisión de los bienes, que podrían ser fácilmente trasladadas al ámbito local.

Desde el establecimiento del IIVTNU hasta febrero de 2017 no se había producido ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional contrario a dicha regulación. Las únicas sentencias en las que se abordó la constitucionalidad del impuesto fueron la STC 233/1999, de 16 de diciembre, y la STC 115/2009, de 18 de mayo. En la primera se enjuiciaban numerosos artículos de la Ley 39/1988 y, respecto del IIVTNU, solo se analizó, y rechazó, la presunta inconstitucionalidad de la regulación que permitía cuantificar el impuesto de forma distinta en función de la población.

1. *Vid.* Falcón y Tella (1993: 16); Herrera Molina (1998: 524); Álvarez Arroyo (2004: 31). Más recientemente, véase Varona Alabern (2010: 65).

2. *Vid.*, por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 214/1994, de 14 de julio, y 295/2006, de 11 de octubre.

En la STC 115/2009, de 18 de mayo, se trató la cuestión de constitucionalidad planteada por el TSJ de la Comunidad Valenciana sobre el artículo 108.6 LRHL por presunta vulneración de los artículos 31.1 y 33.3 de la Constitución, pero fue inadmitida porque se entendió que no existía nexo causal entre la validez de la norma legal cuestionada y la decisión a adoptar en el proceso *a quo*.

Pero la crisis económica del período 2008-2014 alteró considerablemente la realidad y, como consecuencia de la drástica caída de la demanda en el sector inmobiliario, se produjo una pérdida de valor de los inmuebles que debería haber provocado una reacción inmediata del legislador para modificar las reglas de determinación de la base imponible.

Pero lo cierto es que, por algún motivo, el legislador no abordó tempestivamente el problema y ello provocó muchos problemas en la aplicación del impuesto, que motivaron numerosas críticas a la regulación del mismo, tanto por parte de la doctrina universitaria, que denunció insistentemente la contradicción de dicha regulación con el principio de capacidad económica³, como por los jueces y tribunales, que con distintos argumentos dictaron cientos de sentencias anulando las liquidaciones impugnadas por considerarlas contrarias a los principios de justicia tributaria⁴.

Como tuvimos ocasión de afirmar en 2013, esos pronunciamientos judiciales revelaban “la injusta regulación del IIVTNU y son, en nuestra opinión, el anticipo de una declaración de inconstitucionalidad que se producirá próximamente, en cuanto jueces y tribunales dejen de buscar una solución al caso concreto y planteen la oportuna cuestión de inconstitucionalidad. Porque el método objetivo de determinación de bases imposables funcionó razonablemente bien hasta 2008, cuando la mayoría de las transmisiones generaban plusvalías y el gravamen de minusvalías constituía la excepción que no bastaba para legitimar la declaración de inconstitucionalidad. Pero ahora que la crisis castiga con especial intensidad al mercado inmobiliario, lo normal es que las transmisiones inmobiliarias no generen plusvalías y, por tanto, lo normal sería que no se exigiera el pago del impuesto por un incremento de valor que no se ha producido en los últimos años”⁵.

3. Vid. Varona Alabern (2010: 65); Rovira Ferrer (2013: 8); Chico de la Cámara (2013: 11); Marín-Barnuevo Fabo (2013: 105); Falcón y Tella (2013); Navarro Egea (2014: 97); Calvo Vérguez (2014: 143); Magraner Moreno (2014); San Martín Rodríguez (2014: 85); Luque Mateo (2014); Prósper Almagro (2014: 49); Cayón Caliaro (2015: 15); Del Blanco y García (2015: 63); Bris Gómez (2015: 147); Teixidor y Revilla (2016: 5); Colao Marín (2016).

4. La jurisprudencia es abundantísima y resulta imposible recoger una relación de sentencias recaídas en esta materia. En todo caso, sí consideramos oportuno mencionar la sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2012, ECLI:ES:TSJCAT:2012:5437, pon. Sr. Berberoff Ayuda, al ser de las más influyentes en otras decisiones judiciales por su exhaustiva argumentación.

5. Cfr. Marín-Barnuevo Fabo (2013: 114).

2

La primera declaración de inconstitucionalidad: la STC 26/2017

La primera declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU se produjo en la sentencia 26/2017, de 16 de febrero, que enjuiciaba la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana del territorio histórico de Gipuzkoa. A esa primera declaración de inconstitucionalidad siguieron las contenidas en las sentencias 37/2017, 59/2017 y 72/2017, referidas respectivamente a las normas reguladoras del impuesto en el territorio histórico de Álava, en el territorio común, y en Navarra, todas ellas con el mismo contenido.

El análisis de los distintos fundamentos jurídicos de la sentencia ya lo realizamos en otro lugar⁶, por lo que ahora solo procede comentar el controvertido fallo de estas primeras sentencias, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos que regulaban la base imponible, “pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor”.

La expresión utilizada para dictar el fallo fue claramente desafortunada, porque permitía distintas interpretaciones: (i) considerar que nos encontrábamos ante un caso inusual de “interpretación conforme”, en el que el Tribunal vendría a reconocer la constitucionalidad de la regulación analizada en la medida en que existe un incremento de valor, y su inconstitucionalidad en caso contrario; (ii) considerar que los preceptos citados en el fallo son inconstitucionales y nulos, sin más, de tal modo que la matización de que son inconstitucionales y nulos “únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor” vendría a ser una reiteración de la argumentación del fallo, oportunamente desarrollada en el FJ 3 de la sentencia; (iii) considerar que estamos ante una declaración de inconstitucionalidad condicionada a la inexistencia de incremento, cuya acreditación constituiría una auténtica incógnita dada la ausencia de reglas de determinación del valor del suelo en la mayoría de transacciones inmobiliarias.

Esa imprecisión del fallo determinó que los tribunales de justicia dictaran resoluciones muy heterogéneas, aunque poco a poco se fue imponiendo la llamada “tesis maximalista”, según la cual debían ser anuladas todas las liquidaciones dictadas porque habían sido giradas “en aplicación de preceptos expulsados del ordenamiento jurídico *ex origine*, cuyo resultado no puede ser reexaminado a la vista del resultado de prueba pericial para la que se carece de parámetro legal (comparación de valores escriturados,

6. Marín-Barnuevo Fabo (2017).

comparación de valores catastrales, factores de actualización, aplicación de normas de otros impuestos...) en ejercicio o forma de actuación expresamente rechazado, pues implicaría continuar haciendo lo que expresamente el Tribunal Constitucional rechaza esto es 'dejar al arbitrio del aplicador tanto la determinación de los supuestos en los que nacería la obligación tributaria como la elección del modo de llevar a cabo la determinación del eventual incremento o decremento', determinación que el Constitucional insiste queda reservada al legislador, al que debe entenderse dirigida la aclaración del alcance o significado de la inconstitucionalidad declarada, no al aplicador del derecho"⁷.

Sin embargo, el Tribunal Supremo corrigió esa interpretación en la sentencia de 9 de julio de 2018, en la que estableció doctrina respecto de la recta interpretación de la STC 59/2017, del siguiente modo: "Los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL, a tenor de la interpretación que hemos hecho del fallo y del fundamento jurídico 5 de la STC 59/2017, adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial. En este sentido, son constitucionales y resultan, pues, plenamente aplicables [...] 2º) El artículo 110.4 del TRLHL, sin embargo, es inconstitucional y nulo en todo caso (inconstitucionalidad total) porque, como señala la STC 59/2017, 'no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene', o, dicho de otro modo, porque 'imp[ide] a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica".

3

La segunda declaración de inconstitucionalidad: la STC 126/2019

La desafortunada declaración de inconstitucionalidad, seguida de la desidia del legislador y de la dificultad de aplicar la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, determinaron que los problemas de aplicación del IIVTNU continuaran.

Uno de los problemas más relevantes fue determinar si resultaba admisible que la cuota del impuesto fuera superior al incremento de valor de los terrenos calculado conforme a los criterios de cálculo establecidos por el Tribunal Supremo, porque podría fácilmente interpretarse que esa situación vulneraría el principio de no confiscatoriedad contenido en el artículo 31 de la Constitución.

7. STSJ de Madrid de 19 de julio de 2017, ECLI:ES:TSJM:2017:7443, pon. Sr. Herrero Muñoz-Cobo.

Ese problema fue resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 126/2019, de 31 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 107.4 TRLRHL en los términos previstos en el FJ 5, esto es, “por vulnerar el principio de capacidad económica y la prohibición de confiscatoriedad, uno y otra consagrados en el art. 31.1 CE, en aquellos supuestos en los que la cuota a pagar es superior al incremento patrimonial obtenido por el contribuyente [...] No hay que olvidar que, de conformidad con el art.31.1 CE, los ciudadanos no solo tienen el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, sino también el derecho de hacerlo, no de cualquier manera, sino únicamente ‘con arreglo a la ley’ y exclusivamente ‘de acuerdo con su capacidad económica’”.

4

La tercera declaración de inconstitucionalidad: la STC 182/2021

Después de cuatro años sin que el legislador asumiera la reforma del impuesto que le reclamaban las anteriores declaraciones de inconstitucionalidad, la sentencia 182/2021, de 26 de octubre, declaró la “inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales [...] en los términos previstos en el fundamento jurídico 6”.

Los aspectos nucleares de la sentencia son, sin duda, la declaración de inconstitucionalidad de las principales reglas de determinación de la base imponible del IIVTNU del TRLRHL, así como también la limitación de efectos. En todo caso, la fundamentación jurídica del fallo también permite extraer otras consideraciones sobre los principios de justicia tributaria y sobre el proceso de cuestión de inconstitucionalidad que merecen un comentario específico, por lo que trataremos separadamente unas y otras cuestiones.

4.1

La declaración de inconstitucionalidad

Los preceptos directamente afectados por la declaración de inconstitucionalidad son los artículos 107.1, segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 TRLRHL, que son los que establecían las reglas de determinación de la base imponible en los supuestos de “transmisión de terrenos”. Pero conviene subrayar que las demás reglas de determinación de la base imponible contenidas en los apartados b) y c) del artículo 107.2 TRLRHL (constitución de derechos reales

y transmisión del derecho a elevar nuevas plantas) también resultaron afectadas por esa declaración de inconstitucionalidad, porque ambos supuestos establecen reglas de determinación de la base imponible por remisión a lo dispuesto en el artículo 107.2.a) TRLRHL. Por tanto, entendemos que la declaración de inconstitucionalidad del apartado a) conllevaba asimismo la imposibilidad de determinar la base imponible por aplicación de lo dispuesto en los apartados b) y c) del mismo artículo 107.2 TRLRHL⁸.

Asimismo, creemos que la declaración de inconstitucionalidad revela la existencia del mismo vicio de inconstitucionalidad de las normas reguladoras del impuesto en los territorios forales⁹. Se trata de una inconstitucionalidad subyacente, que solo produciría efectos jurídicos si fuera declarada por el Tribunal Constitucional, y que ha motivado la modificación de urgencia de esa normativa en todos los territorios forales¹⁰.

En la determinación del alcance del fallo se dispone que esa declaración de inconstitucionalidad y nulidad se realiza “en los términos previstos en el fundamento jurídico 6”, en donde se establece que la declaración de inconstitucionalidad de los referidos apartados del artículo 107 TRLRHL supone “su expulsión del ordenamiento jurídico dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad”.

En esa primera afirmación advertimos, en primer lugar, el interés del tribunal por dejar claro que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son radicales e incondicionados, lo que bien pudiera estar motivado por las críticas recaídas en la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017, cuyos efectos fueron tan imprecisos que dieron lugar a múltiples interpretaciones que hicieron necesaria la intervención final del Tribunal Supremo para unificar la jurisprudencia. Quizás por ello —decimos— se declara abiertamente la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos afectados, y además, en un claro pleonazgo, se añade que ello supone su “expulsión del ordenamiento jurídico dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible”.

En segundo lugar, es necesario destacar que la sentencia yerra al concretar sus efectos y añadir que el vacío normativo producido por la declaración de inconstitucionalidad “impide la liquidación, comprobación, re-

8. En este mismo sentido, Utande San Juan (2021: 300).

9. En este mismo sentido, Suberbiola Garbizu (2022: 107).

10. Vid. el Decreto Foral Normativo 7/2021, de 16 de noviembre, aprobado por la Diputación Foral de Bizkaia; el Decreto Foral-Norma 7/2021, de 16 de noviembre, aprobado por la Diputación Foral de Gipuzkoa; y el Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 8/2021, del Consejo de Gobierno, de 16 de noviembre, aprobado por la Diputación Foral de Álava.

caudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad”. Yerra porque la expulsión de las reglas de determinación de la base imponible impide, efectivamente, la liquidación del impuesto y, consecuentemente, la comprobación orientada a dicha liquidación, pero no impide ni incide en la recaudación del impuesto, que si fue liquidado y no impugnado debe ser objeto de recaudación¹¹. Además, esa manifestación debe considerarse errónea porque, en una interpretación sistemática de la sentencia, carecería de sentido que esta limitara los efectos de la declaración de inconstitucionalidad si, al mismo tiempo, reconociera que la Administración no puede recaudar las cuotas liquidadas, porque, de ser así, el contribuyente podría renunciar a la impugnación de los actos de liquidación con la tranquilidad de que nunca se le reclamaría el pago de la deuda tributaria¹².

Por el mismo motivo consideramos que es incorrecta la afirmación de que la declaración de inconstitucionalidad impide la revisión de los actos dictados en relación con el impuesto. En nuestra opinión, lo que tendría sentido es prohibir la aplicación del anulado artículo 107 LHL en los procedimientos de revisión, pero no existe ningún fundamento jurídico para concluir que la expulsión de las reglas determinantes de la base imponible de la plusvalía pueda impedir la revisión de todos los actos relacionados con ese impuesto. Ni existe fundamento jurídico, ni creemos que una sentencia del Tribunal Constitucional pueda proyectar sus efectos con tanta amplitud como para cercenar el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, como más adelante explicaremos.

En tercer lugar, el FJ 6 contiene un reproche al legislador que hubiera sido mejor no incluir en la sentencia. Dice la sentencia que corresponde al legislador realizar las modificaciones necesarias para adecuar el impuesto a las exigencias del artículo 31 CE, “puestas de manifiesto en todos los pronunciamientos constitucionales sobre los preceptos legales ahora anulados, dado que a fecha de hoy han transcurrido más de cuatro años desde la publicación de la STC 59/2017”.

En nuestra opinión, el reproche está sobradamente merecido, pero creemos que no debería recogerse en los fundamentos jurídicos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad del impuesto, porque parece vincular el sentido del fallo con la desidia del legislador. Es decir, me parece desafortunado vincular la declaración de inconstitucionalidad con el retraso del legislador

11. *Vid.*, en sentido contrario, González de Lara Mingo (2021: 7), en donde afirma: “En los supuestos en los que la Administración haya dictado una providencia de apremio o cualquier otro acto de recaudación del tributo el Ayuntamiento debe detener el procedimiento de recaudación inmediatamente”.

12. Al menos en los supuestos en que no hubiera ingresado la deuda.

en modificar el impuesto, porque permite interpretar que el impuesto era igualmente merecedor de una declaración de inconstitucionalidad en 2017, pero en aquel momento el Tribunal Constitucional evitó declarar la inconstitucionalidad de esa normativa para conceder un período de gracia al legislador, y, por haber desatendido el compromiso, cuatro años después lo declara inconstitucional. Ciertamente, se trata de una valoración que puede estar en la mente de muchos analistas, pero considero improcedente que la propia sentencia alimente esa interpretación en un *obiter dictum* que no deja en buen lugar al Tribunal, porque da a entender que sus decisiones no dependen solo de la constatación de una vulneración de la Constitución.

4.2

La limitación de efectos del fallo

La limitación de efectos del fallo ha sido, sin duda, la parte más controvertida de la STC 182/2021. Se contiene en el FJ 6, en donde se dice lo siguiente:

“Por otro lado, no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la presente sentencia aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. A estos exclusivos efectos, tendrán también la consideración de situaciones consolidadas (i) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y (ii) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha”.

El párrafo transcrito pone de manifiesto la pretensión de limitar la revisión de los actos de liquidación y autoliquidación del IIVTNU producidos antes del momento de dictarse la sentencia, de eso no hay duda. A tal efecto, prohíbe en primer lugar la revisión de las obligaciones tributarias devengadas que, a la fecha de dictarse la sentencia, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme, lo que constituye una respuesta habitual en nuestro ordenamiento jurídico que, con mayor o menor acierto, pretende conciliar los principios de legalidad y seguridad jurídica, lo que se corresponde —en cierto modo— con las previsiones legales contenidas en distintas normas jurídicas.

Es cierto que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no prevé la posibilidad de que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de

una norma puedan limitar sus efectos, pero también es cierto que existen otros precedentes en los que el Tribunal limitó los efectos de su declaración de inconstitucionalidad, entre los que cabe destacar la STC 45/1989, de 20 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad del régimen de tributación conjunta obligatoria en el IRPF; la STC 60/2015, de 18 de marzo, en la que se declaró inconstitucional la normativa que vinculaba los beneficios fiscales en el impuesto sobre sucesiones y donaciones de la Comunidad Valenciana a los contribuyentes que tenían su residencia habitual en dicha comunidad; la STC 140/2016, de 21 de julio (y las ulteriores 227/2016, de 22 de diciembre, y 92/2017, de 6 de julio), en la que se declaró la inconstitucionalidad de ciertas tasas judiciales, por consideraras contrarias al principio de tutela judicial efectiva; y la STC 126/2019, de 31 de octubre, que consideró contrario al principio de no confiscatoriedad que la cuota de la plusvalía pudiera ser superior al incremento de valor obtenido¹³.

En nuestra opinión, es razonable que el Tribunal Constitucional pueda limitar los efectos de una declaración de inconstitucionalidad, porque, de no ser así, se dificultaría todavía más la adopción de ese tipo de decisiones. Y, por supuesto, sería deseable que esa posibilidad estuviera oportunamente prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ahora bien, una vez señalado lo anterior, creemos que resulta imprescindible motivar una decisión de esa naturaleza, que carece de cobertura legal y limita el derecho a la defensa de los administrados¹⁴.

Lo que nos parece mucho más preocupante es que la sentencia considere situaciones consolidadas y no susceptibles de revisión “(i) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y (ii) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha”, porque con ello equipara dos situaciones claramente distintas: la de los actos y sentencias firmes y la de los actos susceptibles de impugnación, lo que conlleva una severa e injustificada restricción para la revisión de estos últimos.

Atribuir la consideración de “situaciones consolidadas” a los supuestos en que el contribuyente no ha ejercitado un derecho de impugnación que todavía le asiste es totalmente desafortunado. En primer lugar, porque son situaciones claramente distintas y merecen un tratamiento desigual; en segundo lugar, porque esa equiparación produce un efecto jurídicamente inadmisibles, como es la ablación de un derecho a la impugnación que,

13. En relación con esta cuestión, puede verse la sistematización de los distintos tipos de efectos de las sentencias del TC realizada por Utande San Juan (2021: 302).

14. Vid. ampliamente Orón Moratal (2021).

además, puede producir una ventaja económica para los incumplidores de la norma jurídica; y, en tercer lugar, porque la sentencia no contiene la más mínima motivación de una severa restricción de derechos que carece de fundamento legal.

Para llevar a cabo una limitación de efectos de esta naturaleza resultaba totalmente imprescindible una detallada motivación de la decisión que, como decíamos, no se realizó. Y que era muy difícil de articular, porque las genéricas invocaciones a la seguridad jurídica no podrían servir para dicha motivación, porque en estos casos “es precisamente ese principio el que se ve afectado y excepcionado con los efectos declarados”¹⁵, como tampoco se podrían invocar el deber de contribuir y el principio de equilibrio presupuestario, “teniendo en cuenta que es un impuesto potestativo, que afecta a muchos municipios con condiciones presupuestarias bien distintas, que cada uno tiene las respectivas relaciones tributarias con sus contribuyentes, y que la propia sentencia admite que el impuesto tampoco afecta a la esencia de dicho deber, pues tampoco parece que sean razones y valores que pudieran expresarse”¹⁶.

Por todo ello creíamos que esa limitación de efectos sería desoída por los tribunales de justicia, que, presumiblemente, antepondrían el principio de tutela judicial efectiva al conocer de los recursos interpuestos por los contribuyentes que, dentro del plazo legalmente establecido, recurrieron las liquidaciones del IIVTNU o instaron la rectificación de sus autoliquidaciones. Pero lo cierto es que no ha sido así, porque la primera sentencia dictada en ese sentido fue casada por el Tribunal Supremo mediante su sentencia de 10 de julio de 2023¹⁷, que estableció la siguiente doctrina jurisprudencial:

“[...] de conformidad con lo dispuesto en la STC 182/2021, de 26 de octubre, las liquidaciones provisionales o definitivas por Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana que no hubieran sido impugnadas a la fecha de dictarse dicha sentencia, 26 de octubre de 2021, no podrán ser impugnadas con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la misma, al igual que tampoco podrá solicitarse con ese fundamento la rectificación, ex art. 120.3 LGT, de autoliquidaciones respecto a las que aún no se hubiera formulado tal solicitud al tiempo de dictarse la STC 26 de octubre de 2021.

Sin embargo, sí será posible impugnar dentro de los plazos establecidos para los distintos recursos administrativos, y el recurso contencioso-admini-

15. Orón Moratal (2021).

16. Orón Moratal (2021).

17. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2023, ECLI:ES:TS:2023:3294, pon. Sr. Toledano Cantero.

nistrativo, tanto las liquidaciones provisionales o definitivas que no hubieren alcanzado firmeza al tiempo de dictarse la sentencia, como solicitar la rectificación de autoliquidaciones ex art. 120.3 LGT, dentro del plazo establecido para ello, con base en otros fundamentos distintos a la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la STC 182/2021, de 26 de octubre. Así, entre otros, con fundamento en las previas sentencias del Tribunal Constitucional que declararon la inconstitucionalidad de las normas del IIVTNU en cuanto sometían a gravamen inexcusablemente situaciones inexpresivas de incremento de valor (entre otras STC 59/2017) o cuando la cuota tributaria alcanza confiscatorio (STS 126/2019) al igual que por cualquier otro motivo de impugnación, distinto de la declaración de inconstitucionalidad por STC 182/2021”.

La doctrina especializada ha sido muy crítica con este pronunciamiento, siendo especialmente destacable el trabajo publicado por Cudero y Huelin (2023) en donde, después de reconocer que también el TJUE puede limitar los efectos de sus sentencias, añaden que este tribunal tiene claramente establecidos los criterios “que justifican acotar los efectos de sus pronunciamientos, cuerpo de doctrina del que no disponemos en el caso del TC, en cuyas decisiones ‘prospectivas’ no se aprecia un hilo conductor que permita conocer ex ante los criterios a los que acude para limitar el alcance de sus decisiones”¹⁸, lo que resulta difícilmente compatible con las exigencias de certeza y seguridad jurídica que deben presidir el comportamiento de los poderes públicos. Por ello concluyen afirmando que el Tribunal Supremo ha dado carta de naturaleza a “una actuación libérrima del TC, efectuada al margen de las exigencias del ordenamiento jurídico, olvidando que, como todo poder constituido, está sometido a dicho ordenamiento y, de entrada, a la primera de sus normas (artículo 9.1 CE), cuya defensa es la razón que justifica su existencia”¹⁹.

En todo caso, consideramos oportuno destacar que la limitación del derecho de tutela judicial efectiva es parcial, porque no existe limitación alguna para la impugnación de las liquidaciones o autoliquidaciones anteriores al 26 de octubre de 2021 con base en otro fundamento distinto de la mera invocación de la STC 182/2021²⁰. O, por decirlo más claro, lo que probablemente pretendía la sentencia era evitar que todos los contribuyentes presentaran un escrito pidiendo que se les devolviera la cuota pagada como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad.

18. Cudero y Huelin (2023).

19. Cudero y Huelin (2023).

20. *Vid.*, en este mismo sentido, Utande San Juan (2021: 307) y González de Lara Mingo (2021: 3).

Siendo así, no habría obstáculo alguno en tramitar y resolver cualquier tipo de recurso contra esos actos de cuantificación de la obligación tributaria que tuvieran un fundamento distinto: error en la cuantificación, en los sujetos pasivos, en la aplicación de bonificaciones, etc. Y ello abocaría a la estimación del recurso en caso de que para su resolución fuera preciso aplicar el artículo 107 TRLRHL, porque la declaración de su inconstitucionalidad ha determinado su expulsión del mundo jurídico.

Esta interpretación nos lleva a cuestionar si es posible la impugnación de los actos de liquidación o la revisión de las autoliquidaciones invocando “el fundamento del fundamento de la sentencia”, esto es, denunciando que el impuesto determina en el caso concreto una carga tributaria excesiva que resulta contraria al principio de capacidad económica. En estos casos no se habría invocado la STC 182/2021, que es lo que prohíbe la sentencia, y por tanto debería admitirse a trámite el recurso interpuesto. Y, superado ese primer obstáculo, el juez o tribunal debería aplicar las reglas de cuantificación del impuesto para apreciar la vulneración del principio de capacidad económica denunciada, lo que abocaría a la estimación del recurso como consecuencia de la imposibilidad de aplicar esas reglas después de la publicación de la STC 182/2021.

5

La modificación del régimen legal del IIVTNU por el Real Decreto-ley 26/2021

Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad analizada, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, con la finalidad de adaptar la regulación del IIVTNU a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ese real decreto-ley se publicó en el BOE el 9 de noviembre y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

Los principales aspectos de esa reforma son los siguientes: (i) reconoce la no sujeción de las transmisiones en las que no hubo incremento de valor; (ii) somete a tributación las plusvalías generadas en menos de un año; (iii) establece dos modos distintos de determinación de la base imponible y dispone la obligación de aplicar el más beneficioso para el contribuyente.

Esa nueva regulación fue abiertamente criticada por llevarse a cabo a través de real decreto ley, porque algunos autores consideraban que no concurrían los requisitos establecidos en el artículo 86 CE para la utilización de ese instrumento normativo²¹. Por nuestra parte, afirmamos sin ambages

21. Vid. Rubio de Urquía (2021: 14); Chico de la Cámara (2021: 350).

que “los cambios introducidos por el Real Decreto-ley 26/2021 en la regulación del IIVTNU no afectan al deber de contribuir en los términos limitantes establecidos en el artículo 86 CE, porque no tienen entidad cualitativa y cuantitativa suficiente para alterar sensiblemente la posición del obligado tributario”²². Finalmente, la STC 17/2023, de 9 de marzo, rechazó el recurso de inconstitucionalidad presentado porque, “[a]tendiendo a la posición del IIVTNU en el sistema tributario español, puede afirmarse que la regulación impugnada, aunque modifique la base imponible de este impuesto local, no ha alterado sustancialmente la posición de los obligados a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario, de manera que no ha afectado a la esencia del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE”²³.

5.1

Establecimiento de un nuevo supuesto de sujeción

La nueva regulación establece la sujeción de los incrementos de valor generados en menos de un año, que anteriormente estaban no sujetos²⁴. En efecto, aunque no había una regla explícita de no sujeción, el artículo 107.4 TRLRHL establecía que para la cuantificación del incremento de valor “sólo se considerarán los años completos que integren el período de puesta de manifiesto del incremento de valor, sin que a tales efectos puedan considerarse las fracciones de años de dicho período”.

La nueva regulación tampoco establece explícitamente ese nuevo supuesto de sujeción, pero la nueva redacción del artículo 107.4 TRLRHL dispone lo siguiente: “En el cómputo del número de años transcurridos se tomarán años completos, es decir, sin tener en cuenta las fracciones de año. En el caso de que el periodo de generación sea inferior a un año, se prorrateará el coeficiente anual teniendo en cuenta el número de meses completos, es decir, sin tener en cuenta las fracciones de mes”²⁵.

De este modo se establece la sujeción de los incrementos de valor generados en períodos de tiempo inferiores al año, dando respuesta a las razo-

22. Cfr. Marin-Barnuevo Fabo (2022: 36).

23. Vid., en el mismo sentido, la STC 35/2023, de 18 de abril.

24. La ciudad de Barcelona, haciendo uso de las posibilidades de configuración que le otorgaba el régimen especial que le reconoce el artículo 161 TRLRHL, sí gravaba los incrementos de valor generados en menos de un año.

25. Resulta llamativo que la norma no establezca el prorrateo por días, que mediría mejor la capacidad económica y resultaría tan fácilmente aplicable como el prorrateo por meses. En todo caso, dado que la opción acogida por el legislador solo computa meses completos, resulta más beneficiosa para los contribuyentes.

nables pretensiones de quienes consideraban acorde con nuestro modelo de justicia tributaria someter a gravamen las plusvalías obtenidas en cortos períodos de tiempo, que en muchos casos son de carácter especulativo²⁶.

5.2

Establecimiento de un nuevo supuesto de no sujeción

La nueva regulación, de acuerdo con la exigencia recogida hace más de cuatro años en la STC 59/2017 de no someter a tributación las situaciones en las que no existió incremento de valor del terreno, añade un nuevo apartado 5 al artículo 104 TRLRHL, en donde establece la no sujeción “en las transmisiones de terrenos respecto de los cuales se constate la inexistencia de incremento de valor por diferencia entre los valores de dichos terrenos en las fechas de transmisión y adquisición”. Además, añade que, para acordar esa no sujeción, el interesado “deberá declarar la transmisión, así como aportar los títulos que documenten la transmisión y la adquisición”.

Esta primera regla es correcta, pero genera algunos problemas de aplicación cuando hay que especificar cómo se identifican los supuestos en que existió o no incremento de valor de los terrenos. Sobre todo porque el terreno no se transmite de forma disociada de la construcción y ello determina que, en la mayoría de los casos, resulte difícil identificar ese valor en el momento de la adquisición y la transmisión. A tal efecto, el artículo 104.5 TRLRHL establece las siguientes reglas para determinar la inexistencia de incremento:

“Para constatar la inexistencia de incremento de valor, como valor de transmisión o de adquisición del terreno se tomará en cada caso el mayor de los siguientes valores, sin que a estos efectos puedan computarse los gastos o tributos que graven dichas operaciones: el que conste en el título que documente la operación o el comprobado, en su caso, por la Administración tributaria.

Cuando se trate de la transmisión de un inmueble en el que haya suelo y construcción, se tomará como valor del suelo a estos efectos el que resulte de aplicar la proporción que represente en la fecha de devengo del impuesto el valor catastral del terreno respecto del valor catastral total y esta proporción se aplicará tanto al valor de transmisión como, en su caso, al de adquisición.

26. La propuesta fue realizada por un amplio sector de la doctrina y recogida también, como propia, en el “Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local”, de 26 de julio de 2017.

Si la adquisición o la transmisión hubiera sido a título lucrativo se aplicarán las reglas de los párrafos anteriores tomando, en su caso, por el primero de los dos valores a comparar señalados anteriormente, el declarado en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En la posterior transmisión de los inmuebles a los que se refiere este apartado, para el cómputo del número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor de los terrenos, no se tendrá en cuenta el periodo anterior a su adquisición. Lo dispuesto en este párrafo no será de aplicación en los supuestos de aportaciones o transmisiones de bienes inmuebles que resulten no sujetas en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo o en la disposición adicional segunda de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades”.

Como se desprende de lo expuesto, la regulación es razonable y recoge lo esencial —aunque no todo— de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, particularmente, de la sentencia de 9 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2499), en la que se recoge por primera vez la doctrina jurisprudencial aplicable en relación con la recta interpretación de la STC 59/2017.

5.3

Nueva regulación de la base imponible

Las reglas de determinación también han sido objeto de una doble modificación: de un lado, porque se introducen cambios en el anterior modelo de cálculo de estimación objetiva; y, de otro, porque se añade la posibilidad de calcular la base imponible por estimación directa²⁷.

Comenzando por el régimen de estimación objetiva, vemos que la regulación es similar, aunque con algunas diferencias. La primera es la habilitación a los ayuntamientos para establecer en la OF un coeficiente reductor sobre el valor catastral “que pondere su grado de actualización, con el máximo del 15%”. La aplicación de este coeficiente solo puede operar minorando la obligación tributaria en los supuestos en que una actualización de valores catastrales determine un incremento de las obligaciones tributarias cuantificadas en función de dicho valor.

Esta previsión solo puede merecer una valoración positiva, porque aumenta la autonomía local en la configuración de su propio sistema tributario y, además, permite modular las obligaciones tributarias que podrían verse

²⁷. La utilización de un método de estimación directa de la base imponible era otra de las propuestas contenidas en el “Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local”, de 26 de julio de 2017.

notablemente alteradas en caso de que las nuevas valoraciones catastrales fueran notablemente superiores a las anteriores. De este modo, el ayuntamiento cuenta con tres posibilidades distintas de actuación para atenuar las obligaciones tributarias del IIVTNU: (i) aplicar el coeficiente reductor sobre el valor catastral; (ii) aplicar coeficientes de determinación del incremento inferiores a los máximos previstos en la ley; (iii) establecer tipos de gravamen inferiores al tipo máximo previsto en el artículo 108 TRLRHL, que, como es sabido, es el del 30 %²⁸.

La principal modificación introducida en el régimen de estimación objetiva tiene lugar en los coeficientes de determinación del incremento, que ahora son objeto de actualización anual. Así, la tabla vigente para el año 2024 establece los siguientes coeficientes²⁹:

Periodo generación	Coficiente	Periodo generación	Coficiente
Inferior a 1 año	0,15		
1 año	0,15	11 años	0,10
2 años	0,14	12 años	0,09
3 años	0,14	13 años	0,09
4 años	0,16	14 años	0,09
5 años	0,18	15 años	0,09
6 años	0,19	16 años	0,10
7 años	0,20	17 años	0,13
8 años	0,19	18 años	0,17
9 años	0,15	19 años	0,23
10 años	0,12	20 años o más	0,40

Como se desprende del contenido del cuadro, el incremento de valor se determina ahora mediante la aplicación de coeficientes que varían en función del período de generación considerado. Es decir, no hay un coeficiente lineal, como existía antes³⁰, sino un coeficiente específico establecido cada período

28. Esta capacidad de modulación de los ayuntamientos debe ser expresamente destacada, porque casi todo el mundo ha atribuido al Estado legislador toda la responsabilidad derivada del gravamen excesivo que motivó la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU. Y, en nuestra opinión, siendo cierto que la principal responsabilidad es del Estado, también creemos que los ayuntamientos pudieron establecer a través de sus ordenanzas fiscales otras medidas para atenuar una presión fiscal que se sabía excesiva.

29. Regulados por el artículo 24 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre.

30. En la regulación anterior se establecía que el porcentaje lo fijaría cada ayuntamiento, sin superar los máximos previstos en la ley, que eran: para períodos de hasta cinco años, el 3,7; para períodos de hasta 10 años, el 3,5; para períodos de hasta 15 años, el 3,2; y para períodos de hasta 20 años, el 3. Como se desprende de lo expuesto, esos coeficientes eran lineales y no tomaban en consideración las circunstancias del mercado en los períodos de generación del incremento, como explícitamente reprocha la STC 182/2021.

de generación en función del incremento de valor del suelo estimado para dicho período. Por ello el coeficiente crece en los primeros años; luego decrece, a partir del séptimo año, porque a partir de ese momento se incluyen dentro del período los años de la crisis económica, en que el crecimiento fue negativo; y luego vuelve a crecer a partir del año 15, porque a partir de ese momento se incluyen en el cómputo los últimos años del “boom inmobiliario”, en los que hubo un crecimiento significativo del valor del suelo³¹.

Obviamente, esos coeficientes deben ser objeto de actualización anual para reflejar adecuadamente el incremento correspondiente a cada período de generación, tal y como dispone expresamente el artículo 107.4 TRLRHL. Ello implica un compromiso que no siempre será fácil de cumplir, por la carga de trabajo que conlleva y, sobre todo, por las dificultades que se plantean últimamente para aprobar normas con rango de ley³².

La ley no establece cuáles serían las consecuencias derivadas del incumplimiento de ese compromiso de actualización de los coeficientes, lo que impide anticipar cuál será la reacción de jueces y tribunales ante ese eventual incumplimiento. En todo caso, el hecho de que la base imponible también pueda ser determinada por estimación directa permite suponer que las consecuencias jurídicas de ese eventual incumplimiento no serán especialmente relevantes.

Además, ese compromiso de actualizar los coeficientes genera otros problemas indirectos en los ayuntamientos, en cuanto que estarán obligados a realizar una correlativa actualización de sus ordenanzas fiscales a medida que se modifiquen legalmente esos coeficientes. Ello planteará dificultades fácilmente imaginables en caso de que el equipo de gobierno no cuente con una mayoría en el pleno, y además provocará que siempre

31. Como certeramente dice Lago Montero (2022: 52), cabe suponer que esos coeficientes han sido “fijados previos sesudos estudios económicos acreditativos de que la realidad del mercado inmobiliario”, y que, en su conjunto, reflejan certeramente el incremento de valor producido en esos períodos de tiempo, “lo cual es mucho imaginar porque nada se ha explicado acerca de la procedencia de esta tabla de coeficientes, de su método de elaboración ni, mucho menos, de su autoría”. Otra cuestión problemática será la utilización de criterios estadísticos para cuantificar ese incremento de valor del suelo, porque, en la medida en que tienen carácter unitario, se aplicarán siempre con independencia de que la revalorización de los terrenos haya sido mayor en unos terrenos que en otros; en todo caso, esa incorrecta medición deja de tener relevancia constitucional desde el momento en que el contribuyente puede optar por la aplicación del método de estimación directa de bases imponibles.

32. El artículo 107.4 establece expresamente que los coeficientes “serán actualizados anualmente mediante norma con rango legal, pudiendo llevarse a cabo dicha actualización mediante las leyes de presupuestos generales del Estado”, lo que facilita la actuación del Gobierno, aunque tampoco permite asegurar que su buena actuación se plasmará en una actualización de los coeficientes si los grupos parlamentarios no aprueban dicha ley. De hecho, la tabla incluida en el trabajo se corresponde con la aprobada por el Decreto-ley aprobado 8/2023, de 27 de diciembre de 2023, que ha sido convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 10 de enero de 2024.

transcurran unos meses entre la aprobación de los nuevos coeficientes en la ley estatal y la aprobación de los nuevos coeficientes en la ordenanza fiscal, lo que puede conllevar una ilegalidad sobrevenida de dichas ordenanzas. En esos supuestos, como es lógico, el coeficiente aplicable no podrá superar el máximo establecido en la ley.

En relación con el régimen de estimación directa, establece el artículo 107.5 TRLRHL lo siguiente:

“Cuando, a instancia del sujeto pasivo, conforme al procedimiento establecido en el artículo 104.5, se constate que el importe del incremento de valor es inferior al importe de la base imponible determinada con arreglo a lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, se tomará como base imponible el importe de dicho incremento de valor”.

Es decir, viene a reconocer la posibilidad de aplicar un método de “estimación directa” de bases imponibles basado en la comparación de los valores de transmisión y de adquisición del suelo, calculados conforme a lo expuesto en el apartado 3.3 de este trabajo, referido al establecimiento de un nuevo supuesto de no sujeción. De este modo, al establecerse este segundo método de determinación de capacidad económica se evita que la “estimación objetiva” sea obligatoria, y por tanto se solventa el primer problema de constitucionalidad señalado por la STC 182/2021 en la regulación del artículo 107 TRLRHL, al poner de manifiesto que un “sistema objetivo y obligatorio de determinación de la base imponible” (ajeno a la realidad del mercado inmobiliario) vulnera el principio de capacidad económica.

La lectura del precepto transcrito permite cuestionar si la Administración está obligada a aplicar la estimación directa o, por el contrario, solo debe hacerlo en caso de solicitud expresa por parte del contribuyente. En relación con ello, creemos que la redacción es un poco confusa y permitiría interpretar que el contribuyente debe solicitar expresamente la aplicación de este método. Esta interpretación se fundamentaría en que el precepto comienza diciendo: “cuando, a instancia del contribuyente...”. Sin embargo, creemos que dicha interpretación no es la correcta, y que con esa expresión se quería destacar que la aplicación del régimen de estimación directa requiere la colaboración del contribuyente.

En efecto, la base imponible en estimación objetiva puede ser calculada por la Administración sin colaboración alguna del contribuyente (por eso criticamos siempre que el impuesto se gestione mediante autoliquidación), pero la estimación directa requiere que el interesado

aporte los documentos que acrediten el valor del suelo en el momento de adquisición del inmueble, que es un dato desconocido por la Administración. Por ello creo que al decirse “a instancia del sujeto pasivo” se quería destacar que la Administración solo aplicará la estimación directa si cuenta con la colaboración del sujeto pasivo.

A favor de esta interpretación cabe señalar, en primer lugar, que la mayoría de los sujetos pasivos desconocen los procedimientos de gestión tributaria y, muy especialmente, los referidos a los tributos locales. Por ello es habitual que los contribuyentes del IIVTNU acudan al ayuntamiento a preguntar qué deben hacer para cumplir con su obligación tributaria, por lo que sería contrario al principio de buena administración que la oficina gestora no les solicitara la documentación requerida para determinar la base imponible por estimación directa. Esta cuestión resulta de especial interés si consideramos, además, que en la mayoría de los ayuntamientos se establece un sistema de “autoliquidación asistida”, que en realidad es una liquidación practicada por la Administración en la que se hace firmar al contribuyente como si fuera una autoliquidación³³.

También es un argumento a favor de esta interpretación que el legislador haya querido que el régimen de estimación objetiva no sea obligatorio, y si la Administración solo aplicara el régimen de estimación directa a instancia del contribuyente se estaría produciendo, *de facto*, una aplicación inexorable del método de estimación objetiva, vulnerándose el mandato contenido en la ley y la prescripción contenida en la STC 182/2021.

5.4 Gestión

En relación con la gestión, el Real Decreto-ley 26/2021 modifica el apartado 4 del artículo 110 TRLRHL y, además, añade un nuevo apartado 8 en ese mismo artículo.

En el artículo 110.4 TRLRHL se reconoce a los ayuntamientos el derecho a establecer el régimen de gestión mediante autoliquidación, y seguidamente se dispone lo siguiente:

³³. Aunque algunos responsables locales consideran que la modalidad de gestión es equiparable a la existente en el ámbito del IRPF, donde la Administración facilita el borrador al contribuyente, debe señalarse que existen diferencias significativas entre una y otra. La más destacada de ellas es que en algunos municipios el contribuyente no tiene la opción de presentar una autoliquidación con un contenido distinto del facilitado por la Administración.

“Respecto de dichas autoliquidaciones, sin perjuicio de las facultades de comprobación de los valores declarados por el interesado o el sujeto pasivo a los efectos de lo dispuesto en los artículos 104.5 y 107.5, respectivamente, el ayuntamiento correspondiente solo podrá comprobar que se han efectuado mediante la aplicación correcta de las normas reguladoras del impuesto, sin que puedan atribuirse valores, bases o cuotas diferentes de las resultantes de tales normas”.

Como se desprende del texto transcrito, la redacción tampoco es muy clara en este punto, por las siguientes razones: primero parece reconocer la capacidad de tramitar el procedimiento de comprobación de valores para los supuestos de aplicación de estimación directa; luego parece limitar la capacidad de comprobación de la Administración local, al decir que “solo podrá comprobar que se han efectuado mediante la aplicación correcta de las normas reguladoras del impuesto”; y finalmente parece reconocer una capacidad de comprobación prácticamente ilimitada, al disponer que como resultado de esa comprobación no podrá atribuir “bases o cuotas diferentes de las resultantes de tales normas”. Al releer el texto advertimos que esa última frase es una tautología absolutamente prescindible, porque es evidente que todas las Administraciones, en todos los procedimientos de comprobación e investigación existentes, están obligadas a determinar las obligaciones tributarias resultantes de la normativa aplicable, “sin que puedan atribuirse valores, bases o cuotas diferentes de las resultantes de tales normas”.

Pero creemos que la clave para la recta interpretación de este precepto consiste en identificar cuál es el impuesto al que se refiere la norma cuando establece: “el ayuntamiento correspondiente solo podrá comprobar que se han efectuado mediante la aplicación correcta de las normas reguladoras del impuesto”. En nuestra opinión, se refiere única y exclusivamente al IIVTNU, porque cuando el legislador no especifica a qué impuesto se refiere es debido a que se trata del mismo impuesto objeto de regulación; por tanto, si el legislador hubiera querido autorizar la comprobación de otros impuestos, hubiera mencionado expresamente su nombre. Consecuentemente, el ámbito del procedimiento de comprobación local al que se refiere este precepto es, únicamente, el del cumplimiento de las normas del IIVTNU, por los motivos anteriormente expuestos y porque la atribución de competencias para comprobar los impuestos cedidos a las comunidades autónomas podría contravenir lo dispuesto en los artículos 54 y siguientes de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común.

Por tanto, solo faltaría por desentrañar el significado de la primera frase del precepto, la que se refiere al procedimiento de comprobación de valores. La frase comienza diciendo “sin perjuicio de”, que es una expresión muchas veces equívoca, pero que aquí parece utilizada con el significado atribuido por el diccionario de la Real Academia Española: “dejando a salvo”. Por tanto, como la segunda parte del precepto parece establecer una limitación a las potestades de comprobación, habría que interpretar que se dejan a salvo de esa limitación “las facultades de comprobación de los valores declarados por el interesado o el sujeto pasivo a los efectos de lo dispuesto en los artículos 104.5 y 107.5”. Consecuentemente, habría que concluir que el precepto autoriza a la Administración local a realizar procedimientos de comprobación de valores en los supuestos en que se aplica la estimación directa de bases imponibles.

De ser este el verdadero significado del precepto, nos encontraríamos con un grave problema de coordinación, porque ello significaría que una misma transmisión de bienes podría dar lugar a tres comprobaciones de valores distintas realizadas por la Administración local, autonómica y estatal, que a su vez podrían arrojar resultados diferentes a los efectos de la liquidación de IIVTNU, ITPO o ISD, e IRPF o IS. Pero un resultado así solo podría admitirse si rigiera el principio de estanqueidad, que, como es sabido, ha sido rechazado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por entender que “significaba negar la existencia de un Sistema Tributario integrado por impuestos interrelacionados, desconocía la personalidad jurídica única de la Administración, ignoraba los efectos de los actos propios dictados por los distintos órganos de la Administración y podía generar un grave desorden de las distintas valoraciones hechas al mismo bien o derecho, en los diferentes impuestos, con grave detrimento de los principios constitucionales de capacidad económica, seguridad jurídica, igualdad, etc.”³⁴.

Por ello resulta sorprendente que la norma estatal reconozca a la Administración local competencias para realizar la comprobación de valores de transmisión de los inmuebles gravados por el IIVTNU, dadas las limitaciones de medios que tienen la mayoría de los ayuntamientos para realizar esas actuaciones y las consecuencias que podrían proyectar en las actuaciones

34. Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:45), en la que se continúa afirmando: “También desde muy temprano, véase al respecto sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1966 o de 26 de octubre de 1984, en los conflictos de valoración, en base al principio de unicidad o de coordinación, se entendió que si la Administración ha realizado una valoración de un bien o derecho calculando el valor real o de mercado después no puede realizar otra valoración distinta incluso para otro impuesto u obligado tributario, doctrina que, como se sabe, ha sido posteriormente matizada por la jurisprudencia atendiendo a las normas de valoración de cada tributo y otras circunstancias”.

de comprobación de la Administración autonómica y estatal. Ahora bien, también cabe entender que esa referencia a la comprobación de valores se refiere a la actuación de la Administración autonómica, que es la que tiene esa competencia en la gestión de los impuestos cedidos. De hecho, esta última interpretación se vería reforzada por el hecho de que la reforma analizada añade un último apartado 8 al artículo 110 TRLRHL, en el que se dispone lo siguiente:

“[...] las Administraciones tributarias de las comunidades autónomas y de las entidades locales colaborarán para la aplicación del impuesto y, en particular, para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 104.5 y 107.5, pudiendo suscribirse para ello los correspondientes convenios de intercambio de información tributaria y de colaboración”.

Este precepto pone de manifiesto que el legislador impone la colaboración entre la Administración local y la autonómica para la recta liquidación del IIVTNU en los supuestos en que se aplica el régimen de estimación directa. Por tanto, la conclusión de todo lo expuesto es, en nuestra opinión, que la Administración local deberá solicitar a la Administración autonómica la realización de actuaciones de comprobación de valores, en los términos previstos en el convenio de colaboración³⁵.

Ya para finalizar con este apartado debemos recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley del ISD y 46 del TRITPAJD, tras la modificación operada por la Ley 11/2021, la comprobación de valores resulta improcedente en los supuestos en que la Dirección General del Catastro hubiera asignado un “valor de referencia” al inmueble transmitido. Se trata, pues, de un claro error que previsiblemente se corrija en un futuro inmediato.

5.5

Modificación de ordenanzas: régimen transitorio

Otra de las consecuencias de la aprobación del Real Decreto-ley 26/2021 fue que las ordenanzas fiscales vigentes a esa fecha quedaran desfasadas o, por utilizar una expresión más precisa, devinieran ilegales por tener una regulación *contra legem*. Esa circunstancia resulta de especial relevancia tratándose de un impuesto potestativo, porque los que tienen esa naturaleza solo son exigibles si existe una ordenanza de establecimiento del impuesto en la que se contienen todos los elementos necesarios para su exacción.

³⁵. García Moreno (2021: 10), con menos argumentación, sostiene también esta misma conclusión.

Por ello, y para evitar nuevos problemas, la disposición transitoria del Real Decreto-ley analizado concede a los ayuntamientos un plazo de seis meses para adecuar sus ordenanzas fiscales a la nueva regulación. Y dispone que, hasta que se produzca esa modificación de ordenanzas, “resultará de aplicación lo dispuesto en este real decreto-ley, tomándose, para la determinación de la base imponible del impuesto, los coeficientes máximos establecidos en la redacción del artículo 107.4”.

Esta previsión es de todo punto razonable³⁶. Podría cuestionarse la necesidad de que también se hubiera hecho una mención expresa de otros elementos esenciales del tributo, como los tipos de gravamen y las bonificaciones, pero esos preceptos no han sido afectados por la nueva regulación y, por tanto, no hay motivos para considerar inaplicables las correlativas reglas de la ordenanza fiscal.

La duda principal que plantea la lectura de esta disposición transitoria es determinar las consecuencias jurídicas de no adaptar las ordenanzas fiscales en el plazo legalmente establecido de seis meses. En estos casos, parece razonable entender que no habría norma aplicable para determinar la base imponible, porque el artículo 107.4 TRLRHL dispone que el coeficiente a aplicar sobre el valor del terreno “será el que corresponda de los aprobados por el ayuntamiento según el periodo de generación del incremento de valor”. Por tanto, parece lógico entender que, si las ordenanzas fiscales no se modificaran para establecer esos coeficientes, no habría norma jurídica que determinara los coeficientes aplicables en cada caso concreto, lo que impediría la liquidación del impuesto. Además, a favor de esa interpretación cabe argumentar que el propio legislador advirtió la necesidad de establecer por ordenanza fiscal el coeficiente aplicable, al disponer, expresamente, una habilitación para aplicar directamente los coeficientes máximos previstos en la ley. Pero, como vimos, esa habilitación tiene una vigencia máxima de seis meses.

En todo caso, debe mencionarse la contestación a la consulta vinculante de la DGT 001519-22, de 23 de marzo, con un fundamento jurídico muy cuestionable:

“El artículo 48.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, establece lo siguiente:

‘3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo’.

³⁶. No compartimos en este punto las afirmaciones contenidas en Palomar y Vázquez (2021), cuando sostienen que esta disposición transitoria afecta a la autonomía local.

En el caso de que el procedimiento para la aprobación y publicación de la ordenanza fiscal reguladora del impuesto, para adaptarla al TRLHL, no finalice en el plazo de seis meses otorgado en el primer párrafo de la citada disposición transitoria única, y teniendo en cuenta la salvaguarda contenida en el segundo párrafo de la misma disposición transitoria, se trataría de una irregularidad no invalidante, de forma que: (i) Hasta que se lleve a cabo la adaptación de la ordenanza fiscal, el ayuntamiento podrá continuar exigiendo el impuesto, resultando de aplicación lo dispuesto en el TRLRHL.(ii) – Una vez se concluya el procedimiento de adaptación de la ordenanza fiscal, se exaccionará el impuesto de acuerdo con la misma”.

Como se desprende de lo expuesto, la contestación parece equiparar la función normativa (aprobación de ordenanzas) con la función aplicativa (aplicación de ordenanzas), y ello le lleva a afirmar que en estos casos resulta de aplicación el artículo 48.3 LPACAP. Se trata, pues, de una interpretación muy cuestionable que no creemos que sea compartida por los órganos judiciales, pues, como es sabido, las contestaciones a consulta no son fuente del derecho y no condicionan la interpretación de las normas por parte de jueces y tribunales.

6 Bibliografía

- Álvarez Arroyo, F. (2004). *Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos*. Madrid: Dykinson.
- Bris Gómez, R. (2015). IIVTNU: sentencia del juzgado contencioso-administrativo núm. 4 de Bilbao, de 25 de febrero de 2015. *Quincena Fiscal*, 10.
- Calvo Vérguez, J. (2014). La determinación del período de generación de la plusvalía y su incidencia sobre el incremento de valor sometido a gravamen. *Contabilidad y Tributación CEF*, 373.
- Cayón Galiardo, A. (2015). Las reactivadas dudas sobre la constitucionalidad del IIVTNU. *Revista Técnica Tributaria*, 110.
- Chico de la Cámara, P. (2013). Pérdidas de valor en el IIVTNU y principio de capacidad económica. *Tributos Locales*, 111.
- (2021). Algunos comentarios de urgencia a la remozada “plusvalía municipal”: crónica de una modificación “anunciada” (*ius condendum*). *Tributos Locales*, 153.

- Colao Marín, P. Á. (2016). Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, principios constitucionales y sistema tributario. *Quincena Fiscal*, 20.
- Cudero Blas, J. y Huelin Martínez de Velasco, J. (2023). El Tribunal Supremo avala la limitación de efectos contenida en la STC 186/2021 ¿un poder constituido no sujeto a la Constitución?: SSTS de 10 de julio de 2023 rec. núm. 4701/2022 y 5181/2022. *Revista Técnica Tributaria*, 142.
- Del Blanco García, A. y García Carretero, B. (2015). Cuestiones controvertidas y propuestas de reforma del IIVTNU. *Tributos Locales*, 122.
- Falcón y Tella, R. (1993). La posible inconstitucionalidad del Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Revista Técnica Tributaria*, 21.
- (2013). El IIVTNU y la pérdida de valor de los inmuebles: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona de 22 de enero de 2013. *Quincena Fiscal*, 21.
- García Moreno, V. A. (2021). La adaptación de la regulación del Impuesto sobre Plusvalía (IIVTNU) a la doctrina del Tribunal Constitucional. *Carta Tributaria*, 80.
- González de Lara Mingo, S. (2021). Cómo puedo reclamar la devolución del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Actualidad Administrativa*, 12.
- Herrera Molina, P. M. (1998). *Capacidad económica y sistema fiscal*. Madrid: Marcial Pons.
- Lago Montero, J. M.^a (2022). De la participación en tributos autonómicos a la plusvalía, con el TC hemos topado. *Tributos Locales*, 154.
- Luque Mateo, M. Á. (2014). El Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en tiempos de crisis. En M.^a del M. de la Peña Amorós (coord.). *La financiación de las entidades locales en tiempos de crisis*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Magraner Moreno, F. J. (2014). El IIVTNU ¿grava o no plusvalías reales? *Tribuna Fiscal*, 273.
- Marín-Barnuevo Fabo, D. (2013). La inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Tributos Locales*, 112.
- (2017). Significado y alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la regulación del IIVTNU en Guipúzcoa y Álava. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 409.

- (2022). La definitiva declaración de inconstitucionalidad de la plusvalía municipal y la nueva regulación del impuesto. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 468.

- Navarro Egea, M. (2014). La base imponible del IIVTNU en el contexto económico. *Tributos Locales*, 114.

- Orón Moratal, G. (2021). La modulación de efectos de las sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad de un tributo: Comentarios de urgencia a la luz de la sentencia de 26 de octubre de 2021 sobre el impuesto de plusvalías. *Blog del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5-11-2021. Disponible en <https://www.idluam.org/blog/la-modulacion-de-efectos-de-las-sentencias-del-tc-que-declaran-la-inconstitucionalidad-de-un-tributo-comentarios-de-urgencia-a-la-luz-de-la-sentencia-de-26-de-octubre-de-2021-sobre-el-impuesto-de-pl/>.

- Palomar Olmeda, A. y Vázquez Alcover, E. (2021). El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos ¿una cuestión resuelta? *Diario La Ley*, 9961.

- Prósper Almagro, A. B. (2014). *IIVTNU: hacia una inaplazable reforma de gran calado*. *Quincena Fiscal*, 21.

- Rovira Ferrer, I. (2013). El IIVTNU en el contexto de crisis actual: su devengo en algunos supuestos problemáticos. *Tributos Locales*, 110.

- Rubio de Urquía, J. I. (2021). El Tribunal Constitucional apuntilla la plusvalía municipal y el Gobierno la resucita. *Tributos Locales*, 153.

- San Martín Rodríguez, A. (2014). Problemática actual existente en el ámbito del IIVTNU. *Tributos Locales*, 116.

- Suberbiola Garbizu, I. (2022). El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana en los territorios históricos tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021. *Tributos Locales*, 154.

- Teixidor Martínez, N. y Revilla Rodríguez, I. (2016). ¿Se puede gravar el incremento ficticio de valor de los terrenos de naturaleza urbana? *Contabilidad y Tributación CEF*, 394.

- Utande San Juan, J. M.^a (2021). La STC de 26 de octubre de 2021 (IIVTNU). Especial referencia a sus efectos temporales y al Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre. *Tributos Locales*, 153.

- Varona Alabern, J. E. (2010). A vueltas con la inconstitucionalidad del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. *Quincena Fiscal*, 18.

Las subvenciones condicionadas concedidas a las Administraciones locales. Tipos de condicionalidad y posibles límites¹

ANTONIO BUENO ARMIGO

*Profesor titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Córdoba*

- 1. La cuestión terminológica: en el derecho administrativo no existen las subvenciones incondicionadas**
- 2. El problema de la admisibilidad de las subvenciones condicionadas concedidas a las Administraciones locales: distinción entre nivel administrativo y nivel constitucional, y plan de trabajo**
- 3. El problema de las subvenciones condicionadas a las entidades locales desde la perspectiva del derecho constitucional. Remisión**
- 4. La admisión de las subvenciones condicionadas a las entidades locales desde la perspectiva del derecho administrativo, y la existencia de distintos tipos de condicionalidad**
 - 4.1. La condicionalidad respecto a la actividad (o actividades) cuya realización fundamenta el otorgamiento de la subvención
 - 4.2. La condicionalidad respecto a cómo debe realizarse la actividad cuya realización fundamenta la subvención: exigencias formales y materiales
 - 4.3. La condicionalidad respecto al cumplimiento de otras obligaciones (nuevas o preexistentes) sin relación directa con la actividad cuya realización fundamenta la entrega de la subvención
 - 4.4. Límites a la imposición de obligaciones sin relación directa con la actividad que fundamenta la entrega de la subvención
 - 4.4.1. *Límites frente a la exigencia del cumplimiento genérico de la legalidad como parte de las obligaciones asumidas con la entrega de la subvención*

Artículo recibido el 23/02/2024; aceptado el 26/02/2024.

1. El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto de excelencia de la Junta de Andalucía PROYEXCEL - 00903 "La Nueva Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Estado de Derecho en Europa" y del proyecto PID2022-138118NB-I00 "La Administración sancionadora de la Unión Europea" del Ministerio de Ciencia e Innovación.

- 4.4.2. *Límites frente a la exigencia a una Administración local beneficiaria de una subvención del cumplimiento de obligaciones ajenas a la actividad que fundamenta su otorgamiento: el riesgo de las sanciones encubiertas*

5. Bibliografía

Resumen

De conformidad con la Ley 38/2003, General de Subvenciones, toda subvención pública se encuentra fuertemente condicionada o afectada. Esta condicionalidad también resulta aplicable a las Administraciones locales. Durante décadas, la doctrina ha subrayado que esta situación podría menoscabar la autonomía institucional de las Administraciones locales, en la medida en que no se les permite decidir sobre el destino de los fondos que reciben bajo la forma de subvenciones. El presente artículo asume estas críticas a las subvenciones y profundiza en los tipos y grados de condicionalidad impuesta a las Administraciones locales que las perciben. Se concluye que algunas de estas manifestaciones de condicionalidad son jurídicamente discutibles.

Palabras clave: *Ley General de Subvenciones; subvenciones condicionadas; Administración local; autonomía local; reintegro de subvenciones.*

Conditional subsidies granted to local governments. Types of conditionality and possible limits

Abstract

The Spanish basic law on Public Grants 38/2003 imposes stringent conditions on every public grant, including those received by local governments. Over the years, legal scholars have raised concerns that such conditions may encroach upon the institutional autonomy of local governments, limiting their discretion in the allocation of funds. This article examines the historical scrutiny of public grants and explores the nature and scope of conditions imposed on local governments. It argues that certain conditions may lack legal validity.

Keywords: *Spanish basic law on public grants; public grants; local governments; institutional autonomy; legal validity; conditionality.*

1

La cuestión terminológica: en el derecho administrativo no existen las subvenciones incondicionadas

Para evitar malentendidos al amable lector de este trabajo es necesario realizar una aclaración terminológica preliminar: en el derecho público español, la palabra “subvención” se refiere, como mínimo, a dos grandes conceptos jurídicos, distintos, pero vinculados entre sí con una relación de género y especie².

En primer lugar, existe un concepto amplio, genérico, propio del derecho financiero y presupuestario, que identifica la subvención con cualquier “contribución financiera por parte de un Gobierno o de cualquier organismo público”, es decir, con cualquier forma de “transferencia de recursos económicos del otorgante al receptor”. Los dos únicos elementos que se toman en cuenta en este primer concepto son qué se realiza (un desplazamiento patrimonial) y quién lo realiza (un organismo público)³.

Este concepto es ampliamente utilizado en el ámbito del derecho presupuestario, y probablemente es un sinónimo perfecto de la expresión “transferencia pública”. A sus efectos, resultan accesorias otras cuestiones como el tipo y la cantidad de recursos transferidos, la causa del desplazamiento, la naturaleza del organismo público otorgante, el tipo y las características del destinatario, etc. Se incluyen aquí, por tanto, desde las modestas entregas de bienes en especie a favor de sujetos privados, hasta las grandes transferencias entre Administraciones, de cientos o miles de millones, para su financiación global (transferencias, por cierto, a las que la doctrina constitucional se ha referido en ocasiones como “subvenciones-dotación”, añadiendo otro uso más a este término a modo de subcategoría)⁴.

Dentro de estas subvenciones de derecho financiero o transferencias públicas, y dada la amplitud del concepto, existen infinidad de tipos y categorías dis-

2. Junto a estos dos conceptos jurídicos de subvención principales existen otros, también reconocidos por nuestro ordenamiento y con cierta relevancia jurídica a otros efectos. Es el caso, por ejemplo, del concepto contable de subvención, recogido en el Plan General de Contabilidad, aprobado mediante Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, y regulado en su norma 18.^a: “Subvenciones, donaciones y legados recibidos”.

3. Así se recoge, con su rigor y parquedad habituales, en la definición que ofrece para el lema “subvención” el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (<https://dpej.rae.es/lema/subvencion>; última consulta: 13/01/2024).

4. La cardinal STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 6, ya indicó a este respecto: “Dentro de las subvenciones [...] conviene distinguir [...] las llamadas ‘subvenciones-dotación’ frecuentemente incluidas en los Presupuestos Generales del Estado y que, si bien formalmente caracterizadas como subvenciones, en realidad encubren meras dotaciones presupuestarias destinadas a cubrir las necesidades de financiación de un determinado ente o servicio público y que solo impropioamente o en una acepción muy genérica pueden asimilarse a las subvenciones en sentido estricto, constituyendo en realidad transferencias presupuestarias para asegurar la suficiencia financiera del ente público receptor (como es el caso de las subvenciones a las Entidades Locales destinadas a asegurar su equilibrio financiero), o sencillamente, una forma de financiación del mismo”.

tintos y es perfectamente posible realizar, entre otras muchas clasificaciones, una distinción entre subvenciones condicionadas y subvenciones incondicionadas. Las primeras serían aquellas en las que el órgano concedente decide el uso que podrá darse a los recursos económicos que transfiere, mientras que las segundas serían aquellas en las que dicha decisión corresponde al perceptor⁵.

En segundo lugar, dentro de estas subvenciones de derecho financiero y, en concreto, dentro de las subvenciones de carácter condicionado, encontramos un concepto mucho más estricto, específico, de subvención, propio del derecho administrativo, que se identifica con la subvención definida en el artículo 2.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS), y que constituye, simplemente, uno de los muchos tipos de “transferencias públicas” que pueden existir dentro de ese concepto de subvención propio del derecho financiero y presupuestario que acabamos de exponer. La importancia de este segundo concepto de subvención radica en que, en principio, a él, y solo a él, se le aplica el régimen jurídico previsto en la LGS y su normativa de desarrollo, tanto autonómica como estatal, y señaladamente el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, RGS)⁶.

Para este concepto estricto de subvención sí resultan esenciales cuestiones como el tipo de recursos transferidos (dinero, no otros tipos de bienes), la causa del desplazamiento (realización por parte del beneficiario de una actividad que satisface un interés general), la naturaleza del organismo público concedente (una Administración pública, salvo alguna excepción), etcétera⁷.

5. Sobre esta distinción descansa, por cierto, la diferencia contable entre “transferencia” (subvenciones incondicionadas) y “subvención” (subvenciones condicionadas) que plantea, “a los solos efectos de este Plan”, la norma 18.^a (“Transferencias y subvenciones”) del Plan General de Contabilidad Pública de 2010, aprobado mediante Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril. Ambas suponen “un aumento del patrimonio neto del beneficiario de las mismas y, simultáneamente, una correlativa disminución del patrimonio neto del concedente”. Sin embargo, las transferencias “tienen por objeto una entrega dineraria o en especie entre los distintos agentes de las administraciones públicas, y de estos a otras entidades públicas o privadas y a particulares, y viceversa, todas ellas sin contrapartida directa por parte de los beneficiarios, destinándose a financiar operaciones o actividades no singularizadas”, mientras que las subvenciones se destinan “a un fin, propósito, actividad o proyecto específico, con la obligación por parte del beneficiario de cumplir las condiciones y requisitos que se hubieran establecido o, en caso contrario, proceder a su reintegro”.

6. Con carácter excepcional, el legislador ha previsto la aplicación de esta normativa sobre subvenciones, bien de manera directa, bien de manera supletoria, a otras transferencias patrimoniales que no tienen la consideración ni la naturaleza de subvenciones, como pueden ser las ayudas en especie (disposición adicional quinta LGS) o los créditos concedidos por la Administración a particulares sin interés, o con interés inferior al de mercado (disposición adicional sexta LGS). Pero estas previsiones, sin perjuicio de las críticas o las dudas que puedan generar, no convierten la LGS en una ley general de ayudas públicas, pues su ámbito de aplicación material es mucho más restringido. López Ramón (2005: 32-34); Sesma Sánchez (2023: 317).

7. Excede ampliamente del objeto de este trabajo analizar los elementos que conforman el concepto estricto o administrativo de subvención, por lo que me permito remitirme a Bueno

En particular, debe subrayarse el carácter necesariamente condicionado de este concepto estricto de subvención, es decir, el hecho de que esté afecta o sujeta, por utilizar los términos del artículo 2.1.b) LGS, “al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación”. Dicho en otros términos: en el derecho administrativo no existen las subvenciones incondicionadas.

Como adelantamos antes, la relación entre la subvención en sentido amplio, transferencia pública o “subvención de derecho financiero” y la subvención en sentido estricto o “subvención de derecho administrativo” es una relación de género y especie: ocurre que todas las subvenciones de derecho administrativo son transferencias públicas, pero no a la inversa, pues no todas las transferencias públicas (ni siquiera todas las transferencias públicas condicionadas) son subvenciones de derecho administrativo. Por recapitular: dentro de las transferencias públicas (y entre otras muchas categorías posibles) cabe distinguir entre subvenciones incondicionadas y subvenciones condicionadas, y a su vez, dentro de estas últimas, junto a otras figuras, cabe encontrar las subvenciones en sentido estricto o subvenciones de derecho administrativo.

Como es notorio, la propia LGS se hace eco de la situación descrita y declara expresamente que no tienen la consideración de subvención en sentido estricto o administrativo:

- ni “las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas”,
- ni las aportaciones dinerarias “que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública”⁸.

Armijo (2013; 2011: 50-95). Desarrollan también excelentes estudios monográficos sobre el concepto de subvención que maneja la Ley General de Subvenciones Fernández Farreres (2005) y Sesma Sánchez (2023). *Vid.*, asimismo, Collado Beneyto (2009: 153-193).

8. A fuer de exactos, el artículo 2.2 LGS lo que afirma es que estas aportaciones “no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley”, pero lo cierto es que no parecen tener cabida en la descripción de subvención establecida inmediatamente antes, en el artículo 2.1 LGS. Aun así, puede haber situaciones confusas, en especial en relación con las subvenciones nominativas, lo que obligó en su momento a la Intervención General de la Administración del

Debe insistirse en que no todas las transferencias públicas condicionadas son subvenciones en sentido estricto. Por ejemplo, el crédito oficial, que está expresamente excluido del concepto de subvención en sentido estricto [artículo 2.4.h) LGS], constituye una transferencia pública condicionada, en la medida en que su beneficiario tiene la obligación de destinar el préstamo recibido a la realización de una determinada actividad⁹. Sin embargo, es probable que las subvenciones en sentido estricto constituyan la parte más importante de este grupo. Seguramente por eso ha acabado estableciéndose, de manera informal e impropia, una cierta identificación entre “subvenciones condicionadas” y las subvenciones en sentido estricto o de derecho administrativo a las que se refiere el artículo 2 LGS, a pesar de que hablar de “subvenciones condicionadas” para referirse a las subvenciones de derecho administrativo constituye, como queda dicho, una redundancia.

Toda esta aclaración preliminar permite entender el título y el contenido del presente trabajo. En efecto, las entidades que integran la Administración local son grandes receptoras de subvenciones en sentido amplio, es decir, de transferencias públicas y, dentro de estas, de subvenciones condicionadas y, aún más específicamente, de subvenciones de derecho administrativo o subvenciones en sentido estricto, que constituyen el objeto del presente trabajo. Sirva toda esta introducción terminológica para aclarar que el título de la presente aportación no incurre en una redundancia. O que se trata, al menos, de una redundancia justificable.

2

El problema de la admisibilidad de las subvenciones condicionadas concedidas a las Administraciones locales: distinción entre nivel administrativo y nivel constitucional, y plan de trabajo

El debate acerca de si resulta posible conceder subvenciones condicionadas a las entidades locales se desarrolla en dos niveles, uno legal y otro constitucional. En el nivel legal, la cuestión se ha circunscrito tradicionalmente

Estado y a la Abogacía General del Estado a emitir sendos informes aclarando cómo debía interpretarse el artículo 2.2 LGS, tal y como recoge Soler Tappa (2010).

9. Entre las escasas obras que se han ocupado de esta peculiar forma de ayuda pública condicionada, a caballo entre el derecho público y el derecho privado, Jiménez y Torrecilla (2023). Lo mismo cabría decir de las aportaciones de financiación de riesgo o de los anticipos reembolsables, todos ellos, por cierto, incluidos en el ámbito objetivo de la Base de Datos Nacional de Subvenciones, aun no siendo subvenciones en sentido estricto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1.c) del Real Decreto 130/2019, de 8 de marzo, por el que se regula la Base de Datos Nacional de Subvenciones y la publicidad de las subvenciones y demás ayudas públicas.

a determinar si las entidades locales pueden ser beneficiarias de las subvenciones en sentido estricto reguladas en el artículo 2.1 LGS, lo que se responde de manera rotundamente afirmativa. Sin embargo, más allá de esta cuestión, que no plantea duda alguna, no parece haberse ahondado lo suficiente ni sobre las distintas formas que puede adoptar la condicionalidad a la que se somete a las entidades locales beneficiarias de subvenciones ni sobre la admisibilidad de cada una de ellas. Es decir, aun aceptando que las entidades locales puedan ser beneficiarias de subvenciones condicionadas, no es evidente que el grado de condicionalidad deba tener siempre la misma intensidad.

En el nivel constitucional, el debate es otro: con independencia de que las entidades locales puedan ser beneficiarias de subvenciones en sentido estricto, es decir, que puedan recibir este tipo de transferencias públicas condicionadas procedentes de otras Administraciones, se plantea la pregunta de si las entidades locales tienen derecho a recibir esos mismos importes, pero de manera incondicionada. Esto es, si las entidades locales pueden exigir, sobre la base de su autonomía financiera y, en última instancia, de su autonomía institucional constitucionalmente garantizada, que las cantidades que perciben vinculadas a un fin fijado por la Administración concedente les sean entregadas de manera incondicionada.

Como se observa, el primer debate se mueve estrictamente en el ámbito del derecho administrativo, mientras que el segundo debate es, más bien, propio del derecho constitucional. Sin embargo, ambos se encuentran estrechamente relacionados o, si se prefiere, vale decir que cada uno de ellos se ocupa del problema de la condicionalidad de las subvenciones otorgadas a las Administraciones locales desde una perspectiva distinta. Ello obliga a tratarlos conjuntamente a fin de obtener una visión integral de las subvenciones condicionadas otorgadas a las Administraciones locales.

Atendiendo a esta situación, el presente trabajo se ocupará de analizar en primer lugar, de maneja sucinta y desde el plano constitucional, si las Administraciones locales pueden aspirar, de conformidad con las normas constitucionales que configuran nuestra organización territorial, a que algunas de las transferencias públicas dispuestas como subvenciones condicionadas deban ser transformadas en transferencias no condicionadas o si pueden, al menos, participar en la determinación del destino al que se encuentren afectas. En segundo lugar, y de manera más detenida, el trabajo examinará el nivel de condicionalidad que puede existir en las subvenciones en sentido estricto otorgadas a las entidades locales, qué tipo de obligaciones permite

la Ley General de Subvenciones que sean impuestas a las Administraciones locales en cuanto que beneficiarias de subvenciones, y cuáles son los posibles límites que encuentran las Administraciones concedentes al configurar estas relaciones jurídicas subvencionales y al arrogarse poderes de control e inspección sobre aquellas.

3

El problema de las subvenciones condicionadas a las entidades locales desde la perspectiva del derecho constitucional. Remisión

La admisibilidad de las subvenciones condicionadas otorgadas a las Administraciones locales, atendiendo a la posición constitucional de estas últimas, ha sido objeto de una constante preocupación por parte de la doctrina científica¹⁰. Este amplio tratamiento, junto a la existencia de otros trabajos en esta misma publicación que también inciden en esta materia, nos excusan de abordarla ahora en detalle. Baste dejar constancia de la tensión existente entre una doctrina constitucional muy permisiva con las subvenciones condicionadas (entre otras, STC 104/2000, de 13 de abril) y la necesidad de aportar una dotación suficiente de ingresos incondicionados como garantía de la autonomía local consagrada en la propia Constitución y en el artículo 9.7 de la Carta Europea de Autonomía Local.

En efecto, la autonomía financiera de los entes locales implica tanto gozar de suficiencia financiera, es decir, contar con los recursos financieros necesarios para el ejercicio de sus competencias, como gozar de potestades de ordenación y gestión en materia tributaria y presupuestaria, esto es, poder disponer de estos recursos financieros (suficientes) del modo que estimen más oportuno, dentro de lo que el ordenamiento les permite. Dado que no se trata de exigencias absolutas, cabe que la entidad local no goce de potestad plena para decidir cómo gastar una parte de su presupuesto, sino que este pueda venir determinado por otra Administración. En concreto, por aquella que financie esa parte de su presupuesto, que es cabalmente lo que ocurre cuando se conceden subvenciones condicionadas. ¿Cuándo resulta esto admisible?

Las propuestas más interesantes que se han lanzado para intentar dar respuesta a este interrogante abogan por establecer límites por razón de la materia. De esta forma, se afirma que “no son legalmente admisi-

¹⁰. Entre otras obras de referencia cabe señalar, por su carácter monográfico, Medina Guerrero (2004); Fernández Farreres (2009); Sesma Sánchez (2017).

bles” las subvenciones condicionadas referidas a servicios y actividades propios de las competencias asignadas a las entidades locales, recogidas en el artículo 25 LRBRL, mientras que sí lo serían en el ámbito de las competencias delegadas y en el ámbito de lo que tradicionalmente se denominaban “competencias impropias”¹¹.

Se trata de un planteamiento acertado, en términos generales, aunque debe convenirse en la necesidad de matizarlo en ciertas circunstancias. En particular, porque parece partir de la idea de que la iniciativa de establecer las subvenciones partirá de la Administración concedente, a través de unas bases reguladoras y la correspondiente convocatoria. Y, ciertamente, esta ordenación de arriba a abajo constituirá el esquema habitual y el que, sin lugar a dudas, privilegia la Ley General de Subvenciones. Sin embargo, nada obsta a que la iniciativa parta de la entidad local, siguiendo un esquema inverso de abajo a arriba, y que sea esta la que solicite a la Administración concedente su apoyo financiero para alcanzar un objetivo, proyecto o actividad en cualquiera de los ámbitos donde goce de competencias propias, pero que no pueda alcanzar con sus solas fuerzas. Ello no solo no sería contrario a derecho, sino que podría encontrar los cauces adecuados en el artículo 22.2 LGS para la concesión directa de subvenciones¹².

Por motivos distintos, un planteamiento excesivamente rígido basado únicamente en una ordenación por materias podría generar también dificultades en el caso de financiación procedente de la Unión Europea, cuando la regulación europea prevea que el Estado miembro deba distribuir los fondos mediante sistemas de concurrencia competitiva¹³. Pero la posible existencia de estas u otras excepciones no contradice la vigencia de la regla enunciada con carácter más o menos general¹⁴.

Junto a ello, deben también rechazarse las subvenciones recurrentes. En efecto, la existencia de subvenciones que se conceden anualmen-

11. Sesma Sánchez (2017: 59-61).

12. En relación con la construcción de las subvenciones “de abajo a arriba” y su incidencia en el procedimiento de concesión de subvenciones frente al que reacciona la LGS, Bueno Armijo (2017: 272-277).

13. *Vid.*, por ejemplo, la Resolución de 17 de octubre de 2023, de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se aprueba la primera convocatoria para la selección de proyectos de formación para el empleo promovidos por entidades locales, para su financiación mediante el Programa de Empleo, Educación, Formación y Economía Social, del Fondo Social Europeo Plus (FSE+), del periodo de programación 2021– 2027 (Código BDNS: 721850).

14. En este sentido, aunque exigiendo que estas excepciones vengan establecidas en norma con rango de ley, Fernández Farreres (2009: 35), quien sostiene que, “ante situaciones excepcionales, también pudieran adoptarse medidas de excepción, aunque siempre con la oportuna intervención del legislador”.

te a los mismos sujetos y con el mismo objeto es un claro indicio de la existencia de una anomalía y de que tales subvenciones constituyen, *de facto*, una forma normal de financiación de sus beneficiarios. Esta situación puede ser objeto de varias críticas.

Desde el punto de vista de la normatividad propia de la subvención, una situación como la descrita resulta incompatible con su concepción y diseño. Las subvenciones no están pensadas para concederse de manera regular como forma de financiación del mismo beneficiario, sino como una forma de intervención que guíe su actividad para la satisfacción de intereses generales que deben ser alcanzados. Solo desde esta perspectiva puede tener sentido la previsión, contenida en el artículo 8.1 LGS, de que el establecimiento de subvenciones deba ir precedido de la adopción de un plan estratégico de subvenciones en el que se concreten no solo los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, sino también “el plazo necesario para su consecución”.

Y, por cuanto al tema de este trabajo afecta, resulta aún más importante destacar cómo la existencia de subvenciones recurrentes enmascara formas anómalas de financiación de servicios públicos que, por definición, deberían ser objeto de financiación incondicionada. Paradigmática a este respecto resulta la previsión contenida en la disposición adicional quinta TRLHL, en la que se regulan las “subvenciones a las entidades locales por servicios de transporte colectivo urbano”, y conforme a la cual se prevé que los presupuestos generales del Estado de cada año incluyan crédito en favor de aquellas entidades locales que tengan a su cargo el servicio de transporte colectivo urbano, es decir, la prestación de un servicio público. Junto con esta previsión, el precepto establece que la distribución del crédito podrá efectuarse a través de tres fórmulas: “establecimiento de contratos-programa”; “subvenciones destinadas a la financiación de inversiones de infraestructura de transporte”; o “subvenciones finalistas para el sostenimiento del servicio”. Este tercer supuesto resulta, sencillamente, inadmisibile. El reconocimiento por parte del legislador de que la normal prestación del servicio requiere de financiación adicional no puede justificar en modo alguno la concesión de subvenciones, sino que debe conllevar, necesariamente, la transferencia de cantidades económicas suficientes e incondicionadas¹⁵.

15. Una situación prácticamente idéntica puede encontrarse en el artículo 153.1.b) TRLHL en relación con las áreas metropolitanas, para las que se prevé, como recurso económico ordinario: “Las subvenciones de carácter finalista que se podrán fijar en los Presupuestos Generales del Estado para la financiación de aquellos servicios específicos que constituyan el objeto de las áreas metropolitanas”.

4

La admisión de las subvenciones condicionadas a las entidades locales desde la perspectiva del derecho administrativo, y la existencia de distintos tipos de condicionalidad

No existe duda acerca de que las entidades locales (como cualquier otra Administración pública, en realidad) pueden ser beneficiarias de subvenciones condicionadas en sentido estricto, esto es, de las aportaciones dinerarias descritas en el artículo 2.1 LGS. Así se deduce con claridad de este y otros preceptos¹⁶, y así lo han entendido pacíficamente la doctrina¹⁷ y la jurisprudencia. En relación con esta última, una nutrida línea de resoluciones afirma que “la subvención se configura tradicionalmente en nuestro Derecho público como una medida de fomento que utilizan las Administraciones Públicas para promover la actividad de los particulares o de otras Administraciones Públicas hacia fines de interés general que representa o gestiona la Administración concedente”¹⁸.

En efecto, cualquier actuación de las Administraciones públicas, por mandato constitucional, debe ir dirigida a satisfacer intereses generales (artículo 103.1 CE). Ahora bien, que una Administración pública haya recibido el encargo de satisfacer ciertos intereses generales no significa que sea la única que pueda hacerlo. Por el contrario, es posible que otras Administraciones públicas hayan recibido un encargo parcialmente coincidente (y, lo que es más interesante, es igualmente posible que sujetos privados, actuando en su propio interés, puedan también satisfacer esos intereses generales). Este planteamiento teórico es, precisamente, el que sirve de apoyo a la institución de la subvención: la Administración concedente de la subvención reconoce que otros sujetos (ya sean públicos o privados) pueden contribuir a la satisfacción de los intereses generales que le han sido encomendados.

Nada obsta, por tanto, a que las Administraciones locales puedan ser beneficiarias de subvenciones concedidas por otras Administraciones. Cuestión distinta es que las bases reguladoras de una concreta subvención puedan excluir a las entidades locales de entre sus potenciales beneficiarios. Y, a

16. El artículo 2.1 LGS indica expresamente que la disposición dineraria en que consiste la subvención puede realizarse “a favor de personas públicas o privadas”; los artículos 11.2 y 11.3 LGS permiten que puedan acceder a la consideración de beneficiario las agrupaciones de personas “públicas o privadas”; el artículo 53.a) LGS, en fin, señala entre los posibles responsables de las infracciones en materia de subvenciones a “las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas”, que sean beneficiarias de subvenciones.

17. Sin ningún ánimo exhaustivo, y entre otros muchos: Fernández Farreres (2005: 31-35); Pascual García (2016: 119); Collado Beneyto (2009: 298); o, más recientemente, Sesma Sánchez (2017: 52).

18. Entre otras muchas, STS 505/2021, de 14 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1387); cursiva añadida.

la inversa, existen también subvenciones cuyas bases reguladoras restringen sus posibles beneficiarios a las entidades locales¹⁹.

Esta última situación, que es la que más nos interesa a los efectos de este trabajo, se produce con normalidad en el giro administrativo, pero, por su propia naturaleza, no puede analizarse únicamente como una actividad administrativa de fomento más, sino también como una modalidad muy especial de relaciones interadministrativas, con importantes repercusiones financieras. La existencia de subvenciones en sentido estricto reservadas a Administraciones locales es algo tan habitual que, de hecho, “las subvenciones” se enumeran, con dudoso y muy discutido acierto, como uno más de los recursos financieros ordinarios de las entidades locales incluidos en el artículo 2.1.d) TRLHL, lo que no deja de constituir una anomalía²⁰.

Como hemos adelantado, esta situación puede resultar cuestionable desde el punto de vista del derecho constitucional, por cuanto el carácter condicionado de las subvenciones en sentido estricto conlleva la existencia de importantes límites a la autonomía de los entes locales. Pero, para abordar adecuadamente dicho análisis, resulta necesario entender qué significa realmente la condicionalidad de las subvenciones en sentido estricto. Es decir, en qué consisten y cuál es el alcance de los límites y controles que las Administraciones concedentes pueden imponer a las entidades locales receptoras de subvenciones en sentido estricto. En efecto, la condicionalidad de las subvenciones puede adoptar formas más variadas de lo que un acercamiento superficial puede hacer creer, lo que tiene importantes consecuencias sobre la relación jurídica subvencional que se establece entre Administración concedente y entidades locales beneficiarias.

En este sentido, importa señalar que la condicionalidad puede referirse hasta a tres cuestiones distintas: en primer lugar, a la actividad cuya realización fundamenta el otorgamiento de la subvención; en segundo lugar, al modo en que debe realizarse la actividad cuya realización fundamenta el otorgamiento de la subvención, incluyendo tanto exigencias materiales

¹⁹. Solo por indicar algunos ejemplos recientes y un tanto pintorescos, procedentes de la Administración General del Estado, *vid.* Orden de 24 de marzo de 2023 por la que se convocan subvenciones destinadas a entidades locales adscritas a los Planes de Emergencia Nuclear (código BDNS: 684238) y Orden DSA/1352/2022, de 22 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a entidades locales, destinadas a mejorar e impulsar el control poblacional de colonias felinas (código BDNS: 696605).

²⁰. Así lo viene denunciando la doctrina desde hace tiempo, calificando abiertamente de “desatino” la inclusión de las subvenciones en sentido estricto dentro de los ingresos ordinarios y permanentes de las haciendas locales: Fernández Farreres (2009: 31), y ya antes, con especial detenimiento, Sesma Sánchez (1998: 199-200). Más recientemente, Trigueros Martín (2014).

como formales; y, en tercer lugar, a otras obligaciones, sin relación con la actividad que justifica la entrega de la subvención, pero cuyo cumplimiento se exige también como requisito para su percepción.

Estas tres dimensiones o momentos de la condicionalidad de las subvenciones son aplicables a cualquier beneficiario y, por tanto, también a las Administraciones locales cuando ellas lo son. Ello se debe a un dato, aparentemente anecdótico y que se da por descontado, pero que no lo es: la plena aplicación del régimen jurídico de las subvenciones establecido en la LGS a las transferencias financieras condicionadas realizadas en favor de las entidades locales, lo que, en realidad, es una simple decisión política del legislador que podría cambiar en cualquier momento. Es decir, nada obliga a que los niveles de condicionalidad propios de las subvenciones reguladas en la LGS se apliquen a las Administraciones locales beneficiarias exactamente igual que a los beneficiarios privados de subvenciones, más allá de que así lo ha decidido la propia LGS. De hecho, la propia LGS contiene alguna excepción a esta previsión, apuntando a un camino que, tal vez, el legislador debería explorar más en profundidad, de modo que las subvenciones condicionadas otorgadas a las Administraciones locales pudieran contar con una regulación propia y no necesariamente coincidente con la regulación general²¹.

4.1

La condicionalidad respecto a la actividad (o actividades) cuya realización fundamenta el otorgamiento de la subvención

En primer lugar, y como sabemos, toda subvención concedida a una entidad local conlleva necesariamente, por parte de esta, como por parte de cualquier beneficiario, el “cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia

21. Conviene recordar que el artículo 2.2 LGS ya prevé un caso de aportaciones dinerarias realizadas entre Administraciones que, a pesar de tener carácter condicionado por “destinarse a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas [la Administración beneficiaria]”, no queda sometido a la LGS: el de aquellas aportaciones que cada Administración otorgue a sus agentes, siempre que lo haga mediante concesión directa y no en concurrencia competitiva. Asimismo, la disposición adicional octava LGS y el artículo 2.5 RGS permiten que las normas reguladoras de las subvenciones que integran el Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales, así como las normas reguladoras de las subvenciones que integran planes o instrumentos similares que tengan por objeto llevar a cabo funciones de asistencia y cooperación municipal, prevalezcan sobre la LGS y el RGS, que únicamente les resultarán de aplicación de manera supletoria.

de una situación” [artículo 2.1.b) LGS]. Lo que importa destacar ahora es que ese objetivo, proyecto, actividad, comportamiento singular o situación no son decididos por la Administración local beneficiaria de la subvención, sino por la Administración concedente.

Como mucho y a lo sumo, la Administración local beneficiaria podrá proponer a la Administración concedente cuáles podrían ser tales objetivo, proyecto, actividad, comportamiento singular o situación que permitan la entrega de la subvención. Pero la decisión última, en todo caso, procederá de la Administración concedente. Es decir, las entidades locales beneficiarias de subvenciones en sentido estricto no tendrán la capacidad de decidir el destino que darán a las cantidades percibidas²². Esa decisión corresponde a la Administración pública concedente, quien podrá hacerla efectiva, al menos, de tres formas y en tres momentos distintos según las circunstancias de cada subvención: en primer lugar, denegando su concesión; en segundo lugar, declarando la pérdida del derecho al cobro; en tercer lugar, acordando el reintegro del dinero entregado.

