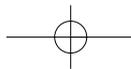
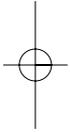
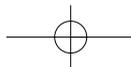
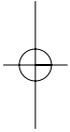
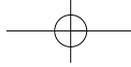
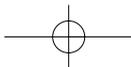


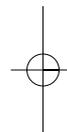
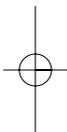
**ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL
2008**







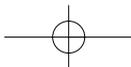
ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL 2008

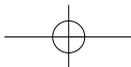


Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

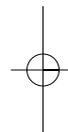
2009





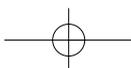
El *Anuario de Derecho Municipal* es una publicación de carácter anual del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid que trata de reunir cada año una serie de estudios, informes sectoriales e informes de Ayuntamientos que refleje las novedades y cuestiones más relevantes planteadas en el ámbito local, tanto desde el punto de vista académico como desde el de los profesionales al servicio de las Entidades Locales. Los sumarios de esta publicación pueden consultarse, entre otras bases de datos, en Dialnet (www.dialnet.unirioja.es).

El *Anuario de Derecho Municipal* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores en los trabajos publicados.



© 2008, Instituto de Derecho local
Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid
<http://www.idluam.org>
idluam@uam.es

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISSN: 1888-7392
Depósito legal: B. 19.188-2008
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.
Impresión: TOP PRINTER PLUS
C/ Pto. Guadarrama, 48 - Pol. Ind. Las Nieves - 28935 Móstoles (Madrid)
MADRID, 2009



ORGANIZACIÓN DEL ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL 2008

Dirección: Francisco VELASCO CABALLERO. *Director del Instituto de Derecho Local (UAM).*

Consejo de Redacción:

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *Profesor Titular (UAM). Catedrático de Derecho Administrativo (A.)*

Cayetano PRIETO ROMERO. *Director General de Organización y Régimen Jurídico, Ayuntamiento de Madrid.*

Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO. *Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo (UAM).*

Andrés GARCÍA MARTÍNEZ. *Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario (UAM).*

María DE SANDE PÉREZ-BEDMAR. *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UAM).*

Tomás CANO CAMPOS. *Profesor Titular de Derecho Administrativo (UCM).*

Juan CARLOS CORRALES GUILLÉN. *Director del Instituto de Formación y Estudios del Gobierno de la Ciudad de Madrid, Ayuntamiento de Madrid.*

Luis MEDINA ALCOZ. *Profesor Titular de Derecho Administrativo (UCM).*

Juan ANTONIO CHINCHILLA PEINADO. *Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo (UAM).*

Julia ORTEGA BERNARDO. *Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo (UAM).*

Sofía SIMOU. *Becaria FPI (CIEMAT-CIEDA-MICINN).*

Ana DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo (UAM).*

Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN. *Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo (UAM).*

Carmen NAVARRO GÓMEZ. *Profesora Contratada Doctora de Ciencia Política (UAM).*

Pilar AGUILAR ALMANSA. *Secretaria de Administración Local. Oficial Mayor del Ayuntamiento de Alcobendas.*

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *Fiscal en la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo, Fiscalía Provincial de Granada.*

Zaida LÓPEZ CÁRCAMO. *Investigadora del Instituto de Derecho Local (UAM).*

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ. *Becario FPU-MICINN (UAM).*

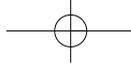
Domingo J. JIMÉNEZ DE L'HOTELLERIE-FALLOIS. *Becario FPU-MICINN (UAM).*

Eloísa CARBONELL PORRAS. *Profesora Titular (UCM). Catedrática de Derecho Administrativo (A.).*

Diego MARTÍN-BARNUEVO FABO. *Profesor Titular (UC3M). Catedrático de Derecho Financiero y Tributario (A.)*

Marcos ALMEIDA CERREDA. *Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo (USC).*

Consejo Asesor:



Antonio Á. AVILÉS GARCÍA. *Primer Teniente de Alcalde, Ayuntamiento de Tres Cantos.*

Juan BRAVO RIVERA. *Tercer Teniente de Alcalde, Ayuntamiento de Madrid.*

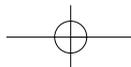
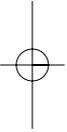
M.^a Concepción VILLALÓN BLESA. *Cuarta Teniente de Alcalde, Ayuntamiento de Alcobendas.*

José ANTONIO CARNEVALI RAMÍREZ. *Concejal de Recursos Humanos y Régimen Interior, Ayuntamiento de Majadahonda.*

Natalia DE BARTOLOMÉ BERTOLÍN. *Concejala Delegada de Función Pública, Recursos Humanos, Organización, Calidad, Nuevas Tecnologías, Seguridad y Circulación, Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes.*

Secretaría de Redacción:

Silvia DíEZ SASTRE. *Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo (UAM). Secretaria Académica del Instituto de Derecho Local (UAM).*



Índice

Pág.