La primera posibilidad, la denegación de la subvención, tendrá lugar cuando el objetivo, proyecto, actividad o comportamiento singular deban encontrarse “ya realizados” en el momento de decidir sobre el otorgamiento de la subvención. Como ha señalado la doctrina desde antiguo y como también acepta el artículo 2.1.b) LGS, las subvenciones en sentido estricto pueden adoptar la forma de subvenciones *ex ante* o de subvenciones *ex post*, atendiendo al momento en que deba realizarse el objetivo, proyecto, actividad o comportamiento singular²³. En el caso de subvenciones *ex ante*, la concesión de la subvención (aunque no el pago) se produce antes de la realización del objetivo, proyecto, actividad o comportamiento singular. En el caso de subvenciones *ex post*, por el contrario, la concesión y el reconocimiento del derecho al pago se producen simultáneamente y tienen lugar después de que dicha realización se haya producido. En este último caso, por tanto, la realización del objetivo, proyecto, actividad o comportamiento singular se configura como requisito, como presupuesto jurídico para la

22. Así lo denuncia, por ejemplo, refiriéndose en concreto a la situación andaluza, Navarro Rodríguez (2023: 117-118).

23. Desde una perspectiva sistemática de la dogmática del derecho administrativo, las subvenciones *ex ante* se ubicarían en la categoría de “ayudas”, mientras que las subvenciones *ex post* se corresponderían con la categoría de “recompensas”, lo que determina importantes diferencias en sus respectivos regímenes jurídicos, como tempranamente detectó Martínez López-Muñiz (1989). Ampliamente, sobre la distinción entre subvenciones *ex ante* y subvenciones *ex post* (también conocidas como “primas”) en la LGS, y sus consecuencias, Bueno Armijo (2011: 73-79). Un análisis de la distinción teórica entre ambas figuras antes de la aprobación de la LGS, pero con apreciaciones aún vigentes, en Fernández Farreres (1983: 269-279).

adopción del acto administrativo de concesión de la subvención²⁴, de ahí que la Administración concedente pueda denegarla en caso de que no se acredite su concurrencia²⁵.

En segundo lugar, en las subvenciones *ex ante*, es decir, aquellas que se conceden antes de la realización del objetivo, proyecto, actividad o comportamiento singular, la Administración puede negarse a abonar la cantidad comprometida, declarando la pérdida del derecho al cobro, en caso de “incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención” [artículo 34.3.2.º en relación con el artículo 37.1.b) LGS, y artículo 89 RGS]. De este modo, incluso después de haber concedido una subvención a una Administración local, la Administración concedente podrá negarse a pagarla si considera que aquella no ha cumplido, total o parcialmente, las actividades que fundamentaron su otorgamiento²⁶.

Es importante subrayar que, como hemos indicado, el incumplimiento puede ser total o parcial. Y, en este último caso, no son infrecuentes los supuestos en que ese incumplimiento parcial es el resultado de modificaciones decididas unilateralmente por la entidad local perceptora de la subvención sobre el proyecto inicialmente aprobado. En estos casos, la pérdida del derecho al cobro podrá ser parcial, aunque, atendiendo al grado de incumplimiento respecto al proyecto inicial, podría alcanzar la totalidad de la cantidad comprometida²⁷.

Finalmente, también en el caso de las subvenciones *ex ante*, en el caso de que la Administración concedente hubiera adelantado el pago antes de la realización del objetivo, proyecto, actividad o comportamiento singular, y que estos finalmente no se hubieran producido, podrá exigir el reintegro de las cantidades percibidas más los intereses de demora generados desde

24. Pascual García (2007: 91).

25. Y de ahí también que, en caso de que se hubiera concedido (e incluso abonado) la subvención sin reunir tales requisitos, la forma normal de recuperar las subvenciones indebidamente pagadas sea acudiendo a la vía de la revisión de oficio prevista en el artículo 36 LGS (sin perjuicio de la cláusula de preferencia del reintegro establecida en el artículo 36.5 LGS cuando concurra alguna de las causas del artículo 37.1 LGS). Becerra Gómez (2018: 119-122).

26. En relación con la pérdida del derecho al cobro y la necesidad de tramitar un procedimiento con todas las garantías, no previsto en la LGS, aunque sí en el artículo 89.2 RGS, Rebollo Puig (2005a: 408-409).

27. Ejemplo de la primera situación sería el supuesto enjuiciado en la STS 1353/2018, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3010), en relación con la pérdida del derecho al cobro acordada por la Consejería de Fomento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha respecto a una parte de la subvención concedida al Ayuntamiento de Puertollano para la realización de obras de mejora de la accesibilidad de los barrios de “El Carmen y las Mercedes”. En el caso, se produjo una modificación del proyecto original, aprobada unilateralmente por el Ayuntamiento de Puertollano sin comunicarlo a la Administración concedente, lo que determinó que esta se limitara a abonar las cantidades correspondientes a las obras ejecutadas con arreglo al proyecto original, pero no las demás.

el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, calculados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.2 LGS.

4.2

La condicionalidad respecto a cómo debe realizarse la actividad cuya realización fundamenta la subvención: exigencias formales y materiales

La condicionalidad de las subvenciones percibidas por las entidades locales puede ir también referida al modo concreto en que debe producirse la realización del objetivo, proyecto, actividad o comportamiento singular que justifica la entrega de la subvención. Se trata de verdaderas obligaciones asumidas por las entidades locales beneficiarias de las subvenciones, que pueden contemplarse como accesorias de la obligación principal (el qué) y que se refieren fundamentalmente a la forma en que esta debe ser realizada (el cómo). Es decir, la Administración concedente no solo decide qué es lo que deben hacer las entidades locales receptoras de la subvención, sino que también determina la forma en que deben hacerlo. No se trata de una cuestión menor, sino que forma parte de la propia definición de la subvención. El tan repetido artículo 2.1.b) LGS, no solo indica que la entrega de la disposición dineraria en que esta consiste está “sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación”, sino que añade inmediatamente a continuación: “debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido”.

En efecto, muchas de estas obligaciones accesorias tienen carácter meramente formal. Entre ellas deben incluirse, por ejemplo, la obligación de justificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad que determina la concesión de la subvención [artículo 14.1.b) LGS] o la obligación de conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control [artículo 14.1.g) LGS]²⁸.

28. La obligación de justificar a que se refiere el artículo 14.1.b) LGS debe cumplirse, además, dentro del plazo dado para ello, de modo que una justificación efectiva, pero extemporánea por tardía, también puede dar lugar a la pérdida del derecho al cobro de la subvención. Y ello, a pesar de que la actividad material se haya realizado íntegramente. En este sentido, la STS 775/2017, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1870), confirma la declaración de pérdida del derecho al cobro acordada por la Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado

Otras muchas de estas obligaciones accesorias, en cambio, tienen un contenido material, pudiendo distinguirse entre aquellas que inciden directamente en la forma de realizar el objetivo, proyecto, actividad o comportamiento singular, y aquellas otras que, más bien, imponen nuevas obligaciones conexas con las anteriores. Entre las primeras podría señalarse, por ejemplo, la obligación de solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores cuando la ejecución de la actividad requiera la realización de obras, la prestación de servicios o la entrega de bienes, y el gasto subvencionable supere las cuantías previstas para el contrato menor (artículo 31.3 LGS)²⁹. O la obligación de que la realización de la actividad que fundamenta la concesión de la subvención se produzca dentro del plazo de tiempo marcado para ello, de modo que su realización extemporánea equivalga a un incumplimiento total³⁰. Entre las segundas cabría señalar la obligación de comunicar al órgano concedente la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades subvencionadas [artículo 14.1.d) LGS], o la obligación de adoptar las medidas de difusión reguladas en el artículo 18.4 LGS [artículo 14.1.h) LGS].

También aquí podemos encontrar las tres formas de control antes expuestas, de manera que la Administración concedente podría, según el momento en que nos encontremos y el tipo de subvención de que se trate, denegar la concesión de la subvención, declarar la pérdida del derecho al cobro³¹ o acordar el reintegro de las cantidades adelantadas. De hecho, el

de Asturias en relación con una subvención de 6 000 000 de euros concedida al Ayuntamiento de Langreo, por presentar la justificación de la inversión realizada (compra de terrenos y redacción del proyecto para rehabilitación de "Talleres el Conde", para uso ferial, cultural y comercial) casi tres años después del plazo otorgado para ello.

29. Confirma la plena exigibilidad de esta obligación, aunque no resultara aplicable al caso enjuiciado, la STS 3719/2021, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3719), relativa a una subvención concedida por la Secretaría General de Medioambiente y Cambio Climático de la Junta de Andalucía al Ayuntamiento de Tomares (Sevilla) para una obra consistente en el "ajardinamiento sostenible en la calle Triana".

30. La STS 989/2018, de 12 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2223), lo confirmó así en relación con la resolución de la Delegación Provincial de Jaén de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía, por la que se acordó el reintegro de una subvención concedida al Ayuntamiento de Zújar (Jaén) para la ejecución de un proyecto turístico (construcción de un balneario), que culminó después de la fecha máxima concedida para ello. En esta decisión, aparentemente muy severa, el Tribunal tomó muy en cuenta el hecho de que la Administración concedente otorgara una prórroga de algo más de cinco años respecto a la fecha inicial que tampoco fue respetada. La STS 2546/2015, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2546), también confirma el reintegro de la subvención concedida por la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas al Ayuntamiento de Marchena (Sevilla) por un cumplimiento íntegro, aunque extemporáneo, de la actividad subvencionada (Proyecto de Modernización Administrativa Local en la anualidad 2008, denominado "Marchena Ciudad Excelente", fase 2.^a).

31. Así ocurrió, por ejemplo, en el asunto resuelto por la STS 408/2016, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:408), en que el Departamento de Economía y Empleo del Gobierno de Aragón dictó orden declarando la pérdida del derecho al cobro de una subvención concedida al Ayuntamiento de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza), no porque no hubiera realizado la acti-

artículo 37.1.f) LGS configura, como causa de reintegro autónoma, el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración concedente a los beneficiarios, así como de los compromisos asumidos por estos, “siempre que afecten o se refieran *al modo* en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención”, en directa conexión con el artículo 2.1.b) LGS, *in fine*, antes transcrito.

4.3

La condicionalidad respecto al cumplimiento de otras obligaciones (nuevas o preexistentes) sin relación directa con la actividad cuya realización fundamenta la entrega de la subvención

Finalmente, la tercera modalidad que puede adoptar la injerencia de la Administración concedente en la actuación de la entidad local beneficiaria de la subvención puede producirse respecto a otras obligaciones que no guardan relación directa con los objetivos, la actividad, el proyecto o el comportamiento que fundamentan su concesión, ni con el modo de realizarlos. En efecto, la Administración concedente puede aprovechar el otorgamiento de subvenciones para exigir el cumplimiento de obligaciones que no son las que justifican su concesión y que poco o nada tienen que ver con aquellas, lo que puede producirse bajo dos modalidades:

- en ocasiones, la Administración instrumentaliza las subvenciones para exigir el cumplimiento de obligaciones que ya habían sido impuestas previamente por el ordenamiento a los beneficiarios de la subvención, y que les resultaban exigibles con independencia de que recibieran o no subvención de ningún tipo;
- en otros casos, la Administración concedente impone a las Administraciones locales beneficiarias de la subvención obligaciones nuevas, a las que no estaban sujetas y que, a pesar de no guardar relación con el objetivo, proyecto, actividad o comportamiento singular que fundamentan el otorgamiento de la subvención o con el modo de realizarlos, se incluyen también en la relación jurídica subvencional como un elemento más de la misma.

vidad comprometida y que justificaba la concesión de la subvención, cosa que no se discutía, sino porque presentó la documentación justificativa de su realización el 30 de diciembre, cuando las normas reguladoras de la subvención fijaban como plazo máximo el 30 de noviembre.

Aunque la doctrina apenas ha llamado la atención sobre esta manifestación de la condicionalidad de las subvenciones, no se trata de situaciones tan anómalas como pudiera parecer³². Por el contrario, resulta posible encontrar ejemplos de ellas en la propia normativa general de subvenciones. Sin embargo, en algunos supuestos generan importantes dudas y, en determinados casos, deben reputarse contrarias a derecho.

En primer lugar y como hemos adelantado, condicionar la posibilidad de convertirse en beneficiario de subvenciones (o condicionar el derecho a cobrarlas) al cumplimiento de ciertas obligaciones que ya vienen impuestas por el ordenamiento, pero que poco o nada tienen que ver con el objeto de la subvención, es una opción consagrada por el propio legislador básico en la LGS. Por ejemplo, los artículos 13.2.e) y 13.2.g) LGS establecen que no podrán obtener la condición de beneficiario aquellos solicitantes que no se encuentren al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social, o aquellos que no se hallen al corriente del pago de obligaciones por reintegro³³. Nada tienen que ver con las subvenciones estas obligaciones, que vienen impuestas por el ordenamiento con carácter general y cuyo cumplimiento es absolutamente independiente de que su titular sea o no beneficiario de subvenciones. En efecto, las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o las obligaciones de pagar los reintegros que se hayan acordado en relación con subvenciones anteriores, nada tienen que ver con la percepción de eventuales subvenciones futuras. Sin embargo, el legislador básico consideró oportuno, como forma de incentivar su observancia, configurarlas como requisitos de cumplimiento obligatorio para todo aquel que deseara beneficiarse del apoyo público que supone la percepción de una subvención.

Es cierto, tal y como la doctrina ha razonado en ocasiones, que podría resultar un tanto paradójico que una Administración pública entregue dinero público (es decir, de toda la colectividad) a un beneficiario que, al mismo tiempo, le debe dinero a ella (es decir, a toda la colectividad), por lo que sí que cabría detectar una cierta relación, por tenue que pudiera parecer, entre estas obligaciones y la percepción de cualesquiera subvenciones³⁴. Pero

32. Por los motivos que más adelante se expondrán, las principales reflexiones doctrinales sobre la materia deben buscarse en aquellos autores que han indagado sobre la posible naturaleza sancionadora de las decisiones por las que se impone la devolución de la subvención en caso de incumplimiento de estas obligaciones, situación que parece desbordar la figura del reintegro. Recientemente, Rebollo Puig (2021: 75-79).

33. Por su parte, el artículo 34.5 LGS prohíbe que pueda realizarse el pago de la subvención en tanto el beneficiario no se halle al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social o sea deudor por resolución de procedencia de reintegro.

34. El fundamento de esta causa de exclusión, sin embargo, está lejos de resultar evidente. Algunos autores consideran que se trata de una medida de precaución frente a posibles

lo cierto es que la LGS, por un lado, solo se refiere a unas deudas concretas (tributarias, con la Seguridad Social y reintegros de otras subvenciones), y no a cualquier deuda que el beneficiario pudiera tener con la Administración concedente (por ejemplo, el pago de una sanción de multa también pendiente, que, además, podría ser en materia de subvenciones, artículo 59 LGS), y, por otro lado, estas otras deudas generadas por motivos distintos a los contemplados en los artículos 13.2.e) y 13.2.g) LGS podrían ser objeto de compensación con nuevas subvenciones otorgadas por la misma Administración concedente³⁵. Es decir, no existe ninguna vinculación directa entre el cumplimiento de estas obligaciones impuestas por el ordenamiento y la percepción de subvenciones públicas, que podría ser perfectamente posible a pesar de incumplir aquellas. De este modo, la denegación o el reintegro de subvenciones se configuran como un inesperado mecanismo de control o presión para el cumplimiento de otras obligaciones que poco o nada tienen que ver con ella. Cumplimiento, no se olvide, que ya es obligatorio y exigible por otros medios y que, por lo tanto, nada tiene que ver con los fines propios de la actividad de fomento, cuya configuración típica se dirige a convencer a sus destinatarios, mediante la concesión de ventajas, de que adopten comportamientos estrictamente voluntarios y a los que no están obligados, pero con los que se satisface un interés general. Por expresarlo en términos jurídicos estrictos, el cumplimiento de estas obligaciones preexistentes a la subvención puede configurarse como requisito ineludible para percibirla, pero no constituye la causa del desplazamiento patrimonial en que consiste la subvención.

beneficiarios de dudosa solvencia económica o escasa fiabilidad que, precisamente por eso, serían sospechosos de no ser capaces de realizar la actividad a la que se habrían comprometido y que fundamentaría la entrega de la subvención. Es decir, se fundamentarían en "una falta de fiabilidad demostrada por los beneficiarios de las subvenciones en el cumplimiento de los compromisos que viene a suponer la asunción de riesgos de incumplimientos en sucesivos otorgamientos" (Del Barco Fernández-Molina, 2004: 117). Para otros autores, en cambio, nos encontraríamos más bien ante un supuesto de falta de probidad, de contenido más bien moral, que no se vincularía a la idea de una mejor ejecución de la subvención, sino a la de "sancionar" otras obligaciones legales de orden totalmente distinto. Por ejemplo, *vid.* Martínez López-Muñiz (2005: 188, nota 40), que se basa en el análisis realizado sobre una previsión idéntica en la antigua legislación de contratos por Gosálbez Pequeño (2000). Ambas interpretaciones, en cualquier caso, no parecen incompatibles entre sí.

35. Tal posibilidad se encuentra expresamente prevista por el artículo 95 RGS como forma de extinción de las deudas que, por razón de acuerdos de reintegro, tengan con la Administración General del Estado las fundaciones del sector público estatal, los organismos o las entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella, conformando una solución que podría extenderse a otras Administraciones públicas beneficiarias de subvenciones, como las entidades locales. En términos aún más amplios, el artículo 37 de la reciente Ley 20/2023, de 21 de diciembre, Reguladora del Régimen de Subvenciones del País Vasco, establece que, "en el supuesto de que la persona beneficiaria de una subvención fuera deudora de la Hacienda General del País Vasco, el pago de dicha subvención podrá efectuarse mediante compensación con las deudas contraídas con aquella, en la forma establecida en el Reglamento de Recaudación de la Hacienda General del País Vasco".

La situación descrita podría significar, por ejemplo, que un ayuntamiento que fuera objeto de una declaración de reintegro en relación con una subvención en materia de medio ambiente, con la que estuviera en desacuerdo y que hubiera impugnado, pudiera verse excluido de la posibilidad de percibir otras subvenciones que nada tuvieran que ver con la anterior (por ejemplo, en materia de igualdad), convocadas por la misma Administración concedente, en tanto no claudicase y aceptase el pago del reintegro exigido por esta.

Por lo demás, esta vertiente de la condicionalidad de las subvenciones al cumplimiento de obligaciones que poco o nada tienen que ver con su objeto no es una rareza del legislador básico, sino que está presente también en otras leyes autonómicas de subvenciones, dando cabida a opciones legislativas muy diversas y que, insistimos, acaban configurando un mecanismo de control o presión adicional sobre sus potenciales beneficiarios que no está previsto como tal por el ordenamiento.

Por ejemplo, el artículo 38.4 de la Ley 10/2006, de 17 de julio, de Subvenciones de Cantabria, establece lo siguiente: “La Consejería competente en materia de trabajo y empleo, directamente o en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ejercerá su labor de vigilancia sobre las empresas con ayudas públicas para verificar la implantación del plan o de las medidas referidas en el artículo 86 de la Ley de Cantabria para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. *Si no se cumpliera, se propondrá la revocación de las ayudas y el reintegro de las mismas*”. De conformidad con este precepto, aquellas empresas (incluyendo empresas públicas municipales) que no cumplan con las medidas de igualdad en el trabajo entre hombres y mujeres podrán ser objeto de reintegro, aun cuando hayan cumplido cabalmente con el objetivo que motivaba la entrega de la subvención (por ejemplo, comprar nuevo material informático o renovar su maquinaria por otra más eficiente desde el punto de vista energético).

De manera similar, el artículo 125.1.2.º del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, dispone que “procederá el reintegro en el supuesto de incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la subvención. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte del beneficiario de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniere obligado”. Ello supondría, por ejemplo, que un ayuntamiento que hubiera percibido una subvención para la realización de unas obras de peatonalización y ajardinamiento, y que hubiera cumplido escrupulosamen-

te con todas las exigencias indicadas en las bases reguladoras, el proyecto y la resolución de concesión, podría ser objeto de una declaración de pérdida del derecho al cobro o de una resolución de reintegro si, por ejemplo, al realizar dichas obras hubiera realizado ciertos vertidos de escombros en lugar prohibido y así hubiera quedado declarado por la Administración competente (que podría coincidir, o no, con la Administración concedente de la subvención, con lo que esta acabaría ejerciendo un cierto control, siquiera indirecto, sobre la observancia de obligaciones cuyo control no le corresponde).

En otras ocasiones, sin embargo, lo que encontramos son obligaciones que no estaban previstas de antemano en el ordenamiento y a las que, por consiguiente, no se encontraba sujeto el beneficiario, pero cuyo cumplimiento, sin embargo, se le obliga a aceptar como requisito para recibir la subvención, aunque, en rigor, tampoco tengan relación directa alguna con ella. En consecuencia, si el beneficiario realiza la actividad para la que se entrega la subvención y que justifica el desplazamiento patrimonial [quedando satisfecho, por tanto, el interés jurídico perseguido por la Administración concedente y por la propia subvención, ex artículo 2.1.c) LGS], pero incumple alguna de estas obligaciones que se le ha forzado a asumir, podrán ser también objeto de reintegro las cantidades percibidas.

Nuevamente, encontramos un ejemplo de este tipo de obligaciones en la propia normativa estatal. En concreto, en los artículos 34.a) y 34.b) LGS. El primero de estos preceptos dispone que “en el supuesto de adquisición, construcción, rehabilitación y mejora de bienes inventariables [...] las bases reguladoras fijarán el periodo durante el cual el beneficiario deberá destinar los bienes al fin concreto para el que se concedió la subvención, que no podrá ser inferior a cinco años en caso de bienes inscribibles en un registro público, ni a dos años para el resto de bienes”. Por su parte, el artículo 34.b) LGS establece que “el incumplimiento de la obligación de destino referida en el párrafo anterior, que se producirá en todo caso con la enajenación o el gravamen del bien, será causa de reintegro”. Este incumplimiento no supone la inobservancia de la obligación principal asumida por el beneficiario y a la que se encontraba afecta la subvención. En efecto, de la dicción del propio artículo se deduce que dicha obligación principal será la “adquisición, construcción, rehabilitación y mejora de bienes inventariables”. El incumplimiento afecta, en realidad, a un deber adicional que, eventualmente, puede acompañar a la obligación principal³⁶. Como resulta evidente, la

36. De manera discutible, y en sentido contrario, Pascual García (2016: 318) afirma que la vulneración de este deber de mantenimiento sí supone la inobservancia de la obligación principal que justifica el desplazamiento patrimonial.

subvención eventualmente otorgada a un ayuntamiento para rehabilitar un bien inmueble no se concede para que lo mantenga dentro de su propiedad durante un plazo mínimo de cinco años, sino, justamente, para rehabilitarlo. Esta obligación temporal, por tanto, no es la causa del desplazamiento patrimonial. Y, sin embargo, su incumplimiento dará lugar a la devolución de las cantidades percibidas³⁷.

4.4

Límites a la imposición de obligaciones sin relación directa con la actividad que fundamenta la entrega de la subvención

¿Existen límites a esta tercera manifestación de condicionalidad de las subvenciones que acabamos de exponer? ¿Puede la Administración concedente de la subvención otorgada a un ente local causalizar cualquier obligación, prevista o no de antemano por el ordenamiento y aunque esta no guarde relación con la actividad cuya realización justifica el desplazamiento patrimonial en que consiste la subvención, de modo que su incumplimiento pueda conllevar la denegación de la subvención, su reintegro o la declaración de pérdida del derecho al cobro para la Administración local beneficiaria? La respuesta pasa, necesariamente, por afirmar la existencia de límites a este tipo de prácticas. Sin embargo, el fundamento y el tipo de límites podrían variar para cada uno de los dos tipos de obligaciones que hemos analizado.

4.4.1

Límites frente a la exigencia del cumplimiento genérico de la legalidad como parte de las obligaciones asumidas con la entrega de la subvención

El contenido necesariamente favorable de la actividad administrativa de fomento, en la que convencionalmente se encuadran las subvenciones, así como el hecho de que participar en ellas sea siempre una decisión voluntaria, han dado lugar a que tradicionalmente se las haya rodeado de un engañoso “halo de bondad” que ha impedido detectar algunos de los peligros

³⁷. Previsiones de la misma naturaleza pueden encontrarse en otras leyes autonómicas de subvenciones. Así, puede dar también lugar al reintegro de las subvenciones (aun habiendo cumplido escrupulosamente la actividad que justifica el desplazamiento patrimonial) la deslocalización de la actividad empresarial del territorio de la Comunidad Autónoma [artículos 36.1.i) y 51 Ley 20/2023, de 21 de diciembre, Reguladora del Régimen de Subvenciones del País Vasco].

que entraña su utilización por parte de la Administración pública³⁸. Tal vez por ello no se ha reparado lo suficiente ni se ha reaccionado contra aquellas Administraciones concedentes de subvenciones que se han arrogado la potestad de controlar la legalidad de la actuación de las Administraciones locales beneficiarias respecto a obligaciones generales impuestas por normas ajenas, en principio, a la subvención. En efecto, existen supuestos en los que las Administraciones concedentes de subvenciones a las entidades locales utilizan tales subvenciones para arrogarse poderes de control sobre la actuación de entidades locales no previstos en el ordenamiento, sin que exista una respuesta clara en la normativa reguladora que permita afirmar la legalidad o ilegalidad de tales conductas.

Frente a ello, la capital STS 1201/2021, de 4 de octubre, ponente OLEA Godoy (ECLI:ES:TS:2021:3719), se ha pronunciado en términos especialmente rotundos y ha afirmado que la Administración concedente (en el caso enjuiciado, una Administración autonómica) “carece de potestad para ese pretendido control de la legalidad de las actuaciones municipales [...] [Pues] se verían con ello afectados los principios constitucionales y estatutarios que regulan las relaciones entre ambas Administraciones públicas, que no parece necesario recordar”. Por su novedad y claridad, merece la pena detenerse brevemente en esta resolución³⁹.

38. El hecho de que estas medidas impliquen, en todo caso, la concesión de ventajas determina que las subvenciones no terminen de encajar en el binomio libertad-autoridad, por lo que no siempre se percibe la urgencia y necesidad de someter la actuación administrativa en este ámbito a los límites y reglas del derecho que, sin embargo, sí se estiman imprescindibles en relación con otras actividades administrativas. Junto a ello, no cabe negar un cierto interés de la Administración en mantener parcelas de discrecionalidad (Sesma Sánchez, 1998: 74-75). Ampliamente, sobre esta situación y los riesgos que entraña, Bueno Armijo (2017: 271-273). Tempranamente, Fernández Farreres (1983: 27 y ss.) daba cuenta del abandono histórico de la figura por parte de la doctrina, el legislador y la jurisprudencia, debido al “carácter voluntario y no imperativo” y a la “naturaleza graciable” con que se presentaban las subvenciones, y de cómo esa situación había dado lugar a que se descuidaran en este ámbito garantías básicas para los ciudadanos, como el sometimiento de la actividad de la Administración al principio de legalidad o al control judicial. Treinta años después, y a pesar de la aprobación de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, volvía a denunciar la misma situación de abandono en Fernández Farreres (2012: 30-33). En esta misma línea se situaban igualmente las advertencias sobre la conveniencia de extender a las subvenciones principios constitucionales básicos, como el de igualdad, ofrecidas también tempranamente por Martínez López-Muñiz (1990) o Albiñana García-Quintana (1984: 206).

39. A fuer de exactos, debe aclararse que a este pronunciamiento de nuestro alto tribunal habían precedido otras sentencias de tribunales inferiores que ya habían alcanzado la misma conclusión; destacadamente, la STSJ de Andalucía/Málaga 2469/2016, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TSJAND:2016:15882), a la que volveremos más adelante. Con posterioridad a ella, ha aplicado esta misma doctrina la STSJ de Murcia 542/2022, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TSJMU:2022:2336), en relación con una subvención concedida por la Consejería de Agua, Agricultura, Ganadería y Pesca de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a favor del Ayuntamiento de Ceutí, para la ejecución de una zona infantil en un parque público de dicho municipio y respecto a la que se acordó el reintegro por cuanto, a pesar de haberse ejecutado la obra en los estrictos términos acordados por la resolución de concesión, el informe

En el origen del asunto se encuentra el otorgamiento de una subvención de 58 999,63 €, concedida por la Junta de Andalucía, mediante resolución de 26 de mayo de 2011 de la Dirección General de Desarrollo Sostenible e Información Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, al Ayuntamiento de Tomares (Sevilla), para acometer una actuación de “Ajardinamiento sostenible en la calle Triana”. Se trataba de una subvención administrativa en sentido estricto, encuadrada en el artículo 2.1 LGS y plenamente sometida a la LGS y a su normativa de desarrollo. En concreto, la subvención fue solicitada al amparo del Programa de Sostenibilidad Urbana, Ciudad 21, dentro de la Estrategia ante el Cambio Climático en los Municipios aprobada por la Junta de Andalucía. El Ayuntamiento beneficiario ejecutó la obra que fundamentaba la concesión de la subvención en sus estrictos términos y remitió la documentación justificativa de su actuación íntegra y en plazo a la Administración concedente, incluyendo la documentación referida a la adjudicación directa, la celebración y la ejecución de un contrato menor de obra para la ejecución del proyecto, así como la factura correspondiente a su liquidación.

A la vista de esta documentación, la Administración autonómica estimó que el Ayuntamiento de Tomares había incurrido en un incumplimiento de la normativa reguladora de los contratos públicos, en la medida en que el importe de la obra sobrepasaba el umbral máximo permitido para la celebración de contratos menores. Como consecuencia, la Secretaría General de Medioambiente y Cambio Climático dictó resolución de fecha 6 de julio de 2016 por la que acordaba el reintegro de las cantidades adelantadas al Ayuntamiento, incrementadas en los intereses de demora devengados, todo lo cual ascendía a una suma de 52 452,89 euros. A juicio de la Administración concedente, la vulneración de la normativa de contratos por parte de la Administración local beneficiaria equivalía a un incumplimiento de las obligaciones asumidas en la concesión de la subvención, por lo que entendía aplicables las causas de reintegro establecidas en los artículos 37.1.b) y 37.1.c) LGS. Es decir, el “incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención”, y el “incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente”.

Lo cierto, sin embargo, era que el Ayuntamiento de Tomares había cumplido por completo la actividad que fundamentaba la concesión de la subvención, así como sus obligaciones de justificación, hasta el punto

de auditoría externo estimó que el contrato debía haberse calificado como contrato de suministro y no como contrato de obra.

de que la decisión adoptada por la Administración concedente se basaba, precisamente, en la documentación aportada como parte de dicha justificación. De esta forma, el debate se centraba entonces en determinar si puede considerarse que, cuando el sujeto de la subvención está sometido al régimen establecido en la normativa de contratación del sector público, el incumplimiento de las formalidades de dicha contratación, necesaria para llevar a cabo el objeto a que responde el otorgamiento de una subvención, puede comportar un incumplimiento de los requisitos de dicha subvención y, por tanto, puede constituir una causa suficiente para decretar el reintegro.

Planteado en estos términos, la Sala advierte que lo relevante del asunto no es si se vulneró, en concreto, la normativa de contratación, sino la posibilidad misma de que la Administración concedente pueda controlar la legalidad de toda la actividad de la Administración local beneficiaria objeto de la subvención. En efecto, “si lo que se pretende es vincular la subvención a todas las actuaciones, de cualquier naturaleza, que tienen como precedente la realización del objeto que se pretende beneficiar con la medida de fomento, nada impediría que esos antecedentes pudieran pertenecer a otras múltiples facetas que pueden concurrir en el desarrollo del objeto de la subvención, como podrían ser la misma legalidad de ese objeto desde el punto de vista urbanístico, medioambiental, presupuestario, etc.”. Frente a esta posibilidad, la sentencia afirma que “es necesario comenzar por destacar que el pretendido incumplimiento de las normas sobre contratación administrativa para la ejecución de la obra que constituye el objeto de la subvención [...], se sitúa al margen de la relación jurídico-pública que se establece entre las Administraciones concedentes y beneficiaria de la subvención”, y aclara que, en tales supuestos, se establece “una dualidad de relaciones jurídico-pública”:

- de una parte, “la relación pública contractual en virtud de la cual y conforme a su normativa sectorial, se procede a la adjudicación y ejecución de la obra que se pretende realizar por una Administración”;
- de otra parte, “la relación que se corresponde propiamente con la subvención, en virtud de la cual y conforme a la normativa propia de las medidas de fomento, aquella Administración solicita la subvención para sufragar el coste de tales obras”.

Lo relevante sería que ambas relaciones jurídico-públicas difieren en sus ámbitos subjetivos y objetivos, pues, mientras la primera relación se establece entre el Ayuntamiento beneficiario de la subvención y el contratista adjudicatario de la obra y tiene por objeto la ejecución de

un contrato, estableciendo una relación sinalagmática y obligaciones plenamente exigibles para ambas partes, la segunda relación se entabla entre la Administración autonómica concedente y la Administración local beneficiaria, y tiene por objeto una subvención, caracterizada justamente por crear una relación no sinalagmática, en la que no hay intercambio de contraprestación directa entre concedente y beneficiario [artículo 2.1.a) LGS]⁴⁰. A la vista de ello, la Sala concluye que “se tratará de relaciones que están vinculadas, pero independientes”, de lo que “resultaría ya una primera objeción para acoger la pretendida actuación de la Administración autonómica de erigirse en vigilante de la legalidad de la actuación municipal, con el agravante de que esa pretendida protección de la legalidad se utiliza en su propio beneficio, es decir, ordenando el reintegro de la subvención”.

Todo el razonamiento desplegado por la sentencia conduce, en definitiva, a rechazar que la actuación del Ayuntamiento de Tomares pudiera encuadrarse en ninguna de las causas de reintegro esgrimidas por la Junta de Andalucía para exigir la devolución de la subvención [artículos 37.1.b) y 37.1.c) LGS, antes transcritos], “y ello por cuanto todas y cada una de las mencionadas causas están referidas expresamente a la relación subvencional, no a ninguna actuación previa del sujeto beneficiario de ella. Y si examinamos específicamente las causas que se recogen en los apartados b) y c) del precepto [...], nada permite concluir que podría justificar el reintegro el incumplimiento contractual”.

La sentencia, que contiene otros interesantes razonamientos en los que no podemos detenernos⁴¹, concluye que, “salvo previsión específica en la norma reguladora de la subvención, cuando se otorga una subvención

40. La ausencia de esta relación sinalagmática no conlleva, sin embargo, la concurrencia de elementos de mera liberalidad, como he desarrollado en Bueno Armijo (2013: 69-79).

41. Baste dejar apuntado que, como argumento adicional, la sentencia razona que la actuación de la Administración concedente podría conllevar no solo un control ilegal de la actividad de la Administración local beneficiaria, sino también una vulneración de la presunción de validez de los actos administrativos. En efecto, si la Administración concedente hubiera apreciado “que existía una irregularidad como la señalada, lo procedente no era que procediera directamente a declarar ella misma esa nulidad, que es lo que se hace y a los efectos de justificar el reintegro, sino que debiera haber acudido a la vía jurisdiccional e impugnar dicha adjudicación”. Lo contrario supondría una vulneración de la presunción de legalidad y plena efectividad de los actos administrativos (artículos 39 y 98 LPAC), “de tal forma que mientras no se declare su ineficacia por resolución expresa, administrativa o judicial, vincula incluso a la misma Administración que los adopta, así como a todos los afectados, también a la Administración que concede la subvención”. En efecto, como demuestra convincentemente Rebollo Puig (2005b: 604), la presunción de validez “no solo vincula concretamente al órgano del que proviene el acto en cuestión, sino a todos los demás de esa Administración y de las restantes, aunque sean órganos superiores o independientes o pertenezcan a una Administración diferente y autónoma respecto a aquella de la que procede el acto”.

para una determinada finalidad que requiera la celebración de un contrato administrativo para la ejecución de su objeto, no es admisible que, al examinar el cumplimiento de las condiciones de la subvención ya concedida, pueda imputarse como un incumplimiento de dichas condiciones de la subvención una irregularidad formal del previo contrato administrativo, por lo que no puede ampararse una orden de reintegro en dicha irregularidad; siempre y cuando se hubiera ejecutado el objeto para el que fue otorgada la subvención”. Lo contrario, en efecto, supondría permitir que la Administración concedente se autoatribuyera unas amplísimas potestades de control sobre la legalidad ordinaria de la actuación de la Administración local beneficiaria, lo que de ninguna forma encuentra base en la normativa general de subvenciones⁴².

Abstrayendo de esta conclusión el supuesto de hecho enjuiciado y, en particular, lo relativo a la legislación de contratos que se discutía en el caso, cabe sostener que el Tribunal Supremo rechaza que pueda integrarse, como un elemento más de la condicionalidad de las subvenciones en sentido estricto concedidas a las Administraciones locales, el respeto a las obligaciones que el ordenamiento jurídico les impone por otros medios y en otros ámbitos distintos al de las subvenciones. Todo ello, al menos, “salvo previsión específica en la norma reguladora de la subvención”⁴³.

42. Como con especial acierto señala la STSJ de Andalucía/Málaga 2469/2016, de 19 de diciembre (ECLI:ES:Tsjand:2016:15882), “el sometimiento de una Administración Pública a las disposiciones legales y reglamentarias [...] –y, entre ellas, las concernientes a la contratación administrativa– no es sino lógica consecuencia y efecto del principio general de legalidad que ha de regir su actuación, por imperativo constitucional, pero ello no significa que cualquier clase de actuación contraria a la legalidad y que guarde relación, directa o indirecta con la subvención de la que es o haya sido beneficiaria una Administración Pública, alcance la categoría de obligación cuyo incumplimiento constituya causa determinante del reintegro, convirtiendo a la Administración concedente en una suerte de organismo garante del cumplimiento de la legalidad general por parte de los beneficiarios”. En el supuesto enjuiciado en esta sentencia, que constituye el precedente inmediato de la STS 1201/2021, de 4 de octubre, la Secretaría General para el Deporte de la Junta de Andalucía había concedido una subvención al Ayuntamiento de Cañete la Real (Málaga) para la adquisición de equipamiento para el Pabellón de Deportes Municipal, subvención que fue objeto de reintegro, a pesar de que la entidad beneficiaria había cumplido con todas las obligaciones asumidas, porque la Junta de Andalucía consideró que no se había empleado el procedimiento de contratación legalmente previsto, al haberse seguido el procedimiento negociado sin publicidad.

43. Esta previsión, prudentemente incluida por la sentencia a modo de cláusula de salvaguarda, permite salvar la aparente incongruencia entre la conclusión que alcanza con su razonamiento y los supuestos previstos en la propia LGS y en la legislación autonómica sobre subvenciones, a los que hicimos referencia en texto [cfr. artículos 13.2.e) y 13.2.g) LGS; artículo 38.4 de la Ley 10/2006, de 17 de julio, de Subvenciones de Cantabria; artículo 125.1.2.º del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía]. Mayores reservas genera que estas mismas excepciones pudieran establecerse en las bases reguladoras de las subvenciones. Al menos, en la medida en que estas vengan aprobadas, como es habitual, mediante normas de rango reglamentario y no con rango de ley.

4.4.2

Límites frente a la exigencia a una Administración local beneficiaria de una subvención del cumplimiento de obligaciones ajenas a la actividad que fundamenta su otorgamiento: el riesgo de las sanciones encubiertas

Aunque la sentencia analizada en el epígrafe anterior no hiciera mención a ello, en realidad, el principal problema de aceptar que la Administración concedente de una subvención a una Administración local pueda declarar la pérdida de su derecho al cobro o su reintegro, por el hecho de que esta última incumpla una obligación que le viene genéricamente impuesta por el ordenamiento, se encuentra en que tales decisiones podrían ser constitutivas de sanciones administrativas encubiertas. Y la misma sospecha existe en caso de obligaciones nuevas, no establecidas previamente y con carácter genérico por el ordenamiento, sino impuestas expresamente como parte de la subvención concedida a la Administración local.

En principio, la declaración de pérdida del derecho al cobro o de reintegro de una subvención no tiene carácter sancionador. Así lo ha reconocido un interminable listado de sentencias y autores, y así se deriva también del artículo 40.1 LGS, de carácter básico, que afirma que el reintegro de subvenciones y la imposición de sanciones son medidas compatibles, de lo que se deduce que el reintegro carece de carácter sancionador, pues de otra forma se incurriría en una vulneración del principio *non bis in idem*⁴⁴. De este modo, se afirma que la decisión de reintegro “en modo alguno posee la condición o naturaleza de sanción, sino simplemente de consecuencia lógica del incumplimiento de obligaciones previas contraídas y no realizadas”⁴⁵. Y, en efecto, el incumplimiento de la actividad que fundamenta la concesión de la subvención supone eliminar la causa que justifica el desplazamiento patrimonial en que esta consiste, por lo que la decisión de reintegro se corresponde, más bien, con un mero restablecimiento del equilibrio patrimonial o un restablecimiento de la legalidad en sentido amplio.

Ahora bien, esta construcción es incapaz de justificar adecuadamente por qué cabe acordar también la pérdida del derecho al cobro o el reintegro en caso de incumplimiento de otras obligaciones que, de manera palmaria, no constituyen el fundamento de la entrega de la subvención. Tales dificultades ya existen en relación con las obligaciones no esencia-

44. Bueno Armijo (2011: 334-335). La misma compatibilidad cabe predicar entre la declaración de caducidad o el reintegro de una subvención y la imposición de una pena por parte de los órganos jurisdiccionales del orden penal; STS 1034/2009, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1034).

45. Entre otras muchas, STS 3978/2013, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3968).

les impuestas a la Administración local beneficiaria de una subvención y vinculadas al modo en que debe realizar el objetivo, proyecto, actividad o comportamiento singular. Esto es, las exigencias formales y materiales que hemos identificado más atrás con la segunda de las manifestaciones de la condicionalidad que hemos analizado, aquella vinculada a cómo debe realizarse la actividad cuya realización fundamenta la subvención⁴⁶. Y las dificultades son aún mayores en caso de obligaciones accesorias, que ni siquiera inciden en el modo en que debe realizarse la actividad que fundamenta la entrega, sino que tienen finalidades completamente diversas. Así ocurriría, por continuar con los ejemplos ya indicados, con las obligaciones accesorias impuestas a los beneficiarios de subvenciones percibidas con la finalidad de adquirir, construir, rehabilitar y mejorar bienes inventariables [artículos 31.4.a) y b) LGS].

Como hemos sostenido en otro lugar, no es posible hacer afirmaciones definitivas sobre la admisibilidad de este tipo de obligaciones ni fijar criterios que delimiten perfectamente cuándo estamos, en caso de incumplimientos, ante genuinas causas de reintegro o ante auténticas subvenciones. Habitualmente, ello deberá determinarse atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en cada caso. De este modo, como único criterio orientador fiable, aunque no infalible, puede señalarse que, cuanto menor sea la relación entre la obligación incumplida y el fin al que se encuentra afecta la subvención, mayores serán las probabilidades de que su retirada constituya una verdadera sanción. En los supuestos, acaso extremos, en que la Administración concedente imponga una obligación a la Administración local beneficiaria de la subvención total y absolutamente desvinculada del objetivo, actividad, proyecto o comportamiento singular que justifica el desplazamiento patrimonial, dicha obligación deberá reputarse como una sanción encubierta y, en consecuencia, ser tratada como tal. Ello podrá determinar, entre otras consecuencias, que sea considerada inconstitucional (por ejemplo, por haber sido establecida en unas bases reguladoras de rango reglamentario, vulnerando la reserva de ley que impone el principio de legalidad sancionadora del artículo 25.1 CE), o que las consecuencias derivadas de su incumplimiento solo puedan ser declaradas en el seno de un procedimiento administrativo sancionador con todas las garantías.

46. En este sentido, Huergo Lora (2007: 351) apunta a la posible naturaleza sancionadora de los reintegros de subvenciones acordados por incumplimientos que no reúnan "la suficiente entidad", como un retraso mínimo en la realización de la actividad, una omisión subsanable en la documentación justificativa o el incumplimiento de las obligaciones de publicidad y difusión.

5 Bibliografía

- Albiñana García-Quintana, C. (1984). Criterios constitucionales sobre la subvención pública. *Presupuesto y Gasto Público*, 21, 205-208.
- Becerra Gómez, A. M.^a (2018). Anulación, revocación y revisión de oficio en el régimen del reintegro previsto en la Ley general de subvenciones. *Documentación Administrativa* (Nueva Época), 5, 107-123.
- Bueno Armijo, A. (2011). *El reintegro de subvenciones de la Unión Europea*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- (2013). *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 - (2017). La concesión directa de subvenciones. *RAP*, 204, 269-312.
- Collado Beneyto, P. J. (2009). *Comentario a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Del Barco Fernández-Molina, J. (2004). Artículo 13. En J. del Barco Fernández-Molina, A. Panizo García, I. Silva Urien y P. Arellano Pardo. *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones* (pp. 106-119). Valladolid: Lex Nova.
- Fernández Farreres, G. (1983). *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- (2005). El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la ley. En G. Fernández Farreres (coord.). *Comentario a la Ley General de Subvenciones* (pp. 29-63). Madrid: Thomson-Civitas.
 - (2009). Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las comunidades autónomas. *Cuadernos de Derecho Local*, 21, 28-39.
 - (2012). Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis. *REDA*, 154, 19-48.
- Gosálbez Pequeño, H. (2000). *El contratista de la Administración pública*. Madrid: Marcial Pons.
- Huergo Lora, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel.
- Jiménez Blanco, G. y Torrecilla Pérez, J. (2023). El régimen jurídico del crédito oficial. En M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda (dirs.). *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas* (pp. 821-847). Cizur Menor: Aranzadi.
- López Ramón, F. (2005). Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones. En F. López Ramón (coord.). *Comentarios a la Ley General de Subvenciones* (pp. 15-38). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Martínez López-Muñiz, J. L. (1989). La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento, en la teoría de la administración pública. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.). *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí* (pp. 751-768). Madrid: Civitas.
- (1990). Subvenciones e igualdad. *REDA*, 65, 119-130.
 - (2005). Sujetos y órganos competentes para establecer y otorgar subvenciones. En G. Fernández Farreres (coord.). *Comentario a la Ley General de Subvenciones* (pp. 131-223). Madrid: Thomson-Civitas.
- Medina Guerrero, M. (2004). *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- (2011). Participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma. En M. Zafra Víctor (coord.), *Estudios sobre la Ley de Autonomía Local de Andalucía (LAULA) y la Ley de Participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía* (pp. 245-268). Granada: CEMCI.
- Navarro Rodríguez, P. (2023). La necesaria sustitución de las subvenciones autonómicas a las entidades locales en Andalucía por las transferencias de financiación. En E. Camero Casado y L. Alarcón Sotomayor (coords.), *20 años de la Ley General de Subvenciones: actas del XVII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Sevilla, 26-28 de enero de 2023)* (pp. 113-122). Madrid: INAP.
- Pascual García, J. (2007). *Las subvenciones públicas*. Madrid: BOE.
- (2016). *Régimen jurídico de las subvenciones públicas* (6.ª ed.). Madrid: BOE.
- Rebollo Puig, M. (2005a). El reintegro de subvenciones. En G. Fernández Farreres (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones* (pp. 407-527). Madrid: Thomson-Civitas.
- (2005b). La presunción de validez. *REDA*, 128, 587-638.
 - (2021). Definición y delimitación de las sanciones administrativas. En M. Rebollo Puig, J. Guillén Caramés, A. Huergo Lora y T. Cano Campos (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador (2021)* (pp. 41-91). Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- Sesma Sánchez, B. (1998). *Las subvenciones públicas*. Valladolid: Lex Nova.
- (2017). Subvenciones autonómicas y entidades locales. *Presupuesto y Gasto Público*, 89, 51-69.
 - (2023). El concepto jurídico de subvención y ayuda pública. Alcance de la noción de fomento y promoción. En M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda (dirs.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas* (pp. 309-335). Cizur Menor: Aranzadi.

Soler Tappa, E. (2010). Subvenciones nominativas y las llamadas transferencias verticales: distinción. Viabilidad de la figura del convenio de colaboración. *Actualidad Administrativa*, 10, 1184-1194.

Trigueros Martín, M.^a J. (2014). Las subvenciones y su papel como recursos públicos en estos tiempos de crisis. En M.^a del Mar de la Peña Amorós (coord.). *La financiación de las entidades locales en tiempos de crisis* (pp. 235-264). Valencia: Tirant lo Blanch.

Situación de la participación de las entidades locales en los tributos de las comunidades autónomas (o cómo incumplir un mandato constitucional durante más de cuarenta años)

JOSÉ MIGUEL MARTÍN RODRÍGUEZ
*Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Pablo de Olavide*

- 1. Enfoque del estudio**
- 2. El estricto mandato del art. 142 CE: la participación en tributos propios y los motivos de su incumplimiento**
- 3. ¿Cómo podemos valorar los modelos existentes si casi ninguno cumple con el mandato estricto del art. 142 CE?**
- 4. Castilla y León, el único ejemplo de verdadera participación en tributos de las comunidad autónomas, con un gran pero**
- 5. Comunidades que realizan un esfuerzo ejemplar por contribuir a la suficiencia financiera de las entidades locales**
 - 5.1. Andalucía
 - 5.2. Canarias
 - 5.3. Galicia
- 6. Resto de comunidades con fondos de cooperación incondicionados**
 - 6.1. Aragón
 - 6.2. Asturias
 - 6.3. Cantabria
 - 6.4. Cataluña

Artículo recibido el 06/02/2024; aceptado el 21/02/2024.

- 6.5. Extremadura
- 6.6. Islas Baleares
- 6.7. La Rioja
- 6.8. Comunidad Valenciana
- 7. Comunidades que no cuentan con programas estables de transferencias incondicionadas a favor de las entidades locales**
- 8. Resumen de las características de los instrumentos de cooperación local de las comunidades autónomas**
- 9. Conclusiones**
- 10. Bibliografía**

Resumen

El art.142 CE contiene un mandato claro e inequívoco para que las entidades locales participen en los tributos de las comunidades autónomas. Durante más de cuarenta años, sin embargo, las comunidades autónomas han eludido crear instrumentos que sitúen efectivamente esta participación en sus tributos al nivel que nuestra Constitución parece exigir. La STC 40/2021 limita incluso más su concepción, al circunscribir este vehículo a una coparticipación directa en los tributos propios de cada comunidad.

Dado que solo Castilla y León mantiene un instrumento que emplee esta configuración, proponemos una valoración menos formal de los fondos existentes, centrándonos, eso sí, únicamente en aquellos que ofrecen recursos incondicionados. El recorrido por los diferentes fondos creados en las comunidades autónomas de régimen general denota una preocupación dispar por dotar a las entidades locales de recursos incondicionados de una mínima importancia, con frecuentes e incluso flagrantes incumplimientos de su propia normativa.

En los cuadros finales tratamos de ofrecer una panorámica del (desalentador) escenario actual, tanto en un plano cualitativo (características de los fondos) como puramente cuantitativo (volumen efectivo de financiación per cápita y de proporción sobre el presupuesto de gasto autonómico).

En las conclusiones, tras exponer nuestra posición sobre el difícil contexto para el desarrollo de una auténtica PATRICA como la interpreta el Tribunal Constitucional, con verdadero impacto económico en las

entidades locales, apuntamos el alcance mínimo que entendemos deberían alcanzar, al menos, estos fondos incondicionados. Finalmente, comentamos cómo pueden impactar en el escenario actual las últimas novedades en la configuración de estos fondos incorporadas en Extremadura y la Comunidad Valenciana.

Palabras clave: *artículo 142 CE; fondos de cooperación; participación en tributos de las comunidades autónomas; suficiencia financiera; fondos incondicionados.*

Participation of local entities in Autonomous Communities' taxes (or how to infringe a constitutional mandate for more than forty years)

Abstract

Article 142 of the Spanish Constitution mandates Autonomous Communities to establish mechanisms for local authority participation in their taxes. However, despite this clear directive, for over forty years, these communities have largely failed to create effective instruments fulfilling this constitutional mandate. The recent judgment n° 40/2021) of the Spanish Constitutional Court has further narrowed the scope of participation, limiting it to direct co-participation in each Community's own taxes.

Presently, only the Autonomous Community of Castilla y León has implemented such a mechanism. The article proposes a less formal evaluation of existing funds, focusing particularly on those offering unconditional resources. A scrutiny of funds established across Autonomous Communities under the General Regime reveals a heterogeneous approach, with varying levels of commitment to providing local entities with crucial unconditional resources, often flouting their own regulations.

The article provides a comprehensive yet disheartening portrayal of the current scenario, examining both qualitative aspects, such as fund characteristics, and quantitative factors, including per capita funding and its proportion relative to regional expenditure budgets.

The article points out the challenging landscape for authentic participation in regional taxes, as interpreted by the Spanish

Constitutional Court, stressing its tangible economic impact on local entities. Furthermore, the article delineates the minimum threshold that I believe unconditional funds should meet. Lastly, the article addresses the potential implications of recent developments in fund configuration in Extremadura and Comunidad Valenciana on the prevailing scenario.

Keywords: Article 142 of the Spanish Constitution; cooperation funds; participation in Autonomous Communities' taxes; financial sufficiency; unconditional funds.

1

Enfoque del estudio

El punto de partida de este estudio sobre la participación de las entidades locales en los tributos de las comunidades autónomas exige que seamos muy concretos respecto al uso de los términos.

El art. 142 CE, como veremos, contiene un mandato claro e inequívoco para que las entidades locales participen en los tributos de las comunidades autónomas. Durante más de cuarenta años, sin embargo, las comunidades autónomas han venido eludiendo crear instrumentos que sitúen efectivamente esta participación en sus tributos en el lugar preeminente que la CE le reservaba como uno de los tres pilares para garantizar la suficiencia financiera de las entidades locales¹.

El esquema de este estudio parte de la definición estricta de esta participación conforme a la interpretación de dicho mandato constitucional realizada recientemente por la STC 40/2021, de 18 de febrero. Dado que comprobaremos que este ideal de sistema de participación en tributos (propios) no se da en prácticamente ninguna comunidad autónoma en todos sus elementos, proponemos analizar los diferentes sistemas de cooperación diseñados por estas en favor de las entidades locales con una premisa clara: solo aquellos fondos de naturaleza incondicionada contribuyen a la autonomía y suficiencia financiera de las entidades locales².

1. Como obra de referencia que advierte y denuncia esta carencia nos remitimos al pormenorizado estudio realizado en Ramos Prieto (2009).

2. Como ya expresaran con claridad Suárez *et al.* (2008: 282), "las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias puedan orientar, al menos parcialmente, algunas decisiones de gasto local, al objeto de desarrollar políticas territoriales y sectoriales determinadas. Sin embargo, no son las PICAs el instrumento adecuado para hacer efectivas estas políticas, ni su cuantía debería verse mermada por las mismas".

También, con el objetivo de que la comparativa tenga mayor virtualidad, vamos a centrarnos preeminentemente en los instrumentos de financiación municipal, dejando en un segundo plano otras entidades locales (provincias, comarcas, cabildos insulares) que también pueden ser partícipes de este mandato constitucional, pero que lo hacen de manera muy heterogénea, en ocasiones en función de las competencias asumidas en cada territorio.

Continuando con este planteamiento, realizaremos dos comparativas, una sobre la base de los aspectos más formales de estos fondos (instrumento normativo, origen de los fondos, mecanismos de evolución, etc.) y otra en la cual nos centraremos en valorar el aspecto más puramente cuantitativo, tanto su dotación total como su dotación por habitante y el peso dentro del presupuesto de gasto de la comunidad, elementos que están llamados a garantizar que esta contribución sea efectiva a su propósito. Insistimos, todo ello partiendo de la premisa de que prácticamente ninguna comunidad (solo Castilla y León, como veremos) cumple rigurosamente con los parámetros de una estricta participación en tributos, creando fondos que se nutren de una mera participación en ingresos o simples transferencias a cargo de los presupuestos anuales de la comunidad.

Finalmente, ofrecemos algunas reflexiones sobre cómo cambiar la deriva de este instrumento de financiación y el rol al que parecen relegarlo la mayoría de comunidades autónomas. En este sentido, nos respaldaremos particularmente en algunos de los aspectos novedosos que aporta la gran heterogeneidad de modelos autonómicos, con el fin de extraer las experiencias que mejor puedan coadyuvar a alcanzar el objetivo final de mejorar y garantizar la autonomía y suficiencia financiera de las entidades locales.

2

El estricto mandato del art. 142 CE: la participación en tributos propios y los motivos de su incumplimiento

El lógico punto de partida de todo estudio de esta índole debe ser el conciso mandato constitucional del art. 142 CE, en el que se sitúa la participación en tributos de las comunidades autónomas como uno de los tres medios fundamentales para el logro de la suficiencia financiera a fin de desempeñar las funciones atribuidas por el ordenamiento³:

3. Como se indicó en un estudio anterior: "Deben ser esos instrumentos y no otros los que contribuyan de manera prioritaria a procurar una cobertura adecuada de las funciones y actividades confiadas, de acuerdo con las leyes, a los gobiernos locales. Dicho con otras palabras, ninguna de esas vías de financiación puede ser eliminada o relegada a un papel decorativo o

“Art. 142

Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

Este lacónico precepto dejó muchas cuestiones en el aire que poco a poco se han ido resolviendo, algunas por la vía de los hechos o por el desarrollo estatutario de las comunidades autónomas, y otras merced a la propia interpretación que el Tribunal Constitucional (TC) ha realizado en las ocasiones en que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance y contenido de esta participación en tributos de las comunidades autónomas.

Ciertamente, el escaso desarrollo del poder tributario autonómico en las dos primeras décadas de recorrido constitucional podía amparar que esta participación en tributos de las comunidades autónomas quedara relegada como instrumento de financiación de las entidades locales. En este contexto, ya advertimos en el pasado⁴ que se normalizó la idea de que esta participación en tributos de las comunidades autónomas se configuraba como un recurso secundario, cuya existencia incluso podría sustituirse por diversos programas de transferencias finalistas⁵.

Sin embargo, como ya afirmó Valenzuela Villarrubia (2006: 119-120), el incremento progresivo del volumen de recursos públicos gestionados por las comunidades autónomas exige en paralelo que este instrumento se convierta en “imprescindible” en la remodelación del sistema financiero local.

Como veremos a lo largo de este estudio, en el que realizaremos una breve comparativa entre los instrumentos diseñados por las comunidades autónomas para dar cumplimiento a este mandato constitucional, estas sí están en su mayoría comprometidas con contribuir a la suficiencia financiera de las entidades locales, el problema es que lo hacen de forma muy heterogénea, tanto en un plano formal como puramente cuantitativo.

residual sin que tal acción vulnere o ponga en serio riesgo la efectividad del principio de suficiencia”. *Vid. Ramos et al.* (2018: 11).

4. Martín Rodríguez (2010: 112-115).

5. Sin duda alguna, la desafortunada STC 150/1990, de 4 de octubre, influyó en una interpretación muy restrictiva de la autonomía local en relación con esta dualidad entre transferencias condicionadas e incondicionadas, al concluir (FJ 12) que la autonomía local no obligaba a que la participación financiera en los recursos de otras Administraciones y las transferencias que se asignaran a los entes locales en virtud de los arts. 140 y 142 CE debiera tener carácter incondicionado o no finalista, siendo suficiente con que existiera una competencia de la Administración que transfiriera los fondos para justificar su carácter finalista. Por suerte, la STC 40/2021, de 18 de febrero, que comentamos brevemente con posterioridad, ha aclarado que la naturaleza de ambas fuentes de ingresos es muy diferente, y solo los recursos de carácter incondicionado o no finalista dan verdadero cumplimiento al mandato constitucional.

Esta falta de sistemática y el diverso compromiso de las comunidades autónomas pueden atribuirse a varios factores. En primer lugar, al mencionado laconismo del art. 142 CE y del resto de normativa local en relación con esta participación en tributos; también, por supuesto, a una interpretación ciertamente estricta por parte del TC respecto a la competencia exclusiva del Estado sobre la Hacienda general (art. 149.1.14.⁶) que sitúa al Estado como a quien “sin perjuicio de la contribución que las Comunidades Autónomas puedan tener en la financiación de las haciendas locales [...] incumbe en última instancia hacer efectiva el principio de suficiencia financiera de las haciendas locales”⁶.

En parte amparándose en estas posiciones, en no pocas ocasiones estos mecanismos de cooperación financiera con las entidades locales parecen presentarse por las comunidades autónomas con un cierto paternalismo, como concesiones graciables o discrecionales. Nada más lejos de la realidad; como ya hemos defendido en estudios anteriores⁷, esta obligación de apoyo en la cobertura de los gastos de las entidades locales emana de varios preceptos del bloque de constitucionalidad dentro de la propia Constitución, los estatutos de autonomía o la LOFCA. Es más, respaldamos que, como afirma Zornoza Pérez (2008: 43), en ejercicio de la citada competencia en Hacienda general, el Estado podría condicionar parte de la financiación de las comunidades autónomas a un efectivo establecimiento de las PICA, más en un contexto de renegociación del modelo de financiación autonómico como el que se avecina.

Tal vez el punto de inflexión hacia una verdadera toma de conciencia de la necesidad de mejorar la sistemática de estos instrumentos podemos situarlo en las reformas estatutarias del periodo 2006-2011, pues incluyeron en su redacción menciones más concretas a esta reivindicación local, guardada durante años en el cajón de los legisladores estatal y autonómico.

Así es, los siete estatutos de autonomía de “segunda generación” aprobados⁸ plasmaron de un modo u otro un papel más preponderante de las comunidades autónomas en la financiación local, con menciones específicas a fondos de cooperación de carácter incondicionado, conectándolos en su mayor parte con el derecho a participar en los ingresos de

6. SSTC 48/2004, de 25 de marzo (FJ 10); 184/2011, de 23 de noviembre (FJ 4), o 152/2016, de 22 de septiembre (FJ 7).

7. Ramos *et al.* (2018: 12-17).

8. Por orden de aprobación: Estatuto de la Comunidad Valenciana (LO 1/2006, de 10 de abril); Estatuto de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio); Estatuto de Islas Baleares (LO 1/2007, de 28 de febrero); Estatuto de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo); Estatuto de Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril); Estatuto de Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre), y Estatuto de Extremadura (LO 1/2011, de 28 de enero).

la comunidad autónoma (solo Andalucía y Cataluña emplean el término tributos)⁹.

A pesar de que su tratamiento en estos estatutos de autonomía no es unánime ni homogéneo, la importancia de este reconocimiento supera las barreras de la literalidad de los textos y representó un cambio de mentalidad autonómica que se materializó, incluso en comunidades autónomas que no habían reformado su estatuto, en una mayor atención a la necesidad de recursos financieros incondicionados para las entidades locales.

La jurisprudencia constitucional también avanza en esta senda y, tras titubeos iniciales, la STC 82/2020, de 15 de junio, afirma sin tapujos que cada comunidad autónoma “es constitucionalmente responsable, junto con el Estado, de garantizar la suficiencia financiera de las entidades locales”, destacando particularmente cómo el art. 142 CE contiene “un mandato cuyos destinatarios son tanto el Estado como las Comunidades Autónomas” (FJ 7).

Una vez consolidada esta idea de que las comunidades autónomas son también actores relevantes en la contribución a la suficiencia financiera, las preguntas respecto a cómo se debe configurar esta participación son varias; vamos a tratar de responderlas en este apartado inicial para entender cuál es el modelo que *a priori* daría cumplimiento a dicho mandato constitucional.

Podemos anticipar que nuestro TC parece haber apostado por una concepción ciertamente estricta de la participación en tributos de las comunidades autónomas, lo que realmente excluye de esta categoría a la gran mayoría de herramientas de cooperación económica con las entidades locales creadas hasta ahora, de forma muy heterogénea, por las comunidades autónomas. Ojo, con ello no descartamos que efectivamente contribuyan a la suficiencia financiera de las entidades locales, pero desde luego no lo hacen conforme al modelo que aparentemente exige el art. 142 CE.

Las dos primeras preguntas resultan obvias: ¿el único vehículo posible para dar cumplimiento al art. 142 CE es articular una coparticipación estricta en tributos de la comunidad autónoma a favor de las entidades locales?; y una segunda parte: ¿estos deben ser únicamente los tributos propios?

9. Llama particularmente la atención que en el caso de Canarias, último estatuto en reformarse (LO 1/2018, de 5 de noviembre), la norma estatutaria no mencione de forma específica el ya existente fondo de cooperación municipal, aunque es cierto que las leyes respectivas de los municipios de Canarias y de los cabildos insulares (Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, y Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares) recogen ya con gran detalle las particularidades de la regulación canaria en materia de cooperación local.

La respuesta podemos encontrarla en la relativamente reciente STC 40/2021, de 18 de febrero, que ha aclarado, como nunca antes en la jurisprudencia constitucional, la naturaleza de esta participación en tributos¹⁰.

Centrándonos en los aspectos relevantes de este estudio¹¹, esta STC 40/2021 considera que Castilla y León creó mediante la Ley 10/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias y de Financiación de las Entidades Locales vinculada a ingresos impositivos de la Comunidad de Castilla y León, dos instrumentos diferentes en favor de las entidades locales. En primer lugar, el Fondo de participación en los impuestos propios de la Comunidad de Castilla y León¹², en cumplimiento del art. 55.3 de su Estatuto de Autonomía¹³, que sí responde a una “auténtica ‘participación’ [] en la recaudación de tributos propios de la comunidad autónoma”, de manera que dichos tributos “devienen así en ‘coparticipados’ entre la comunidad autónoma y las entidades locales, en cumplimiento del art. 142 CE”, y la cuantía depende exclusivamente de la recaudación de estos tributos, por lo que no se garantiza ningún importe mínimo (FJ 5.º).

En cambio, el segundo instrumento creado mediante dicha Ley 10/2014, el Fondo de cooperación económica local general vinculado a ingresos derivados de los impuestos cedidos, se dota anualmente en la ley de presupuestos, actualizando la cuantía determinada en 2015 conforme a la evolución de

10. En esta sentencia se analiza principalmente la constitucionalidad del empleo del vehículo del decreto ley por parte del Gobierno de Castilla y León (Decreto-ley de la Junta de Castilla y León 6/2020, de 2 de julio, de medidas urgentes para incentivar las medidas de recuperación económica y social en el ámbito local) para modificar, entre otras normas, la Ley 10/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias y de Financiación de las Entidades Locales vinculada a ingresos impositivos de la Comunidad de Castilla y León, modificando la regulación del Fondo de participación en los impuestos propios de la Comunidad de Castilla y León y del Fondo de cooperación económica local general vinculado a ingresos derivados de los impuestos cedidos. El principal cambio no era otro que transformar la rama incondicionada de este último fondo. Para los municipios con más de 20 000 habitantes, un 50 % de los fondos que antes no estaban condicionados pasaban a tener que destinarse a “inversiones cuya finalidad sea el cumplimiento de alguno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas para su cumplimiento para el año 2030”. En las entidades de entre 1000 y 20 000 habitantes toda la financiación obtenida con este fondo debería dedicarse a inversiones de la Agencia 2030, mientras que solo los municipios con menos de 1000 habitantes mantendrían el carácter plenamente incondicionado de estas transferencias financieras.

11. Para un análisis más en profundidad del contenido de esta sentencia nos remitimos a Ramos Prieto (2021: 153-157).

12. El Fondo está dotado con un 20 % de la recaudación de los dos impuestos autonómicos propios establecidos por Castilla y León: el impuesto sobre la afección medioambiental causada por determinados aprovechamientos del agua embalsada, por los parques eólicos y por las instalaciones de transporte de energía eléctrica de alta tensión, y el impuesto sobre la eliminación de residuos en vertederos.

13. “Artículo 55. Financiación de las entidades locales.

[...]

3. Las entidades locales podrán participar en los ingresos de la Comunidad, según lo dispuesto en el artículo 142 de la Constitución, en los términos que establezca una ley de Cortes.

[...].”

los ingresos no financieros de la comunidad autónoma, y, como afirma el TC, “tiene los rasgos propios de las subvenciones”, sin que pueda considerarse una participación en los ingresos autonómicos (y mucho menos en sus tributos), pues su “única conexión [...] con los ingresos autonómicos es que se sostiene gracias a ellos, como cualquier otro gasto de la comunidad autónoma”.

La gran novedad, como indicamos, es que el TC ha concretado por primera vez cómo entiende que debe desarrollarse el mandato del art. 142 CE, aclarando que no puede darse cumplimiento al mismo mediante transferencias de carácter subvencional o condicionadas. No obstante, a la par considera que el único modelo que cumple con lo establecido en el art. 142 CE es una verdadera participación en los tributos propios de la comunidad autónoma, con la consecuente corresponsabilidad fiscal. Es decir, el TC parece limitar el cumplimiento del art. 142 CE exclusivamente al estricto concepto de las PATRICA, participación directa en los tributos (propios, además) de las comunidades autónomas.

¿Alguna comunidad autónoma cumple estrictamente con este sistema? Ciertamente, como anticipamos al inicio de este estudio, solo Castilla y León.

Es inevitable que nos hagamos entonces una pregunta: ¿significa esta falta de desarrollo de la PATRICA que las comunidades autónomas ignoran absolutamente este mandato constitucional y que no articulan ningún mecanismo de transferencias en favor de las entidades locales? Realmente no, pues como veremos a continuación, si bien los modelos son muy heterogéneos, la mayoría de las comunidades autónomas (las de régimen común en que centraremos este estudio) han diseñado algún sistema que articula transferencias incondicionadas a favor de las entidades locales, estructurados generalmente como PICA, una participación en sus ingresos en sentido más o menos amplio.

3

¿Cómo podemos valorar los modelos existentes si casi ninguno cumple con el mandato estricto del art. 142 CE?

Dado que en la práctica no existe ninguna consecuencia anudada a esta falta de cumplimiento mayoritario del mandato literal del art. 142 CE, hemos desarrollado a lo largo del tiempo una posición ciertamente pragmática en la valoración de estos instrumentos de financiación, partiendo de unos requisitos mínimos, por supuesto. Tras constatar que parece lejano el cumplimiento estricto del art. 142 CE, creemos oportuno valorar los instrumentos existentes tomando como referencia diferentes elementos más allá del simple origen de los fondos, con el objetivo de comprender si existe un

compromiso efectivo con la suficiencia financiera local. Por ello, dejando a un lado que los fondos provengan de una estricta participación en tributos (recordemos que el TC considera incluso que estos deben ser propios), sí que consideramos que existen tres parámetros fundamentales que entendemos que deben reunir estos sistemas y que pasamos a exponer.

a) El carácter incondicionado de los recursos

El primer elemento que vamos a destacar y que limita el propio alcance de este estudio es que cualquier participación en tributos (o en ingresos, siendo más flexibles) debe ser de naturaleza incondicionada. Es de hecho la postura que parece inferirse de la STC 40/2021, y la única que consideramos válida incluso con anterioridad a esta sentencia¹⁴.

Por ello, vamos a descartar en este análisis, a pesar de su relevancia cuantitativa, los múltiples instrumentos de colaboración finalista que han diseñado a lo largo de las últimas décadas las comunidades autónomas. Ojo, no estamos menospreciando su papel a la hora de contribuir al desarrollo de competencias compartidas o al logro de objetivos específicos; sin embargo, sí que consideramos obvio que en cumplimiento del principio de autonomía local estas transferencias condicionadas deberían ser la excepción y no la regla¹⁵, cuestión que pocas veces se cumple¹⁶.

Precisamente al eliminar de la ecuación estas transferencias condicionadas podremos apreciar que los instrumentos de cooperación incondicionados rara vez reúnen los requisitos y los importes suficientes para tener un verdadero impacto en la financiación de las entidades locales.

En este sentido, el Comité de Expertos para la reforma de la financiación local ya destacó que las PICA son un “bloque de transferencias incondicionales” que debería ser consolidado, entre otros instrumentos, mediante

14. *Vid. Ramos et al. (2018: 22-23).*

15. La Carta Europea de Autonomía Local, elaborada en el seno del Consejo de Europa en 1985 y ratificada por España el 20 de enero de 1988, recoge en su art. 3 el concepto de autonomía local como “el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”. En particular, el art. 9 insiste en minimizar el carácter condicionado de sus ingresos, de modo que las entidades locales tienen derecho “a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias” (apdo. 1); igualmente, se indica: “En la medida de lo posible, las subvenciones concedidas a las Entidades locales no deben ser destinadas a la financiación de proyectos específicos” (apdo. 7). Para conocer con más detalle la posición del Consejo de Europa en defensa de esta autonomía local nos remitimos a Macarro *et al.* (2022: 34-38).

16. Como ya apuntaba Anglès Juanpere (2017: 44), en los años 2013 y 2014 más de dos tercios de las transferencias autonómicas en favor de las entidades locales tuvieron carácter condicionado y finalista; compartimos con el autor que la revisión de los sistemas de transferencias autonómicas debe ir encaminada en gran parte a rectificar esta tendencia.

“la transformación en incondicionales de un porcentaje elevado de las actuales transferencias condicionales aportadas por las CC. AA.”¹⁷.

Como indicamos anteriormente, la STC 40/2021, de 18 de febrero, refleja una clara dicotomía entre los recursos de naturaleza incondicionada y los de carácter condicionado, asimilando estos últimos a las subvenciones; solo los primeros suponen una verdadera contribución a la suficiencia financiera y a la autonomía local.

b) Seguridad jurídica

Desde el mismo momento en que la participación en tributos (o el instrumento *sui generis* que haya creado cada comunidad autónoma para contribuir a su manera a la suficiencia financiera de las entidades locales) tiene vocación de erigirse como un recurso relevante y no meramente testimonial, resulta crucial que se le dote de estabilidad y seguridad jurídica. De poco o nada valdría asignar recursos incondicionados de forma ocasional o irregular, sin que las entidades locales pudieran asumirlos como propios para planificar su presupuesto¹⁸. En este sentido, ya apuntamos¹⁹ que, sea cual sea el origen de los fondos, su asignación debería canalizarse a través de instrumentos normativos autónomos con rango de ley, al margen de la correspondiente asignación presupuestaria anual, que otorguen estabilidad en la cuantía y criterios de asignación, junto con automatismos lógicos para su actualización conforme a parámetros económicos.

Todo ello, de nuevo, comprendiendo que el instrumento *a priori* ideal (participación directa y estable en la recaudación de figuras de imposición propia y evolución vinculada a ellas) no es ni mucho menos el habitual entre los existentes.

c) Cuantía significativa

Estamos mostrando flexibilidad a la hora de valorar las características formales de los instrumentos creados por las comunidades autónomas para materializar la participación en tributos. Sin embargo, debemos ser particularmente exigentes respecto al volumen real de los recursos incondicionados transferidos. El mecanismo más fiel al modelo de participación en tributos previsto en el art. 142 CE, conforme a la jurisprudencia del TC, resultaría

17. Informe del Comité de expertos para la revisión del modelo de financiación local (2017: 92).

18. En Suárez *et al.* (2008: 292) se resume perfectamente esta necesidad, compartida con la PIE: “los sistemas de transferencias (PIE y PICAs) deben ser sencillos, predecibles y transparentes y permitir la aplicación de índices de evolución independientes de la voluntad de las Administraciones concedentes”.

19. Ramos *et al.* (2018: 26).

inútil si los recursos percibidos por las entidades locales son testimoniales, incumpliendo el mandato de constituir una de sus vías fundamentales de financiación. En cambio, un simple programa de transferencias incondicionadas provenientes de forma genérica de los ingresos de la comunidad autónoma, dotado con recursos suficientes y que aporte seguridad jurídica y previsibilidad, constituye una aportación mucho más útil para la autonomía y suficiencia financiera de las entidades locales. ¿Cuál es la cuantía mínima para alcanzar este logro?

Sin entrar en cifras concretas, sí que tendremos en cuenta dos parámetros. Por un lado, aunque existen otros elementos para tener en cuenta (solidaridad, territorio, población joven o envejecida, etc.), la unidad de medida más lógica debe ser la financiación por habitante. Por otro, a la hora de valorar el esfuerzo efectivo podemos usar tanto las cifras de las restantes autonomías como la propia participación en ingresos del Estado o PIE, tanto por el modelo de cesión para municipios con 75 000 o más habitantes, capitales de provincia o de comunidad autónoma, y provincias e islas, como por el modelo de reparto por variables para los restantes municipios (población, esfuerzo fiscal e inverso de la capacidad tributaria).

El esfuerzo de cada comunidad autónoma lo veremos en las tablas posteriores; respecto a la contribución realizada por el Estado a través de la PIE, podemos avisar que el listón está ciertamente alto, con cifras por habitante que en el caso de los municipios oscilan, en función de los diferentes parámetros, en torno a 250 euros por habitante y año para los municipios en régimen de reparto, y son algo superiores para los municipios en régimen de cesión²⁰. Esto representa en torno al 20 % del presupuesto de los municipios y casi dos tercios del presupuesto de las diputaciones provinciales, como queda reflejado en el documento *Haciendas Locales en Cifras. Año 2021*²¹.

Ya podemos anticipar que ninguna comunidad autónoma alcanza en términos de financiación incondicionada ni siquiera un tercio de estas cifras. A la vista de esta clara preeminencia de la PIE que aleja cualquier posible comparación, resulta lógico centrarnos en las diferencias y similitudes entre los programas autonómicos existentes en las comunidades de régimen común.

Dado el afán sistematizador del estudio, y una vez vistos los parámetros que debería reunir cualquier intento de dar cumplimiento al mandato

20. Nos remitimos a las estadísticas actualizadas disponibles en la web del Ministerio: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/SistemasFinanciacionDeuda/InformacionELLS/DatosFinanciacionEL.aspx> (última consulta, 20 de enero de 2024).

21. Disponible en <https://www.hacienda.gob.es/CDI/SGFAL/HHLL%20en%20cifras/HHLL-en-cifras-2021.pdf> (última consulta, 20 de enero de 2024).

del art. 142 CE por parte de las comunidades autónomas, creemos oportuno agruparlas, a efectos del breve análisis de los modelos de cooperación autonómicos, en cuatro grupos principales en función de cómo han estructurado estos instrumentos. Posteriormente, proponemos dos cuadros resumen y un gráfico comparativo que, esperamos, faciliten la comprensión de este heterogéneo compromiso autonómico.

Antes de presentar nuestra propuesta de clasificación, para interpretar-la adecuadamente, debemos recordar dos aspectos importantes.

En primer lugar, como venimos sosteniendo, para contribuir efectivamente a la suficiencia financiera de las entidades locales el origen de los recursos es una cuestión incluso secundaria. Si se ofrecen recursos incondicionados, seguridad, sostenibilidad en el tiempo, reglas de actualización y un volumen adecuado de fondos, un sistema en el que los recursos provienen simplemente de los ingresos de la comunidad autónoma puede ser tan bueno como una PATRICA en sentido estricto. Es más, como lógicamente plasmaremos en números en un apartado posterior, una vez reunidos estos requisitos, a la hora de valorar la efectiva contribución de estos fondos, el elemento puramente cuantitativo toma mayor relevancia que cualquiera de estas cuestiones formales.

En segundo lugar, insistimos también en que una premisa fundamental de nuestro análisis es que la transferencia de fondos condicionados o finalistas por parte de las comunidades autónomas a favor de las entidades locales, estructurada mediante diferentes programas denominados de cooperación, colaboración o directamente subvenciones, no puede considerarse en absoluto equiparable a la transferencia de recursos de forma incondicionada. Si bien ciertos programas de carácter finalista, en función de su configuración, pueden reunir características que los hacen más cercanos a una transferencia incondicionada (el caso de los novedosos programas de colaboración económica municipal de Extremadura, por ejemplo, será analizado con detalle posteriormente), no vamos a tomar en consideración los programas condicionados con rasgos propios de las subvenciones a la hora de valorar el grado de cumplimiento del mandato del 142 CE pues, por muy flexibles que seamos respecto al origen de los fondos, el carácter incondicionado es un imperativo de cualquier modelo que pretenda contribuir efectivamente a la autonomía y suficiencia financiera local.

Una vez realizadas estas aclaraciones, proponemos una clasificación de las comunidades autónomas en cuatro grupos en función del sistema empleado para hacer efectivo, a su modo, este mandato constitucional.

El primero está formado únicamente por Castilla y León, como la única comunidad que ha creado un sistema real de participación directa

en sus tributos propios a favor de las entidades locales, es decir, el modelo de PATRICA previsto en nuestra CE, tal y como lo entiende su supremo intérprete.

En el segundo grupo queremos situar a las comunidades autónomas de régimen común que han demostrado un verdadero interés por el desarrollo de instrumentos de cooperación que, sin reunir los requisitos estrictos del art. 142 CE, sí tratan de ofrecer un cierto grado de seguridad jurídica y fondos incondicionados de cuantía significativa. En él incluimos a Andalucía, Canarias y Galicia, no solo por sus instrumentos, que reúnen algunas características deseables (aunque también las reúnen otros fondos), sino por realizar un esfuerzo real superior al 1 % de su presupuesto autonómico, objetivo que nos gustaría situar como contribución mínima para ofrecer una financiación con verdadero impacto en la suficiencia financiera de los entes locales, particularmente los municipios.

En un tercer grupo situamos al resto de comunidades que han apostado por sistemas de cooperación con recursos incondicionados sostenidos a favor de la mayoría de las entidades locales: Aragón, Asturias, Cantabria, Cataluña, Extremadura, Islas Baleares, La Rioja y la Comunidad Valenciana. Por supuesto, también existen diferencias dentro de este grupo, siendo los modelos que más se aproximarían al ideal plasmado en el apartado anterior, tanto por características como por dotación per cápita, los de Aragón, Cantabria o Extremadura.

En un cuarto grupo hemos emplazado a las comunidades que no tienen en vigor mecanismos estables de cooperación nutridos de fondos incondicionados a favor de la mayoría de sus entidades locales; es el caso de Castilla-La Mancha, Madrid y la Región de Murcia.

4

Castilla y León, el único ejemplo de verdadera participación en tributos de las comunidad autónomas, con un gran pero

En primer lugar, debemos destacar el papel de Castilla y León como la única comunidad que ha diseñado una participación en tributos de la comunidad autónoma mediante fondos incondicionados vinculados a la recaudación y evolución de tributos propios; es decir, el modelo de PATRICA que prevé nuestra CE, tal y como lo entiende su supremo intérprete.

En concreto, fue a través de la Ley 10/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias y de Financiación de las Entidades Locales vinculada a ingresos impositivos de la Comunidad de Castilla y León, dando por fin cum-

plimiento al art. 55.3 de su Estatuto de Autonomía de 2007²². Esta norma contemplaba, como vimos al hilo del examen de la STC 40/2021, la creación de dos fondos: el Fondo de participación en los impuestos propios de la Comunidad de Castilla y León, y el Fondo de cooperación económica local general vinculado a ingresos derivados de los impuestos cedidos por el Estado de gestión directa por la Comunidad Autónoma. Mientras que el primer fondo tiene naturaleza exclusivamente incondicionada, el segundo, tras la reforma operada por el Decreto-ley de la Junta de Castilla y León 6/2020, de 2 de julio, de medidas urgentes para incentivar las medidas de recuperación económica y social en el ámbito local (y que el TC convalidó en la citada STC 40/2021), solo mantiene su carácter incondicionado para las partidas consignadas para municipios de menos de 1000 habitantes.

El Fondo de participación en los impuestos propios se configura efectivamente como una verdadera PATRICA, al dotarse con un 20 % de la recaudación de los impuestos propios “del último ejercicio cerrado a la fecha de elaboración de los presupuestos de la Comunidad Autónoma”, aunque en este caso son solo dos: el impuesto sobre la afección medioambiental causada por determinados aprovechamientos del agua embalsada, por los parques eólicos y por las instalaciones de transporte de energía eléctrica de alta tensión, y el impuesto sobre la eliminación de residuos en vertederos²³.

De esta forma cumple con todos los parámetros establecidos en la propia STC 40/2021 (que precisamente analizó los instrumentos de Castilla y León, no lo olvidemos): un fondo de coparticipación en los impuestos propios, quedando totalmente vinculado a su evolución y con plena garantía de estabilidad en el tiempo, incluso con la posibilidad de adaptarse en caso de aumentar las figuras de imposición propia de la Comunidad. En cambio, el Fondo de cooperación económica local general (que solo mantiene ya el carácter incondicionado para los municipios de menos de 1000 habitantes) se dotó inicialmente en 2015 con un volumen de recursos concretos (1234 euros por municipio de la Comunidad y 18 euros adicionales por habitante), evolucionando conforme al Presupuesto de ingresos no financieros consolidado de la Comunidad de cada año respecto al año anterior.

22. “Artículo 55. Financiación de las entidades locales.

[...]

3. Las entidades locales podrán participar en los ingresos de la Comunidad, según lo dispuesto en el artículo 142 de la Constitución, en los términos que establezca una ley de Cortes.

[...].”

23. La distribución se realiza en tres grupos: para los municipios con población igual o inferior a 20 000 habitantes, un 55 %; para los municipios con población superior a 20 000 habitantes, un 25 %; y para las provincias, el 20 % restante.

En cifras, en Castilla y León, el Fondo de participación en los impuestos propios (para todos los municipios y las provincias) asciende en 2024 a 14 085 032 euros, mientras que la parte incondicionada del Fondo de cooperación económica local general para municipios de menos de 1000 habitantes se dota con 12 806 303,04 euros. De este modo, aunque el instrumento sea sin duda alguna el más acorde al modelo de PATRICA de nuestra CE, la financiación incondicionada por habitante apenas alcanza los 11,60 euros²⁴, situando a la Comunidad lejos de aquellas que realizan un mayor esfuerzo en favor de las entidades locales, aunque el origen de los fondos no sea una estricta participación en tributos. Como indicábamos en el título de este apartado, esta baja dotación constituye un hándicap que nos impide valorar positivamente el esfuerzo formal de Castilla y León por crear un instrumento fiel al mandato del art. 142 CE.

5

Comunidades que realizan un esfuerzo ejemplar por contribuir a la suficiencia financiera de las entidades locales

En este segundo grupo, como indicamos antes, hemos considerado oportuno destacar a las tres comunidades autónomas que han diseñado fondos incondicionados que, por su dotación y sus características, sin estar ligados a una participación directa en los tributos de la comunidad, sí pretenden configurar una verdadera participación en sus ingresos que contribuya de forma destacada, por su volumen y seguridad, a la suficiencia financiera de sus entes locales.

5.1

Andalucía

Si bien seguimos un orden alfabético, tiene sentido que tomemos como primera referencia de este grupo a Andalucía, pionera en su momento en el desarrollo normativo autónomo de un sistema de participación en los tributos de la comunidad²⁵. En concreto, la Ley 6/2010, de 11 de junio, re-

²⁴. Las cifras de población son las del último censo oficial, de 1 de enero de 2023.

²⁵. De hecho, en la exposición de motivos de la Ley del Presupuesto de Andalucía del año 2011 (Ley 12/2010, de 27 de diciembre), primera en la que se plasmó presupuestariamente el nuevo fondo, se aseguraba: "Por primera vez en España, las Entidades Locales tendrán una participación en los tributos de una Comunidad Autónoma, lo que elevará significativamente los

guladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁶, vino a dar cumplimiento al mandato del art. 192.1 del Estatuto de Autonomía: “Una ley regulará la participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma, que se instrumentará a través de un fondo de nivelación municipal, de carácter incondicionado”.

Sin embargo, dado que en 2010 la imposición propia en Andalucía no tenía la entidad suficiente para dar respaldo a las cifras de dotación inicial del Fondo (420 millones de euros en 2011, su primer año de funcionamiento), se optó por una participación genérica a través de un fondo nutrido con los ingresos tributarios, tanto de la imposición propia como cedidos total o parcialmente por el Estado, nombrados en la Ley 6/2010 como “ITA”²⁷, cuya variación serviría de base para su actualización. Sin embargo, a pesar de que estaba previsto un crecimiento sostenido de 60 millones anuales hasta alcanzar los 600 millones en 2014, aplicando a partir de entonces la evolución de los ITA como índice de actualización, las leyes de presupuestos del periodo 2013-2018 congelaron su dotación en los 480 millones de euros fijados para 2012.

Desde el año 2019, sin embargo, las respectivas leyes de presupuestos han incrementado su dotación en torno a un 2 % anual (salvo en 2022, en que hubo prórroga presupuestaria), hasta alcanzar los 530 millones de euros para 2024²⁸.

Por supuesto, nos encontramos ante un instrumento que carece de varios de los elementos propios de la PATRICA, pues no se nutre de la recaudación proveniente de la imposición propia, sino de un fondo global de ITA; tampoco se ha puesto en marcha el mecanismo que *a priori* iba a actualizar

fondos a su disposición, con carácter incondicionado, favoreciendo el autogobierno y apostando por un nuevo modelo de municipios y provincias consagrado en la Ley de Autonomía Local”.

26. Para un mayor detalle respecto a su regulación nos remitimos a Martín Rodríguez (2010).

27. “Artículo 9. Determinación de los Ingresos Tributarios de la Comunidad Autónoma de Andalucía (ITA).

1. A los efectos del artículo anterior, los ITA están constituidos, en cada ejercicio, por la recaudación líquida derivada de las siguientes figuras tributarias:

- a) Impuesto sobre emisión de gases a la atmósfera.
 - b) Impuesto sobre vertidos a las aguas litorales.
 - c) Impuesto sobre depósito de residuos radiactivos.
 - d) Impuesto sobre depósito de residuos peligrosos.
 - e) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
 - f) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
 - g) Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar.
 - h) Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.
 - i) Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.
- [...]”.

28. Disposición adicional decimoctava, Ley 12/2023, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2024.

la dotación del fondo conforme a la propia evolución de los ITA. A pesar de estas carencias e incumplimientos de la ambiciosa Ley 6/2010, Andalucía se sitúa entre las comunidades autónomas que realizan un mayor esfuerzo per cápita en términos de financiación incondicionada, con 61,62 euros por habitante.

5.2 Canarias

La Comunidad de Canarias fue una de las primeras en articular un sistema de transferencias incondicionadas a favor de las entidades locales mediante la aprobación de la Ley 3/1999, de 4 de febrero, del Fondo Canario de Financiación Municipal. Este Fondo Canario de Financiación Municipal tiene una estructura dual, siendo el 50 % de las transferencias recogidas en el mismo de carácter incondicionado, y el restante 50 %, de carácter condicionado, para la realización de inversiones o su saneamiento económico, quedando esta segunda parte sujeta al cumplimiento de una serie de parámetros de ahorro, tesorería y endeudamiento. Aunque nunca se ha configurado como una pura participación en tributos (ni siquiera en ingresos), sí que ha incluido siempre cláusulas de revisión vinculadas a la evolución económica de la comunidad (hasta el año 2012, la evolución del PIB; desde entonces, la evolución de las previsiones de ingresos no financieros).

De este modo, la dotación del Fondo ha ido creciendo de forma sostenida en el tiempo, siendo siempre una fuente de recursos significativa para los municipios canarios. Su dotación total para 2024 es de 343 448 920 euros, siendo la mitad, 171 724 460 euros, de carácter puramente incondicionado, lo que representa nada menos que 77,21 euros de financiación incondicionada por habitante, situando a Canarias a la cabeza del esfuerzo autonómico.

5.3 Galicia

La última comunidad que merece estar en este grupo es Galicia, pues si bien el instrumento vigente, el Fondo de Cooperación Local, no cuenta con una normativa puramente autónoma (pues el modelo vigente fue creado mediante la disposición adicional quinta de la Ley 14/2010, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2011), no es menos cierto que sí se articula como una suerte de copar-

ticipación en los ingresos tributarios de la comunidad autónoma, de carácter plenamente incondicionado, en favor de todos los municipios gallegos y con un volumen significativo de recursos.

Es cierto que no se nutre exclusivamente de recursos procedentes de la tributación propia, siendo la dotación final un porcentaje variable (del 2,3200880 % desde el año 2020) en función de la evolución de la recaudación de los capítulos I, II y III del presupuesto de ingresos (impuestos directos, indirectos, y tasas y precios públicos), ascendiendo en 2024 a 152 278 957 euros.

En cambio, sí que son recursos puramente incondicionados, estables y con una vinculación directamente ligada a la evolución de los ingresos, principalmente tributarios, de la comunidad. Lo que es más importante, el esfuerzo por habitante es significativo, situando a Galicia entre las comunidades que contribuyen más a la suficiencia financiera local, con una financiación incondicionada de 56,48 euros por habitante.

6

Resto de comunidades con fondos de cooperación incondicionados

6.1

Aragón

En el caso de Aragón, los anteriores programas de transferencias incondicionadas en favor de los municipios (el Fondo de Cooperación Municipal para todos los municipios, y el Fondo de Política Territorial para las capitales de provincia) se han sistematizado a través de la Ley 5/2022, de 6 de octubre, Reguladora del Fondo Aragonés de Financiación Municipal, que entró en vigor el 1 de enero de 2023²⁹.

La principal novedad de este texto fue dotar de estabilidad y garantía a estas transferencias incondicionadas, pues antes dependían de la voluntad política coyuntural, al sujetarse su dotación a lo que establecieran las correspondientes leyes de presupuestos. El propio preámbulo reivindica este logro, llegando a afirmar que este instrumento “contempla la participación de los municipios aragoneses en los ingresos de la Comunidad Autónoma,

²⁹. No debemos olvidar la existencia de una profunda comarcalización en Aragón, fruto de la cual existe un importante volumen de transferencias incondicionadas en favor de las comarcas para el ejercicio de las competencias que tienen asumidas (63 521 435,89 € para 2024). No obstante, como advertimos al inicio del estudio, dejaremos al margen estos programas en favor de otros entes locales para facilitar la comparabilidad de las cifras.

garantizando un importe que se considera mínimo y regulando los posibles incrementos de manera objetiva”.

Siendo ciertas estas afirmaciones, resulta llamativo que el índice de evolución de la dotación inicial del Fondo de 2023 (30 650 000 euros) esté vinculado al grado de endeudamiento relativo de la Comunidad, incrementándose su dotación anual en un 0,1 % o 0,05 % de los ingresos no financieros si el endeudamiento relativo se mantiene por debajo del 1 o del 1,5, respectivamente. En cumplimiento de esta regla, la dotación del Fondo para 2024 se ha elevado a 32 050 000 euros³⁰, representando 23,90 euros de financiación incondicionada por habitante, y situando a Aragón entre las comunidades que realizan un esfuerzo intermedio.

6.2 Asturias

En el caso de Asturias, el Fondo de Cooperación Municipal es paradigmático del sistema más habitual de un instrumento de transferencias incondicionadas a favor de las entidades locales deficiente. En primer lugar, no cuenta con un instrumento normativo propio, sino que fue creado a través de la disposición adicional primera de la Ley del Principado de Asturias 6/2008, de 30 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Tributarias de acompañamiento a los presupuestos Generales para 2009. Tampoco tiene como destinatarios a todos los municipios, sino únicamente a los de menos de 40 000 habitantes³¹.

La inexistencia de mecanismos estables de evolución y su dependencia de la respectiva dotación en las leyes de presupuestos se han hecho patentes en momentos de reducción del presupuesto autonómico por la crisis económica, con reducciones drásticas respecto a su dotación inicial de 8 500 000 euros en el año 2009. En los últimos años se ha producido una recuperación paulatina en su dotación, aunque menor que la evolución de los ingresos y gastos de la comunidad, que llevó la dotación hasta los 8 350 000

³⁰. Disposición final segunda, Ley 17/2023, de 22 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2024.

³¹. Si bien inicialmente estaba previsto para sufragar gastos de capital, pronto se permitió que se empleara temporalmente también para financiar gastos corrientes, consolidándose finalmente esta posibilidad desde 2016; en concreto, la Ley 2/2016, de 1 de julio, de medidas financieras y de gestión presupuestaria y de creación de tarifas por expedición de licencias interautonómicas de caza y pesca, modificó el apdo. 2 de la disposición adicional primera de la Ley 6/2008, especificando que su objeto es “financiar la actividad global de los concejos asturianos, contribuyendo al fortalecimiento de la autonomía local”.

euros para el ejercicio 2023³². Aunque excepcionalmente la partida presupuestaria de este fondo de cooperación municipal prevista para el ejercicio 2024 se ha elevado sensiblemente hasta los 10 000 000 de euros³³, estas cifras apenas representan un esfuerzo de 9,96 euros por habitante, situando Asturias a la cola de las comunidades con algún sistema de transferencias a favor de las entidades locales.

6.3 Cantabria

La Comunidad cántabra ha sido otra de las comunidades que de forma reciente ha aprobado una norma con rango legal específica para el desarrollo de su sistema de transferencias corrientes en favor de las entidades locales, en concreto la Ley 5/2020, de 15 de julio, Reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de Cantabria, evitando así la perversa vinculación al ciclo presupuestario anual.

No obstante, al margen de este factor de seguridad jurídica, la estructura y el funcionamiento del Fondo de Cooperación Municipal previsto en la Ley de Presupuestos de 2006 y desarrollado mediante el Decreto 109/2006, de 26 de octubre, apenas han cambiado. Mantiene una original estructura dual³⁴ que refuerza sensiblemente la contribución a los pequeños municipios, reservando una aportación fija que será superior cuanto menor sea su población.

Su dotación anual proviene en sentido genérico de los ingresos de la comunidad, pero sin conexión alguna con la evolución de estos; de hecho, el índice de evolución anual previsto a partir de 2020 es el IPC anual de la comunidad en el mes de septiembre. En el año 2024 la dotación del Fondo de Cooperación Municipal asciende a 17 995 584 euros, situando el esfuerzo por habitante en 30,58 euros, en la media del resto de comunidades.

6.4 Cataluña

El modelo actual de la regulación de la participación de las entidades locales en los ingresos de la Comunidad mediante un sistema de transferencias

32. Para un análisis detallado de estas cifras nos remitimos a Macarro *et al.* (2022: 86-87).

33. Ley del Principado de Asturias 4/2023, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2024, subpartida 469086, Fondo de Cooperación Municipal.

34. Nos remitimos para su consulta a Macarro *et al.* (2022: 137-140).

incondicionadas se recoge en el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, canalizándose a través del Fondo de cooperación local de Cataluña (que incluye también la participación en ingresos del Estado), que prevé como beneficiarios a los municipios, las comarcas y las entidades municipales descentralizadas. De hecho, la modificación posterior del Estatuto de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña) recogió expresamente la existencia de este fondo de cooperación de carácter incondicionado en su art. 219.1, exigiendo que se dote “a partir de todos los ingresos tributarios de la Generalitat”, y que se regule mediante ley del Parlamento.

En la práctica, sin embargo, no se ha creado un texto autónomo que dote de mayor sistemática al Fondo de cooperación, y son las respectivas leyes de presupuestos las que recogen a lo largo de varios artículos la dotación y distribución del Fondo para cada año. Es decir, no se han creado reglas específicas para determinar su dotación o evolución, quedando sujeto al siempre tenso ciclo presupuestario, lo que sin duda alguna ha incidido en la pérdida progresiva de peso dentro del presupuesto de la Comunidad.

Dado que a fecha de cierre de este trabajo aún no se habían aprobado los presupuestos de la Generalitat para 2024, se prorrogan las cifras del ejercicio 2023, en las cuales la participación de los entes locales en los ingresos de la Generalitat alcanzó una cifra de 145 549 981,68 euros, de los que 98 551 621,29 euros estaban destinados a los ayuntamientos, lo que representa apenas 12,32 euros por habitante; incluso incluyendo el importe total destinado a las comarcas, la cifra ni siquiera alcanza los 18 euros por habitante, situando a Cataluña en el vagón de cola en relación con el esfuerzo de financiación en favor de las entidades locales.

6.5 Extremadura

A priori, la aprobación de la reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura a partir de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, suponía un importante punto de inflexión en cuanto a su implicación con la suficiencia financiera local, al recoger en su art. 60.2³⁵, de forma expresa, la creación de un fondo

35. *Artículo 60. Hacienda local.
[...]

2. La Comunidad Autónoma de Extremadura velará por el equilibrio territorial y la realización efectiva del principio de solidaridad. Con esta finalidad y mediante ley de la

de finalidad incondicionada mediante ley de la Asamblea, dotado a partir de los ingresos tributarios de la comunidad a favor de los municipios.

Con anterioridad venía funcionando desde nada menos que el año 1989, aunque sin una legislación autónoma y plasmándose todos sus aspectos (estructura, dotación, distribución, etc.) en las respectivas leyes de presupuestos, el Fondo Regional de Cooperación Municipal, que aportaba recursos incondicionados a los municipios sin vinculación alguna con los ingresos de la Comunidad.

No obstante, hubo que esperar hasta la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, para que se plasmara en su art. 45 la creación de un fondo de financiación incondicionado para los municipios de la Comunidad Autónoma de Extremadura. La dotación inicial prevista era de 76 millones de euros, y se establecía como referencia para su revisión la evolución de la recaudación de los ingresos tributarios de la Comunidad Autónoma.

Tal vez por la difícil coyuntura económica vinculada a la crisis del COVID-19, tal vez por un cambio en las prioridades de financiación que ahora comentaremos, lo cierto es que el Fondo Regional de Cooperación Municipal no se ha transformado en los dos aspectos que exigía la Ley 3/2019. En primer lugar, en su dotación, que no ha alcanzado los 76 millones de euros previstos, si bien, al menos, en el año 2023 se actualizaron por fin sus valores (desde 2017 la cifra se había mantenido invariable en 35 428 588 euros). En 2024 el presupuesto eleva ligeramente este importe en 500 000 euros más, hasta los 45 830 000 euros, 43,5 euros por habitante, situando a Extremadura, a pesar de todo, entre las comunidades que realizan un mayor esfuerzo en términos de financiación plenamente incondicionada. En segundo lugar, en consonancia, no se han actualizado tampoco sus valores conforme a la evolución de los ingresos tributarios de la Comunidad, cuya previsión de crecimiento para 2024 es superior al 10 %.

A pesar de este incumplimiento sostenido en el tiempo, hemos de poner en valor una importante novedad en el ámbito de la financiación municipal en Extremadura. Si bien venimos advirtiendo que en este estudio nos queremos circunscribir al esfuerzo de las comunidades autónomas en términos de financiación no finalista³⁶, Extremadura ha configurado un no-

Asamblea, se establecerá un fondo de finalidad incondicionada, dotado a partir de los ingresos tributarios de la Comunidad y que se distribuirá entre los municipios teniendo en cuenta, entre otros factores, su población, sus necesidades de gasto y su capacidad fiscal. [...]”.

36. De hecho, hemos ignorado de forma consciente importantes programas de naturaleza condicionada, como los existentes en Andalucía (Plan de Cooperación Municipal, con una dotación superior a 1000 millones de euros), Aragón (más de 200 millones de euros en el resto de

vedoso instrumento “híbrido” a través del Decreto-ley 3/2021, de 3 de marzo, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, añadiendo un nuevo art. 46 a la anterior Ley 3/2019, de 22 de enero, creando los denominados “Programas de Colaboración Económica Municipal”.

Este instrumento sí representa un volumen de recursos muy relevante, creciente además en el tiempo (70 millones de euros en 2021, 94 millones de euros en 2022, 106 millones en 2023 y 116 millones para 2024), lo que parece mostrar, como apuntábamos antes, un cambio en las prioridades de financiación de las entidades locales en Extremadura, que vendría a justificar en parte la menor dotación del Fondo Regional de Cooperación Municipal.

La principal novedad de estos programas de colaboración económica municipal es que, a pesar de ser recursos de carácter finalista, ya que deben destinarse a cada programa concreto, tienen naturaleza incondicionada³⁷, por lo que no emplean el esquema tradicional de funcionamiento y control de las subvenciones directas³⁸, dotando de gran flexibilidad en la financiación de espacios competenciales en que convergen intereses autonómicos y locales.

Como ya apuntamos en un trabajo anterior³⁹, este novedoso instrumento híbrido puede servir de puente para que las comunidades autónomas que hasta ahora han mostrado reticencias a crear instrumentos incondicionados con recursos significativos canalicen algunos de los programas existentes por este nuevo cauce. Por supuesto, estos programas no deben sustituir a la participación incondicionada y no finalista en los ingresos de la Comunidad, pues en el fondo no hacen sino canalizar programas pre-existentes, aunque transformándolos en un vehículo de concertación con los municipios en aquellos servicios o actividades en que estos ya gozan de competencias ejecutivas o de gestión⁴⁰.

los programas del Fondo Local de Aragón) o Galicia (más de 350 millones de euros a través de subvenciones finalistas), a pesar de que por su dotación es innegable que constituyen recursos importantes para las entidades locales.

37. Como se especifica en las sucesivas leyes de presupuestos que han puesto en marcha estos programas, la última el art. 53 G) de la Ley 6/2022, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2023: “Las transferencias realizadas con cargo a estas dotaciones no tendrán carácter condicionado, por lo que será responsabilidad de los ayuntamientos destinar esos recursos a la finalidad para la que han sido consignadas en los distintos programas. [...]”.

38. No en vano, en su ejecución y control interviene la representación municipal a través del Consejo de Política Local de Extremadura, creado mediante la Ley 3/2019 (arts. 27 a 32) como “órgano supremo de representación y participación, así como de concertación, entre los municipios y otras entidades locales con la Junta de Extremadura y su Administración Pública”.

39. Macarro et al. (2022: 207).

40. Esta concertación está mucho más desarrollada en el ámbito de la relación diputaciones-municipios, y era una firme apuesta del *Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local*

6.6 Islas Baleares

En el caso de las Islas Baleares, el sistema actual de transferencias en favor de las entidades locales tiene su origen en la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, aprobada en paralelo a la modificación de su Estatuto de Autonomía mediante Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

El sistema se divide en dos tipos de fondos: los fondos de colaboración económica con las entidades locales y los fondos de financiación de los consejos insulares; por la particularidad de estos últimos y las especiales competencias que tienen atribuidas, nos vamos a centrar únicamente en los fondos de colaboración económica previstos en el art. 205 de la Ley 20/2006. Una primera rama de estos fondos tiene carácter finalista (destinada al pago de retribuciones de cargos electos), y una segunda sí tiene naturaleza puramente incondicionada.

Su dotación ha sufrido profundos vaivenes a lo largo del tiempo, porque las respectivas leyes de presupuestos han modificado a la baja la dotación mínima de los fondos de colaboración, que el art. 205.2 de la Ley 20/2006 situaba en el 0,7 % del total de los ingresos propios de la comunidad.

En esta línea, la Ley 12/2023, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2024, lo reduce a apenas el 0,4 %. No solo eso; la cláusula del art. 205.3 del mismo texto que garantizaba que todos los municipios obtuvieran, al menos, la financiación del año anterior, también viene siendo suspendida en todas las leyes de presupuestos. Todo ello con la finalidad de mantener prácticamente congelada la dotación prevista desde el año 2019. Para el Fondo de Cooperación Local, único de financiación puramente incondicionada, la dotación en 2024 ascenderá de nuevo a tan solo 16 473 471 euros, apenas 13,61 euros por habitante.

6.7 La Rioja

A pesar de que la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, planteaba ya en su art. 113 la creación de un fondo de cooperación

(Ministerio de Administraciones Públicas, 2005: 92). Un firme alegato en favor de su utilidad, tras su inclusión en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, podemos encontrarlo en Medina Guerrero (2012).

local que coadyuvara a la financiación de las obras y servicios locales y contribuir a su suficiencia financiera, este no se activó hasta el año 2007 mediante la Ley 10/2006, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2007, permaneciendo desde entonces con una estructura casi invariable.

Este fondo de cooperación local engloba programas finalistas y transferencias incondicionadas que varían en función de los destinatarios, dividiéndose así en seis secciones diferentes: Sección capitalidad, Sección cabeceras de comarca, Sección municipios con población superior a 5000 habitantes, Sección municipios con población superior a 2000 habitantes, Sección pequeños municipios, y Sección de otras líneas finalistas.

En principio solo las primeras cuatro secciones venían constituyendo una vía de financiación de carácter incondicionado para las respectivas entidades beneficiarias. Sin embargo, a partir del año 2021 se ha introducido en las respectivas leyes de presupuestos que recogen la regulación del Fondo un importante condicionante para las secciones de cabeceras de comarca y municipios con más de 5000 o 2000 habitantes, exigiendo la suscripción de un convenio en el que se determinará el destino de los fondos, “que se aplicarán a financiar operaciones corrientes y de capital vinculadas a la prestación de los servicios reconocidos como competencias propias de los municipios, en los términos de los artículos 7 y 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local”⁴¹.

Este condicionante tergiversa a nuestro modo de ver la naturaleza originaria de estas secciones del Fondo de Cooperación Local, que se configuran *a priori* como transferencias corrientes, dejando como fondos puramente incondicionados en los presupuestos para 2024 únicamente los 2 971 097 euros destinados a la Sección de capitalidad (lo que representaría apenas 9,18 euros por habitante); en cambio, si incluyéramos también las partidas al resto de municipios de más de 2000 y 5000 habitantes y las comarcas, la dotación de transferencias corrientes ascendería a 8 321 829 euros (25,73 euros por habitante)⁴².

En todo caso, al margen del debate sobre qué importes considerar incondicionados o no, lo cierto es que este instrumento viene aportando a las entidades locales riojanas (también a las comarcas) unos recursos sostenidos en el tiempo, aunque expuestos a los vaivenes presupuestarios, sin que su

41. Art. 35.3, Ley 12/2023, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2024.

42. El resto del Fondo de Cooperación Local estaría constituido por transferencias de capital de naturaleza finalista, que alcanzan en 2024 la cifra de 22 803 638 euros.

dotación ni su evolución estén garantizadas por ningún medio, desvinculándose de cualquier forma de participación en los ingresos de la Comunidad.

6.8 Comunidad Valenciana

En el año 2006 se aprobó la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana⁴³, introduciendo en su art. 64.3 una mención expresa a la creación de un fondo de cooperación local por ley de Les Corts, “con los mismos criterios que el fondo estatal”. Aunque nada se dice respecto a su estructura o el origen de los fondos, la mención a los criterios del fondo estatal podría hacer pensar que se abogaba por un mecanismo de participación en los ingresos de la comunidad plenamente incondicionado.

No fue hasta el año 2010 cuando la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana, concretó este mandato estatutario y en su art. 201 creó el Fondo de Cooperación Municipal de la Comunidad Valenciana, de carácter incondicionado, en favor de todos los municipios. Nada se indicaba respecto a su dotación mínima o sus reglas de distribución; la primera se remitía a las correspondiente leyes de presupuestos, y su distribución a un desarrollo reglamentario; eso sí, en su apdo. 5 se indicaba como mecanismo de evolución un sistema particular, máxime ante la conocida infrafinanciación de que adolece la Comunidad Valenciana en el actual sistema de financiación autonómico: “la participación se incrementará en función de la mejora de la financiación de la Comunidad Valenciana respecto a la media nacional de financiación autonómica por habitante”.

Este fondo de cooperación municipal, sin embargo, no se activó como tal hasta el ejercicio 2017, mediante el Decreto 51/2017, de 7 de abril, por el que se regula el Fondo de Cooperación Municipal Incondicionado de la Comunitat Valenciana, con una dotación de 40 000 000 de €, cifra que no se actualizó en los años sucesivos (realmente tampoco se había modificado el sistema de financiación autonómica al que se vinculaba).

Poco tiempo más tarde, sin embargo, esta regulación quedó derogada por la aprobación de una nueva Ley 5/2021, de 5 de noviembre, reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de los Municipios y Entidades Locales Menores de la Comunidad Valenciana. El principal cambio, además de incluir a las entidades locales menores, no era otro que implicar de forma

43. Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

forzosa a las diputaciones provinciales en la dotación del Fondo, porque su participación voluntaria hasta entonces generaba diferencias entre municipios en función de la provincia de pertenencia (en concreto, la Diputación de Alicante, presidida por el PP, se oponía a esta contribución obligatoria que sí realizaban las otras diputaciones, presididas por el PSPV, que también presidía entonces la Generalitat).

El conflicto estaba servido y varios preceptos de esta Ley 5/2021 fueron objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad por parte del PP y de VOX, resueltos en las recientes SSTC 124/2023, de 26 de septiembre, y 143/2023, de 24 de octubre, respectivamente. Dado que son objeto de estudio en otro trabajo de este mismo número, al que nos remitimos para su profundización, solo vamos a llamar la atención sobre los aspectos que pueden afectar al funcionamiento del Fondo de Cooperación Municipal.

Lo más importante es que la primera STC 124/2023, de 26 de septiembre, ha declarado inconstitucionales y nulos tan solo el art. 7 de la Ley 5/2021 y el inciso “en aplicación del artículo 66 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana” del apdo. 6 del art. 5, desestimando el recurso en todos los demás extremos, y respaldando así la nueva normativa prácticamente en su totalidad⁴⁴.

La derogación del art. 7 tiene especial relevancia por cuanto contenía las reglas de distribución del fondo. El argumento del TC es contundente: dado que el Estatuto exige en su art. 64.3 que el Fondo de Cooperación se cree “con los mismos criterios que el fondo estatal”, no cabía modificar estos criterios mediante ley autonómica.

No obstante, las SSTC convalidan el aspecto más conflictivo, que era la participación obligada de las diputaciones provinciales en la dotación del fondo, que, eso sí, deja de incluir regla alguna para su actualización, desvinculándose totalmente de la evolución de la economía de la comunidad o de sus ingresos.

Para el año 2023 ya se aprobó el primer “Plan Sectorial”⁴⁵ que recogía el reparto de aportaciones a realizar por cada entidad (Generalitat y las tres diputaciones), con un total de 80 millones de euros (50 % la Generalitat y 50 % entre las tres diputaciones); para el año 2024⁴⁶ la dotación total se ha elevado a 100 millones de euros (50 000 000 de euros por la Generalitat,

⁴⁴. La eliminación de la mención al Estatuto en este inciso responde a que realmente el art. 66 del Estatuto hace mención al control en la ejecución por las diputaciones provinciales de competencias delegadas por la Generalitat, no siendo este el caso.

⁴⁵. Acuerdo de 17 de junio de 2022, del Consell, por el que se aprueba el Plan Sectorial de Financiación Básica del Fondo de Cooperación Municipal.

⁴⁶. Acuerdo de 24 de marzo de 2023, del Consell, por el que se aprueba el Plan sectorial de financiación básica del Fondo de Cooperación Municipal, para el ejercicio 2024.

16 974 354 euros por la Diputación de Alicante, 7 427 624 euros por la Diputación de Castellón, y 25 598 022 euros por la Diputación de Valencia). Estas cifras, aunque sean altas en valores absolutos, apenas representan 19,17 euros de financiación incondicionada por habitante.

7

Comunidades que no cuentan con programas estables de transferencias incondicionadas a favor de las entidades locales

Finalmente, un cuarto grupo son las comunidades autónomas que hoy en día siguen sin contribuir mediante transferencias incondicionadas de cualquier tipo a la suficiencia financiera de las entidades locales.

El primer ejemplo lo encontramos en **Castilla-La Mancha**, que desde el ejercicio 2012, amparándose en la necesidad de ajustes en el gasto autonómico, modificó la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha, transformando la estructura del Fondo Regional de Cooperación Local y convirtiendo todas las aportaciones en subvenciones finalistas condicionadas a la financiación de actuaciones de inversión en obras y equipamientos de competencia local. No solo eso; en la última década la propia dotación de este fondo, puramente condicional, se ha reducido drásticamente hasta apenas 3 200 000 euros.

En el caso de la **Comunidad de Madrid**, en el año 2003 se aprobó el Decreto 66/2003, de 22 de mayo, que creaba el Fondo Regional de Cooperación Municipal, configurado en su momento como un complemento del Programa Regional de Inversiones y Servicios de Madrid (PRISMA), de naturaleza plurianual y con una financiación mixta, tanto autonómica como municipal. No obstante, la participación de las entidades locales en este instrumento ha tenido siempre la naturaleza de subvenciones, desapareciendo en todo caso cualquier dotación independiente al mismo a partir del ejercicio 2017.

En el actual Programa de Inversión Regional de la Comunidad de Madrid para el período 2022-2026, con una dotación de 1 000 000 000 de euros, se prevé expresamente la posibilidad de que los municipios de menos de 5000 habitantes puedan solicitar subvenciones por importe de hasta un 25 % de su gasto corriente, siendo de un 20 % para los municipios de entre 5000 y 50 000 habitantes, y excluyéndose a los de mayor población.

Aunque no descartamos que estemos ante recursos que puedan llegar a ser significativos, la realidad es que el sistema de subvenciones se aleja frontalmente de los principios más elementales de la autonomía local.

La última comunidad que prácticamente ha prescindido de crear programas de transferencias incondicionadas en favor de sus entidades locales es la **Región de Murcia**. Sí es cierto que mantiene anualmente en sus presupuestos un programa denominado Plan de Cooperación Local, dotado en 2024⁴⁷ con 17 583 383 euros; sin embargo, el mismo se nutre mayoritariamente de subvenciones de carácter finalista, siendo de carácter plenamente incondicionado apenas 1 200 000 euros con destino al Fondo de Financiación de las corporaciones locales de menos de 5000 habitantes (que son apenas 8 en la Región), cifra que apenas representa 0,77 euros por habitante de la Región, aunque si tenemos en cuenta el escaso tamaño de estos municipios sí constituye una financiación relevante, por encima de 70 euros por habitante de media.

8

Resumen de las características de los instrumentos de cooperación local de las comunidades autónomas

En las dos siguientes tablas y la gráfica final intentamos realizar la necesaria —aunque difícil— comparativa entre instrumentos de cooperación local creados por las comunidades autónomas, con una dificultad que estriba principalmente en las mencionadas falta de sistemática y heterogeneidad de los fondos existentes. No obstante, en la primera tabla hemos tratado de reflejar algunos parámetros formales que pueden servir como punto de referencia para ofrecer una panorámica del actual esfuerzo de las comunidades autónomas por ofrecer mecanismos que generen seguridad jurídica, claros y transparentes. Si bien, como venimos comentando, el origen estricto de los fondos, salvo que se refleje en los mecanismos de evolución, suele tener poca relevancia práctica, en la última fila hemos querido recoger la propia concepción que cada fondo refleja en su normativa. Todo ello, por supuesto, al margen del aspecto puramente cuantitativo que pretendemos resumir en la segunda tabla, recopilando la dotación absoluta del fondo y dos valores relativos que facilitan la comparabilidad del esfuerzo autonómico por ofrecer financiación incondicionada a las entidades locales: la financiación por habitante de la comunidad y el porcentaje sobre el presupuesto de gasto.

47. Ley 4/2023, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2024.

Tabla 1. Aspectos formales de los fondos de cooperación y participación vigentes en las comunidades autónomas de régimen común (2024)

Comunidad autónoma	Instrumento de financiación	Instrumento normativo	Entidades locales beneficiarias	Índice de evolución	Origen de los recursos
Andalucía	Fondo participación en los tributos de la Comunidad Autónoma	Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía	Municipios	Evolución de los ITA (incumplido)	Participación genérica en los ingresos tributarios
Aragón	Fondo Aragonés de Cooperación Municipal	Ley 5/2022, de 6 de octubre, Reguladora del Fondo Aragonés de Financiación Municipal	Municipios	Endeudamiento relativo de la Comunidad	Participación en los ingresos de la Comunidad
Asturias	Fondo de Cooperación Municipal	Ley del Principado de Asturias 6/2008, de 30 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Tributarias para 2009	Municipios de menos de 40 000 habs.	Ninguno	Dotación en ley de presupuestos
Canarias	Fondo Canario de Financiación Municipal	Ley 3/1999, de 4 de febrero, del Fondo Canario de Financiación Municipal	Municipios adheridos de forma voluntaria	Evolución de las previsiones de ingresos no financieros	Dotación en ley de presupuestos
Cantabria	Fondo de Cooperación Municipal	Ley 5/2020, de 15 de julio, Reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de Cantabria	Municipios	IPC anual de la Comunidad	Dotación en ley de presupuestos
Castilla y León	Fondo de cooperación económica general (municipios de menos de 1000 habs.)	Ley 10/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias y de Financiación de las Entidades Locales vinculada a ingresos impositivos de la Comunidad de Castilla y León	Municipios con población inferior o igual a 1000 habs.	Porcentaje de variación del Presupuesto de ingresos no financieros	Participación genérica en ingresos de impuestos cedidos
	Fondo de participación en los impuestos propios de la Comunidad Autónoma		Municipios y provincias	Recaudación de los impuestos propios	20 % de la recaudación de los impuestos propios de la Comunidad
Cataluña	Fondo de Cooperación Local	Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña	Municipios Comarcas AMB EMD	Ninguno	Participación genérica en los ingresos de la Comunidad

Comunidad autónoma	Instrumento de financiación	Instrumento normativo	Entidades locales beneficiarias	Índice de evolución	Origen de los recursos
Extremadura	Fondo Regional de Cooperación Municipal	Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura	Municipios ELM	Evolución de la recaudación de ingresos tributarios (Incumplido)	Participación genérica en los ingresos tributarios de la Comunidad
	Programas de Colaboración Económica Municipal	DA 5.ª Ley 4/2010, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2011	Municipios	Ninguno	Dotación en la ley de presupuestos
Galicia	Fondo de Cooperación Local	DA 5.ª Ley 4/2010, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2011	Municipios	Porcentaje directo de la recaudación de los ingresos tributarios y precios públicos	Participación directa en porcentaje de recaudación ingresos tributarios y precios públicos
Islas Baleares	Fondo de Cooperación Local	Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears	Municipios ELM	Porcentaje mínimo sobre ingresos propios de la Comunidad (modificado a la baja)	Dotación en la ley de presupuestos
Murcia	Fondo de financiación de las corporaciones locales menores de 5000 habs.	Ninguno (respectivas leyes de presupuestos)	Municipios de menos de 5000 habs.	Ninguno	Dotación en la ley de presupuestos
La Rioja	Fondo de Cooperación Local	Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja	Logroño Cabeceras de comarca Municipios con población superior a 2000 habs.	Ninguno	Dotación en la ley de presupuestos
C. Valenciana	Fondo de Cooperación Municipal	Ley 5/2021, de 5 de noviembre, reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de los Municipios y Entidades Locales Menores de la Comunidad Valenciana	Municipios ELM	Ninguno	Dotación en la ley de presupuestos tras aprobación plan sectorial

Fuente: elaboración propia a partir de las normativas autonómicas

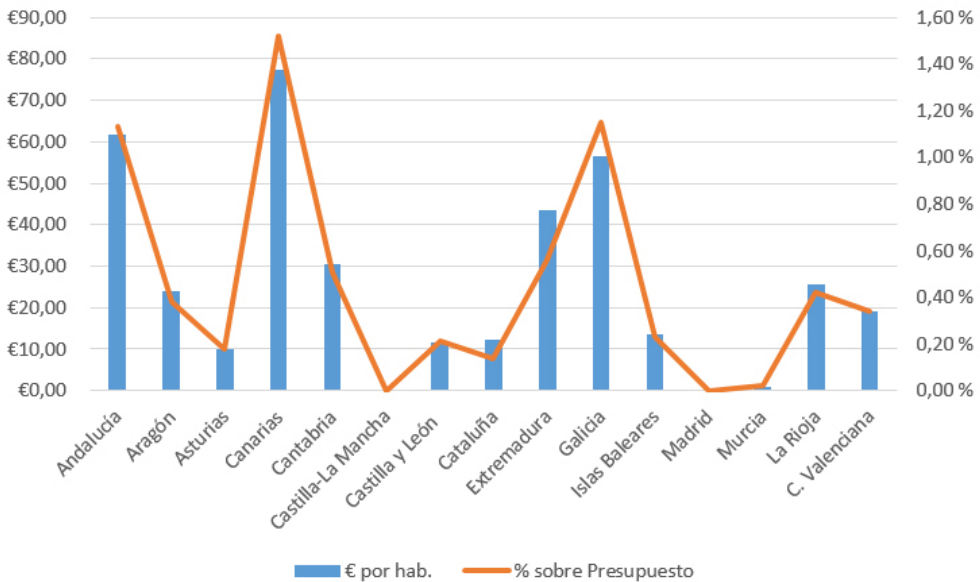
Tabla 2. Instrumentos autonómicos que aportan transferencias incondicionadas a las entidades locales.
Dotación 2024 y financiación por habitante

Comunidad autónoma	Instrumento de financiación	Dotación presupuestaria (2024)	Financiación per cápita (2024)	Porcentaje sobre presupuesto comunidad (2024)
Andalucía	Fondo participación en los tributos de la Comunidad Autónoma	530 000 000 de €	61,62 €	1,13 %
Aragón	Fondo Local de Aragón: Fondo Aragonés de Cooperación Municipal	32 050 000 €	23,90 €	0,38 %
	Fondo Local de Aragón: consejos comarcales	63 521 435,89 €	47,37 €	0,74 %
Asturias	Fondo de Cooperación Municipal	10 000 000 de €	9,96 €	0,18 %
Canarias	Fondo Canario de Financiación Municipal: cuantía de libre disposición	171 724 460 €	77,21 €	1,52 %
Cantabria	Fondo de Cooperación Municipal	17 995 584 €	30,58 €	0,51 %
Castilla y León	Fondo de cooperación económica general: (hasta 1000 habs.)	12 806 303,04 €	5,32 €	0,10 %
	Fondo de participación en los impuestos propios de la Comunidad Autónoma	14 085 032 €	6,28 €	0,11 %
Cataluña	Fondo de Cooperación Local (municipios)	98 551 621,29 €	12,32 €	0,14 %
	Fondo de Cooperación Local (comarcas, Área Metropolitana de Barcelona y ELM)	46 998 360,39 €	5,88 €	0,07 %
Extremadura	Fondo Regional de Cooperación Municipal	45 830 000 €	43,5 €	0,56 %
	Programas de colaboración económica municipal	114 000 000 de €	108,26€	1,40 %
Galicia	Fondo de Cooperación Local	152 278 957 €	56,48 €	1,15 %
Islas Baleares	Fondo de Cooperación Local	16 473 471 €	13,6 €	0,23 %

Comunidad autónoma	Instrumento de financiación	Dotación presupuestaria (2024)	Financiación per cápita (2024)	Porcentaje sobre presupuesto comunidad (2024)
Murcia	Plan de Cooperación Local: Fondo de financiación de las corporaciones locales menores de 5000 habitantes	1 200 000 €	0,77 €	0,02 %
La Rioja	Fondo de Cooperación Local	8 321 829 €	25,73 €	0,42 %
C. Valenciana	Fondo de Cooperación Municipal	100 000 000 de €	19,17 €	0,34 %

Fuente: elaboración propia a partir de leyes de presupuestos 2024 y datos del INE

Gráfico 1. Financiación municipal plenamente incondicionada procedente de los diferentes fondos autonómicos (2024)



Fuente: elaboración propia a partir de datos Tabla 2

9 Conclusiones

Llevamos décadas reivindicando una verdadera participación en tributos de las comunidades autónomas y ansiando que el TC profundizara en el respaldo a esta figura, como eje de la responsabilidad de las comunidades autónomas en la suficiencia financiera de las entidades locales. Sin embargo, la STC 40/2021, aunque contenga algunas certezas, ha hecho un flaco favor a su desarrollo al realizar una interpretación estricta del asentado concepto de PICA (participación general en los ingresos de la Comunidad, como realiza el Estado con las PIE para los municipios de menor tamaño). En este pronunciamiento parece limitarse su alcance a una verdadera participación en tributos propios, transformando este modelo ideal en prácticamente una quimera, teniendo en cuenta el actual contexto de imposición propia heterogénea y con poca capacidad recaudatoria. En el plano formal es cierto que es posible, pero resultará difícil con los tributos propios como referencia articular una aportación efectiva, por volumen, a la autonomía y suficiencia financiera de las entidades locales.

El ejemplo de Castilla y León es esclarecedor en este sentido, pues a pesar de ser pionera en la creación de un verdadero sistema de PATRICA, el escaso peso de la imposición propia (con solo dos figuras) y la asignación de apenas el 20 % de la recaudación para el Fondo, provocan que la dotación de este en términos de financiación por habitante sea muy escasa. Escasa hasta el punto de que es la segunda comunidad que menos recursos destina de entre las que han creado instrumentos de cooperación estables, solo por delante de Asturias, incluso teniendo en cuenta también la parte del Fondo de Cooperación General que se asigna de forma incondicionada a los municipios de menos de 1000 habitantes.

El rayo de luz lo ponen las tres comunidades que aportan recursos incondicionados significativos (Andalucía, Canarias y Galicia, todas por encima del 1 % de su presupuesto de gastos anual), aunque para ello tengan que alejarse inevitablemente de la estricta concepción constitucional y apuesten por sistemas más “rudimentarios” de participación en ingresos. Nuestra postura, ciertamente pragmática, antepone esta contribución efectiva más allá de las características formales de estos fondos o del origen de sus recursos, siempre que se cumplan unos parámetros mínimos. Este 1 % de contribución anual creemos que puede y debe servir de referencia particularmente para las comunidades que mantienen apuestas formalmente válidas pero muy tibias en su dotación.

En todo caso, recordamos que estas aportaciones, incluso siendo ejemplares, apenas alcanzan una quinta parte de la realizada por el Estado a través de la PIE, cuando a nadie escapa que los ingresos tributarios autonómicos guardan una proporción muy superior a esa quinta parte respecto a los estatales.

El carácter aún subordinado y excesivamente politizado de este mecanismo de financiación de las entidades locales se manifiesta en los cuantiosos incumplimientos normativos en que han incurrido —y siguen incurriendo aún— algunas comunidades autónomas, tanto de sus propios estatutos de autonomía como de las leyes en que se desarrollan estos fondos. No actualizar la dotación conforme a los parámetros previstos, no regular los fondos mediante una norma autónoma de rango legal o, simplemente, infra-dotarlos, constituyen incumplimientos flagrantes que parecen camuflarse bajo la falsa concepción de que este esfuerzo autonómico no constituye un imperativo constitucional, sino una práctica discrecional y siempre loable.

Dentro de las últimas novedades que el heterogéneo panorama autonómico siempre nos brinda, hemos de destacar la interesante apuesta de Extremadura por canalizar las habituales subvenciones que mantienen el resto de las comunidades a través de los programas de colaboración económica municipal, con la naturaleza de transferencias de corte claramente finalista, pero incondicionadas en términos de ejecución y control, con una clara vocación de concertación. Sin duda alguna, puede ser una vía que explorar para aligerar las cargas asociadas al perverso vehículo de la subvención y dejar atrás una visión excesivamente paternalista de las aportaciones de la comunidad autónoma a las entidades locales.

Las recientes SSTC 124/2023, de 26 de septiembre, y 143/2023, de 24 de octubre, respaldando la contribución obligatoria de las diputaciones provinciales al Fondo de Cooperación Municipal de la Comunidad Valenciana, pueden parecer una buena noticia para mejorar la entidad de estos fondos, al aumentar el ámbito potencial aportante; sin embargo, entendemos que esconde un planteamiento arriesgado, al poner prácticamente al mismo nivel de contribución a la suficiencia financiera de los municipios dos niveles de gobierno con recursos y competencias muy dispares.

El problema se genera a nuestro modo de ver en el empleo del término “cooperación” como sobrenombre de la mayoría de estos fondos autonómicos, en lugar de hablar simplemente de “financiación” o “participación en tributos”. En este sentido, la RAE define cooperar como “Obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin”, lo que no concuerda con la función de garante de la suficiencia financiera y autonomía local, de la que solo son corresponsables las comunidades autónomas y que se ejerce, únicamente, mediante financiación plenamente incondicionada.

Esta distinción en el caso del Estado está muy clara, existiendo, por un lado, el vehículo de la PIE para canalizar la financiación no finalista, y, por otro, los instrumentos de cooperación económica orientados a financiar inversiones, de carácter finalista⁴⁸.

Dado que las diputaciones también tienen competencias de cooperación, se las pretende implicar en esta suficiencia financiera y autonomía local, de la que solo son corresponsables las comunidades autónomas. Las diputaciones tienen ciertamente competencias en materia de asistencia y cooperación a los municipios; pero esta cooperación lo es en su concepción estricta y no en la concepción amplia que emplean las comunidades autónomas para camuflar su verdadera obligación de dotar de financiación, y no cooperación, a las entidades locales.

10 Bibliografía

- Anglès Juanpere, B. (2017). Naturaleza y evolución de las PICAS en las Comunidades Autónomas de Régimen Común. *Crónica Tributaria*, 163, 7-46.
- Casado Ollero, G. (2002). La participación en los tributos del Estado y de las CC. AA. Autonomía. Suficiencia Financiera. Coordinación. *Tributos Locales*, 19, 15-37.
- Macarro Osuna, J. M., Martín Rodríguez, J. M., Arribas León, M., Herminos Álvarez, M., Ramos Prieto, J. y Trigueros Martín, M.^a J. (2022). *Financiación y colaboración financiera de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las Entidades Locales: situación actual y posibles líneas de reforma*. Sevilla: IEHPA.
- Martín Rodríguez, J. M. (2010). La participación de las entidades locales en los tributos de las comunidades autónomas: la hora de la verdad. *Cuadernos de Derecho Local*, 24, 101-143.
- Medina Guerrero, M. (2012). Asistencia y cooperación económica a los municipios. *Anuario del Gobierno Local 2011*, 173-199.

48. En sus sucesivas normas: Real Decreto 665/1990, de 25 de mayo, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las Entidades locales; Real Decreto 1328/1997, de 1 de agosto, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las Entidades locales; y Real Decreto 835/2003, de 27 de junio, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales. En la actualidad se canalizan principalmente a través de los convenios de cooperación entre las entidades locales y la Administración General del Estado en el marco de los arts. 47 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Ministerio de Administraciones Públicas. (2005). *Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.

Ministerio de Hacienda y Función Pública. (2023). *Haciendas Locales en Cifras. Año 2021*. Disponible en <https://www.hacienda.gob.es/CDI/SGFAL/HHLL%20en%20cifras/HHLL-en-cifras-2021.pdf> (última consulta, 20 de enero de 2024).

Ramos Prieto, J. (2009). *La participación de las haciendas locales en los tributos de las comunidades autónomas*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

— (2021). Situación de la participación en los tributos de las Comunidades Autónomas como recurso de las Haciendas Locales: ¿avance, retroceso o estancamiento? *Tributos Locales*, 152, 149-173.

Ramos Prieto, J., Martín Rodríguez, J. M. y Macarro Osuna, J. M. (2018). ¿Cumplen los instrumentos de colaboración financiera y cooperación económica con las Entidades Locales existentes en las CCAA con el mandato del art. 142 CE? *Tributos Locales*, 137, 11-39.

Suárez Pandiello, J., Bosch Roca, N., Pedraja Chaparro, F., Rubio Guerrero, J. J. y Utrilla de la Hoz, A. (2008). *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*. Salamanca: Federación Española de Municipios y Provincias. Disponible en <http://femp.femp.es/files/566-578-archivo/HACIENDAS%20LOCALES%20RADIOGRAFIA.pdf> (última consulta, 20 de enero de 2024).

Valenzuela Villarrubia, I. (2006). *El sistema de financiación de los entes locales: visión crítica y propuestas para su reforma*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

Zornoza Pérez, J. (2008). La regulación de las participaciones locales en ingresos de las Comunidades Autónomas: una exigencia constitucional. *Cuadernos de Derecho Público*, 33, 11-46.

La Ley reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de la Comunidad Valenciana ante el Tribunal Constitucional: luces y sombras

JESÚS RAMOS PRIETO
*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

1. Introducción

2. Origen de la controversia: la configuración dual del Fondo de Cooperación Municipal de la Comunidad Valenciana

- 2.1. Antecedentes
- 2.2. Características básicas del Fondo de Cooperación Municipal conforme a la Ley 5/2021. Exigencia de aportaciones obligatorias de las diputaciones provinciales
- 2.3. Doble reflejo de la competencia autonómica sobre régimen local en la configuración del fondo
 - 2.3.1. *Naturaleza primaria: instrumento de financiación incondicionado de las Haciendas locales por la comunidad autónoma*
 - 2.3.2. *Naturaleza secundaria: instrumento de coordinación autonómica de la competencia provincial de asistencia y cooperación a los municipios*
- 2.4. Recapitulación: financiación y cooperación económica como ámbitos diferenciados del régimen local

3. Adecuación de la regulación del Fondo de Cooperación Municipal al marco constitucional: sentencias 124/2023 y 143/2023

- 3.1. Autonomía local y coordinación autonómica de las competencias de las provincias

Artículo recibido el 26/02/2024; aceptado el 27/02/2024.

- 3.2. Autonomía local en la vertiente del gasto, suficiencia financiera y coordinación autonómica de las competencias de las provincias
- 3.3. Constitucionalidad de la exigencia de aportaciones obligatorias de las diputaciones provinciales al fondo
 - 3.3.1. *Autonomía local: no hay vaciamiento de competencias provinciales*
 - 3.3.2. *Autonomía de gasto y suficiencia financiera: las aportaciones obligatorias de las diputaciones no son desproporcionadas*
 - 3.3.3. *Consideraciones críticas*
- 3.4. Criterios de distribución de fondo: vulneración del Estatuto de la Comunidad Valenciana
- 4. Reforma del Fondo de Cooperación Municipal por la Ley 7/2023: vuelta al modelo de aportaciones voluntarias de las diputaciones provinciales**
- 5. Conclusión: la conveniencia de deslindar la financiación de las Haciendas locales y la colaboración financiera o cooperación económica local**
- 6. Bibliografía**

Resumen

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en fechas recientes (sentencias 124/2023 y 143/2023) sobre la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley 5/2021, de 5 de noviembre, reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de los Municipios y Entidades Locales Menores de la Comunidad Valenciana. El primero de estos pronunciamientos sintetiza la doctrina sobre dos aspectos fundamentales del régimen local: la garantía constitucional de la autonomía local y las limitaciones al ejercicio de facultades de coordinación por las comunidades autónomas, por un lado; y la dimensión financiera de la autonomía local y la suficiencia de las Haciendas locales, por otro lado. Al proyectar esta doctrina sobre la regulación legal del citado fondo, el Tribunal Constitucional no ha apreciado en ella vicios de inconstitucionalidad, salvo por lo que respecta a la vulneración del Estatuto de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, el criterio adoptado resulta discutible y deja algunas incógnitas en el aire, como lo prueba la formulación de dos votos particulares.

Palabras clave: *financiación local; autonomía provincial; coordinación; Haciendas locales; suficiencia financiera.*

The law governing the municipal cooperation fund of the Valencian Community before the Constitutional Court: lights and shadows

Abstract

The recent judgments (124/2023 and 143/2023) of the Constitutional Court have shed light on the constitutionality of various provisions of Law 5/2021, of 5 November, which regulates the Municipal Cooperation Fund for municipalities and smaller local entities within the Valencian Community. These judgments encapsulate the Court's stance on crucial aspects of the local governance framework: the constitutional safeguard of local autonomy and the constraints on the exercise of coordination powers by autonomous communities, alongside the financial realm of local autonomy and the adequacy of local finances. While the Constitutional Court found no unconstitutional flaws in the regulation of the Fund, except for the breach of the Autonomous Community's Statute, the adopted criterion invites debate and leaves certain ambiguities, as underscored by two dissenting opinions.

Keywords: local finance; autonomy at the provincial level; coordination; municipal finances; financial sustainability.

1 Introducción

Las recientes sentencias del Tribunal Constitucional 124/2023, de 26 de septiembre, y 143/2023, de 24 de octubre, nos han permitido conocer su visión respecto de la naturaleza y configuración de uno de los instrumentos de financiación local implementados por las comunidades autónomas durante los últimos años con el fin de dar cumplimiento al artículo 142 de la Constitución. Se trata del Fondo de Cooperación Municipal de los municipios y entidades locales menores de la Comunidad Valenciana (en adelante FCM), creado por la Ley 5/2021, de 5 de noviembre.

Nuestro análisis se centrará en el primero de esos pronunciamientos, que a pesar de la amplitud del objeto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados se ha traducido en una declaración de inconstitucionalidad circunscrita a solo dos preceptos de la ley autonómica, en concreto a sus artículos

5.6 y 7. En cambio, la Sentencia 143/223 reviste escaso interés, pues tras declarar extinguida, por pérdida sobrevenida de su objeto, la impugnación de esos dos preceptos¹, desestima también con una breve argumentación el cuestionamiento de otros aspectos puntuales de la Ley 5/2021 realizado en el recurso interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox².

Un acercamiento en clave constitucional a las relaciones financieras entre las Haciendas autonómicas y las Haciendas locales (vía transferencias de las primeras hacia las segundas) resulta de especial interés por su indudable trascendencia en el funcionamiento de nuestro modelo descentralizado de gobierno multinivel, máxime si tenemos en cuenta que son muy escasos los pronunciamientos recaídos sobre el tema hasta la fecha.

El más relevante es, sin duda, la Sentencia 40/2021, de 18 de febrero, que enjuició las modificaciones introducidas en 2020 en los dos instrumentos de financiación y cooperación económica local general implementados por la Ley 10/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias y de Financiación de las Entidades Locales vinculada a ingresos impositivos de la Comunidad de Castilla y León: el Fondo de participación en los impuestos propios, por un lado, y el Fondo de cooperación económica local general vinculado a ingresos derivados de los impuestos cedidos por el Estado de gestión directa por la Comunidad Autónoma, por otro lado³.

Mucho más atrás en el tiempo hay que remontarse a la Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, desestimatoria de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid 15/1984, de 19 de diciembre, del Fondo de Solidaridad Municipal de Madrid⁴.

Las comunidades autónomas tienen, en virtud del artículo 142 de nuestra norma fundamental y de las competencias exclusivas en materia de régimen local asumidas en sus respectivos estatutos de autonomía, una obligación de contribuir activamente a la suficiencia de medios de las Haciendas

1. Fundamento jurídico 2.

2. Fundamento jurídico 3, donde se desestiman los motivos de impugnación esgrimidos en relación con los artículos 9.1 y 11, apartados 1.d) y 2.e), y la disposición final primera de la Ley 5/2021.

3. La Sentencia 40/2021 desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra las modificaciones introducidas en la Ley 10/2014 a través del Decreto-ley de la Junta de Castilla y León 6/2020, de 2 de julio, de medidas urgentes para incentivar las medidas de recuperación económica y social en el ámbito local. Para una revisión crítica de este pronunciamiento pueden consultarse Ramos Prieto (2021: 153-157) y Lago Montero (2022: 34-40).

4. Esta sentencia tuvo en su día una amplia resonancia por avalar la constitucionalidad del recargo del 3 % sobre la cuota líquida del IRPF, creado por la comunidad autónoma con el fin de obtener ingresos destinados a la dotación del fondo autonómico de solidaridad municipal. Pero en sus fundamentos jurídicos 10 a 12 se contienen aclaraciones importantes sobre el alcance y los límites de la competencia autonómica para establecer un instrumento de estas características y su compatibilidad con el principio constitucional de autonomía local.

locales. De ahí que ese precepto constitucional contemple la participación en los tributos de las comunidades autónomas como uno de sus tres recursos fundamentales, junto a los tributos propios y la participación en los tributos del Estado. Tras muchos años de inacción, la Ley 5/2021 buscó atender esta obligación constitucional y estatutaria, dando carta de naturaleza al FCM como instrumento de financiación incondicionada o no finalista en el ámbito de la Comunidad Valenciana. No obstante, la ley fue más allá de la mera creación de un mecanismo de transferencias desde la Hacienda autonómica hacia los municipios y entidades locales menores. En el ejercicio de su potestad de coordinación de las competencias locales, concretamente de la competencia de las provincias en materia de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, la comunidad autónoma ha obligado además a las diputaciones provinciales a participar en la dotación económica del fondo mediante aportaciones dinerarias con cargo a sus presupuestos. De esta forma, el fondo sirve a dos objetivos de manera simultánea: financiar a las entidades locales con recursos procedentes del presupuesto autonómico, y coordinar la cooperación económica que las diputaciones llevan a cabo en favor de los pequeños municipios. Como constataremos enseguida, en esa dualidad radica el germen de la controversia residenciada ante el Tribunal Constitucional.

2

Origen de la controversia: la configuración dual del Fondo de Cooperación Municipal de la Comunidad Valenciana

2.1

Antecedentes⁵

En su versión inicial, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, guardaba silencio sobre la implicación de la entonces naciente comunidad autónoma en el sostenimiento de las Haciendas locales. Pero tras su modificación a través de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, su artículo 64.3 asumió un compromiso inequívoco:

“Para potenciar la autonomía local sobre la base del principio de subsidiariedad, por Ley de Les Corts, se creará el Fondo de Cooperación

5. Para un examen más detenido de estos antecedentes nos remitimos a Macarro *et. al.* (2022: 269-273).

Municipal de la Comunitat Valenciana con los mismos criterios que el fondo estatal”.

Pese a ser muy escueta, se trata de una clara exigencia al legislador para que posibilite la transferencia de ingresos desde el presupuesto de la comunidad autónoma al menos hacia los municipios (de ahí el calificativo de “municipal”, que en principio no incluiría a otras entidades locales). Ello engarza, a su vez, con un mandato de velar por la suficiencia de recursos de las Haciendas locales mediante una financiación acorde a una distribución de competencias basada en los principios de descentralización, subsidiariedad y simplificación administrativa, según dispone el artículo 70.2 del propio estatuto.

En cualquier caso, conviene advertir que el panorama previo a 2006 no era del todo baldío. Desde 2005 se puso en marcha un fondo de cohesión territorial⁶, encaminado a promover el equilibrio territorial intermunicipal mediante una línea específica de ayudas, canalizadas en forma de subvenciones y destinadas a la cobertura de determinados gastos corrientes y de inversión de los municipios de menor capacidad económica y de gestión⁷. Este fondo, que alcanzó una dotación presupuestaria máxima de 10 403 400 euros en los ejercicios 2007 y 2008, operó hasta el ejercicio 2016 inclusive.

Pese al anuncio de la reforma estatutaria de 2006, el primer paso para la creación del FCM no se produjo hasta la aprobación de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana. Su artículo 201 (derogado después por la Ley 5/2021) lo abrió a todos los municipios, aunque con el requisito de cumplir la obligación de presentar la cuenta general aprobada ante la Sindicatura de Cuentas y de tener, en su caso, un plan de estabilidad financiera. Y lo concibió como un instrumento destinado a financiar sus servicios, infraestructuras y equipamientos básicos, mediante las dotaciones que se establecieran para cada ejercicio en la ley de presupuestos de la comunidad autónoma. La concreción de los criterios de distribución fue remitida en su integridad a las disposiciones reglamentarias, aunque recogiendo una garantía de posible crecimiento de los recursos en paralelo a la mejora de la financiación de la propia comunidad autónoma respecto a la media nacional de financiación autonómica por habitante.

Sin embargo, aún tuvieron que pasar siete años hasta la implementación efectiva del FCM como instrumento de financiación local de carác-

6. Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2005.

7. En 2005 y 2006 las convocatorias de ayudas quedaron restringidas a los municipios y entidades menores cuya población no excediera de 1500 habitantes. No obstante, a partir de 2007 el fondo se abrió parcialmente a los municipios y entidades de hasta 5000 habitantes.

ter incondicionado y no finalista, en forma de transferencias excluidas de la consideración de subvenciones, a causa de la falta de desarrollo reglamentario de la Ley 8/2010 por parte del Gobierno regional.

Su andadura se inició por fin en 2017 con una dotación inicial por parte de la comunidad autónoma de cuarenta millones de euros (no incrementada en ejercicios posteriores)⁸, merced a la aprobación por el Consell del Decreto 51/2017, de 7 de abril. A efectos de este estudio nos interesa subrayar que esta disposición reglamentaria ya abordó dos aspectos que después se plantearon en la regulación del fondo plasmada en la Ley 5/2021 y que dieron lugar a la impugnación ante el Tribunal Constitucional. Por un lado, se contempló su posible configuración como instrumento mixto, dotado con aportaciones económicas tanto de la comunidad autónoma como de las diputaciones provinciales. Por otro lado, se detallaron los criterios de distribución de los recursos entre las entidades locales beneficiarias. Además, se regularon en sus artículos 9 a 11 la composición, el funcionamiento y las funciones de una comisión de seguimiento del FCM, como órgano de composición mixta responsable de su implementación, seguimiento y control de ejecución anual.

En cuanto al primer extremo, el artículo 8.1 del Decreto 51/2017 contempló la posible adhesión al FCM, con carácter voluntario, de las diputaciones provinciales de Alicante, Castellón y Valencia, mediante el correspondiente acuerdo de su órgano competente, en el ejercicio de sus competencias de vertebración del territorio y en el marco de las relaciones interadministrativas de coordinación y cooperación. Tal incorporación implicaba participar a través de sus presupuestos anuales con aportaciones dinerarias a los municipios y entidades menores de su provincia⁹, conformando así un bloque de recursos adicional al provisto por la comunidad autónoma¹⁰. El preámbulo de la citada norma reglamentaria justificó esta participación de las provincias en sus fines propios y específicos de garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales, y de asegurar la prestación integral y adecuada de los servicios de competencia municipal mediante una asisten-

8. Ley 14/2016, de 30 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2017.

9. Tales aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en virtud de lo dispuesto en su artículo 2.2.

10. En virtud de la disposición final cuarta del Decreto 51/2017, la cuantía inicial a aportar en 2017 por cada diputación provincial que se adhirió al FCM sería igual a la que distribuye la comunidad autónoma en ese ejercicio entre todos los municipios y entidades menores de su provincia. Los posibles incrementos en las cuantías a aportar por las Haciendas provinciales en los ejercicios sucesivos respecto del montante inicial para 2017 debían consensuarse previamente con la comunidad autónoma.

cia económica y financiera que potencie la autonomía local. Como después constataremos, este esquema voluntario de colaboración entre Hacienda autonómica y Haciendas provinciales experimentó un cambio profundo a raíz de la Ley 5/2021.

El otro aspecto concretado por el Decreto 51/2017 fueron las reglas de distribución para determinar los recursos que correspondían a cada entidad beneficiaria, mediante un procedimiento impulsado de oficio por el departamento competente en materia de Administración local. Con relación a las aportaciones de la comunidad autónoma, su artículo 7 previó una fórmula mixta que combinaba dos criterios: una cantidad fija para cada municipio o entidad menor más una cantidad variable en función de la población de derecho según el último padrón municipal vigente, ponderada por coeficientes correctores decrecientes aplicables a cada tramo poblacional de cada entidad beneficiaria y sin computar los habitantes de las entidades menores en la población del municipio. Estos coeficientes, que han venido aplicándose sin variación hasta el ejercicio 2023, son los siguientes:

De 1 a 500 habitantes	4
De 501 a 1000 habitantes	3
De 1001 a 2000 habitantes	2,5
De 2001 a 5000 habitantes	2
De 5001 a 10 000 habitantes	1,5
De 10 001 a 20 000 habitantes	1
De 20 001 a 50 000 habitantes	0,75
De 50 001 a 100 000 habitantes	0,5
Más de 100 000 habitantes	0,25

Se aprecia con claridad que el Gobierno regional entendió que disponía de un amplio margen de configuración para diseñar y ponderar esos criterios de reparto, sin que ello supusiera una vulneración del artículo 64.3 del Estatuto antes transcrito. Después volveremos sobre este particular al hilo de la Sentencia 124/2023.

Por su parte, el artículo 8.1 del Decreto 51/2017 dispuso que las diputaciones provinciales que decidieran adherirse al FCM podrían utilizar las mismas reglas de distribución (con sujeción a idéntico régimen de transferencias incondicionadas) que las contempladas para las aportaciones autonómicas, o, alternativamente, adoptar su propio régimen jurídico y sus reglas de reparto atendiendo a los principios de objetividad y equidad.

2.2

Características básicas del Fondo de Cooperación Municipal conforme a la Ley 5/2021. Exigencia de aportaciones obligatorias de las diputaciones provinciales

Cumplido el primer lustro de funcionamiento del FCM (2017-2021), la vigente Ley 5/2021 optó por proporcionarle un marco normativo de rango legal más amplio que las escuetas pautas marcadas por la Ley 8/2010 (cuyo artículo 201 derogó). No obstante, se aprovechó la ocasión para introducir algunos cambios significativos en su configuración, aunque, eso sí, la aportación autonómica se mantuvo congelada en la cuantía inicial de cuarenta millones de euros, cifra que se ha incrementado en un 25 % (hasta cincuenta millones de euros) en el presupuesto para el presente ejercicio 2024¹¹.

Se preservaron como fines básicos del fondo garantizar la suficiencia financiera de las Haciendas locales, reforzar la autonomía local mediante una financiación global de sus actividades y servicios, y promocionar el equilibrio económico de los entes locales y la realización interna del principio de solidaridad, contribuyendo a que los diferentes núcleos y entidades de población cuenten con una dotación adecuada para la prestación de los servicios de su competencia (artículo 2).

También se mantuvo invariable su naturaleza incondicionada y no finalista, estando las entidades locales facultadas para destinar los recursos recibidos al desarrollo general de sus competencias, sin vinculación a objetivos o finalidades concretos (artículo 3).

Tampoco se introdujeron variaciones sustanciales con respecto al elenco de entidades beneficiarias (artículo 4), que continúan siendo todos los municipios y entidades menores de la Comunidad Valenciana, bajo condición de cumplir la obligación de presentar la cuenta general ante la Sindicatura de Cuentas y de haber remitido al órgano de la Generalitat competente en materia de tutela financiera de las entidades locales, en el supuesto de ser preceptivo, el correspondiente plan económico-financiero, en los términos dispuestos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Por último, se optó asimismo por conservar las reglas de distribución establecidas por el Decreto 51/2017, que como ya hemos explicado consisten en la combinación de una cantidad fija para cada municipio o entidad local menor y otro importe variable, según el número de habitantes, ponderado mediante la aplicación de una serie de coeficientes decrecientes por tramos

11. Ley 8/2023, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2024.

de población (artículo 7). Al no haber sido objeto de un nuevo desarrollo reglamentario se han seguido aplicando hasta el ejercicio 2023 los coeficientes fijados en su día por el artículo 7 del citado decreto¹², que ya vimos que oscilaban entre un máximo de 4 para el tramo comprendido entre 1 y 500 habitantes y un mínimo de 0,25 para el tramo por encima de 100 000 habitantes¹³.

Entre las novedades promovidas por la Ley 5/2021 cabe mencionar, en primer lugar, la previsión de su artículo 9 de que la financiación global por las entidades locales con cargo al FCM pueda verse complementada con la percepción de aportaciones procedentes de otras líneas específicas establecidas mediante decreto. Se da así cobertura legal a dos líneas específicas preexistentes, una para la lucha contra el despoblamiento iniciada en 2018 y otra para los municipios turísticos creada en 2020¹⁴. Ambas se conciben como un complemento de naturaleza incondicionada y no finalista “con objeto de financiar globalmente las actividades y los servicios de las entidades beneficiarias”.

En segundo término, la labor de implementación, seguimiento y control de la ejecución anual del fondo se atribuye a una comisión de colaboración y coordinación, que reemplazó a la comisión de seguimiento creada por el Decreto 51/2007 y cuya composición, funcionamiento y funciones se detallan en los artículos 10 a 12 de la Ley 5/2021.

Pero la modificación de más hondo calado es, sin duda, la referente al modelo de participación de las diputaciones provinciales en el fondo, que pasa de un esquema de aportaciones voluntarias a otro, bien distinto, de

12. Norma que la disposición derogatoria única de la Ley 5/2021 declaró vigente.

13. Véase la resolución de 16 febrero de 2023, de la Presidencia de la Generalitat, sobre la asignación del FCM correspondiente a cada entidad beneficiaria para el ejercicio presupuestario 2023 (DOGV núm. 9537, de 20 de febrero de 2023).

14. La línea específica del FCM contra el despoblamiento de la Comunidad Valenciana fue creada por el Decreto 182/2018, de 10 de octubre, modificado parcialmente por el Decreto 89/2021, de 2 de julio. Responde al propósito de incorporar en el sistema de financiación de las Haciendas locales un componente que tenga en consideración el descenso de población y el envejecimiento de las zonas rurales. Su consolidación como instrumento de financiación incondicionada y no finalista, ajeno al régimen jurídico de las subvenciones, ha venido de la mano de la Ley 5/2023, de 13 de abril, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial en la Comunidad Valenciana (artículo 8). En 2022 contó con una dotación de cuatro millones de euros, distribuida entre las entidades beneficiarias por la resolución de la Presidencia de la Generalitat de 21 de junio de 2022 (DOGV, núm. 9390, de 25 de julio de 2022), quedando en suspenso en 2023 tras el relevo acontecido en el Gobierno autonómico. Para una revisión de las características de esta línea diferenciada del FCM puede consultarse nuestro trabajo Ramos Prieto (2023: 107-112).

Por su parte, la línea específica del FCM para municipios turísticos se activó mediante el Decreto 142/2020, de 25 de septiembre, modificado por el Decreto 65/2023, de 5 de mayo. En 2023 tuvo una dotación global de cuatro millones y medio de euros, repartidos entre los ayuntamientos beneficiarios mediante la resolución de la Presidencia de la Generalitat de 24 de mayo de 2023 (DOGV núm. 9604, de 26 de mayo de 2023).

aportaciones obligatorias. De las razones que motivaron tan ostensible cambio de paradigma dio cuenta el preámbulo de la propia Ley 5/2021:

“Las diputaciones provinciales, que ostentan, entre sus competencias propias, las de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, conforme al apartado 1.b del artículo 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, podían participar voluntariamente en esta primera fase de implementación del Fondo de Cooperación Municipal.

Este Fondo de Cooperación Municipal se ha implementado y dotado presupuestariamente, por la Generalitat, durante todos los ejercicios posteriores a la entrada en vigor del referido decreto, pero la participación de las distintas diputaciones provinciales, que se han ido incorporando progresivamente, ha sido mayoritaria, pero no completa. Ello ha provocado disfuncionalidades del sistema en cuanto a que los municipios de nuestra Comunitat reciben financiación básica sustancialmente diferente en función de la provincia a la que pertenecen. Esto conlleva la necesidad de un nuevo sistema de cooperación y coordinación, en una materia tan trascendental como la financiación básica municipal, que supone también una exigencia de realizar la cooperación y la coordinación a través de un determinado y concreto instrumento, como es el plan sectorial, en cuya tramitación debe garantizarse la participación de los propios entes locales afectados con la finalidad de armonizar todos los intereses públicos en juego.

Por tanto, resulta necesario un nuevo marco jurídico, incluido en el Plan normativo de la Administración de la Generalitat para 2020, con el fin de garantizar, mediante una norma con rango de ley, que el sistema de financiación local goce de estabilidad y de las máximas garantías de permanencia y equidad territorial para los municipios y las entidades locales menores, que están prestando servicios públicos esenciales desde la proximidad, con el fin de asegurar la sostenibilidad financiera de los municipios y la cobertura de las necesidades básicas de la ciudadanía en el marco de sus competencias.

[...]

La cofinanciación del Fondo de Cooperación Municipal por la Generalitat y las diputaciones provinciales se debe efectuar conforme al principio de proporcionalidad y equidad territorial, con el objeto de garantizar que toda la ciudadanía reciba un nivel mínimo de prestaciones en los servicios públicos locales y que no se produzca ningún tipo de diferencias injustificadas en la financiación de los municipios por su ubicación territorial”.

Según aclara el artículo 2.2 de la Ley, el fundamento para apoyar la obligatoriedad de la participación de las Haciendas provinciales en la financiación básica de los municipios a través de este fondo es la declaración de interés general de la Comunidad Valenciana, de conformidad con el artículo 66.3 del Estatuto de Autonomía, de las funciones de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica de las diputaciones provinciales a los municipios¹⁵. La comunidad autónoma asume así funciones de coordinación con la pretensión, según reza pomposamente el artículo 5, de procurar un “sistema estable y permanente de financiación” de los municipios y las entidades locales menores, sostenido de forma conjunta por la Hacienda autonómica y las Haciendas provinciales.

El instrumento concebido para materializar dicho sistema es el denominado plan sectorial de financiación básica del FCM regulado en el artículo 5 de la Ley 5/2021, que el Consell debe aprobar durante el primer semestre de cada ejercicio, con la participación de la comisión de colaboración y coordinación prevista en esta ley, con miras a su aplicación en el siguiente ejercicio. Este plan sectorial ha de contener, a la vista de los datos oficiales disponibles a uno de enero del ejercicio de su aprobación, un análisis de la situación de financiación de las entidades locales, la fijación de objetivos y prioridades estratégicas, la determinación de las cuantías globales a aportar por la Generalitat (mediante el crédito correspondiente en su ley de presupuestos) y por cada diputación provincial, y el resto de directrices de coordinación necesarias que se puedan prever reglamentariamente¹⁶.

Al servicio de esa coordinación se faculta al Gobierno regional para recabar información de las diputaciones y efectuar las comprobaciones que considere oportunas. Por su parte, las diputaciones provinciales, antes de la aprobación de sus proyectos de presupuesto, están sujetas a un deber de comunicación al departamento competente en materia de régimen local, que, en un plazo de quince días, podrá manifestar las objeciones respecto a aquellas previsiones presupuestarias que supongan infracción de las directrices de coordinación. Los eventuales reparos se pondrán de manifiesto para que las diputaciones afectadas los tengan en cuenta en el momento de aprobar sus presupuestos. Estas previsiones procedimentales se cierran con una mención

15. El artículo 66.3 del Estatuto valenciano habilita a la Generalitat para coordinar las funciones propias de las diputaciones provinciales que sean de interés general de la comunidad autónoma.

16. El plan sectorial de financiación básica del FCM para el ejercicio 2023, aprobado por acuerdo del Consell de 17 de junio de 2022 (DOGV núm. 9396, de 2 de agosto de 2022), fija para las diputaciones de Alicante, Castellón y Valencia un montante total de aportaciones de 40 000 000 de euros, desglosado respectivamente en 13 457 645 euros, 6 063 840 euros y 20 478 515 euros. Si se comparan con el presupuesto de cada una de ellas en ese ejercicio (325 740 726,89 euros, 188 263 501,33 euros y 646 108 540,36 euros), representan un 4,13 %, 3,22 % y 3,16 %.

a las facultades de impugnación de la comunidad autónoma de los acuerdos de las diputaciones que infrinjan las normas y las obligaciones derivadas de la Ley 5/2021, así como a la posibilidad de que el Consell requiera a la presidencia de la diputación para que se respeten las directrices de coordinación, con indicación de las rectificaciones o subsanaciones que procedan.

A partir de esta concepción, el artículo 8 de la Ley 5/2021 hizo patente que la participación de las diputaciones en el modelo de transferencias incondicionadas del FCM mudaba su carácter de voluntaria a obligatoria, traducándose en aportaciones dinerarias realizadas en el ejercicio de sus competencias propias y excluidas del régimen jurídico de las subvenciones. Las diputaciones pasaban así a tener que destinar recursos propios y adecuados a los objetivos del fondo a las dotaciones aprobadas para cada ejercicio en el plan sectorial de financiación básica, en orden a efectuar las correspondientes transferencias a los municipios y las entidades locales menores de su provincia, “distribuyendo las cuantías correspondientes en su respectivo ámbito provincial y utilizando las mismas reglas de distribución, de conformidad con el principio de equidad territorial, con el objeto de garantizar que toda la ciudadanía reciba un nivel mínimo de prestaciones en los servicios públicos locales”.

2.3

Doble reflejo de la competencia autonómica sobre régimen local en la configuración del fondo

Una vez examinadas las características del FCM de la Comunidad Valenciana, resulta incontrovertido el anclaje de una norma de las características de la Ley 5/2021 en la competencia exclusiva de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de régimen local que todas las comunidades autónomas han asumido a través de sus respectivos estatutos de autonomía, dentro de las bases del régimen jurídico de las Administraciones locales dictadas por el Estado de conformidad con el artículo 149.1.18.^a de la Constitución¹⁷. Como aclaró el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, la expresión “régimen local” tiene un carácter globalizador comprensivo de la totalidad de los aspectos que se refieren a la Administración local, incluidas las “Haciendas locales”¹⁸.

17. En el caso de la Comunidad Valenciana la competencia exclusiva sobre régimen local aparece recogida en el artículo 49.1.8.^a de su estatuto de autonomía. De él trae causa la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana.

18. Sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, fundamento jurídico 4.c), y más recientemente Sentencia 79/2018, de 5 de julio, fundamento jurídico 3.b).

Sin embargo, la configuración del FCM resultante de este texto legal resulta compleja, por cuanto responde a una concepción dual o híbrida de este instrumento. En concreto, al ejercer con él su título competencial en esta materia la comunidad autónoma pretendió abarcar dos ámbitos diferenciados del régimen local.

2.3.1

Naturaleza primaria: instrumento de financiación incondicionado de las Haciendas locales por la comunidad autónoma

Como punto de partida, el FCM ha respondido desde su nacimiento en 2017 a la voluntad del legislador autonómico de desarrollar la vertiente financiera de las Haciendas municipales, poniendo a su disposición transferencias incondicionadas con el fin de mejorar su suficiencia de recursos y, por ende, su autonomía. Como se indica en su preámbulo, “competencias propias y la financiación incondicionada constituyen la expresión de la autonomía local”. De esta forma, se da cumplimiento a un mandato constitucional, porque, como ha remarcado el Tribunal Constitucional, cada comunidad autónoma “que tiene atribuida la capacidad de determinar el ámbito competencial local en el ámbito de sus competencias, es constitucionalmente responsable, junto con el Estado, de garantizar la suficiencia financiera de los entes locales”. En este sentido, “la responsabilidad autonómica en la tarea de dotar de recursos económicos suficientes a los entes locales” se encuentra explicitada en el artículo 142 de la Constitución, concebido como “un mandato cuyos destinatarios son tanto el Estado como las comunidades autónomas”¹⁹.

En definitiva, con la creación del fondo en 2017 y la consolidación de su marco normativo a través de la Ley 5/2021, la Comunidad Valenciana se ha sumado al grupo de comunidades autónomas que tratan de observar ese precepto constitucional, poniendo en marcha fondos o programas de transferencias incondicionadas a las Haciendas locales²⁰. En algunas de ellas, como Andalucía, Castilla y León y Galicia, se ha optado por la vía de implementar fondos de participación en los tributos de la Hacienda autonómica, que es precisamente el recurso contemplado en el citado artículo 142 de nuestra norma fundamental. En el resto de las comunidades autónomas (salvo Castilla-La Mancha y Madrid, que persisten en un modelo limitado a

19. Sentencia 82/2020, de 15 de junio, fundamento jurídico 7.

20. Para un estudio sistemático de los distintos fondos, con datos actualizados al ejercicio 2022, nos remitimos al capítulo 2 del amplio trabajo de Macarro *et. al.* (2022: 57-281). Una valoración crítica general puede verse también en Ramos Prieto (2022: 195-204).

transferencias condicionadas) se ha acudido a la solución de crear fondos o programas de cooperación local que se traducen en parte en transferencias incondicionadas o no finalistas a las entidades locales, a modo de participación genérica en los ingresos de la Hacienda autonómica.

Ciertamente, la relevancia cuantitativa de esos fondos de financiación resulta muy desigual, así como sus criterios de dotación y reparto. Mientras en algunos casos el esfuerzo que suponen en el conjunto de presupuesto autonómico resulta bastante significativo (así sucede, en especial, en Andalucía, Aragón, Canarias, Extremadura o Galicia), en otros su peso relativo en el conjunto del gasto público de la comunidad autónoma sigue siendo muy reducido o casi testimonial. En este segundo bloque figura sin duda la Comunidad Valenciana, dado que la dotación del FCM para 2024 (cincuenta millones de euros, un 25 % más que en ejercicios anteriores) apenas representa un 0,16 % sobre el total de gasto de la Generalitat autorizado por la ley de presupuestos (29 732 195 350 euros). Las cifras hablan por sí solas y nos eximen de más comentarios.

2.3.2

Naturaleza secundaria: instrumento de coordinación autonómica de la competencia provincial de asistencia y cooperación a los municipios

Sin embargo, como ha quedado expuesto más arriba, la reconfiguración obrada en el FCM por la Ley 5/2021 le añadió una segunda función, desde el momento en que la comunidad autónoma lo conectó también con la dimensión material o sustantiva de su competencia exclusiva sobre el régimen local.

El fondo se convirtió así en un instrumento para coordinar desde el Gobierno regional, con fundamento en el artículo 66.3 del Estatuto de Autonomía, la actuación de las diputaciones provinciales en el ejercicio de una competencia propia que, conforme a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (artículo 31.1.b)²¹, forma parte del núcleo irreductible de la garantía institucional de la autonomía provincial: la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión. Al amparo del mencionado precepto estatutario, estas funciones fueron declaradas de interés gene-

21. En la redacción dada por el artículo 1 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

ral de la comunidad autónoma como paso previo para, a renglón seguido, obligar a las diputaciones a realizar aportaciones dinerarias al FCM a través de un plan sectorial de financiación básica.

2.4

Recapitulación: financiación y cooperación económica como ámbitos diferenciados del régimen local

En nuestra opinión, la decisión de la Ley 5/2021 de transformar la naturaleza del FCM de la Comunidad Valenciana en un instrumento mixto no fue acertada, al mezclar dos funciones diferentes: la financiación básica de las Haciendas locales, que corresponde por mandato constitucional y estatutario a la comunidad autónoma como parte de su competencia exclusiva sobre el régimen local; y la cooperación económica con los municipios como competencia que identifica por antonomasia a las diputaciones provinciales y que, por supuesto, también pueden desarrollar el Estado y la propia comunidad autónoma de forma complementaria respecto de múltiples ámbitos de la actuación pública en los que se produce una concurrencia de competencias estatales, autonómicas y locales (urbanismo, ordenación del territorio, vivienda, sanidad, educación, turismo, servicios sociales, patrimonio cultural, etc.)²².

Conviene no confundir una y otra vertiente del régimen local, que responden a objetivos y parámetros dispares. La financiación básica debe garantizarse a todos los municipios a través de transferencias incondicionadas. En cambio, la cooperación económica se dirige a los municipios de menor población y capacidad de gestión, receptores de transferencias condicionadas o subvenciones afectas a fines u objetivos en sectores concretos. Desde un punto de vista normativo, tal dualidad se refleja, por ejemplo, en algunos de los estatutos de autonomía de segunda generación, como los de Cataluña²³ y Andalucía²⁴, que distinguen entre la participación en los tributos de la comunidad autónoma por medio de un fondo de financiación de carácter incondicionado y los programas de colaboración financiera específica para materias concretas.

Esa separación se aprecia asimismo con nitidez en la normativa estatal, que regula por separado la financiación de las Haciendas locales con car-

22. Para una clarificadora visión de la cooperación económica con los municipios como "tarea común" del Estado autonómico véase Medina Guerrero (2012: 185-196).

23. Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, artículo 219.1.

24. Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, artículo 192.1.

go a transferencias de la Hacienda estatal y la cooperación económica con las entidades locales que el Estado desarrolla, con carácter voluntario, de acuerdo con el artículo 57.1 de la citada ley de bases de 1985. De la primera se ocupa el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLRHL), que para atender el mandato del artículo 142 de la Constitución regula con detalle la participación en los tributos del Estado de los municipios (artículos 111 a 126) y de las provincias (artículos 135 a 146). De la segunda, el Real Decreto 835/2003, de 27 de junio, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales²⁵.

Por otro lado, esta importante distinción entre financiación incondicionada y cooperación económica mediante subvenciones cuenta con el refrendo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2021, de 18 de febrero, citada en la introducción de este estudio. En ella se marca una línea divisoria, al hilo del examen de la legislación de Castilla y León, entre un fondo de participación de las Haciendas locales en los tributos de la comunidad autónoma, que “devienen así en ‘coparticipados’ entre la comunidad autónoma y las entidades locales, en cumplimiento del art. 142 CE”, y un fondo de cooperación económica local general que presenta los rasgos propios de las subvenciones.

En la inoportuna mezcolanza que introdujo la Ley 5/2021 en el FCM de la Comunidad Valenciana está el origen del conflicto ante el Tribunal Constitucional que pasamos a relatar con brevedad.

3

Adecuación de la regulación del Fondo de Cooperación Municipal al marco constitucional: sentencias 124/2023 y 143/2023

Los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 5/2021 tienen el denominador común de considerar que la participación forzosa de las diputaciones provinciales en el FCM vulnera la garantía constitucional de la autonomía de las provincias reconocida en los artículos 137 y 141 de la Constitución y colisiona, asimismo, con la proyección de dicha autonomía en la esfera financiera y el principio de suficiencia plasmados en el artículo 142 del texto constitucional.

25. El primero de los objetivos que el artículo 1 de este Real Decreto asigna al programa de cooperación económica local es contribuir a la realización de las inversiones locales incluidas en los planes provinciales e insulares de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, previstos en el artículo 36.2 de la Ley 7/1985. El Real Decreto 835/2003 fue objeto de un conflicto positivo de competencia planteado por la Generalitat de Cataluña, resuelto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 159/2011, de 19 de octubre.

Antes de verificar si concurren o no estos vicios de inconstitucionalidad, la Sentencia 124/2023 recoge en sus fundamentos jurídicos 5 a 7 un extenso exordio sobre la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la autonomía y la suficiencia financiera local, con especial remisión al contenido de la Sentencia 82/2020, de 15 de julio, como condensación de dicha doctrina²⁶.

3.1 Autonomía local y coordinación autonómica de las competencias de las provincias

¿Hasta qué punto puede una comunidad autónoma modular una competencia propia de las provincias de carácter instrumental (por tener a los municipios de su ámbito territorial como destinatarios inmediatos), ejerciendo facultades de coordinación? Como paso previo a dar respuesta a este interrogante, el Tribunal Constitucional procede a un resumen de su doctrina con apoyo en diversos pronunciamientos recientes²⁷, sobresaliendo los aspectos siguientes:

- A pesar de la indefinición constitucional de las competencias locales, la autonomía constitucionalmente garantizada supone un derecho de participación de la comunidad local en el gobierno y la administración de los asuntos que le atañan.
- Como tal, es una cualidad intrínseca o definitoria de las propias entidades locales que corresponde desarrollar en sus aspectos básicos al legislador estatal conforme al artículo 149.1.18.^a de la Constitución y regular, de manera más concreta, a los legisladores sectoriales estatal y autonómicos, cada uno en función de sus competencias, debiendo respetar los legisladores sectoriales autonómicos tanto la legislación básica estatal como la regulación del régimen local prevista en el respectivo estatuto de autonomía.
- El test para determinar si una intervención del legislador autonómico en la regulación del régimen local respeta o no la autonomía local pasa por valorar tres parámetros: “i) si hay intereses supralocales que justifiquen que la comunidad autónoma haya dictado

²⁶. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana.

²⁷. Sentencias del Tribunal Constitucional 41/2016, de 3 de marzo, fundamentos jurídicos 9 y 11.b); 111/2016, de 9 de junio, fundamentos jurídicos 11 y 12; 45/2017, de 27 de abril, fundamento jurídico 3.b); 54/2017, de 11 de mayo, fundamento jurídico 4.b); 101/2017, de 20 de julio, fundamento jurídico 5.a); 105/2019, de 19 de septiembre, fundamento jurídico 4, y 82/2020, de 15 de julio, fundamento jurídico 5.

esta regulación; ii) si el legislador autonómico ha ponderado los intereses municipales afectados; y iii) si ha asegurado a los ayuntamientos implicados un nivel de intervención tendencialmente correlativo a la intensidad de tales intereses”.

- El legislador sectorial (estatal o autonómico), atendiendo a intereses generales de alcance supralocal, puede conferir a niveles de gobierno superiores (Estado o comunidades autónomas) mecanismos de intervención sobre el ámbito competencial local que limiten la autonomía de municipios o provincias con sujeción a una serie de condiciones y requisitos. Así sucede con la posibilidad de ejercer facultades de coordinación de la actividad de las entidades locales, que como límite al pleno ejercicio de sus competencias propias se prevé en la legislación estatal básica (artículos 10.2 y 59.1 de la Ley 7/1985) y, en el caso de la Comunidad Valenciana, en el artículo 66.3 de su estatuto de autonomía.
- Aunque no supongan una sustracción de competencias de titularidad local, las facultades de coordinación conllevan un cierto poder de dirección, frente a la voluntariedad característica de las fórmulas de colaboración o cooperación, que legitiman el establecimiento unilateral de medidas armonizadoras a la búsqueda de una concertación de la actuación de los entes públicos involucrados.
- Al afectar de manera inevitable a la garantía constitucional de la autonomía local, la facultad de coordinación de la comunidad autónoma está sometida a una doble exigencia de predeterminación y proporcionalidad, desgranada en una serie de requisitos sustantivos y procedimentales en la normativa estatal básica.
- La exigencia de predeterminación supone que la coordinación venga atribuida de forma específica y suficientemente precisa, con el fin de que las diputaciones provinciales puedan conocer con carácter previo su alcance. Para ello deben concretarse para cada materia, servicio o competencia los intereses generales o comunitarios, a través de planes sectoriales para la fijación de objetivos y la determinación de prioridades de la acción pública en la materia. Tales planes deben tramitarse con la participación de las Administraciones afectadas, al objeto de buscar la armonización de los intereses públicos en presencia.
- La proporcionalidad conlleva una “obligación de graduar el alcance o intensidad de la intervención de cada nivel territorial ‘en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias’”. De ahí que se demande,

por un lado, que las actividades o servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de estas; y, por otro lado, que la “coherencia de la actuación de las Administraciones públicas” no pueda alcanzarse por los procedimientos de cooperación voluntaria o estos resultaran manifiestamente inadecuados por razón de las características de la tarea pública de que se trate.

3.2

Autonomía local en la vertiente del gasto, suficiencia financiera y coordinación autonómica de las competencias de las provincias

¿Hasta qué punto puede una comunidad autónoma, al amparo de su facultad de coordinación, limitar la autonomía de las diputaciones provinciales en la vertiente del gasto y su suficiencia financiera, exigiéndoles aportaciones forzosas a un fondo autonómico de cooperación municipal?

Nunca se había planteado hasta la fecha un supuesto análogo que pudiera servir de precedente o *leading case*. Sin embargo, había un caso no idéntico, pero sí con ciertas semejanzas, que se abordó en la Sentencia 48/2004, de 25 de marzo, a la que curiosamente alude en varias ocasiones la Sentencia 124/2023 al explicar el alcance de la autonomía local en el plano financiero, pero sin dar cuenta de la norma controvertida. En aquella ocasión la discusión versó sobre una detracción forzosa de fondos provinciales, en forma de participación de la comunidad autónoma de Cataluña en los ingresos de las diputaciones provinciales, que fue declarada inconstitucional por lesionar la autonomía local en la vertiente del gasto público²⁸.