ESTUDIO INTRODUCTORIO

Reformas en el Derecho local: Qué y quién.....	23
Francisco VELASCO CABALLERO	
<i>Director del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Tiempo de reformas	24
II. Un nuevo marco competencial para la reforma del Derecho local.....	25
1. Punto de partida: el régimen local como materia estatal	26
2. Nuevos Estatutos de Autonomía y nuevo Derecho local.....	28
2.1. Ordenación de la «planta local» en los Estatutos de Autonomía.....	28
2.2. Competencias autonómicas sobre régimen local	29
III. Posibles reformas del Derecho local.....	31
1. Planta local	31
2. Forma de gobierno.....	35
3. Organización administrativa	40
4. Competencias y servicios	42
5. Potestades	48
6. Poder normativo	52
7. Relaciones intergubernamentales	53
8. Bienes	56
9. Actividades y servicios públicos locales.....	57
10. Empleo público	59

ESTUDIOS

El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración.....	63
Alfredo GALÁN GALÁN	
<i>Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona</i>	
Cayetano PRIETO ROMERO	
<i>Director General de Organización y Régimen Jurídico del Ayuntamiento de Madrid</i>	
I. Delimitación del objeto de estudio: las entidades privadas que colaboran con la administración en el ejercicio de funciones públicas	65
II. Origen y evolución posterior de las entidades colaboradoras de la Administración.	65
III. Rasgos característicos de las entidades privadas colaboradoras	67
1. Son entidades: personas jurídicas	67
2. Son entidades privadas.....	68
2.1. La colaboración de entidades públicas se sale del ámbito de la colaboración público-privada.....	68
2.2. Las entidades privadas colaboradoras tienen un status singular, pero no son administraciones públicas.....	68
2.3. El caso singular de los colegios profesionales.....	69
3. Son entidades con ánimo de lucro.....	69
3.1. El ánimo de lucro diferencia las entidades privadas colaboradoras de las entidades de acreditación.....	70
3.2. Posible coexistencia de tasas y tarifas.....	70
3.3. Intervención por la administración de las tarifas de la entidad privada colaboradora.....	71
3.4. La posible introducción de la competencia entre las entidades privadas colaboradoras	71
4. Son entidades especializadas.....	74
4.1. Manifestaciones de la exigencia de capacidad técnica.....	74
4.2. Evaluación y control de los requisitos de capacidad técnica.....	75
5. Son entidades imparciales	75
6. Son entidades que colaboran en el ejercicio de funciones públicas.....	76
7. Son entidades que colaboran solamente en el ejercicio de la función	78
7.1. Es posible graduar la colaboración en el ejercicio de la función.....	78
7.2. Nunca se atribuye a la entidad colaboradora la titularidad de la función.	78
7.3. La administración mantiene una relación estable y permanente con la entidad privada colaboradora.....	78
7.4. Posibilidad de ejercicio directo de la función por la propia administración.....	79
7.5. Posibilidad de control por la administración de la entidad privada colaboradora.....	80

Índice	9
	<u>Pág.</u>
7.6. Posibilidad de reclamar ante la administración contra las decisiones de la entidad privada colaboradora	80
7.7. Posibilidad de imputar responsabilidad a la administración por los daños que la actuación de la entidad privada colaboradora pueda causar a los particulares	80
IV. La difícil delimitación de lo que es función pública. La tesis de la distinción entre cumplimiento reglamentario y control administrativo	81
V. Mecanismo de atribución del ejercicio de la función pública	85
1. La encomienda de gestión	86
2. El convenio de colaboración	86
3. Las fórmulas contractuales	87
3.1. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado	88
3.2. Contrato de gestión de servicios públicos	88
4. La autorización administrativa	89
5. La acreditación	90
5.1. Acreditación privada seguida de autorización administrativa.....	90
5.2. Acreditación pública.....	91
5.3. Doble acreditación: pública y privada.....	92
5.4. Acreditación y comunicación previa a la administración.....	92
VI. Responsabilidad por la actuación de las entidades privadas colaboradoras.....	92
1. Responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras.....	93
1.1. Afirmación de la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras	93
1.2. Obligación de constituir una garantía suficiente para cubrir los daños y perjuicios.....	93
1.3. Tipo de responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras.....	96
1.4. Extensión de la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras.	99
2. Responsabilidad de la administración.....	100
2.1. Responsabilidad de la administración en el supuesto de ejercicio directo de la función	100
2.2. Responsabilidad de la administración en el supuesto de ejercicio de la función por la entidad privada colaboradora.....	100
2.2.1. Títulos de imputación de responsabilidad a la administración.	
2.2.2. Tipo de responsabilidad de la administración.....	102
2.2.3. Articulación de la responsabilidad de la administración con la responsabilidad de la entidad privada colaboradora.....	103
VII. Bibliografía	104