28. La Sentencia 48/2004, de 25 de marzo, fundamento jurídico 10, declaró inconstitucional el artículo 12 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/1987, de 4 de abril, de régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales. Tal precepto imponía a estas corporaciones, con motivo del traspaso a la Generalitat de servicios que venían desarrollando en virtud de sus propias competencias, una detracción de fondos a favor de la Hacienda autonómica, consistente en un porcentaje de participación en sus ingresos corrientes. Para el Tribunal esta “detracción forzosa de fondos provinciales no sólo limita directamente la plena disponibilidad de sus ingresos, mermándolos, por parte de las Diputaciones provinciales catalanas para ‘el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas’ (art. 142 CE), sino que, al imponer a las citadas corporaciones provinciales la transferencia anual de un porcentaje actualizable de sus ingresos a favor de la comunidad autónoma, condiciona, al mismo tiempo, indirectamente, la capacidad de aquéllas de decidir libremente sobre el destino de sus recursos o ingresos”. Tales vicios de inconstitucionalidad ya habían sido denunciados con anterioridad por autores como Ferreiro y Agulló (1991: 228-229), Medina Guerrero (2003: 80-91), Aragonés Beltrán (2003: 122-133) y López Díaz (2003: 465-469). Este pronunciamiento, que cuenta con un interesante voto particular de la magistrada doña Elisa Pérez Vera, ha recibido la

De nuevo, antes de responder el Tribunal Constitucional recopila las líneas maestras de su doctrina, invocando de forma reiterada la Sentencia 82/2020. Nos interesa hacer hincapié aquí en cinco puntos:

- La garantía constitucional de suficiencia de recursos financieros es predicable de las diputaciones provinciales, que de otro modo difícilmente podrían cumplir con su función principal y definitoria: la asistencia y cooperación económica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión. Esta actividad, que conforma el núcleo de la autonomía provincial, se lleva a la práctica mediante el ejercicio de su capacidad financiera o de gasto público.
- En la vertiente del gasto público, la autonomía local se manifiesta en la “capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo la propia responsabilidad, los gastos necesarios para el ejercicio de las competencias”. Y entraña dos exigencias. De una parte, la plena disponibilidad por las entidades locales de sus ingresos, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias. De otra parte, la capacidad de decisión sobre el destino de sus fondos, también sin condicionamientos indebidos. En consecuencia, abarca tanto la fijación del destino y orientación del gasto público como su cuantificación y distribución dentro del marco de sus competencias.
- El reconocimiento de una amplia autonomía de gasto a las provincias no conlleva que el ámbito sobre el que aquella se proyecta constituya una “esfera total y absolutamente resistente a cualquier mínima incidencia o afectación proveniente de otros niveles de gobierno”. Por el contrario, dicha autonomía puede ser restringida por el Estado y las comunidades autónomas dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad, por ejemplo, en virtud de las facultades coordinadoras.
- Sin embargo, esta facultad de coordinación tiene sus límites. En concreto, para preservar lo que el Tribunal Constitucional califica como “el reducto esencial e indisponible de la autonomía provincial en su vertiente presupuestaria”, lo que el legislador estatal o autonómico tiene vedado “es la ausencia de graduación del alcance o intensidad de la coordinación en función de la relación

valoración positiva de Medina Guerrero (2004: 102 y ss.), López Díaz (2004: 16-17, 29-32) y Macho Pérez (2004: 21 y ss.).

existente entre los intereses locales y supralocales o comunitarios dentro de tales asuntos o materias”.

- Al conectar la potestad de coordinación de una comunidad autónoma con la posible imposición de cargas económicas a las Haciendas provinciales, el Tribunal concluye que “la eventual vulneración de la autonomía provincial en la vertiente del gasto público no derivaría del simple hecho de que una ley autonómica conllevara unas cargas económicas y unas obligaciones para las diputaciones provinciales, sino del hecho de que en la ley autonómica se determinasen aquellas, sin tener en cuenta la relación existente entre los intereses locales y supralocales concurrentes”.

3.3

Constitucionalidad de la exigencia de aportaciones obligatorias de las diputaciones provinciales al fondo

Con los mimbres anteriores, el Tribunal evalúa si la imposición por parte de la Ley 5/2021 de una participación forzosa de las diputaciones provinciales en la dotación económica del FCM infringe la garantía institucional de la autonomía provincial y su suficiencia financiera, concluyendo que no existe tal vulneración en ninguno de los preceptos impugnados por este motivo (artículo 2.2, artículo 5, apartados 1, 2, 5 y 6, y artículo 8)²⁹.

3.3.1

Autonomía local: no hay vaciamiento de competencias provinciales

El Tribunal Constitucional admite, como punto de partida, que la declaración de interés general de la Comunidad Valenciana de la función de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica de las diputaciones provinciales a los municipios se justifica por la finalidad de asegurar una financiación básica y estable a todos ellos o, lo que es lo mismo, de apuntalar su suficiencia

²⁹. Debemos advertir que el apartado 6 del artículo 5, relativo al posible requerimiento por el Consell a la presidencia de la diputación en caso de infracción de las normas y obligaciones derivadas de la Ley 5/2021, ha sido declarado inconstitucional únicamente respecto del inciso “en aplicación del artículo 66 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana”. La razón, puramente formal, de esta declaración radica en que dicho precepto estatutario solo contempla la posibilidad de requerimiento en relación con la ejecución por las diputaciones provinciales de competencias delegadas por la comunidad autónoma.

financiera. Para ello, la Ley 5/2021 implementa un mecanismo autonómico de financiación municipal no solo integrado por fondos propios de la comunidad autónoma, sino complementado también por recursos económicos aportados de manera imperativa por las Haciendas provinciales conforme a los planes sectoriales que se aprueben anualmente.

Para el Tribunal resulta inobjetable la finalidad a que se destinan esos recursos económicos provinciales, la financiación municipal, que asimila sin mayor explicación a la función esencial de las diputaciones provinciales de proporcionar asistencia económica a los municipios de su territorio. En concreto, sostiene que con la obligación de contribuir a la dotación financiera del FCM que impone la Ley 5/2021 a las diputaciones provinciales “no se estaría obligando a estas a hacer algo distinto de aquello a lo que están obligadas constitucional y legalmente”. No compartimos estas afirmaciones, sobre las que se sustenta el resto de su argumentación, pues como antes recalcamos la financiación (por definición incondicionada) y la cooperación económica (por definición finalista o condicionada para materias concretas) son funciones sustancialmente distintas, que no deben equipararse³⁰. Dicho con otras palabras, el Tribunal Constitucional da por bueno que una comunidad autónoma pueda instar a sus diputaciones a destinar recursos que en principio se emplearían para desarrollar su competencia propia de cooperación económica a atender la financiación municipal, función ajena a su esfera competencial y de la que es corresponsable la comunidad autónoma, junto al Estado, ex artículo 142 de la Constitución³¹.

30. En su voto particular a la Sentencia 124/2023 el magistrado Sáez Valcárcel expresa esta idea con rotundidad, con una tesis que suscribimos: “la sentencia incurre en un error de concepto cuando equipara la ‘financiación municipal’ —cuya cobertura mínima corresponde por imperativo constitucional al Estado y a la comunidad autónoma— y la ‘asistencia y cooperación a los municipios’ —competencia propia de las provincias, que puede consistir en ayuda no solo económica, sino también jurídica y técnica: art. 36.1 LBRL—. Tal equiparación no es correcta, ya que lo primero es un *prius* lógico respecto de lo segundo. En otras palabras, el núcleo de la actividad de las provincias consiste en apoyar a unos municipios cuya suficiencia financiera ha de encontrarse ya cubierta, sin que la comunidad autónoma pueda transformar la finalidad y naturaleza de esa competencia provincial alegando que de lo contrario no se satisface la suficiencia financiera de los municipios. Admitir algo así supone una confusión inasumible de responsabilidades y competencias autonómicas y provinciales, y abre la vía para la anulación de las provincias por parte de las comunidades autónomas”.

31. El voto particular a la Sentencia 124/2023 del magistrado Arnaldo Alcubilla, al que se adhieren la magistrada Espejel Jorquera y el magistrado Tolosa Tribiño, se muestra muy crítico en este punto, al estimar que el Tribunal ha aceptado de forma crítica la justificación que ofrece el preámbulo de la Ley 5/2021 (la existencia de un interés autonómico en la contribución de las diputaciones provinciales a la financiación local). En su opinión, esta justificación del legislador autonómico “no acierta a explicar por qué la consecución de una finalidad de su competencia, la garantía de la suficiencia financiera de los municipios valencianos, requiere la aplicación coactiva de fondos ajenos, como los de las diputaciones provinciales. Lo que hace la ley autonómica no es coordinar, entendido en el sentido de fijación de criterios de obligado cumplimiento en la función provincial de cooperación y asistencia técnica a los municipios,

Dado que no compartimos la premisa, resulta previsible que tampoco nos resulten del todo convincentes el resto de las explicaciones que ofrece la Sentencia 124/2023 para descartar que se haya producido una afectación constitucionalmente intolerable de la autonomía provincial, en especial en su vertiente financiera.

Conforme al precedente sentado por la Sentencia 27/1987, de 27 de febrero³², no se aprecian inconvenientes para entender que no se vulnera la garantía constitucional de la autonomía local por el hecho de que la Comunidad Valenciana, en aplicación de la Ley 7/1985 y de su estatuto de autonomía, declare de interés general esa función de las provincias de asistencia y cooperación a los municipios, con el fin de proceder a su coordinación mediante una participación en su financiación básica a través del FCM. Eso sí, para ello es preciso que no se les prive, de manera sustancialmente relevante, de esa competencia propia y nuclear, colocándolas en una posición de subordinación jerárquica o cuasi jerárquica y agotando su propio ámbito de decisión en la materia, y que se cumplan, además, las condiciones antes indicadas de predeterminación y proporcionalidad.

En este sentido, el Tribunal insiste en que la competencia provincial de cooperación y asistencia económica a los municipios no puede agotarse por su canalización a través del FCM³³, lo que implica, a efectos prácticos, que “cuando se determine en cada plan sectorial la aportación económica de cada diputación provincial, ha de restar a estas un amplio margen de decisión autónoma para el ejercicio de su nuclear función de asistencia y cooperación económica a los municipios de su territorio”.

A continuación, el Tribunal pasa a verificar si se cumplen o no las condiciones que, conforme a su jurisprudencia previa, han de concurrir para que la participación forzosa de las diputaciones provinciales en planes y programas autonómicos no sectoriales sea considerada respetuosa con la autonomía constitucionalmente garantizada.

La primera de esas condiciones es que se respete el derecho de participación de las diputaciones en los asuntos que conciernen a la comunidad provincial. En este caso se aprecia que al ejercer la comunidad autónoma

sino, directamente, establecer un mecanismo que le permite disponer de fondos ajenos para destinarlos a una finalidad de responsabilidad autonómica”.

32. En ella se consideró constitucional la Ley 2/1983, de 4 de octubre, por la que se declararon de interés general para la Comunidad Valenciana determinadas funciones propias de las diputaciones provinciales, entre las que se encontraba la de cooperación y asistencia jurídica, económica y técnica a los municipios.

33. El Tribunal trae aquí a colación como ejemplo el plan único de obras y servicios de Cataluña regulado en la Ley 23/1987, de 23 de diciembre, respecto del cual la Sentencia 109/1998, de 21 de mayo, concluyó que al agotar prácticamente la función de cooperación económica de las diputaciones provinciales producía una lesión de su autonomía.

su facultad de coordinación, a través de los planes sectoriales correspondientes, ha quedado suficientemente garantizada la participación de las diputaciones provinciales a fin de armonizar los intereses públicos afectados. El legislador autonómico ha graduado “el alcance o intensidad de la propia coordinación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales o comunitarios”. Dicha participación de las diputaciones provinciales está prevista en la Ley 5/2021 a través de la comisión de colaboración y coordinación, en la que pese a tener una posición minoritaria pueden defender sus propios intereses, de manera conjunta o a título individual, en la implementación, el seguimiento y el control de la ejecución anual del FCM, así como en el proceso de elaboración del plan sectorial de financiación básica de dicho fondo antes de su aprobación por el Consell de la Generalitat.

La segunda condición se refiere a que las aportaciones exigidas preceptivamente a las diputaciones sean destinadas a su respectivo ámbito territorial. También se cumple en este supuesto, pues los recursos que aporten al FCM se distribuirán entre los municipios y entidades locales menores de su provincia.

La tercera y última condición, vinculada a la idea de proporcionalidad, es que no se agote, anule o haga desaparecer la competencia provincial nuclear de cooperación económica. El Tribunal adopta aquí un enfoque diacrónico, porque nos dice que su cumplimiento no puede controlarse en abstracto. Como alternativa nos indica que ese control deberá verificarse *a posteriori*, con ocasión del plan sectorial de financiación que se apruebe anualmente por el Consell de la Generalitat con la participación de la comisión de colaboración y coordinación en su fase de elaboración. Allí se concretará la aportación financiera de cada provincia a la dotación del FCM, a la vista de la cual será factible evaluar si existe o no desproporción y si se respeta o no, en consecuencia, el núcleo de la autonomía provincial constitucionalmente garantizada³⁴.

En este punto nos parecen muy atinadas las consideraciones críticas contenidas en los dos votos particulares formulados a la Sentencia 124/203. El firmado por el magistrado Arnaldo Alcubilla disiente de la tesis del pleno del Tribunal de que la vulneración de la autonomía local, de existir, no sería imputable a la Ley 5/2021, sino a las determinaciones de cada concreto

³⁴. En el hipotético caso de que no fuera así, y aunque nada se dice en la Sentencia 124/2023 al respecto, entendemos que las diputaciones podrían acudir a la vía de interponer un conflicto en defensa de la autonomía local contra la aplicación de la Ley 5/2021 en el plan sectorial de financiación del ejercicio correspondiente, de acuerdo con el artículo 75 ter de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

plan anual³⁵. Las razones de su opinión se expresan con brillantez en estos párrafos:

“Ese planteamiento, que la sentencia enfatiza, supone eludir el pronunciamiento que el proceso reclama. El problema no es la concreción de la regulación legal en un caso o año determinado, sino que el modelo que el legislador autonómico ha diseñado para concretar su potestad de coordinación no supera las exigencias que derivan de la doctrina constitucional, por cuanto no asegura de modo suficiente la autonomía provincial, vulnerando en consecuencia el art. 137 CE. Por eso las afirmaciones de la sentencia acerca de los planes sectoriales de financiación aprobados por el Gobierno autonómico en 2022 y 2023 no son relevantes, pues el problema de constitucionalidad está en el diseño del modelo de la Ley 5/2021.

[...]

Dicho de otro modo, la vulneración no está en que en un determinado ejercicio presupuestario puedan imponerse cargas económicas y unas obligaciones para las diputaciones provinciales, sino del hecho de que en la ley autonómica se articula en abstracto una forma de determinar aquellas, sin tener en cuenta la relación existente entre los intereses locales y supralocales concurrentes, tanto desde el punto de vista del diseño legal del fondo, como de la participación provincial en la decisión, lo que produce la falta de salvaguarda de la autonomía provincial frente a decisiones discrecionales de la comunidad autónoma”.

No menos crítico se muestra en su voto particular el magistrado Sáez Valcárcel cuando afirma que “la declaración de inconstitucionalidad se elude en la sentencia mediante el expediente de diferir a los futuros actos de aplicación de la norma la decisión en torno a la vulneración o no de la autonomía provincial, a cuyos efectos se realizan vagas consideraciones sobre los porcentajes máximos de afectación presupuestaria de los entes locales que resultarían admisibles desde el punto de vista de su autonomía financiera (art. 142 CE)”³⁶.

35. A este voto particular se adhieren los magistrados Espejel Jorquera y Tolosa Tribiño.

36. Al final de su voto particular el magistrado Sáez Valcárcel vuelve sobre el tema para manifestar que con la argumentación de la sentencia “se difiere el juicio de constitucionalidad al momento de la aplicación de la norma, obviando que es el propio legislador autonómico el que debe fijar ‘con el suficiente grado de detalle, las condiciones y los límites de la coordinación’ (art. 59.2 LBRL)”. Y, por añadidura, “se degrada la cuestión constitucional controvertida a un problema meramente cuantitativo (de cuantías presupuestarias a aportar al fondo), cuando en realidad estamos ante un problema cualitativo (relativo a la posibilidad misma de imponer una restricción como la controvertida, con independencia de su cuantía, pues una injerencia ilegítima no deja de serlo en función de su volumen)”.

Estas explicaciones resultan intachables. En la medida en que la Ley 5/2021 abre la puerta a una posible desproporción en la exigencia de aportaciones forzosas a las diputaciones, es ahí (y no en su aplicación mediante los planes sectoriales anuales de financiación) donde está el germen de un eventual menoscabo de la autonomía local.

3.3.2

Autonomía de gasto y suficiencia financiera: las aportaciones obligatorias de las diputaciones no son desproporcionadas

En orden a valorar la afectación de la autonomía local por la observancia del principio de proporcionalidad, resulta determinante el impacto que tengan sobre su hacienda las aportaciones dinerarias exigidas por la Comunidad Valenciana a las diputaciones provinciales en el correspondiente plan sectorial anual. El montante de esas aportaciones no puede ser tan elevado que comprometa la autonomía presupuestaria de las diputaciones, privándolas de poder ejercer, de manera autónoma, la función que las define en cuanto que órganos de gobierno de las respectivas provincias (la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios de su ámbito geográfico). El límite infranqueable se marca en los términos siguientes:

“Dicho de otro modo, la obligación autonómica de contribuir a la suficiencia financiera de la hacienda municipal no se puede suplir mediante el expediente de obligar a que sea la hacienda provincial la que nutra económicamente con sus fondos a aquella, si de ese modo se pusiera en riesgo la propia autonomía financiera o presupuestaria provincial. De hacerlo así, la Comunitat Valenciana se estaría situando en una posición de control de una parte esencial de las decisiones que integran el núcleo de la autonomía de sus provincias, como son las que tienen que ver con el destino que se le dé a una parte relevante de sus recursos económicos (autonomía de gasto), lo que significaría que el ejercicio de las competencias provinciales quedaría supeditado, en buena medida, al poder de decisión autonómico, algo que, como se ha señalado, resultaría intolerable en términos de respeto a la autonomía provincial constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 141 CE)”.

En la Sentencia se examinan las cifras de los planes sectoriales de financiación aprobados por el Gobierno autonómico en 2022 y 2023, para concluir que el nivel de las aportaciones exigidas a las tres diputaciones provinciales para los dos ejercicios siguientes (2023 y 2024) es moderado y

equitativo³⁷. Por tanto, les resta un amplísimo margen para ejercer su autonomía de gasto, sin que se estime vulnerada la autonomía provincial ni la suficiencia de sus Haciendas.

3.3.3 Consideraciones críticas

El motivo principal que conduce al Tribunal a no apreciar colisión entre la Ley 5/2021 y la autonomía local, es que se da por bueno que una comunidad autónoma obligue a las diputaciones a aportar una parte de los recursos que venían destinando al ejercicio de su competencia propia de asistencia y cooperación económica con los municipios a una función distinta, que es obligación de la comunidad autónoma: garantizar la suficiencia financiera de las Haciendas municipales, proporcionando una financiación básica adecuada a los municipios.

Por las razones expuestas, creemos que se produce aquí una quiebra en la lógica argumental. No habría problemas en aceptar esas aportaciones obligatorias si la comunidad autónoma pretendiera coordinar sus actuaciones de cooperación económica con los municipios con las actividades del mismo tipo que realizan las diputaciones provinciales. Pero no es procedente, a nuestro juicio, que se transforme la naturaleza de la cooperación económica provincial en financiación municipal.

3.4 Criterios de distribución de fondo: vulneración del Estatuto de la Comunidad Valenciana

Al inicio de este estudio adelantamos que la otra tacha de inconstitucionalidad recibida por la regulación legal del Fondo de Cooperación Municipal en la Sentencia 124/2023 deriva de la vulneración del inciso final del artículo 64.3 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. En la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, el citado precepto del Estatuto ordena al legislador autonómico la creación de ese instrumento de relaciones financieras con las entidades locales “con los mismos criterios que el fondo estatal”.

37. Los cálculos para el ejercicio 2023 aparecen en la nota a pie de página núm. 16.

Esta escueta disposición estatutaria genera, a nuestro modo de ver, dos incertidumbres. En primer lugar, es preciso dilucidar a qué fondo estatal se alude al exigir una asimilación de criterios. En el momento de aprobación de la reforma del Estatuto (2006) el Estado no tenía en funcionamiento ningún mecanismo de financiación denominado específicamente como fondo de cooperación local o municipal, ni tampoco lo tiene activado en la actualidad. Ello no debe llevarnos al absurdo de pensar que, no existiendo tal fondo estatal, no era necesario crear el fondo autonómico, ya que tal lectura resultaría contradictoria desde el prisma de una mejor garantía de la suficiencia financiera local. De cualquier modo, si atendemos a los antecedentes históricos de la legislación sobre Haciendas locales podemos interpretar que la norma está pensando en la participación en los tributos del Estado, que en la etapa preconstitucional y hasta la aprobación de la Ley de Haciendas Locales de 1988 (Ley 39/1988, de 28 de diciembre) se canalizó justamente a través de un fondo nacional de cooperación municipal³⁸. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al interpretar que el Estatuto valenciano nos remite en este punto al fondo de participación en los tributos del Estado de los municipios de menos de 75 000 habitantes regulado en los artículos 122 a 124 del TRLRHL³⁹. Nos parece una equiparación razonable y bien justificada.

La segunda incógnita que suscita el tenor de la norma estatutaria es el alcance del requerimiento de que el Fondo de Cooperación Municipal de la comunidad autónoma sea creado “con los mismos criterios que el fondo estatal”. Esta referencia es ciertamente ambigua y confusa. Repárese en que no se exige en sentido literal la utilización de idénticos *criterios de distribución* que el fondo estatal, sino que el fondo autonómico sea creado con los mismos criterios.

Tan escueta redacción se presta, en nuestra opinión, a dos posibles interpretaciones. Una primera lectura, más flexible, pasaría por entender que el Estatuto demanda que el fondo autonómico responda en su configuración general a un planteamiento análogo al estatal, es decir, que se conciba

38. Vid. Real Decreto-ley 34/1977, de 2 de junio, sobre creación del fondo nacional de cooperación municipal y otras medidas de reordenación de la cooperación del Estado con las corporaciones locales (artículo 8), y Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. El artículo 394 de este último configuraba la dotación de este fondo en los presupuestos generales del Estado como el instrumento para dar a los municipios participación en los tributos del Estado no susceptibles de cesión a las comunidades autónomas. Sobre estos antecedentes pueden consultarse los trabajos de Ferreiro Lapatzta (1993: 19-22) y Rovira i Mola (1993: 396-399).

39. En concreto, el ámbito subjetivo de este fondo comprende los municipios no incluidos en el régimen de cesión parcial de recaudación de determinados impuestos del Estado (IRPF, IVA e impuestos especiales). Dicho régimen de cesión comprende, en virtud del artículo 111 del TRLRHL, las capitales de provincia o de comunidad autónoma y los municipios con población de derecho igual o superior a 75 000 habitantes.

con la finalidad esencial de asegurar la suficiencia financiera de las Haciendas locales mediante transferencias incondicionadas y repartidas con criterios objetivos que complementen sus recursos tributarios. A nuestro modo de ver, esta interpretación resulta más plausible a la vista de la literalidad de la norma, que reiteramos no ordena la aplicación de idénticos criterios de distribución entre las Haciendas locales. Y no solo eso. Además, creemos que resulta más respetuosa con la autonomía financiera de la comunidad autónoma (artículo 156.1 de la Constitución), que al fin y al cabo es quien dota de forma mayoritaria el fondo con los recursos de su presupuesto, confiriendo a las entidades locales una participación (ciertamente, muy reducida en términos cuantitativos) en los ingresos de la Hacienda autonómica. Entender lo contrario no solo limita sustancialmente dicha autonomía financiera, sino que introduce una notable rigidez al obligar al legislador autonómico a calcar las variables de distribución empleadas por la normativa estatal e incluso su exacta ponderación cuantitativa. Y no solo eso, pues también le pone en la tesitura de estar en alerta permanente para adaptarse a cualquier cambio que pueda sobrevenir en dicha normativa estatal.

Cabe, por el contrario, una lectura más estricta, que ha sido la acogida por el Tribunal Constitucional, conforme a la cual el fondo autonómico ha de aplicar exactamente los mismos criterios de reparto que los contemplados en el artículo 124 del TRLRHL respecto de la participación de los municipios en los tributos del Estado. De acuerdo con ese precepto, la dotación total para cada ejercicio autorizada en los presupuestos estatales se distribuye con arreglo a tres variables: un 75 % según el criterio de población, un 12,5 % en función del esfuerzo fiscal medio de cada municipio obtenido en el segundo ejercicio anterior al de la ley de presupuestos generales del Estado correspondiente, ponderado por el número de habitantes de derecho, y un 12,5 % restante atendiendo al inverso de la capacidad tributaria en los términos que establezcan las leyes de presupuestos generales del Estado. A pesar de que esta concepción introduce grandes dosis de rigidez en la libertad de configuración del legislador autonómico, ha sido asumida por el supremo intérprete de nuestra Constitución en la Sentencia 124/2023. En ella se afirma que el artículo 64.3 del Estatuto de la Comunidad Valenciana “es taxativo en su prescripción” y que, en consecuencia, no deja lugar “a márgenes interpretativos al exigir una identidad de criterios”⁴⁰.

Con esta cuestionable premisa (dicho sea esto con el máximo respeto), la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 5/2021 estaba servida. Este preveía una asignación de recursos económicos a las entidades

40. Fundamento jurídico 8 *in fine*.

destinatarias mediante criterios objetivos, desarrollados reglamentariamente para cada ejercicio con sujeción a tres directrices básicas de reparto: una cantidad fija anual para cada municipio y entidad local menor, una cantidad variable en función del número de habitantes de derecho, ponderada mediante coeficientes correctores aplicables por tramos poblacionales para favorecer a las entidades de menor población, y la garantía de un importe mínimo anual de asignación del fondo para todas las entidades beneficiarias.

La divergencia con los criterios de distribución manejados por el TRLRHL salta a la vista. Pese a que existe una identidad sustancial como punto de partida, por el hecho de tomar la población como variable principal de distribución, la normativa valenciana se vale de criterios propios (en concreto, asignación de una cantidad fija para cada municipio o entidad menor y garantía de un mínimo de ingresos) que se apartan de las previsiones de la norma estatal, oponiéndose así al mandato estatutario.

4

Reforma del Fondo de Cooperación Municipal por la Ley 7/2023: vuelta al modelo de aportaciones voluntarias de las diputaciones provinciales

La declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 5/2021 ha originado una reforma parcial de dicho texto legal a través de la Ley 7/2023, de 26 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (artículos 31 a 42). En concreto, el legislador autonómico ha reaccionado con rapidez para dar nueva redacción a su preámbulo y a sus artículos 1, 2, 5 a 8 y 10 a 12.

El primero de los cambios era ineludible. La declaración de inconstitucionalidad de las reglas de distribución del artículo 7, por vulneración del artículo 64.3 del Estatuto de Autonomía, se suple ahora con una escueta norma que deja la asignación de recursos a cada entidad local beneficiaria a expensas de criterios objetivos, pendientes de un desarrollo reglamentario por parte del Consell que no se ha producido aún en el momento de redactar estas líneas⁴¹.

41. Por contraposición al sistema de cantidad fija más cantidad variable según tramos de población ponderada por coeficientes, la nueva redacción del artículo 7 de la Ley 5/2021 se limita a disponer lo siguiente: "La asignación de los recursos económicos que correspondan a cada entidad beneficiaria se efectuará mediante criterios objetivos que serán objeto de desarrollo reglamentario mediante decreto del Consell, de conformidad con los criterios de distribución establecidos por el artículo 64.3 del Estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana".

Paradójicamente, las novedades más trascendentes no tienen en realidad conexión directa con el contenido de la sentencia 124/2023; o sí la tienen, pero para discurrir en un sentido inverso al marcado por el Tribunal Constitucional. En efecto, las modificaciones operadas en la Ley 5/2021 en cuanto a las relaciones financieras entre la Hacienda autonómica y las Haciendas provinciales a efectos del FCM tienen mucho de vuelta al pasado, es decir, al esquema anterior a la aprobación de la Ley 5/2021. De su preámbulo han desaparecido todos los párrafos que incluyó en su versión inicial en orden a justificar la exigencia de aportaciones dinerarias obligatorias a las diputaciones provinciales. De ellas se dice ahora de manera muy concisa y gráfica que “pueden participar voluntariamente” en la implementación del FCM. O sea, que pese a contar finalmente con el aval explícito del Tribunal Constitucional, el modelo de contribuciones obligatorias al fondo ha pasado a mejor vida⁴².

De esta decisión, eminentemente política, traen causa varios cambios significativos en el articulado de la Ley 5/2021. Para empezar, desaparece del artículo 2 la declaración de interés general de la comunidad autónoma de las funciones de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica de las diputaciones provinciales a los municipios, a efectos de su participación en la financiación básica municipal a través del FCM.

Como corolario de lo anterior se elimina la regulación del plan sectorial de financiación básica del FCM del artículo 5, que se sustituye ahora por una norma similar a la incluida en su día en el Decreto 51/2017, en el sentido de que la dotación anual máxima del fondo vendrá dada por el crédito autorizado en el presupuesto autonómico más, en su caso, “el importe que las diputaciones provinciales adheridas a este fondo consignen a tal fin en sus respectivos presupuestos anuales”.

La participación de las diputaciones provinciales a través de sus presupuestos anuales es definida ahora por el artículo 8 en términos de voluntariedad. En coherencia con ello, ya no tienen que utilizar las mismas reglas de reparto de las transferencias a los municipios y entidades locales menores que la comunidad autónoma, sino que, en la línea de lo dispuesto en su día por el citado Decreto 51/2017, gozarán de autonomía para hacerlo utilizando “bien las mismas reglas de distribución que la Generalitat y bajo el mismo régimen de transferencias incondicionadas, o bien adoptando su

42. Este paradójico desenlace nos evoca, en cierta forma, la triste historia del recargo autonómico del 3 % sobre la cuota líquida del IRPF de la Comunidad de Madrid, establecido por Ley 15/1984, de 19 de diciembre, del fondo de solidaridad municipal de Madrid, al que hicimos referencia en la nota a pie de página núm. 4. Tras confirmar el Tribunal Constitucional su validez en la Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, dicho texto legal fue derogado apenas dos meses más tarde por la Ley 10/1990, de 4 de diciembre.

propio régimen jurídico y reglas de distribución atendiendo a los principios de objetividad y equidad”.

Finalmente, el órgano de participación que la Ley 5/2021 designó como comisión de colaboración y coordinación del FCM muda su denominación, retomando la originaria de comisión de seguimiento que le dio el Decreto 51/2017. Además, se reequilibra el peso de la representación autonómica (con cinco miembros, perdiendo una vicepresidencia y una vocalía) y la representación local (con un mínimo de cuatro miembros y un máximo de diez en caso de adhesión de las tres diputaciones provinciales al fondo)⁴³.

No se nos escapa que el cambio de signo político tras las últimas elecciones autonómicas y locales de 2023 tiene mucho que ver con estas modificaciones. En 2021 el panorama político no era uniforme en la comunidad autónoma y las tres diputaciones. Ahora sí, toda vez que el mismo partido ha asumido tanto el gobierno autonómico como los tres gobiernos provinciales.

5

Conclusión: la conveniencia de deslindar la financiación de las Haciendas locales y la colaboración financiera o cooperación económica local

La Ley 5/2021, reguladora del FCM de la Comunidad Valenciana, y el enjuiciamiento parcial de su contenido que ha emitido el Tribunal Constitucional en las sentencias 124 y 143/2023, representan un buen exponente de uno de los males crónicos que aquejan a nuestro modelo descentralizado de haciendas territoriales. Se trata, a la vista de reiteradas reivindicaciones institucionales y de numerosos diagnósticos académicos, de la persistente renuencia de las comunidades autónomas a desarrollar, con todas sus consecuencias, la dimensión financiera de sus competencias exclusivas en materia de régimen local.

⁴³. En concreto, la comunidad autónoma asume la presidencia (titular del órgano superior al que esté adscrita la dirección general competente en materia de administración local o quien designe en su sustitución, con voto de calidad en caso de empate en las votaciones), una vicepresidencia (titular de la secretaría autonómica en materia de hacienda o persona que la sustituya) y tres vocalías (titulares de las direcciones generales competentes en materia de administración local, presupuestos y transparencia o sus respectivos sustitutos). Por su parte, las entidades locales cuentan con tres posibles vicepresidencias (una por cada diputación que decida adherirse al FCM durante el correspondiente ejercicio), una vocalía para la persona titular de la presidencia de la Federación Valenciana de Municipios y Provincias, tres vocalías en calidad de titulares de alcaldías (designadas por los órganos competentes de la citada federación) y una vocalía por cada una de las diputaciones provinciales participantes en el fondo.

El artículo 142 de la Constitución les dirige un llamamiento explícito e inequívoco para que, como componentes de tales competencias exclusivas, se impliquen de forma activa en el sostenimiento de las Haciendas locales. Como hemos subrayado en otros trabajos previos, este mandato puede cumplirse bien por la vía de conferirles una participación en la recaudación de los tributos de las Haciendas autonómicas (recurso que el propio constituyente estimó un puntal fundamental en orden a asegurar la suficiencia financiera local), bien a través de cualquier otra fórmula de transferencias incondicionadas a las entidades locales, no finalistas y alejadas por tanto de la noción de subvención. En ambos supuestos se requieren, claro está, mecanismos estables (ajenos a los vaivenes de las leyes anuales de presupuestos de la comunidad autónoma), que cuenten con una dotación económica significativa y que sean distribuidos mediante criterios objetivos, equitativos y acordes a las necesidades de gasto de los entes destinatarios.

Aunque con mucho retraso, la Comunidad Valenciana ingresó en 2017 en el grupo de comunidades autónomas que han intentado atender, con mayor o menor fortuna, esa obligación constitucional. Para ello procedió a crear (Ley 8/2010 y Decreto 51/2017), en los términos previstos en su estatuto de autonomía desde la reforma de 2006, un fondo de cooperación municipal con una pequeña dotación presupuestaria de cuarenta millones de euros, cuantía que se ha mantenido invariable hasta el ejercicio 2023, elevándose a cincuenta millones en la ley de presupuestos para 2024 (0,16 % del gasto total de la Generalitat). Tal fondo está muy lejos en cuanto a su impacto cuantitativo de los fondos similares existentes en otras comunidades autónomas como Andalucía, Canarias o Galicia. Pero resulta innegable que durante su primer quinquenio de andadura (2017-2021) operó como un auténtico (aunque muy modesto) mecanismo de financiación incondicionada de la comunidad autónoma para la totalidad de los municipios y entidades locales menores valencianos. Se invitó a adherirse a él de manera voluntaria a las diputaciones provinciales que estuviesen dispuestas a aportar parte de los recursos que venían destinando en sus presupuestos al desarrollo de su competencia propia en materia de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, inherente a la autonomía provincial.

El escenario mudó radicalmente en 2022 tras la aprobación de la Ley 5/2021, que convirtió en obligatorias esas aportaciones de las diputaciones provinciales al FCM, transmutando así lo que en su origen era un fondo general de financiación de las Haciendas locales en un instrumento híbrido, a través del cual la comunidad autónoma pretendía también ejercer una po-

testad de coordinación del ejercicio de esa competencia provincial a través de planes sectoriales anuales de financiación básica.

El Tribunal Constitucional ha refrendado este modelo, considerando que no resulta lesivo de la autonomía provincial a partir de argumentos que no nos resultan convincentes. No en vano, las sentencias 124/2023 y 143/2023 incluyen dos votos particulares discrepantes con su fundamentación y fallo a los que hemos hecho algunas referencias en páginas precedentes, en la medida en que incluyen valoraciones que suscribimos. No obstante, ha detectado algunos aspectos (criterios de distribución) que, en virtud de una interpretación que consideramos demasiado literal, se estima que contravienen el Estatuto de la Comunidad Valenciana.

A nuestro juicio, el principal problema de la reconfiguración del fondo operada por la Ley 5/2021 fue justamente esa mezcolanza sobrevenida entre financiación básica, de una parte, y cooperación económica, de otra parte. Las diputaciones provinciales no tienen ninguna obligación constitucional de financiar a las Haciendas municipales, a tenor de la Constitución, de los estatutos de autonomía o de la Ley 7/1985. El sostenimiento de los gastos públicos municipales es una responsabilidad compartida entre el Estado, las comunidades autónomas y los propios municipios. Por el contrario, las diputaciones sí ostentan como componente esencial de su autonomía, en el núcleo de su garantía institucional, una competencia de cooperación económica con los municipios que responde a objetivos y directrices diferentes.

Creemos que la mejor enseñanza que nos depara la Ley 5/2021 y su sometimiento a juicio de constitucionalidad es la conveniencia de separar adecuadamente los instrumentos de financiación incondicionada de las Haciendas locales de los programas de cooperación económica o colaboración financiera. Se trata de una distinción en el plano de las relaciones financieras verticales entre distintos niveles de gobierno de la que se hicieron eco algunos estatutos de autonomía de segunda generación (Cataluña y Andalucía) y que, además, cuenta con el respaldo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2021, de 18 de febrero. Lo primero, la financiación, es una obligación de las comunidades autónomas, de la que no pueden descargarse derivando parte de su responsabilidad hacia las diputaciones provinciales. Lo segundo, la cooperación económica o colaboración financiera, es una competencia fundamental de las diputaciones sobre la que también pueden converger los intereses de la comunidad autónoma que legitimen el ejercicio de funciones de coordinación. Desde este punto de vista, bienvenida sea la vuelta al ortodoxo planteamiento inicial que ha traído consigo la reforma del FCM a través de la Ley 7/2023.

6 Bibliografía

- Aragonés Beltrán, E. (2003). Incidencia del artículo 9.1 de la Ley 5/1987, del régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales, y otras disposiciones concordantes. En F. Caamaño Domínguez (coord.), *La autonomía de los entes locales en positivo. La Carta Europea de la Autonomía Local como fundamento de la suficiencia financiera* (pp. 93-133). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Ferreiro Lapatza, J. J. (1993). La hacienda local. Antecedentes históricos y situación actual. El marco constitucional. En J. J. Ferreiro Lapatza (dir.), *Tratado de Derecho financiero y tributario local* (pp. 13-57). Madrid: Marcial Pons.
- Ferreiro Lapatza, J. J. y Agulló Agüero, A. (1991). Las participaciones provinciales en los ingresos del Estado. *Revista Española de Derecho Financiero*, 70, 197-229.
- Lago Montero, J. M.^a (2022). De la participación en tributos autonómicos a la plusvalía, con el T.C. hemos topado. *Tributos Locales*, 154, 29-55.
- López Díaz, A. (2003). Autonomía y suficiencia de las Corporaciones Locales. Sobre la necesidad de un nuevo reparto competencial. En A. Pita Grandal (dir.), *Hacienda autonómica y local* (pp. 433-471). Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones.
- (2004). Competencias y autonomía financiera de las Corporaciones Locales. *Tributos locales*, 41, 13-33.
- Macarro Osuna, J. M., Martín Rodríguez, J. M., Arribas León, M., Hermosín Álvarez, M., Ramos Prieto, J. y Trigueros Martín, M.^a J. (2022). *Financiación y colaboración financiera de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las Entidades Locales: situación actual y posibles líneas de reforma*. Sevilla: Instituto de Estudios de Hacienda Pública de Andalucía (IEHPA). Disponible en https://www.iehpa.es/assets/files/repositorios_digitales/-1677746209_es-inf.pdf.
- Macho Pérez, A. B. (2004). Autonomía provincial y financiación de competencias transferidas: a propósito de la STC 48/2004, de 25 de marzo. *Tributos Locales*, 42, 9-33.
- Medina Guerrero, M. (2003). Los recursos financieros de las diputaciones provinciales y la relación con su régimen competencial. En F. Caamaño Domínguez (coord.), *La autonomía de los entes locales en positivo. La Carta Europea de la Autonomía Local como fundamento de la suficiencia financiera* (pp. 53-91). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.

- (2004). *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- (2012). Asistencia y cooperación económica a los municipios. *Anuario del Gobierno Local 2011*, 173-199.

Ramos Prieto, J. (2021). Situación de la participación en los tributos de las Comunidades Autónomas como recurso de las Haciendas locales: ¿avance, retroceso o estancamiento? *Tributos Locales*, 152, 149-173.

- (2022). El necesario desarrollo normativo de la participación en los tributos de las comunidades autónomas. En G. Moreno González (dir.). *Reformas para la cohesión territorial en España* (pp. 183-204). Madrid: Marcial Pons.
- (2023). Los instrumentos de financiación y de cooperación económica local de las Comunidades Autónomas ante el reto de la despoblación. En M.^a del M. Soto Moya (dir.). *Innovaciones jurídicas en materia de gasto e ingreso público frente al desafío de la despoblación* (pp. 85-113). Barcelona: Atelier.

Rovira i Mola, A. (1993). Participaciones y subvenciones. En J. J. Ferreiro Lapatza (dir.). *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Local* (pp. 387-411). Madrid: Marcial Pons.



QDI 64

II. Sección general

La posición institucional del Alcalde en el proceso político municipal. Las dimensiones de la presidencialización de los Gobiernos locales europeos

DANIEL CASAL, PHD
Universidad Rey Juan Carlos
daniel.casal@urjc.es
<https://orcid.org/0000-0002-8960-5350>

JESÚS GUTIÉRREZ VILLALTA, PHD
Universidad de Castilla-La Mancha
Jesus.Gutierrez@uclm.es
<https://orcid.org/0000-0002-8305-4949>

ADOLFO CALATRAVA, PHD
Universidad Complutense de Madrid
acalatra@ucm.es
<https://orcid.org/0000-0002-6279-047X>

Introducción

1. El presidencialismo en el Gobierno local

- 1.1. Bases teóricas del parlamentarismo y el presidencialismo
- 1.2. Presidencialismo y Gobierno local

2. La construcción del Índice de Presidencialización

- 2.1. El sistema de elección del Alcalde
- 2.2. El control de la agenda política municipal por parte de un Alcalde

3. Análisis de casos

- 3.1. Sistemas de elección directa del Alcalde
- 3.2. Sistema de elección indirecta
- 3.3. Control de la agenda política municipal

4. Discusión de resultados

5. Conclusiones

6. Bibliografía

Artículo recibido el 18/01/2024; aceptado el 04/02/2024.

Resumen

El carácter presidencialista de los Gobiernos locales se ha analizado, generalmente, a través del estudio del sistema de elección del Alcalde. En el presente estudio se analiza y modeliza el carácter presidencialista que presentan los Gobiernos locales, a partir de la construcción de un Índice de Presidencialización basado en el estudio combinado del sistema electoral junto al conjunto de capacidades efectivas, de control de los procesos de toma de decisiones y de la agenda política municipal, atribuidos a los alcaldes de 7 grandes ciudades europeas, entre las que se incluyen capitales nacionales, regionales, y municipios de gran población: Londres, Múnich, Barcelona, Milán, Lisboa, Marsella y Bruselas.

Palabras clave: *Alcalde; presidencialismo; Gobierno local; gobernabilidad.*

The institutional role of the mayor in the municipal political process. The effects of presidentialization in European local governments

Abstract

This article explores the institutional role of mayors within municipal political processes and the dimensions of presidentialization in European local governments. While existing research has primarily focused on the election system of mayors, this article studies the presidential nature inherent in local governments. A Presidentialization Index is constructed, considering both the electoral system and the effective capacities for influencing decision-making processes and shaping the municipal political agenda. The analysis encompasses seven major European cities, including national and regional capitals as well as municipalities with significant populations: London, Munich, Barcelona, Milan, Lisbon, Marseille, and Brussels.

Keywords: *mayor; presidentialism; local government; governance.*

Introducción

Uno de los aspectos más relevantes en el análisis de los diferentes sistemas políticos lo constituye su intento de clasificación y agrupación por tipologías.

En el ámbito de la ciencia política el elemento básico de clasificación suele ser la distinción entre sistemas políticos democráticos y no democráticos (Dahl, 2012).

Dentro de los sistemas democráticos, podemos apuntar otras dimensiones clasificatorias, como la que distingue entre sistemas políticos mayoritarios o *modelo Westminster*, cuando los conflictos sociopolíticos se resuelven mediante la construcción de mayorías a través del sufragio, y el *modelo consociacional*, en que las decisiones se adoptan a través de la construcción de acuerdos surgidos de la negociación y el pacto (Lijphart, 2016).

Pero, sin duda, una de las clasificaciones más tradicionales se centra en la relación entre los diferentes poderes del Estado, y distingue entre los sistemas políticos presidencialistas y los sistemas parlamentarios (Linz, 1994). Tipología generalmente aceptada con carácter transversal para entender los elementos básicos que definen el sistema político de cualquier país. El empleo de la distinción entre presidencialismo y parlamentarismo permite explicar los elementos básicos que definen los diferentes sistemas políticos nacionales, pero también los subnacionales en el caso de Estados compuestos (federales y descentralizados), donde se reconocen elementos de soberanía a las entidades políticas territoriales. Sin embargo, su uso ha presentado dificultades al analizar los Gobiernos locales, puesto que, aunque constituyen verdaderos sistemas políticos subnacionales, no se puede hablar, propiamente, de una separación de poderes idéntica a la que se da en las instituciones regionales, estatales o nacionales de los Estados compuestos.

Por tanto, se puede afirmar que el Gobierno local ha sido analizado en profundidad empleando las tipologías de Lijphart y Dahl (Helpas *et al.*, 2006; Swianiewicz, 2014) en lo referente a su propio carácter democrático o no. No obstante, con excepción de las investigaciones de Ridao y García (2015), Márquez Cruz (2010) y Sweeting (2009), no se ha analizado en profundidad el carácter presidencialista o parlamentario de los Gobiernos locales, más allá del estudio del sistema electoral.

La presente contribución parte del cuestionamiento de cuáles son los factores que inciden en los sesgos presidencialistas de los Gobiernos locales, y busca respuestas mirando más allá del tradicional estudio del modelo de elección del Alcalde y del Pleno de los ayuntamientos.

Para responder a esta cuestión se han seleccionado 7 ciudades europeas sobre la base de un criterio mixto en el que se combina posición de la ciudad en el Estado o en la región de referencia (condición de capitalidad) con sistema de organización territorial (federal-unitario-descentralizado), incluyendo: tres capitales de países (Bruselas, Lon-

dres y Lisboa); dos capitales de regiones políticamente descentralizadas con personalidad propia en modelos federales y autonómicos (Múnich y Barcelona); así como dos grandes ciudades (Marsella y Milán) de países que, en el momento de su conformación, apostaron inequívocamente por un sistema de tipo unitario racionalizado que, con el paso de los años, ha evolucionado hacia una cierta descentralización de tipo administrativo en el caso francés, y de corte político en el caso italiano, que lo ha asimilado al sistema español.

Además, se presenta en este artículo un *Índice de Presidencialización del Gobierno Local* (IPGOB) modelizado a través de 17 indicadores y la construcción de dos tipos ideales de Gobiernos locales muy presidencialistas. El objetivo del IPGOB sería constituirse como un elemento analítico para poder comprender, desde una perspectiva comparada, el funcionamiento de los sistemas políticos locales, que constituye un ámbito escasamente estudiado en la ciencia política y muy limitado al estudio de los sistemas electorales.

El análisis se ha estructurado en cuatro partes claramente diferenciadas: en primer lugar, se realiza una introducción a la teoría del presidencialismo como marco de referencia, y en especial a su formulación en torno a los Gobiernos locales. A continuación, se define el marco metodológico en el cual se construye el IPGOB, empleando 17 indicadores y una modelización ideal de tipologías de presidencialismo local basadas en el cumplimiento de los mismos. Más adelante, se realiza la presentación y discusión de los resultados de la investigación; y finalmente se plantean un conjunto de conclusiones y recomendaciones de cara a futuras investigaciones.

1

El presidencialismo en el Gobierno local

1.1

Bases teóricas del parlamentarismo y el presidencialismo

El modelo parlamentario tiene una clara inspiración en el sistema político del Reino Unido (Alcántara Sáez, 1995: 104). En este tipo de organización del sistema político, dentro de los 3 poderes que integran el Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) existe solamente uno, el legislativo, que tiene una conexión directa y mediata con la comunidad política (Pérez Royo, 1997), que es la que lo elige. Por tanto, el resto de instituciones necesitan de su concurso para poder operar

plenamente. Ejemplos de la intervención parlamentaria los encontramos en diversos actos constitutivos o legitimadores del funcionamiento del resto de poderes del Estado, siendo buena muestra de ello los procesos parlamentarios de otorgamiento de la confianza o de censura de los gabinetes (Sánchez y Sánchez, 2014: 18), la participación del poder legislativo en el nombramiento de los órganos de gobierno de los jueces (Anduiza Perea, 2000: 380), o la conformación de los tribunales constitucionales (López et al., 2018: 218).

Frente al modelo parlamentario, el modelo presidencialista se inspira en la configuración de las instituciones en los Estados Unidos de América (Alcántara Sáez, 1995: 104). El presidencialismo se basa en una división de poderes extraordinariamente rígida (Nohlen, 2013: 7) que se traduce en que se busca que, en la medida de lo posible, cada uno de los poderes sea elegido por la ciudadanía y, por tanto, cuente con agendas y propósitos propios (Shugart y McCubbins, 2001: 64). En los países presidencialistas se ven ejemplos de este tipo de configuración institucional en varios ámbitos: en primer lugar, en la inexistencia de participación parlamentaria en la elección o censura política del Presidente, con la frecuente separación de procesos electorales (Fernández Vivas, 2009: 328), y en la prohibición taxativa de ser miembro de pleno derecho de dos poderes diferentes del Estado (Nohlen, 2013: 8). La Tabla 1 resume las principales características del sistema presidencialista establecidas a través de tres dimensiones: concentración del poder ejecutivo, separación rígida de poderes y estructura de *checks and balances*.

Tabla 1. Dimensiones del sistema presidencialista.

Dimensión	Características
Concentración del poder ejecutivo en una sola persona	<ul style="list-style-type: none"> — Asignación del conjunto de potestades ejecutivas a un único titular. — Posibilidad de delegación y revocación. — Relación de jerarquía con los integrantes de más alto rango del poder ejecutivo que reciben el nombre de secretarios.
Separación rígida de poderes	<ul style="list-style-type: none"> — Tendencia a la elección directa. — Tendencia a la separación de calendarios electorales. — Agenda propia de cada poder del Estado. — Prohibición de pertenecer a más de un poder del Estado.
Estructura de <i>checks and balances</i>	<ul style="list-style-type: none"> — Desconfianza entre los distintos poderes del Estado. — Diseño de los procesos de toma de decisiones pensados para que un poder no se imponga sobre el resto. — Especial desconfianza respecto de las instituciones parlamentarias.

Fuente: Elaboración propia a partir de Anyebe (2016); Percival (2001); Calabresi y Rhodes (1992); Kelley (2005); Nohlen (2013: 8).

1.2 Presidencialismo y Gobierno local

Cuando se analizan los niveles subnacionales de gobierno se da la circunstancia de que en los países federales el tipo de modelo —parlamentario o presidencialista— se traslada a los niveles territoriales federados, debido a que es frecuente que se den dinámicas de isomorfismos institucionales (Ramió, 2016). De este modo, tienen inspiración parlamentaria los sistemas subnacionales de países como Bélgica, España, Canadá o Australia, mientras que, por ejemplo, en sistemas como el estadounidense la Constitución impone a cada uno de sus estados una forma *republicana* de gobierno, que se ha traducido en un esquema similar al que se da a nivel federal, con la existencia de un titular del poder ejecutivo (*Gobernador*), la división de poderes en un legislativo bicameral (excepto Nebraska) y la existencia de un poder judicial coronado por un Tribunal Supremo estatal que actúa como órgano de casación y unificación de doctrina, pero también como máximo intérprete de la Constitución estatal, debido a que en Estados Unidos el control de constitucionalidad es difuso (Pérez Alonso, 2018: 218), y lo puede ejercer cualquier instancia judicial (Pérez Royo, 1997).

Sin embargo, el problema surge cuando este tipo de categorías se intentan aplicar al Gobierno local, porque, a diferencia de los sistemas políticos regionales o federales subnacionales, en los que hay atribución de *poderes soberanos* a las entidades que los conforman, en el ámbito local esto no sucede (Parejo Alfonso, 1986: 29; Parrado *et al.*, 2013: 199; Morell Ocaña, 1992: 344; Baena del Alcázar, 2000: 136).

Tanto en el ámbito del derecho público como en la ciencia política, existe numerosa literatura que indica que cuando en un sistema político local la elección del Alcalde es directa se considera presidencialista (Ridao y García, 2015: 84). Se refuerza así la idea de que la conexión del Alcalde con la comunidad política local fortalece su liderazgo en la institución (Sweeting, 2009; Benoit, 2004: 366; Navarro y Criado, 2011: 24; García, 2011: 211).

De la misma forma, esta literatura considera que cuando el sistema municipal se basa en la elección indirecta del Alcalde, bien a través de un pleno de concejales, que le puede deponer mediante la censura o la cuestión de confianza (Delgado del Rincón, 2012: 343), bien mediante listas de partidos, el sistema tendería a ser semiparlamentario (Márquez Cruz, 2003: 161). Esta tendencia a convertir las cámaras municipales en órganos de inspiración parlamentaria donde se controla, impulsa y fiscaliza la acción de gobierno, se vería reforzada cuando se retiran facultades de decisión del Pleno municipal, que pasan al Alcalde y su equipo de gobierno (Salazar Rasero, 2015: 26; Márquez Cruz, 2010: 45; Delgado del Rincón, 2012: 345).

Este tipo de análisis, aunque de indudable interés para conocer los aspectos esenciales de los sistemas electorales municipales, así como de las relaciones de los plenos con los alcaldes, plantean diversas insuficiencias, que se pueden resumir en dos. En primer lugar, hacen una equiparación entre el Alcalde y un Presidente o un Primer Ministro, que no es del todo correcta a pesar de tener algunos elementos ciertos, ya que, por ejemplo, un Primer Edil también actúa como líder de un órgano representativo (al presidir en muchos sistemas la Cámara municipal), e incluso como portavoz de una bancada parlamentaria. En segundo término, extienden esa equiparación del Pleno o Cámara municipal a un Parlamento. Esta comparativa tiene también algunos elementos acertados: una Cámara municipal tiene representación a través de un conjunto de concejales que no tienen que coincidir en su totalidad con el color político del Alcalde; asimismo, un Pleno ejerce funciones de control, especialmente por parte de aquellos integrantes que se sitúan en oposición al Alcalde y su equipo de gobierno.

Por estas razones, se puede considerar que la literatura existente en materia de estructura y funcionamiento de las instituciones locales se ciñe a un análisis excesivamente centrado en las normas jurídicas formales que definen el funcionamiento de los Gobiernos locales, sin tener en cuenta aspectos clave como la formulación de políticas, el control de la agenda de trabajo o facultades excepcionales que tienen órganos municipales, y, por tanto, resulta insuficiente para explicar si los sistemas políticos locales tienen un sesgo presidencial o parlamentario.

En este sentido, para responder a la pregunta planteada sobre el sesgo presidencialista de los Gobiernos locales debemos ir más allá del estudio de las distintas formas de elección de los alcaldes, incluyendo un análisis de sus capacidades, para determinar si el sistema tiene elementos que indiquen presidencialización o parlamentarización.

Para cumplir este objetivo se ha construido el IPGOB como herramienta analítica que permite medir de forma empírica el grado de presidencialización de los Gobiernos locales.

2

La construcción del Índice de Presidencialización

Los sistemas políticos locales constituyen una construcción multidimensional que puede analizarse desde diferentes perspectivas (sociohistórica, constitucional, administrativa o política). Por tanto, el mayor o menor sesgo presidencial que presentan debe medirse a partir de la agregación de varia-

bles que permitan constatar tanto la fortaleza institucional de la figura del Alcalde como su control sobre la agenda política municipal. El IPGOB desagrega, mediante un modelo dicotómico, cada uno de los elementos que definen el grado de presidencialismo de un sistema político local.

La construcción del IPGOB se basa en la determinación del cumplimiento de 17 indicadores para cada estudio de caso. A partir de este planteamiento la medición se realiza integrando cada uno de estos indicadores y construyendo dos modelos ideales de presidencialización basados en el método de elección (*imperial-canciller*).

De esta manera, dicha modelización permite integrar sistemas políticos con modelos de elección diferenciada en un marco analítico compartido.

El binomio modelo *imperial-canciller* diferencia el grado de presidencialización a partir del modelo de elección del Alcalde. Cuando estamos ante la elección directa, combinada con capacidades del control de la agenda y el proceso político, el sistema tiende a ser imperial. Por su parte, cuando la elección es indirecta, pero el modelo presenta rasgos de refuerzo de la posición del Alcalde, así como de control del proceso político, se está ante un modelo *canciller* en el cual el Alcalde, aunque miembro de una Cámara municipal, goza de una especial relación de confianza con la ciudadanía, y asume una posición superior a la de un *primus inter pares*.

2.1

El sistema de elección del Alcalde

La mayoría de la literatura suele considerar que la elección directa es un indicador de presidencialismo (Delgado del Rincón, 2012: 343), mientras que un sistema de listas o investidura —en general cualquier modelo indirecto— reflejaría la opción por un modelo que tiene mayor similitud con sistemas parlamentarios (Salazar Rasero, 2015: 26; Márquez Cruz, 2010: 45; Delgado del Rincón, 2012: 345).

No obstante, la investigación defiende que los sistemas electorales en el ámbito local tienden a establecer mecanismos que refuerzan la estabilidad y representación de los alcaldes, que se ven reflejados además de en la elección directa también en sistemas de elección indirecta (Arenilla Sáez, 2015: 35).

En este sentido, en el IPGOB se diferencian los cinco primeros indicadores dependiendo del sistema de elección del Alcalde.

Cuando estamos ante un modelo de elección directa, los cinco indicadores planteados de manera binaria son los siguientes:

En primer lugar, si el sistema exige mayoría simple o mayoría reforzada. Una mayoría simple implica una *construcción ficticia* de una mayoría (Lijphart,

2016), mientras que una mayoría reforzada, por ejemplo, mediante un determinado porcentaje o diferencia de votos, implica una mejor traducción de la representación política.

El segundo indicador tiene que ver con la existencia de una o varias vueltas en la elección. Si el modelo opta por una sola vuelta nuevamente se incurriría en la construcción de una mayoría política irreal, puesto que en un proceso electoral concurren diversas alternativas políticas, mientras que la doble vuelta acredita la mayor capacidad de la candidatura ganadora de construir alianzas, y por tanto mayorías.

El tercero está relacionado con la vinculación entre partido y candidato, es decir, si además de la Alcaldía el candidato respalda o se relaciona con una lista de concejales. La desvinculación puede debilitar la figura del Alcalde, puesto que genera la posibilidad de que se definan arenas electorales diferenciadas, mientras que la vinculación refleja una mayor coordinación o control del aparato político.

En cuarto lugar, un indicador relevante para determinar, en procesos de elección directa, el mayor grado de presidencialización, tiene que ver con la coincidencia electoral. En este apartado se considera que la coincidencia de calendarios refuerza el presidencialismo del sistema, puesto que dificulta a la ciudadanía diferenciar entre arenas cuando elige al Alcalde respecto de cuando vota al órgano representativo, mientras que la no coincidencia desdibuja la presidencialización y facilita los cruces de voto y las cohabitaciones (Peschard, 2004: 80; Vergara Santana, 2007: 16).

Finalmente, el último indicador tiene que ver con el tipo de voto, puesto que mientras un voto único (elección del candidato preferido) refuerza la figura del Alcalde, en los sistemas con voto preferencial (transferencia de voto a una segunda o tercera opción en caso de que no salga la primera) construye mayorías más artificiales.

Tabla 2. Indicadores en los sistemas de elección directa.

Indicador	Sistema de medición
Mayoría	Simple: 0 Reforzada: 1
Varias vueltas	No: 0 Sí: 1
Vinculación candidato-partido	No: 0 Sí: 1
Coincidencia electoral	No: 0 Sí: 1
Tipo de voto	Preferencial: 0 Único: 1

Fuente: Elaboración propia.

En cambio, cuando estamos ante un modelo de elección indirecta, los cinco indicadores planteados que determinan el sesgo presidencial son los siguientes:

En primer lugar, la fórmula electoral, puesto que, mientras un modelo proporcional traduce mejor los votos en escaños, un modelo mayoritario refuerza la estabilidad y las capacidades (también las facultades presidenciales) de un Alcalde.

En segundo término, la existencia, o no, de una prima electoral en el sistema, puesto que, cuando un sistema quiere beneficiar y reforzar la estabilidad, suele definir mecanismos de prima a la lista ganadora.

En tercer lugar, se tiene en cuenta la existencia de barrera electoral para entrar en el reparto de escaños, puesto que mientras en aquellos sistemas en los que la barrera no existe o es muy reducida se tiende a una mayor fragmentación e inestabilidad, en los modelos donde se establece lo que se busca es reforzar la estabilidad y, en definitiva, las capacidades del ejecutivo.

En cuarto lugar, si el modelo electoral tiene algún mecanismo de refuerzo de la lista electoral *ex post facto*, es decir, si en el momento de conformación del Gobierno municipal la lista ganadora parte con alguna ventaja como, por ejemplo, ser elegida salvo que se dé una mayoría absoluta en contra.

Finalmente, y de la misma manera que para la elección directa, se tendrá en cuenta el tipo de voto emitido (único o preferencial), considerando que el voto único refuerza una opción más clara por una opción determinada y, por tanto, construye mayorías más reales.

Tabla 3. Sistemas de elección indirecta.

Indicador	Sistema de medición
Fórmula electoral	Proporcional: 0 Mayoritaria: 1
Prima electoral	No: 0 Sí: 1
Barrera electoral	No: 0 Sí: 1
Refuerzo de la lista más votada	No: 0 Sí: 1
Tipo de voto	Preferencial: 0 Único: 1

Fuente: Elaboración propia.

De este modo, la opción y el cumplimiento de más elementos de presidencialización del sistema de elección van acercando el grado en el cual

un determinado caso se acerca más a un *modelo imperial* o a un *modelo canciller* de presidencialización.

2.2

El control de la agenda política municipal por parte de un Alcalde

Además del proceso de elección se establecen otros doce indicadores que tienen una importancia crucial a la hora de configurar las relaciones entre los distintos órganos del sistema y, en particular, para situar al Alcalde en el centro de la organización (Sweeting, 2009: 709).

Dentro de este conjunto, los 5 primeros indicadores se relacionan con las capacidades de formulación de políticas, es decir, de situar los temas en el debate público mediante el control de aquellos aspectos relacionados con este proceso.

Entre este tipo de capacidades se pueden encontrar los siguientes indicadores:

1. Presidencia de la Cámara municipal: el ejercicio de dirección política del órgano representativo municipal por parte del Alcalde le ofrece la posibilidad de establecer la agenda de tramitación, dirigir el debate político e interpretar la normativa de funcionamiento interna, y, por tanto, de esquivar el control de la Cámara, situándose por encima de los debates entre grupos.
2. Voto de calidad: vinculado con el ejercicio de dirección política del órgano representativo se puede definir en la persona del Alcalde el voto de calidad, en caso de empate.
3. Inexistencia de mecanismos de retirada de la confianza política por parte de la Cámara municipal: cuando la Cámara cuenta con elementos de reprobación (moción de censura o cuestión de confianza) a un Alcalde, sin duda son instrumentos que modulan su agenda política. Su inexistencia refuerza su estabilidad, sus capacidades y su papel.
4. Existencia de la capacidad de consulta directa: a la ciudadanía, a través de figuras como el referéndum o las consultas, que refuerzan la relación directa entre la Alcaldía y la sociedad, sin contar con la Cámara municipal.
5. Papel de los grupos municipales en el órgano representativo: la existencia de los grupos políticos en una Cámara municipal constata un papel de los partidos en la conformación de la voluntad de esta y, en cierta medida, una pérdida de autonomía

de los equipos de gobierno y oposición, así como una mediación de sus relaciones con la sociedad. En este sentido, mientras que su presencia debilita el rol presidencial, su ausencia lo facilitaría, al establecerse otra dinámica en los procesos de toma de decisiones.

Los siguientes 5 indicadores están relacionados con la estructura y el diseño de la Administración que permiten al Alcalde controlar, además de los procesos de formulación de políticas, su orientación e implementación. En este ámbito se constata una mayor presidencialización de un Gobierno local cuando el Alcalde:

6. Concentra por defecto todas las competencias ejecutivas (aunque las pueda delegar): lo que es un elemento clásico de los modelos presidencialistas.
7. Puede designar a personas que no sean integrantes de la corporación como miembros del Gobierno municipal.
8. Cuenta con la capacidad unilateral de reestructurar todo el aparato del Gobierno municipal.
9. Tiene capacidad personal de elaborar normas.
10. Designa y retira libremente a los titulares de órganos desconcentrados de gobierno.

Finalmente, los dos últimos indicadores que actúan como elemento de cierre de las capacidades de presidencialización:

11. La existencia de un régimen administrativo específico por ser municipio de gran población, que es un rasgo que tiende a reforzar las capacidades ejecutivas del Alcalde como jefe del Gobierno municipal.
12. La existencia del reconocimiento de autonomía local entendida como el reconocimiento de la garantía de las entidades locales a existir para gestionar sus competencias con medios y recursos suficientes (Parejo Alfonso, 1999), ya que su no reconocimiento o su concepción como una extensión de otros niveles de gobierno (Collin, 2010) disminuye sus capacidades.

Tabla. 4. Capacidades de control de la agenda política.

Variable	Sistema de medición
Presidencia de la Cámara municipal	No: 0 Sí: 1
Voto de calidad	No: 0 Sí: 1
Concentración de las competencias ejecutivas por defecto	No: 0 Sí: 1
Designación de no concejales en el equipo de gobierno	No: 0 Sí: 1
Retirada de la confianza por el Pleno	Sí: 0 No: 1
Capacidad de reestructurar la Administración municipal	No: 0 Sí: 1
Capacidad de dictar normas	No: 0 Sí: 1
Potestad de consulta directa	No: 0 Sí: 1
Designación de presidentes de órganos desconcentrados	No: 0 Sí: 1
Existencia de grupos municipales	Sí: 0 No: 1
Régimen especial por gran ciudad o capitalidad	No: 0 Sí: 1
Autonomía local	No: 0 Sí: 1

Fuente: Elaboración propia.

Por tanto, el mayor cumplimiento de estos doce indicadores reforzará el carácter presidencial del sistema político local y lo aproximará, de forma combinada con el estudio del sistema de elección, hacia el modelo imperial o canciller.

Como resultado de esta integración y las diferentes aproximaciones hacia el ideal de cada uno de estos modelos, se puede definir con claridad la presidencialización de los Gobiernos locales desde una perspectiva comparada.

Figura 1. Integración de resultados en los modelos.

3 Análisis de casos

Una vez establecido el diseño del IPCOB, el primer elemento de análisis es diferenciar el sistema de elección en los casos seleccionados: Barcelona, Marsella, Lisboa, Bruselas, Londres, Milán y Múnich.

Como se puede ver en la Tabla 5, en tres ciudades su Alcalde es elegido mediante un sistema de elección directa (Londres, Milán y Múnich), mientras que en Barcelona, Marsella, Lisboa y Bruselas la elección del jefe del ejecutivo municipal se realiza a través de un modelo indirecto.

Tabla 5. Diferenciación de sistemas de elección del Alcalde.

Ciudad	Sistema de elección	Marco de referencia
Barcelona	Indirecta	Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General (LOREG)
Marsella	Indirecta	Ley 82-1170 de Elección de los Consejos Municipales de París, Marsella y Lyon (LPM).
Lisboa	Indirecta	Ley Electoral 1/2001 de Elección de los Órganos de las Autarquías (LEOAL)
Bruselas	Indirecta	Código Electoral de Bélgica (CEBelg).
Londres	Directa	Greater London Authority Act 1999 (GLA)
Milán	Directa	Texto Unificado sobre el Régimen de las Entidades Locales (TUREL)
Múnich	Directa	Ley del Gobierno Local del Estado Libre de Baviera (BG)

Fuente: Elaboración propia.

3.1 Sistemas de elección directa del Alcalde

En relación con las ciudades que tienen un sistema de elección directa es conveniente recordar que en el caso de Londres es la GLA aprobada en 1999 la que establece el modelo de elección, en Milán el sistema se define en la normativa local general italiana (TUREL), mientras que en Múnich la Constitución Alemana establece que es competencia de los estados y ha sido, por tanto, la ley estatal de Baviera, en donde a través del BG se establece un método de elección directa que es común en todos los *Länder* del sur de Alemania y que es conocido como el *modelo del sur* (Kersting, 2005: 29; Arenilla Sáez, 2015: 42).

De acuerdo con el primero de los indicadores, solamente en Milán, existe una mayoría específica para lograr la Alcaldía; de este modo, según

el artículo 72 del TUREL, para la elección del Alcalde se exige lograr en la primera vuelta, al menos, más del 50 % de los votos válidos. Si ninguno de los candidatos alcanza este porcentaje, es preceptiva la celebración de una segunda vuelta entre los dos candidatos más votados (cosa que no sucede ni en Londres ni en Múnich, donde la elección se celebra a una sola vuelta).

El papel de los partidos políticos se aprecia en las elecciones municipales de las tres ciudades, puesto que en todas ellas existe una vinculación candidato-partido, aunque expresada de diferente forma, ya que son los partidos los que respaldan a los candidatos a la Alcaldía y conforman listas de concejales en Milán y Múnich, mientras que en Londres, aunque la elección de los ediles se realiza a través de circunscripciones uninominales, los candidatos son respaldados por alguna formación política. Además, en las tres ciudades se da la coincidencia de procesos electorales de forma simultánea.

Finalmente se puede apreciar que mientras las elecciones municipales de Milán y Múnich se basan en un modelo de voto único, en Londres se ha establecido por la GLA un sistema de transferencia de votos, de forma que cada elector indica en un primer voto su preferencia inicial seguida de dos opciones secundarias.

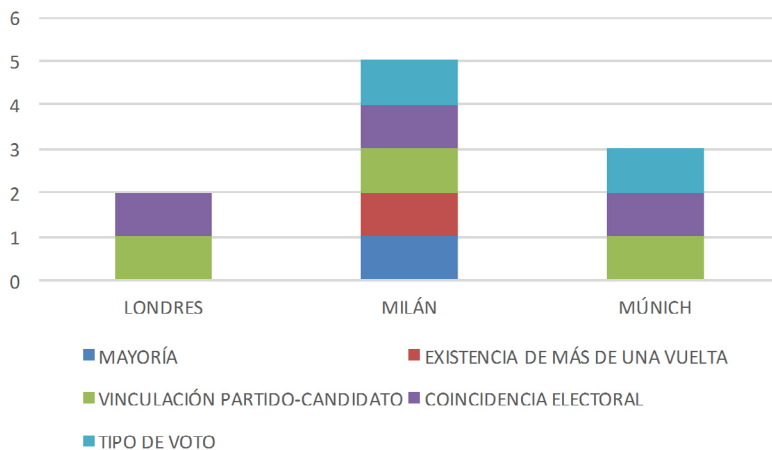
Tabla 6. Presidencialización en los sistemas de elección directa de alcaldes.

Ciudad	Mayoría	Existencia de más de una vuelta	Vinculación partido-candidato	Coincidencia electoral	Tipo de voto	TOTAL
Londres	0	0	1	1	0	2
Milán	1	1	1	1	1	5
Múnich	0	0	1	1	1	3

Fuente: Elaboración propia.

De este modo se puede comprobar que Londres, aunque posee un sistema de elección directa, presenta resultados más modestos en relación con los otros dos casos, puesto que la inexistencia de una mayoría inicial de más de una vuelta y el tipo de voto basado en el sistema de voto por transferencia hacen que en la realidad la mayoría con la que se elige al Alcalde sea más artificial que en Múnich y Milán. En este apartado la ciudad que presentaría un mayor presidencialismo en el sistema de elección directa sería Milán, ya que cumple con todos los indicadores planteados.

Gráfico 1. Grado de presidencialización en el sistema de elección directa de Londres, Milán y Múnich.



Fuente: Elaboración propia.

3.2 Sistema de elección indirecta

En las ciudades de Barcelona, Marsella, Lisboa y Bruselas la elección del Alcalde se realiza mediante un sistema indirecto en el que concurren listas electorales y cuyo diseño se asemeja al de un modelo parlamentario, puesto que nace de la presentación de listas y de la conformación de una mayoría en la Cámara municipal.

En relación con el primero de los indicadores, en todas las ciudades se opta por una fórmula electoral de tipo proporcional. Tampoco se establecen primas para la lista ganadora una vez se han celebrado las elecciones.

Sin embargo, en todas ellas es preceptivo superar una barrera electoral para optar al reparto de escaños. En Barcelona es necesario lograr el 5 % de los votos para poder entrar en el *ballotage*, mientras que en Bruselas y Lisboa es el 3 %. Marsella tiene una doble barrera electoral, ya que la LPM define un sistema de elección basado en la doble vuelta; de este modo, en la primera, para entrar en el reparto de escaños, se requiere el 5 %, mientras que para concurrir en la segunda vuelta (de aquellos escaños no asignados en la primera vuelta) es preciso haber logrado el 10 % de los votos.

Respecto al indicador de refuerzo de la lista más votada, solamente en el caso de Barcelona existe un mecanismo de fortalecimiento de la candidatura ganadora. Puesto que para la elección del Alcalde es preciso que un

candidato sea investido por la mayoría absoluta del Pleno, en caso de que no concurra esta mayoría la persona que encabece la lista más votada será investida automáticamente.

En lo que se refiere al tipo de voto, todas las ciudades analizadas establecen un mecanismo de voto único (evitando la transferencia), por lo que se puede afirmar que se refuerza el papel de los partidos, así como la estabilidad de los Gobiernos.

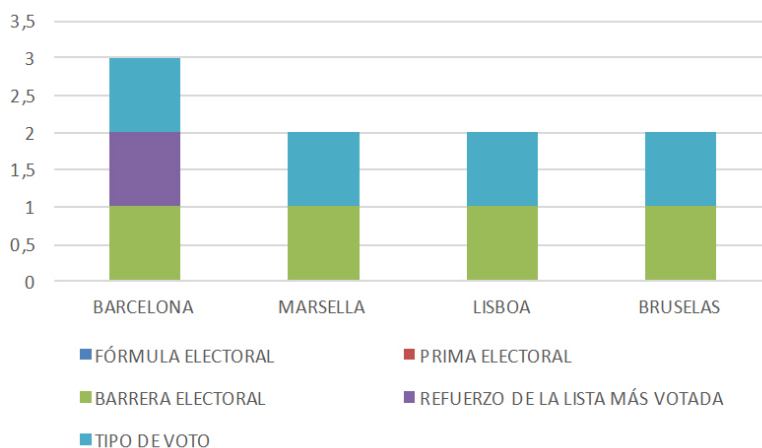
Tabla 7. Presidencialización en los sistemas de elección indirecta de alcaldes.

Ciudad	Fórmula electoral	Prima electoral	Barrera electoral	Refuerzo de la lista más votada	Tipo de voto	TOTAL
Barcelona	0	0	1	1	1	3
Marsella	0	0	1	0	1	2
Lisboa	0	0	1	0	1	2
Bruselas	0	0	1	0	1	2

Fuente: Elaboración propia.

En este punto se puede observar, en la Tabla 7, que los modelos de elección de Alcalde de Lisboa, Marsella y Bruselas presentan menos de la mitad de los indicadores de presidencialización, pudiendo considerarse esta bastante débil, porque solamente concurren en estos modelos la existencia de barrera electoral y un tipo de voto único.

Gráfico 2. Grado de presidencialización en el sistema de elección indirecta de Barcelona, Marsella, Lisboa y Bruselas.



Fuente: Elaboración propia.

3.3 Control de la agenda política municipal

Como se ha explicado en el diseño metodológico, los 12 indicadores de control de la agenda política se agrupan en tres dimensiones.

El primero de ellos tiene que ver con la capacidad de formulación de políticas. La característica más evidente en este ámbito se relaciona con la atribución al Alcalde de la presidencia de la Cámara municipal; en este sentido, se puede indicar que en Marsella, Lisboa, Milán y Múnich sus alcaldes presiden los plenos, mientras que en Londres la GLA (sección 42) atribuye la presidencia a un *Chairman* (Presidente) cuyo sistema de elección, al igual que el del Presidente del Consejo Comunal de Bruselas (artículo 2 del Reglamento del Consejo Comunal), se encomienda al Pleno de forma similar a como los Parlamentos eligen sus presidencias.

El caso de Barcelona constituiría un híbrido, ya que la normativa establece que la presidencia de la Cámara recae en el Alcalde, pero desde 2003 una reforma legal le otorga la posibilidad de delegar la presidencia del Pleno en uno de los concejales. Sin embargo, no se trata de un sistema similar al de Londres o Bruselas, puesto que, al ser el Primer Edil quien delega la presidencia, se cumple el indicador de control político de la Cámara.

Adicionalmente, en todas las ciudades analizadas existe la mediación de los partidos en el trabajo municipal, a través de la existencia de grupos municipales, y, en lo relativo a la existencia de voto de calidad, con la excepción de Barcelona (artículo 41.4 Reglamento Orgánico de Funcionamiento de las Entidades Locales), en ninguna de las ciudades se reconoce esta prerrogativa a sus alcaldes para desempatar las votaciones igualadas. Un indicador que no se cumple es la capacidad unilateral de consulta directa a los ciudadanos a través de referéndums que desdibujen el papel de la Cámara municipal¹.

En lo referente a la existencia de mecanismos de retirada de la confianza, estos se encuentran en Lisboa (artículo 53.1.j de la Ley 169/1999), Londres (Sección 12 de la GLA), Múnich (artículo 37 GB), Bruselas, así como en Barcelona (artículos 197 y 197 bis de la LOREG), en donde los plenos municipales pueden retirar la confianza al Alcalde. Solamente en Marsella, como en el conjunto de los municipios de gran población de Francia, la Cámara municipal carece de la capacidad de destituir al Alcalde de la ciudad.

1. Esta previsión la contempló la GLA hasta 2011, cuando fue revocada por el Gobierno de David Cameron.

La segunda dimensión analítica de control de la agenda política municipal se relaciona con la capacidad del Alcalde de orientar e implementar las políticas.

El primer elemento tiene que ver con un aspecto clave del presidencialismo, la concentración de todas las facultades ejecutivas en una sola persona y, por tanto, la idea de que todo el aparato administrativo es una extensión suya que puede ser reorganizada discrecionalmente. Como se puede apreciar, en todas las ciudades el Alcalde concentra el conjunto de potestades ejecutivas, así como de reestructurar la Administración municipal, aunque tiene la capacidad de delegarlas en otros miembros del Gobierno.

Sin embargo, dicha delegación, que es otro indicador distintivo del presidencialismo, solo puede realizarla a personas que no sean concejales electos en Marsella, Londres, Milán y Múnich, mientras que en el resto de ciudades (Barcelona, Lisboa y Bruselas) los integrantes del Gobierno municipal deben ser, al mismo tiempo, miembros electos de la Cámara municipal.

El control de la Administración municipal se proyecta en otros dos indicadores: en primer lugar, todos los alcaldes cuentan con capacidad de dictar normas, y en segundo lugar, en el caso de Barcelona y Múnich, su grado de control se dirige hacia la Administración municipal periférica, con la capacidad de designación directa de los titulares de los órganos desconcentrados en los distritos. Este aspecto contrasta con ciudades como Marsella, cuyos alcaldes de distrito son elegidos por los vecinos de los barrios (artículo 25 de la Ley 2511 por la que se aprueba el Código de las Colectividades Territoriales).

Finalmente, la tercera dimensión recae en el marco normativo que regula el ámbito de actuación de la institución.

En este ámbito existen dos indicadores para referirse a las capacidades del Gobierno local: el reconocimiento de la autonomía local, generalmente de rango constitucional nacional o territorial (en el caso de los países federales), de una garantía institucional que implica que como institución tienen derecho a existir, combinado con capacidad competencial y financiera (Parejo Alfonso, 1999). Esto sucede en Barcelona —artículo 141 de la Constitución Española—, Marsella —artículo 72 de la Constitución Francesa—, Lisboa —artículo 235 de la Constitución de Portugal—, Bruselas —artículo 162 de la Constitución Federal de Bélgica—, Milán —artículo 114 de la Constitución Italiana— y Múnich —artículos 27 de la Constitución Federal de Alemania y 11 de la Constitución Política del Estado Libre de Baviera—. Adicionalmente, en los casos de Barcelona, Marsella, Lisboa y Milán, por su condición de municipios de gran población, existe una regulación legal específica de su autonomía local que amplía su marco competencial, reforzando las capacidades de la Administración municipal y de su Alcalde.

Por su parte, en el caso de Londres, no tiene reconocida la autonomía local, puesto que en el Reino Unido los Gobiernos locales se entienden como criaturas parlamentarias² (Collin, 2010); aunque fue creada en 1963 como municipio por la *London Government Act*, sus instituciones fueron disueltas por la *Local Government Act* de 1985 y su autogobierno se recuperó en 1999 con la GLA, de forma similar a la *devolution* de sus instituciones propias a Escocia y Gales. La GLA otorga la capacidad de autogobierno a las instituciones de Londres (el Alcalde y la Asamblea Municipal).

Tabla 8. Presidencialización del control de la agenda política municipal en Barcelona, Marsella, Lisboa, Bruselas, Londres, Milán y Múnich.

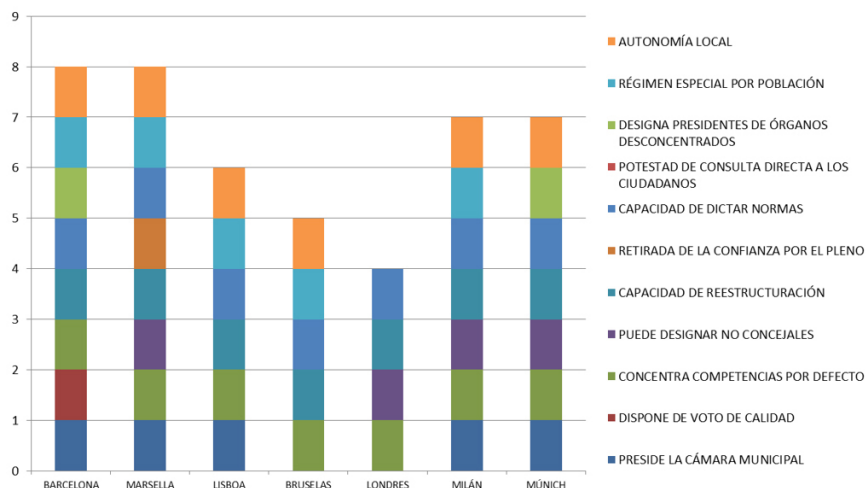
Ciudad	Preside la Cámara municipal	Voto de calidad	Concentración de competencias	Designación de no concejales para el Gobierno	Reestructura la Administración municipal	Retirada de confianza por el Pleno	Capacidad normativa	Potestad de consulta directa	Designa presidentes de órganos descentrados	Grupos municipales	Autonomía local	Régimen de gran población	
Barcelona	1	1	1	0	1	0	1	0	1	0	1	1	8
Marsella	1	0	1	1	1	1	1	0	0	0	1	1	8
Lisboa	1	0	1	0	1	0	1	0	0	0	1	1	6
Bruselas	0	0	1	0	1	0	1	0	0	0	1	1	5
Londres	0	0	1	1	1	0	1	0	0	0	0	0	4
Milán	1	0	1	1	1	0	1	0	0	0	1	1	7
Múnich	1	0	1	1	1	0	1	0	1	0	0	1	7

Fuente: Elaboración propia.

Por tanto, como se puede apreciar en la Tabla 8, con las excepciones de Londres y Bruselas, el conjunto de ciudades analizadas superan la mayoría de indicadores de presidencialización de su sistema de Gobierno local, en lo referente al control de la agenda política.

2. El concepto de “criatura parlamentaria” hace referencia a que, en los sistemas políticos de naturaleza *Westminster*, los Gobiernos locales, su capacidad de autogobierno y sus instituciones nacen a partir de una ley aprobada por el Parlamento, que de la misma forma que los crea puede modificarlos, e incluso suprimir su existencia (Collin, 2010).

Gráfico 3. Grado de presidencialización del control de la agenda política municipal por parte de los alcaldes.



Fuente: Elaboración propia.

Como muestra el Gráfico 3, es especialmente relevante el caso de Barcelona y Marsella, que cumplen con 8 indicadores sobre 12, frente al control más débil que tiene en Londres su ejemplo más destacado, ya que solamente cumple la tercera parte del conjunto de indicadores planteados.

4

Discusión de resultados

Este análisis del grado de presidencialización de los Gobiernos locales de los 7 casos estudiados permite presentar los siguientes resultados con carácter descriptivo.

Tabla 9. Índice de Presidencialización del Gobierno Local.

Ciudad	Sistema de elección del Alcalde	Presidencialización según el sistema electoral	Presidencialización de la agenda política	Índice de Presidencialización del Gobierno Local	Porcentaje de cumplimiento de indicadores
Barcelona	Indirecta	3	8	11	64,70 %
Marsella	Indirecta	2	8	10	58,82 %
Lisboa	Indirecta	2	6	8	47,05 %
Bruselas	Indirecta	2	5	7	41,10 %
Londres	Directa	2	4	6	35,20 %
Milán	Directa	5	7	12	70,59 %
Múnich	Directa	3	7	10	58,82 %

Fuente: Elaboración propia.

La primera apreciación que se constata en la Tabla 9 es que ninguno de los casos estudiados cumple con el 100 % de los indicadores, no siendo ninguna de estas ciudades un ejemplo puro del modelo imperial o canciller que se plantea en el estudio.

No obstante, donde se observa un mayor grado de presidencialización es en Milán, que con más del 70 % de cumplimiento de indicadores se aproxima al modelo imperial. En este caso, la ciudad italiana cumple con la totalidad de los indicadores que definen un sistema electoral directo de carácter presidencialista, pero su Alcalde no tiene una posición fuerte en algunos aspectos derivados de cuestiones institucionales, como la ausencia de voto de calidad, posibilidad de que el Pleno le revoque la confianza, o su imposibilidad para designar presidentes de organismos desconcentrados.

Otro resultado relevante es que otras dos ciudades que plantean un IPGOB alto, como son Barcelona, en torno al 65 %, y Marsella, con prácticamente el 59 %, cuentan con un sistema electoral de tipo indirecto. A pesar de ello no cumplen con el conjunto de indicadores de un sistema electoral indirecto de sesgo presidencialista, ya que Barcelona cumple con 3 (barrera electoral, voto único y refuerzo de la lista más votada en la investidura), mientras que Marsella lo hace con dos (voto único y barrera electoral).

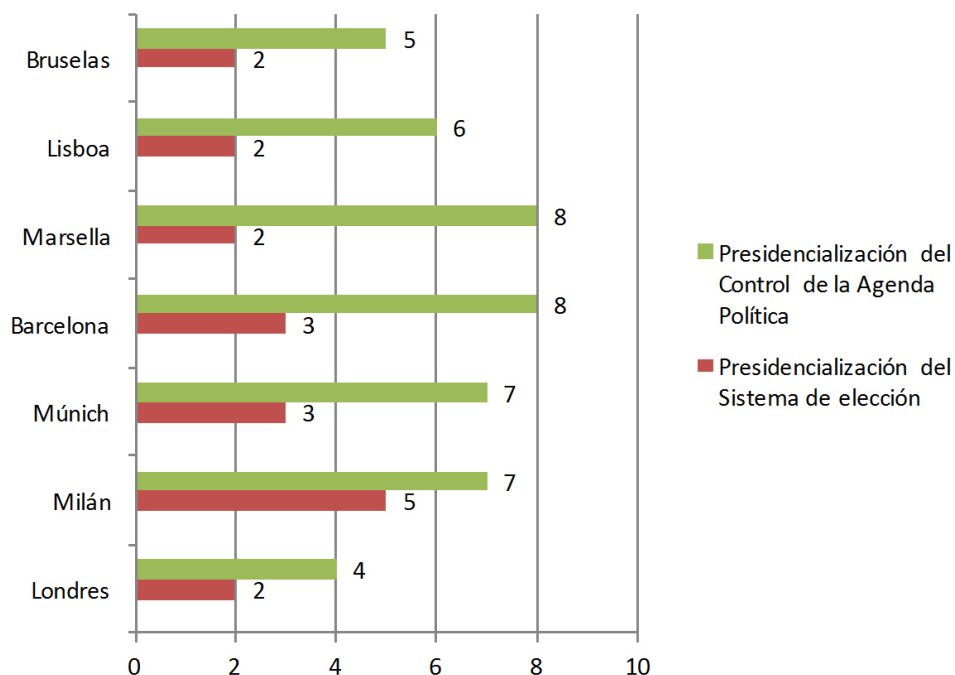
Sin embargo, sus alcaldes cuentan con una extraordinaria capacidad de control de la agenda política. Barcelona constituye el único caso donde el Alcalde cuenta con voto de calidad en el Pleno, pero además es, junto con Múnich, la única ciudad cuyos órganos desconcentrados son designados directamente por su Alcalde, con independencia del resultado electoral del distrito. Por su parte, en Marsella, su Alcalde es el único en el que el Pleno no puede retirar la confianza, y este a su vez cuenta con la capacidad de designar a personas externas al Pleno municipal como miembros del Gobierno local.

Múnich es un caso de cumplimiento elevado de indicadores, más del 50 %; en este caso estamos ante un sistema electoral directo, que la asimila al modelo imperial, como Milán. No obstante, la capital bávara carece de una mayoría cualificada para la elección directa del Alcalde, y las elecciones se celebran a una sola vuelta. El control de la agenda es similar al caso de Milán, con la diferencia de que el Primer Edil de Múnich designa órganos desconcentrados, mientras que Milán tiene blindada su autonomía local.

En el resto de los casos (Bruselas, Lisboa y Londres) se puede hablar de un IPGOB bajo, ya que ninguno de ellos alcanza a cumplir el 50 % de los indicadores. En el caso de Lisboa y Bruselas, tienen un modelo de elección directa que cumple solamente 2 indicadores (voto único y barrera electoral) que se combinan con un control de la agenda política bajo; es pertinente

destacar que, por ejemplo, el Alcalde de la capital belga no es Presidente de la Cámara municipal, o que el de Lisboa no puede designar a no concejales para su equipo de gobierno.

Gráfico 4. Relación entre la presidencialización de la elección y el control de la agenda política municipal.



Fuente: Elaboración propia.

Sorprende el caso de Londres, cuyo Alcalde se encontraría en la posición más débil de todas. Esto es especialmente significativo, puesto que tiene un sistema de elección directa (tradicionalmente asociado a la presidencialización del sistema). Sin embargo, al contar con un sistema de mayoría simple y a una sola vuelta, el candidato elegido puede partir de una mayoría relativa que, combinada con la existencia de transferencia de voto, hace que el Alcalde pueda no haber sido la opción preferente de los votantes. Además, el Alcalde de Londres no preside el Pleno, no cuenta con un marco legal de autonomía local, y carece de un régimen específico de gran población que refuerce sus competencias.

El resto de los modelos electorales analizados, sean directos (Londres y Múnich) o indirectos (Lisboa y Marsella), cuentan con indicadores de presidencialización más bajos. En este sentido, dentro de la modelización pro-

puesta en la metodología, Milán sería claramente un sistema imperial, ya que cumple con todos los indicadores de presidencialización en la elección directa del Alcalde, mientras que Barcelona se aproximaría bastante a un modelo canciller, puesto que cumple 3 de los 5 criterios requeridos.

En este sentido es llamativo que, a pesar de que se afirma frecuentemente que la elección directa es sinónimo de presidencialización de un sistema político local (Ridao y García, 2015: 84; García, 2011: 211), esta afirmación no se corresponde con las capacidades de control del proceso político ejecutivo que existen en los Gobiernos locales, ya que hay modelos de elección directa e indirecta fuertemente presidencializados (Barcelona y Milán), mientras que al mismo tiempo existen ciudades con elección directa (Londres) o indirecta (Bruselas) cuyos alcaldes ven reducida su capacidad de controlar el proceso político local.

Sin embargo, el método de elección no siempre es sinónimo de presidencialismo o parlamentarismo, como se puede apreciar especialmente en los casos de Milán (que siendo un modelo de elección indirecta supera el 70 % de los indicadores propuestos) y Barcelona (que con un modelo de elección indirecta tiene idéntico porcentaje de cumplimiento), frente a los de Bruselas, de elección indirecta, o Londres, donde la elección directa del Alcalde no está rodeada de elementos que fortalezcan su papel, como no lo tiene fortalecido en lo que a la agenda política municipal se refiere, siendo la ciudad analizada con el menor IPGOB de su Gobierno local (cumpliendo poco más de un tercio de los indicadores planteados).

5 Conclusiones

Esta descripción del grado de presidencialización de los Gobiernos locales de las siete ciudades escogidas como estudios de caso permite apreciar tres dimensiones básicas en relación con el protagonismo de sus alcaldes y su rol presidencialista. En primer lugar, se puede afirmar que el sistema de elección directa o indirecta *per se* no implica un mayor grado de presidencialización y refuerzo de la figura del Alcalde, sino que hay que observar otros elementos que rodean el sistema.

Como se puede apreciar en los 4 casos que presentan un IPGOB alto, no existe una correspondencia necesaria entre el tipo de sistema electoral y la presidencialización de la figura del Alcalde, puesto que dos son directos (Milán y Múnich) y los otros dos, indirectos (Barcelona y Marsella). Además, estos dos últimos casos son en los que los alcaldes tienen un mayor control

de la agenda política. Esta afirmación se refuerza observando la posición del Alcalde de Londres, que, a pesar de su elección directa, presenta unas características y un escaso control de la agenda política que se traducen en un IPGOB que cumple poco más de un tercio del conjunto de indicadores planteados.

Por tanto, la general afirmación de que el sistema electoral directo es sinónimo de presidencialismo en los Gobiernos locales, frente a la parlamentarización de los modelos indirectos, no se cumple en los casos estudiados (Delgado del Rincón, 2012; Salazar Rasero, 2015; Márquez Cruz, 2010; Ridao y García, 2015: 84; García, 2011: 211). En cambio, sí se aprecia que las ciudades analizadas que pertenecen a países con una mayor tradición de autonomía local cuentan con un IPGOB más elevado, derivado del diseño institucional que da al Alcalde un mayor control de la agenda.

De este modo se puede afirmar que, para medir el grado de presidencialización de un sistema político local, constituye un elemento más relevante estudiar el control de la agenda política por parte del Alcalde que otros que conforman los aspectos nucleares del sistema electoral.

La segunda conclusión es que los resultados obtenidos permiten encuadrar los diferentes sistemas políticos locales dentro de modelos ideales en relación con el grado de presidencialización del poder. A pesar de que ninguna de las ciudades analizadas se corresponde con los tipos ideales extremos (imperial-canciller) definidos en la metodología, sí que se puede considerar que Milán se asemeja al tipo imperial, con el 70 % de cumplimiento de indicadores, mientras que Barcelona y Marsella se aproximarían bastante a un sistema de tipo canciller. Es decir, en estos tres casos los indicadores constatan un elevado grado de presidencialización en el Alcalde.

Es interesante analizar cómo, en aquellos casos en los que el IPGOB se sitúa por debajo del 50 %, alejándose de los modelos imperial (Londres) y canciller (Lisboa y Bruselas), el Alcalde podría tener un rol político más de facilitador que de presidente, debido a su menor capacidad de control de la agenda política municipal. En estas tres ciudades se puede afirmar que el Primer Edil puede llevar adelante su acción de gobierno asentando su labor en su capacidad de influencia y orientación de las políticas públicas urbanas, y no tanto en instrumentos normativos o capacidades legales de control del proceso político.

Por último, este estudio permite constatar que el IPGOB, presentado en el presente artículo, constituye un instrumento analítico que puede ser extraordinariamente útil para la investigación de los sistemas políticos locales desde una perspectiva comparada, que toma como referencia las capacidades con las que cuentan los alcaldes para llevar adelante su acción de

gobierno. Así, este índice podría funcionar como una variable independiente en otro tipo de estudios sobre Gobiernos locales y políticas urbanas de diferentes contextos regionales en América Latina o Asia.

6 Bibliografía

- Alcántara Sáez, M. (1995). *Gobernabilidad, crisis y cambio: elementos para el estudio de la gobernabilidad de los sistemas políticos en épocas de crisis y cambio*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Anduiza Perea, E. (2000). El Sistema Político de Italia. En M. Alcántara Sáez (ed.). *Sistemas Políticos de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Anyebe, A. (2016). An Overview of Presidential System at the Local Government. *International Journal of Political Science*, 2 (1), 1-8.
- Arenilla Sáez, M. (2015). Sistemas electorales y elección directa del alcalde. Una perspectiva comparada. En M. Arenilla Sáez (coord.). *La elección directa del alcalde. Reflexiones, efectos y alternativas*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Baena del Alcázar, M. (2000). *Curso de Ciencia de la Administración*. Madrid: Tecnos.
- Benoit, K. (2004). Models of electoral system change. *Electoral Studies*, 23 (3), 363-389.
- Calabresi, S. G. y Rhodes, K. H. (1992). The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary. *Harvard Law Review*, 105 (6), 1153-1216.
- Collin, J. P. (2010). *Municipal Organization in Canada*. Barcelona: Vil·les Region Monde/ICPS/Diputació de Barcelona.
- Dahl, R. A. (2012). *La Democracia*. Barcelona: Ariel.
- Delgado del Rincón, L. E. (2012). La *parlamentarización* de la forma de gobierno local: la reforma de la LOREG sobre la moción de censura y la cuestión de confianza local y su incidencia en el derecho de los concejales a ejercer un cargo público representativo. *Revista de Administración Pública*, 189, 331-364.
- Fernández Vivas, Y. (2009). El Régimen Jurídico de las Elecciones Presidenciales en los Estados Unidos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 23, 327-360.

- García, M.^a J. (2011). La Elección Directa del Alcalde en el régimen local: Justificación, alcance y repercusiones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 205-258.
- Haggard, S. y McCubbins, M. D. (2001). *Presidents, Parliaments, and Policy*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Helpas, N.-K. et al. (2006). Typologies of Local Government Systems. En H. Bäck, H. Heilmelt y A. Magnier (eds.). *The European Mayor*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Kelley, C. S. (2005). Rethinking Presidential Power—The Unitary Executive and the George W. Bush Presidency. En *63rd Annual Meeting of the Midwest Political Science Association* (Chicago, IL., Midwest Political Science Association).
- Kersting, N. (2005). Reforming local electoral systems in Europe. En H. Reynaert, K. Steyvers, P. Delwit y J.-B. Pilet (eds.). *Revolution or Renovation? Reforming local politics in Europe*. Brujas: Vanden Broele.
- Lijphart, A. (2016). *Modelos de Democracia: formas de gobierno y resultados en 36 países*. Barcelona: Ariel.
- Linares, S. (2011). Treinta años del debate presidencialismo-parlamentarismo: un balance de las evidencias. *Revista Española de Ciencia Política*, 27, 9-44.
- Linz, J. J. (1994). Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference? En J. J. Linz y A. Valenzuela (eds.). *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- López Guerra, L., Espín, E. y García Morillo, J. (2018). *Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Márquez Cruz, G. (2003). Marco metodológico para el estudio de las coaliciones políticas en los gobiernos locales en España. *Política y Sociedad*, 40 (2), 157-178.
- (2010). Gobernabilidad local en España. *Política y Sociedad*, 47 (3), 37-66.
- Morell Ocaña, L. (1992). El Régimen Local en la estructura del Estado autonómico. *Documentación Administrativa*, 232-233, 323-402.
- Navarro, C. y Criado, J. I. (2011). Estudiar las democracias locales desde la perspectiva de los concejales. Democracia y actores políticos en los ayuntamientos españoles. *Cuadernos de Derecho Local*, 27, 20-35.
- Nohlen, D. (2013). El Presidencialismo Comparado. *Revista del Instituto de Altos Estudios Europeos (RIAAE)*, 1, 6-23.

- Parejo Alfonso, L. (1986). La autonomía local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 229, 9-64.
- (1999). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Ariel.
- Parrado, S., Colino, C. y Olmeda, J. A. (2013). *Gobiernos y Administraciones públicas en perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Percival, R. V. (2001). Presidential Management of the Administrative State: The Not-So-Unitary Executive. *Duke Law Journal*, 51 (3), 963-1013.
- Pérez Alonso, J. (2018). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos: historia, organización y funcionamiento. El writ of certiorari. *Gabilex*, 13 (1), 211-232.
- Pérez Royo, J. (1997). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Peschard, J. (2004). Presentación. *La construcción del federalismo argentino: perspectivas comparadas* (panel: "Federalismo político I. Antecedentes, sistemas electorales y perspectivas"). Buenos Aires: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Ramió, C. (2016). *Teoría de la Organización y de la Administración Pública*. Madrid: Tecnos.
- Ridao i Martín, J. y García i Martínez, A. (2015). La elección directa del alcalde por los vecinos. Criterios para un régimen presidencialista en los gobiernos municipales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 3, 77-93.
- Salazar Rasero, C. (2015). *Rendición de cuentas y gobierno local: la moción de censura como elemento de control político en el ámbito local* [tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid.
- Sánchez Medero, G. y Sánchez Medero, R. (2014). El sistema político y sus elementos. En G. Sánchez Medero y R. Sánchez Medero (dirs.). *Sistemas políticos en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sartori, G. (1994). *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. Londres: MacMillan.
- Shugart, M. y McCubbins, M. (2001). Institutions and public policy in presidential systems. En S. Haggard y M. McCubbins (eds.). *Presidents, Parliaments and Policy*. University of California Press.
- Sweeting, D. (2009). The Institutions of 'Strong' Local Political Leadership in Spain. *Environment and Planning C: Government and Policy*, 27, 698-712.

Swianiewicz, P. (2014). An Empirical Typology of Local Government Systems in Eastern Europe. *Local Government Studies*, 40 (2). Disponible en <http://dx.doi.org/10.1080/03003930.2013.807807>.

Vergara Santana, M. I. (2007). Elecciones concurrentes: diversidad y unidad. En M. A. Cortés Guardado y V. A. Espinoza Valle (coords.). *Elecciones concurrentes en México. Competencia, participación y voto diferenciado*. México: Ediciones Eón.

A stylized tree graphic in shades of pink and red. The tree has a thick trunk that curves to the right at the bottom. The canopy is composed of numerous leaf-like shapes, some solid and some outlined. The text 'QDI 64' is positioned in the upper right area of the tree's canopy.

QDI 64

**PONENCIAS,
CRÓNICAS
Y NOTAS**

Los entes locales ante la legislación de transparencia

CARLOS M.^a RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
Letrado del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

1. Planteamiento general

2. Incidencia de la legislación de transparencia en los entes locales

2.1. La legislación estatal de transparencia

2.1.1. *La publicidad activa*

2.1.2. *El derecho de acceso*

2.2. Incidencia de la legislación autonómica de transparencia en los entes locales: especial referencia a la LTBGCM

3. Análisis de los principales escollos interpretativos de la LTAIPBG en los entes locales

3.1. El discutible concepto de “alto cargo local”

3.2. Los indicadores de relevancia jurídica en los entes locales

4. Bibliografía

Resumen

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, fue aprobada sin recabar la intervención de la Federación Española de Municipios y Provincias, y, en consecuencia, en su texto podemos encontrar problemas de encaje de esa norma básica con la especial posición institucional que ocupan los entes locales en nuestro sistema constitucional. El presente artículo pretende ser, primero, un análisis de la afectación de la Ley de Transparencia (y las normas especiales aprobadas en la materia) respecto de la legislación de régimen local, y, en segundo lugar, una exposición de los aspectos que tienen más difícil encaje en aquellas.

Palabras clave: *entes locales; autonomía local; transparencia; publicidad activa; derecho de acceso.*

Local authorities and transparency legislation

Abstract

Law 19/2013, of December 9, on transparency, access to public information and good governance, was approved without the intervention of the Spanish Federation of Municipalities and Provinces, and, consequently, we can find in this piece of legislation problems of compatibility with local legislation and the special institutional position that local entities exercise in our constitutional system. This article analyses, first, the impact of transparency legislation (and the regulations implementing it) with respect to local legislation, and second, it explores the conflictual elements of that legislation with respect to local legislation.

Keywords: local entities; local autonomy; transparency; active advertising; right of access.

1

Planteamiento general

El análisis de la transparencia en los entes locales (en lo sucesivo, EE. LL.) que se abordará en el presente artículo nos lleva a reflexionar, en primer lugar, sobre la incidencia que ha tenido la aprobación de la vigente legislación de transparencia respecto del principio de autonomía local. Esta cuestión se abordará desde la doble perspectiva de la publicidad activa y del derecho de acceso y, además, teniendo en cuenta tanto la legislación estatal, general y sectorial, como la legislación autonómica, con referencia específica a la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (en lo sucesivo, LTBGCM). Descubriremos que, en algún caso, sería posible cuestionar que el legislador básico estatal se haya mantenido dentro de los límites de la competencia que constitucionalmente tiene asignada.

Ahora bien, a la hora de su aplicación a los EE. LL., la crítica más recurrente cosechada en la doctrina por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en lo sucesivo, LTAIPBG) no ha sido, por lo general, imputar a dicha ley la superación de los límites constitucionales impuestos por el principio de autonomía local. Por el contrario, la oposición se ha desenvuelto siempre en el puro plano de la oportunidad, cuestionando la inclusión de los EE. LL. en la legislación de transparencia sin ningún tipo de modulación aplicativa.

Así, Campos Acuña (2014) observa acertadamente lo siguiente: “Con la Ley de Transparencia sucede lo mismo que con la mayoría de normas que tienen por destinatarias el conjunto de las Administraciones Públicas y que se resume en el olvido de las peculiaridades organizativas y de funcionamiento de las entidades locales, olvido que se agrava frente a la carencia de potestad legislativa por las mismas y que las sitúa en una clara posición de debilidad frente a estas regulaciones”. Y, en palabras de Jiménez Asensio (2017: 63), la LTAIPBG diseña un sistema pensado más para la AGE y las CC. AA. que para los propios Gobiernos locales.

En efecto, el carácter heterogéneo de la planta local española es un importante obstáculo, no solo para concretar la aplicación de ciertos indicadores de publicidad activa cuya extrapolación provoca serias dificultades interpretativas, sino también para determinar la propia capacidad intrínseca del cumplimiento de sus previsiones por el ente local, donde la escasez de recursos económicos, materiales y humanos, como afirma Entrena Fabré (2017), “puede provocar que, ante la necesidad de dar respuesta a la demanda ciudadana en servicios básicos, la LTAIPBG pase a un segundo nivel de prioridad”.

Como puede verse, ninguno de los autores antes citados cuestiona el carácter legítimo de las prescripciones de la LTAIPBG, sino simplemente el hecho de que esta norma no haya sido más sensible con la autonomía local, crítica en la que subyace un resignado fatalismo sobre la dificultad de articular jurídicamente un principio constitucional cuyo contenido, en la práctica, vendrá determinado por la voluntad del legislador estatal, en colaboración con el autonómico.

Pues bien, una vez analizada la forma en que la legislación de transparencia podría haber afectado al bloque de constitucionalidad de la autonomía local, nos detendremos en los necesarios matices que reclama la posición institucional de los EE. LL. y que debieran, a nuestro juicio, haberse perfilado mejor en las normas de transparencia, estatal o autonómicas, para evitar que las mismas pierdan una parte importante de su eficacia práctica como consecuencia de dificultades interpretativas o aplicativas. Se trata, por tanto, de identificar aquellas cuestiones clave ligadas a la transparencia que nos parece necesario tomar en consideración para conseguir un adecuado tratamiento de los EE. LL. como sujetos obligados a la transparencia.

Por último, la transparencia en relación con los EE. LL. plantea un tercer plano de estudio, referido a la regulación del derecho de acceso a la información pública por los representantes locales, que engazaría directamente con la tutela que a los mismos brinda el artículo 23 CE, es decir, con la obtención de información para el ejercicio de sus cargos representativos. Este

último aspecto, sin embargo, no será objeto de desarrollo en este trabajo para no sobrecargar demasiado su contenido.

2

Incidencia de la legislación de transparencia en los entes locales

Nos centraremos ahora en abordar de qué manera ha afectado al principio de autonomía local a la entrada en vigor de las leyes de transparencia. En este apartado no solo circunscribiremos nuestro análisis a la LTAIPBG, sino también a la legislación estatal sobre contratos administrativos, así como a las diversas leyes autonómicas sobre transparencia y, particularmente, la de Castilla-La Mancha. Como punto de partida podemos afirmar que, en principio, la legislación básica sobre transparencia solo ha supuesto una novedad relativa, porque los deberes de publicitar proactivamente toda la información relevante de los EE. LL. y de atender las solicitudes ciudadanas de acceso a la información pública se contenían ya en la redacción originaria de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), aunque tales deberes resultasen reforzados con la particular modificación de dicha norma por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

2.1

La legislación estatal de transparencia

Desarrollando el esquema propuesto con anterioridad, debemos preguntarnos, en primer lugar, si la aprobación de la LTAIPBG ha supuesto realmente un incremento material de las obligaciones de transparencia de los EE. LL., si simplemente ha modulado las ya existentes o si, en realidad, no ha aportado transformación sustantiva alguna. Y para este análisis debemos distinguir entre las dos perspectivas separables de la transparencia, a saber: la “publicidad activa” y el “derecho de acceso”.

2.1.1

La publicidad activa

Desde el punto de vista de la publicidad activa, la imposición por la LTAIPBG de unos indicadores mínimos de publicidad obligatoria a los EE. LL. en sus

artículos 6 (información institucional, organizativa y de planificación), 7 (información de relevancia jurídica) y 8 (información económica, presupuestaria y estadística) no ha implicado modificación sustancial de la LRBRL, porque los anteriores preceptos suponen simplemente la concreción de una obligación que ya estaba prevista en el artículo 69.1 LRBRL; desde la misma fecha de su originaria publicación en el BOE, ya determinaba lo siguiente: “Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local”.

Lo único que hace, pues, la LTAIPBG, desde el ámbito de la “publicidad activa”, es concretar el contenido mínimo del concepto jurídico indeterminado de esa “más amplia información” que, de conformidad con el artículo 69.1 LRBRL, han de facilitar los EE. LL. a los ciudadanos, imponiéndoles unos indicadores básicos que se especifican en los artículos anteriormente citados. Este precepto, por otra parte, tiene idéntico objeto material que el de los vigentes artículos 5.1 y 13 LTAIPBG. El primero obliga a los sujetos públicos a publicitar, de forma periódica y actualizada, “la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”. Y el segundo de ellos define la “información pública” como “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos [...] y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.

Nuestra conclusión provisional sobre la configuración de la publicidad activa, por tanto, es la de que:

- No existe ninguna afectación material a los deberes de publicidad activa que ya tenían implícitamente los EE. LL. de forma originaria, salvo el hecho de que los artículos 6-8 LTAIPBG los imponen ahora explícitamente. Por otra parte, también se ha producido la tipificación expresa como infracción administrativa grave del incumplimiento reiterado de dichas obligaciones que establece el artículo 9.3 LTAIPBG.
- Formalmente la LTAIPBG tampoco ha supuesto la necesidad de que los EE. LL. cuenten con portales de transparencia: el artículo 10 LTAIPBG no es básico en los dos apartados en que prevé este instrumento (solo, por tanto, es aplicable a la AGE); tampoco es básico el artículo 11 LTAIPBG, y, por su parte, el artículo 8 LTBGCM regula exclusivamente el Portal de Transparencia de la Administración regional, limitándose, con respecto a los EE. LL., a exigir que estos publiquen su información “a través de sus páginas web”, sin condicionar por tanto su capacidad de autoorganización.

Ahora bien, si desde la publicidad activa la LTAIPBG no ha producido una sustancial afectación al principio de autonomía local, no podemos decir lo mismo de otros aspectos en los que la legislación estatal sectorial ha incidido en el ámbito de la publicidad activa.

En este caso, queremos centrarnos en dos aspectos 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* (en lo sucesivo, LCSP), cuya aplicación a los EE. LL. nos resulta problemática. Y ello, en efecto, aunque esta norma haya experimentado una importante criba después de la STC 68/2021, de 18 de marzo, como consecuencia, entre otras razones, de su extralimitación del concepto de legislación básica.

1) La STC 68/2021, por virtud del principio de congruencia (ya que la parte recurrente ni siquiera impugnó esta disposición), no ha cuestionado el contenido de la disposición adicional tercera, apartado 8, LCSP, que, en relación con los EE. LL., dispone literalmente lo siguiente: “Corresponderá también al Secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”.

Esta disposición es básica, porque así lo dice la disposición final primera, apartado 3, LCSP, y se sustenta específicamente en el título competencial exclusivo del Estado, relativo al artículo 149.1.18 CE, en materia de “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”. Pues bien, parece evidente que, con la cobertura competencial del precepto transcrito, el legislador se extralimitaría de las competencias en que dice sustentarse si se interpreta que la imposición al secretario de una función de coordinación abarca todas las obligaciones de publicidad e información establecidas en la LTAIPBG, ya que estas superan con creces el marco de la contratación administrativa, al no estar limitados a ella los indicadores de publicidad activa.

En cualquier caso, una función que parece resultar novedosa sobre las que se imponen a los secretarios municipales parece que tendría mejor acomodo si se reflejara en el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, en cuyo texto no encontramos ninguna atribución que acoja un deber tan específico de coordinar las obligaciones de publicidad y acceso de la LTAIPBG. Es verdad que el artículo 3.2.1) del Real Decreto 128/2018 encomienda al secretario la “superior dirección de los archivos y registros de la Entidad Local”, pero hay que tener en cuenta que el precepto cita esta competencia exclusivamente en relación con las potes-

tades de la fe pública secretarial, por lo que no nos parece que pueda servir de fundamento para la competencia cuestionada por nosotros.

Así, salvo que se haga una interpretación extensiva de las competencias del artículo 149.1.18 CE, refiriéndolas también al régimen jurídico de las Administraciones públicas (lectura que no procede, pues conforme al n.º 3 de la disposición final primera de la LCSP solo el apartado 3 del artículo 347 LCSP está fundamentado en esta competencia), la otra manera de salvar la constitucionalidad del precepto sería considerarlo referido no a la imposición de un deber general de coordinación de toda la información pública derivada de la LTAIPBG, sino solo a los indicadores de la contratación administrativa. Pero ni parece que sea esa la interpretación a la que conduce el tenor literal de la LCSP ni, por otra parte, tal lectura salvaría la incongruencia que supondría excluir del deber de coordinación los ítems de publicidad activa impuestos adicionalmente a los EE. LL. por la legislación especial estatal o autonómica sobre transparencia.

2) Donde sí que se ha producido expresamente un pronunciamiento, si bien, en este caso, de mera interpretación conforme de la STC 68/2021, es en el supuesto del artículo 154.7 LCSP, que, al referirse a la necesidad de publicar los preceptivos anuncios de formalización de los contratos en los términos expuestos en los apartados anteriores, establece aquí la posibilidad de excluir de la publicidad parte de los indicadores “cuando se considere, justificándose debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19”.

Pues bien, en estos casos, cuando se toma la decisión de no publicar, el párrafo segundo del precepto anterior advierte que “los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su publicación, que será evacuado en un plazo máximo de diez días”.

En la medida en que los EE. LL. puedan actuar como órganos de contratación, la eventual consulta que este precepto impone no debería entender-

se referida al CTBG, sino al órgano independiente autonómico que pudiera haber asumido competencia para conocer las reclamaciones sobre transparencia. Esta es la lectura que ha hecho con buen criterio la STC 68/2021, que, sobre la base de la competencia autonómica exclusiva de autoorganización prevista en el artículo 148.1.1.º CE, afirma:

“[...] el precepto exige que el informe se recabe del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, a que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Esta ley lo configura como un órgano independiente que ejerce sus competencias en relación con la Administración General del Estado, salvo que por convenio el ejercicio de sus funciones se extienda a las comunidades autónomas.

De acuerdo con el razonamiento expuesto y por no tener carácter básico, los párrafos segundo y tercero del art. 154.7 LCSP deben declararse contrarios al orden constitucional de competencias. Esta declaración no conlleva su nulidad, habida cuenta que se aplican en el ámbito estatal sin que esto haya sido objeto de controversia en el presente proceso”.

2.1.2

El derecho de acceso

La verdadera afectación del principio de autonomía local por la LTAIPBG se produce, a nuestro juicio, en el ámbito del derecho de acceso. En este caso podemos encontrar dos tipos de afectación a la LRBRL, sin gran trascendencia el primero en el ámbito de la autonomía local, y más importante el segundo respecto de este principio constitucional. Los analizaremos, pues, por separado.

1) En primer término, la regulación del derecho de acceso a la información pública la encontramos en el artículo 18.1.e) LRBRL, que sigue conservando su redacción originaria. Este precepto, integrado en el elenco de derechos que se reconocen a los vecinos, establece entre ellos el siguiente: “Ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución”.

Pues bien, tal redacción resulta sobrepasada por la LTAIPBG, al menos desde una triple perspectiva.

a) Por una parte, conforme al artículo 12 LTAIPBG, el derecho de acceso a la información pública tiene como titular a “todas las personas”, y no queda, por tanto, circunscrito solamente a los “vecinos” en el sentido restrictivo

que de este concepto se da en el artículo 15, párrafos 3.º y 4.º, LRBRL, según los cuales: “Los inscritos en el Padrón municipal son los vecinos del municipio”, y “La condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón”. El hecho, por tanto, de estar o no inscrito en el Padrón municipal, resulta absolutamente irrelevante, desde la entrada en vigor de la LRBRL, para poder ejercer el derecho de acceso a la información pública a disposición de los EE. LL.

b) Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.3 LTAIPBG: “El solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información”. Por consiguiente, no habrá que exigirle esa “previa petición razonada” de la que todavía habla el artículo 18.1.e) LRBRL, y, de esta forma, la ausencia de motivación “no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud”, como advierte el citado artículo 17.3 LTAIPBG y como ha confirmado la STS de 12 de noviembre de 2020.

c) Por último, la información pública que cualquier persona puede interesar a los EE. LL. no se circunscribe ni al concepto de “expediente” ni estrictamente al de “documentación municipal”, sino que habrá de estar referida, conforme al artículo 13 LTAIPBG, a “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”. Es posible, por tanto, la existencia de información pública al margen de todo expediente (por ejemplo, el caso de un acta de infracción que no ha dado lugar a procedimiento sancionador posterior), o incluso que no aparezca reflejada en un concreto documento (por ser simplemente obtenible del cruce de diversas bases de datos del sujeto obligado).

Teniendo, pues, la LTAIPBG un efecto modificadorio de la LRBRL, en buena técnica normativa debería haberse incluido entre las disposiciones adicionales de aquella la modificación expresa del artículo 18.1.e) LRBRL. Sorprende, de hecho, la ligereza del legislador básico al no incorporar siquiera en la LTAIPBG una disposición derogatoria en la que, al menos, se dejaran sin efecto las normas de igual o inferior rango que sean contrarias a ella.

2) Al margen de este precepto puramente episódico, el punto de mayor afectación a la garantía institucional del principio de autonomía local impuesto por la LTAIPBG a los EE. LL. ha sido, creemos, el referido a la regulación del órgano de garantía de la transparencia, en el que el legislador estatal sencillamente ha vaciado por completo la potestad autoorganizativa de aquellos, al establecer en la disposición adicional cuarta, apartado 1, LTAIPBG lo siguiente: “La resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Admi-

nistraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas”.

Podrá afirmarse que este precepto es oportuno en el ámbito de la transparencia para no multiplicar exponencialmente los órganos de garantía, en detrimento de la unidad de doctrina y de su propia eficacia; que la garantía de independencia se perdería, en la mayor parte de los casos, si cada ente local pudiera configurar un órgano de garantía propio; y, en fin, que nada impide a la ley establecer controles de legalidad sobre la actividad administrativa de los municipios, posibilidad perfectamente amparada por el artículo 8.2 de la Carta Europea de Autonomía Local.

Pero no es menos cierto que, antes de llegar a esta solución maximalista, el legislador podía haber barajado otras alternativas que se nos antojan más prudentes, teniendo en cuenta, además, que, como nos recuerda el profesor Guichot, en el procedimiento de elaboración del anteproyecto de Ley de Transparencia, el legislador estatal ni siquiera se preocupó por respetar formalmente el principio de autonomía local, en cuanto que los EE. LL. estuvieron al margen de aquel, circunstancia esta que fue criticada en su momento por el propio Consejo de Estado en su informe al proyecto de ley¹.

Por lo pronto, la solución de la LTAIPBG se ha encontrado con una evidente indisciplina por parte de algunos EE. LL., que parecen no haber aceptado que el órgano de garantía designado por las CC. AA. pueda ejercer también el control sobre sus propias resoluciones de acceso. Como buena muestra de ello, nos remitimos a la “Ordenanza de Transparencia, Acceso a la Información y Reutilización de Datos de la Diputación Provincial de Toledo”, aprobada definitivamente por Acuerdo del Pleno de esta Corporación

1. “Las Comunidades Autónomas y las Entidades locales estuvieron al margen del proceso de elaboración de la Ley estatal de Transparencia —como denunció el Consejo de Estado en su informe al Proyecto de Ley— pero tienen mucho que decir y que hacer en la materia. El legislador estatal hizo un entendimiento amplio de su título competencial, y normativamente el margen que quedó para el legislador autonómico fue, básicamente, la ampliación del catálogo de materias sujetas a obligatoria publicidad activa en los portales de transparencia autonómicos y locales, la regulación de su propia organización de la información y la creación de autoridades autonómicas independientes de garantía que, como mínimo tengan entre su competencia la resolución de las reclamaciones potestativas que pueden interponer los ciudadanos frente a las resoluciones de sus solicitudes de acceso a la información, que tienen el carácter de sustitutivas de los recursos administrativos. Repárese, pues, que se trata de autoridades autonómicas dotadas de garantías de independencia cuyas decisiones se impondrán también a las autoridades locales, a las que en caso de discrepancia no quedará otro camino que la interposición de recurso contencioso-administrativo, eso sí, con efectos suspensivos. Además, la mayor parte de las leyes autonómicas ha regulado pormenorizadamente todo un régimen sancionador que incluye a los responsables políticos, altos cargos, empleados públicos y sujetos privados sometidos a las obligaciones de transparencia” (Guichot Reina, 2015).

de 27 de junio de 2017². El artículo 24.2 de la Ordenanza, respecto de la competencia para resolver las solicitudes de acceso, dispone:

“Las solicitudes de información serán tramitadas por la Secretaría General de la Diputación que las trasladará para su informe a los responsables de las áreas afectadas por razón de la materia a la que se refiera la solicitud. La solicitud, una vez informada por la Secretaría general y a propuesta del titular de la Vicepresidencia delegada de Transparencia y Buen Gobierno será resuelta por el Presidente en el plazo de 1 mes desde su presentación”.

El problema empieza en el artículo 27.1 de la Ordenanza, que dispone: “La Comisión de Reclamaciones en materia de Transparencia se configura como órgano colegiado independiente con autonomía funcional y con la composición y funciones que se establecen en este Título”. Hay que advertir, al respecto, que con anterioridad a la aprobación de esta Ordenanza la LTBGCM imponía ya a los EE. LL. de su territorio un órgano de reclamaciones autonómico, denominado Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno.

Entre estas funciones, no puede ser más claro el artículo 29.1.a) de la Ordenanza al atribuir a la citada Comisión la siguiente: “Resolver las reclamaciones frente a la denegación expresa o presunta del derecho de acceso a la información pública”.

Pero la unilateralidad de la Ordenanza no termina aquí: su disposición adicional segunda autoriza a la Comisión de Reclamaciones de la Diputación a la adopción conjunta, en pie de igualdad con el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, de criterios de aplicación de los propios límites del derecho a la información, e incluso de la misma “ponderación del interés público” en su acceso. Se prevé incluso, en el apartado 3 de dicha disposición adicional, que la Comisión de Reclamaciones se adhiera mediante convenio a los criterios conjuntos del Consejo Regional de Transparencia y la Agencia Española de Protección de Datos.

Pues bien, para evitar esta situación de notorio enfrentamiento de la normativa local con la legislación básica, creemos que la LTAIPBG podría haber explorado vías alternativas de control de las resoluciones de acceso de los EE. LL., de forma más respetuosa con la autonomía local. Nos limitaremos a sugerir dos, aunque anticipamos que solo la segunda se nos antoja coherente con la normativa básica de procedimiento administrativo común.

- Una primera cuestión que el legislador básico debiera haber tenido en cuenta tendría que haber sido la referente a las diferencias sustanciales entre los municipios españoles, algunos de los cuales

2. Publicada en el BOP Toledo n.º 129, de 11 de julio de 2017, pp. 50-64.

cuentan con un entramado organizativo comparable con el de algunas CC. AA., particularmente las uniprovinciales. En este sentido podría haberse reconocido capacidad para la creación de sus propios órganos de garantía de la transparencia a los denominados “municipios de gran población” (en adelante, MGP), regulados en el título X LRBRL, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

Hay que recordar que la regulación de los MGP se abordó ante la necesidad de superar lo que la propia norma denominaba “uniformismo tradicional” de la planta local española, del que afirmaba “se han resentido singularmente las mayores ciudades españolas, que han venido reclamando un régimen jurídico que les permitiera hacer frente a su enorme complejidad como estructuras político-administrativas”.

Pues bien, precisamente encontramos aquí la clave para el otorgamiento de competencias resolutorias sobre sus propias resoluciones de acceso, es decir, en el hecho de que los MGP poseen un entramado institucional tan amplio y complejo como para constituir dichos órganos de garantía con idénticos mimbres de independencia. Esta ha sido, por ejemplo, la decisión del legislador de contratos públicos, cuando en el artículo 46.4, párrafo 3.º, LCSP, al respecto del órgano competente para resolver el recurso especial en materia contractual, dispone literalmente:

“En todo caso, los Ayuntamientos de los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y las Diputaciones Provinciales podrán crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos. Su constitución y funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato se regirá por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 de esta Ley. El Pleno de la Corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. El resto de los Ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan”.

No cabe duda de que una solución como esta resulta mucho más respetuosa con la autonomía local que la adoptada por la LTAIPBG. Por otra parte, hay que recordar que en la propia norma básica de

transparencia ya se reconoce la posibilidad de crear órganos de garantía de la misma a las ciudades con estatuto de autonomía, respecto de las cuales los MGP no parecen presentar diferencias cualitativas sustanciales. La mera cuestión formal de que Ceuta y Melilla gocen de estatuto propio, en nuestra opinión, no justifica por sí sola un tratamiento diferenciado respecto a la capacidad de configuración de un órgano de mera naturaleza administrativa.

Pero, además, como ya hemos señalado, la propia reforma de la Ley 57/2003 que introdujo la regulación de los MGP obedeció específicamente también a la necesidad de mejorar la transparencia y la participación. La redacción de los artículos 18.1.e) y 69 LRBL antes citados se derivó precisamente de esta reforma, en la que la propia exposición de motivos de la Ley apuntó que “existe una clara tendencia continental a reforzar las posibilidades de participación y de incidencia de los ciudadanos en el gobierno local, para evitar o corregir, en el contexto de un mundo globalizado, el alejamiento de los ciudadanos de la vida pública. En esta materia, hay que destacar la procedencia de incrementar la participación y la implicación de los ciudadanos en la vida pública local, lo que no constituye en modo alguno un elemento contradictorio con los anteriores, sino que, por el contrario, los complementa y enriquece. Y si bien es cierto que en este ámbito hay que conceder amplios márgenes a la potestad de autoorganización de las entidades locales, también lo es que la legislación básica estatal debe contener unos estándares mínimos concretos que permitan la efectividad de esa participación”.

- Hay, sin embargo, una segunda vía —que es la solución por la que personalmente nos inclinamos— que, impuesta por el legislador básico estatal, hubiera sido plenamente respetuosa con el principio constitucional de autonomía local, sería coherente con la LPACAP y además no exigiría ampliar la capacidad de creación de órganos propios de garantía a los EE. LL.

La idea, curiosamente, la obtenemos del legislador catalán cuando en la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en lo sucesivo, LTAIPBGC), configura un régimen de clara incompatibilidad con la legislación básica estatal, pero que, en este particular supuesto, se nos antoja mucho más respetuoso con el principio de autonomía local.

La que podríamos denominar “solución catalana” ha pasado por desconocer el contenido básico del artículo 23.1 LTAIPBG cuando

afirma que la reclamación ante los órganos de garantía “tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos”, para imponer en el artículo 39.1 LTAIPBGC un mecanismo en el que la reclamación ante la denominada Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública, lejos de plantearse como sustitutiva del recurso de reposición, se configura como adicional a este.

En efecto, conforme al artículo 38 LTAIPBGC: “Las resoluciones expresas o presuntas dictadas de acuerdo con lo dispuesto por el presente título pueden ser objeto de recurso potestativo de reposición ante el órgano que las ha dictado”. Y, en relación con este, el artículo 39.1 LTAIPBGC señala lo siguiente: “Las resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso a la información pública y, en su caso, las que resuelvan el recurso de reposición pueden ser objeto de reclamación gratuita y voluntaria ante la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública, encargada de velar por el cumplimiento y las garantías del derecho de acceso a la información pública que regula el presente título”.

Esta regulación, además de su frontal colisión con la literalidad de la LTAIPBG, en la medida en que no tiene vocación única de aplicarse a los EE. LL., sino a todos los sujetos obligados de la Administración catalana y su sector público, presenta a nuestro juicio un error de interpretación sobre el carácter sustitutivo de las reclamaciones ante los órganos de garantía. Y es que —parece evidente— el artículo 23.1 LTAIPBG en ningún momento afirma que ese carácter sustitutivo lo sea exclusivamente respecto del recurso de reposición. Quizá pueda inducir a esta idea el hecho de que la reclamación ante los órganos de garantía se plantea, como sucede con la reposición, con carácter de potestativa. Pero, desde luego, tal carácter no es lo esencial para valorar jurídicamente el tipo de recurso que se sustituye. En efecto, en cuanto la LTAIPBG no ha establecido con carácter básico que las resoluciones en materia de transparencia de los sujetos obligados agotan *per se* la vía administrativa, es evidente que la reclamación puede sustituir asimismo al recurso de alzada si fuera dictada por un órgano que no agotase la vía administrativa.

Pero, con esta única salvedad, la solución catalana era perfectamente extrapolable al legislador estatal en el específico caso de los EE. LL., y aquel podría haber utilizado la vía del carácter adicional de la reclamación frente al recurso de reposición contra las resolu-

ciones de transparencia de los plenos o sus presidentes, en lugar de su carácter sustitutivo, para evitar, sin ningún género de dudas, una posible colisión de la LTAIPBG con el principio constitucional de “autonomía local”.

A nuestro juicio, en efecto, resulta discutible la posibilidad de que el legislador estatal de la LTAIPBG configure la reclamación de acceso como recurso sustitutivo frente a los que establece la LRBRL, sin haber acometido paralelamente una modificación expresa de esta normativa local, y particularmente si tenemos en cuenta que la LTAIPBG no establece un régimen sustantivo propio sobre el efecto sustitutorio, en cuanto que el artículo 23.1 LTAIPBG se remite expresamente a los requisitos del artículo 107.2 de la ya derogada Ley 30/1992. Este precepto ha sido sustituido, sin modificación alguna en el fondo, por el vigente artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP). Pues bien, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 3.º del citado artículo, la aplicación de los procedimientos sustitutivos de los recursos administrativos ordinarios en el ámbito de la Administración local se nos dice expresamente que “no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley”.

Adviértase, por tanto, que si a los plenos de los ayuntamientos o diputaciones les correspondiera específicamente la competencia para resolver las solicitudes de acceso a la información pública, una interpretación literal de la LPACAP impediría desconocer las facultades resolutorias del recurso de reposición que cabe ante estos órganos locales y, por tanto, no sería viable la naturaleza sustitutiva de la reclamación ante un órgano que formase parte de otra Administración distinta, pues tanto los plenos locales como los provinciales tienen la naturaleza de órganos representativos electos—siquiera sea de naturaleza indirecta en el caso de los segundos—. Pero es que la misma naturaleza electa tienen alcaldes y presidentes de EE. LL., por lo que en realidad sería irrelevante el órgano que tuviera asignada específicamente la competencia.

En nuestra opinión, por tanto, y a la vista de la anterior prescripción, la naturaleza de la reclamación ante el órgano de garantía autonómico nunca debiera producir efecto sustitutivo, sino complementario en el caso de los EE. LL. Y creemos que no es posible obviar este argumento acudiendo a una presunta especialidad en la regulación de

la LTAIPBG sobre la LPACAP, pues claramente la primera se remite a la segunda, sin que sea posible eludir, por tanto, una de las prescripciones que la norma de llamada impone como requisito inexcusable para autorizar la sustitución de dichos recursos ordinarios.

2.2

Incidencia de la legislación autonómica de transparencia en los entes locales: especial referencia a la LTBGCM

Al introducir ahora la cuestión de en qué medida afectaría al principio de autonomía local la legislación de transparencia autonómica, podemos apreciar nítidamente la diferencia que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional establece³ entre lo que denomina “garantía institucional de autonomía local” (ex artículo 137 CE)⁴ y su “garantía funcional” (ex artículo 149.1.18 CE)⁵.

Efectivamente, una norma autonómica sobre transparencia que pretendiera exonerar a los EE. LL. de obligaciones impuestas con carácter básico en la LTAIPBG, podría ser favorable a la autonomía local institucional, pero resultaría inequívocamente contraria al orden constitucional de distribución de competencias, al cuestionar la competencia exclusiva estatal sobre la fijación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

Una primera duda que podría suscitarse es la de si, en el ejercicio de las competencias autonómicas sobre “régimen local” asumidas estatutariamente por las CC. AA., podría distinguirse un margen normativo diferente entre aquellas que tuvieran todavía en vigor “estatutos de primera generación”,

3. Véanse, entre otras: SSTC 109/1998, de 21 de mayo (FJ 1.º); 11/1999, de 11 de febrero (FJ 2.º); y 240/2006, de 20 de julio (FJ 8.º).

4. La garantía institucional derivada del artículo 137 CE opera frente a todos los poderes legisladores (tanto frente al Estado como frente a las CC. AA.), y hace referencia a la distribución territorial del poder del Estado, en el sentido amplio del término. Configurada en sentido positivo debe ser entendida como el derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y la administración de cuantos asuntos le atañen, constituyendo en todo caso un poder limitado, que no puede oponerse al principio de unidad estatal. Y desde el punto de vista negativo, la autonomía local constituye un reducto que no pueden invadir ni el legislador estatal ni el autonómico.

5. A diferencia de la del artículo 137 CE, sin embargo, la garantía funcional derivada del artículo 149.1.18 CE está exclusivamente dirigida al legislador autonómico, que, en la regulación de aquellas cuestiones que afecten al régimen local, debe respetar el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado sobre las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas”, y, por ende, de las aplicables a la Administración local. Cualquier extralimitación en este aspecto del legislador autonómico sobre la legislación básica estatal sería un conflicto constitucional indirecto, pues exigiría primariamente una valoración del Tribunal Constitucional sobre la adecuación constitucional de la legislación pretendidamente básica. Y solo si este primer juicio fuera positivo, se podría impugnar la norma autonómica que resultase contradictoria.

frente a las que, profundizando más en el ejercicio de sus competencias, hubieran culminado las reformas de sus estatutos originarios, en el sentido de que estas últimas pudieran incidir más intensamente en el ámbito de la autonomía local cuando regulasen las obligaciones de transparencia de los situados en sus respectivos territorios.

Adelantamos ya nuestra opinión de que, si bien es posible que, hipotéticamente, puedan plantearse márgenes normativos distintos para las CC. AA. que tengan fundamento en las diferentes generaciones estatutarias vigentes en las mismas⁶, ello no puede ocurrir en el específico ámbito de la transparencia, ni desde la panorámica de la publicidad activa, ni desde el derecho de acceso.

En primer lugar, un análisis de la jurisprudencia constitucional más reciente sobre las competencias autonómicas en materia de “régimen local” pone de manifiesto la relativización de las disposiciones estatutarias, hasta el punto de que podría afirmarse que, para el Tribunal Constitucional, las últimas modificaciones operadas en los estatutos de autonomía no han supuesto en realidad alteración alguna del *statu quo* competencial en materia de régimen local de las CC. AA. que las han promovido, pues, con independencia del *nomen iuris* que se otorgue a la competencia de régimen local, esta siempre tiene la naturaleza de “competencia compartida”. Así, en el fundamento jurídico 3.º de la STC 161/2013, de 26 de septiembre, recogiendo jurisprudencia anterior derivada de las SSTC 103/2013, de 25 de abril, y 143/2013, de 10 de julio, se llega a afirmar, sin ambages, lo siguiente:

“[...] las competencias autonómicas en materia de régimen local son de desarrollo de las bases estatales, y el título que en esta materia otorga al Estado el art. 149.1.18 CE no ha desaparecido por la modificación estatutaria y la calificación de la competencia como exclusiva”.

Descendiendo ya al marco legal, respecto de los indicadores de publicidad activa es inequívoca la posibilidad que tienen las CC. AA. para “incrementarlos” en su normativa propia. Pero, como ya hemos argumentado, la eficacia expansiva del artículo 69 LRBRL permite entender incluida, entre las obligaciones de publicidad de los EE. LL., toda aquella información que, en el sentido del artículo 5.1 LTAIPBG, sea relevante para conocer el funcionamiento y posibilitar el control de la actividad de los EE. LL. Por esta razón consideramos que las legislaciones autonómicas, al imponer normativamente mayores indicadores de publicidad activa, en realidad lo único que hacen es aumentar los estándares mínimos que se presuponen como “información pública relevante” en la LTAIPBG. Pero, por si esto no fuera bastan-

6. Velasco Caballero (2014).

te, estas posibilidades se otorgan expresamente al legislador autonómico en el artículo 5.2 LTAIPBG, según el cual: “Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad”.

Los únicos límites que ha de respetar el legislador autonómico son, por tanto, no extender los deberes de publicidad activa exigibles a los EE. LL. de su territorio a extremos que no constituyan “información pública”, en el sentido del artículo 13 LTAIPBG, o incluso que, constituyéndola, no resulten relevantes para el conocimiento o la fiscalización de su actividad, extremos estos que, en el caso de su fijación en una norma con rango de ley, solo podrían ser impugnados ante el Tribunal Constitucional.

A la misma conclusión habría que llegar desde la perspectiva del derecho de acceso, si bien en este caso hay que advertir que la capacidad innovadora de la legislación autonómica es más limitada, al haber protagonizado el legislador estatal en la LTAIPBG una regulación tan exhaustiva que prácticamente no deja margen alguno a las CC. AA. para ejercer opciones legislativas propias que pudieran ser legítimas. Pero incluso en este ámbito existe una llamada de la LTAIPBG a la capacidad normativa de las CC. AA. cuando en el párrafo segundo del artículo 12 LTAIPBG, al regular el derecho de acceso, tras remitirse a los términos previstos en el artículo 105.b) CE, se dispone lo siguiente: “Asimismo y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica”.

En el caso de Castilla-La Mancha, con la tramitación del anteproyecto de LTBGCM, uno de los debates de fondo que estuvo presente desde el inicio fue el del papel que había de reservarse a los EE. LL. y la posible imposición a los mismos de deberes adicionales de transparencia y buen gobierno. Y es que, efectivamente, cuando se estudiaron los textos autonómicos comparados que ya estaban en vigor y que podrían servir de pauta para la redacción del anteproyecto, se constató que unas comunidades autónomas (como Castilla y León o Murcia) no hacían referencia alguna a los EE. LL. en su ámbito de aplicación, mientras que otras (Aragón, Andalucía, Cataluña o Valencia) los incluían expresamente con idéntico nivel de exigencia que para la respectiva Administración autonómica⁷.

Estas distintas opciones de política legislativa comparada, sobre la inclusión o no de los EE. LL. en la legislación de transparencia, provocaron

⁷ La misma inclusión se daba en el texto base que la formación política “Podemos” hizo llegar a la Oficina de Transparencia, con la pretensión de que ese fuera el documento que se aprobara definitivamente como ley.

en los autores del anteproyecto una serie de dudas y vacilaciones acerca del papel institucional que debía reservarse a municipios y provincias en las obligaciones impuestas por la LTBGCM. Sin mucho fundamento —como ya se ha demostrado en las líneas precedentes— se introdujo la errónea idea de que en los estatutos denominados de “primera generación”, como el de Castilla-La Mancha, se producía una especie de limitación competencial en materia de régimen local, que impedía desplegar sobre esta Administración el nivel de vinculación de la norma autonómica sobre transparencia en iguales términos que en las comunidades autónomas de reforma estatutaria más reciente. El temor se reflejaba en un informe anónimo de la Viceconsejería de Administración Local y Coordinación Administrativa, catalizador de los titubeantes ánimos que ya pesaban sobre el equipo redactor de los primeros borradores de la LTBGCM⁸.

En términos prácticos, la decisión de reservar un papel separado a los EE. LL. sobre el resto de sujetos obligados de la Administración regional ya estaba tomada en la propia memoria inicial del anteproyecto de LTBGCM. Pero la explicación de las causas concretas de esta decisión se puede encontrar en un borrador de documento que manejó el Consejo Regional de Municipios, a efectos de facilitarle la emisión del preceptivo dictamen que a este órgano incumbía y que acabó evacuándose en sentido positivo en su sesión del 2 de febrero de 2016, por decisión unánime de sus miembros⁹. El documento, presuntamente elaborado por el órgano encargado de la tramitación del anteproyecto, es decir, la Oficina de Transparencia¹⁰, contiene un cuadro comparativo que, bajo el título: “El Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha en relación con los entes locales”, desglosa los diversos preceptos del entonces anteproyecto, y explica en qué medida podían afectar a los citados EE. LL. Pues bien, en la introducción previa de este cuadro, se escribe literalmente:

8. El informe —que carece de fecha y firma— advierte de las limitaciones que a su juicio imponía el título competencial de “régimen local” derivado del artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Después de tipificar la competencia del citado precepto como de “desarrollo legislativo y ejecución”, alerta sobre el hecho de que “se considera imprescindible recalcar que, al contrario que otras CC. AA. como Andalucía o Cataluña, la JCCM no ostenta una competencia exclusiva, sino de desarrollo legislativo, tal como se indicó anteriormente, sobre régimen local, de ahí que no se pueda pretender ‘adaptar’, sin más, a la realidad castellano-manchega las regulaciones de otras CC. AA.”.

9. El informe, cuyo certificado es de 16 de febrero de 2016, fue solicitado en escrito de 25 de noviembre de 2015 suscrito por la Secretaría General de la Presidencia de la JCCM y dirigido a la Viceconsejería de Administración Local y Coordinación Administrativa (con anotación de salida ese mismo día, n.º 220057). La solicitud de informe se hace al amparo del artículo 77.a) de la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha.

10. Decimos “presuntamente” porque el documento carece de fecha y firma. En la actualidad la denominación es “Oficina de Transparencia, Buen Gobierno y Participación”.

“En el Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha se ha procurado respetar en los términos más estrictos el ámbito de la autonomía local, de modo que la futura vigencia de la Ley autonómica genere exclusivamente obligaciones adicionales para la Administración regional y su sector público.

Desde el punto de vista jurídico, a la vista del título competencial autonómico derivado del artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, se podría haber ejercido legítimamente un desarrollo legislativo de las obligaciones mínimas establecidas en ley básica estatal de transparencia que afectara más intensamente a los Entes Locales. Sin embargo, a la vista del panorama municipal de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, compuesto mayoritariamente por pequeños municipios con capacidad de gestión limitada, se ha optado por respetar las obligaciones sustantivas mínimas derivadas de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con lo que la entrada en vigor, en su día, del presente Anteproyecto debe tener un efecto neutral respecto a los Entes Locales en materia de transparencia y buen gobierno”.

Por tanto, la verdadera razón para aligerar las cargas de publicidad activa de los EE. LL. de Castilla-La Mancha tiene que ver con la singularidad del panorama municipal de esta comunidad autónoma en la que, según datos oficiales del Instituto de Estadística de Castilla-La Mancha, a 1 de enero de 2019, el 69,8 % de los municipios tiene menos de 1000 habitantes; este porcentaje llega al 91,9 % en el caso de los municipios de menos de 5000 habitantes, y solo 6 municipios (las capitales de provincia más Talavera de la Reina) llegan a tener más de 50 000 habitantes, lo que supone un porcentaje que no llega al 0,7 %¹¹.

En estas circunstancias, haber exigido a los EE. LL. las mismas obligaciones de publicidad activa que se pretendían establecer para la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha hubiera sido la manera más segura de hacer ineficaz la ley autonómica. Por ello, dentro del elenco de los sujetos con mayor nivel de obligaciones en transparencia, la decisión de ubicar a los EE. LL. en el artículo 4.2 LTBGCM era consecuencia de la decisión previa de imponerles un régimen jurídico de obligaciones más liviano que el pretendido para los sujetos del artículo 4.1 LTBGCM, es decir, la Administración de la JCCM y los órganos y entes de su sector público regional. Se consideró,

11. Datos oficiales del Padrón Municipal, cerrados a 1 de enero de 2016, correspondientes a los 919 municipios que integran las cinco provincias de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Estos datos han sido reelaborados por la propia Oficina de Transparencia y Buen Gobierno, a través de su Servicio de Estadística.

pues, más razonable que fueran los propios EE. LL. quienes, a través de ordenanzas propias, decidieran en qué medida estaban dispuestos a asumir compromisos adicionales sobre los ya impuestos por el legislador estatal básico.

La neutralidad de la LTBGCM con respecto a los EE. LL. resulta a veces patológica, pues el afán de no interferir en la autonomía local lleva al legislador autonómico a no otorgar facultades que podrían haber sido positivas para los EE. LL., como es la posibilidad de imponer multas coercitivas a los sujetos obligados a suministrar información a través de los propios EE. LL. que no cumplan el requerimiento de estos. Inexplicablemente el artículo 6.2 ha limitado la posibilidad de imponer estas multas al ámbito de la Administración autonómica.

La LTBGCM tampoco se aplica a los EE. LL. respecto de las obligaciones de “buen gobierno” que aquella imponía a la Junta de Comunidades y los órganos y entes de su sector público, y que, entre otras cuestiones, obligaban a la elaboración de un “Código Ético” para sus altos cargos y la creación de un “Registro de Grupos de Interés”¹², en el que preceptivamente debían inscribirse aquellas organizaciones que profesionalmente se dedicasen a la defensa de intereses económicos, sociales o comerciales de terceros. Por esta razón el artículo 34.2 LTBGCM dispone lo siguiente: “En el caso de los Entes Locales, [...] el ámbito de aplicación de las normas de buen gobierno [se circunscribe] a las que les sean aplicables conforme a la legislación básica estatal”.

Han existido, sin embargo, dos casos en los que se ha querido aplicar la LTBGCM a los EE. LL. de su territorio.

- En primer lugar, se sujeta a los mismos al control del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, órgano de garantía de la transparencia en el ámbito autonómico. Y ello con fundamento en el párrafo primero de la disposición adicional cuarta, número 1, LTAIPBG, que dispone: “La resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas”.

12. Estas obligaciones legales se han materializado con el Decreto 7/2018, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Código Ético para los Altos Cargos o Asimilados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y con el Decreto por el que se crea y regula el Registro de Grupos de Interés de Castilla-La Mancha.

- En segundo término, subsanando una clamorosa omisión de la LTAIPBG, la LTBGCM configuró un completo régimen sancionador por el incumplimiento de los deberes de transparencia que, asimismo, tiene vocación de aplicarse a los EE. LL. No obstante, el temor a invadir el ámbito de la autonomía local determinó que el artículo 56.1.B) LTBGCM advirtiera lo siguiente: “En el caso de los sujetos del artículo 4.2 de la presente ley, la competencia sancionadora se ejercerá por los órganos que se determinen conforme a la legislación de régimen local”. Teniendo en cuenta que el artículo 21.1.s) LRBRL asigna al Alcalde las competencias residuales no asumidas por otros órganos, esta previsión podría plantear un conflicto de intereses cuando, además, el Alcalde fuera asimismo el órgano responsable de la transparencia en el municipio, pues no es imaginable que él vaya a sancionar sus propios incumplimientos.

3

Análisis de los principales escollos interpretativos de la LTAIPBG en los entes locales

3.1

El discutible concepto de “alto cargo local”

El concepto de “alto cargo” se utiliza, efectivamente, tanto en la LTAIPBG como en las leyes autonómicas de transparencia, para dotarlo de los más diversos efectos jurídicos. Aparece mencionado —con una naturaleza que podríamos calificar de “estelar”— en el título II LTAIPBG, en la parte que se refiere específicamente al “buen gobierno”. Así, el artículo 25 LTAIPBG dispone literalmente:

“1. En el ámbito de la Administración General del Estado las disposiciones de este título se aplicarán a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella.

A estos efectos, se considerarán altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la normativa en materia de conflictos de intereses.

2. Este título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación,

tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales.

3. La aplicación a los sujetos mencionados en los apartados anteriores de las disposiciones contenidas en este título no afectará, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudieran ostentar”.

El título II LTAIPBG presenta, sin embargo, un contenido cualitativamente distinto al de la transparencia, regulada en el título I LTAIPBG. De hecho, no han sido pocos los autores que han criticado tanto la oportunidad de incluir el título II LTAIPBG en una norma específica sobre transparencia, como la insuficiencia misma de los preceptos contenidos en dicho título para configurar un estatuto completo que afecte al comportamiento de los responsables públicos¹³. Por ello en una primera aproximación podríamos estar tentados de afirmar que, al no ser un término ligado al concepto estricto de “transparencia”, sencillamente no debería ocupar mucho nuestra atención.

Obviamente tal planteamiento es erróneo. La necesidad de definir qué es un “alto cargo” resulta decisiva, por lo pronto, en la regulación de un eventual derecho sancionador por el incumplimiento de los deberes y obligaciones de la transparencia, ámbito este, el sancionador, cuya efectividad práctica resultaría enormemente mediatizada si se considerase exclusivamente como sujeto de las posibles infracciones de la transparencia al propio ente local, sin individualizar, por tanto, la responsabilidad en los representantes locales que tuvieran asignada la labor de coordinar y dirigir aquella.

Por otra parte, la definición de “alto cargo” nos sirve asimismo para determinar quiénes son los destinatarios de determinadas obligaciones de publicidad activa susceptibles de imponerse tanto desde las normas autonómicas de transparencia¹⁴ como, en algún caso, incluso desde la propia LTAIPBG¹⁵.

El problema de utilizar este concepto en el ámbito de los EE. LL., y de identificarlo en el artículo 25.2 LTAIPBG con quienes “de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración”, es que, a diferencia de lo que ocurre en la AGE, que cuenta con la vigente Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, la Administración local carece de una norma similar que individualice de forma inequívoca esta categoría de sujetos.

13. Descalzo González (2017: 1470).

14. Véase, por ejemplo, el artículo 10 LTBGCM, que impone publicar proactivamente determinada información sobre “altos cargos y asimilados”.

15. Como es el caso, por ejemplo, del artículo 8.1.f) LTAIPBG, que impone el deber de publicar las retribuciones anuales de “los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título”.

Dicha regulación, a nuestro juicio, tampoco debiera abandonarse al legislador autonómico, pues debería formar parte de las “bases del régimen local” susceptibles de aplicarse a todos los EE. LL. del territorio español. De hecho, ni siquiera CC. AA. tan celosas de autonomía como en el caso de Cataluña se han atrevido a abordar unilateralmente esta delimitación¹⁶. Y así, aunque la LTAIPBGC extiende sin matices, en su artículo 3.1.a), su ámbito subjetivo de aplicación a “la Administración de la Generalidad y los entes que integran la Administración local en Cataluña”, y en su artículo 4.2.b) considera como altos cargos al servicio de la Administración local a “los representantes locales y los titulares de los órganos superiores y directivos, de acuerdo con lo establecido por la legislación de régimen local”, nada nuevo aporta a los anteriores términos en su norma de régimen local específica, es decir, el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

Lo mismo sucede con otras leyes autonómicas: para evitar interferencias con el principio de autonomía local, aunque hayan integrado a estos entes como sujetos obligados, no se han atrevido a dar una definición de alto cargo en este ámbito. Y así, por ejemplo, la solución dada por el artículo 51.2.a) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (en lo sucesivo, LTPA) para los sujetos del artículo 3 LTPA, en cuyo apartado 1.d) se cita también a los EE. LL. como sujetos obligados a la transparencia, es considerar responsables de las infracciones administrativas que puedan cometerse a las autoridades, los directivos y el personal al servicio de las entidades previstas en dicho artículo 3.

Sin embargo, las fórmulas andaluza y catalana —o cualesquiera otras planteadas con la misma filosofía—, al sustituir el concepto de “alto cargo municipal” por otros alternativos, como los de “representantes locales”, “órganos superiores” u “órganos directivos”, lo que provocan en realidad es la multiplicación de un problema definitorio que sustituye la incógnita de la interpretación de un término (“alto cargo”) por las mayores dificultades hermenéuticas que necesariamente ha de comportar la utilización de varios que no son siempre equivalentes (como “órganos superiores” y “órganos directivos”).

Hay que tener presente, además, que la distinción particular entre “órganos superiores” y “órganos directivos” se utiliza por la LRBRL exclusivamente para los MGP, y que, por tanto, no es extensible al resto de municipios de España. Pero, además, acudir al artículo 130 LRBRL, donde se acuña la

16. La Generalitat de Cataluña dispone para sí misma de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalitat.

anterior diferencia de terminología, podría conducir asimismo a indeseables aplicaciones analógicas de responsabilidad, pues entre los denominados “órganos directivos” cita el anterior precepto a personas que serían inequívocamente empleados públicos, como los coordinadores de cada área o concejalía o los directores generales u órganos similares que “culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías”, expresión con la que la LRBRL deja bien claro que estos directores generales no asumen funciones políticas de gobierno municipal, sino que son simplemente “altos gestores públicos” con funciones específicamente administrativas.

Precisamente en esta falta de delimitación conceptual incide el Informe del Tribunal de Cuentas sobre el grado de cumplimiento por los EE. LL. de las obligaciones de la LTAIPBG, adoptado en sesión del Pleno de 22 de octubre de 2020, en el que, ante la ausencia en la legislación estatal básica de régimen local de la definición de alto cargo, se apunta al posible recurso a la analogía del artículo 25.1, párrafo 2.º, LTAIPBG, entendiendo que, también en el caso de los EE. LL., se deben considerar altos cargos aquellos a quienes se aplique la normativa en materia de conflictos de intereses¹⁷. Esta posibilidad, sin embargo, se nos antoja inviable a la vista de la naturaleza específicamente sancionadora que tiene el título II LTAIPBG, sobre cuyas normas pesa, en consecuencia, la prohibición de aplicación analógica que impone el artículo 27.4 LPACAP¹⁸.

En la práctica, por tanto, la única aproximación al concepto de “alto cargo local” la extraemos del artículo 25.2 LTAIPBG, respecto de la aplicación de las normas de buen gobierno, cuando señala lo siguiente: “Este título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales”. Parece, por tanto, que, conforme al legislador estatal —dicho, además, en un precepto que tiene carácter básico—¹⁹, serán siempre altos cargos los miembros de las juntas de gobierno de los EE. LL.

Pero existen dos problemas para extraer consecuencias positivas de este precepto en materia de transparencia. La primera es que, literalmente, la definición solo vale para interpretar las infracciones del título II LTAIPBG sobre “buen gobierno”, y, por tanto, no resulta extensible a la responsabili-

17. Este precepto, en efecto, dirigido estrictamente a la AGE, señala que en la misma “se considerarán altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la normativa en materia de conflicto de intereses”.

18. <https://www.tcu.es/repositorio/bb6a8a5e-2e7f-4245-beb1-eb76b0ba1e01/11418.pdf> (p. 60).

19. Conforme a la disposición final octava de la LTAIPBG.

dad derivada de las obligaciones de la transparencia, que se insertarían en el título I LTAIPBG.

Pero es que, en segundo lugar, las juntas de gobierno no son órganos que existan en todos los EE. LL. españoles. Forman parte de la Administración local provincial, por imperativo del artículo 32.1 LRBRL; también han de existir en todos los MGP, pues para ellos las impone necesariamente el artículo 126 LRBRL. Pero en el caso de los que no tengan la condición de MGP, el artículo 20.1.b) LRBRL solo exige juntas de gobierno para los municipios de más de 5000 habitantes, “y en los de menos, cuando así lo disponga su reglamento orgánico o así lo acuerde el Pleno de su ayuntamiento”.

En conclusión, sería necesaria una modificación de la legislación sobre régimen local para definir específicamente el concepto de “alto cargo local”, ya que, en la medida en que esta definición no exista, no podrán tener eficacia completa los preceptos de las normas de transparencia que remitan a obligaciones referidas a ellos. Entendemos, además, que esta definición debiera corresponder en exclusiva al legislador estatal.

3.2.

Los indicadores de relevancia jurídica en los entes locales

Una segunda materia en la que resulta difícil el encaje de las peculiaridades de los EE. LL. en la LTAIPBG y las normas autonómicas que la desarrollan es, específicamente, la del cumplimiento adecuado del deber de publicidad activa establecido con carácter básico en el artículo 7 LTAIPBG y que, plenamente aplicable a los EE. LL., ignora sin embargo la especial fisonomía que presentan aquellos en lo que se refiere a sus peculiaridades organizativas y, en particular, las singulares normas que rigen los procedimientos de elaboración de sus disposiciones generales.

En el caso de alguna legislación autonómica (en concreto, la legislación catalana), la pormenorización de estos indicadores aplicados a los EE. LL. parece, en algún caso, ir más allá de las necesidades de la transparencia, con riesgo de invadir el núcleo de la autonomía constitucionalmente garantizada a aquellos²⁰. En cambio es positivo, por ejemplo, que, entre estos indicadores, el artículo 10.1.h) LTAIPBGC obligue a publicar “las resoluciones judiciales definitivas que afecten a las personas obligadas al cumplimiento

20. Por ejemplo, cuando el artículo 10.1.a) LTAIPBGC obliga a publicar las normas aprobadas exigiendo que estén disponibles “las versiones en el formato originario”, no llegamos a comprender muy bien en qué beneficia a la transparencia la publicidad en formato originario o, por el contrario, la decisión de hacerlo con los textos oficialmente aprobados.

de la presente ley, por razón del ejercicio de las funciones y responsabilidades que les atribuye”, si bien desconocemos la razón de que el precepto se refiera exclusivamente a las resoluciones judiciales definitivas y no a las resoluciones administrativas firmes emanadas en relación con los EE. LL., y entre ellas las del propio órgano autonómico de garantía de la transparencia.

La inexistencia de potestad legislativa de los EE. LL. hace, como es evidente, de imposible traslación a los mismos el artículo 7.b) LTAIPBG, sobre la necesidad de publicar los “Anteproyectos de Ley y los proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda”. Cuestión distinta sería el indicador de la letra c), sobre publicidad de los “proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda”.

La duda en este caso es si la expresión “proyectos de Reglamentos” —escrito así, con mayúsculas, en la LTAIPBG— se circunscribe estrictamente a los reglamentos locales o se extiende también a las ordenanzas. Creemos que, si la interpretación restrictiva prevaleciese, los EE. LL. dejarían de integrar en la publicidad activa la parte más genuina y característica de su actividad normativa. Teniendo en cuenta, por tanto, que las ordenanzas tienen rango reglamentario, y sin desconocer la distinta relación que estas presentan con las leyes, nuestra conclusión es que existe inequívocamente el deber de publicar tanto los proyectos de ordenanzas como los de reglamentos²¹.

El problema concreto se plantea sobre el momento en que es exigible esta publicación. El artículo 7.b) LTAIPBG dice literalmente lo siguiente: “Cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes sin que ello suponga necesariamente la apertura de un trámite de audiencia pública”. Pero este precepto está pensando nuevamente en la AGE y las CC. AA., en cuyos procedimientos de elaboración de disposiciones generales está prevista la intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente.

Sin embargo, los proyectos normativos locales no están sometidos ni al dictamen del Consejo de Estado ni al del órgano consultivo autonómico equivalente, que son, en efecto, órganos consultivos tanto del Gobierno estatal como de los Gobiernos de las CC. AA., cuya intervención, en el caso de

21. Obviaremos en la presente exposición, por su especialidad, los procedimientos de elaboración de planes urbanísticos, los presupuestos locales, o los estatutos de las entidades instrumentales locales, que nos acabarían conduciendo a derroteros muy lejanos de las pretensiones de este epígrafe, limitado a la exposición del procedimiento general de elaboración de normas reglamentarias. En cualquier caso, una interpretación integradora de las ordenanzas como elementos de publicidad activa es la que se deriva de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, cuyo artículo 53.a) establece como obligación mínima de transparencia publicar “los proyectos de ordenanzas y reglamentos y de presupuestos de las entidades locales, al menos inmediatamente después a su aprobación inicial”.

actos emanados de los EE. LL., se limita a los supuestos en que, con carácter básico, lo imponen las leyes de procedimiento administrativo común (por ejemplo, en las revisiones de oficio o en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial).

Esta es la razón de que la preceptividad de sus informes no se contemple en la legislación local, ni siquiera en las normas autonómicas que, al regular sus órganos consultivos, encomiendan a estos dictaminar los proyectos de reglamento que se dicten en ejecución de ley²². Y es que, desde que la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, fue ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988, ha cobrado un peso específico la doctrina que distingue entre las relaciones “ley-reglamento”, presididas por el principio de “vinculación positiva”, y las que se dan entre “ley-ordenanza”, donde se tiende a aceptar un mayor margen de la “vinculación negativa”²³. Dicho en otros términos, la ordenanza, pese a su rango reglamentario, no puede considerarse como mera ejecución de la ley, pues entre aquella y esta se da una relación cualitativamente distinta²⁴.

Respecto de la eventualidad de otros informes, aunque en los preceptos que regulan el procedimiento de elaboración de disposiciones locales no se contemple de forma expresa la exigencia de informes²⁵, de ello no puede deducirse, como afirma con ligereza algún autor, que estos “no son preceptivos, con carácter general, para los reglamentos y ordenanzas municipales”²⁶.

22. En el caso de Castilla-La Mancha ni siquiera debe entenderse incluida en el artículo 54 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que solo obliga a someter a dictamen los “Proyectos de Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones”.

23. Fernández-Miranda Fernández-Miranda (2015).

24. STS de 7 de noviembre de 2009: “una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la Corporación Local sólo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. Sin embargo, hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro Ordenamiento, cual es la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir”.

25. Sustancialmente los artículos 49 y 70.2 LRBRL, los artículos 54 y 56 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y la aplicación supletoria de algunas disposiciones del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

26. Entrena Fabrè (2017: 222).

Es evidente, por lo pronto, que, de manera indirecta, estos informes obligatorios habrán de existir en aquellos municipios en que, legal o voluntariamente, se prevea una Junta de Gobierno Local²⁷, pues esta asumirá funciones de informe de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno, entre los que se encuentra la aprobación definitiva del reglamento orgánico y las ordenanzas (artículo 22.2.d] LRBRL). Para este mismo fin, están previstas también las juntas de gobierno en las diputaciones provinciales²⁸.

Pero, por otra parte, según dispone el artículo 54.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, existen también dos supuestos en que se requerirá el informe previo del Secretario, y además, en su caso, el del Interventor:

- a) En aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubieren de tratarse.
- b) Siempre que se trate de asuntos sobre materias para las que se exija una mayoría especial²⁹.

Recuérdese además que se exige mayoría especial —concretamente la mayoría absoluta— para la “Aprobación y modificación del Reglamento Orgánico propio de la corporación”, precepto que es aplicable también a los MGP³⁰, en los cuales las posibilidades de intervenir con un informe preceptivo en el procedimiento de elaboración de normas locales³¹ son incluso más numerosas.

En los MGP, efectivamente, aparte del ya apuntado deber de informe, las juntas de gobierno local tienen asignadas específicas competencias sobre la aprobación inicial de las normas locales, pues, según el artículo 127.1.a) LRBRL, les corresponde la “aprobación de los proyectos de ordenanzas y de los reglamentos, incluidos los orgánicos, con excepción de las normas reguladoras del Pleno y sus comisiones”. La aprobación definitiva, así como las

27. El artículo 20.1.c) LRBRL contempla la existencia preceptiva de juntas de gobiernos locales en los municipios de más de 5000 habitantes, y, en los de menos, cuando así lo disponga el reglamento orgánico o lo acuerde el Pleno.

28. Artículo 32.2 LRBRL.

29. Esta exigencia se reitera en el artículo 173.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF). Se trata de un precepto de carácter básico, conforme a lo establecido en la disposición final séptima del TRRL. Por su parte, el artículo 174 ROF establece la posibilidad de informes no preceptivos.

30. Estas materias se contienen en el artículo 47.2 LRBRL y, en cuanto se refiere al reglamento orgánico, en su letra “f”). Como ya hemos dicho, sin embargo, los MGP no son muy representativos de la realidad municipal de Castilla-La Mancha porque, desde el punto de vista cuantitativo, son solo seis municipios, que no llegan a representar porcentualmente ni el 1 % del total de municipios.

31. Toscano Gil (2012).

modificaciones, se atribuyen al Pleno (artículo 123.1.d] LRBRL). Por su parte, el artículo 122.3 LRBRL dispone que los plenos han de contar con un Secretario General y comisiones integradas por los miembros que designen los grupos políticos en proporción al número de concejales que tengan en el Pleno.

Corresponde a las comisiones, según el artículo 122.4.a) LRBRL, el “estudio, informe o consulta de los asuntos que hayan de ser sometidos a la decisión del Pleno”. Por tanto, son órganos que emiten asimismo informe preceptivo respecto de las ordenanzas y los reglamentos locales.

Conforme a la misma regla general en vigor para los municipios de régimen común, al Secretario General del Pleno se le pueden asignar tareas de informe preceptivo de asesoramiento legal al Pleno en los siguientes casos³²:

1.º Cuando así lo ordene el Presidente o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que el asunto hubiere de tratarse.

2.º Siempre que se trate de asuntos sobre materias para las que se exija una mayoría especial.

[...]”³³.

Asimismo, el Consejo Social de la Ciudad, previsto en el artículo 131 LRBRL, puede asumir en los MGP competencias de informe preceptivo, si esta función se la encomienda el Pleno mediante normas orgánicas, como se desprende del apartado 2 del citado precepto. Y por último, tratándose de ordenanzas fiscales, el artículo 137.1.b) LRBRL dispone la existencia de un órgano especializado en el “dictamen sobre los proyectos de ordenanzas fiscales”.

Parece evidente, por tanto, que en realidad el problema planteado en el ámbito local no es la ausencia de informes preceptivos³⁴, sino precisamente lo contrario: la errática proliferación de normas que los imponen y los órganos que pueden emitirlos.

De este modo, en la secuencia lógica de los informes preceptivos en los MGP, parece que el primero debe ser el de la Junta de Gobierno Local,

32. El precepto en realidad alude a cuatro supuestos de informe preceptivo, pero el último no tiene relación con el procedimiento normativo, pues se refiere al ejercicio de la función de control y fiscalización de los órganos de gobierno, si lo solicitan el Presidente y, al menos, la cuarta parte de los concejales.

33. Artículo 122.5.e) LRBRL. La regla general de adopción de acuerdos se encuentra en el artículo 99.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, según el cual: “El Pleno de las Corporaciones Locales adopta sus acuerdos, como regla general, por mayoría simple de los miembros presentes. Existe mayoría simple cuando los votos afirmativos son más que los negativos”.

34. Véase nota al pie n.º 40.

en cuanto órgano encargado de la aprobación inicial, que deberá evacuarse antes de esta. Los informes del Secretario del Pleno, de las comisiones y del Consejo Social deberán emitirse después de dicha aprobación inicial y antes de la aprobación definitiva por el órgano plenario local. Y para que la participación ciudadana sea efectiva y no puramente nominal, convendría que el Consejo Social emitiera su informe con posterioridad al de los otros órganos, es decir, cuando el texto normativo hubiera alcanzado ya un grado de tramitación lo suficientemente avanzado como para poder presumir el mayor grado de coincidencia con el texto que definitivamente se apruebe. Se trata, sin embargo, de una solución que nos parece intercambiable por cualquier otra, pues no existe un precepto que expresamente obligue a seguir la secuencia aquí propuesta.

Ofrece asimismo particularidades la elaboración de las ordenanzas fiscales, instrumentos que disponen de un procedimiento especial regulado en la sección 2.^ª del capítulo III, título I (artículos 15 a 19), del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. En estos preceptos, sin embargo, no se alude a la exigencia de ningún informe preceptivo especial³⁵.

En los MGP existe, no obstante, un órgano de necesaria creación conforme al artículo 137 LRBRL, denominado genéricamente: "Órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas", que tiene encomendado en el apartado 1.b) el "dictamen sobre los proyectos de ordenanzas fiscales". Se trata, pues, de otro supuesto de informe preceptivo que, al estar expresamente circunscrito a los "proyectos de ordenanza fiscal", deberá ser emitido antes de la aprobación provisional, en el seno de la Junta de Gobierno Local, que, como ya hemos dicho, ostenta esta competencia.

Ante esta heterogénea cantidad de dictámenes preceptivos que podrían recaer sobre las ordenanzas o los reglamentos orgánicos locales, la única respuesta que puede darse, a efectos de la legislación de transparencia, es que el momento en que surge el deber de publicar el proyecto normativo será el de la solicitud del primero de los informes que tenga naturaleza preceptiva, sin perjuicio de que, como las normas sobre transparencia tienen el carácter de obligaciones mínimas (artículo 5.2 LTAIPBG), se pueda establecer la publicación desde el primer documento manejado por la entidad local, antes incluso de la emisión de cualquier informe o dictamen. Esta

35. Sin embargo, en el caso de los MGP, el artículo 135 LRBRL habilita a los plenos para crear un órgano de gestión tributaria con funciones de "Propuesta, elaboración e interpretación de las normas tributarias propias del ayuntamiento". En la medida, por tanto, en que se haya creado este órgano, es a quien compete la iniciativa del procedimiento de aprobación de las normas tributarias.

solución, sin embargo, que no se deduce expresamente de la legislación de régimen local, debiera haberse contemplado en la legislación especial de transparencia, tanto estatal como autonómica, si realmente los EE. LL. hubieran merecido un trato de igualdad con el resto de Administraciones obligadas³⁶.

Por su parte, el artículo 7.d) LTAIPBG incluye entre los deberes de publicidad: “Las memorias e informes que conforman los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio”.

Aunque este precepto tiene carácter básico en su totalidad³⁷, es evidente que el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, solo puede referirse a la AGE, pues se trata de una norma que carece de aplicación básica desde el momento en que regula estrictamente la memoria de impacto normativo derivada de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En la legislación de régimen local, por el contrario, no existe ningún precepto específico que imponga la necesidad de confeccionar memorias de impacto. El artículo 49 LRBRL simplemente alude a los trámites procedimentales (aprobación inicial del Pleno, información pública y audiencia y resolución de todas las reclamaciones y sugerencias para después acordar la aprobación definitiva)³⁸.

Esta obligación, con anterioridad a la STC 55/2018, podría derivarse implícitamente del título VI LPACAP, que, al regular los principios de buena regulación en la elaboración de normas, prácticamente desgrana todas las menciones que jurídicamente debe contener una memoria de impacto normativo³⁹; y, más claramente, del artículo 129.5 LPACAP, que imponía a todas

36. No se da este problema, sin embargo, en la LTAIPBGC, por el simple hecho de que el artículo 10.1.d) impone la publicación de “Las memorias y los documentos justificativos de la tramitación de los proyectos o anteproyectos normativos, los distintos textos de las disposiciones y la relación y valoración de los documentos originados por los procedimientos de información pública y participación ciudadana y por la intervención de los grupos de interés, en su caso”.

37. Disposición final octava de la LTAIPBG.

38. Precepto este que, aunque se refiera estrictamente a las ordenanzas locales, debe hacerse extensivo a los reglamentos orgánicos. Véase Toscano Gil (2012).

39. Así, en cumplimiento de los principios de necesidad y eficacia, se dispone que “la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución”; en virtud del principio de proporcionalidad, “la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios” (apartado 3); en lo que se refiere a la constatación de impactos normativos, el apartado 4 advierte que “la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea”; y, en fin, respecto de la memoria económica, el apartado 7 señala: “Cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos e ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

las Administraciones públicas —y, por tanto, también a los EE. LL.— posibilitar el acceso en los expedientes normativos a “los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”. Pero, como es sabido, estos preceptos resultaron afectados por la citada STC, con lo que, en esta materia, parece que estamos ante una obligación de publicidad no aplicable a los EE. LL.

4

Bibliografía

- Campos Acuña, C. (2014). Las Entidades Locales ante las obligaciones de transparencia. Una primera aproximación a la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. *Revista Digital CEMCI*, 23.
- Descalzo González, A. (2017). Buen gobierno, altos cargos y derecho disciplinario (comentario a los artículos 25, 27 y a la disposición final segunda). En A. Troncoso Reigada (dir.). *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* (pp. 1459-1501). Madrid: Civitas.
- Entrena Fabrè, R. (2017). Comentarios al artículo 2.1.a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La Transparencia en las Entidades Locales. En A. Troncoso Reigada (dir.). *Comentario a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (1.ª ed., pp. 209-239). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Fernández-Miranda Fernández-Miranda, J. (2015). El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local. *RAP*, 196, 229-269.
- Guichot Reina, E. (2015). Entrada en vigor de la Ley de Transparencia en las Entidades locales. *esPublico* [blog], 9-12-2015. Disponible en <https://www.administracion-publica.com/entrada-en-vigor-de-la-ley-de-transparencia-en-las-entidades-locales/>.
- (2017). El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. En especial, la posibilidad de presentar reclamaciones ante las Autoridades de transparencia. *REALA. Nueva Época*, 8, 27-48.
- Jiménez Asensio, R. (2017). Instituciones de garantía de la transparencia. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 68, 60-75.

- Jiménez Plaza, M.^a I. (2018). La Disposición Adicional 1^a de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el derecho de acceso a la información por los concejales: reflexiones sobre el régimen de tutela. *Revista General de Derecho Administrativo*, 49.
- Parejo Alfonso, L. (2009). Autonomía Local, Régimen Local Básico y Reformas Estatutarias. *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, 309, 9-57.
- Pomed Sánchez, L. (1997). El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa. *Revista de Administración Pública*, 142, 439-479.
- Sánchez Blanco, Á. (1989). La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de derecho. *Revista de Administración Pública*, 119, 133-171.
- Solozábal Echavarría, J. J. (2009). El marco estatutario del régimen local. *Revista de Administración Pública*, 179, 9-35.
- Toscano Gil, F. (2012). El procedimiento de elaboración de las normas locales. *La Administración al Día*, 7-9-2012. Disponible en <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1104034>.
- Velasco Caballero, F. (2014). El nuevo régimen local general y su aplicación diferenciada en las distintas comunidades autónomas. *Revista catalana de dret public*, 48.

Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y su prevención por parte de la Administración local*

ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

Fiscal delegado de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía de Barcelona

- 1. Introducción**
- 2. La competencia ambiental municipal**
- 3. Particularidades de los delitos ambientales de los arts. 325 a 331**
- 4. Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente**
 - 4.1. El delito ecológico
 - 4.2. La gestión incorrecta de residuos
 - 4.3. El desarrollo de actividades peligrosas
 - 4.4. Tipos agravados aplicables a los delitos anteriores
 - 4.5. Responsabilidad penal de las personas jurídicas
 - 4.6. El daño grave a un espacio natural protegido
 - 4.7. La comisión por imprudencia grave
- 5. Posibilidades de actuación de los entes locales para la prevención y el descubrimiento de los anteriores delitos**
 - 5.1. La prevención y el control de actividades contaminantes
 - 5.2. La evaluación ambiental de planes, programas y proyectos
 - 5.3. La protección del dominio público hidráulico
 - 5.4. La gestión de los residuos
 - 5.5. La protección de la calidad del aire
 - 5.6. La protección contra el ruido
- 6. La prevaricación ambiental como contraposición a la obligación de prevención de los riesgos ambientales por parte de la Administración**
- 7. Bibliografía**

* El presente texto trae causa de la ponencia presentada, el 23 de junio de 2023, en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local "Josep Maria Esquerda" 2023, organizado por la Diputación de Barcelona, la Fundación Democracia y Gobierno Local, y la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

Resumen

En el presente trabajo se efectúa un repaso de la configuración de los diversos tipos penales contra los recursos naturales y el medio ambiente previstos en los arts. 325 a 331 del Código Penal, con el propósito de analizar los instrumentos a disposición de las Administraciones locales para los fines de prevención y detección de las correspondientes conductas delictivas.

Palabras clave: *Gobiernos locales; protección del medio ambiente; delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; policía administrativa.*

Crimes against natural resources and the environment and their prevention by the local government

Abstract

This article explores various types of criminal offenses against natural resources and the environment (articles 325 to 331 of the Criminal Code). The article analyzes the tools available to local Administrations for the prevention and detection of these criminal conducts.

Keywords: local government; environmental protection; crimes against natural resources and the environment; administrative police.

1

Introducción

La Constitución dispone en su art. 45, núm. 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”.

Además, se añade después, en su núm. 3: “Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Con esa finalidad y bajo la inspiración de este precepto, y, especialmente, por la inexorable influencia que en nuestro ordenamiento ha supuesto todo el acervo normativo procedente de la Unión Europea, que trata de

reforzar la protección eficaz de los valores ambientales, se han ido incorporando al mismo desde hace bastantes años disposiciones diversas, que imponen obligaciones a las distintas Administraciones públicas y que están destinadas a prevenir y sancionar los daños y los riesgos ambientales dimanantes de las distintas actividades desarrolladas por empresas, particulares, o por los propios poderes públicos.

Mediante el presente trabajo, y dado que en la sexta sesión del pasado Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local “Josep Maria Esquerda” 2022 se hizo referencia por quien suscribe a la problemática sobre el delito de construcción ilegal y su evitación por las Administraciones locales, se consideró que podría tener interés realizar en el presente curso un comentario similar, pero centrado en las posibilidades de prevención y detección de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente —previstos en el Código Penal, en el Capítulo III del vigente Título XVI de su Libro II, arts. 325 a 331— que ostenta esa Administración.

Como veremos al comentar esas infracciones penales, dicha posibilidad de actuación de la Administración local para evitar la posible comisión de las mismas vendrá condicionada en buena parte por la legislación sectorial ambiental, pues esta será la que determinará si la competencia de control e inspección de la actividad corresponde al ayuntamiento donde se desarrolla el acto que puede atentar al entorno o bien a la comunidad autónoma. Por tanto, dicha normativa sectorial nos podrá dar luz sobre las posibilidades de actuación de los entes locales ante las distintas situaciones de lesión o riesgo ambiental que pueden ser constitutivas de infracción penal, destacando que tales prerrogativas no deben entenderse como potestades de ejercicio potestativo, sino que siempre tendrán carácter preceptivo para aquella Administración señalada por la legislación sectorial ambiental. De todos modos, tampoco debe olvidarse que, conforme al art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aquellos que por razón de sus cargos tuvieren noticia de algún delito público, como es el caso de los antes referidos, están obligados a denunciarlo de manera inmediata al Ministerio Fiscal o al Juez de Instrucción, así que los responsables municipales deberán actuar de ese modo ante el conocimiento de hechos que puedan revestir el carácter de esas infracciones penales.

Se debe poner de manifiesto también que la potestad de la protección medioambiental no solamente se realiza de conformidad con lo dispuesto en las normas sectoriales reguladoras de los distintos vectores ambientales, como el agua, los residuos, el aire, el ruido, la biodiversidad o las actividades clasificadas, sino que también se despliega mediante los instrumentos que la protección de la legalidad urbanística atribuye de manera principal a

los ayuntamientos. Muchos actos que lesionan o ponen en riesgo el medio ambiente en la forma exigida por los preceptos del Código Penal suelen realizarse con clara infracción de la normativa urbanística de aplicación en el lugar donde se desarrollan. Por consiguiente, los actos destinados a la protección de la legalidad urbanística pueden llevar a prevenir o evitar el riesgo o daño ambiental previsto en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

Ya dejamos claro en este momento inicial que, teniendo en cuenta la gran abundancia de normas ambientales y el objeto limitado de esta ponencia, únicamente se realizará un comentario no exhaustivo de algunas normas de ámbito estatal que se considera que ofrecen instrumentos de protección de nuestro entorno y que están relacionadas con los delitos antes mencionados, omitiendo el contenido de un gran número de disposiciones ambientales, ya que tal pretensión exigiría la realización de un extenso tratado.

2

La competencia ambiental municipal

Ciertamente muchos de los problemas ambientales que registran los municipios son cuestiones de gran complejidad, que se producen por la confluencia de factores muy diversos y que suelen tener un origen que va más allá del municipio afectado, careciendo este de los medios y las herramientas necesarias para hacer frente a aquellos de modo eficaz. Una muestra de ello la encontramos en la problemática de la contaminación atmosférica o sonora que sufren los habitantes de las grandes ciudades.

Por otro lado, serán las entidades locales, más cercanas al territorio y a sus problemas, las que podrán estar en mejor disposición para detectar las cuestiones ambientales que afectan negativamente a su territorio y a sus ciudadanos, pudiendo ejercitar sus competencias en esa materia y, en caso de no ostentarlas, debiendo excitar la actuación de la Administración supramunicipal o autonómica correspondiente.

Sobre esta cuestión relativa a las competencias municipales ambientales podemos advertir que la vigente Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) dispone en su art. 26 que todos los municipios deben prestar los servicios de recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua y alcantarillado. Los municipios con población superior a los 5000 habitantes, además de los anteriores, deberán prestar de manera obligatoria el servicio de tratamiento de residuos.

También dispone dicha norma que los municipios con población superior a los 20 000 habitantes, además de los anteriores, deberán prestar también de modo preceptivo los servicios de protección civil y prevención y extinción de incendios.

Además de lo anterior, en los municipios de más de 50 000 habitantes se prestará obligatoriamente el servicio de medio ambiente urbano, eliminando la referencia al servicio de medio ambiente en general la reforma que en el año 2013 registró la LBRL, realizada a los efectos de una pretendida racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

También establece esta ley, conforme a dicha reforma, que en los municipios con menos de 20 000 habitantes será la provincia o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los servicios mínimos de recogida y tratamiento de residuos, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, limpieza viaria, acceso a núcleos de población, pavimentación de vías urbanas y alumbrado público.

Junto a lo anterior, la LBRL dispone (art. 27) la posibilidad de que las entidades locales puedan asumir competencias delegadas de carácter ambiental, tales como la vigilancia y el control de la contaminación ambiental y la protección del medio natural.

Como se apreciará al comentar los referidos delitos ambientales y las posibilidades para su prevención que ostentan los ayuntamientos, las referidas disposiciones de la LBRL, que parecen encorsetar o limitar las posibilidades de actuación de los entes locales municipales en esta materia tan relevante hoy en día como es la ambiental, conviven con las amplias atribuciones y responsabilidades que la legislación sectorial ambiental ha ido atribuyendo a aquellos en orden a la protección de los distintos vectores que afecten a nuestro entorno. Consideramos, pues, que tales disposiciones de la LBRL no pueden dejar sin efecto las competencias que las leyes autonómicas y estatales han otorgado de forma clara a los municipios en orden a la protección medioambiental, y que se expondrán.

3

Particularidades de los delitos ambientales de los arts. 325 a 331

El contenido de dichos preceptos penales, modificados mediante las reformas del Código Penal que llevaron a cabo las leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo, es en buena parte consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa

a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal. La Unión Europea ha buscado mediante la implementación de esa directiva que se consiga una protección más eficaz del medio ambiente, para lo cual considera necesario aplicar sanciones más disuasorias, como las penales, frente a las actividades perjudiciales para el medio ambiente, es decir, las que causen o puedan llegar a causar daños sustanciales al aire (incluida la estratosfera), al suelo, a las aguas, a los animales o a las plantas, incluida la conservación de las especies. Además, reconoce esa directiva en sus consideraciones iniciales que los sistemas de sanciones administrativas existentes no han sido suficientes para conseguir un total cumplimiento de la normativa medioambiental. Por todo ello, se dispone en la misma que debe reforzarse el respeto a esas normas mediante el establecimiento de sanciones penales, que muestren una desaprobación social cualitativamente diferente a la que exhiben las sanciones administrativas. Por tanto, es evidente que mediante esa directiva, que ha sido objeto de incorporación a nuestro Código Penal a través de las reformas indicadas, se amplía la protección del medio ambiente de modo considerable, y la idea o alegación clásica de considerar el derecho penal ambiental como la *ultima ratio*, o de que la interpretación de esos delitos se debe hacer conforme al principio de "intervención mínima" para evitar la aplicación de estos preceptos penales, merecerá, a partir de ahora, un profundo y serio replanteamiento.

El legislador deja claro, pues, que habrá delito contra el medio ambiente con independencia de que también se tipifique una infracción administrativa que recoja esa misma conducta tipificada en el Código Penal, algo que siempre es habitual en los delitos ambientales, urbanísticos y contra el patrimonio histórico.

Por otro lado, estos delitos son una clara muestra de los denominados tipos penales en blanco, pues para su comisión, como se apreciará, se hace necesaria la infracción por parte del autor de una normativa administrativa ambiental situada fuera del Código Penal. El delito ambiental no deberá, pues, tener amparo en esa normativa.

Como se ha indicado, dado que un mismo hecho que atente o ponga en riesgo grave el medio ambiente podrá estar tipificado como delito en el Código Penal y también como infracción en la norma administrativa ambiental, a los efectos de evitar una posible doble sanción en los casos de existencia de identidad de sujeto infractor, hechos cometidos y fundamento de la sanción, lo cual está prohibido en virtud del principio *non bis in idem*, las leyes ambientales tratan de establecer siempre la regla de que, en cuanto la Administración tenga conocimiento de un hecho que pueda ser constitutivo de delito, deberá suspender el procedimiento sancionador y

pondrá los hechos en conocimiento de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal. Con ello se trata de evitar que se cause esa prohibida doble aflicción sobre el infractor. Sin embargo, eso no se logra siempre en la práctica, habitualmente porque el instructor del expediente administrativo sancionador no aprecie delito alguno, continuando los trámites administrativos sin más y desconociendo la posible existencia de un procedimiento penal sobre esos mismos hechos. Será fácil, pues, que al tiempo del enjuiciamiento del delito el autor ya haya sido sancionado administrativamente e, incluso, ya haya cumplido la sanción administrativa impuesta. Tal situación no impedirá la continuación del procedimiento penal.

Por otro lado, en la catalogación de las infracciones administrativas ambientales se suele realizar una división de las mismas entre leves, graves y muy graves. Cabe destacar que la tipificación que pueda hacer la Administración sobre el alcance o la graduación de esas infracciones no debe vincular a la jurisdicción penal, de manera que no puede afirmarse que solo los hechos que hayan sido considerados como graves o muy graves podrán tener repercusión penal, pues aquella opera en una dimensión distinta.

Otra cuestión que surge del estudio de esa normativa administrativa ambiental deriva de la coexistencia de diversos regímenes sancionadores, consecuencia de que las leyes de ámbito estatal y las autonómicas los incorporan en sus textos. Será frecuente que el Estado, en su tarea de progresiva transposición de las directivas europeas, establezca en las nuevas leyes ambientales que vaya dictando un régimen que contemple infracciones nuevas y sanciones más contundentes, que no estén previstas en la legislación que sobre esa misma materia hayan dictado ya las comunidades autónomas. Por ejemplo, la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados, o la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, introdujeron un nuevo conjunto de infracciones y sanciones que dejaron totalmente desfasadas las previstas en la legislación autonómica sobre residuos o protección de la biodiversidad. Ante esa situación, y teniendo en cuenta que compete al Estado la competencia exclusiva en materia de protección del medio ambiente, y a las comunidades autónomas el dictado de las normas adicionales, el régimen sancionador de preferente aplicación deberá ser el que proteja más el medio ambiente y, por ello, el que sea más aflictivo para el posible infractor.

Se comentarán en el siguiente apartado el delito ecológico del art. 325, la gestión incorrecta de residuos del art. 326, el desarrollo incorrecto de actividad industrial peligrosa del art. 326 bis, la responsabilidad penal de las personas jurídicas del art. 328, el daño grave a un espacio natural protegido del art. 330, y la comisión de los anteriores delitos por imprudencia grave del art. 331, valorando después, en otro apartado, las

posibilidades de una actuación administrativa por parte de los entes locales para prevenir o descubrir su comisión conforme a las disposiciones administrativas ambientales.

Finalizaremos la exposición con una referencia final al delito de prevaricación ambiental del art. 329 del Código Penal, como expresión de que esa actuación de prevención y tutela por parte de la Administración puede haber fallado por completo, hasta el punto de que la autoridad o el funcionario público haya llegado a contribuir, por acción u omisión, a que actividades que puedan suponer un riesgo o un daño ambiental puedan desarrollarse sin objeción por su parte, obviando lo dispuesto de modo preceptivo por la normativa ambiental.

4

Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

4.1

El delito ecológico

El art. 325 del Código Penal, que contempla el delito al que llamaremos “ecológico”, contiene distintas conductas que ordinariamente son capaces de afectar al medio ambiente de un modo relevante, configurándose como un delito de peligro abstracto, pues para su comisión no es necesario que se produzca un daño ambiental, bastando con que el comportamiento genere una determinada situación de riesgo grave para alguno de los elementos naturales que expresamente se refieren. Además, y como se ha indicado, tratándose de una norma penal en blanco, se exige que ese comportamiento infrinja la normativa ambiental, de manera que el riesgo o daño al entorno no ha de estar amparado por aquella.

Dicho precepto dispone:

“1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o

pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

2. Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

Como se advierte de la lectura del precepto, este delito se puede cometer mediante alguno de los distintos comportamientos que allí se enumeran, y, conforme al principio de legalidad, los que no se puedan incluir en ellos quedarán fuera de este concreto delito.

En este tipo penal encontramos acciones que pueden producir un efecto perjudicial sobre el aire, el agua, el suelo o los seres vivos, incluida la salud humana. Se hace referencia en este delito a actos que fácilmente podemos detectar en nuestro entorno, tales como las emisiones que suelen afectar al aire que respiramos; los vertidos que se realizan a un cauce público o al mar; las extracciones, excavaciones o aterramientos que alteran o modifican un determinado espacio; la generación del ruido ambiental o de vibraciones que impiden el descanso de los ciudadanos, y también las captaciones de aguas superficiales o subterráneas.

Se exige, además, que ese comportamiento infrinja la normativa medioambiental, de modo que no pueda tener amparo en la misma. El referido art. 325 requiere expresamente que esas acciones antes mencionadas se efectúen “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”. Aquí hallamos un cuerpo normativo que, como se ha indicado antes, es inmenso. En primer lugar, es claro que esas disposiciones ambientales a que se remite la norma penal no solo serán las dictadas por el Estado español y que tienen una eficacia en todo el territorio, sino que también se remite a las disposiciones dictadas por las comunidades autónomas conforme a sus competencias, según jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Recordemos que la Constitución Española (art. 148, núm. 1, ap. 23) establece que corresponde al Estado la competencia exclusiva en el establecimiento de la legislación básica en materia de medio ambiente, y que compete a las comunidades autónomas el desarrollo de esa normativa básica, sin perjuicio de la posibilidad de dictar normas adicionales de protección. Es decir, estas podrán proteger más que lo establecido como básico por el Estado,

pero nunca podrán proteger menos en materia medioambiental. Incluso las ordenanzas municipales podrán llegar a completar ese precepto penal, como se ha llegado a reconocer por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, en el delito contra el medio ambiente cometido mediante las emisiones acústicas producidas por un bar.

La conducta transformadora y contraria a las disposiciones ambientales y que ha de recaer sobre esos elementos naturales (aire, suelo o agua) deberá producir, para ser delictiva, alguno de los resultados de riesgo o daño ambiental previstos en la regulación de este delito ecológico del art. 325 del Código Penal. Conforme a este será necesario que esa acción infractora “cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas”, según el núm. 1 del precepto, o que “pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, según dispone su núm. 2.

Ahora bien, la conducta delictiva no ha de ser la única causante de esa situación que exige el tipo penal, pues en las dos modalidades del art. 325 se indica que a aquella consecuencia o resultado exigido pueden haber coadyuvado otros comportamientos ajenos distintos de los realizados por el autor. No obstante, se exigirá que la acción delictiva realizada por el responsable del delito sea relevante a los efectos de la producción del riesgo o daño grave exigidos en ese tipo penal, aunque concorra con otros comportamientos concurrentes realizados por terceros y que afecten al mismo elemento natural.

Como ya se ha indicado, estamos ante un delito de peligro abstracto. Por tanto, no se exige para su consumación que se produzca un daño o perjuicio efectivo sobre los valores naturales indicados, como la muerte de peces o la desaparición de plantas, o que determinada persona enferme, siendo suficiente que la acción que altera el entorno y contraria a la normativa ambiental sea idónea para causar ese resultado lesivo para el entorno (“pueda causar” o “pudieran perjudicar”), como reiteradamente recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo en múltiples sentencias.

En las dos modalidades de resultado lesivo o de riesgo referidas se precisa bien que los daños causados o que se podrían causar deban ser sustanciales, es decir, relevantes, o que el equilibrio de los sistemas naturales pueda verse perjudicado de una forma grave. Tal aspecto, claramente valorativo y que habrá de ser apreciado por los operadores jurídicos que intervienen en el proceso penal, se suele acreditar o desvirtuar en la práctica judicial mediante la prueba pericial correspondiente y valorando cada supuesto concreto.

Hemos de interpretar que la primera modalidad de resultado antes citada será de aplicación a los supuestos en que el peligro o el menoscabo ambiental causado sea reducido espacialmente, pues si adquiere un mayor alcance o extensión se deberá considerar que puede perjudicar gravemente los sistemas naturales, siendo entonces de aplicación la segunda modalidad, que supone una mayor sanción.

4.2

La gestión incorrecta de residuos

El art. 326 del Código Penal sanciona la incorrecta gestión de los residuos cuando esta produce alguno de los resultados de daño o riesgo ambiental antes referidos al comentar el art. 325. Dicho precepto dispone:

“1. Serán castigados con las penas previstas en el artículo anterior, en sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades, de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

2. Quien, fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior, traslade una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos, será castigado con una pena de tres meses a un año de prisión, o multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año”.

Se sigue un esquema muy similar al anterior precepto, en cuanto que se configura como un tipo penal en blanco, al ser necesario que el autor de esa acción vulnere la normativa administrativa reguladora de la gestión de residuos, y que se produzca el resultado de daño o riesgo ambiental, de la misma manera que se exige en el referido art. 325, configurándose también como un delito de riesgo abstracto.

En el núm. 1 de hace referencia a unas concretas conductas que han de recaer sobre residuos y que implican una deficiente gestión de estos. Se hace referencia expresa a su recogida, transporte, valorización, transformación, eliminación u aprovechamiento, que deberá verificarse siempre infringiendo disposiciones generales que no necesariamente tendrán que ser

protectoras del medio ambiente, pues en este precepto, a diferencia del art. 325 anterior, no se exige tal aspecto. Además comete el delito tanto el que realiza directamente esas actividades como aquel que no las controla o vigila adecuadamente, lo cual supondrá la existencia de una posición de garante en quien no realiza esa función.

Las conductas previstas en ese núm. 1 presentan la misma penalidad que las del art. 325, y esta vendrá determinada según el daño o riesgo ambiental que se genere con esa incorrecta gestión de los residuos.

El núm. 2 contiene un delito, sancionado con menor penalidad, que hace referencia al traslado de una cantidad *no desdeñable* de residuos en alguno de los supuestos de traslado ilícito de los mismos previsto en el derecho de la Unión Europea, fundamentalmente hoy previsto en el Reglamento CE 101/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo al traslado de residuos. No se exige aquí, a diferencia del núm. 1 anterior, la creación de una situación de daño o riesgo grave ambiental para la comisión de este delito.

4.3

El desarrollo de actividades peligrosas

El art. 326 bis sanciona penalmente el mantenimiento incorrecto de determinadas instalaciones peligrosas debido a las características que entraña la propia actividad que en las mismas se desarrolla o por el tipo de sustancias o productos peligrosos que allí se usan o se guardan, siempre que aquella situación genere, debido a los incumplimientos de la normativa de carácter general, el resultado de riesgo o daño ambiental en la misma forma prevista en el art. 325.

Dicho art. 326 bis dispone:

“Serán castigados con las penas previstas en el artículo 325, en sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas, muerte o lesiones graves a las personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

Consideramos que se trata de un tipo penal que supone un adelanto de las barreras de protección penal si comparamos este tipo con el art. 325 del Código Penal. Además, si esas instalaciones, debido a esa situación, con-

trarían la normativa generando, por ejemplo, emisiones, vertidos o ruidos en la forma prevista en este último precepto, se producirá un concurso de normas entre tales preceptos (art. 8 del Código Penal).

4.4

Tipos agravados aplicables a los delitos anteriores

Se producirá un aumento de la penalidad si en alguno de aquellos delitos concurre alguna de las siguientes circunstancias previstas en el art. 327 del Código Penal, estando alguna de ellas vinculada con la potestad de control e inspección que la Administración ejerce sobre las actividades potencialmente contaminantes o transformadoras de nuestro entorno.

A tal efecto dicho precepto establece:

“Los hechos a los que se refieren los tres artículos anteriores serán castigados con la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.
- b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.
- c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.
- d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.
- e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.
- f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones”.

4.5

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Las conductas antes referidas serán realizadas por personas físicas, a quienes se impondrán las penas allí previstas. No obstante, si se dan las circunstancias previstas en el art. 31 bis del Código Penal, también serán penalmente responsables las personas jurídicas a través de las cuales se hayan cometido

tales delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente por parte de los autores.

Así, el art. 328 del Código Penal contempla esa posibilidad, al disponer: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33”.

4.6

El daño grave a un espacio natural protegido

El art. 330 dispone: “Quien, *en un espacio natural protegido*, dañare gravemente alguno de los *elementos que hayan servido para calificarlo*, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

A diferencia de los anteriores delitos, se exige aquí para la consumación de esta infracción que se cause un daño relevante sobre alguno de los valores que se han tenido en cuenta para determinar que un determinado espacio natural tenga una determinada figura de protección ambiental expresa, pudiendo tratarse, por ejemplo, de la vegetación, la fauna o el paisaje. La forma de comisión de ese menoscabo al patrimonio natural puede ser muy variada, y es fácil que se pueda producir mediante las conductas previstas en los arts. 325 a 326 bis del Código Penal si llegan a causar dicho daño grave a esos elementos del espacio natural. Fácilmente ese daño relevante en el espacio natural se podrá producir por vertidos, emisiones o excavaciones, entre otros, conductas previstas en esos preceptos comentados.

Si eso sucediera, en ese caso consideramos que no sería de aplicación este tipo penal previsto en el art. 330, sino el tipo correspondiente de los arts. 325 a 326 bis mencionados, con la aplicación del supuesto agravado del art. 338 del Código Penal, que establece una disposición general aplicable

a los delitos ambientales consistente en la imposición de la pena superior en grado a la respectivamente prevista en esos delitos si la acción afecta a algún espacio natural protegido.

Aunque en su descripción no se exige expresamente el quebranto de la normativa administrativa, es evidente que la acción no habrá de tener un amparo legal.

4.7

La comisión por imprudencia grave

Las anteriores infracciones recogen conductas realizadas con dolo directo, esto es, cuando se busca ese resultado, o bien con dolo eventual, cuando no se busca este, pero se acepta como resultado necesario de la acción. Ahora bien, cuando la conducta se realiza por negligencia grave, al no haber adoptado el autor las normas de cautela más elementales, en ese caso la pena a imponer será la inferior en grado a la prevista para los delitos dolosos, tal y como dispone el art. 331 del Código Penal: “Los hechos previstos en este Capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave”.

5

Posibilidades de actuación de los entes locales para la prevención y el descubrimiento de los anteriores delitos

Con el objeto de desarrollar este apartado, destinado a valorar esas posibilidades de actuación de los entes locales a los efectos de la prevención y del descubrimiento de los anteriores delitos ambientales, hemos considerado procedente dividir la exposición según el aspecto ambiental que puede ser afectado y su normativa reguladora.

Como se ha indicado al principio, no es posible en este trabajo abordar el comentario de todas las disposiciones de ámbito estatal, autonómico o, incluso, local que pueden tener incidencia en la protección de los distintos vectores ambientales y que pueden contribuir a la evitación o al descubrimiento de los anteriores delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. A pesar de ello, y antes de iniciar la exposición relativa a esas posibilidades de actuación, pasamos a realizar la siguiente relación de disposiciones ambientales más relevantes de ámbito estatal según los distintos vectores, lo cual puede ser ilustrativo para poner de manifiesto la

complejidad de una exposición esquemática como la pretendida en esta ponencia.

Prevención y control de actividades.

Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación.

Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (última modificación de 31 de agosto de 2017).

Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

Aguas.

Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

Real Decreto 817/2015, de 11 de septiembre, por el que se establecen los criterios para el seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y normas de calidad ambiental.

Real Decreto 1341/2007, de 11 de octubre, sobre la gestión de la calidad de las aguas de baño.

Real Decreto 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro.

Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano.

Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.

Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, que establece las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.

Real Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas.

Real Decreto 261/1996, de 16 de febrero, sobre la protección de las aguas contra la contaminación producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias.

Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino.

Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

Residuos.

Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados.

Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero.

Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias mineras y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras.

Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases.

Real Decreto 1416/2001, de 14 de diciembre, sobre envases de productos fitosanitarios.

Real Decreto 679/2006, de 2 de junio, por el que se regula la gestión de los aceites industriales usados.

Real Decreto 1619/2005, de 30 de diciembre, sobre la gestión de neumáticos fuera de uso.

Real Decreto 265/2021, de 13 de abril, sobre los vehículos al final de su vida útil.

Real Decreto 110/2015, de 20 de febrero, sobre los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos.

Real Decreto 1310/1990, de 29 de octubre, por el que se regula la utilización de los lodos de depuración en el sector agrario.

Real Decreto 108/1991, de 1 de febrero, sobre la prevención y reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amianto.

Traslado de residuos.

Reglamento CE núm. 1013/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo al traslado de residuos.

Real Decreto 553/2020, de 2 de junio, por el que se regula el traslado de residuos en el interior del territorio del Estado.

Ambiente atmosférico.

Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.

Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

Real Decreto 100/2011, de 28 de enero, por el que se actualiza el catálogo de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera y se establecen las disposiciones básicas para su aplicación.

Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire.

Real Decreto 818/2018, de 6 de julio, sobre medidas para la reducción de las emisiones nacionales de determinados contaminantes atmosféricos.

Real Decreto 1042/2017, de 22 de diciembre, sobre limitación de las emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de las instalaciones de combustión medianas.

Real Decreto 430/2004, de 12 de marzo, por el que se establecen nuevas normas sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión, y se fijan ciertas condiciones para el control de las emisiones a la atmósfera de las refinerías de petróleo.

Real Decreto 117/2003, de 31 de marzo, sobre limitación de emisiones de compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de disolventes en determinadas actividades.

Real Decreto 115/2017, de 17 de febrero, por el que se regula la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos.

Ruido.

Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido.

Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley del Ruido en lo referente a la evaluación y gestión del ruido ambiental.

Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley del Ruido en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas.

Responsabilidad ambiental.

Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Ambiental.

Productos, sustancias peligrosas y accidentes graves.

Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

Reglamento (CE) 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (denominado REACH, anacronismo de *Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals*).

Reglamento (CE) 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (denominado CLP, debido a los términos *Classification, Labelling and Packaging*).

Ley 8/2010, de 31 de marzo, por la que se establece el régimen sancionador previsto en los Reglamentos (CE) relativos al registro, a la evaluación, a la

autorización y a la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH) y sobre la clasificación, el etiquetado y el envasado de sustancias y mezclas (CLP), que lo modifica.

Real Decreto 840/2015, de 21 de septiembre, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

Real Decreto 656/2017, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Almacenamiento de Productos Químicos y sus Instrucciones Técnicas Complementarias MIE APQ 0 a 10.

Espacios naturales protegidos.

Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Real Decreto 556/2011, de 20 de abril, para el desarrollo del Inventario Español del Patrimonio Natural y la Biodiversidad.

Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales.

Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

5.1

La prevención y el control de actividades contaminantes

Como se desprende del art. 191 del Tratado de Funcionamiento de la UE, en su versión actualmente vigente, la política de la UE en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones existentes en los distintos territorios de la Unión. Dicha política se fundamenta en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de que quien contamina paga.

El principio de cautela, también llamado de precaución, trata de determinar el modo de actuar por parte de la UE en los casos en que vaya a desarrollar una política o una acción que pueda suponer un eventual riesgo para la salud de las personas o para el medio ambiente, y respecto del cual no exista un consenso científico. Ante dicha situación de incertidumbre de ese posible peligro ambiental, la UE debe actuar conforme a ese principio y, por tanto, valorar adecuadamente los eventuales riesgos y obrar de manera prudente, adoptando las medidas preventivas pertinentes, que pueden llegar a suponer la no realización de esa determinada política o acción.

El principio de acción preventiva o de prevención conlleva que la realización de una determinada acción que pueda generar unos peligros conocidos deba ir acompañada de los medios adecuados para evitar que la salud humana y el medio ambiente se lleguen a exponer a riesgos inaceptables. Complemento de este principio es el que exige la evitación de los atentados al medio ambiente, dando preferencia al control de sus fuentes.

Los referidos principios de la política ambiental de la UE se han puesto de manifiesto en las distintas normas que ha ido dictando sobre las diferentes materias objeto de este trabajo. Ciertamente, a los efectos de la prevención de esos riesgos para la salud humana y el entorno, es esencial que la Administración controle las actividades susceptibles de causar un peligro a esos valores, mediante un sistema de autorizaciones previas a su puesta en funcionamiento. De esta manera, y por exigencia de esos principios esenciales de precaución y de prevención, la autoridad analizará si aquella actividad que se pretende desarrollar se adecúa a las exigencias del ordenamiento jurídico ambiental, y si los riesgos que puede generar se encuentran dentro de lo socialmente admitido por dicha normativa. La intensidad de ese control dependerá del mayor o menor peligro ambiental que, en principio, presente la actividad que se pretenda desarrollar. Este es un aspecto muy relevante que tendrá en cuenta la normativa que pasaremos a comentar, pues, dependiendo de la actividad que se quiera llevar a cabo, el control administrativo exigido será mayor o menor, o, incluso, puede que desaparezca en los supuestos de presunta inocuidad de la propuesta.

Actualmente toda esa normativa de intervención y control de actividades parte de la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación). Mantiene aspectos relevantes de la anterior normativa europea, como la idea de que el permiso ambiental sea integrado, incorporando o valorando este los distintos aspectos ambientales de la actividad que se pretende, y se acude al concepto del uso de las mejores técnicas disponibles (MTD) existentes en cada momento al tiempo de determinar los límites de las emisiones, tanto en la autorización como posteriormente, una vez la actividad está autorizada y en marcha. Esas MTD serán las técnicas más eficaces para alcanzar un elevado nivel de protección ambiental en su conjunto, desarrolladas a una escala que permita su aplicación en el contexto del sector industrial correspondiente en condiciones que sean viables económica y técnicamente, valorando los costes y beneficios y siempre que la persona titular de la actividad pueda acceder a ellos de un modo razonable.

Como se ha indicado, no debe olvidarse que aquellas actividades que se consideran por la normativa inocuas para el medio ambiente, por entender que tienen poco potencial lesivo para el mismo, desde hace unos años, coincidiendo con la crisis iniciada en 2008, y bajo el pretexto de potenciar la actividad económica, quedan sometidas a un régimen de simple comunicación previa o declaración responsable por parte de quien pretende desarrollarlas, sin control previo de la Administración.

A pesar del aumento de supuestos de actividades ahora sometidas a la simple comunicación previa o a la declaración responsable debido a esos cambios legislativos, pesa sobre la Administración igualmente la obligación de realizar un control posterior de esa instalación para comprobar si realmente la actividad genera o puede generar emisiones perjudiciales para el entorno.

Este régimen de autorizaciones y licencias tiene gran incidencia en los delitos contra el medio ambiente cometidos por las actividades sujetas al mismo. No en vano el Código Penal considera, en el art. 327.a), que estaremos ante una modalidad agravada de uno de esos delitos si la industria o actividad contaminante y desde la que se cometen los actos previstos en los arts. 325 a 326 bis del Código Penal funciona de manera clandestina, por no haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

Por otro lado, esta normativa a la que hacemos referencia, reguladora de la intervención ambiental, tendrá incidencia en la aplicación del art. 329 del Código Penal, que sanciona a la autoridad o funcionario público que informe favorablemente o que otorgue una autorización o licencia ambiental de una industria o actividad de las que pueden llegar a cometer los delitos de los arts. 325 a 326 del Código Penal, cuando esa acción la realice a sabiendas de su injusticia o, incluso, por imprudencia grave en atención a la cláusula prevista en el art. 332 del Código Penal.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico destaca el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación. Este texto integra, debidamente regularizadas, armonizadas y aclaradas, la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, y las distintas disposiciones en materia de emisiones industriales contenidas en normas con rango de ley. Se incorporan a través de esa norma las disposiciones de la referida Directiva 2020/75/UE. Tiene el carácter de legislación básica de medio ambiente que las comunidades autónomas deberán respetar y desarrollar.

Somete a la que denomina autorización ambiental integrada la explotación de las instalaciones en que se desarrolla alguna de las actividades incluidas en el anexo 1 de esa ley, siempre y cuando alcance los umbrales de capacidad establecidos en el mismo. Esa autorización habrá de ser previa a la construcción, montaje o traslado de las instalaciones referidas, y se tendrá que ir adaptando a las modificaciones que vayan sucediendo en las mismas (art. 9). Relevante será, pues, la catalogación correcta de la actividad a los efectos de someter la misma a los controles previstos en esta autorización.

La competencia para el otorgamiento de esas autorizaciones, que hacen referencia a aquellas actividades con una posible mayor repercusión ambiental, corresponde a las comunidades autónomas, y exigen unos trámites reforzados a los efectos de evitar los riesgos ambientales y de que se respete la normativa relativa a los distintos vectores, conteniendo la resolución autorizante las medidas correctoras correspondientes y los límites de emisión permitidos a esa actividad.

A pesar de que la competencia corresponde a las comunidades autónomas, los entes locales juegan un papel relevante, pues aquel texto refundido exige, entre otros muchos requisitos para el otorgamiento de la autorización ambiental integrada, un informe urbanístico del ayuntamiento en cuyo territorio se pretenda ubicar o se ubique la instalación, que acredite la compatibilidad urbanística del proyecto con el planeamiento urbanístico. Por tanto, no se podrá otorgar esa autorización si los terrenos donde se pretende ubicar la actividad no lo permiten en atención a su clasificación y calificación urbanística y conforme al planeamiento urbanístico municipal y territorial. Precisamente la ley ya establece que si ese informe es negativo el órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada dictará resolución motivada de archivo de las actuaciones.

Por tanto, este informe de compatibilidad urbanística municipal es necesario en todas las autorizaciones y licencias ambientales, y juega un papel muy relevante, ya que la actividad a autorizar debe estar admitida por el planeamiento urbanístico, que debe permitir esos usos en los terrenos afectados por esa actividad. Si no se cumple este requisito no se podrá otorgar aquella autorización.

Igualmente, para el otorgamiento de esa autorización por parte de la comunidad autónoma, se exige que, previamente, se ponga en conocimiento del ayuntamiento donde se pretende desarrollar la actividad el expediente, a los efectos de que informe sobre aquellos aspectos ambientales de su competencia, como los relativos a ruidos y vibraciones, emisión de calor, olor y vertidos al sistema público de alcantarillado, debiendo ser valoradas las posibles alegaciones que presente aquel. Este informe lo debe emitir

el ayuntamiento en los treinta días desde la notificación, y es preceptivo y vinculante.

Tal derecho a intervenir el municipio en el procedimiento también se deberá respetar en los supuestos de modificación sustancial de la autorización ambiental.

Por consiguiente, los entes locales tienen derecho a participar en ese expediente de autorización ambiental de las actividades con mayor potencial contaminante o de puesta en riesgo del medio ambiente.

No obstante, las comunidades autónomas han dictado leyes que atribuyen a los entes locales un mayor protagonismo para otorgar autorizaciones ambientales de las actividades que presentan en principio un menor riesgo ambiental.

En Cataluña, la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, no solo regula la intervención y autorización de las mismas actividades previstas en el referido Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, de ámbito estatal, sino también de otras actividades económicas cuyo desarrollo puede suponer un riesgo para la salud humana o el medio ambiente. Así, de esa ley se desprenden los distintos tipos de autorización:

- a) Autorización ambiental, a la que se someten las actividades incluidas en los anexos I.1 e I.2 de la citada ley. Dentro de estas encontramos:
 - Las actividades sometidas a autorización ambiental con declaración de impacto ambiental, que son las del anexo I.1 y el anexo I.2.a de la ley.
 - Las actividades sometidas a autorización ambiental y a un proceso de decisión previa sobre la necesidad de sometimiento a una evaluación de impacto ambiental, que son las del anexo I.2.b.
- b) Declaración de impacto ambiental con una autorización sustantiva, a la que se someterán las actividades incluidas en el anexo I.3 de la ley.
- c) Licencia ambiental, sometiéndose a ella las actividades que se relacionan en el anexo II. Estas, a su vez, se subdividen en:
 - Actividades sometidas a licencia ambiental, con declaración de impacto ambiental, que son para las que el epígrafe correspondiente del anexo II exige expresamente esa declaración.
 - Actividades sometidas a licencia ambiental y a un procedimiento de decisión previa sobre la necesidad de declaración

de impacto ambiental. Aquí entrarán las actividades para las que el epígrafe correspondiente del anexo II de la ley determina de forma específica que se ha de seguir ese proceso de valoración.

- Actividades sometidas a licencia ambiental sin necesidad de someterse a ningún proceso de evaluación de impacto ambiental, siendo las restantes del anexo II.
- d) Régimen de comunicación, al que se someten las actividades del anexo III de la ley.

El anterior régimen se complica un poco más. Por un lado, se prohíbe a los ayuntamientos que a través de sus ordenanzas municipales puedan someter al régimen de licencia ambiental las actividades reguladas en el anexo III, sometidas al régimen menos exigente de la comunicación. En cambio, sí que podrán establecer que algunas actividades sujetas a licencia ambiental del anexo II, situadas en zonas urbanas y con una calificación urbanística determinada, puedan someterse al régimen de simple comunicación.

Sin embargo, la ley establece claramente que esas ordenanzas municipales no podrán someter al régimen de comunicación las actividades que:

- 1) están sometidas a la decisión previa de la Administración respecto a someterse o no a la evaluación de impacto ambiental, o
- 2) están sujetas a informe preceptivo de los órganos ambientales competentes en materia de medio ambiente, en los supuestos de los arts. 42 (son las actividades del anexo VI de la ley que conllevan vertidos, emisiones o depósitos de residuos y necesitan informe previo del órgano ambiental sectorial) y 43 de la ley (actividades situadas a menos de 500 metros de la masa forestal, o en municipios considerados de alto riesgo de incendio forestal, donde se necesita informe previo del Servicio de Prevención de Incendios Forestales de la Generalitat).

Como no podría ser de otra manera, se establece que los valores límite de emisión y las normas técnicas de carácter general que determina la legislación sectorial para la prevención y la protección de la contaminación son de aplicación a todas las actividades incluidas en el ámbito de la ley (art. 9, núm. 1). Por tanto, en la autorización o licencia ambiental se establecerán valores de emisiones y vertidos conforme a lo establecido en la legislación sectorial ambiental. Autorizar emisiones, vertidos o condiciones contrarias a la normativa ambiental en la autorización o licencia ambiental sería un quebranto muy grave por parte de quien otorgara esa resolución, que podría claramente constituir el delito del art. 329 del Código Penal, e incluso, si se produce una situación de daño o riesgo ambiental de los señalados en los

arts. 325 a 326 bis del Código, debido a las emisiones, los vertidos o la situación creada por esa autorización ilícita, la autoridad o funcionario autorizante podría ser participe también de ese delito.

En el régimen de licencia ambiental el ayuntamiento ostenta un protagonismo del cual carece en las otras modalidades de intervención administrativa ambiental, donde se limita fundamentalmente a informar o a hacer alegaciones al proyecto, con el que los responsables municipales pueden estar más o menos de acuerdo, del mismo modo que puede gustar más o menos a los habitantes de su término municipal, que, según se mire, podrán verse beneficiados o perjudicados por la propuesta de actividad. Este régimen se regula en los arts. 33 a 50 de la Ley 20/2009, y afecta a las actividades relacionadas en su anexo II. Hay que tener en cuenta que, para aquellas incluidas en los anexos II y III de la ley, debe formularse una consulta sobre la necesidad de declaración de impacto ambiental de la actividad cuando, en aplicación de los criterios del anexo V referido, afecte directamente a espacios con sensibilidad ambiental elevada por estar incluidos en el *Pla d'Espais d'Interès Natural* (PEIN), en espacios naturales de protección especial o en otros espacios protegidos legalmente.

También deberá hacerse esa consulta para las actividades del anexo II en cuyo epígrafe se exija expresamente hacerla (art. 33). En caso de considerarse que es necesaria esa declaración, el solicitante, junto a la petición de la licencia ambiental al ayuntamiento, acompañará un estudio de impacto ambiental, y después el consistorio remitirá a la Oficina de Gestión Ambiental Unificada (OGAU) de la Generalitat el expediente, recibiendo este organismo las alegaciones de la información pública y las consultas. Será la Ponencia Ambiental la que deba formular la declaración de impacto ambiental, comunicándoselo al ayuntamiento para que la integre en la licencia ambiental que vaya después a otorgar, publicándose todo ello en el boletín oficial correspondiente (art. 34).

El procedimiento de la licencia ambiental se somete a los trámites de verificación formal de la documentación presentada, análisis de la suficiencia e idoneidad del proyecto básico con estudio ambiental, información pública y vecinal, informes preceptivos, propuesta de resolución, audiencia, resolución, notificación y comunicación (art. 37).

Esas propuestas han de ser evaluadas por un órgano técnico ambiental que tendrá que hacer la propuesta de resolución. Dicho órgano deberá existir en los municipios de más de 50 000 habitantes, mientras que en los de menos habitantes, pero con más de 20 000, es potestativa para el ayuntamiento la constitución del mismo. En caso de no haberse constituido en los ayuntamientos de menos de 20 000 habitantes, salvo que estos hayan

constituido un órgano técnico específico habilitado por la Ponencia Ambiental, esa función la realizará la OGAU.

El informe de ese órgano ambiental será vinculante para el ayuntamiento tanto si es desfavorable como si impone medidas correctoras, o bien si propone redactar otro proyecto u otros documentos. La OGAU prestará asesoramiento al órgano técnico municipal o comarcal en esa tramitación (art. 38).

Será preceptiva, una vez verificada la suficiencia e idoneidad del estudio ambiental, la sumisión del expediente a información pública durante 30 días para alegaciones (art. 41). Además, será preceptiva la emisión de los informes de las Administraciones competentes para la autorización de los vertidos que pueda conllevar esa actividad propuesta (art. 42).

A la vista de las alegaciones en la fase de información pública, de los informes emitidos, y de la evaluación de la incidencia ambiental o, cuando proceda, de la declaración de impacto ambiental, el órgano técnico ambiental (municipal o local) emite el informe integrado, y el órgano municipal competente elabora la propuesta de resolución provisional (art. 46). Esta deberá ser puesta en conocimiento de los interesados para presentar alegaciones y justificaciones oportunas. Posteriormente el ayuntamiento dictará la resolución sobre esa petición de licencia ambiental (art. 47).

El régimen de comunicación se contempla en la Ley para las actividades comprendidas en el anexo III. Como indica su nombre, mediante la comunicación el promotor de la actividad pone en conocimiento del ayuntamiento que va a desarrollar esa actividad, para lo cual acompañará la siguiente documentación: proyecto básico (en ocasiones no se exige este) y memoria ambiental, así como certificación expedida por el técnico competente director de la ejecución del proyecto que acredite que la actividad y las instalaciones se adecuan al estudio ambiental y al proyecto presentados y que se cumplen todos los requisitos ambientales.

Efectuada la comunicación se puede iniciar la actividad bajo la responsabilidad exclusiva de las personas titulares o técnicas referidas, sin perjuicio de los títulos habilitantes o controles exigidos por la normativa sectorial no ambiental y que sean preceptivos (art. 52).

Es importante destacar que, si la actividad supone el vertido de aguas residuales a un cauce público o al mar, se precisará para iniciarla la correspondiente autorización administrativa de esos vertidos (art. 52, núm. 6). Si se sitúa en un espacio natural protegido, el proyecto se someterá a consulta previa respecto a la necesidad de evaluación de impacto ambiental (art. 52, núm. 7).

Si reglamentariamente se exige acreditar que no se generan ruidos o emisiones contrarios a normativa para la actividad sometida a comunicación, en ese caso se deberá acompañar una certificación expedida por una entidad colaboradora de la Administración ambiental (ECA) o por los servicios técnicos municipales que acredite ese cumplimiento. Si la certificación fuera desfavorable, no podrá presentarse la comunicación ambiental ni ejercerse la actividad (arts. 52, núm. 4, y 53). Tal exigencia suele ser habitual, para las actividades generadoras de ruidos, en las ordenanzas municipales.

Hay otras actividades de competencia municipal para las que la ley también contempla la necesidad de un informe ambiental en relación con las mismas. Así, en caso de espectáculos públicos y actividades recreativas, la intervención ambiental de estos se debe realizar mediante un informe ambiental emitido por el órgano técnico municipal o comarcal, debiendo contener las determinaciones que la normativa establece sobre esa materia (art. 56, núm. 1). Si esas actividades antes mencionadas se sitúan en un espacio natural protegido, están sometidas al procedimiento de consulta previa sobre la necesidad de evaluación de impacto ambiental de la propuesta (art. 56, núm. 2).

Para los proyectos de equipamientos de titularidad municipal que puedan estar incluidos en el anexo II de la ley no se deberá seguir el procedimiento de la licencia ambiental. Sin embargo, la evaluación ambiental de ese equipamiento o actividad se realizará mediante un informe al respecto del órgano técnico municipal o comarcal, que se integrará en la tramitación de ese proyecto. Las determinaciones fijadas en ese informe ambiental deberán integrarse en la resolución que apruebe dicho proyecto (art. 57, núm. 1). Además, debe contemplarse un proceso de información pública antes de su aprobación (art. 57, núm. 2).

Todo el control antes referido tiene un objetivo claro: evitar que se desarrollen actividades económicas que puedan poner en riesgo o dañar el medio ambiente más allá de lo aceptado por la normativa sectorial. Se trata de una intervención de gran relevancia a los efectos de evitar los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente antes referidos, pues estos suelen cometerse a través de actividades que requieren del cumplimiento de tales trámites administrativos. Ahora bien, junto a ese control inicial debe mencionarse la relevancia del control posterior de la actividad por parte de las autoridades, destinado a asegurar que la autorización o licencia es respetada en todo momento por la actividad y que no se traspasan los límites establecidos. Es en esta fase posterior donde la prevención municipal puede jugar un papel relevante, ya que, como hemos indicado al principio, los entes locales están más cerca de los problemas del territorio y deben abordarlos.

En relación con esta cuestión, es importante que si la actividad autorizada va a ser modificada debe comunicarse a la autoridad competente para el otorgamiento de la autorización o licencia ambiental, a los efectos de valorar si esas alteraciones suponen o no una modificación sustancial de cara a valorar la necesidad de introducir medidas correctoras ambientales adicionales previas a esa modificación. Tal trámite es muy relevante a los efectos de evitar los riesgos ambientales penales. Lo mismo sucederá en los supuestos en que se impone la renovación o revisión de esas autorizaciones, especialmente cuando la aparición de nuevas MDT o la nueva legislación ambiental lo exigen.

En relación con esa importante función de control de las actividades es imprescindible hacer referencia al régimen de inspecciones, sanciones y ejecución forzosa (arts. 74 a 88) previsto en la Ley, para lo cual destina un título completo.

Destacamos de esa regulación lo siguiente:

- Según sus respectivas competencias, que vienen definidas por quien ha sido competente para la intervención ambiental inicial (autorización/licencia ambiental o comunicación), el ente correspondiente del departamento competente en materia de medio ambiente (actualmente la Direcció General de Qualitat Ambiental i Canvi Climàtic del Departament d'Acció Climàtica, Alimentació i Agenda Rural de la Generalitat) o, en su caso, los entes locales deben realizar la acción inspectora sobre las actividades reguladas en esta ley, sin perjuicio del principio de colaboración interadministrativa.
- Esa acción inspectora se puede llevar a cabo en cualquier momento y es independiente del control inicial y periódico, de la revisión de autorizaciones y licencias y de la función inspectora establecida por la legislación ambiental sectorial (que pueden efectuar ACA, Agència de Residus de Catalunya –ARC–, Direcció General de Polítiques Ambientals i Medi Natural...).
- Esas inspecciones (denominadas visitas) deberá realizarlas el personal de la Administración que hace las funciones de inspección ambiental integrada, aunque la ley permite que sean realizadas por las ECA, lo cual consideramos que puede llegar a plantear la cuestión relativa a si lo que se haga constar por el personal de esas entidades privadas en sus actas puede tener la presunción de certeza exigible a los efectos de fundamentar una posterior sanción administrativa, así como la adopción de medidas cautelares o definitivas.

- Las infracciones a la Ley 20/2009 se clasifican en muy graves, graves y leves, y hay que tener en cuenta que se trata de infracciones ambientales que podemos denominar formales, pues consistirán fundamentalmente en ejercer una actividad clasificada en los anexos sin la pertinente intervención administrativa, o en incumplir las condiciones fijadas en la misma o en esa misma ley (arts. 80 a 82).
- Iniciado el procedimiento sancionador, el órgano competente para imponer la sanción, si constata un riesgo de afección grave para el medio ambiente, la seguridad o la salud de las personas, puede acordar medidas provisionales contundentes, como el precinto de los aparatos o equipos, la clausura temporal, parcial o total de las instalaciones, la parada de las mismas o la suspensión temporal de la autorización ambiental de esa actividad (art. 84).
- Como sucedía con la función inspectora, la potestad sancionadora pertenece al ente correspondiente del departamento competente en materia de medio ambiente (Direcció General de Qualitat Ambiental i Canvi Climàtic) o a los entes locales, según las competencias fijadas por esa ley.
- Si se ha producido un daño real o potencial, un deterioro grave del medio ambiente, se ha puesto en peligro grave la seguridad o la salud de las personas, o se han infringido los límites de los valores autorizados de las emisiones y vertidos establecidos en la autorización o licencia, entonces la potestad sancionadora corresponde al órgano de la Administración que determine la legislación ambiental reguladora en materia de aguas, residuos, contaminación atmosférica, acústica, fauna, flora o la que corresponda según el medio afectado (art. 86).
- Se permite a las Administraciones acudir a las multas coercitivas para que así se cumplan los actos dictados en aplicación de esa ley, además de los demás medios de ejecución forzosa establecidos legalmente (art. 88).

Es más que evidente que estas funciones conllevan la asunción por tales entes públicos de una función pública extraordinaria, no solo en orden a la prevención de los delitos previstos en los arts. 325 a 330 del Código Penal, sino también para su descubrimiento, ya que aquellas autoridades deberán comunicar dichos hechos a la autoridad judicial o al ministerio fiscal, a los efectos de que se investiguen esos actos delictivos.

La Ley catalana 20/2009 no ha sido objeto del desarrollo reglamentario que la propia norma imponía implementar al Gobierno de la Generalitat en el plazo de ocho meses desde su entrada en vigor, por lo que sigue vigente

el Decreto 136/1999, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental, en aquello que no contradiga lo dispuesto en la ley posterior de 2009 (conforme a la disposición adicional primera de esa ley). Por tanto, tal norma reglamentaria anterior tiene gran interés, pues completa lo dispuesto en esa norma legal catalana, en aquello que no se oponga a la misma, en aspectos tales como el régimen de la autorización, licencia ambiental y comunicación (arts. 24 a 57 y 73 a 78), los requisitos que han de contener los proyectos (arts. 58 a 66), la revisión de aquellas (arts. 67 a 72), el sistema de control de las actividades (arts. 79 a 94), con especial relevancia de la necesaria acta de control ambiental de las mismas, así como la potestad sancionadora y los órganos competentes para su ejercicio (arts. 95 a 98).

5.2

La evaluación ambiental de planes, programas y proyectos

Clara relación con la actividad de intervención ambiental de las actividades antes referida tiene la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, de ámbito estatal, que transpone al ordenamiento español las directivas 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre evaluación de las repercusiones de determinados planes y programas en el medio ambiente, y 2011/92/UE, de 13 de diciembre, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Esas normas europeas ampliaron las disposiciones de la inicial Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985. Además, se dictó también la Directiva 2014/52/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, que introdujo, asimismo, modificaciones en esta materia, de modo que mediante la Ley 9/2018, de 5 de diciembre, se modificó el texto de la referida Ley de evaluación ambiental.

Las directivas citadas se basan en los principios de precaución y de prevención antes referidos, que informan la política de la UE en materia de protección de la salud humana y del medio ambiente.

Esa ley unifica ahora en una sola norma la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (antes previstos en la Ley 9/2006, de 28 de abril) y el estudio de impacto ambiental de proyectos públicos y privados (antes contemplados en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero). Establece un esquema similar para ambos procedimientos, que denomina evaluación ambiental estratégica cuando se refiere a planes, y programas y evaluación de impacto ambiental cuando se refiere al

estudio de proyectos de determinadas obras y actividades. Se somete a una adecuada evaluación ambiental todo plan, programa o proyecto que pueda tener efectos significativos sobre el medio ambiente y que entre dentro del ámbito de aplicación de esa ley por aparecer en alguno de sus anexos. En este sentido, la legislación urbanística ha introducido en nuestra normativa la evaluación ambiental estratégica con carácter previo a la aprobación de los planes urbanísticos, jugando un papel fundamental para la consideración de los elementos naturales del territorio afectados por dichos instrumentos y su debida conservación.

Ese trámite se considera que es un procedimiento administrativo instrumental con respecto al procedimiento sustantivo y sectorial destinado a la aprobación de los planes y programas o a la autorización administrativa de los proyectos, como sucedería en estos casos con la autorización ambiental integrada antes referida o con cualquier otra licencia ambiental, que, como se ha indicado, están sujetas a este trámite en determinados casos. Por tanto, al solicitar esta para un determinado proyecto de obra o actividad incluido en alguno de los anexos de la Ley de evaluación ambiental de 2013, deberán seguirse paralelamente los trámites previstos en esta ley a los efectos de realizar el estudio de impacto ambiental, que será un informe preceptivo y vinculante que se desarrollará dentro del procedimiento sustantivo destinado a obtener esa autorización administrativa del proyecto o de la actividad.

La ley dispone, tanto para la evaluación ambiental estratégica de los planes y programas (EAE) como para la del impacto ambiental de los proyectos (EIA), dos procedimientos, denominando a uno ordinario y al otro simplificado.

Nos vamos a centrar en este trabajo en la evaluación ambiental de los proyectos, destacando que la aprobación de la evaluación ambiental estratégica de planes o programas no evitará la necesidad de realizar el estudio de impacto ambiental de los proyectos que deriven de aquellos. También destacar aquí que, en virtud del principio de eficacia, se puede acordar la incorporación de determinados trámites y actos administrativos de la evaluación estratégica en los procedimientos de impacto ambiental, si no ha transcurrido el término previsto en ese plan o programa o, en su defecto, el de cuatro años desde la publicación de la evaluación estratégica, y no se han producido alteraciones de las circunstancias valoradas en esta.

Es importante destacar aquí que la referida Ley de 2013 considera que el proyecto objeto de esa evaluación (EIA) será cualquier actuación que consista en (art. 5.3.):

- la ejecución, explotación, desmantelamiento o demolición de una obra, una construcción o instalación; o bien

- cualquier intervención en el medio natural o en el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación o al aprovechamiento de los recursos naturales o del suelo y del subsuelo, así como de las aguas continentales o marinas.

Por tanto, las actividades entrarían dentro de esa noción de proyecto al referirse a la explotación de una instalación de manera expresa, lo cual tiene su reflejo en la normativa relativa a las autorizaciones ambientales antes comentada.

También conviene destacar que por impactos o efectos significativos sobre el medio ambiente se entiende en la ley cualquier alteración de carácter permanente o de larga duración de uno o varios de los siguientes factores: la población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, la tierra, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, el clima, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales, incluido el patrimonio cultural, y la interacción entre todos los factores mencionados (art. 5.1.b y a). Precisamente la eventual repercusión del proyecto sobre tales factores será el principal objetivo de la correspondiente evaluación de impacto de aquel.

Por consiguiente, los procedimientos de evaluación ambiental juegan un papel muy relevante para mitigar los daños o riesgos ambientales que suelen generar muchas actividades económicas. Dicha evaluación puede impedir el desarrollo del proyecto por ser totalmente incompatible o insostenible con el entorno, o permitirlo con la adopción de una serie de medidas correctoras destinadas a que la aprobación del plan o el proyecto de obra o actividad no pongan en peligro o dañen el medio ambiente.

Obviamente los entes locales deberán promover el cumplimiento de tales procedimientos en aquellos supuestos de propuestas de esos planes o proyectos que implican o pueden implicar una alteración del medio, pues, en caso contrario, las autoridades o funcionarios que aprobaran tales instrumentos sin seguirlos podrían incurrir en responsabilidad penal por su ilícita aprobación, conforme al art. 329 o 320 del Código Penal, reguladores de la prevaricación ambiental o urbanística.

5.3

La protección del dominio público hidráulico

Las disposiciones administrativas reguladoras del dominio público hidráulico ofrecen instrumentos destinados a evitar el deterioro de las aguas continentales y costeras por la contaminación, estableciendo también procedi-

mientos de intervención administrativa de las actividades susceptibles de producir ese posible efecto nocivo.

Como normativa penal en blanco de los referidos preceptos penales protectores del medio ambiente destaca como norma principal de ámbito estatal el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

Es objeto de ese texto legal establecer la normativa básica de ámbito estatal para la protección de las aguas continentales superficiales y subterráneas renovables, que se integran en el ciclo hidrológico y forman parte del dominio público hidráulico, así como la protección de las aguas costeras y de transición (arts. 1 y 2).

Se regula también la planificación hidrológica, que tendrá como objetivos generales conseguir un buen estado y una adecuada protección del dominio público hidráulico y satisfacer las distintas demandas del agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades de este recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales. Dicha planificación se llevará a cabo con la aprobación de los planes hidrológicos para cada cuenca y el Plan Hidrológico Nacional (arts. 40 a 46). Los de cuenca son elaborados por los organismos de cuenca estatales (confederaciones hidrográficas) y son aprobados por el Gobierno central mediante real decreto, aunque los de cuencas intrarregionales se elaboran por la Administración hidráulica de la comunidad autónoma y han de ser igualmente aprobados por el Gobierno central.

Hay que partir de la premisa de que todo uso particular del dominio público hidráulico, como sucede con el caso de una extracción de aguas subterráneas o la derivación de una parte de un cauce fluvial, requiere de la previa obtención de una concesión administrativa, por tratarse de un uso privativo de un bien de dominio público (art. 59), excepción hecha de las aguas pluviales que discurran por una finca y de las estancadas en sus linderos, en cuyo caso no será necesario ese requisito (art. 54). Esas concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional de ese recurso y sin que la obtención del título sea garantía de la disponibilidad de los caudales concedidos.

Se define en ese texto refundido expresamente el concepto de contaminación como la acción y el efecto de introducir materias o formas de energía, o inducir condiciones en el agua que, de modo directo o indirecto, impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos posteriores, con la salud humana, o con los ecosistemas acuáticos o terrestres asociados a los acuáticos; causen daños a los bienes, y deterioren

o dificulten el disfrute y los usos del medio ambiente. Además, se establece que el concepto de degradación del dominio público hidráulico incluye las alteraciones perjudiciales del entorno que está afecto a ese dominio (art. 93). Tiene gran interés la prohibición genérica que se hace en esa ley de cualquier actividad que sea susceptible de generar la contaminación o la degradación del dominio público hidráulico (art. 97). Igualmente interesa la regulación que se hace en la misma de los vertidos al dominio público hidráulico, pues, de entrada, queda prohibido, con carácter general, cualquier vertido directo o indirecto de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier elemento del dominio público hidráulico, salvo que se cuente con la previa autorización administrativa (arts. 100 y 101). Esta autorización de vertido se deberá obtener en el marco del procedimiento relativo a la autorización o licencia ambiental de la actividad, o, si esta requiere simplemente de comunicación previa para su funcionamiento, en este caso se habrá de conseguir de forma independiente, según se comentó en el apartado relativo a la prevención y al control ambiental de las actividades.

Las autorizaciones se otorgarán teniendo en cuenta las MTD y las normas de calidad ambiental, y los límites que se fijen reglamentariamente, debiéndose establecer condiciones de vertido más exigentes cuando el cumplimiento de los objetivos medioambientales así lo requiera. También contempla la ley la posibilidad de establecer en la autorización de vertidos unos plazos y programas de reducción de la contaminación para la progresiva adecuación de sus características a los límites que en ella se fijen.

Esas autorizaciones de vertido las otorgará “la Administración hidráulica competente”, salvo que se trate de vertidos realizados en cualquier punto del alcantarillado o de colectores gestionados por las Administraciones de las comunidades autónomas o los entes locales o entidades de estas dependientes, en cuyo caso deberá otorgar la autorización el órgano autonómico o local titular de esas instalaciones (art. 101).

Las normas anteriores al texto refundido se desarrollaron a través del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (en adelante RDPH), que desarrolló los títulos I, IV, V y VI de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y que fue objeto de varias modificaciones hasta llegar a su texto actualmente vigente (última modificación en noviembre de 2018), mientras que el desarrollo de los títulos II y III de esa misma normal legal se realizó mediante el Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica.

Nos interesará aquí especialmente analizar ese RDPH, en cuanto concreta el régimen de la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas continentales.

Se insiste en la regla de que queda prohibido el vertido no autorizado directo o indirecto de aguas y productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier elemento del dominio público hidráulico (art. 245, núm. 2). Se establece una regulación amplia sobre los vertidos y su autorización. Asimismo, se detalla el procedimiento para la obtención de esta (arts. 246 a 249). También se exige la imposición de determinadas condiciones en las autorizaciones de los vertidos (art. 251), como la concreción del origen de las aguas residuales producidas y la situación del punto de vertido, el caudal y valores límite de emisión del efluente. Para determinar estos valores que no podrán superarse, el organismo de cuenca que los autorice deberá tener en cuenta que las características del vertido que se va a permitir resulten adecuadas para el cumplimiento de las normas de calidad ambiental del medio receptor que se comentarán, pudiendo establecerse una aplicación gradual de aquellas condiciones hasta su completa consecución. Los parámetros de los valores límite de emisión que se establezcan serán los característicos de la actividad causante del vertido. Además, los valores límite no se considerarán respetados si se emplean técnicas de dilución del vertido.

Por consiguiente, mediante tales instrumentos de control administrativo se pretenden evitar aquellas captaciones de aguas o vertidos contaminantes que pueden deteriorar la calidad de las aguas superficiales o subterráneas y, a la postre, la situación de riesgo o daño grave ambiental que requiere la comisión del delito ecológico antes comentado y previsto en el art. 325 del Código Penal y que hace referencia a los vertidos o captaciones.

Tales concesiones o autorizaciones, cuando se quieran obtener por una actividad sujeta a autorización o licencia ambiental, se integrarán en la resolución que otorgue estos actos de intervención, fijando los límites de las captaciones o de los compuestos a evacuar en los vertidos de conformidad con esa normativa sectorial y sin poner en riesgo el dominio público hidráulico. Tales autorizaciones también serán necesarias si la actividad está sujeta únicamente al régimen de simple comunicación previa, como ya se ha indicado al tratar del control e intervención ambiental.

Los entes locales no otorgarán esas autorizaciones de captación o vertido directo a cauce público, pues serán competencia de la Administración hidrológica estatal o autonómica correspondiente según la legislación indicada, y todo ello sin perjuicio de que puedan participar los ayuntamientos

en el procedimiento administrativo de su otorgamiento mediante la emisión de un informe previo.

Asimismo precisarán de esa autorización los entes locales en caso de que quieran realizar el vertido de las aguas residuales de su alcantarillado municipal a algún cauce público, aspecto este que puede fácilmente motivar una responsabilidad penal por la comisión del delito ecológico del art. 325 del Código Penal por parte de los responsables municipales que toleren tal situación, si tales vertidos no pasan antes por el correspondiente proceso de tratamiento para eliminar o disminuir su carga contaminante, para no afectar negativamente al cauce receptor.

Aquí enlazamos con la atribución, señalada al inicio de este trabajo, a los ayuntamientos con al menos 20 000 habitantes de la competencia en materia de saneamiento y vertido de aguas residuales, conforme a lo dispuesto en la LBRL.

La progresiva construcción de sistemas de saneamiento de las aguas residuales urbanas, compuestos por las instalaciones de depuración y las distintas conducciones de alcantarillado o colectores que trasladan esas aguas hasta aquellas infraestructuras, fue exigida por la Directiva 91/271/CE del Consejo, de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, pues impuso a los Estados miembros que adoptaran, en unos determinados plazos hoy sobradamente vencidos, las medidas necesarias para garantizar que dichas aguas fueran tratadas correctamente antes de su vertido. En el caso de nuestro ordenamiento jurídico esa transposición se llevó a cabo mediante el Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.

A pesar de que se dictaron disposiciones destinadas al cumplimiento de esa directiva, la falta de implementación efectiva de las estaciones de tratamiento ha supuesto el dictado de varias sentencias del Tribunal de Justicia europeo condenando al Reino de España por el incumplimiento de dicha normativa europea.

La existencia de esos sistemas de tratamiento de las aguas residuales nos lleva ahora a hacer dos reflexiones. La primera es que muchos de los vertidos industriales contaminantes que antes de la puesta en marcha de esos sistemas iban a parar directamente a un cauce público o al mar, ahora se realizarán a un colector público y, por tanto, su contenido contaminante desembocará de ordinario en la correspondiente estación depuradora, donde deberá ser adecuadamente tratado. Sin embargo, según cual sea el tipo de contaminantes y su cantidad, tal tarea depurativa será imposible o muy deficiente, de manera que la recepción de esos vertidos con alta carga con-

taminante podrá afectar al correcto funcionamiento de esa estación depuradora, incorporando normalmente esas indeseables sustancias peligrosas en el vertido final que esta tiene que hacer en el cauce público o, en su caso, en el mar.

La segunda reflexión que podemos hacer es que el deterioro de las aguas superficiales o subterráneas puede proceder no ya de esos anteriores vertidos de aguas residuales industriales, difusos, que anteriormente iban recibiendo los cauces públicos, sino del relevante vertido de aguas tratadas (aparentemente depuradas) que realizan las sucesivas estaciones de tratamiento situadas en sus márgenes. Esa tarea de depuración no habrá sido muchas veces del todo eficiente por razones diversas, lo cual supondrá la emisión por esas estaciones de parámetros de contaminantes en el vertido final muy superiores a los expresamente autorizados.

Sin embargo, también suele suceder que, siendo el vertido final de esa instalación ajustado a los parámetros previstos en su preceptiva autorización, el cauce receptor no tenga el caudal suficiente para diluir todo ese volumen de vertidos, que acostumbra a ser importante, pues ese cauce receptor de los vertidos acostumbra a estar seco o casi. Tal situación es especialmente preocupante en los períodos de bajo caudal del cauce receptor, lo cual es hoy cada vez más frecuente. En muchas ocasiones, y al tratarse de caudales receptores intermitentes, en las autorizaciones de vertido a otorgar a esas instalaciones de depuración se tendrán que calificar por el organismo de cuenca, tras la valoración pertinente, tales vertidos como indirectos a las aguas subterráneas, que exigen la previa presentación por el peticionario de un estudio hidrogeológico sobre sus efectos (art. 259 ter RDPH).

El mencionado Real Decreto 11/1995 estableció que las comunidades autónomas tenían que establecer las aglomeraciones urbanas en que se distribuía su territorio a los efectos de la implantación del sistema de colectores y de tratamiento de aguas residuales previsto en esa disposición (art. 3). Para ello debía designar el ente público representativo de los municipios que debía dar cumplimiento a esas obligaciones.

El periodo más tardío para dar cumplimiento a la implantación y puesta en funcionamiento de esas instalaciones finalizó el 1 de enero de 2006. Se exige la aplicación de un tratamiento secundario de depuración (biológico) para las aglomeraciones a partir de 2000 “habitantes-equivalentes” (art. 5, núm. 1). Para las de menos se establece esa misma fecha límite, pero deberán disponer de un tratamiento “adecuado” de sus aguas residuales, entendiendo este como aquel proceso o sistema de eliminación según el cual las aguas residuales cumplen, después del vertido, los objetivos de calidad previstos en el ordenamiento jurídico (art. 6).

Las aglomeraciones urbanas con más de 10 000 habitantes-equivalentes que vertieran sus aguas residuales urbanas en “zonas sensibles” debían disponer, antes del 1 de enero de 1999, de instalaciones adecuadas para que sus aguas fueran sometidas a un tratamiento más riguroso que el secundario. En cambio, las que vertieran a “zonas menos sensibles” podían someter las aguas residuales a un tratamiento depurativo menos riguroso que el secundario, si estudios globales indicaban que dichos vertidos no tendrían efectos negativos, aplicando entonces a esas aguas solamente un tratamiento primario (físico-químico, art. 1).

Se prohíbe expresamente el vertido de los fangos procedentes de las estaciones de tratamiento a las aguas continentales desde la entrada en vigor de ese real decreto-ley y a las marítimas a partir del año 1999 (art. 8).

Dicha norma legal, que tiene carácter de legislación básica en materia de medio ambiente, fue desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.

Se establecen allí las condiciones técnicas que deberán tener siempre los sistemas colectores, exigiendo que se diseñen teniendo en cuenta el volumen y las características de las aguas residuales urbanas, utilizando los mejores conocimientos técnicos disponibles que no impliquen costes desproporcionados, para limitar la contaminación aportada al medio receptor por las aguas de escorrentía y para conseguir una adecuada estanqueidad de los sistemas colectores. Ante esta problemática de que las aguas de lluvia, en caso de ser esta torrencial, puedan entrar, como suele ocurrir, en los colectores, afectando seriamente al correcto proceso de depuración de la planta correspondiente, se establece que las Administraciones, en las autorizaciones de vertido, deberán decidir las medidas para limitar la contaminación por desbordamiento de aguas de escorrentía, como sucede con las lluvias torrenciales. Para ello deberán seguir las normas técnicas que señala el RDPH.

Precisamente, ante esta cuestión de las aguas de escorrentía y su negativa incidencia en las estaciones de tratamiento de aguas residuales, el RDPH fija los criterios que deberán observarse para otorgar las autorizaciones a esas instalaciones de saneamiento de zonas urbanas, así como de zonas industriales, en episodios de lluvia (art. 259 ter 3), para lo cual se exige establecer una justificación de redes separativas o unitarias para las aguas residuales y las de escorrentía (lluvia), así como plantear medidas para limitar la aportación de agua de lluvia a los colectores.

Ante esta problemática de la negativa incidencia medioambiental de los desbordamientos por aguas de lluvia (aliviaderos), los titulares de verti-

dos industriales y de vertidos urbanos de 2000 h-e, cuyos sistemas de saneamiento originen desbordamientos en episodios de lluvia, han de haber presentado ante los organismos de cuenca, antes del 31 de diciembre de 2014, una relación de sus puntos de desbordamiento, que serían inventariados por aquellos organismos antes del 31 de diciembre de 2015 (disposición adicional segunda del RDPH). También se establece, para los titulares de las autorizaciones ya vigentes, la obligación de dotar a los puntos de desbordamiento de sistemas de cuantificación de aliviaderos, estableciendo un plazo de 4 años para ello desde el 20 de septiembre de 2012, fecha de la entrada en vigor del Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, que introdujo esas normas para evitar los efectos de las aguas de escorrentía en el RDPH y en el Real Decreto 509/96, de 28 de diciembre.

Esta norma reglamentaria de 1996 exige que las instalaciones de tratamiento de las aguas residuales urbanas estén proyectadas y construidas de manera que permitan la obtención de muestras representativas de las aguas residuales que entran en esa estación de depuración y del efluente tratado, justo antes de efectuar el vertido (art. 3).

5.4 La gestión de los residuos

Una de las materias ambientales que más incidencia tienen en el derecho penal ambiental es la relativa a la gestión de los residuos, debido a la capacidad que estos suelen tener para poner en peligro grave o dañar la salud humana y el medio ambiente. Muchas investigaciones de las secciones especiales de medio ambiente y urbanismo de las fiscalías se originan por una inexistente o deficiente gestión de los residuos, ordinariamente realizada mediante depósitos o vertederos, debidamente autorizados o no, que dejan mucho que desear debido a las graves afectaciones que generan en el entorno, principalmente en forma de vertidos de lixiviados que pueden ir a parar hacia las aguas superficiales o las subterráneas, con grave riesgo de alteración de aquellas. Muchas sentencias en el orden jurisdiccional penal podremos encontrar que hacen referencia a esa problemática, siendo más fácil hallar pronunciamientos en un sentido condenatorio cuando ese vertedero de residuos es gestionado de manera ilegal por una persona física o jurídica particular, que cuando la gestión se lleva a cabo del mismo modo ilícito por decisión o bajo el conocimiento de funcionarios o autoridades para acumular allí residuos. En este caso suelen tener un sentido contrario, de tipo absolutorio, sin

que muchas veces se pueda encontrar una explicación razonable a tal disparidad.

Los residuos y sus posibles efectos negativos sobre la salud y el medio ambiente quedan reflejados en el Código Penal especialmente a través del art. 325 y 326, que como sucede en estos delitos requieren siempre para su comisión, como se ha insistido, la contravención de la normativa medioambiental. La redacción del vigente art. 326 introducido por la reforma del Código Penal a través de la Ley 1/2015, de 30 de marzo, está específicamente destinada a sancionar los supuestos de ilegal recogida, transporte, valorización, eliminación o aprovechamiento de residuos, o inadecuado control o vigilancia de tales actividades. Tales comportamientos entendemos que fácilmente concurrirán con algunas de las conductas previstas en el delito ecológico del art. 325 del Código Penal, que hacen referencia a vertidos, excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos, que son acciones que suelen estar presentes en la gestión y el tratamiento de los residuos o, en muchas ocasiones, su ocultación clandestina. Dicha concurrencia se deberá resolver, entendemos, a través del principio de especialidad (art. 8 del Código Penal).

La normativa administrativa española en materia de residuos tiene actualmente como pilar básico la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos, que derogó determinadas directivas y que las integró en esa norma única, denominada Directiva marco de residuos. Debido a que la UE, en el año 2015, aprobó el Plan de Acción en materia de economía circular, aprobó asimismo la Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, que modificó la anterior Directiva marco.

Esa reforma de la normativa comunitaria motivó el dictado de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados, que derogó la anterior Ley 22/2011, de 28 de julio, con el mismo nombre. Esta ley de 2022 tiene, en líneas generales, el carácter de legislación básica de ámbito estatal sobre protección del medio ambiente.

El objetivo de esta norma es variado. Así, tiene por objeto regular el régimen jurídico aplicable a la puesta en el mercado de productos en relación con el impacto en la gestión de sus residuos, así como establecer el régimen de la prevención, producción y gestión de residuos, incluyendo el establecimiento de instrumentos económicos aplicables en este ámbito, así como el régimen jurídico aplicable a los suelos contaminados.

También tiene por finalidad la prevención y la reducción de la generación de los residuos y de los impactos adversos de su generación y gestión, la reducción del impacto global del uso de los recursos y la mejora de la

eficiencia de dicho uso con el objeto de, en última instancia, proteger el medio ambiente y la salud humana y efectuar la transición a una economía circular y baja en carbono con modelos empresariales, productos y materiales innovadores y sostenibles para garantizar el funcionamiento eficiente del mercado interior y la competitividad de España a largo plazo.

Asimismo, esta ley tiene por finalidad prevenir y reducir el impacto de determinados productos de plástico en la salud humana y en el medio ambiente, con especial atención al medio acuático, regular la gestión de los residuos, prevenir su generación y mitigar los impactos asociados a su generación y gestión. También establece el régimen jurídico básico de los suelos contaminados (art. 1).

Esta ley no se aplica a todos los residuos (por ejemplo, los radioactivos o las emisiones atmosféricas), y no se aplica en aquellos aspectos ya regulados por otras normas comunitarias o nacionales para determinados residuos (como las aguas residuales o también los residuos procedentes de prospección, extracción, tratamiento o almacenamiento de recursos minerales, así como explotación de canteras, que están cubiertos por el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras). Excluye las materias fecales y otras materias naturales, agrícolas o silvícolas no peligrosas usadas en explotaciones de ese tipo mediante procedimientos o métodos que no pongan en peligro la salud humana o dañen el medio ambiente (art. 2).

Como suele ser habitual en estas leyes que transponen directivas comunitarias, se establece en dicha norma una definición de los distintos conceptos reiteradamente empleados en ella (art. 3). Destaca el concepto legal de residuo, que tiene trascendencia a efectos prácticos, pues determinará la aplicación del régimen jurídico a ellos especialmente destinado. Así, se considera residuo cualquier sustancia u objeto que su poseedor deseché o tenga la intención o la obligación de desechar.

La ley refleja el principio de jerarquía de los residuos que contempla la Directiva marco, según el cual las autoridades competentes, en el desarrollo de las políticas y de la legislación en materia de prevención y gestión de residuos, para conseguir el mejor resultado medioambiental global, aplicarán la siguiente jerarquía:

- 1.º prevención;
- 2.º preparación para la reutilización;
- 3.º reciclado;
- 4.º otro tipo de valorización, incluida la valorización energética; y, finalmente,

5.º) eliminación (art. 8).

La valorización es cualquier operación cuyo resultado principal sea que el residuo sirva a una finalidad útil al sustituir a otros materiales, que de otro modo se hubieran usado para una función particular, o que el residuo sea preparado para esa función. En el anexo II de la ley aparece una lista no exhaustiva de operaciones de valorización (utilización como combustible o para producir energía, reciclado o recuperación de metales o compuestos metálicos, recuperación o regeneración de disolventes, etc.).

Es posible que determinadas sustancias u objetos que resulten de un proceso productivo y cuya finalidad no sea la obtención de aquellos puedan tener la consideración de subproductos y no de residuos. Para ello esas sustancias u objetos deben cumplir todos estos requisitos:

- que se tenga la seguridad de que la sustancia u objeto va a ser ulteriormente utilizado;
- que se puedan utilizar directamente, sin tener que ser sometidos a una posterior transformación diferente de la práctica industrial habitual;
- que aquella sustancia u objeto se produzca como parte integrante de un proceso productivo; y
- que el uso posterior cumpla los requisitos pertinentes relativos a los productos y a la protección de la salud humana y del medio ambiente para la aplicación específica, y no produzca impactos generales adversos para la salud humana o el medio ambiente (art. 4, núm. 1).

La ley dispone que deberá dictarse una resolución específica que apruebe ese carácter de subproducto, por parte de las autoridades competentes de la Administración central o de las comunidades autónomas, debiéndose dictar la normativa reglamentaria destinada a fijar los criterios de evaluación y el procedimiento para la consideración de esas sustancias u objetos como subproductos (art. 4, núms. 2 a 6).

Por otro lado, se establece en la ley la posibilidad de que determinados residuos puedan dejar de ser considerados como tales una vez hayan sido sometidos a una operación de valorización, incluido el reciclado, si se dan toda una serie de circunstancias concretas, como que deban ser usados para finalidades específicas, que exista un mercado o una demanda para esas sustancias, preparados u objetos, que cumplan los requisitos técnicos para esas finalidades y la legislación aplicable a los productos, así como la no generación de impactos adversos globales para el medio ambiente o la salud.

La eliminación de los residuos, en cambio, es cualquier operación que no sea la valorización (que viene a suponer la idea de dar una “nueva vida

útil” a los residuos), incluso cuando la operación tenga como consecuencia secundaria el aprovechamiento de sustancias o materiales (siempre que estos no superen el 50 por ciento en peso del residuo tratado), o el aprovechamiento de energía. En el anexo III aparece una lista no exhaustiva de esas actividades de eliminación (depósito sobre el suelo o en su interior, inyección de residuos en profundidad, vertido en el medio acuático o incineración, entre otras).

Para la ley, la gestión de los residuos consiste en la recogida, el transporte, la valorización y la eliminación de estos, incluidas la clasificación y otras operaciones previas; así como la vigilancia de estas operaciones y el mantenimiento posterior al cierre de los vertederos (art. 3).

Es importante la clasificación de los residuos, pues ello determinará un distinto régimen para su gestión. Así, se distinguen diversos tipos que se citan en la ley (como en el art. 2 y en el 6), tales como residuos domésticos, comerciales, industriales, peligrosos, no peligrosos, aceites usados o biorresiduos, entre otros, y que son expresamente definidos en la norma.

En atención al mayor o menor riesgo que para el medio ambiente y para la salud humana supone su gestión, destaca la clasificación de los residuos entre peligrosos y no peligrosos que realiza la ley (art. 6), de conformidad con la vigente Lista europea de residuos establecida en la Decisión 2014/955/UE de la Comisión, de 18 de diciembre, que modificó la Decisión 2000/523/CE, de la Comisión, sobre la referida lista. Esa norma comunitaria establece una relación de residuos, codificados con seis dígitos, determinando cuáles de estos son peligrosos y cuáles no lo son, permitiendo así una identificación y determinación de los residuos dentro de la UE. Los marcados con un asterisco (*) deberán ser considerados peligrosos. Solo se podrán considerar estos como no peligrosos si se reclasifican por el procedimiento previsto en la Ley de residuos y suelos contaminados (art. 6, núm. 2).

Además, habrá residuos con un código LER espejo, pues se les podrán asignar tanto códigos de residuos peligrosos como de no peligrosos. El código concreto de estos se determinará según posean alguna de las características de peligrosidad. No obstante, en virtud del principio de precaución, si el poseedor de un residuo con ese código espejo no puede acreditar la ausencia de sustancias peligrosas en aquel o no puede evaluar las características de su peligrosidad, deberá clasificarlo como peligroso.

También es interesante en este punto tener en cuenta la Guía Técnica para la Clasificación de los Residuos, de 2021, publicada por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Democrático, que pretende proporcionar a todos los actores implicados en la producción y gestión de los residuos

unas directrices básicas para clasificar los residuos peligrosos según la normativa en vigor.

La ley, por su parte, define como residuos peligrosos (art. 2) aquellos que presentan una o varias de las características de peligrosidad enumeradas en su anexo I y los que sean calificados como tales por el Gobierno, de conformidad con la normativa europea y los tratados. También lo serán los recipientes y los envases que los hayan contenido o que estén contaminados por ellos, a no ser que se demuestre que no presentan ninguna de las características de peligrosidad del anexo I.

En este anexo mencionado se señala alguna de las características que habrá de tener un residuo para ser calificado como peligroso, definiendo además las circunstancias que caracterizan a cada una de ellas: explosivo, oxidante, fácilmente inflamable, irritante, nocivo, tóxico, cancerígeno, corrosivo, infeccioso, tóxico para la reproducción, mutagénico, residuos que emiten gases tóxicos o muy tóxicos al entrar en contacto con el aire, el agua o con un ácido, sensibilizante, ecotóxico, y los susceptibles, después de su eliminación, de dar lugar a otra sustancia por cualquier medio, por ejemplo un lixiviado, que posee alguna de las anteriores características. Así, la ley considera residuos nocivos aquellas sustancias y preparados que por inhalación, ingestión o penetración cutánea pueden entrañar riesgos de gravedad limitada para la salud, y tóxicos aquellas que por la misma vía pueden entrañar riesgos graves, agudos o crónicos, e incluso la muerte.

Por orden ministerial se podrá reclasificar un residuo de forma que pueda pasar de peligroso a no peligroso y viceversa, aunque con determinadas limitaciones y comunicando dicho cambio a la Comisión Europea (art. 6).

También tiene interés la clasificación de los residuos en domésticos, comerciales o industriales según el origen de los mismos y conforme a la definición establecida en la misma ley (art. 3). Esta servirá para determinar, entre otros aspectos, la Administración competente para su gestión y control, como se expondrá a continuación.

La ley establece que las autoridades que sean competentes en cada caso tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar que la gestión de los residuos se realice sin poner en peligro la salud humana y sin dañar el medio ambiente. En particular debe asegurarse que esa gestión de los residuos no genere riesgos para el agua, el aire, el suelo, ni para la fauna y la flora. Tampoco deberá causar incomodidades por los ruidos, olores o humos, ni afectará negativamente a paisajes o lugares de especial interés, legalmente protegidos. Además, las medidas que se adopten por las autoridades en materia de residuos tendrán que ser coherentes con

las estrategias de lucha contra el cambio climático, así como con las correspondientes políticas de salud pública (art. 7).

Esas autoridades competentes en cada caso vienen definidas de forma genérica en la ley (art. 12), aunque ya podemos avanzar de manera genérica que las comunidades autónomas serán las encargadas de cumplir la anterior obligación, especialmente en lo que se refiere al control de la gestión de los residuos peligrosos y no peligrosos.

El Ministerio que sea competente en cada momento en materia ambiental deberá elaborar el Plan nacional de gestión de residuos a aprobar por el Gobierno, o autorizar los traslados de residuos desde o hacia terceros países que no pertenezcan a la Unión Europea y ejercer las funciones de inspección y sanción derivadas de ese régimen de traslados, conforme al Reglamento CE núm. 1013/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006.

A las comunidades autónomas corresponde elaborar los programas autonómicos de prevención y de gestión de residuos, la autorización, vigilancia, inspección y sanción de las actividades de producción y gestión de residuos, el otorgamiento de la autorización para el traslado de residuos desde o hacia países de la UE regulados en el referido Reglamento comunitario, y asumirán cualquier otra competencia no atribuida expresamente a otras entidades territoriales en la ley.

Se atribuyen en la ley a los entes locales, como servicios obligatorios, la recogida, el transporte y el tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios, conforme a sus ordenanzas y a esa ley y otras leyes autonómicas y sectoriales (tales ordenanzas tenían que haber sido aprobadas a los dos años de la entrada en vigor de la anterior Ley de residuos de 2011; en su ausencia se aplicarían las que aprobaran las comunidades autónomas al respecto, según la disposición transitoria segunda de esa ley derogada). Dicha prestación la podrán hacer los entes locales de forma independiente o asociándose, especialmente para disponer de los referidos puntos limpios para la recogida de residuos. Asimismo, dentro de esa competencia, ejercerán la potestad de vigilancia e inspección y la sancionadora. Las actividades de gestión de los residuos se podrán llevar a cabo directamente por el ente local o supramunicipal, o bien mediante cualquier otra forma de gestión permitida por la legislación de régimen local (concesión administrativa).

Por consiguiente, la Ley de residuos atribuye competencias específicas a los entes locales en la gestión de esa clase de residuos.

Conviene poner de manifiesto aquí que en dicha ley se establece también un régimen jurídico básico de los suelos contaminados (arts. 98 a 103).

Serán las comunidades autónomas las que tendrán que declarar y delimitar qué suelos de su territorio tienen esa consideración legal, al haberse detectado la presencia en los mismos de componentes químicos de carácter peligroso procedentes de la actividad humana, que pueden suponer un riesgo para la salud humana y el medio ambiente según los criterios y estándares a tener en cuenta establecidos por el Gobierno.

Hecha esa declaración respecto de un determinado terreno nace entonces la obligación de limpieza y recuperación del mismo (descontaminación) en la forma y plazos que determinen las comunidades autónomas, e implicará una nota marginal en el Registro de la Propiedad de las fincas afectadas. La obligación recaerá, previo requerimiento de las comunidades autónomas, sobre los que se sepa que han causado esa contaminación, que, si son varios, responderán de modo solidario. Subsidiariamente, asumen esa obligación primero los propietarios de los suelos y después sus poseedores.

La declaración de un suelo como contaminado establece la ley que puede comportar la suspensión de la ejecución de los derechos de edificación y otros aprovechamientos urbanísticos incompatibles con las medidas de limpieza y recuperación de los terrenos. Realizada la descontaminación de los terrenos sería posible el ejercicio de esos derechos.

Conviene hacer referencia a la problemática relativa a la gestión de residuos mediante vertedero, que es considerada una forma de eliminación de residuos; y en muchas ocasiones esa instalación es promovida y gestionada, directa o indirectamente, por las entidades locales o supramunicipales. El riesgo ambiental que generan es notable, y la normativa ambiental reguladora de los mismos trata de evitarlos, imponiendo obligaciones rigurosas tanto a los gestores de esas instalaciones como a la Administración encargada de su autorización y control.

La norma de ámbito estatal más destacable en esta materia es el Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, que derogó el anterior Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, sobre esa misma materia.

Antes de entrar a comentar esta norma debemos recordar aquí que España ya ha sido condenada por el Tribunal de Justicia de la UE en el año 2017 debido a la infracción de disposiciones de directivas europeas en materia de residuos, al no gestionar debidamente gran cantidad de vertederos que estaban abandonados y en desuso, con riesgo para el medio ambiente.

Esta norma reglamentaria tiene carácter de legislación básica estatal en materia de protección del medio ambiente, y responde a la necesidad de recoger las experiencias jurídicas y técnicas sobre la gestión de los residuos en los vertederos, además de desarrollar la Ley 22/2011 en esa materia y de

transponer la Directiva 2018/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre los residuos. Básicamente dicha norma comunitaria insiste en la necesidad de someter los residuos a un tratamiento previo a su eliminación en un vertedero, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, a los efectos de evitar posibles riesgos sobre la salud humana y el medio ambiente.

Además, pretende promover la economía circular para la reducción de la eliminación de residuos, siendo el depósito en vertedero la opción menos deseable.

Este real decreto se aplica a todos los vertederos de residuos, entendidos estos como las instalaciones para la eliminación de residuos mediante su depósito subterráneo o en la superficie por un periodo de tiempo superior al permitido para el simple almacenamiento de residuos previo a su valorización o eliminación (los distintos de los peligrosos podrán almacenarse menos de un año para su eliminación o dos para su valorización, y se permite el depósito temporal durante seis meses con esa finalidad de los peligrosos) (art. 2, ap. i).

No obstante lo anterior, el vertedero suele asociarse, pues, con el depósito de los residuos en un lugar para que queden allí para siempre o durante muchos años. Es una modalidad de tratamiento de estos mediante su eliminación.

Este real decreto clasifica los vertederos en tres categorías: para residuos peligrosos, para residuos no peligrosos y para residuos inertes (art. 5).

Los de residuos peligrosos solo podrán aceptar los de esa categoría y que sean admisibles en el vertedero al cumplir las condiciones de admisibilidad del anexo II para dicha clase de instalaciones. Los de residuos no peligrosos pueden admitir los residuos municipales no peligrosos que no sean susceptibles de reciclado o de valorización conforme a esa norma; los no peligrosos que cumplan las condiciones de admisión para estos fijados en el anexo II, y los peligrosos no reactivos que cumplan las condiciones de lixiviación de los no peligrosos conforme a ese anexo. En los vertederos de residuos inertes únicamente se aceptarán los inertes que cumplan los criterios de admisión fijados en el anexo II para esa categoría de vertederos.

No se admitirán en ningún vertedero determinados residuos (art. 6), como los residuos líquidos, los que sean explosivos, comburentes, inflamables o corrosivos según las definiciones del Reglamento (UE) 1357/2014 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2014, ni los infecciosos conforme a dicha norma comunitaria. Además, como ya hemos indicado, no se admitirá residuo que no cumpla los criterios de admisión establecidos en el ap. 2 del anexo II de esa norma.

El referido anexo II, a los efectos de la caracterización básica de los residuos a depositar en el vertedero, obliga a verificar que estos tengan una humedad inferior al 65 % en peso (residuos que serían entonces líquidos, no admisibles), que la temperatura sea inferior siempre a 50 °C, y, para aquellos sobre cuya inflamabilidad haya duda, se deberá saber su punto de inflamación y que no son susceptibles de experimentar combustión espontánea en las condiciones de almacenamiento (residuos inflamables, no admisibles). También deberá conocerse el pH del residuo a admitir (corrosivos, por presentar determinados niveles de pH bajos o altos).

De dicho anexo, muy técnico pero de gran interés, se desprende la insistencia de que se tienen que tomar una serie de cautelas para aceptar residuos en un vertedero, como esa caracterización básica sobre el comportamiento del residuo que se va a admitir, la realización de pruebas periódicas sobre ellos, la verificación *in situ* para comprobar que aquello que se describe en el documento de identificación de cada carga que llega a la instalación coincide con lo que se va a depositar y que implicará que, en caso contrario, deba ser rechazado por el gestor de esa instalación. Dicho anexo precisa y concreta cada una de esas tareas que tienen que cumplirse, a las que nos referiremos muy esquemáticamente dados su extensión y su carácter técnico.

La forma concreta en la que el poseedor de los residuos que llegan al vertedero y el explotador de estos deben hacer el procedimiento de entrega y admisión de los mismos en esa instalación se concreta a través de una serie de obligaciones, destinadas a asegurar que aquello que se depositará en el vertedero puede ser admitido en el mismo, sin riesgo para la salud y el medio ambiente (art. 12). El que los entrega deberá poder acreditar documentalmente que esos residuos que presenta son admisibles. El explotador de ese vertedero, por su parte, controlará esa documentación, realizará una inspección visual de los residuos a su entrada y en el punto de vertido. En ocasiones, según se establece en el anexo, deberá realizar aquel una toma de muestras de determinados residuos, cuya información se comunicará anualmente a las autoridades ambientales de la comunidad autónoma.

Lo anterior está concretado en el referido anexo, donde se establecen de forma extensa el procedimiento y los criterios para la admisión de residuos en vertedero. Aquí únicamente destacamos:

- El procedimiento de admisibilidad en vertedero se basa en una jerarquía de tres niveles: la caracterización básica (información completa de las propiedades de los residuos a admitir y su comportamiento a corto y largo plazo), las pruebas de cumplimiento

(pruebas periódicas en caso de residuos producidos de forma regular en un proceso concreto) y la verificación *in situ*.

- La caracterización básica abarcará conocer la fuente y el origen del residuo, su proceso de producción, su composición y aspecto, el código conforme a la lista europea de residuos (Orden MAM/304/2002, de 8 de febrero, que publica las operaciones de valorización y eliminación de residuos y la lista europea de residuos), e información de que el residuo no está excluido de su admisión en cualquier clase de vertedero, así como la clase de vertedero en que puede admitirse, entre otros aspectos. Además, deberá constar el tratamiento aplicado a esos residuos con carácter previo a su vertido en el vertedero, salvo que estos se hallen exentos del mismo por no servir ese pretratamiento a la reducción de la cantidad vertida o a la disminución de su riesgo sobre la salud pública y el medio ambiente.
- Esa caracterización básica corresponde realizarla al productor del residuo o a quien haya encargado su gestión.
- El explotador del vertedero debe inscribir en el archivo o registro documental, físico o telemático, la información de caracterización básica en relación con los residuos que admita, que tendrá que conservar hasta que se apruebe la clausura definitiva del vertedero, y que tendrá que estar a disposición de las autoridades competentes.
- Por regla general se exigirá someter los residuos a prueba para obtener información certera sobre su caracterización antes de su vertido a vertedero, aunque en el anexo también aparecen supuestos donde no será necesaria la realización de esas pruebas, como por ejemplo para los residuos considerados inertes que aparecen en la lista del ap. 2.1 del anexo (serían algunos residuos de derribos de la construcción, como los de hormigón y de ladrillos, aunque deberán proceder de una única fuente y ser un único tipo de residuo, pudiendo ser admitidos conjuntamente los de la lista si proceden de la misma fuente). Si son necesarias las pruebas vienen indicadas en el anexo, estableciendo para ese tipo de residuo inerte unos valores límite de lixiviación y también de contenido de parámetros orgánicos.
- Para los residuos no peligrosos (ap. 2.2 de ese anexo) también se contempla la posibilidad de no realizar pruebas previas a su admisión en vertedero cuando sean residuos municipales no peligrosos tratados o sean residuos derivados del tratamiento de la recogida selectiva de residuos. Sin embargo, la admisión de esos residuos quedará condicionada a la comprobación de que no están contaminados en

la medida en que aumente el riesgo asociado al residuo, en cuyo caso se deberá eliminar en otras instalaciones. También se establecen los valores límite de lixiviación para esa clase de residuos y se dedica un apartado específico a los residuos de yeso, que deberán eliminarse solo en vertederos de residuos no peligrosos, y además se depositarán en compartimentos que no admitan residuos biodegradables (aunque se prevé alguna excepción). También se destina un apartado a los residuos de amianto o los que se hallan en materiales de construcción de deshecho, que se admitirán en vertederos para residuos no peligrosos y sin realización de pruebas si se cumplen las circunstancias que allí se establecen.

- Igualmente se regulan detalladamente los valores límite de lixiviación, y otros criterios sobre su composición que tendrán que cumplir los residuos peligrosos para poder ser admitidos en un vertedero (ap. 2.4 del anexo II), estableciendo unos requisitos específicos para el depósito de residuos de mercurio (ap. 2.5 del anexo II). Para garantizar que el vertedero no va a producir un riesgo medioambiental o para la salud humana, junto con el crucial aspecto relativo a aquello que se admite y deposita en esa instalación, es esencial igualmente asegurar que esta cumple determinadas condiciones básicas que aseguren un correcto funcionamiento, y que los residuos que se van acumulando en esos terrenos no generan emisiones o vertidos hacia el entorno más o menos inmediato. Es por eso que en este real decreto se regulan, en su anexo I, los requisitos generales que han de cumplir siempre todos los vertederos, cualquiera que sea la clase de residuos que vayan a albergar. En este anexo se exige, para poder autorizar el vertedero:
 - Tener en cuenta su ubicación concreta, estableciendo parámetros a valorar al tiempo de decidir su autorización, como la proximidad a zonas residenciales o la presencia de aguas subterráneas cerca, así como los riesgos de inundaciones o de hundimiento de la masa residual (ap. 1).
 - La adopción de las medidas “oportunas” para impedir que las aguas de las precipitaciones penetren en el vaso del vertedero, recoger y controlar las aguas contaminadas que se generen (lixiviados) y evitar la entrada de aguas superficiales o subterráneas en los residuos que se viertan. No obstante, si se trata de un vertedero de residuos inertes, y una evaluación de la instalación y de los residuos que se admiten muestra que el vertedero presenta un riesgo “admisible”,

las autoridades competentes podrán decidir que no se apliquen las anteriores prevenciones (ap. 2).

- La adopción de medidas para la protección del suelo y de las aguas, especialmente para evitar la contaminación de las aguas subterráneas y superficiales debido principalmente a los lixiviados, que deberán recogerse de manera “eficaz”. A tales efectos se hace referencia a la protección del suelo mediante la combinación de una barrera geológica (cuando las condiciones geológicas e hidrogeológicas subyacentes al vertedero, así como en las inmediaciones del vertedero, tienen “la capacidad de atenuación suficiente para impedir el riesgo potencial para el suelo y las aguas subterráneas”) y un revestimiento artificial impermeable bajo la masa de residuos para mantener en un mínimo la acumulación de lixiviados en la base del vertedero, con sistema de recogida de aquellos líquidos, estableciendo unas condiciones técnicas precisas al respecto (ap. 3).

En este sentido, el anexo indica que la base y los lados del vertedero dispondrán de una capa mineral con unas condiciones de permeabilidad y espesor cuyo efecto combinado en materia de protección del suelo, de las aguas subterráneas y superficiales sea, por lo menos, equivalente al derivado de las fórmulas que allí se establecen, que son distintas según el vertedero sea para residuos peligrosos, no peligrosos o inertes.

El revestimiento artificial se exige para los vertederos de residuos peligrosos y no peligrosos, pero eso no significa que no sean necesarios el aislamiento geológico y la recogida de residuos en los destinados a residuos inertes, salvo la anterior excepción polémica expresa de aceptación por la autoridad competente de un riesgo “admisibles”, que eximiría a ese vertedero concreto de tales medidas preventivas. Puede apreciarse en el citado anexo la figura 1 (ap. 3.5), donde en la base de la masa de residuos inertes del depósito se prevé, en la parte superior, una capa de drenaje para recogida de los lixiviados, y luego, debajo, dos capas consistentes en una barrera geológica artificial y otra natural.

A pesar de las anteriores medidas, que parecen lógicas y de sentido común para asegurar el correcto funcionamiento de cualquier vertedero de residuos, contempla ese anexo I la posibilidad (ap. 3.5) de explotar una de esas instalaciones sin la adopción de dichas medidas por decisión expresa en este sentido del órgano competente de la comunidad autónoma. Para ello deberá realizarse una

evaluación previa de los riesgos ambientales según la normativa hidráulica y con las particularidades que allí se establecen, y que deberán justificar tal decisión.

- En la instalación se adoptarán medidas para reducir al mínimo las molestias y los riesgos por emisión de olores y polvo, materiales transportados por el viento, ruido, tráfico, aves, parásitos, aerosoles e incendios.

Al comentar la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados, ya se señaló que la autorización y los requisitos exigidos allí para autorizar las instalaciones de tratamiento de residuos, como los vertederos, se integran en la correspondiente autorización ambiental a otorgar. El referido real decreto establece también normas particulares relativas a la autorización necesaria para la actividad de vertedero y para que una entidad pueda explotarlo (arts. 10 a 13), estableciendo las condiciones para ello. Destaca, así, que toda autorización de un nuevo vertedero, de su ampliación o de su modificación, tendrá que exigir que la gestión del mismo esté en manos de una persona con cualificación técnica adecuada, y siempre deberán observarse las obligaciones exigidas por la normativa sobre evaluación de impacto ambiental, entre otros aspectos (art. 11). Las solicitudes de autorización deberán contener la documentación detallada en el anexo V del real decreto (art. 12).

La autorización de esa instalación, ampliación o modificación del vertedero tendrá un contenido mínimo (art. 13) previsto en el anexo VI:

- La identificación de la persona física o jurídica titular del vertedero y del responsable de la explotación del vertedero, si es persona distinta.
- El periodo de vigencia de la autorización que se otorga.
- La localización del vertedero y su clasificación, según las tres categorías de residuos a admitir.
- La descripción de los tipos (describiendo los códigos CER y, en su caso, su codificación legal de acuerdo con la Decisión 2014/955/UE de la Comisión, de 18 de diciembre de 2014) de residuos y de su cantidad total que se autorizan. Es evidente que si se quieren aceptar otros distintos no amparados por la modificación se exigirá al titular la petición a la Administración de una modificación de esa autorización ambiental, que, según los casos, podrá ser sustancial o no dependiendo de la cuantía y peligrosidad de los nuevos residuos a admitir. Aquí podemos remitirnos a la cuestión, tratada en el apartado relativo a la prevención y al control ambiental de las actividades, referida a la posibilidad de la modificación de las autorizaciones y licencias ambientales.
- Las prescripciones sobre las características que deberá tener el vertedero, las operaciones de vertido en el mismo, la vigilancia y

el control de la actividad, y las prescripciones sobre la clausura y el mantenimiento de ese espacio después de dicho cierre de la actividad.

- La obligación de la explotadora de cumplir los procedimientos de admisión establecidos en esta norma. Además, al menos una vez cada año deberá informar a la autoridad competente sobre los tipos y cantidades de residuos aceptados, indicando origen, fecha de entrega y productor; y si se trata de residuos peligrosos, se indicará su ubicación exacta en el vertedero. También en ese informe comunicará el resultado del programa de vigilancia que tiene que hacer sobre esa instalación conforme al anexo III.

Destacar que, para la verificación del cumplimiento de lo establecido en ese reglamento, las autoridades competentes deberán realizar inspecciones de los vertederos tanto en la fase de explotación como en el periodo de vigilancia postclausura, para comprobar que cumplen los requisitos generales, la correcta aplicación de los procedimientos y criterios de admisión, el estado de las infraestructuras de las instalaciones, y que las operaciones de vertido se hacen sin poner en riesgo la salud pública y el medio ambiente (art. 17). El alcance y la periodicidad mínima de esas inspecciones se fijan en el anexo VII, permitiendo que entidades colaboradoras acreditadas puedan realizarlas.

El explotador del vertedero de residuos tiene una gran variedad de obligaciones, destacando que deberá controlar y vigilar el funcionamiento en fase de explotación, para lo cual implementará el programa de control y vigilancia previsto en el anexo III (así, por ejemplo, deberá tomar muestras de lixiviados y de aguas subterráneas o superficiales, si las hay, en puntos representativos). Si observa ese explotador del vertedero cualquier incidencia significativa negativa para el medio ambiente, deberá comunicarla a la autoridad competente, al titular del vertedero y a la entidad local donde se ubique, acatando la decisión que adopte esa autoridad sobre la adopción de medidas correctoras. Al menos una vez al año la entidad explotadora informará a esa autoridad de los resultados de la vigilancia y control, para demostrar que se cumplen las condiciones de la autorización y para un mejor conocimiento del comportamiento de los residuos depositados en el vertedero (art. 15).

Otra cuestión ambiental de interés y bastante polémica en la práctica es la relativa a clausura de un vertedero de residuos y su posterior mantenimiento, cuyo régimen se establece también en esa norma (art. 16). Esa clausura, que podrá ser de una parte o de toda la instalación, deberá hacerse conforme a lo que disponga la autorización, y deberá ser previamente autorizada por la autoridad competente si es a petición de la entidad explotadora.

El vertedero solo se podrá tener por clausurado después de que la referida autoridad haya realizado una inspección final *in situ*, haya examinado los informes facilitados por el explotador y haya comunicado al mismo su aprobación. De todos modos, esta decisión tampoco eximirá a ese explotador de sus responsabilidades. Seguirá siendo responsable de su mantenimiento, de la vigilancia, del análisis y control de los lixiviados que genere el vertedero, y, en su caso, de los gases que se generen, así como del régimen de las aguas subterráneas en las inmediaciones, según dispone el anexo III. El plazo de este periodo lo fijará la autoridad competente atendiendo al riesgo que pueda entrañar para el medio ambiente y la salud, sin que ese plazo pueda ser inferior a los 30 años.

Durante esa fase el explotador comunicará a la autoridad competente cualquier efecto negativo para el medio ambiente que advierta durante la tarea de inspección y control, acatando las medidas correctoras que le imponga aquella.

Las infracciones que se deriven del incumplimiento de lo dispuesto en ese real decreto se sancionarán conforme al régimen sancionador previsto en la Ley 22/2011, de 28 de julio.

5.5

La protección de la calidad del aire

La contaminación atmosférica presenta unas particularidades que determinarán que no siempre sea fácil conocer los contaminantes efectivamente emitidos por una fuente emisora en la atmósfera, así como la contribución que determinadas emisiones han podido tener en la calidad que presenta el aire en un punto determinado. Para esa valoración hay dos conceptos que son relevantes: el de nivel de emisión, que es la concentración en la que son evacuados a la atmósfera los distintos contaminantes, y el de nivel de inmisión, que es la concentración del contaminante que se registra en un determinado espacio. Tal concentración final, relevante para determinar el daño o riesgo ambiental causado, podrá depender de la intensidad de las emisiones producidas, pero también estará condicionada por las condiciones de dispersión que presente el aire en el momento de captar la muestra (por ejemplo, el viento o la orografía).

También conviene decir que en las emisiones a la atmósfera se contendrán los compuestos contaminantes que denominamos primarios, pero posteriormente muchos de estos, debido a reacciones fisicoquímicas, se transformarán en contaminantes secundarios, que pueden ser tan peligrosos o más que los inicialmente emitidos.

Como norma prioritaria de ámbito estatal destaca la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, que constituye la norma principal y básica de referencia en el ordenamiento jurídico español a la hora de referirnos a las emisiones atmosféricas, derogando la anterior Ley 38/1972, de protección del ambiente atmosférico. Esta disposición legal se inspira en los principios y directrices que defienden y orientan la protección de la atmósfera en el ámbito de la UE, como la Directiva 96/62/CE del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire, denominada Directiva Marco.

Esta ley establece normas dirigidas a las distintas Administraciones públicas (la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales), destinadas a proteger el ambiente atmosférico, según un determinado reparto competencial (art. 5). En este sentido, destaca la obligación que tienen de llevar a cabo actuaciones diversas destinadas a la mejora de la calidad del aire y al cumplimiento de los objetivos marcados, a las que nos referiremos más adelante, pues consideramos que pueden tener interés como parámetro a la hora de hacer una evaluación del daño o riesgo ambiental que unas determinadas emisiones atmosféricas pueden suponer para la salud humana y el medio ambiente, a los efectos de la aplicación del correspondiente tipo penal.

Otra relevante obligación que tendrán las Administraciones será la de intervenir y controlar las emisiones atmosféricas que realicen las actividades que se consideran en esa disposición legal como potencialmente contaminadoras del aire y que se relacionan en su anexo IV, que recoge el Catálogo de Actividades Potencialmente Contaminadoras de la Atmósfera (CAPCA). El anexo distingue las distintas actividades en tres grupos: A, B y C, según el grado de contaminación que se supone van a generar, de modo que las del grupo A quedan sujetas a unos controles de sus emisiones que son más exigentes que las del grupo B. Conforme a lo anterior, se dispone que la construcción, el montaje, la explotación, el traslado o la modificación sustancial de las mismas necesitarán de una autorización administrativa de las comunidades autónomas en los términos que estas determinen, mientras que esas acciones respecto de las del grupo C únicamente deberán ser notificadas al órgano competente de la comunidad autónoma, en los términos que la misma establezca (art. 13).

En el caso de que la actividad que figura en ese anexo IV de la ley requiera obtener la preceptiva autorización o licencia ambiental para poder entrar en funcionamiento, conforme a la legislación estatal y autonómica ya comentada sobre control e intervención integral de la Administración ambiental, no será necesario acudir a esos trámites específicos de autoriza-

ción o notificación previstos en la Ley 34/2007 para los supuestos de inicio de actividad o para su modificación sustancial, pues los aspectos ambientales previstos en esta norma legal serán objeto de intervención a través del procedimiento de autorización ambiental del Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, así como conforme a las formas de control ambiental de actividades específicamente establecidas por las correspondientes comunidades autónomas (disposición adicional segunda Ley 34/2007). Dado que la ley deja claro que la comunidad autónoma no podrá autorizar aquellos actos relativos a las actividades de los grupos A y B si queda demostrado que el incremento de contaminación atmosférica, previsto con la entrada en funcionamiento de la instalación o del cambio propuestos, va a implicar sobrepasar los objetivos de calidad del aire afectado por las futuras emisiones, este aspecto se deberá tener muy en cuenta al tiempo de la tramitación de la referida autorización o licencia ambiental (art. 13, núm. 5).

Dicho anexo IV, de carácter marcadamente técnico, relaciona en su catálogo actividades muy variadas que van desde las de combustión en el sector de producción y transformación de energía, hasta la industria del hierro, del acero y de coquerías, pasando por la industria química orgánica o el uso de disolventes. Tales actividades, además, se encuadrarán o no en el correspondiente grupo (A, B o C) de acuerdo con determinados umbrales que tendrán que superar, destacando la potencia térmica nominal (P.t.n.), los vatios térmicos (Wt), la capacidad de producción (c.p.) o la capacidad de consumo de disolventes (c.c.d.).

La ley exige que esa autorización de emisiones tenga un contenido mínimo, siendo relevante la exigencia de que se fijen en la resolución unos valores límite de emisión (VLE) de los posibles contaminantes a emitir, en especial de los enumerados en el anexo I, así como la exigencia al titular de la instalación de disponer de sistemas y procedimientos para el tratamiento y control de aquellas, así como el establecimiento de la frecuencia de esa supervisión y los procedimientos a seguir para evaluar esas mediciones (autocontroles) (art. 13, núm. 4).

Las comunidades autónomas y, en su caso, las entidades locales, conforme a sus competencias (salud pública, medio ambiente), serán competentes para adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de esa ley, correspondiendo a aquellas el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 37). Para ello los funcionarios que realicen las tareas de inspección de esas actividades presuntamente contaminantes de la atmósfera tendrán el carácter de agentes de la autoridad y podrán acceder a cualquier lugar de esa instalación, respetando, en todo caso, la inviolabilidad domiciliaria (art. 26).

Establece esta ley un régimen sancionador propio, tipificando infracciones muy graves, graves y leves. Por ejemplo, se considera que estaremos ante una infracción muy grave si se produce el desarrollo de una actividad sometida a esa norma sin haber cumplido con la obligación de autorización o, en su caso, de notificación, siempre que ese incumplimiento haya generado o haya impedido evitar una situación de contaminación atmosférica que haya puesto en peligro grave la salud humana, o haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente (art. 30).

Se contempla la posibilidad de que la Administración competente adopte medidas cautelares, como la parada temporal de las instalaciones o su clausura temporal o parcial, que se podrán acordar cuando se aprecien indicios de la comisión de una infracción y exista amenaza inminente de daño, o para evitar otros nuevos, incluso antes de iniciar el procedimiento sancionador (art. 35).

Cuando la infracción pudiera ser constitutiva de delito, el órgano administrativo instructor lo pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional competente, suspendiéndose ese procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no haya dictado sentencia firme u otra resolución que dé por finalizado el proceso penal (art. 33).

5.6 La protección contra el ruido

No existió una norma con rango de ley de ámbito general en todo el territorio español que abordara la problemática del ruido ambiental hasta la aprobación de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, que transpuso la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental. Esta ley fue más allá que esa norma comunitaria y reguló también la problemática de las vibraciones, de forma que la contaminación acústica a la que se refiere se define como la presencia en el ambiente de ruido o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, siempre que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, incluso cuando su efecto sea perturbar el disfrute de los sonidos de la naturaleza, o cuando causen efectos significativos sobre el medio ambiente (art. 3).

Se sujetan a esa ley todos los emisores acústicos, ya sean de titularidad pública o privada, así como las edificaciones en su calidad de receptores acústicos. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación las actividades

domésticas o los comportamientos vecinales, cuando esas molestias estén dentro de los límites tolerables según las ordenanzas municipales y los usos locales. Por tanto, debe aplicarse esa ley en estas actividades solo cuando se produzca un exceso de ruido o vibraciones en las mismas que no respeten los límites admitidos en la ley y en las ordenanzas, ni se ajusten a las prácticas consuetudinarias del lugar donde se producen. También queda fuera de esa norma el ruido en la actividad laboral y en la militar, que se regirán por sus normas específicas (art. 2).

Las previsiones de esa ley se deberán tener en cuenta en las actuaciones administrativas relativas al otorgamiento de la autorización ambiental integrada, así como en las correspondientes a la evaluación del impacto ambiental o a cualquier otra autorización o licencia ambiental de actividades clasificadas previstas en las normas autonómicas. Además, el resto de actuaciones que habiliten el ejercicio de actividades o la instalación y el funcionamiento de equipos y máquinas que sean susceptibles de producir contaminación acústica también deberán quedar sujetas a esa norma. Por tanto, afectará también a aquellas actividades sujetas a simple comunicación, siempre y cuando sean susceptibles de causar molestias por contaminación acústica en la forma entendida por dicha ley (ruido y/o vibraciones). Para ello las Administraciones competentes deberán asegurar en esos trámites que se adopten por los titulares de esas actividades todas las medidas adecuadas de prevención de dicha contaminación, mediante la exigencia de la aplicación de la tecnología de menor incidencia acústica de entre las MTD, en condiciones técnica y económicamente viables según las características propias del emisor de que se trate. Además, se asegurarán de que no se supere ninguno de los valores límite de emisión o inmisión establecidos, sin perjuicio de lo dispuesto para las servidumbres acústicas (art. 18, núms. 1 y 2).

Esas figuras de intervención de las actividades ruidosas podrán ser revisadas por las Administraciones, a los efectos de adaptarlas a las reducciones de los valores límite que en el futuro se vayan estableciendo, sin derecho a indemnización a favor del titular de la actividad (art. 18, núm. 3). También en aquellas modalidades de intervención ambiental se podrá imponer por la Administración competente un sistema de autocontrol de las emisiones acústicas producidas por parte de ese titular, debiendo informarle de sus resultados (art. 19).

Será importante saber, pues, los valores límite de emisión e inmisión legalmente establecidos y que no podrán ser superados por esas actividades, pues ello podrá suponer la producción de un daño o riesgo sustancial para la salud humana o el medio ambiente, en los términos exigidos por el delito del art. 325 del Código Penal. El valor límite de emisión se considera

que es el índice acústico relativo a la contaminación acústica generada por el emisor que no podrá ser superado, y el valor límite de inmisión es el índice acústico expresivo de la contaminación acústica que se percibe o existe en un lugar y en un momento determinado y que no debe ser sobrepasado. Tales índices, expresivos del ruido ambiental soportado, se expresarán en decibelios $-dB(A)-$, y se tendrán que medir conforme a unas condiciones precisas legalmente establecidas, para así obtener un resultado lo más objetivo y uniforme posible.

Para concretar esos valores límite a respetar y poder conocer la trascendencia ambiental de unas determinadas emisiones, la Ley 37/2003, del Ruido, que tiene el carácter de legislación básica estatal, establece unas previsiones mínimas posteriormente concretadas mediante dos reales decretos de desarrollo. Todo ese conjunto normativo nos podrá permitir conocer aquellos valores límite de emisión e inmisión a tener en cuenta y que serán de aplicación en todo el territorio español. No obstante, lo anterior es siempre sin perjuicio de que las comunidades autónomas y los entes locales, mediante sus ordenanzas municipales, pueden, conforme a sus competencias, establecer unos valores límite mucho más exigentes que los fijados por esa normativa básica estatal, a los efectos de proteger la salud humana y el medio ambiente en sus respectivos territorios. Por tanto, al analizar una determinada problemática sobre contaminación acústica en un lugar determinado no podrá pasarse por alto lo que establezca la correspondiente normativa autonómica o local, aspecto este que, por otra parte, es lógico y habitual en las cuestiones ambientales que se suscitan en nuestro ordenamiento jurídico.

Una de esas disposiciones reglamentarias de desarrollo de la ley y de ámbito estatal que cabe destacar es el Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003 en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas. Consideramos que esta disposición tiene gran interés a los efectos de la valoración de los ruidos o vibraciones objeto de una investigación en el ámbito penal, pues fija los valores límite que deberán siempre ser respetados por los emisores, lo cual es un elemento clave para apreciar el necesario daño o peligro grave que exige el art. 325 del Código Penal que deberán ser queridos o aceptados por el acusado o, al menos, causados por su negligencia grave, a los efectos de la modalidad imprudente prevista en el art. 331 del Código Penal.

Antes de referirnos a los valores límite, cabe destacar que este real decreto impone que en los instrumentos de planificación territorial y urbanística se deberá incorporar la zonificación acústica de su ámbito mediante las áreas acústicas (art. 5, núms. 2 y 13), que se clasifican según dispone la ley y sin perjuicio de que las comunidades autónomas les otorguen otra termino-

logía. Para el establecimiento y la delimitación de un sector como un tipo específico de área acústica se tendrán en cuenta los criterios y directrices que marca esa norma (en su anexo V). También regula los criterios que se han de tener en cuenta para incluir un sector del territorio en un tipo de área acústica (anexo V), e introduce unos nuevos mapas de ruido, que denomina no estratégicos, que son preceptivos en todas aquellas áreas acústicas en que se compruebe que no se cumplen los objetivos de calidad acústica (arts. 32 y 33).

También completa la normativa sobre las servidumbres acústicas, refiriéndose a su delimitación (arts. 7 y 8), su incorporación en los mapas de ruido y su relación con los instrumentos urbanísticos (arts. 9 y 11), así como su delimitación en un área urbanizada existente (art. 10).

El reglamento establece los objetivos de calidad para el ruido y las vibraciones en el espacio interior de las edificaciones destinadas a vivienda, usos residenciales, hospitalarios, educativos o culturales. Para ello fija los valores límite de esas inmisiones, que no podrán ser superados, en las tablas B y C del anexo II.

Pasamos ahora, dado su interés, a comentar dichas tablas. La tabla A del anexo II establece 5 sectores distintos susceptibles de ser urbanizados, según sus posibles usos, y contempla unos índices de ruido para cada uno, dividiéndolos según sea horario diurno (Ld), vespertino (Le) o nocturno (Ln). Así, por ejemplo, para sectores del territorio con predominio de suelo residencial se establecen valores de 65 dB(A) para el periodo diurno, 65 dB(A) para el vespertino y 55 dB(A) para el nocturno.

Tiene gran interés que el real decreto establece que toda nueva instalación, establecimiento o actividad portuaria, industrial, comercial, de almacenamiento, deportivo-recreativa o de ocio deberá adoptar las medidas necesarias para que no se transmitan al medio exterior niveles de ruido superiores a los establecidos como valores límite en la tabla B1 del anexo III, evaluados en la forma que establece esa disposición (en el anexo IV) (art. 24, núm. 1). Por tanto, esos son los límites que se imponen a las emisiones al medio exterior de una actividad, los cuales no podrán ser superados, aspecto este que tiene gran interés a los efectos de la posible comisión del delito contra el medio ambiente mediante contaminación acústica, pues indicará una infracción de esos valores y permitirá pasar a hacer una evaluación del daño o riesgo ambiental exigido por el delito. En este caso se tratará, pues, de comprobar el ruido producido por esas inmisiones o emisiones en el ambiente exterior, que es una cuestión distinta al ruido que se percibe en el interior de una vivienda o local, que son las inmisiones en ambiente interior a las que después nos referiremos, ilustrativas de las molestias que sufren

las personas que se hallan en su interior. Pues bien, en esa tabla B1 se establecen, por ejemplo, unos valores límite de emisiones en ambiente exterior para los sectores del territorio con predominio del uso residencial de 55 dB en horario diurno, 55 dB en el vespertino y 45 dB en horario nocturno.

El real decreto establece que ninguna instalación, actividad industrial, comercial, de almacenamiento, deportivo-recreativa o de ocio podrá transmitir a los locales colindantes, en función del uso de estos, niveles de ruido superiores a los establecidos en la tabla B2 del anexo III, evaluados conforme dispone esa norma (en su anexo IV). Se considera que dos locales son colindantes cuando la transmisión del ruido entre el emisor y el receptor no se produce en ningún momento por el medio ambiente exterior. Además aquellos límites se aplican a cualquier otro establecimiento abierto al público, atendiendo a razones de analogía y de equivalente necesidad de protección acústica (art. 24, núms. 3 y 4).

Esa tabla B2 fija los objetivos referidos aplicables al espacio interior habitable de edificaciones destinadas a vivienda, usos residenciales, hospitalarios, educativos o culturales, que tienen gran interés para valorar los efectos nocivos que el ruido puede tener sobre la salud humana, dado que acreditarán mediante una pericia técnica y objetiva las molestias sufridas por los moradores de las viviendas afectadas por el ruido emitido por una actividad situada en el mismo edificio o en otro colindante. Este dato es un elemento fundamental, pues podrá ser un aspecto muy relevante para valorar el daño sustancial o el riesgo grave ambiental que han de causar las emisiones acústicas tipificadas como delito. Obviamente, cuanto mayor sea el ruido percibido en una vivienda expresado en dB(A) más difícil será poder habitarla en condiciones de salubridad, máxime cuando las molestias se producen en el periodo nocturno, lo cual suele implicar la imposibilidad o la dificultad de conciliar el sueño o el descanso necesario de alguno de los moradores, con posibilidad de alteración relevante de su salud.

Se distinguen en esa tabla B2 cuatro usos distintos de los edificios colindantes que perciben el ruido: el de vivienda o uso residencial, el administrativo o de oficinas, el hospitalario y el educativo o cultural, estableciendo los valores límite de inmisión interior en cada una de esas tres fases diarias indicadas y según determinadas partes de esos espacios. Así, por ejemplo, para los edificios destinados al uso residencial se establecen como valores límite 40 dB(A) en horario diurno (Ld), 40 dB(A) en el vespertino (Le) y 30 dB(A) en el nocturno (Ln) para sus estancias. En cambio, para el dormitorio de los edificios con ese uso residencial se fijan unos valores más exigentes de 35 dB(A) Ld, 35 dB(A) Le y 25 dB(A) Ln. Por tanto, si se detectan en periodo nocturno unos niveles de inmisión de, por ejemplo, 38 dB(A) en una habita-

ción de una vivienda destinada a dormitorio, estaremos ante una molestia ruidosa claramente objetivada y legalmente inaceptable, al superarse claramente los valores límite allí establecidos.

La tabla C del anexo II se refiere, en cambio, a los objetivos de calidad acústica para las vibraciones aplicables también al espacio interior de aquellos edificios. Se define por ese real decreto la vibración como la perturbación producida por un emisor acústico que provoca una oscilación periódica de los cuerpos sobre su posición de equilibrio (art. 2). Para esta otra modalidad contaminante se contempla para aquellos tres usos un valor límite máximo de vibración expresado como Law, siendo por ejemplo de 75 dB Law para edificios destinados a vivienda o uso residencial.

Es muy importante que los distintos valores de los índices acústicos referidos en esa disposición se deberán determinar siguiendo los métodos técnicos de evaluación que aparecen recogidos en la norma (en los apartados A y B del anexo IV). Los instrumentos de medida y calibradores a utilizar al objeto de obtener esos valores no podrán ser cualesquiera, pues deberán cumplir, entre otras, las disposiciones de la Orden del Ministerio de Fomento, de 25 de septiembre de 2007, por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a la medición de sonido audible y de los calibradores acústicos, para los de tipo i/clase 1. Además, si han de usar en la pericia filtros de banda de octava o de 1/3 de octava, deberán cumplir también los requisitos de la norma UNE allí especificada (art. 30). Se exige que las Administraciones competentes velen para que las entidades encargadas de hacer tales evaluaciones tengan la capacidad técnica adecuada, asegurando que los resultados de esos procesos sean homogéneos y comparables (art. 31).

En cuanto al método de determinación de los índices de ruido, se establece en ese real decreto (anexo IV) que las Administraciones competentes, a los efectos del control de las actividades, determinarán esos índices acústicos mediante mediciones, debiendo seguir el procedimiento allí establecido. Cuando en un proceso de medición se detecta la presencia de componentes tonales emergentes, o componentes de baja frecuencia, o sonidos de alto nivel de presión, o una combinación de ellos, en ese caso se procederá a hacer una evaluación global detallada del ruido, introduciendo correcciones. Es decir, se produce como una penalización en ese caso de existencia de esos otros componentes tonales, pues demuestran la existencia de una mayor molestia acústica. Para ello se fija en esa disposición una fórmula, aunque tal penalización o incremento no podrá ser superior a 9 dB(A).

También se contempla el modo concreto de realización de esa medición *in situ*, regulando los procedimientos y las condiciones de esa actua-

ción, para obtener el índice acústico (apartado A del anexo IV) o el índice de vibraciones (apartado B del anexo IV). Así, por ejemplo, se establece que esas mediciones acústicas se podrán hacer en un periodo continuo durante un periodo temporal completo, o bien mediante un método de muestreo de nivel de presión sonora por intervalos temporales de medida seleccionados en un periodo temporal de evaluación. Para obtener los niveles sonoros promedios se deben obtener distintas muestras independientes que constituyan una estimación representativa del nivel promediado de largo plazo.

Conviene destacar que se dispone que, cuando la finalidad sea la inspección de actividades, los titulares o usuarios de los aparatos generadores de ruidos, tanto al aire libre como en establecimientos o locales, facilitarán a los inspectores el acceso a sus instalaciones o focos de emisión de ruidos y dispondrán su funcionamiento a distintas velocidades, cargas o marchas que les indiquen esos inspectores, pudiendo presenciar los mismos todo el proceso operativo. La medición, tanto para los ruidos emitidos como para los transmitidos por los emisores acústicos, se realizará en el punto en que ese valor sea más elevado.

Por último, añadir que si las mediciones son en un espacio interior, por ejemplo una vivienda, se realizarán con las puertas y ventanas cerradas y en las tres posiciones que exige el reglamento, salvo que ello no sea posible, en cuyo caso las mediciones se harán en el centro del recinto (anexo IV).

Sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pueden llegar a incurrir las autoridades y funcionarios públicos en caso de tolerancia o no persecución de las infracciones en materia de ruidos y vibraciones de que tengan conocimiento, conforme al art. 329 del Código Penal, tal omisión o desidia de la Administración local ha motivado también múltiples reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra ella, que han prosperado debido a su no infrecuente pasividad ante las quejas de los afectados demandantes. Por tal motivo, son frecuentes las sentencias de los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo que imponen la obligación del pago de indemnizaciones a ayuntamientos y en favor de los vecinos que han tenido que sufrir el ruido o las vibraciones, al no emplear aquellos consistorios los instrumentos a su alcance para evitarlo, obviando su posición de garantes. No se olvide que corresponde a la Administración local la obligación de vigilar y controlar las actividades molestas que se desarrollen en sus términos municipales. Tales pretensiones de responsabilidad patrimonial suelen ser tramitadas por el procedimiento contencioso-administrativo urgente y sumario, debido a que los demandantes afirman en sus recursos que derechos fundamentales, como la intimidad domiciliaria o la integridad física, han sido vulnerados por el ruido soportado y no evitado por los responsables municipales.

6

La prevaricación ambiental como contraposición a la obligación de prevención de los riesgos ambientales por parte de la Administración

Si, como se ha indicado, los poderes públicos deben velar por la protección de los valores ambientales de conformidad con lo dispuesto en la normativa protectora del medio ambiente, que les confiere potestades relevantes, para los supuestos en que se quebrante tal obligación de una determinada forma, por parte de las autoridades o funcionarios públicos competentes, nuestro ordenamiento jurídico penal ha incluido en el Código Penal el delito de prevaricación ambiental, al que ahora nos referimos mediante breve comentario, pues fue objeto de la ponencia que quien suscribe expuso en este mismo curso durante el año 2021, bajo el título: “La omisión delictiva de la autoridad o funcionario público en materia urbanística y ambiental”, recuperándose a continuación una parte de su contenido.

Con la finalidad de reforzar el respeto de esa normativa protectora del medio ambiente por parte de las autoridades y funcionarios públicos, el art. 329 del Código Penal, dentro del mencionado Capítulo III del Título XVI del Libro II, dispone:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

En esta figura aparecen diversas acciones delictivas, algunas activas y otras omisivas:

- a) Informar favorablemente el otorgamiento de licencias que sean manifiestamente ilegales y que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores.

Se tratará de un informe de carácter técnico o jurídico que sea favorable a la autorización de aquellas actividades que puedan poner en riesgo o dañar el medio ambiente, debiendo ser algunas a través de las cuales sus responsables puedan llegar a incurrir en los delitos de los arts. 325 a 326 bis del Código Penal, antes referidos. No se exige que se llegue a cometer el delito ambiental debido a ese informe favorable, sino que la autoridad o funcionario se pronuncie en ese sentido a pesar de no permitirlo claramente la normativa de aplicación, y siendo una actividad, la informada, que puede llegar a generar la situación de riesgo o daño ambiental exigida por los arts. 325 a 326 bis del Código Penal, teniendo en cuenta sus características.

- b) Que en las inspecciones de esas actividades referidas se haya silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o se haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio.

El término “silenciar”, que según el *Diccionario de la lengua española* de la RAE equivale a “callar u omitir algo sobre algo o alguien”, nos debe llevar a considerar que la conducta de la autoridad o funcionario público deberá ser idónea para conseguir que la infracción apreciada no llegue a ser sancionada, en virtud de una decisión que no tenga amparo legal alguno. De este modo, el comportamiento delictivo destinado a silenciar la infracción podrá tener muchísimas variables. Podrá consistir en una clara omisión, como sería la decisión de la autoridad o funcionario competente de no incoar el procedimiento administrativo sancionador una vez se reciba el acta o informe del inspector que constate la infracción, o, por ejemplo, la no descripción voluntaria por parte del autor, en alguno de esos documentos oficiales, de la infracción constatada en la inspección, para que no sea sancionada, lo cual también podría ser constitutivo de un delito de falsedad de documento oficial, que concurriría con el delito de tolerancia.

Es evidente que muchas de esas actividades deberán respetar la normativa reguladora de las autorizaciones y licencias ambientales, así como la sectorial relacionada con los vectores ambientales que puedan ser afectados por esas industrias o actividades. Esa legislación será la ley penal en blanco de este art. 329 y determinará las normas que hayan de ser respetadas por aquellas y que la autoridad o funcionario público debe comprobar si se respetan, a los efectos de promover la sanción en caso de quebrantamiento.

Asimismo, en caso de sospecha de infracción, se deberá confirmar la misma realizando las inspecciones necesarias de control y vigilancia, cuya omisión por aquellos podrá ser también constitutiva del delito de tolerancia ambiental. La inspección omitida también podrá ser aquella que viene impuesta legalmente para el control periódico de los aspectos ambientales de determinadas actividades, especialmente aquellas que presentan una mayor capacidad contaminante.

Las normas infringidas silenciadas, o las inspecciones omitidas por la autoridad o el funcionario público para poder cometer esta modalidad de tolerancia delictiva, deberán estar previstas en las leyes y disposiciones de carácter general a las que están sujetas esas actividades o industrias susceptibles de producir esos daños o riesgos sustanciales al entorno, siendo dichas normas las que fijarán las obligaciones que había de cumplir aquel responsable público.

El ámbito de esas conductas de informe favorable o de tolerancia es, pues, muy amplio, como puede deducirse, pues abarca gran cantidad de actividades o industrias que pueden causar esos peligros previstos en los arts. 325 a 326 bis, que incluyen desde industrias químicas o extractivas hasta discotecas o bares. Por otro lado, los aspectos de preceptiva sanción o inspección omitida pueden referirse tanto a la posible contaminación del agua, del aire o del suelo, o al ruido que pueden llegar a causar, como a la gestión de sus residuos o productos peligrosos, incluyendo los requisitos legalmente exigidos para un correcto funcionamiento.

Además, no se requiere en ese precepto que la infracción ambiental silenciada sea grave o muy grave, pudiendo ser cualquiera. Lo mismo sucede con el objeto de la inspección obligatoria ambiental desatendida. No obstante, teniendo en cuenta que este delito se relaciona directamente con unas industrias y actividades referidas en los preceptos anteriores, donde se puede llegar a producir un resultado de riesgo o daño ambiental de carácter grave, deberá exigirse que la infracción que se silencia o que la inspección preceptiva omitida tenga su relevancia o trascendencia en orden a la posible prevención de los resultados que contemplan los arts. 325 a 326 bis del Código Penal. Este delito de tolerancia ambiental, al referirse expresamente a esos delitos anteriores, busca proteger el medio ambiente tratando de ser un refuerzo de la imprescindible función preventiva que ostentan los poderes públicos para la evitación de aquellos re-

sultados. Este es un aspecto que habrá de tenerse en cuenta a los efectos de aplicar dicho delito.

- c) También se sanciona el resolver o votar a favor de la concesión de esas licencias manifiestamente ilegales que autoricen las referidas actividades o industrias. Tanto se tipifica la decisión que toma un órgano unipersonal con capacidad para el otorgamiento de esa autorización, como la que toma un órgano colegiado que vota a favor de conceder esa resolución ilegal.

En estas tres modalidades se exige expresamente en ese art. 329 que el autor sea autoridad o funcionario público y que actúe concurriendo un elemento subjetivo específico, ya que ha de actuar de ese modo activo u omisivo “a sabiendas”, es decir, debe saber que ese comportamiento es contrario a la normativa de aplicación, pudiendo ser de aplicación la jurisprudencia que el Tribunal Supremo ha ido asentando sobre dicho elemento subjetivo en el delito de prevaricación genérica del art. 404 del Código Penal.

En cuanto a la calidad de autoridad o funcionario público que se exige para ser autor de esas modalidades de tolerancia administrativa, hay que decir que el concepto o definición de funcionario público a los efectos penales se encuentra recogido en el art. 24 del Código Penal, que va mucho más allá del concepto administrativo que define tales condiciones. Así, será funcionario público, conforme a dicho precepto, todo aquel que participe de manera efectiva en el ejercicio de funciones públicas. Por consiguiente, si se participa en esas funciones se podrá ser autor de esa infracción, con independencia de que la relación entre ese servidor y la Administración no esté regulada en concreto por el derecho administrativo.

Sobre esta cuestión entendemos que cabe extender esa condición de funcionario al personal de las Entidades Colaboradoras de la Administración Ambiental (ECA), desde el momento en que estas realizan funciones públicas en virtud de una relación previa con la Administración, que las acredita, las regula y supervisa, pudiendo ser esas entidades sancionadas por esta en caso de defectuoso cumplimiento de sus funciones de inspección y control de las actividades susceptibles de contaminación.

En relación con el elemento subjetivo exigido en este delito (“a sabiendas”) hemos de tener en cuenta lo que dispone el art. 331 del Código Penal antes transcrito, que contempla la comisión por negligencia grave de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente previstos en los arts. 325 a 330 del Código Penal.

Hay sectores de la doctrina, e incluso algunas resoluciones de audiencias provinciales o tribunales superiores de justicia, que consideran que tal precepto no es de aplicación a estas modalidades de prevaricación y tole-

rancia ambiental del art. 329, precepto que exige expresamente, como se ha indicado, que el autor obre u omita “a sabiendas”. La argumentación se fundamenta, básicamente, en que la expresión “en su caso” del art. 331 se ha de entender en el sentido de que está excluyendo tal posibilidad por el carácter doloso expresamente tipificado en el art. 329, lo cual —entienden— impediría la figura de la imprudencia grave a esas modalidades. También se considera que la prevaricación genérica de autoridad o funcionario público (art. 404) y las otras formas especiales de prevaricación urbanística (art. 320) o contra el patrimonio histórico (art. 322) exigen siempre obrar “a sabiendas de su injusticia”, sin aparecer artículo alguno similar al referido 331 que permita la comisión de estos delitos por negligencia grave.

Sin embargo, se debe concluir que esa postura no es nada pacífica, y también es posible interpretar que esa cláusula contemplada en el art. 331 no excluye la modalidad imprudente en la prevaricación y tolerancia administrativa ambientales del art. 329, y una muestra de ello la encontramos en que la Sala Segunda del Tribunal Supremo así lo ha reconocido claramente en su Auto 369/2014, de 20 de febrero, resolución esta en la que no se cuestionó en modo alguno la aplicación de esa cláusula del art. 331 a la modalidad de la tolerancia ambiental del art. 329, y que no admitió un recurso de casación contra la sentencia que condenaba a un alcalde como autor de ese delito por imprudencia grave, al no haber hecho nada eficaz ante los ruidos molestos que generaba un bar musical de su municipio.

Se ha indicado que, en cuanto al delito del art. 329 del Código Penal, no se exige para su comisión a través de alguna de esas modalidades que la actividad objeto del informe favorable, sanción, inspección o autorización contrarias a derecho llegue a realizar alguno de los delitos contra el medio ambiente previstos en los arts. 325 a 326 bis del Código Penal. Tal exigencia no se deriva en modo alguno del contenido de aquel precepto. Y es que, si alguno de los comportamientos activos u omisivos del art. 329 sirve para amparar o permitir alguna de esas infracciones penales, entonces la autoridad o funcionario público también participará en ellas por comisión, en caso de informe favorable u otorgamiento de autorización ambiental ilícita, o por comisión por omisión, en los supuestos de silencio de la infracción o de no realización de las preceptivas inspecciones para comprobar la situación irregular. Obviamente, las autoridades y funcionarios competentes para el ejercicio preceptivo de esas potestades tienen una posición de garante legalmente establecida, a los efectos de evitar dichas situaciones de grave riesgo o daño ambiental constitutivas de los delitos medioambientales antes referidos.

7 Bibliografía

- Casado Casado, L. y Fuentes i Gasó, J. R. (dirs.). (2017). *Dret Ambiental Local de Catalunya*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Fundación Democracia y Gobierno Local. (2018). *Medio ambiente* (número especial de la revista *Cuadernos de Derecho Local –QDL–*, 46).
- Pelegrín López, A. (2013). La responsabilidad penal de los funcionarios públicos y autoridades en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, y contra el medio ambiente. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 33, 90-111.
- Vercher Noguera, A. (2022). *Delincuencia ambiental y empresas*. Madrid: Marcial Pons.

A stylized tree graphic in shades of pink and red. The tree has a thick trunk and several branches with oval-shaped leaves. A large, light pink circle is positioned at the base of the trunk on the left side. The text 'QDL64' is centered in the upper part of the tree's canopy.

QDL64

**CRÓNICA
JURISPRUDENCIAL**

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de septiembre a 31 de diciembre de 2023)*

VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

*Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
(Sala Tercera).*

*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Zaragoza*

1. Introducción

2. Régimen local y cuestiones generales

- 2.1. Legitimación de una Administración autonómica para requerir a una Administración local la revisión de oficio de un acto de esta
- 2.2. Órgano municipal competente para iniciar acciones judiciales en materia de expropiación forzosa
- 2.3. Posibilidad de excepción del trámite de consulta previa del artículo 133 LPACAP en la elaboración de ordenanzas
- 2.4. Plazo para la interposición de recurso contencioso-administrativo en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma por el COVID-19
- 2.5. Caducidad del procedimiento sancionador. Posibilidad de su declaración de oficio en sede judicial
- 2.6. Posibilidad de concesión de permisos con reducción de jornada, sin minoración retributiva, a los funcionarios locales
- 2.7. Límites a la revisión de oficio de los actos administrativos
- 2.8. Inspección Técnica de Edificios. Competencia de las profesiones tituladas. Ley de Ordenación de la Edificación
- 2.9. Cambio jurisprudencial y revisión de oficio de actos consentidos

* Crónica realizada sobre la base de las sentencias publicadas en el fondo documental del CENDOJ a fecha de 7 de febrero de 2024. En caso de existir algún pronunciamiento de interés, correspondiente a los últimos días de diciembre de 2023, que no haya sido publicado a la fecha de entrega de esta crónica, se incorporará a la crónica del próximo número de la revista.

- 2.10. Obligación de prestación del servicio de protección civil y salvamento marítimo en el ámbito de las playas y otras zonas de baño por los municipios de población inferior a 20 000 habitantes
- 2.11. Posibilidad de acceso de un funcionario denunciado al expediente de información previa o reservada
- 2.12. Uso de las lenguas cooficiales por un funcionario en el ámbito de actividad de una Administración pública

3. Empleo público

- 3.1. Carácter del silencio administrativo en la resolución de solicitudes de prolongación del servicio activo hasta los setenta años. Posibilidad de aplicación del Real Decreto 1777/1994
- 3.2. Valoración por antigüedad por los servicios prestados por el personal funcionario de carrera, respecto a los desempeñados como funcionario interino y en prácticas
- 3.3. Compatibilidad de la actividad de abogado del turno de oficio con el desempeño de un puesto en el sector público

4. Tributos

- 4.1. Declaración expresa de caducidad de un procedimiento de gestión tributaria y procedimiento de inspección
- 4.2. IBI. Interpretación de la exención prevista en el artículo 62.1.a) del TRLHL
- 4.3. ICIO. Cómputo del plazo de prescripción para solicitar la devolución de ingresos indebidos
- 4.4. ICIO. Necesidad de que la expedición de la licencia o la actividad de control que contempla el hecho imponible corresponda al ayuntamiento de la imposición
- 4.5. Comprobación de la valoración de una finca rústica. Dictamen de peritos. Necesidad de visita in situ
- 4.6. IBI. Exención. Rentas de alquiler provenientes de inmuebles afectos a la actividad del epígrafe 861.2. Entidades religiosas
- 4.7. Impuesto sobre bienes inmuebles. Devolución de ingresos indebidos. Alteración catastral por subsanación de deficiencias. Liquidaciones firmes

5. Urbanismo y medio ambiente: parques eólicos; procedimiento de evaluación de impacto ambiental; informes sectoriales y trámite de información pública

6. Contratos del sector público y otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia)

- 6.1. Subvenciones. Interés de demora en subvención, establecida por una norma con rango de ley

- 6.2. Contratación. Modificación de proyecto de obras con incremento significativo de su precio. Exclusión de la indemnización de daños y perjuicios por la suspensión de la ejecución. Límite del principio de riesgo y ventura del contratista
- 6.3. Transparencia. Solicitud de acceso a información pública a una Administración y prueba documental en los procedimientos judiciales
- 6.4. Contratación. Pagos derivados de la certificación final de las obras
- 6.5. Contratos. Caducidad en procedimientos de penalidades de contratos de larga duración
- 6.6. Subvenciones. Reintegro. Interrupción de la prescripción. Valor de mercado. Comprobación del valor de mercado
- 6.7. Acceso a la información pública. Carácter abusivo de la solicitud. Interés privado. Defensa del medio ambiente. Libertad de empresa

1

Introducción

En la presente crónica se ha tratado de compilar, con vocación sistemática, la principal doctrina jurisprudencial emanada de las distintas secciones de enjuiciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa al régimen jurídico y de funcionamiento de las entidades locales. Por ello, además de incluirse los principales pronunciamientos en los que, por estrictos motivos subjetivos, se hallan implicadas entidades locales (en los que, por lo común, se interpretan, directamente, aspectos del régimen jurídico local), también se incluye el análisis de otras sentencias que fijan doctrina jurisprudencial en materias generales que afectan a la praxis administrativa habitual de las entidades locales, ya sea en materia de contratos del sector público, ya en materia tributaria, en empleo público, urbanismo o en la actividad subvencional, entre otras. La crónica se presenta, por tanto, estructurada en epígrafes que agrupan pronunciamientos del Tribunal Supremo sistematizados por razón de la materia, enunciándose cada uno estos pronunciamientos con un título-resumen representativo de su contenido, sus antecedentes fácticos, la cuestión de interés casacional planteada, la normativa interpretada y, finalmente, la doctrina jurisprudencial que se fija en respuesta a la cuestión suscitada.

2

Régimen local y cuestiones generales

2.1

Legitimación de una Administración autonómica para requerir a una Administración local la revisión de oficio de un acto de esta

Nuevamente, el Tribunal Supremo se pronuncia, en su sentencia de 20 de noviembre de 2023 (rec. 1051/2022, ponente Carlos Lesmes Serrano), al hilo de determinar si cabe mantener la falta de legitimación de la Administración autonómica para requerir a la Administración local la utilización de la vía de la revisión de oficio de una licencia urbanística, aun en el caso de que esta legitimación pudiera estar amparada por la normativa autonómica, por resultar inexcusable acudir indefectiblemente al procedimiento de impugnación de actos y acuerdos previsto en el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, o si, por el contrario, se trata de procedimientos complementarios.

A este respecto, se identifican como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 31 y 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actualmente artículos 4 y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común), en relación con el artículo 65 y concordantes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de las Bases del Régimen Local, y 137.1 y 140 de la Constitución.

La Sala, a la hora de responder esta interesante cuestión, recuerda que ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un debate análogo al que se suscita en la presente casación, en concreto, en la STS de 24 de febrero de 2021 —recurso 8174/2019— que reconoce la legitimidad de la Administración autonómica para ejercitar la acción de revisión de oficio respecto de actos de los entes locales, en los supuestos en los que exista una previsión legal específica que atribuya a dicha Administración la facultad de instar la revisión de los actos nulos de pleno derecho, o declaración de lesividad de los actos anulables.

De esta forma, la Sala concluye (fijando doctrina jurisprudencial) que “la Administración autonómica carece en principio de legitimación para instar la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho emanados de la Administración local. Las razones de esta negativa fueron expresadas en las SSTs de 12 de abril de 2016 (recurso de casación 3550/2014) y de 26 de octubre de 2020 (recurso de casación 1443/2019) y a ellas nos remitimos. Sin embargo, parece deducirse de la cuestión casacional planteada

en el auto de admisión del recurso de casación que nuestra STS 250/2021, de 24 de febrero de 2021 (rec. 8174/2019) vino a establecer una excepción a la regla general anterior. Tal conclusión no es correcta. En el caso que allí se juzgaba la legitimación no se reconocía por interpretación extensiva de la legitimación contemplada en el artículo 102 de la Ley 30/1992, ni suponía hacer una reinterpretación de nuestra jurisprudencia anterior. Lo que la STS de 24 de febrero de 2021 hace es completar aquella doctrina jurisprudencial, al ampliar la legitimación cuando exista una previsión legal específica que se la atribuya expresamente a la Administración autonómica. Efectivamente, en el caso que se juzgaba en esa sentencia, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, la ley autonómica (Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto) ha previsto expresamente una concreta legitimación de la Administración autonómica, como garantía de la legalidad urbanística, para instar el procedimiento de revisión de oficio como mecanismo de control de la actividad desarrollada por los ayuntamientos en esa materia. En definitiva, la Generalitat de Cataluña tenía legitimación, no porque la sentencia reinterpretara el artículo 102 de la Ley 30/1992 (hoy 103 de la Ley 39/2015), sino porque esa legitimación le había sido atribuida específicamente por una norma con rango de ley para instar el procedimiento de revisión, en relación con los concretos actos que se indican, licencias y órdenes de actuación, y en cuanto incurran en la infracción de la propia Ley, de los planes urbanísticos o de las ordenanzas urbanísticas municipales”.

Todo ello lleva a la Sala a concluir que “la Administración autonómica, salvo que tenga la condición de interesada, carece de la facultad de instar de un Ayuntamiento que inicie la revisión de oficio de un acto, como es la concesión de una licencia municipal de obras, salvo que una norma con rango legal se la atribuya expresamente”.

2.2

Órgano municipal competente para iniciar acciones judiciales en materia de expropiación forzosa

La sentencia de 8 de noviembre de 2023 (rec. 4969/2022, ponente Ángeles Huet de Sande) fija una interesante doctrina jurisprudencial en la que, primeramente, se determina cuál es el órgano municipal —el pleno o el alcalde— que ostenta competencia en materia expropiatoria, pues ello determinará, en consecuencia, el competente para decidir el ejercicio de acciones judiciales en esa materia.

Así, la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar qué órgano municipal ostenta la competencia para el ejercicio de acciones judiciales en materia expropiatoria, en particular cuando se pretende impugnar un acuerdo de justiprecio del jurado de expropiación dictado en expediente de expropiación por ministerio de la ley. Consecuentemente, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 21.1.j), k) y s) y 22.2.j) y q) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; los artículos 41.22 y 27 y 50.14, 17 y 25 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales; el artículo 85 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, y el artículo 3.4 del Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.

Como respuesta a la cuestión casacional, la Sala afirma que, en virtud de la cláusula residual de atribución de competencia del artículo 21.1.s) LBRL, en relación con el artículo 21.1.k) LBRL, el alcalde tiene atribuciones para adoptar el acuerdo de decidir el ejercicio de acciones judiciales en materia expropiatoria y, en particular, cuando se pretende impugnar un acuerdo de justiprecio del jurado de expropiación dictado en expediente de expropiación por ministerio de la ley, para dar cumplimiento al requisito contemplado en el artículo 45.2.d) LJ.

2.3

Posibilidad de excepción del trámite de consulta previa del artículo 133 LPACAP en la elaboración de ordenanzas

Resolviendo el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de Cangas, la sentencia de 16 de noviembre de 2023 (rec. 7629/2021, ponente Dmitry Berberoff Ayuda) interpreta los artículos 49 de la LBRL y 133 de la Ley 39/2015, y da respuesta a una relevante cuestión de interés casacional consistente en esclarecer:

“[...] si en la elaboración de las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender al procedimiento previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a los efectos de discernir, en caso de no

cumplir con el trámite del artículo 133, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no”.

La Sala establece como doctrina jurisprudencial que la consulta previa a la que se refiere el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es obligatoria respecto de las ordenanzas locales que, como las reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, no afecten a materias de la disposición adicional primera LPACAP, salvo que pueda prescindirse de dicho trámite por causas legalmente previstas.

A efectos de una ordenanza local, son causas legalmente previstas para prescindir del trámite de consulta previa las contenidas en el primer párrafo del apartado cuarto del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al tener carácter de legislación básica; y, en su caso, las que establezca la correspondiente legislación autonómica.

2.4

Plazo para la interposición de recurso contencioso-administrativo en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma por el COVID-19

En un nutrido grupo de sentencias [por todas, sentencia de 24 de octubre de 2023 (rec. 2800/2022, ponente Esperanza Córdoba Castroverde)] la Sala da respuesta a una relevante cuestión de interés casacional en la que se requiere la interpretación de la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y la afectación de esta norma al plazo de 2 meses previsto en el artículo 46 de la LJCA para la interposición del recurso contencioso-administrativo. De esta forma, la cuestión que se plantea consiste en lo siguiente:

“Determinar si es posible declarar en sentencia la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo al haberse excedido el plazo de dos meses previsto en el artículo 46 LJCA, cuando los plazos procesales habían quedado suspendidos por mor de lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”.

La Sala, sobre la base de lo previamente dicho en la STS n.º 1509/2022, de 16 de noviembre, dictada en el rec. cas. n.º 484/2022, responde a la cuestión de interés casacional planteada y establece como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“[...] no resulta conforme a Derecho declarar en sentencia la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo por haberse excedido el plazo de dos meses previsto en el artículo 46 LJCA, cuando el escrito de interposición se presentó en un momento en que los plazos procesales habían quedado suspendidos en virtud de lo dispuesto en la Disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”.

2.5

Caducidad del procedimiento sancionador. Posibilidad de su declaración de oficio en sede judicial

En sentencia, de 18 de diciembre de 2023, dictada en el recurso de casación 4459/2022 (ponente Isaac Merino Jara), la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo responde la cuestión de interés casacional consistente en lo siguiente:

“Determinar si, en los supuestos en los que el tribunal sentenciador advierte la posible caducidad de un procedimiento sancionador, puede y debe proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad de que haya sido alegada previamente por alguna de las partes, previo trámite de audiencia”.

Aunque en el auto de admisión del recurso se invoca como norma objeto de interpretación el artículo 211.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dada la generalidad de la cuestión planteada, que excede, materialmente, del ámbito exclusivamente tributario, la sentencia sustenta su decisión, fundamentalmente, en el artículo 33 de la LJCA.

Así, como respuesta a la cuestión planteada, la Sala fija como doctrina jurisprudencial que, “en los supuestos en los que existan indicios suficientes de que se ha podido producir la caducidad del procedimiento sancionador, el tribunal sentenciador puede y debe proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad de que haya sido alegada por alguna de las partes, previo trámite de audiencia”.

2.6

Posibilidad de concesión de permisos con reducción de jornada, sin minoración retributiva, a los funcionarios locales

En la sentencia de 20 de diciembre de 2023 (rec. 770/2022, ponente Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo), se plantea ante el Tribunal Supremo la cuestión de si procede o no la concesión de permisos que suponen la reducción de jornada sin disminución de retribuciones a los funcionarios públicos de las corporaciones locales con base en la normativa autonómica, dada la regulación del artículo 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público. Cuestión coincidente con la planteada en los recursos de casación núms. 2594/2021 y 2634/2020, sobre los que se han dictado, respectivamente, sentencias de 29 de junio y 30 de junio de 2022, cuya doctrina debe reafirmarse o matizarse.

En este sentido, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en relación con el artículo 149.1.18 de la Constitución.

Con remisión expresa a las citadas sentencias de 29 y 30 de junio de 2022 —cuya doctrina se confirma—, la Sala, en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, concluye que la concesión de la reducción de jornada a los funcionarios de las corporaciones locales debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público.

2.7

Límites a la revisión de oficio de los actos administrativos

La sentencia de 21 de noviembre de 2023 (rec. 7189/2021, ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva) resuelve el recurso de casación deducido por la Abogacía del Estado, en el que se cuestiona “si la existencia de un plazo prolongado de tiempo entre el acto administrativo y el momento en el que se formula la solicitud de revisión de oficio, constituye de forma automática requisito suficiente para entender vulnerada la equidad, buena fe y el derecho de los particulares o las leyes; límites a la revisión de oficio previstos en el artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Adminis-

trativo Común de las Administraciones Públicas, o es necesario analizar las circunstancias concurrentes durante el lapso de tiempo previo a la solicitud para atribuirle efectos a la reacción extemporánea”.

Consecuentemente, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española, y los artículos 47.1 a), 106.1 y 110 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, todo ello en el marco de los artículos 137 y 149.1.18 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional en la materia.

La Sala, reafirmando su jurisprudencia, argumenta que el artículo 110 de la Ley 39/2015 permite que puedan ser atemperados los efectos de la revisión de oficio de los actos nulos, manteniendo estos, cuando por el tiempo transcurrido el ejercicio de la revisión pueda ser contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. En este sentido, en el caso enjuiciado, la revisión de oficio se planteó el 11 de diciembre de 2019, cuando había transcurrido un tiempo excesivo, a pesar de que era pública y notoria la nulidad de bases idénticas a la aquí controvertida, declarada en otros procesos selectivos por sentencias de este tribunal. La seguridad jurídica que propugna el artículo 9.3 de la Constitución requiere, en circunstancias como las descritas, entender aplicable la salvedad que el legislador, antes en el artículo 102 de la Ley 30/1992 y ahora en el artículo 110 de la Ley 39/2015, ha previsto como límite a la revisión de oficio de actos nulos por el tiempo transcurrido. Por todo ello, la Sala concluye lo siguiente:

“A la cuestión que plantea interés casacional hemos de responder que el transcurso de un período prolongado de tiempo entre el acto administrativo y el momento en el que se formula la solicitud de revisión de oficio, no es por sí sólo motivo suficiente para impedir la revisión de oficio de actos nulos pero sí en atención a las circunstancias concurrentes”.

2.8

Inspección Técnica de Edificios. Competencia de las profesiones tituladas. Ley de Ordenación de la Edificación

La sentencia de 18 de septiembre de 2023 (rec. 8142/2021, ponente Diego Córdoba Castroverde) resuelve el recurso de casación deducido por el letrado municipal del Ayuntamiento de Bilbao en el que se cuestiona si la Ley de Ordenación de la Edificación contiene una reserva a favor de determinados profesionales (arquitectos y arquitectos técnicos) para la emisión de informes de inspección técnica de edificios residenciales, y otras actua-

ciones análogas, y, de ser así, si tal reserva resulta conforme a los principios de necesidad y de proporcionalidad cuyo respeto imponen tanto la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Consecuentemente, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 3, 10.2 a), 12.3 a) y 13.2 a) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en relación con lo dispuesto en los artículos 5 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La Sala, reafirmando su jurisprudencia sobre la cuestión —SSTS 31/2022, de 18 de enero (rec. 3674/2019); 317/2022, de 14 de marzo (rec. cas. 1082/2021); 324/2022, de 14 de marzo (rec. 2470/2019); 364/2023, de 21 de marzo (rec. 7722/2021), y 374/2023, de 21 de marzo (rec. 2863/2021)—, concluye lo siguiente:

“De conformidad con lo razonado en el precedente fundamento jurídico, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que reiterando la doctrina fijada en las sentencias antes reseñadas procede afirmar que los artículos 3, 10.2 a), 12.3 a) y 13.2 a) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, deben interpretarse en el sentido de que establecen una reserva competencial de actividad para la emisión de los informes de inspección técnica de edificios en favor de los arquitectos y aparejadores y arquitectos técnicos, que se revela compatible con las exigencias establecidas en el artículo 5 de la 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en cuanto cabe apreciar que concurre una razón imperiosa de interés general vinculada a la seguridad de las personas, que justifica la restricción al ejercicio de esta actividad por otros profesionales, en los términos del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y de la Directiva de Servicios y el resto de normas de la Unión Europea, lo que hace innecesario el planteamiento de cuestión prejudicial alguna”.

2.9

Cambio jurisprudencial y revisión de oficio de actos consentidos

La sentencia de 6 de noviembre de 2023 (rec. 6841/2020, ponente José Luis Requero Ibáñez) resuelve el recurso deducido por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la sentencia n.º 123/2020, de 28 de julio, dictada por

la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Se plantean, como cuestiones de interés casacional para la formación de jurisprudencia, las siguientes:

El objeto de este recurso de casación consiste, desde la perspectiva del interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, en determinar: (i) si es o no necesario seguir los trámites del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos en la hipótesis de que exista un acto consentido y firme que pudiera dar lugar a una situación jurídica consolidada, dejados sin efecto a raíz de una infracción jurídica avalada por un pronunciamiento judicial firme; y (ii) en el supuesto de que sea innecesaria dicha acción de nulidad, si el cambio jurisprudencial subsiguiente al reconocimiento de la referida infracción jurídica ha de producir efectos pro futuro o efectos retroactivos.

La Sala, tomando en consideración como precedentes necesarios las sentencias 1563 y 1566/2022, ambas de 25 de noviembre (recursos de casación 5410/2019 y 2509/2020), da respuesta a las dos cuestiones planteadas, fijando la siguiente doctrina:

“A la primera de las preguntas formuladas por el auto de admisión, de acuerdo con lo que se ha dicho antes, hemos de responder que los actos administrativos consentidos, por no haber sido objeto de recurso en el plazo establecido y cuya nulidad de pleno Derecho se afirme, solamente podrán ser removidos mediante el procedimiento de revisión de oficio previsto por el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

La respuesta a la segunda pregunta ha de ser que los efectos de la declaración de nulidad han de operar desde el momento en que se dictó la resolución que la padece, sin perjuicio de los límites establecidos por la Ley en materia de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública y de los sentados por el apartado 4 de la disposición derogatoria de la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales”.

2.10

Obligación de prestación del servicio de protección civil y salvamento marítimo en el ámbito de las playas y otras zonas de baño por los municipios de población inferior a 20 000 habitantes

Resolviendo el recurso de casación deducido por la Federación Canaria de Municipios (FECAM), la sentencia de 27 de septiembre de 2023 (rec.

7609/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez) interpreta los artículos 25.2.f) y 26.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) en relación con los artículos 110.i) y 115.d) de la Ley 28/1988, de 28 de julio, de Costas, y da respuesta a la cuestión de interés casacional consistente en esclarecer:

“[...] si la prestación del servicio de protección civil y salvamento marítimo en el ámbito de las playas y otras zonas de baño es una competencia propia de los municipios que debe ser prestada por los municipios de población inferior a 20.000 habitantes; en caso de respuesta negativa, determinar cuáles son los requisitos para que se pueda imponer esta competencia a los citados municipios o, en su caso, transferirla o delegarla en los mismos. 3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 25.2.f) y 26.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) en relación con los artículos 110.i) y 115.d) de la Ley 28/1988, de 28 de julio, de Costas”.

La Sala, con una interesante argumentación, considera que el artículo 115.d) de la Ley de Costas “no atribuye por sí mismo la competencia aquí considerada, ni impone ningún deber a los municipios. Lo único que hace es remitirse a la legislación autonómica para que, si esta lo considera oportuno, encargue a los municipios el ejercicio de determinadas funciones en las playas con zonas de baño. El deber municipal en esta materia no viene establecido por el citado precepto de la Ley de Costas. Es más: si esta dice algo al respecto es seguramente porque, tratándose de playas, la protección civil —que es el título competencial aquí relevante— ha de realizarse por definición sobre dominio público estatal. Configurar el Decreto 116/2018 como un reglamento (autonómico) ejecutivo de la ley (estatal) reguladora del demanio costero es, por ello, una interpretación excesivamente alambicada y carente de justificación. De aquí se sigue que, en el presente caso, el requisito de la determinación mediante norma con rango de ley de una competencia propia y de los correspondientes servicios no ha sido observado; lo que implica la nulidad del Decreto 116/2018, por vulneración de una norma de rango superior recogida en la legislación básica de régimen local”.

Bajo esta consideración, el Tribunal establece como doctrina jurisprudencial que la imposición a los municipios con menos de 20 000 habitantes del deber de prestar el servicio de vigilancia y seguridad en playas con zonas de baño debe hacerse observando las condiciones establecidas en los apartados tercero y cuarto del artículo 25 de la LBRRL, a saber: mediante norma con rango de ley y con previsión de dotación financiera suficiente.

2.11

Posibilidad de acceso de un funcionario denunciado al expediente de información previa o reservada

Resulta de notable interés la sentencia de 25 de septiembre de 2023 (rec. 8072/2020, ponente Celsa Pico Lorenzo), en cuanto contribuye al esclarecimiento y la conformación de la naturaleza jurídica de la información reservada en el procedimiento disciplinario, y a la determinación del concepto de persona interesada en el acceso a la información reservada cuando no forma parte del expediente disciplinario. De esta forma, se responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar “el alcance del acceso a la información reservada cuando no forma parte del expediente disciplinario”.

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 53 y 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La Sala, tras una trascendente argumentación, establece como doctrina jurisprudencial en respuesta a la cuestión de interés casacional que “el funcionario denunciado respecto al que se ha incoado una información previa o reservada, aunque luego no fuere sancionado, tiene derecho a acceder a dicho expediente”.

2.12

Uso de las lenguas cooficiales por un funcionario en el ámbito de actividad de una Administración pública

Mediante su sentencia de 20 de noviembre de 2023 (rec. 7406/2021, ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva), el Tribunal Supremo resuelve un controvertido asunto, relativo al uso de las lenguas cooficiales en el ámbito de las Administraciones públicas.

Admitido el recurso de casación mediante auto de 19 de enero de 2023, se declara que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en lo siguiente:

“Determinar si existe quiebra del principio de cooficialidad de lenguas previsto en el artículo 3 de la Constitución y en el artículo 5 del Estatuto de Autonomía de Galicia, si se interpreta por un órgano de la administración gallega, que el uso general de la lengua autonómica para la redacción de todo tipo de documentos relacionados con el ejercicio de la función docente, debe ser el gallego de forma exclusiva, o esa previ-

sión de uso general del gallego no impide la utilización indistinta del castellano y de la lengua cooficial autonómica”.

Las circunstancias fácticas que conforman el supuesto vienen determinadas por “las advertencias recibidas por el recurrente, funcionario de la Xunta de Galicia, de empleo exclusivo de la lengua gallega y, así, prohibición del uso de la lengua española en las comunicaciones internas del centro de enseñanza”. El escrito de interposición del recurrente prosigue “con el repaso a las resoluciones administrativas dictadas en respuesta a su solicitud y con los fundamentos y fallos de las sentencias de instancia y de apelación. Luego, resalta que reclama su derecho como funcionario autonómico de un centro educativo público a usar la lengua castellana”.

La Sala, sobre la base de estas circunstancias fácticas, da respuesta a la cuestión que presenta interés casacional, afirmando que “[e]l objetivo de normalizar el uso de las lenguas españolas distintas del castellano es plenamente conforme con la Constitución y así lo han declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional y esta Sala [...] por lo que [d]e acuerdo con lo que se acaba de decir, debemos responder a la pregunta que nos ha formulado la Sección Primera diciendo que, en el supuesto de autos, no se ha quebrado el principio de cooficialidad previsto en los artículos 3 de la Constitución y 5 del Estatuto de Autonomía de Galicia”.

3

Empleo público

3.1

Carácter del silencio administrativo en la resolución de solicitudes de prolongación del servicio activo hasta los setenta años. Posibilidad de aplicación del Real Decreto 1777/1994

La cuestión que presenta interés casacional objetivo y que se resuelve en la sentencia de 5 de diciembre de 2023 (rec. 6441/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez) consiste en lo siguiente:

“Determinar el régimen aplicable, en cuanto al plazo y sentido del silencio administrativo, en las solicitudes de prolongación del servicio activo hasta los setenta años de edad a la luz de lo dispuesto en el Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

La Sala desestima el recurso de casación y establece como doctrina jurisprudencial que el artículo 2.k) del Real Decreto 1777/1995 no resulta aplicable al supuesto contemplado en el presente caso —prolongación del servicio activo hasta los setenta años—. La razón resulta perfectamente comprensible, y es que, “al elaborar los listados de procedimientos en materia de gestión de personal en que el silencio administrativo debe tener uno u otro sentido, la citada disposición reglamentaria no contempló el procedimiento relativo a la solicitud de permanencia en el servicio activo tras alcanzar la edad de jubilación sencillamente porque dicho procedimiento administrativo no existía en aquel momento”. Por ello, la Sala concluye que la “respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo es que, en supuestos como el aquí examinado, el Real Decreto 1777/1995 no es obstáculo al sentido positivo del silencio administrativo”.

3.2

Valoración por antigüedad por los servicios prestados por el personal funcionario de carrera, respecto a los desempeñados como funcionario interino y en prácticas

En la sentencia de 22 de noviembre de 2023 (rec. 3006/2022, ponente Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo) se plantea ante el Tribunal Supremo la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en “revisar, precisar y en su caso matizar la jurisprudencia sobre los criterios adoptados en el R.D 1451/2005, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de trabajo y Promoción Profesional del Personal Funcionario al Servicio de la Administración de Justicia, concretamente si resulta justificado objetivamente y no es discriminatorio el criterio de no otorgar valoración alguna por antigüedad por los servicios prestados por el personal funcionario de carrera, en cuanto a los desempeñados como funcionario interino y en prácticas, por tanto anteriormente a su nombramiento como funcionario de carrera, y si tal criterio es conforme con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada”.

La respuesta a esta relevante cuestión de interés casacional es que “el mérito de antigüedad contemplado en el artículo 48.1.a) del Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de trabajo y Promoción Profesional del Personal Funcionario al Servicio de la Administración de Justicia, en referencia al tiem-

po de servicios prestados por personal interino, no puede ser objeto de valoración diferente que el trabajo desarrollado por funcionarios de carrera, ya sea obviando el desarrollado por aquellos, ya sea confirmando al mismo menor puntuación, siempre y cuando se refiera a los mismos puestos de trabajo mediante la realización de las mismas o asimiladas funciones. La solución contraria a la expuesta supondría incurrir en el trato discriminatorio que proscribire la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los términos expuestos en el fundamento anterior”.

3.3

Compatibilidad de la actividad de abogado del turno de oficio con el desempeño de un puesto en el sector público

En la sentencia de 16 de noviembre de 2023 (rec. 912/2020, ponente Celsa Pico Lorenzo) se plantea la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar “si la compatibilidad otorgada para el ejercicio de la actividad profesional como abogada del turno de oficio mientras se está ocupando un puesto de trabajo del sector público, infringe el art 1.3 de la ley 53/1984”.

En este sentido, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 1.3 y 11.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La Sala, confirmando la solución dada por una anterior STS de 8 de junio de 1999, recurso de casación 21369/1995, responde a la cuestión de interés casacional planteada sobre la base de lo contenido en el artículo 520 de la LECrim, en el que se establece que el abogado designado “acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo”, concluyendo que “resulta patente que la nueva redacción hace más imposible si cabe, por razón del horario de trabajo de la funcionaria demandante en instancia, atender a la asistencia letrada al detenido y al turno de oficio que obligaría a modificar su jornada de trabajo y horario lo que veda el artículo 14 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre”. Por todo ello, la Sala estima que “la respuesta a la cuestión suscitada es que no cabe otorgar compatibilidad para el ejercicio de la actividad profesional como abogada del turno de oficio mientras la solicitante este ocupando un puesto de trabajo del sector público, cuyo horario le impida cumplir con las obligaciones propias del mismo al ejercer la abogacía”.

4 Tributos

4.1

Declaración expresa de caducidad de un procedimiento de gestión tributaria y procedimiento de inspección

La sentencia de 21 de septiembre de 2022 (rec. 8213/2021, ponente Dimitry Berberoff Ayuda) responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente en lo siguiente:

“1. Aclarar, interpretando el artículo 104.5 LGT, en relación con lo previsto en el artículo 103.2 del mismo texto legal, si la declaración expresa y formal de caducidad transcurrido el plazo máximo legal para resolver en los procedimientos de gestión tributaria, tiene carácter facultativo u obligatorio para la Administración.

2. Determinar si en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en los supuestos en los que el contribuyente opte por presentar una declaración en lugar de una autoliquidación, las funciones inspectoras previstas en el artículo 141 LGT quedan condicionadas o limitadas de alguna manera y, en particular, si es necesario iniciar el procedimiento de inspección y liquidar antes de que transcurra el plazo de seis meses, o la Administración Tributaria debe dejar transcurrir el referido plazo para declarar formalmente la caducidad y luego iniciar el procedimiento inspector.

3. En función de la respuesta que se dé a las anteriores preguntas, precisar si la falta de declaración expresa de caducidad de un procedimiento de gestión tributaria iniciado mediante declaración, relativo a un determinado concepto tributario (obligación tributaria o elemento de la obligación tributaria) y período impositivo, determina la invalidez del inicio de un ulterior procedimiento de inspección respecto de dicho concepto tributario (obligación tributaria o elemento de la obligación tributaria) y período impositivo”.

La Sala desestima el recurso de casación y concluye, en respuesta a las cuestiones de interés casacional planteadas, lo siguiente:

“Aunque la caducidad acontece por el mero transcurso del plazo legalmente establecido, por tanto, con independencia de que exista una declaración de caducidad, la Administración Tributaria está obligada a declarar la caducidad de forma expresa, transcurrido el plazo máximo legal para notificar la correspondiente liquidación en el procedimiento de gestión tributaria iniciado por declaración.

Sin declaración expresa de caducidad de un procedimiento de gestión tributaria iniciado mediante declaración, relativo a un determinado concepto tributario (obligación tributaria o elemento de la obligación tributaria) y período impositivo, no es posible iniciar un ulterior procedimiento de inspección respecto de dicho concepto tributario (obligación tributaria o elemento de la obligación tributaria) y período impositivo. Tampoco cabe incorporar en ese nuevo procedimiento los documentos y elementos de prueba obtenidos en el procedimiento caducado”.

4.2

IBI. Interpretación de la exención prevista en el artículo 62.1.a) del TRLHL

Las sentencias de 14 de diciembre de 2023 (rec. 2587/2022) y de 18 de diciembre de 2023 (rec. 3361/2022, ponente Esperanza Córdoba Castroverde) resuelven sendos recursos de casación en los que se lleva a cabo una interpretación de la exención prevista en el artículo 62.1.a) del TRLHL, a consecuencia de dos recursos preparados por la Embajada de la República Federal de Alemania.

Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo y que se resuelven en las referidas sentencias son las siguientes:

“1. Determinar si la exención en el IBI prevista en el artículo 62.1.a) del TRLHL alcanza a la construcción de aquellos bienes inmuebles directamente afectos a alguno de los servicios previstos en dicho precepto en aquellos supuestos en los que la titularidad del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, según proceda, se corresponda con un derecho de superficie.

2. En el caso de responder afirmativamente a la anterior cuestión, determinar si, a la luz de la libertad de circulación de capitales prevista en el artículo 63 del TFUE, debe considerarse que la exención en el IBI prevista en el artículo 62.1.a) del TRLHL es aplicable a otros Estados de la Unión Europea”.

La Sala estima el recurso de casación y, como respuesta a las cuestiones de interés casacional formuladas, se establece como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“[...] En definitiva, en contra de la postura de la sentencia recurrida, la interpretación de los artículos 62.1.a) del TRLHL y 53 TRLSRU a la luz de nuestra doctrina jurisprudencial, nos lleva a concluir que la exención del artículo 62.1.a) TRLHL alcanza también a la parte de la construcción de los bienes

inmuebles de los que el Estado español, las comunidades autónomas y las entidades locales sean propietarios (temporales) en virtud de un derecho de superficie, siempre y cuando se encuentren también afectos a alguna de las concretas actividades a las que se refiere el precepto. En la presente ocasión ello es así, puesto que, como ya se dijo por la recurrente y no ha sido contradicho por la recurrida la aplicación de esta exención, prevista en el artículo 62.1.a) TRLHL, respecto del terreno del colegio ya fue estimada por el Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid ('TEAM de Madrid') en su resolución de 25 de septiembre de 2020. Por lo tanto, señala la Embajada alemana, 'la cuestión jurídica debatida en este recurso ha quedado circunscrita exclusivamente a la aplicación de la mencionada exención sobre la construcción del Colegio y, en concreto, al análisis sobre la concurrencia del requisito subjetivo necesario para su aplicación, toda vez que el cumplimiento del requisito objetivo (i.e. que el inmueble esté *directamente afecto* a los servicios educativos) ya fue admitido por el TEAM de Madrid al reconocer la aplicación de la exención sobre el terreno del Colegio'.

Esto es, el requisito objetivo previsto en el artículo 62.1 a) TRLHL, no llegó, propiamente a discutirse, puesto que puede interpretarse que, en efecto, fue reconocido. Eso nos impide analizar si, realmente, el Estado español disfrutaría, en las circunstancias del presente asunto, de dicha exención y, en segundo lugar, y ahora sí, si, en ese caso, también cabría reconocerle dicha exención al Estado alemán. Si esto es así, no es preciso que entremos a valorar la hipotética discriminación que se produciría si no se hubiera reconocido, de manera que, como ya hemos manifestado en diversas ocasiones (recientemente, sentencia del Tribunal Supremo 1266/2023, de 16 de octubre, RC 3724/2022), sin perjuicio que se fije, de tener ocasión, doctrina legal sobre la cuestión seleccionada de interés casacional objetivo en el auto de admisión, las circunstancias de este recurso no ofrecen una base jurídica y fáctica para un pronunciamiento con fijación de doctrina jurisprudencial con el alcance general que plantea la cuestión de interés casacional, que pudiendo proyectarse sobre el caso concreto, lo resolviera”.

4.3

ICIO. Cómputo del plazo de prescripción para solicitar la devolución de ingresos indebidos

La sentencia de 23 de octubre de 2023 (rec. 3935/2022, ponente Isaac Merino Jara) resuelve el recurso deducido por una mercantil contra sentencia dictada el

18 de marzo de 2022, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

El objeto de este recurso de casación consiste, desde la perspectiva del interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, en determinar si, a efectos de fijar el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción para solicitar la devolución de ingresos indebidos del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras —en aquellos casos en los cuales las obras no se ejecutan, por desistimiento del solicitante—, debe atenderse al transcurso del plazo de otorgamiento de la licencia —o, en su caso, de su prórroga—, o es necesario un acto formal de declaración de caducidad de esta por parte del ayuntamiento, sin el cual no llegaría a acaecer dicho *dies a quo*. En este sentido, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 66.c) y 67.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT), y 100.1 y 102.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004 (TRLRHL).

La Sala, tomando en consideración como precedente necesario la sentencia de la Sala Tercera (Sección Segunda) de fecha 4 de noviembre de 2020 (recurso 1869/2018), da respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, fijando como doctrina jurisprudencial que, “a efectos del *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción para solicitar la devolución de ingresos indebidos del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, en aquellos casos en los que las obras no se ejecutan por desistimiento del solicitante, es necesario que exista un acto expreso de desistimiento o renuncia por el solicitante de la licencia de obras, o un acto formal de declaración de la caducidad de la licencia por parte del Ayuntamiento, pues tales actos suponen la constancia de que la obra no se va a ejecutar y que, por tanto, no se va a realizar el hecho imponible del citado impuesto”.

4.4

ICIO. Necesidad de que la expedición de la licencia o la actividad de control que contempla el hecho imponible corresponda al ayuntamiento de la imposición

La sentencia, de 20 de noviembre de 2023 (rec. 920/2020, ponente Dimitry Berberoff Ayuda), responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en lo siguiente:

“Determinar si la autorización administrativa autonómica a la que se refiere el apartado 4 del artículo 6-bis de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, puede considerarse equiva-

lente o sustituir a la licencia de obras o urbanística a las que se refiere el artículo 100 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a los efectos de conformar el hecho imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras”.

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación: (i) los artículos 14 y 140 de la Constitución Española; (ii) el artículo 18.1 c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el concepto de vecino asociado a la inscripción en el padrón municipal del artículo 15 LBRL; y (iii) los artículos 30 y 31 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en relación con los artículos 149.1 y 150 del mismo texto legal.

La Sala reitera la doctrina jurisprudencial fijada en la STS de 19 de enero de 2023 (rec. 8312/2019) a partir de la declaración de inconstitucionalidad de la STC 133/2022 respecto del artículo 6.bis.4 de la Ley canaria 11/1997, de 2 de diciembre. De esta forma, y en interpretación del artículo 100 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales –TRLHL–, concluye lo siguiente:

“[...] resulta obvio que la cuestión de interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, consistente en determinar si la autorización administrativa autonómica a la que se refiere el apartado 4 del artículo 6-bis de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, puede considerarse equivalente o sustituir a la licencia de obras o urbanística a las que se refiere el artículo 100 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a los efectos de conformar el hecho imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, merece una inequívoca respuesta determinante de la nulidad de la liquidación impugnada en la instancia, toda vez que se ha gravado con el citado impuesto –ICIO– un hecho ajeno a los taxativamente regulados en el mencionado artículo 100. La interpretación extensiva del hecho imponible, mediante el gravamen de un hecho ajeno a la tipificación que recoge el art. 100.1 TRLHL, al establecerse que las obras o instalaciones sometidas a una autorización autonómica de instalación, actividad o funcionamiento, deben quedar incluidas en el ámbito objetivo de ese precepto, es indebida y está aquejada de inconstitucionalidad, conforme ha establecido al respecto el Tribunal Constitucional en respuesta al auto de planteamiento de cuestión, promovido por esta Sala.

En consecuencia, la liquidación municipal impugnada en la instancia es nula, como también lo son las dos sentencias de instancia y apelación, al haberse gravado por el ICIO un hecho imponible definido en una norma autonómica, declarada inconstitucional por el TC’.

De acuerdo con la argumentación expresada debemos estimar el recurso de casación, decretando la nulidad de la liquidación impugnada, por haber sido practicada sobre la base de un precepto legal inconstitucional”.

4.5

Comprobación de la valoración de una finca rústica. Dictamen de peritos. Necesidad de visita *in situ*

En la sentencia de 30 de octubre de 2023 (rec. 1571/2022, ponente Isaac Merino Jara) se plantea como cuestión de interés casacional:

“Determinar si, a diferencia de la tasación de viviendas u otros inmuebles de naturaleza urbana, donde salvo justificadas excepciones se precisa la visita *in situ* para conocer el estado de conservación del inmueble, cuando se trata de una finca rústica no resulta necesaria tal visita, en el supuesto de que conste en el dictamen del perito que se ha empleado como fuente de información los datos contenidos en una aplicación o base informática de carácter técnico, como puede ser el Sistema de Información Geográfica de Parcelas Agrícolas (SIGPAC) u otras semejantes”.

En el auto de admisión del recurso se identificaron como normas jurídicas objeto de interpretación “los artículos 57.1, 103.3 y 134 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre”.

La Sala, en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, fija como doctrina jurisprudencial que, “cuando se trata de la valoración del perito de la administración de una finca rústica, se precisa la visita *in situ*, salvo que se justifique lo contrario, no bastando que se refleje por dicho perito en su informe que se han empleado, como fuente de información, los datos contenidos en una aplicación o base informática de carácter técnico, como puede ser el Sistema de Información Geográfica de Parcelas Agrícolas (SIGPAC) u otras semejantes, máxime cuando no existe constancia suficiente en las actuaciones de la utilización de tales aplicaciones o bases informáticas”.

4.6

IBI. Exención. Rentas de alquiler provenientes de inmuebles afectos a la actividad del epígrafe 861.2. Entidades religiosas

En sentencia, de 13 de diciembre de 2023, dictada en el recurso de casación 1826/2022 (ponente Isaac Merino Jara), la Sección Segunda de la Sala Terce-

ra del Tribunal Supremo responde la cuestión de interés casacional consistente en lo siguiente:

“Determinar, a la luz de la STJUE de 27 de junio de 2017, que interpreta el artículo 107.1 TFUE, si la percepción de rentas de alquiler provenientes de inmuebles afectos a la actividad del epígrafe 861.2 (alquiler de locales por tanto, no afectos a una actividad estrictamente religiosa), debe considerarse o no rentas exentas del Impuesto sobre Sociedades y, por tanto, exentas del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y, en consecuencia, si la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular la STS de 4 de abril de 2014 (recurso 653/2013) queda o no superada por la citada doctrina del TJUE”.

Son objeto de interpretación: los artículos 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; 24.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; y 15.1 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

Como respuesta a la cuestión planteada, y sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular la STJUE de fecha 27 de junio de 2017 (asunto C-74/16, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania y Ayuntamiento de Getafe, ECLI: EU:C:2017:496), la Sala establece como doctrina jurisprudencial que “la imposibilidad de atribuir carácter selectivo a la aludida exención fiscal excluye la posibilidad de que pueda falsear o amenace falsear la competencia y, en consecuencia, el reconocimiento de dicha exención como ayuda de Estado. Por todo lo dicho, fijamos como doctrina que a la luz de la STJUE de 27 de junio de 2017, C-74/16, Betania, que interpreta el artículo 107.1 TFUE, la percepción de renta de alquiler provenientes de inmuebles afectos a la actividad del epígrafe 861.2 (alquiler de locales por tanto, no afectos a una actividad estrictamente religiosa), debe considerarse renta exenta del impuesto sobre sociedades y, por tanto, exenta del impuesto sobre bienes inmuebles y, en consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular la STS de 4 de abril de 2014 (recurso 653/2013) no contraviene el derecho de la Unión Europea”.

4.7

Impuesto sobre bienes inmuebles. Devolución de ingresos indebidos. Alteración catastral por subsanación de deficiencias. Liquidaciones firmes

Resolviendo el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, la sentencia de 19 de diciembre de 2023 (rec. 5519/2022,

ponente José Antonio Montero Fernández) interpreta los artículos 221.3 y 224.1, párrafo 3.º, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y da respuesta a una relevante cuestión de interés casacional consistente en lo siguiente:

“[e]n aquellos supuestos en los que, como consecuencia de un procedimiento de subsanación de deficiencias del artículo 18 TRLCI, se reduce el valor catastral de un inmueble que afecta a liquidaciones firmes del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, determinar si es posible solicitar directamente la devolución del ingreso indebido derivado de lo anterior sin instar, respecto de las liquidaciones, un procedimiento de revisión de los previstos en el artículo 221.3 de la LGT, todo ello con base en lo dispuesto en el artículo 224.1, párrafo 3º de la LGT”.

Tras una profusa argumentación, la Sala alcanza las siguientes conclusiones, que conforman la doctrina jurisprudencial interpretativa sobre los preceptos cuestionados:

a) El hecho de que el valor catastral resultante de un procedimiento de subsanación de deficiencias (del artículo 18 TRLCI) proyecte sus efectos hacia el futuro en el ámbito puramente catastral no significa que quepa admitir la licitud de una deuda tributaria basada en un valor luego declarado erróneo por la Administración.

b) Que el procedimiento de devolución de ingresos indebidos (art. 221 LGT) es idóneo como instrumento jurídico para recuperar el exceso de lo satisfecho por tales impuestos aquí concernidos —IBI y IIVTNU— cuando, por resolución administrativa posterior a su autoliquidación, el valor catastral sobre cuya base se abonaron resulta disconforme con el valor económico o la realidad física o jurídica de la finca.

c) Que denegar la devolución de lo abonado en exceso, con el argumento de que los valores catastrales se rectifican sin efectos retroactivos, por aplicación del artículo 18 TRLCI, cuando se es consciente de que, como consecuencia del error fáctico de superficie —y, al reducirse ésta, de valor del inmueble— que ha sido rectificado se ha satisfecho una cuota superior a la debida, quebranta el principio de capacidad económica y, si consta —como aquí sucede—, un término de comparación válido, también el principio de igualdad, siempre que el error que se subsana ya existiera en los periodos a que se refieren los ingresos que se reputan indebidos”.

5

Urbanismo y medio ambiente: parques eólicos; procedimiento de evaluación de impacto ambiental; informes sectoriales y trámite de información pública

La sentencia de 21 de diciembre de 2023 (rec. 3303/2022, ponente Ángeles Huet de Sande) resuelve un complejo y trascendente asunto en el que se plantea, como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la consistente en determinar si los informes sectoriales que se requieran para la tramitación de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental deben recabarse antes de someter el proyecto y el estudio de impacto ambiental al trámite de información pública.

En este sentido, se identifican como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 36.1 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, y 6.3 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

La interpretación que fija esta sentencia como respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es que “la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, modificada por la Directiva 2014/52/UE, y la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, no imponen que, en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria de proyectos, antes de la información pública deba realizarse el trámite de consultas a las autoridades, sin que ello excluya que las particularidades que puedan concurrir reclame la puesta a disposición del público de alguna información que haya debido ser recabada previamente de las Administraciones afectadas por el proyecto, por demandarlo, en las circunstancias del caso, la efectividad de su participación; ello demandará el imprescindible esfuerzo argumental sobre la incidencia de la omisión de tal información en la efectividad del derecho a la participación del público en el procedimiento ambiental”.

6

Contratos del sector público y otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia)

6.1

Subvenciones. Interés de demora en subvención, establecida por una norma con rango de ley

Mediante su sentencia de 20 de diciembre de 2023 (rec. 5202/2022, ponente Eduardo Espín Templado), el Tribunal Supremo responde a una cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consistente en lo siguiente:

“Determinar si en los supuestos de determinación legal de una cuantía a abonar en concepto de subvención, establecida por una norma con rango de ley, procede el abono de intereses de demora en favor del beneficiario de la subvención desde la fecha de su solicitud, atendiendo a la falta de existencia de una cantidad vencida, líquida y exigible, o si su exigencia nace en el momento en que se produce el reconocimiento de la obligación derivado de la disposición legal que así lo establezca”.

En respuesta a esta cuestión de interés casacional planteada, la Sala Tercera se remite expresamente a su sentencia n.º 1419/2023, de 13 de noviembre, dictada en el recurso de casación 2290/2022. Así, declara que “los artículos 22.2.b), 28 y 34 de la Ley General de Subvenciones y 21, 24 y 73.4 de la Ley General Presupuestaria, en relación con los artículos 1100 y 1108 del Código Civil, deben interpretarse en los supuestos de determinación legal de una cuantía a abonar en concepto de subvención en el sentido de que “la exigencia del abono de intereses de demora en favor del beneficiario de la subvención surge desde el momento en que se produce el reconocimiento legal de la obligación, salvo que se haya ejercitado previamente una acción frente a la inactividad de la Administración, al amparo de lo preceptuado en el artículo 29 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso– Administrativa, y ésta no despliegue mediante actos de ejecución la obligación de subvencionar legalmente impuesta”.

6.2

Contratación. Modificación de proyecto de obras con incremento significativo de su precio. Exclusión de la indemnización de daños y perjuicios por la suspensión de la ejecución. Límite del principio de riesgo y ventura del contratista

En la sentencia de 16 de noviembre de 2023 (rec. 1057/2021, ponente Eduardo Espín Templado) se plantean como cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, en primer lugar, confirmar, matizar o precisar la jurisprudencia existente, en supuestos de contratos de obras, en cuanto a la incidencia de la aprobación de un modificado del proyecto con un incremento significativo del precio del contrato, y su efecto en orden a excluir la indemnización de los daños y perjuicios causados por la suspensión producida durante el curso de la ejecución de las obras. Y, como segunda cuestión, si con independencia de la imputabilidad a la Administración de la necesidad de tramitar y aprobar un modificado del proyecto, el ejercicio de dicha potestad opera como límite al principio de riesgo y ventura del contratista.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala estima que la jurisprudencia a que se remite el auto de admisión del recurso de casación mantiene que “la respuesta a la cuestión de la procedencia de la indemnización al contratista por los daños y perjuicios ocasionados por la paralización de las obras debida a la tramitación y aprobación de una modificación del contrato, ha de ser necesariamente casuística, atendiendo a las circunstancias que concurran en cada supuesto, sin que quepan automatismos en el sentido de entender que todo modificado conlleva siempre indemnización, ni que la aceptación del modificado por el contratista equivale a la renuncia a la indemnización, pues la indemnización por los daños causados es compatible con la aceptación del modificado”.

La sentencia, sin embargo, cuenta con voto particular discrepante del magistrado José María del Riego Valledor, al que se adhiere la magistrada Isabel Perelló Doménech.

6.3

Transparencia. Solicitud de acceso a información pública a una Administración y prueba documental en los procedimientos judiciales

Mediante su sentencia de 28 de noviembre de 2023 (rec. 6445/2021, ponente José María del Riego Valledor), el Tribunal Supremo resuelve un controver-

tido asunto, relativo a un posible choque entre la legislación procesal y la normativa de transparencia.

Admitido el recurso de casación mediante auto de 11 de mayo de 2022, se declara que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en lo siguiente:

“[...] determinar si la existencia de normativa procesal que regula la petición y solicitud de prueba documental en los procedimientos judiciales suponen un obstáculo para la aplicación de la Ley de Transparencia en relación con documentos solicitados a una Administración por el interesado y parte procesal en un procedimiento judicial, con la finalidad de aportados a dicho proceso en defensa de sus pretensiones contra dicha Administración. Y, en caso negativo, interpretar el límite del derecho de acceso a la información contemplado en el artículo 14.1.f) de la Ley de Transparencia, en relación con solicitudes de información cuya finalidad es su aportación a procesos abiertos contra la Administración a la que se solicita la información”.

Se identifican como normas jurídicas que han de ser objeto de interpretación las contenidas en el artículo 32 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (precepto derogado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, cuyo artículo 264 contempla como causa de resolución del contrato de concesión de obras públicas el rescate de la explotación, actualmente artículo 279 y concordantes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), ello en relación con el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero; los artículos 75.3 y 79 de la Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril (el rescate es una forma de extinción de la concesión), y la remisión al Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/1975 de 25 de noviembre (actual Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

La Sala, en respuesta a las cuestiones que presentaban interés casacional, afirma que “la existencia de la normativa procesal que regula la petición y presentación de la prueba documental en un procedimiento judicial, como los artículos 56 LJCA y 286 LEC, no constituye por si sola ningún obstáculo para la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en relación con la solicitud por el interesado de acceso a la información pública a una Administración,

con la finalidad de aportarla a un procedimiento en defensa de sus pretensiones contra dicha Administración, todo ello sin perjuicio, naturalmente, de las causas de inadmisión y límites al derecho de acceso que contempla la citada Ley 19/2013”.

6.4

Contratación. Pagos derivados de la certificación final de las obras

En la interesante sentencia de 16 de noviembre de 2023 (rec. 1331/2021, ponente José María del Riego Valledor), se resuelve un supuesto en el que se plantea, en relación con la liquidación de contrato de obras, la cuestión de interés casacional objetivo consistente en determinar “si el órgano de contratación se puede apartar del criterio sobre revisión de precios aprobado en virtud de un acto administrativo firme (resolución aprobatoria de la CFO) mediante un acto administrativo posterior (resolución aprobatoria de Liquidación) sin seguir los cauces procedimentales para ello; es decir, mediante la declaración de lesividad del vigente artículo 107 de la LPACAP”.

En este sentido, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 47 y 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La Sala, con remisión expresa a una anterior sentencia en la que se planteaban cuestiones análogas —sentencia n.º 1588/2021, de fecha de 23 de diciembre de 2021 (recurso 5484/2019)—, da respuesta a la cuestión de interés casacional planteada por el auto de admisión a trámite del recurso de casación y concluye que “el certificado final de las obras ejecutadas, en lo que se refiere a las prestaciones económicas derivadas del contrato, es un acto provisional o a cuenta de la liquidación final del contrato y, por tanto, los pagos derivados de la certificación final de las obras son susceptibles de regularización o ajuste en la liquidación final del contrato, sin necesidad de acudir para ello a la declaración de lesividad de la certificación final de las obras ejecutadas”.

6.5

Contratos. Caducidad en procedimientos de penalidades de contratos de larga duración

En la relevante sentencia de 22 de noviembre de 2023 (rec. 7437/2020, ponente María Isabel Perelló Doménech), se resuelve un supuesto en el que

se plantean al Tribunal dos cuestiones relativas al régimen jurídico de los contratos administrativos de obras, en concreto, a los contratos de larga duración.

Así, la interesante controversia que se plantea ante el Tribunal Supremo se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en determinar:

“(i) Si para los contratos administrativos de obras de larga duración, no es aplicable la institución de la caducidad en el procedimiento para imponer penalidades;

(ii) Y sí es posible aplicar penalidades retroactivamente por defectos en la ejecución del contrato que no habían sido definidos como tales cuando se produjeron, no siendo sancionables en ese momento, aunque el contratista admitiera, que dichos supuestos sancionables, se concretarían con posterioridad a la elaboración de la documentación contractual”.

A su vez, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 42, 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actuales artículos 21, 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común) en relación con el artículo 95 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicables al caso que nos ocupa *ratione temporis* (actual artículo 194 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), así como el artículo 9.3 CE.

Respecto de la primera de las cuestiones de interés casacional planteadas, la Sala determina lo siguiente:

“[...] no altera ni desvirtúa la naturaleza o vocación no sancionadora de las penalidades como instrumento para forzar el cumplimiento de las obligaciones, ni justifica la revisión ni la matización de nuestra precedente doctrina que afirma de forma clara que las penalidades no revisiten un carácter sancionador y que el expediente para su determinación no puede considerarse como un procedimiento autónomo e independiente, de modo que no es aplicable el instituto de la caducidad, por tratarse de ‘trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución’ del contrato, doctrina que cabe ratificar, sin excepciones derivadas de la mayor o menor duración del contrato”.

Y, por lo que respecta a la segunda de las cuestiones que se plantean, la Sala considera lo siguiente:

“[...] no puede considerarse las deducciones del canon aquí contempladas como una sanción, al carecer de esta naturaleza y vocación, y por

otro lado, por cuanto la concesionaria aquí recurrente, que participó en la Comisión Mixta de Seguimiento, aceptó de forma expresa la aplicación retroactiva de los criterios y parámetros para determinar determinadas anomalías anteriormente advertidas, siendo de aplicación la doctrina de los actos propios”.

6.6

Subvenciones. Reintegro. Interrupción de la prescripción. Valor de mercado. Comprobación del valor de mercado

Se plantea ante el Tribunal Supremo un interesante supuesto relativo al reintegro de las subvenciones y la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento de reintegro sin que hubiese culminado, formalmente, uno anterior. Así, la sentencia de 11 de octubre de 2023 (rec. 6636/2021, ponente María Isabel Perelló Doménech) trata de resolver la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en reforzar, completar, matizar o, en su caso, corregir la jurisprudencia existente sobre los efectos interruptivos de los requerimientos de subsanación emitidos por la Administración al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.2 RGS en la fase de comprobación de la justificación de la subvención; y, en su caso, aclarar si la Administración puede realizar una comprobación del valor de mercado de la prestación o servicio realizado por la beneficiaria en todo caso; o si, por el contrario, ese valor de mercado se presume cuando la beneficiaria ha solicitado tres presupuestos y ha optado por la opción más ventajosa.

En el auto de admisión del recurso se identificaron como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 31, 33, 37 y 39 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como los artículos 70, 71, 72 y 83 del Reglamento por el que se desarrolla la Ley General de Subvenciones.

La Sala, en respuesta a la cuestión de interés casacional, concluye lo siguiente:

“[...] cualquier actuación de comprobación del cumplimiento de las condiciones de una subvención interrumpe el plazo de prescripción del artículo 39 de la Ley General de Subvenciones, tanto para iniciar el procedimiento de reintegro como, en su caso, el expediente de pérdida del derecho al cobro de la subvención. Tan sólo carecería de dicha eficacia interruptiva de la prescripción una actuación genérica o artificiosa encaminada exclusivamente al provocar dicha interrupción y no a comprobar efectivamente datos o circunstancias relativas al cumpli-

miento de las condiciones de la subvención, pues tal actuación sería fraudulenta.

Y que la presentación de tres ofertas optándose por la más beneficiosa no limita ni excluye la facultad de la Administración de comprobar que el gasto se ajusta a los valores de mercado”.

6.7

Acceso a la información pública. Carácter abusivo de la solicitud. Interés privado. Defensa del medio ambiente. Libertad de empresa

En la sentencia de 21 de noviembre de 2023 (rec. 94/2022, ponente Diego Córdoba Castroverde) se dilucida la cuestión relativa a “si, atendidas las circunstancias del caso, puede considerarse abusivo el acceso a la información concedida, al suponer un perjuicio para los intereses económicos, el secreto comercial y la estrategia competitiva de la sociedad recurrente”.

La Sala, a pesar de advertir que la respuesta a la cuestión de interés casacional formulada “está vinculada a las circunstancias del caso, lo que impide establecer una jurisprudencia de alcance más general, así lo pone de manifiesto el propio enunciado de la cuestión cuando comienza afirmando si ‘atendidas las circunstancias del caso’ puede considerarse abusivo el acceso a la información concedida, al suponer un perjuicio para los intereses económicos, el secreto comercial y la estrategia competitiva de la sociedad recurrente”, realiza un loable esfuerzo exegético y ofrece unas interesantes conclusiones generales en las que se determina lo siguiente:

“Se reitera la jurisprudencia en la que se afirma que el hecho de que exista un interés privado de quien solicita la información pública no impide apreciar que dicha solicitud tiene cabida en las finalidades expresadas en el preámbulo de la Ley de Transparencia, pues, entre otros objetivos se incluye la posibilidad de que los ciudadanos puedan ‘conocer cómo se toman las decisiones que les afectan’.

La defensa del medio ambiente es una finalidad legítima que puede protegerse y la solicitud de información sobre la actividad empresarial que incida sobre el mismo no puede considerarse abusiva con carácter general. No es, por tanto, ilegítimo que una plataforma creada para la protección del medio ambiente pretenda recabar información que afecta a los expedientes administrativos de autorización de industrias extractivas de mineral o de transformación de este con la finalidad de personarse en los procedimientos o entablar las acciones pertinentes

para impedir la apertura de esta industria o solicitar el cierre de la actividad si considera que la misma no se ajusta a derecho.

No se vulnera la libertad de empresa por el hecho de que se solicite información pública sobre la incidencia que la actividad empresarial tendrá en el medio ambiente de una zona, pues ni el acceso a la información pública implica en principio un ataque a la misma, ni la actividad empresarial es ajena a un control y escrutinio público, pues las empresas han de operar dentro de la legalidad y están sujetas a los controles administrativos a los que se someten las actividades industriales con incidencia en el medio ambiente.

La posibilidad de limitar el acceso a la información cuando suponga un perjuicio para 'los intereses económicos y comerciales' exige que tales perjuicios sean invocados y acreditados por la entidad que los alega, sin que valga una genérica afirmación sobre eventuales quebrantos sin una cumplida justificación sobre la incidencia y los peligros concretos y determinados que el acceso a una información específica generaría en el funcionamiento y actividad comercial y económica de la empresa. Perjuicios que, por otra parte, han de ser relevantes y han de ponderarse en relación los intereses en juego (interés público e intereses particulares), ya se trate de obstaculizar el total acceso a la información como en los casos de limitaciones parciales”.



QDL64

**CRÓNICA
CONSULTIVA**

Revisiones de oficio sucesivas de un mismo contrato verbal

HELENA MORA BALCELLS

*Responsable de Estudios e Investigación
de la Comissió Jurídica Assessora*

PILAR MARÍ LÓPEZ

Becaria de la Comissió Jurídica Assessora

- 1. Introducción**
- 2. Primer supuesto de sucesivas solicitudes de dictamen sobre un mismo encargo verbal**
 - 2.1. Dictamen 378/2022, favorable a la revisión de oficio
 - 2.2. Dictamen 174/2023, desfavorable a la revisión de oficio
 - 2.3. Dictamen 218/2023, de nuevo desfavorable a la revisión de oficio
- 3. Otros casos similares dictaminados por la Comissió**
- 4. Doctrina de otros órganos consultivos**
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**

1

Introducción

En la contratación de algunas Administraciones públicas se incurre, con demasiada frecuencia, en vicios de nulidad que comportan la tramitación de expedientes de revisión de oficio y, en consecuencia, la solicitud de dictamen de los órganos consultivos competentes para preservar la legalidad.

En los expedientes relativos a esta cuestión que dictamina la Comissió Jurídica Assessora, el vicio constitutivo de nulidad más común deriva de la contratación verbal, supuesto subsumible, de acuerdo con la doctrina del alto órgano consultivo del Gobierno, en la causa de nulidad de pleno derecho que consiste en haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para adjudicar el contrato, prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) —por remisión del artículo 39.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector pú-

blico, 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 (LCSP)—. De hecho, en el período que va desde principios de 2022 hasta el cierre de este artículo, la Comissió ha dictaminado sobre 82 revisiones de oficio en relación con contratos del sector público irregulares, la inmensa mayoría de las cuales corresponden a revisiones de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho de encargos verbales.

En los expedientes anteriormente aludidos se ha mantenido la doctrina de la Comissió que considera nulo el encargo verbal hecho por la Administración a una empresa con el objeto de realizar una prestación propia de un contrato público, incluso cuando se trata de un contrato menor. Dicha causa de nulidad se da en los encargos verbales que modifican un contrato sin tramitar el procedimiento correspondiente (Dictamen 402/2021), o en los que la Administración amplía la prestación encargada al contratista, sin cobertura en los pliegos de cláusulas y más allá de lo que permite la legislación de contratos (dictámenes 272/2020, 273/2020, 90/2021 y 105/2022), o en los que suponen continuar con un contrato preexistente, finalizadas las prórrogas de un contrato anterior (dictámenes 78/2021, 79/2021, 80/2021 y 241/2021).

Entre las Administraciones públicas cuyos expedientes de revisión de oficio corresponde dictaminar a la Comissió, se encuentran entes locales que, asiduamente, remiten expedientes de revisión de oficio sobre encargos verbales en los que se ha omitido tramitar el procedimiento legalmente establecido. Por ello, es habitual que el alto órgano consultivo del Gobierno, en sus dictámenes recientes, como también han hecho el Consejo de Estado y otros órganos consultivos, manifieste su preocupación por la profusión de este tipo de actuaciones irregulares, que representan una vulneración de los principios de publicidad y concurrencia que deben inspirar la contratación administrativa, y ponga énfasis en la responsabilidad que corresponde a la autoridad consultante de adoptar las medidas necesarias que eviten la continuación y repetición de dichas conductas irregulares. Asimismo, también es frecuente la inclusión en los dictámenes de admoniciones a la corporación local en cuestión, en el sentido de que se debe evitar, dado su carácter excepcional, un uso impropio de la revisión de oficio, ya que la declaración de nulidad de un acto administrativo no debería ser la vía ordinaria para corregir supuestos de falta de planificación en el gasto o falta de diligencia en la tramitación de expedientes.

Dentro del grupo al que se alude en el párrafo anterior, un ayuntamiento ha reiterado a la Comissió sucesivas solicitudes de dictámenes de un mismo encargo verbal originario que ya se declaró nulo en virtud del primer dictamen que dicho órgano consultivo emitió, supuesto que debe diferen-

ciarse del caso en que se producen diversos contratos verbales sucesivos. Es en el primero de los supuestos aludidos en el que se centrará el presente artículo, porque la Comissió ha tenido, recientemente, la ocasión de pronunciarse. Además, al hilo de los dictámenes citados se expondrán matices doctrinales recientes sobre la indemnización al contratista por responsabilidad patrimonial de la Administración articulada en el propio expediente de revisión de oficio, así como los casos en que, según la Comissió, procede acudir al mecanismo de reconocimiento extrajudicial de créditos para pagar al contratista por la prestación de los servicios encargados, doctrina que no comparten otros órganos consultivos.

2

Primer supuesto de sucesivas solicitudes de dictamen sobre un mismo encargo verbal

Con la finalidad de acotar con precisión el supuesto de hecho que se analiza, se debe tener en cuenta que la cuestión de fondo que se plantea en el Dictamen 174/2023 es la revisión de oficio, instruida por un ayuntamiento, para declarar la nulidad de pleno derecho del contrato verbal para la prestación del servicio de recogida y mantenimiento de animales de compañía durante los meses de mayo y junio de 2022. La revisión se fundamenta en la consideración del contrato verbal como un supuesto de contratación irregular, y en la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.e) de la LPAC.

Efectivamente, se trata de un encargo verbal que consiste en continuar la prestación de un contrato de servicios preexistente y que finalizó, después de dos prórrogas. Por tanto, se trata de uno de los casos de contratación susceptibles de revisión de oficio de acuerdo con la doctrina de la Comissió expuesta anteriormente, pero se da el caso de que dicho órgano consultivo ya había informado favorablemente sobre la declaración de nulidad del mismo acto, y la corporación local, de acuerdo con el Dictamen 378/2022, había declarado la nulidad de la prestación contratada durante el mes de abril de 2022.

En el segundo expediente de revisión de oficio del mismo encargo verbal, el Ayuntamiento insiste en que se continuó prestando el servicio durante los meses de mayo y junio de 2022, y por ello solicita de nuevo el dictamen de la Comissió.

Pero antes de avanzar en el contenido del Dictamen 174/2023, se debe profundizar en el del Dictamen 378/2022, lo que se llevará a cabo en el apartado siguiente.

2.1

Dictamen 378/2022, favorable a la revisión de oficio

En cuanto al Dictamen 378/2022 debe hacerse referencia al fondo del asunto, a que tiene por objeto un contrato de carácter menor y al procedimiento que debe seguirse para su adjudicación, así como a la causa de nulidad en la que se ha incurrido y a los efectos de esta. También es necesario destacar que la doctrina que se expone a continuación es doctrina consolidada de la Comissió¹ y servirá como parámetro de comparación con el contenido del Dictamen 174/2023 y con otros posteriores, a los que se hará referencia en el apartado 3 de este artículo.

En relación con el fondo del asunto, cabe destacar que la técnica de Protección de Salud del Ayuntamiento emitió un informe en el que se hacía constar que había encargado verbalmente al adjudicatario del contrato que continuara prestando el servicio cuando este finalizara y hasta que se produjera una nueva licitación, puesto que se trataba de un servicio que no se podía dejar de prestar. El informe también indicaba que el adjudicatario continuó prestando el servicio hasta el 30 de abril de 2022 de forma correcta.

A la vista de lo anterior, la Comissió considera que se trata de una contratación verbal que, en atención al importe total de las facturas aportadas, debe incluirse en los parámetros de la contratación menor (artículo 131.3 de la LCSP en relación con el artículo 118.1 del mismo texto legal).

El Dictamen 378/2022 pone de manifiesto que la citada contratación menor es un procedimiento de contratación en que la adjudicación es directa y, por tanto, no requiere ni publicidad ni concurrencia. No obstante, ello no implica que no sea necesario un procedimiento, aunque sea muy simplificado. En efecto, el artículo 118 de la LCSP, que regula el expediente de contratación en contratos menores, establece, en la redacción vigente desde el 6 de febrero de 2020, los siguientes requisitos en los contratos menores, que, además, deben tener un valor estimado inferior a 15 000 euros cuando se trata de contratos de servicios (como en el caso que se dictamina): informe del órgano de contratación que justifique de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto para evitar la licitación, así como la aprobación del gasto y la incorporación de la factura.

De acuerdo con el fundamento legal anteriormente expuesto, el Dictamen 378/2022 informa favorablemente la revisión de oficio del encargo verbal efectuado, por haberse prescindido total y absolutamente del proce-

1. Castellet i Arnau (2022).

dimiento establecido (artículo 47.1.e] de la LPAC). Concretamente, considera que el hecho de realizar un encargo de forma verbal sin haber observado todos los elementos esenciales, que tienen que ser previos a la realización de la prestación objeto del contrato, es decir, sin la emisión del informe justificativo, que debe incluir el doble contenido antes citado, y sin la autorización de la realización del gasto y la reserva del crédito presupuestario correspondiente, constituye una irregularidad procedimental de gravedad determinante de nulidad.

Por lo que respecta a los efectos concretos de la declaración de nulidad, el Dictamen citado considera que la regulación de la revisión de oficio en materia de contratación pública ofrece mecanismos jurídicos suficientes para garantizar el restablecimiento del equilibrio económico de las partes de un contrato nulo: la obligación de restitución de las prestaciones y la obligación de indemnización de los daños y perjuicios causados (42.1 de la LCSP)².

En relación con la interpretación de dicho artículo hay que tener en cuenta lo mantenido por la Comissió en el Dictamen 131/2020: “La restitución obligada por el artículo 42.1 de la LCSP, en el supuesto de liquidación de un contrato nulo, solo ha de comprender el valor efectivo de la prestación realizada y no el resto de los conceptos que incluyen el valor estimado de un contrato que se presume válido. En otras palabras, utilizando la terminología del Consejo de Estado, hay que diferenciar entre el coste de la prestación y el precio del contrato. O, si se prefiere, entre los costes efectivos y el resto de componentes retributivos propios de un contrato válido [...]” (fundamento jurídico VII.5.1).

Es decir, en el caso de contrato verbal, la obligación de la Administración de pagar al contratista no deriva del contrato, que es nulo de pleno derecho, sino de la previsión legal que impone la restitución recíproca de las prestaciones como primer efecto de la liquidación del contrato nulo. En definitiva, la finalidad perseguida por el artículo 42.1 de la LCSP es que ambas partes vuelvan al estado anterior al encargo verbal y la realización de la prestación. Ello significa que el contratista tiene que quedar indemne mediante el abono del coste efectivo de su actuación, pero sin ir más allá; en particular, sin obtener el beneficio industrial propio de una contratación regular³.

En cuanto al beneficio industrial, según el criterio de la Comissió mantenido en los dictámenes 131/2020 y 272/2020, se debe tener en cuenta que

2. En efecto, como señala Bauzá Martorell (2016), en el contrato verbal conviven la nulidad y la eficacia.

3. En relación con cuál es el fundamento real del pago al contratista por la prestación realizada, es interesante la consulta de Menéndez Sebastián (2020).

“es un concepto que nunca se ha de incluir en el valor de la prestación efectivamente realizada [...], sino que se tiene que reconducir, si procede, a la vía indemnizatoria de los daños y perjuicios originados por la parte culpable [...]. Hay que recordar, en este punto, que dicha pretensión indemnizatoria puede ser objeto del mismo procedimiento de revisión de oficio, de forma que no es necesario incoar dos procedimientos diferentes (de revisión de oficio y de responsabilidad patrimonial). Además, el contratista puede reclamar todos los conceptos económicos —no solo el beneficio industrial— que pueda acreditar como daños; pero es necesaria la concurrencia de los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración⁴. Conviene recordar, en este sentido, que la Administración no puede alegar desconocimiento de la irregularidad de la contratación verbal, en los términos ya indicados” (fundamentos jurídicos VII.5.2 y VII.2, respectivamente).

2.2

Dictamen 174/2023, desfavorable a la revisión de oficio

En este caso, el objeto del expediente de revisión de oficio es exactamente el mismo encargo verbal para la prestación del servicio de recogida y mantenimiento de animales de compañía que dio lugar al Dictamen 378/2022; la única diferencia es la relativa a los meses facturados, que ahora son mayo y junio de 2022, mientras que en el citado dictamen fue el mes de abril de 2022. Efectivamente, el nuevo informe de la técnica de Protección de Salud del Ayuntamiento es idéntico al que se ha aludido en el subapartado anterior, salvo por los meses durante los cuales se ha continuado prestando el servicio. A la vista de ello, se plantea por la entidad local que el contratista tiene derecho a la restitución del valor del servicio efectuado durante los meses citados sin incluir el beneficio industrial⁵.

En el Dictamen 174/2023 la Comissió destaca que ni del expediente anterior ni del que ahora se examina se deduce que el Ayuntamiento haya iniciado la licitación de un nuevo contrato que tenga por objeto la prestación del mismo servicio o lo haya adjudicado nuevamente, ni, en su caso, cuál es

4. Previstos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

5. En cambio, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias “considera adecuado el pago del importe de las facturas sin detracción del beneficio industrial, siempre que no se aprecie en ninguna de las partes el propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre concurrencia”. Selección de doctrina relativa a la “Revisión de oficio de actuaciones contractuales irregulares. Dictámenes Núm.: 7, 270, 297, 298, 302 y 307”, incluida en la Memoria del año 2022 (pp. 133 y 134).

la fecha de inicio de dicho contrato. A partir de la información de que dispone la Comissió, se presume que el encargo verbal efectuado a partir del mes de abril despliega sus efectos más allá del mes de junio de 2022, y, por tanto, todas las facturas emitidas posteriormente por el mismo proveedor y por el mismo servicio, tal como sucede en los meses de mayo y junio, derivan de la contratación verbal declarada nula de pleno derecho en el Dictamen 378/2022 de esta Comissió.

Centrados así los términos que derivan del expediente, el Dictamen 174/2023 argumenta lo siguiente: “De acuerdo con la legislación de contratos del sector público, tanto la competencia del órgano de contratación para adjudicar el contrato, como la elección de los procedimientos de adjudicación o el régimen de publicidad de los contratos, entre otros aspectos, pueden variar en función del valor estimado del contrato. Es decir, el análisis de la validez de un contrato o de un encargo verbal, en la medida que se invoca la existencia de un vicio manifiesto de procedimiento, determinante de nulidad de pleno derecho, también depende de dicha cuantificación, de forma que no se puede aceptar que la corporación fraccione ni el objeto ni la cuantía del encargo verbal realizado a los efectos de declaraciones de nulidad parciales” (fundamento jurídico VII).

En definitiva, en relación con los servicios prestados durante los meses de mayo y junio de 2022, la Comissió considera que ya se ha pronunciado sobre el contrato verbal en el Dictamen 378/2022 y que se ha declarado nulo por el órgano competente. Por lo tanto, el alto órgano consultivo aduce que, como no se trata de un encargo verbal nuevo, no se puede volver a pronunciar sobre lo que ya declaró nulo, motivo por el que se informa desfavorablemente sobre la revisión de oficio objeto del Dictamen. De ello se puede inferir que en el caso de sucesivos contratos verbales (esto es, que se presumen una pluralidad de contratos o encargos posteriores) sí que procede, en principio, que la Comissió dictamine en sentido favorable a la revisión de oficio de cada uno de ellos.

Cabe destacar, también, que el Dictamen no incluye ninguna referencia a los efectos de la nulidad, y que recuerda, en la línea apuntada anteriormente, que “el Ayuntamiento ha de observar el carácter excepcional de la revisión de oficio y debe evitar hacer un uso impropio de dicho mecanismo excepcional, ya que la declaración de nulidad de un acto administrativo no debería ser la vía ordinaria para corregir supuestos de falta de planificación en el gasto o de falta de diligencia en la tramitación de expedientes, y no se debería acudir a la revisión de oficio como procedimiento para convalidar el gasto y posibilitar el pago de las prestaciones realizadas” (fundamento jurídico VII)⁶.

6. En relación con las causas de la contratación verbal, se puede consultar Mas i Casanovas (2020).

2.3

Dictamen 218/2023, de nuevo desfavorable a la revisión de oficio

Poco antes de la emisión del Dictamen 174/2023 la entidad local ya había resuelto solicitar el dictamen de la Comissió sobre la revisión de oficio del mismo encargo verbal en relación con los meses de julio, agosto y septiembre de 2022, revisión de oficio que fue objeto del Dictamen 218/2023.

Del expediente se desprende que el Ayuntamiento insiste en el hecho de que se ha continuado prestando el servicio, y la Comissió destaca que la entidad local no se ha manifestado en relación con la previsión de la licitación de un nuevo contrato de servicios, ni respecto a la sucesión de contratos verbales.

En dicho dictamen el alto órgano consultivo del Gobierno se reafirma en que se trata del mismo encargo verbal objeto del Dictamen 378/2022, y, en consecuencia, reproduce el criterio expresado en el Dictamen 174/2023, es decir, que no se puede volver a pronunciar sobre lo que ya declaró nulo, y vuelve a informar desfavorablemente la revisión de oficio objeto del Dictamen. El Dictamen también reitera su advertencia sobre el carácter excepcional de la revisión de oficio y que se debe evitar hacer un uso impropio de este mecanismo excepcional en los términos expuestos en el apartado anterior, pero, además, añade una consideración particularmente dura, con el siguiente tenor literal: “En el supuesto que se analiza es particularmente insólito que la Administración haya iniciado tres expedientes de revisión de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho del mismo encargo verbal. Esta actuación, además de menospreciar la excepcionalidad de la revisión de oficio a la que se ha hecho referencia, pone de manifiesto una voluntad deliberada, en atención a la reiteración observada, de utilizar a la Comissió Jurídica Asesora como un medio para buscar cobertura jurídica de actos administrativos que, en realidad, demuestran la planificación deficiente de la contratación administrativa. Dicha práctica se aparta claramente del principio de buena administración y es absolutamente imprescindible que el Ayuntamiento adopte las medidas necesarias para que esto no se repita en el futuro” (fundamento jurídico VII).

3

Otros casos similares dictaminados por la Comissió

La Comissió también se ha pronunciado en sentido desfavorable a la revisión de oficio en otros expedientes relativos a un mismo encargo verbal respecto

de los cuales ya se había pronunciado anteriormente en sentido favorable a la revisión de oficio. En las tres ocasiones se trata de encargos verbales posteriores a la finalización de un contrato de servicios. En los dos primeros, por finalización del plazo de vigencia inicial y de las dos prórrogas previstas, y en el tercero, porque la empresa contratista, aunque manifestó su voluntad de no prorrogar el contrato, continuó prestando los servicios. Ninguno de los tres encargos verbales puede considerarse menor en atención al importe total de las facturas aportadas, ni de los respectivos expedientes se desprende ninguna circunstancia que justifique un procedimiento negociado con un único contratista.

Por tanto, si bien la causa de nulidad es la misma que en el caso objeto del apartado anterior, es decir, el haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido para contratar previsto en la LCSP (causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e] de la LPAC), la valoración de la prestación efectuada por el contratista con posterioridad a haber finalizado el contrato válido comporta la necesidad, de conformidad con la LCSP, de licitar un contrato de servicios dando cumplimiento a los principios de publicidad y concurrencia, entre otros.

Los dos primeros casos se refieren a expedientes de revisión de oficio instruidos por un ayuntamiento para declarar la nulidad de pleno derecho de los contratos verbales con dos empresas diferentes, para la prestación de los servicios de mantenimiento de la jardinería y el arbolado de las calles, parques y zonas verdes⁷. Y el tercer supuesto es el relativo a la revisión de oficio instruida por el mismo ayuntamiento para declarar la nulidad de pleno derecho del contrato verbal para la realización de los envíos de correo y paquetería, el tratamiento informático y el ensobrado de las notificaciones de la corporación⁸.

A continuación, se expondrán, en primer lugar, los argumentos que aduce la Comissió en el caso de los dictámenes desfavorables a la revisión de oficio, y, en segundo lugar, se destacarán pronunciamientos poco frecuentes o novedosos que se incluyen en los dictámenes favorables.

Por lo que respecta a los dictámenes desfavorables (208/2023, 224/2023 y 225/2023), coinciden en afirmar que se trata del mismo contrato verbal sobre cuya base se continuaron prestando los servicios (insistiendo el Dictamen 208/2022 en que el Ayuntamiento no se pronuncia sobre la previsión

7. El primero de dichos contratos verbales ha dado lugar a los dictámenes favorables a la revisión de oficio 342/2022, 412/2022 y 111/2023, así como al Dictamen desfavorable 225/2023, mientras que, a consecuencia del segundo, se han emitido los dictámenes 202/2023, favorable a la revisión, y 208/2023, desfavorable a esta.

8. Dicha revisión de oficio es el origen de la emisión de los dictámenes 188/2022, de carácter favorable, y 224/2023, de carácter desfavorable.

de la nueva licitación del contrato), o bien que el primer encargo incluye todos los servicios que el contratista prestó hasta que se formalizó el nuevo contrato del que sí se tiene conocimiento en el expediente (caso de los dictámenes 224/2023 y 225/2023). Por ello, se reafirman en el criterio de que, una vez emitidos los correspondientes dictámenes favorables a la revisión de oficio y, en su caso, declarado nulo el encargo en cuestión por el Ayuntamiento, “no sería procedente informar favorablemente sobre la revisión de oficio porque no se puede revisar de oficio el mismo encargo varias veces”. Asimismo, incluyen las admoniciones a las que se ha hecho referencia anteriormente sobre la necesidad de respetar el carácter excepcional de la revisión de oficio.

Finalmente, conviene destacar que los citados dictámenes no se pronuncian sobre los efectos de la nulidad, como —recordemos— tampoco lo hacen los de carácter desfavorable referidos en el apartado anterior (174/2023 y 218/2023).

En cuanto a los pronunciamientos de los dictámenes favorables que es conveniente destacar en esta crónica consultiva, se hará referencia a los aspectos relativos a la indemnización al contratista en el seno de un procedimiento de revisión de oficio y al reconocimiento extrajudicial de crédito para satisfacer el pago al contratista por la prestación de los servicios encargados.

En relación con la indemnización al contratista, cabe destacar que el Dictamen 188/2022, entre los efectos de la declaración de nulidad, no se limita a citar, de forma genérica, que no es necesario incoar dos procedimientos diferentes (el de revisión de oficio y el de responsabilidad patrimonial) para indemnizar al contratista. Efectivamente, de manera no habitual, y ante la posición del Ayuntamiento que propone el abono íntegro y que manifiesta que se cumplen los requisitos previstos en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, relativos a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la Comissió considera, de acuerdo con su doctrina (por todos, el Dictamen 175/2022), que se debe abonar al contratista el coste efectivo de la prestación efectuada, así como también una cantidad en concepto de los daños y perjuicios sufridos por el beneficio industrial no percibido, al quedar acreditado en el expediente que concurren los requisitos establecidos legalmente para hacer nacer la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento (fundamento jurídico VIII.2)⁹.

En relación, también, con la vía indemnizatoria como uno de los efectos de la declaración de nulidad, conviene poner de relieve que el Dictamen

9. En el mismo sentido se puede citar el reciente Dictamen 189/2023.

202/2023, además de reiterar la doctrina expuesta en el apartado anterior de este artículo, introduce, de acuerdo con lo establecido en el Dictamen 131/2020, y haciéndose eco de la doctrina de otros órganos consultivos, que “[...] habitualmente se admite la inclusión del beneficio industrial en el caso de inexistencia de culpa (dolo o negligencia) o bien de mala fe del contratista. En otras palabras, desde un punto de vista sustantivo, en aquella hipótesis en la cual, en atención a las circunstancias del caso concreto, no se pueda afirmar que tenía conocimiento de la irregularidad del contrato y, por tanto, no sea procedente su calificación como concausante de su nulidad” (fundamento jurídico VII.2). Aunque el Dictamen 202/2023 no extrae ninguna consecuencia de dicha doctrina, ya que en este caso la empresa contratista no había solicitado indemnización por daños y perjuicios, cabe destacar que, en otros dictámenes, la Comissió tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso (la acreditada experiencia de la empresa en el sector o la duración del contrato verbal, entre otras) para considerar si la empresa contratista actuó con buena fe y, en consecuencia, entender que procede indemnizarla¹⁰.

Por otro lado, el supuesto de hecho del Dictamen 188/2022 también ha permitido que la Comissió se pronuncie sobre las circunstancias en las que considera admisible acudir al reconocimiento extrajudicial de crédito para solucionar el principal problema práctico que plantea la contratación verbal, que consiste en el pago al contratista por la prestación de los servicios encargados. En este caso, en el que parte de la deuda al contratista fue saldada a través de dicho mecanismo, se ha pronunciado en los términos siguientes: “De acuerdo con la doctrina de esta Comissió (por todos, el Dictamen 175/2022), el reconocimiento extrajudicial de crédito se ha utilizado principalmente para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración y posibilitar el pago íntegro de las prestaciones contractuales efectivamente realizadas. Pero para que la utilización de este procedimiento no tenga como consecuencia una vulneración sistemática de los principios de publicidad y libre concurrencia, no resulta aplicable de forma autónoma cuando se está ante una causa de nulidad de

10. El Dictamen 245/2023 sí que extrae conclusiones sobre dicha doctrina, puesto que considera: “[...] la contratista no podía desconocer la irregularidad del contrato verbal, al ser una empresa con acreditada experiencia en el sector, además de constatar que la duración de la situación irregular no fue puntual, sino que se prolongó durante dos años [...]. Es por esta razón que la Comissió no puede compartir el criterio de la Administración cuando, en este caso, sostiene que en relación con el encargo verbal la empresa sufrió unos daños que no tenía la obligación jurídica de soportar. El argumento expuesto por el Ayuntamiento relativo a que la empresa siguió prestando el servicio por las instrucciones del responsable del contrato en base al principio de buena fe no resulta suficiente para contrarrestar la presunción que la empresa no podía desconocer la flagrante irregularidad del encargo verbal, circunstancia que lo ha hecho concausante de la nulidad que ahora se declara” (fundamento jurídico VI.3).

pleno derecho. En este caso, como se ha afirmado, se debería haber tramitado previamente al reconocimiento extrajudicial de crédito un procedimiento de revisión de oficio” (fundamento jurídico VII)¹¹. En relación con dicha doctrina, conviene destacar, por un lado, que el argumento sobre la vulneración de los principios de publicidad y libre concurrencia no es predicable respecto de los contratos menores en cuyo procedimiento, en los términos que se han expuesto anteriormente, la LCSP permite expresamente la adjudicación directa. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la citada doctrina no es compartida por otros órganos consultivos, como, por ejemplo, el Consejo Consultivo de Galicia¹² y el Consejo Consultivo de las Islas Baleares, aunque se basan en fundamentaciones diferentes¹³.

4

Doctrina de otros órganos consultivos

Con el propósito de ilustrar que otros órganos consultivos autonómicos han tenido la ocasión de pronunciarse sobre supuestos similares a los expuestos

11. Aún con mayor precisión se pronuncia el reciente Dictamen 158/2023: “En este caso, es necesario tramitar previamente un procedimiento de revisión de oficio, declarar la nulidad del contrato y concretar el valor de la restitución correspondiente. Si se pretende hacer efectiva la compensación prevista en la norma sustantiva que deriva de la resolución de un expediente de revisión de oficio y que prevé la restitución de las prestaciones (en este caso, el artículo 42.1 LCSP), mediante el reconocimiento extrajudicial de crédito, hay que esperar que se haya adoptado la resolución correspondiente en el procedimiento de revisión de oficio” (fundamento jurídico VIII.3).

12. *Vid.* Oreiro Romar (2023).

13. En este sentido conviene reproducir el siguiente fragmento del Dictamen 48/2020 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, consideración jurídica tercera: “[...] cuando se trate de prestaciones hechas por los particulares a favor de la Administración sin que se haya formalizado un contrato por escrito a pesar de ser esta formalización exigible según la normativa contractual vigente, se ha optado por regular un procedimiento específico de declaración de la inexistencia jurídica del contrato previo al reconocimiento extrajudicial de crédito en el cual la participación del Consejo Consultivo de las Islas Baleares deja de ser preceptiva. El legislador justifica esta nueva regulación que introduce el Decreto Ley 8/2020, de 13 de mayo, en los términos siguientes: El artículo 39 aborda la regulación destinada a depurar la apariencia jurídica que resulta de la denominada contratación irregular, especialmente de los contratos verbales [...]. Pues bien, a pesar de que este tipo de actuaciones —contrataciones irregulares y verbales—, que dan lugar a contratos jurídicamente inexistentes, son relativamente habituales, no hay una normativa específica que regule ni la declaración de la inexistencia del contrato, por un lado, ni la liquidación de este a consecuencia de la inexistencia jurídica declarada, de la otra, con la consiguiente inseguridad jurídica en la actuación de los centros gestores y de los proveedores, que han prestado normalmente de buena fe los bienes o servicios solicitados. Esto es lo que se regula por medio de esta nueva norma, de forma que el acto declarativo de inexistencia del contrato se produzca en el marco de un procedimiento administrativo que se tiene que iniciar de oficio y que se tiene que tramitar de acuerdo con las previsiones generales del título IV de la Ley 39/2015, antes mencionada, sin necesidad de dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, y de forma que, en ejecución de este acto declarativo, se pueda tramitar el reconocimiento extrajudicial del crédito inherente a la liquidación o regularización del contrato inexistente”.

en los apartados anteriores, es oportuno analizar algunos de sus dictámenes que, como se verá a continuación, coinciden con la doctrina antes expuesta.

En este sentido, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en el Dictamen 15/2020, ante una nueva solicitud de dictamen sobre la revisión de oficio de un contrato de servicio de ayuda a domicilio de un ayuntamiento ya previamente anulado, dictamina que no procede declarar la nulidad de los actos tácitos de prórroga del mencionado contrato. Dicho dictamen basa su decisión en los argumentos siguientes, que se reproducen literalmente:

“Siendo así, esto es, predicada esa nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio —y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo—, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas [...], de modo que la nulidad carece ahora de objeto y la invalidez de las últimas facturas no es sino consecuencia material de la nulidad ya declarada el 12 de diciembre de 2019. [...] Hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que tampoco se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el ya anulado por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019” (consideración quinta).

Por lo tanto, como también señala el mismo órgano consultivo en el Dictamen 291/2020, la revisión de oficio se predica de la declaración de nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio, y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los actos de contratación cuestionados (que ya se declaró por la resolución correspondiente del órgano competente del Ayuntamiento), y en relación con las facturas a las que se refiere el nuevo procedimiento de revisión de oficio, el Dictamen 15/2020 considera que ha de estarse a lo previsto en el artículo 42.1 de la LCSP. Por ello, concluye “la procedencia del abono del importe total resultante de la suma de los reflejados en cada factura, al tiempo que excluye tanto la indemnización por daños y perjuicios solicitada por el contratista (que no cuantifica ni acredita), como la detracción del beneficio industrial”.

Por último, el Dictamen 15/2020 recuerda las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pueden derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas (disposición adicional vigésima octava de la LCSP).

Del mismo modo, el Dictamen 291/2020 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias considera que no procede declarar la nulidad de los actos tácitos de prórroga del contrato de servicios en cuestión, ya que estos actos tienen que anularse en el seno del anterior procedimiento revisor dirigido frente a la prestación irregular de los servicios en los términos establecidos en el Dictamen 212/2020. Por lo tanto, se debe proceder a la liquidación del contrato —por todo el periodo de prórroga ilegal— en ejecución de la declaración de nulidad dictada anteriormente.

En esta misma línea se ha pronunciado la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad Autónoma de Madrid en los dictámenes 0006/23 y 0005/23, en los que considera que, una vez emitido el Dictamen favorable a la revisión de oficio propuesta, se debe entender que ya se materializó dicha revisión, con los efectos que se plantearon, y, por tanto, ya se habrían producido la expulsión del ordenamiento jurídico de esa contratación verbal irregular y la subsiguiente liquidación del contrato, en los términos del artículo 42 de la LCSP. Es decir, en ningún caso procede volver a revisar lo que ya no existe: el contrato de servicios viciado de nulidad.

Así, la tramitación separada de las facturas mensuales no implica la existencia de nuevas contrataciones ilícitas que deban revisarse periódicamente, ni de “nulidades parciales”, sino que se trata de un único contrato de tracto sucesivo que se ha mantenido sin solución de continuidad, y cuya evidente ilegalidad ya se puso de manifiesto en el anterior dictamen.

Finalmente, en relación con los efectos de la nulidad, se considera que en caso de que la liquidación efectuada resulte incompleta, porque el servicio se hubiera seguido prestando sin la debida cobertura, existe la posibilidad de completarla. Además, se recuerdan las responsabilidades que pueden deducirse por la contratación *contra legem* y su mantenimiento en el tiempo.

Por ello, el citado órgano consultivo acuerda la devolución de los expedientes correspondientes a los dictámenes citados, al tratarse de un asunto que ya ha sido dictaminado.

5 Conclusiones

Recientemente, cierta entidad local ha tramitado sucesivos expedientes de revisión de oficio de un mismo contrato verbal y, en consecuencia, ha solicitado los correspondientes dictámenes a la Comissió Jurídica Assessora, a pesar de que esta ya se había pronunciado sobre la nulidad de pleno derecho del mencionado primer y único encargo.

Ante dicha práctica, la Comissió ha informado desfavorablemente las aludidas revisiones de oficio, considerando que no procede volver a pronunciarse sobre un contrato que ya había sido declarado nulo por el Ayuntamiento, de acuerdo con el Dictamen del alto órgano consultivo. La Comissió también aduce que no puede aceptarse que la corporación fraccione ni el objeto ni la cuantía del encargo verbal realizado a los efectos de declaraciones de nulidad parciales, ya que dicho encargo incluye todos los servicios que la contratista prestaría hasta que se formalizara el nuevo contrato.

Además, conviene destacar dos cuestiones: en primer lugar, que los dictámenes a que se hace referencia no se pronuncian sobre los efectos de la declaración de nulidad, respecto de los que ya se había pronunciado el correspondiente dictamen favorable a la revisión de oficio; en segundo lugar, dichos dictámenes incluyen advertencias al Ayuntamiento sobre su deber de observar el carácter excepcional de la revisión de oficio y evitar hacer un uso impropio de dicho mecanismo.

A la misma conclusión sobre que no procede una nueva revisión de oficio llegan, en supuestos similares, el Consejo Consultivo de Asturias y la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, en atención a que la tramitación separada de las facturas mensuales no implica la existencia de nuevas contrataciones ilícitas que deban revisarse periódicamente, ni de “nulidades parciales”, puesto que la revisión de oficio se predica de la declaración de nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio. Los dictámenes de ambos órganos se pronuncian brevemente sobre los efectos de la nulidad, aduciendo que procede el abono del importe total resultante de la suma de los reflejados en cada factura, o que se debe proceder a la liquidación del contrato por todo el periodo de prórroga ilegal, o, finalmente, que en caso de que la liquidación efectuada resulte incompleta existe la posibilidad de completarla. Además, dichos dictámenes recuerdan las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, podrían derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas.

Por otro lado, el análisis de los dictámenes de la Comissió objeto de este artículo ha permitido poner de relieve pronunciamientos poco frecuentes o innovadores del alto órgano consultivo relativos a la indemnización de daños y perjuicios al contratista, como la consideración de la buena fe de este para hacer nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración, o cuando se considera procedente acudir al mecanismo de reconocimiento extrajudicial de crédito para pagar al contratista por la prestación de los servicios encargados de forma irregular.

6 Bibliografía

- Bauzá Martorell, F. J. (2016). Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 181.
- Castellet i Arnau, F. I. (2022). La revisión de oficio en la contratación: los encargos verbales. Referencia especial a los contratos menores. *Memoria 2022 de la Comissió Jurídica Assessora*.
- Mas i Casanovas, F. (2020). La contratación irregular: causas que la motivan, problemática que suscita y diferentes vías a seguir para abordar una solución jurídica. *Memoria 2020 de la Comissió Jurídica Assessora*.
- Menéndez Sebastián, E. M.^a (2020). La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones? *Revista CEFLegal*, 232.
- Oreiro Romar, Á. (2023). Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre la utilización del reconocimiento extrajudicial de créditos y la revisión de oficio para el abono de prestaciones contratadas de forma irregular. *Cuadernos de Derecho Local*, 62.

Responsabilidad de la Administración municipal por omisión de sus deberes de vigilancia en relación con la tenencia de perros potencialmente peligrosos. Responsabilidad civil derivada del delito y responsabilidad patrimonial de la Administración

PABLO BAQUERO SÁNCHEZ

Vocal del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

*Para don Lorenzo Almanza Ballesteros,
por su jubilación en el Cuerpo Superior
de Administración del Principado de Asturias,
por su ejemplo y amistad, con admiración y gratitud.*

- 1. Introducción**
- 2. Régimen competencial**
- 3. Marco normativo**
- 4. Responsabilidad patrimonial por omisión de las funciones de control y vigilancia de animales potencialmente peligrosos**
- 5. Concurrencia de la responsabilidad civil derivada del delito y la responsabilidad patrimonial**
 - 5.1. Responsabilidad civil y subsidiaria de los entes públicos derivada del delito y responsabilidad patrimonial
 - 5.2. Efectos de la concurrencia de responsabilidades: la responsabilidad patrimonial condicionada
- 6. Conclusiones**

1

Introducción

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias tuvo ocasión de dictaminar sobre una solicitud de responsabilidad patrimonial dirigida frente a un Ayuntamiento —Dictamen 113/2022—¹, en la que, en síntesis, se expone que la reclamante ha sufrido el ataque de un perro, perteneciente a una raza clasificada como potencialmente peligrosa, que tuvo muy graves consecuencias para su salud, y reprocha a la Administración municipal la omisión de sus competencias para evitar situaciones de riesgo y posibles daños causados por un inadecuado control de este tipo de animales. Asimismo, señala que constan cinco expedientes administrativos previos relacionados con la propiedad del animal atacante, por incumplimiento de las obligaciones sobre tenencia de animales, de los cuales tres se refieren al propio perro que la ha atacado, y, de acuerdo con esos antecedentes, considera que el Ayuntamiento no adoptó las medidas necesarias para evitar un ataque como el que finalmente sufrió.

El ataque fue denunciado penalmente y recayó sentencia del Juzgado de lo Penal en la que, a los efectos que aquí interesan, se condena a la propietaria del perro a indemnizar a la reclamante “en la cantidad de 262.887,60 euros en concepto de lesiones y secuelas”.

Por su parte, la Administración municipal consideró que concurría falta de legitimación pasiva, puesto que, de acuerdo con la legislación autonómica que más adelante se analizará, consideraba que la competencia para la corrección de las infracciones en esta materia recaía en la Administración autonómica, correspondiendo únicamente a los ayuntamientos la inspección y puesta en conocimiento del órgano autonómico de los hechos, al tiempo que indicaba que había trasladado a la consejería competente, hasta en tres ocasiones, las actuaciones llevadas a cabo en relación con este perro.

El análisis de este caso de responsabilidad patrimonial por omisión exige —tal y como hace el Dictamen 113/2022—, en primer lugar, exponer sucintamente el régimen competencial, con especial atención al municipal; para a continuación señalar el marco normativo aplicable; y finalmente detenerse en la concurrencia de la responsabilidad civil derivada del delito

1. http://www.ccasturias.es/documentos/2022/dictamen_0113-22.pdf [consultado 30-9-2023]. Puede consultarse un extracto de este dictamen en la Memoria del Consejo Consultivo del Principado de Asturias de 2022, en el capítulo dedicado a “Observaciones, sugerencias y doctrina”, apartado VI, “Selección de doctrina”, pp. 131-133. Disponible en http://www.ccasturias.es/documentos/memorias/ConsejoConsultivoPrincipadoDeAsturias-Memoria_2022.pdf [consultado 5-2-2024].

de un tercero ajeno a la Administración (la dueña del perro) y una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre todo reparando en los efectos que tal concurrencia pueda tener en orden a determinar la indemnización que eventualmente debería asumir la Administración.

2

Régimen competencial

El punto de partida en esta materia viene dado por el hecho de que el Ayuntamiento fundaba su propuesta desestimatoria en la falta de legitimación pasiva, por considerar que carecía de las competencias que la reclamación le reprochaba que no había ejercido. Sin embargo, el dictamen considera que “resulta indiscutible la competencia municipal en materia de seguridad en lugares públicos, policía local y protección de la salubridad pública”. Ciertamente, el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) atribuye como competencias propias de los municipios: (i) “policía local” (letra f), y entre las funciones que esta debe desarrollar, de acuerdo con el artículo 173 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, que remite al artículo 53.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se encuentran las de “d) Policía Administrativa, en lo relativo a las Ordenanzas, Bandos y demás disposiciones municipales dentro del ámbito de su competencia”, y “h) Vigilar los espacios públicos [...]”; y (ii) “protección de la salubridad pública” (letra j).

Además, en este supuesto, el Ayuntamiento había ejercido tales competencias al aprobar una ordenanza reguladora del uso y tenencia de animales de compañía, fundándose no solo en la legislación sectorial específica, sino, y como no podía ser de otro modo, en el mencionado artículo 25 de la LRBRL. Y si bien una disposición adicional de la ordenanza se remitía en materia de tenencia de animales potencialmente peligrosos a la ley estatal y autonómica, el dictamen señala que tal indicación “no debe interpretarse en el sentido de excluir lo dispuesto en dicha ordenanza municipal, pues la misma hace referencia expresa a este tipo de animales sin contradecir la normativa mencionada”.

En consecuencia, se considera que la Administración municipal ejerce en la materia competencias propias y que, en relación con los hechos que se denuncian en la reclamación, debía haber aplicado lo dispuesto expresamente en su propia ordenanza. Por lo tanto, sí estaba legitimada pasi-

vamente ante una reclamación en la que se le reprochaba, en esencia, la omisión de las actuaciones y medidas previstas en la ordenanza y el resto de normativa aplicable.

Como se advertirá con toda claridad cuando se analice el régimen sustantivo de la normativa sectorial, en este ámbito concurren también las competencias autonómicas; no obstante, en el caso examinado, la reclamante no deduce sus pretensiones frente a esta Administración.

3

Marco normativo

La tenencia de animales domésticos y domesticados ha sido objeto de regulación administrativa, tanto en el ámbito autonómico como en el estatal, en el que recientemente se ha aprobado una norma básica: la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, con un carácter marcadamente tuitivo, que viene a dotar de un marco de aplicación general, en el que deberán integrarse las diferentes regulaciones autonómicas existentes. Aun cuando esta norma, que ha entrado en vigor el 29 de septiembre de 2023, no era aplicable al supuesto analizado en el Dictamen 113/2022, nos referiremos al régimen que establece en materia de tenencia de animales (título II), partiendo del hecho de que no deroga la regulación básica y específica sobre los animales potencialmente peligrosos, raza a la que pertenece el perro al que se refiere el dictamen comentado.

Debe tenerse en cuenta que la regulación e intervención de la Administración en este ámbito —la tenencia de animales— da lugar a dos planos de responsabilidad distinta, administrativa y civil; la primera, compatible con la de naturaleza civil que recae directamente sobre sus dueños, de acuerdo con el artículo 1905 del Código Civil: “El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”.

Partiendo de esta distinción, la normativa administrativa aplicable al caso está formada por (i) la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos; (ii) el Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos; (iii) la Ley del Principado de Asturias 13/2002, de 23 de diciembre, de tenencia, protección y derechos de los ani-

males; y (iv) la Ordenanza reguladora del uso y tenencia de animales de compañía aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Langreo en sesión celebrada el 22 de diciembre de 2011².

Comenzando con la normativa estatal básica sobre animales potencialmente peligrosos (Ley 50/1999, de 23 de diciembre, y Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo, que la desarrolla), y refiriéndonos a los perros, cabe diferenciar entre las obligaciones de control que pesan sobre las Administraciones públicas, fundamentalmente la de otorgamiento de la licencia para la tenencia de animales potencialmente peligrosos y la de registro, y las medidas de seguridad que se dirigen a los particulares que tengan o conduzcan un animal potencialmente peligroso, cuya observancia, a su vez, corresponde controlar a las Administraciones.

El artículo 3 de la mencionada Ley 50/1999, de 23 de diciembre, desarrollado en el artículo 3 del Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo, sujeta a licencia municipal la tenencia de cualquier animal clasificado como potencialmente peligroso; el Ayuntamiento donde resida el solicitante deberá comprobar que este cumple las condiciones que dichos preceptos establecen (ser mayor de edad, no haber sido condenado por determinados delitos, o sancionado por infracciones graves o muy graves de la propia ley, capacidad física y aptitud psicológica), y de ellas conviene destacar, en lo que aquí interesa, que deberá acreditarse haber formalizado un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros con una cobertura no inferior a 120 000 €. En este punto, ha de recordarse que la propietaria del perro que atacó a la solicitante de la responsabilidad patrimonial fue condenada a una responsabilidad civil derivada del delito que ascendía a 262 887,60 €, más del doble de la cobertura mínima asegurada.

Además, el artículo 6 de la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, prevé que en cada municipio exista un Registro de Animales Potencialmente Peligrosos en el que deberán constar “los datos personales del tenedor, las características del animal que hagan posible su identificación y el lugar habitual de residencia del mismo, especificando si está destinado a convivir con los seres humanos o si por el contrario tiene finalidades distintas como la guarda, protección u otra que se indique”. Asimismo, en cada comunidad autónoma deberá llevarse un Registro Central informatizado que pueda ser consultado por todas las Administraciones públicas, autoridades competentes y aquellas personas físicas o jurídicas que tengan interés legítimo.

2. <https://www.ayto-langreo.es/documents/23728/41333/Ordenanza+municipal+reguladora+de+animales+de+compañía.pdf/72cfcda5-92e2-4d26-88a7-ea7a22ecc9dc> [consultado 1-10-2023].

Además, en la hoja registral de cada animal habrá de recogerse cualquier incidente que se hubiera producido (apartado 4), y se obliga a que las autoridades responsables del Registro notifiquen “a las autoridades administrativas o judiciales competentes, cualquier incidencia que conste en el Registro para su valoración y, en su caso, adopción de medidas cautelares o preventivas”.

Como adelantábamos, la legislación básica instaura una serie de medidas de seguridad específicas para los perros, que en síntesis se reducen a que en espacios públicos será obligatoria “la utilización de correa o cadena de menos de dos metros de longitud, así como un bozal homologado y adecuado para su raza” (disposición adicional primera de la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, y artículo 8 del Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo).

El régimen jurídico se completa con las correspondientes disposiciones sancionadoras; así, se considera infracción administrativa grave: “Abandonar un animal potencialmente peligroso, de cualquier especie y cualquier perro, entendiéndose por animal abandonado, tanto aquél que vaya preceptivamente identificado, como los que no lleven ninguna identificación sobre su origen o propietario, siempre que no vayan acompañados de persona alguna” (artículo 13.1, letra a, de la Ley 50/1999, de 23 de diciembre). Y serán graves, entre otras: “Dejar suelto un animal potencialmente peligroso o no haber adoptado las medidas necesarias para evitar su escapada o extravío”, “[h]allarse el perro potencialmente peligroso en lugares públicos sin bozal o no sujeto con cadena”, o “[l]a negativa o resistencia a suministrar datos o facilitar la información requerida por las autoridades competentes o sus agentes, en orden al cumplimiento de funciones establecidas en esta Ley, así como el suministro de información inexacta o de documentación falsa” (artículo 13.2, letras a, d y f, de la Ley 50/1999, de 23 de diciembre).

La legislación básica no distribuye las competencias en la materia entre las comunidades autónomas y los municipios. Así, al referirse a la licencia municipal, el artículo 3.2 señala lo siguiente: “Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales serán competentes según los respectivos Estatutos de Autonomía y legislación básica de aplicación para dictar la normativa de desarrollo”; mientras que, a propósito del ejercicio de la potestad sancionadora, que en el caso objeto de este comentario resulta crucial, el artículo 13.7 indica de modo abierto: “El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos de las Comunidades Autónomas y municipales competentes en cada caso”. Lo que obliga a tomar en consideración el desarrollo autonómico y las propias normas que haya podido dictar cada Ayuntamiento.

En el caso del Principado de Asturias, la mencionada Ley 13/2002, de 23 de diciembre, de tenencia, protección y derechos de los animales, completa la regulación básica, de la que cabe destacar que su artículo 4 desarrolla el Registro Informático Centralizado —de competencia autonómica—, creando en su seno una sección registral específica para los animales potencialmente peligrosos (artículo 26) y estableciendo, en el artículo 28, el contenido que debe incorporar el registro autonómico, en el que necesariamente, entre otras circunstancias, se harán constar “[c]ualesquiera incidentes producidos por animales potencialmente peligrosos a lo largo de su vida”, en similares términos a lo previsto en la legislación básica para el registro municipal.

En relación con las competencias de vigilancia y control de los animales potencialmente peligrosos, el artículo 20 dispone lo siguiente: “Si un animal dadas sus condiciones presentara un peligro para las personas o los animales domésticos, el Ayuntamiento o la Consejería competente en materia de ganadería, de oficio o a petición de parte, pedirá a la persona propietaria o poseedora del animal que en el plazo que a tal fin se le conceda tome las medidas oportunas para prevenir el peligro”; reconociendo expresamente una competencia compartida en esta materia entre la Administración autonómica y la municipal. Incluso, para el adecuado ejercicio de la competencia municipal, el artículo 36 prevé lo siguiente: “La Administración autonómica desarrollará las actuaciones necesarias para que las Administraciones locales con competencia en la ejecución de lo previsto en esta Ley conozcan las obligaciones y responsabilidades que ésta les encomienda, prestándoles para ello el asesoramiento y colaboración técnica necesaria”; lo que ratifica, con toda claridad, la posibilidad de que las Administraciones municipales puedan asumir, a través de sus propias normas, la competencia en el control de este tipo de animales, en concurrencia con las competencias autonómicas que la ley atribuye a la consejería competente en materia de ganadería.

La ley autonómica reitera las medidas de protección establecidas en la legislación estatal básica. Y culmina su regulación con un aparato sancionador en el que se contempla como infracción muy grave, entre otras: “Circular con perros de ataque sin bozal o sin correa” —artículo 41, letra h)—, y como infracciones graves: “Dejar suelto un animal potencialmente peligroso o no haber adoptado las medidas necesarias para evitar su escapada o extravío”, “[c]ircular un perro de guarda o defensa en lugares públicos sin bozal o no sujeto con correa”, “[n]o facilitar la información requerida por las autoridades competentes, en el cumplimiento de sus funciones, así como el suministro de información inexacta o de documentación falsa”, y “[n]o controlar debidamente a los animales, dejándolos deambular por espacios públicos o privados, sin autorización” —artículo 42, letras l), ñ), p) y q)—.

Además, la norma prevé como sanción accesoria a las pecuniarias: “La incautación de los animales objeto de la infracción, cuando fuere necesario para garantizar el bienestar del animal y la protección de las personas y las cosas. Los animales incautados se custodiarán en instalaciones habilitadas al efecto y serán cedidos a terceros o sacrificados de conformidad con lo establecido en esta Ley” —artículo 45, letra e)—; previsión que resulta relevante para el caso que nos ocupa.

Con posterioridad a estas normas, el Pleno del Ayuntamiento de Langreo aprueba, el 22 de diciembre de 2011, la Ordenanza reguladora del uso y tenencia de animales de compañía, en la que desarrolla siguiendo lo establecido en la normativa estatal y autonómica sus competencias en materia de control y vigilancia de animales, incluyendo expresamente a los animales potencialmente peligrosos. Conviene destacar que el artículo 13.2, bajo el rótulo: “Actuaciones municipales subsidiarias”, dispone que “[t]ambién se podrán aprehender aquellos animales que manifiesten reiteradamente síntomas de comportamiento agresivo o peligroso para las personas o que perturben de forma insistente la tranquilidad y descanso de los vecinos, siempre que haya procedido requerimiento y no haya sido atendido el mismo por la persona responsable del mismo”. Precepto que entraña una inequívoca obligación para la Administración municipal, en el caso de que el resto de medidas (requerimientos y sanciones pecuniarias) no fueran suficientes para neutralizar el peligro de un animal con comportamiento agresivo.

Como ya aludíamos, la nueva Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, norma básica, extiende con carácter general a todos los animales de compañía y silvestres en cautividad la obligación genérica de “[e]jercer sobre los animales la adecuada vigilancia y evitar su huida” —artículo 24, letra c)—; y en relación con todos los perros se establece un seguro de responsabilidad civil obligatorio, en los siguientes términos: “En el caso de la tenencia de perros y durante toda la vida del animal, la persona titular deberá contratar y mantener en vigor un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros, que incluya en su cobertura a las personas responsables del animal, por un importe de cuantía suficiente para sufragar los posibles gastos derivados, que se establecerá reglamentariamente” (artículo 30.3).

Aun cuando la ley establece con toda claridad la responsabilidad de los tenedores de los animales, y, así, el artículo 24.3 dispone: “La persona responsable de un animal será también responsable de los posibles daños, perjuicios o molestias que, sin mediar provocación o negligencia de un tercero, pudiera ocasionar a personas, otros animales o cosas, a las vías y espacios públicos y al medio natural, de conformidad con la legislación aplicable”, la

regulación jurídico-pública atañe a las Administraciones públicas competentes, comunidades autónomas y municipios, en la medida en que tendrán que vigilar la adecuada observancia de las obligaciones establecidas en la ley, y en caso de infracción proceder a su sanción —el incumplimiento de las dos obligaciones reseñadas daría lugar a una infracción leve, de acuerdo con lo previsto en los artículos 73, 74 y 75—. Y en consecuencia, el incumplimiento de las funciones de vigilancia y control de los animales de compañía y silvestres en cautividad pudiera dar lugar a una eventual responsabilidad patrimonial, como la del caso estudiado, siempre que se dieran los requisitos legales para ello.

4

Responsabilidad patrimonial por omisión de las funciones de control y vigilancia de animales potencialmente peligrosos

Una vez expuesta la regulación en materia de tenencia de animales potencialmente peligrosos, resulta claro que tanto el Principado de Asturias como el Ayuntamiento de Langreo tenían competencias e instrumentos jurídicos hábiles para intervenir y retirar a un animal con un comportamiento agresivo reiterado, como el del caso de referencia, que ya había sido objeto, con anterioridad, de tres expedientes. Acerca de la concurrencia competencial se pronuncia el propio Dictamen 113/2022, en los siguientes términos: “En diversas ocasiones se da traslado a la Consejería de Desarrollo Rural y Recursos Naturales de los hechos, y aunque la inactividad de la Administración autonómica podría amparar una concurrencia de responsabilidades de conformidad con lo señalado en el artículo 33 de la LRJSP, la reclamación que se examina se deduce únicamente frente al Ayuntamiento”.

Comoquiera que lo que se reprocha a la Administración municipal es la omisión de sus funciones de control y vigilancia de los perros potencialmente peligrosos, resulta necesario caracterizar adecuadamente el deber que la Administración ha incumplido. En este supuesto, el Ayuntamiento, pese a la existencia de incidentes previos, incluso de un ataque anterior, no adoptó ninguna de las medidas que su ordenanza establecía, más allá de informar a la Administración autonómica, lo que sí consta que hizo. Entre aquellas medidas, y en atención a la reincidencia del caso, podría haber aprehendido al perro (artículo 13.2), amén de sancionar las infracciones de la disposición municipal, en concreto la calificada como “grave” de “[n]o controlar debidamente a los animales, dejándolos deambular por espacios públicos o privados, sin autorización” (artículo 34.3.viii).

En este caso, resultan acreditadas la efectividad del daño y su naturaleza antijurídica. Y el dictamen también apreció la concurrencia de la relación de causalidad entre la omisión de los servicios municipales y las graves lesiones padecidas por la reclamante; considerando, al hacerlo, que estamos ante un supuesto de responsabilidad por inacción, y que en estos casos, tal y como señala el Tribunal Supremo, “tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad y que el buen sentido indica que a la Administración solo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Y tras indicar que ello conduce necesariamente a considerar que en el supuesto de comportamiento omisivo no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración, concluimos que ese otro dato no puede ser otro que el del deber jurídico de actuar” (Sentencia de 31 de marzo de 2014 —ECLI:ES:TS:2014:1316—). Así las cosas, debe partirse de que esas medidas de control y vigilancia que corresponden a la corporación local tienen por finalidad: “Evitar situaciones de riesgo y posibles daños a personas, animales o bienes por inadecuado manejo y control de animales potencialmente peligrosos”, por usar los términos del artículo 1, letra d), de la Ley del Principado de Asturias 13/2002, de 23 de diciembre; finalidad que frustró la Administración con su inactividad, como evidencia la materialización del riesgo, que, en todo caso, solo podría haberse reducido si el Ayuntamiento y la Administración autonómica hubieran adoptado las medidas de control y, en su caso, de carácter sancionador a las que estaban obligados. Y, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que constaban cinco incidentes anteriores de la propietaria en relación con la tenencia de animales, tres de ellos respecto del perro que atacó a la reclamante, hechos que despejan cualquier duda sobre el concreto deber de actuar que pesaba sobre las Administraciones municipal y autonómica.

En rigor, aun cuando en este caso se aluda a la situación de riesgo creada por la inactividad de la Administración, no se trata de un riesgo objetivo que abstractamente asume la sociedad, pero cuyos efectos lesivos concretos deban imputarse a la Administración, por exceder de los estándares sociales admitidos de riesgo individual, como ocurre con los daños causados por quienes disfrutan de un permiso penitenciario, sino

que estaríamos ante un funcionamiento anormal del servicio público (incumplimiento de un deber) que cualifica el elemento antijurídico del daño padecido por la reclamante. Tal y como razona el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo): “La responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en postulados objetivos, los cuales excluyen a priori las nociones subjetivas de culpa o negligencia. Es cierto, sin embargo, que subsiste el requisito de que el daño causado sea antijurídico y, en consecuencia, que constituya un perjuicio o sacrificio patrimonial que no deba soportar el perjudicado. En la determinación de si se da esta circunstancia es preciso realizar un examen valorativo partiendo de las circunstancias del caso examinado. El examen de la casuística resuelta en la jurisprudencia de esta Sala conduce a incluir como perjuicios necesitados de resarcimiento, entre otros, aquellos a cuya producción confluyen circunstancias similares a las propias de la culpa o anormalidad en el funcionamiento del servicio pues el carácter objetivo de la responsabilidad no excluye, como parece suponer la sentencia de instancia, que el carácter antijurídico del daño causado pueda inferirse de factores subjetivos de culpabilidad o del incumplimiento objetivo de normas o deberes— y aquellos que se generan en determinados supuestos en que la Administración previamente ha creado un riesgo, o en que el sufrido por el particular o el usuario del servicio es superior al objetivamente admisible en función de los estándares sociales de funcionamiento del mismo (S 18 Oct. 1996)” (Sentencia de 16 de diciembre de 1997, FD 6, rec. 4853/1993, ECLI:ES:TS:1997:7725).

Todo ello conduce a declarar la responsabilidad patrimonial, y el Dictamen 113/2022 concluye que “el Ayuntamiento no ejerció adecuadamente sus competencias sobre animales de compañía y no empleó la debida diligencia para preservar la seguridad pública en el municipio. Constatado el nexo causal entre el resultado dañoso y la conducta omisiva del servicio público, ha de repararse en la mayor relevancia en ese resultado de la actuación ilícita de la dueña del animal —ya condenada como causante directa del daño—, por lo que se estima procedente modular la responsabilidad que corresponde asumir al Ayuntamiento reduciéndola al 30 % de la cantidad a que ascienda la valoración del perjuicio”.

Apreciada la responsabilidad patrimonial de la Administración y modulada en un 30 %, al advertir como concausa cualificada el comportamiento infractor de la dueña, el dictamen estudia la compatibilidad de la responsabilidad civil derivada del delito a la que fue condenada la propietaria del perro y la responsabilidad patrimonial de la Administración municipal, así como la forma de hacer esta efectiva.

5

Concurrencia de la responsabilidad civil derivada del delito y la responsabilidad patrimonial

5.1

Responsabilidad civil y subsidiaria de los entes públicos derivada del delito y responsabilidad patrimonial

En este caso, como ya se expuso antes, había una sentencia penal en la que se condenaba, como responsable civil, a la dueña del perro, en favor de la víctima del ataque, que era también quien reclamaba la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento. Debe también señalarse que los daños por los que reclamaba en vía administrativa eran los mismos que había alegado en la jurisdicción penal cuando ejercitó conjuntamente la acción penal y la de responsabilidad civil, que eran los daños y secuelas producidos por el ataque del perro.

Antes de analizar la compatibilidad entre la responsabilidad civil derivada del delito y la patrimonial de la Administración —responsabilidad directa derivada del funcionamiento de los servicios públicos—, por razones expositivas conviene delimitar bien la situación jurídica que aquí se plantea, para lo cual es necesario deslindar adecuadamente ambos regímenes de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos, regulada en los artículos 120.3 y 121 del Código Penal.

En este supuesto no cabía plantear una responsabilidad subsidiaria de ninguna de las Administraciones públicas concernidas, puesto que el delito no fue cometido en ningún establecimiento público (artículo 120.3), ni ninguna autoridad o empleado público, en sentido lato, fue acusado (artículo 121); como es lógico, para declarar la responsabilidad civil subsidiaria es preciso que concurra un nexo causal entre la entidad pública (o sus agentes) y el daño, que se ve interrumpido cuando el autor es un tercero ajeno a la entidad pública, como ocurre aquí. No obstante, el mismo precepto establece con toda claridad que este tipo de responsabilidad opera “sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria”, lo que permite “al perjudicado la opción de exigir la responsabilidad de la Administración en el proceso penal —con carácter subsidiario— o bien en vía administrativa —con carácter directo-” (Memoria del Consejo de Estado, 1999, p. 177).

Por su parte, la responsabilidad civil —directa— derivada del delito obedece a lo previsto en el artículo 109.1 del Código Penal: “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”; y su alcance se delimita en el artículo 110 del Código Penal: “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales”, que al mismo tiempo delimita el ámbito sobre el que el juez penal puede pronunciarse. Y, por todo ello, resulta plenamente compatible con el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial —directa— de la Administración, “porque la acción administrativa no nace del delito o falta —puesto que es independiente de su existencia—, lo que explica que pueda ser declarada la responsabilidad administrativa aunque no se haya producido —o, en su caso, declarado— una infracción criminal” (Memoria del Consejo de Estado, 1999, p. 182), que por las mismas razones no será subsidiaria de aquella. En el mismo sentido se expresa el Dictamen 113/2022, subrayando los límites de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la consideración de que ambos institutos se superponen, en relación con los hechos que dan lugar tanto a la responsabilidad como a la indemnización de los daños, si eventualmente son los mismos: “[...] una resolución penal previa condenatoria no impide la apertura de un nuevo procedimiento en vía administrativa —o contencioso-administrativa— sobre los mismos hechos siempre y cuando se respeten dos límites: la prohibición de enriquecimiento injusto que establece el artículo 121 del Código Penal y la sujeción a los hechos declarados probados por la sentencia penal. Una interpretación literal del artículo 121 del Código Penal conduce a esta misma conclusión, al contemplarse la compatibilidad en el ejercicio de ambas acciones”.

La limitación de que no exista una duplicidad indemnizatoria condiciona la forma en que debe hacerse efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando, como ocurre en el presente supuesto, es posterior a la declaración de responsabilidad civil derivada del delito.

5.2

Efectos de la concurrencia de responsabilidades: la responsabilidad patrimonial condicionada

Dada la concurrencia de responsabilidades en este caso (la responsabilidad civil del autor de un delito y la responsabilidad patrimonial de la Administración municipal), se impone el límite de la prohibición de una doble indem-

nidad, que opera necesariamente respecto de los efectos indemnizatorios, de modo que el perjudicado no se beneficie de un enriquecimiento injusto.

Esta limitación parte de la premisa de que la responsabilidad patrimonial pueda cubrir daños que estaban asimismo contemplados en la indemnización penal. Es lo que ocurre precisamente en el caso estudiado: “Una vez recaída la sentencia penal estimatoria —que se extiende a la responsabilidad civil por el daño ocasionado—, la perjudicada se limita a aportar aquella sentencia, de lo que se deduce —pues pendía de su parte la cuantificación del daño— que valora ese perjuicio en la misma cuantía en que se estimó probada en el proceso penal. Es patente que los institutos se superponen (responsabilidad patrimonial y responsabilidad civil extracontractual) y los conceptos resarcibles coinciden, pues se dirigen a la reparación de un mismo daño, invocando la reclamante en ambos foros la asistencia quirúrgica recibida, el perjuicio personal sufrido y las secuelas que presenta”.

En atención a la posibilidad de que se superpongan los daños susceptibles de resarcimiento por una u otra institución, los tribunales contencioso-administrativos aplican ciertas cautelas; por su interés conviene citar, por todos, un pasaje extenso de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de octubre de 1997, FD 13, rec. 455/1997, ECLI:ES:TS:1997:8084:

“1. Existencia de un proceso penal previo: La única cuestión ya juzgada y resuelta por la jurisdicción penal, como hemos señalado (fundamento jurídico tercero) es el régimen de la acción civil que nace de delito, y en este caso, de una falta, exigiendo al autor la reparación de daños y la indemnización de perjuicios, pero en el presente proceso estamos ante el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, contemplada en el artículo 106.2 de la CE y 40 LRJAE, en vigencia cuando se producen los hechos, y no habiéndose pronunciado sobre ella la jurisdicción penal, corresponde a esta jurisdicción, a tenor del artículo 3.b) de la LJCA, pronunciarse sobre ella, que no puede verse limitada por la jurisdicción penal, ya que una y otra obligación nacen de causas distintas: la penal, ante la falta cometida y la contencioso-administrativa dimana del funcionamiento de los servicios públicos y de la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración. Por ello, a la hora de proceder a la fijación definitiva de las cuantías indemnizatorias se detraerán de las cantidades fijadas en la fase de ejecución de esta sentencia, las cuantías ya reconocidas y pagadas en ejecución de la sentencia penal dictada por la Sala Segunda del Tribunal

Supremo de 15 de abril de 1997 (recurso de casación nº 3272/95) por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia.

De lo anterior se infieren dos consecuencias: a') la evitación del enriquecimiento injusto, lo que supondría duplicar la reparación o indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los perjudicados que además experimentaron una lesión por el mal funcionamiento del servicio. b') La ponderación de la referida indemnización”.

Este razonamiento lleva a que, en vía administrativa, la resolución por la que la Administración reconozca su responsabilidad habrá de condicionarse a que el perjudicado ceda el derecho de crédito —por el importe de la indemnización que corresponde abonar a la Administración— que tiene frente al responsable civil del delito, en este caso la propietaria del perro. El dictamen, apoyándose en la citada Memoria del Consejo de Estado de 1999, indica que “en la reseñada Memoria se advierte, aunque con referencia a supuestos en los que aún no ha recaído sentencia penal, que ‘podría declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración [...] condicionando el derecho a percibir una indemnización a la cesión del crédito —hasta la cuantía de la indemnización abonada por la Administración— que pudiera declararse en su momento en concepto de responsabilidad civil derivada del delito’, de modo que se preserve la indemnidad del perjudicado sin menoscabo de la responsabilidad del servicio público ni de la que ha de asumir el condenado”.

De este modo, el pago de la indemnización por parte de la Administración solo procederá si efectivamente el solicitante de la responsabilidad patrimonial no hubiera sido indemnizado por otra vía, lo que en muchos supuestos podría ocurrir en atención a las condiciones económicas del responsable civil condenado penalmente, de suerte que esta fórmula sirva para respaldar la indemnidad del perjudicado y facilitar el cobro —aun parcial— de la indemnización.

6 Conclusiones

La competencia en la vigilancia, el control y, en su caso, la sanción en materia de animales potencialmente peligrosos corresponde a las comunidades autónomas y los ayuntamientos. En relación con estos habrá de estarse a la regulación que ellos mismos hayan dictado. Si, como ocurre en el supuesto estudiado, la ordenanza municipal contempla un régimen sancionador específico y la medida subsidiaria de aprehender al animal peligroso,

la omisión del ejercicio de estas competencias y funciones —que imponen un concreto deber de actuar— puede generar responsabilidad patrimonial, de acuerdo con los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

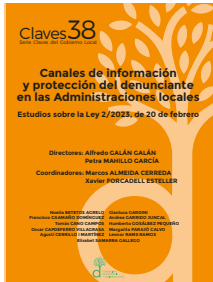
La responsabilidad de la Administración es plenamente compatible con la responsabilidad civil directa del autor de un delito, puesto que ambas proceden de títulos jurídicos distintos. No obstante, en relación con la responsabilidad administrativa operan dos límites, a saber: la vinculación con los hechos declarados probados por la jurisdicción penal, y el límite del enriquecimiento injusto.

Para dar cumplimiento a este último límite, cuando los daños reclamados sean los mismos, en la vía penal y en la de responsabilidad patrimonial, la resolución administrativa que declare la responsabilidad habrá de condicionar el pago de la indemnización a que la perjudicada ceda a la Administración su crédito frente al responsable civil, por el importe con que esta le indemniza. Todo ello sin perjuicio de que la Administración deba indemnizar otros daños distintos a los reconocidos en vía civil o penal, que le puedan ser imputados de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad patrimonial.

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

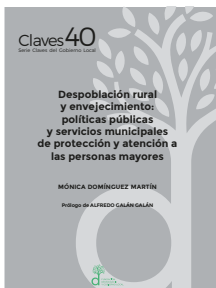
- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
- **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en su lengua original, 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 11. 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 las Normas de citación APA.
Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecomilladas.
- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. 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.

ÚLTIMAS PUBLICACIONES:



Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero

Viviendas de uso turístico. Análisis de la situación actual y propuestas para la mejora de su marco regulatorio



Despoblación rural y envejecimiento: políticas públicas y servicios municipales de protección y atención a las personas mayores

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



Inicio

[IR AL BLOG ACENTO LOCAL](#) →

Actualidad Fundación



Contratación pública irregular: regularización y efectos

Fundación Democracia y Gobierno Local

[Ver más noticias](#)

Próximas actividades

15 de marzo de 2024

Ciclo de seminarios de actualización jurídica local «Josep Maria Esquerda» 2024 – Tercera sesión (Barcelona, 15 de marzo de 2024)
[INSCRIPCIÓN a la 3a Sesión](#)

20 de marzo de 2024

«La provincia en busca de identidad: transformaciones y giros en la evolución de un ente controvertido. Los modelos italiano y español» (Ferrara -Italia-, 20 de marzo de 2024)
[Seguir el evento en streaming](#)

11 de abril de 2024

«Desafíos de la transformación digital en las Administraciones locales: ciberseguridad e inteligencia artificial» (Segovia, 11 de abril de 2024)

22 de abril de 2024

«Jornada Internacional sobre Políticas Públicas e Instrumentos Jurídicos para la Lucha contra la Despoblación» (Granada, 22 de abril de 2024)

26 de abril de 2024

Jornada «La colaboración público-privada en la prestación de servicios públicos» (Barcelona, 26 de abril de 2024)

[Ver Todas](#)

QDL64ÍNDICE

ESTUDIOS

I. Sección monográfica

La financiación de los Gobiernos locales a examen

- 14 La hacienda de los municipios españoles: diagnóstico, evaluación y propuestas para una reforma · NÚRIA BOSCH ROCA y MAITE VILALTA FERRER
- 48 El procedimiento de elaboración de las ordenanzas locales fiscales · IRENE ARACUÀS GALCERÀ
- 79 El impuesto sobre bienes inmuebles: oportunidades y problemas · JOSÉ MARÍA UTANDE SAN JUAN
- 113 La plusvalía municipal en el año 2024 · DIEGO MARÍN-BARNUEVO FABO
- 141 Las subvenciones condicionadas concedidas a las Administraciones locales. Tipos de condicionalidad y posibles límites · ANTONIO BUENO ARMIJO
- 174 Situación de la participación de las entidades locales en los tributos de las comunidades autónomas (o cómo incumplir un mandato constitucional durante más de cuarenta años) · JOSÉ MIGUEL MARTÍN RODRÍGUEZ
- 213 La Ley reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de la Comunidad Valenciana ante el Tribunal Constitucional: Luces y sombras · JESÚS RAMOS PRIETO

II. Sección general

- 252 La posición institucional del Alcalde en el proceso político municipal. Las dimensiones de la profesionalización de los Gobiernos locales europeos · DANIEL CASAL, JESÚS GUTIÉRREZ VILLALTA y ADOLFO CALATRAVA

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

- 282 Los entes locales ante la legislación de transparencia · CARLOS M.ª RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
- 316 Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y su prevención por parte de la Administración local · ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

- 386 Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de septiembre a 31 de diciembre de 2023) · VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

CRÓNICA CONSULTIVA

- 422 Revisiones de oficio sucesivas de un mismo contrato verbal · HELENA MORA BALCELLS y PILAR MARÍ LÓPEZ
- Responsabilidad de la Administración municipal por omisión de sus deberes de vigilancia en relación con la tenencia de perros potencialmente peligrosos. Responsabilidad civil derivada del delito y responsabilidad patrimonial de la Administración · PABLO BAQUERO SÁNCHEZ