	Pág.
La policía local y la política de la Comunidad de Madrid en materia de seguridad pública	105
Miguel CASINO RUBIO <i>Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid. Letrado del Tribunal Constitucional.</i>	
I. Introducción.....	106
II. El proyecto de seguridad de la Comunidad de Madrid (BESCAM).....	110
1. Presentación.....	110
2. Observaciones críticas.....	113
2.1. La desmedida inclinación por la delincuencia y el descuido de la policía administrativa de seguridad.....	113
2.2. El discutible condicionamiento de las subvenciones.....	117
III. El anteproyecto de ley de policías locales.....	118
1. La notable ambición del Anteproyecto.....	118
2. La «seguridad pública» en la doctrina del Tribunal Constitucional.....	120
3. Un apunte sobre la doctrina constitucional en materia de coordinación de Policías locales.....	122
IV. Valoraciones finales.....	123
V. Bibliografía.....	124
La necesaria revisión del sistema tributario municipal	127
Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN <i>Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
Félix Alberto VEGA BORREGO <i>Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Financiación local y sistema tributario municipal.....	128
II. Deficiencias y propuestas de mejora en el sistema impositivo local.....	132
1. El Impuesto sobre Bienes Inmuebles: valor catastral, valor de mercado y el <i>valor catastral referenciado</i>	132
2. El Impuesto sobre Actividades Económicas: hacia un nuevo tributo que grave el beneficio efectivo de la actividad económica.....	138
3. El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica: los « <i>paraísos fiscales para vehículos</i> ».....	143
4. El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras: la necesaria simplificación de la cuantificación del gravamen para reducir la conflictividad.....	149
5. El impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana: <i>valor catastral referenciado</i> , plusvalías inferiores al año y cierre registral.....	154
III. Bibliografía.....	157

Índice	11
	Pág.
La delimitación y el gobierno del fenómeno metropolitano en España	159
Carmen NAVARRO GÓMEZ	
<i>Profesora Contratada Doctora de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Introducción.....	160
II. Definición de las áreas metropolitanas.....	161
1. Dificultades para la delimitación de criterios de definición de áreas metropolitanas españolas.....	161
2. Evolución de la organización de los espacios metropolitanos durante el siglo XX.	164
3. Diferentes estudios de las áreas metropolitanas españolas	165
III. Dinámicas de las áreas metropolitanas españolas	168
1. Expansión.....	168
2. Dispersión urbana.....	170
3. Especialización funcional	172
IV. Teorías y tradiciones en la gestión y gobierno de las áreas metropolitanas	174
1. La tradición de la reforma institucional.....	175
2. La tradición de la elección pública (<i>public choice</i>).....	175
V. El gobierno de las áreas metropolitanas españolas y el caso especial de Madrid	179
1. La situación general de las áreas metropolitanas españolas.....	179
2. El caso excepcional del Área Metropolitana de Madrid	180
VI. Conclusiones	182
VII. Bibliografía	183
Los gobiernos locales en los Estados Unidos de América	185
Michael A. PAGANO	
<i>Decano de la Facultad de Ordenación Urbana y Gestión Pública de la Universidad de Illinois, Chicago (Estados Unidos de América)</i>	
I. Introducción general.....	187
II. Historia, estructuras e instituciones de los gobiernos locales.....	189
III. Un panorama de miles de gobiernos locales	193
IV. Reconocimiento constitucional de los gobiernos locales	198
V. Competencias de los gobiernos locales	199
VI. Financiación de los gobiernos locales	200
VII. Los gobiernos locales y el gobierno federal	203
VIII. Supervisión de los gobiernos locales	204
IX. Relaciones intergubernamentales	205
X. Cultura política de la gobernabilidad local	207
XI. Problemas y tendencias	208
XII. Bibliografía	213

INFORMES SECTORIALES

Organización y régimen jurídico	221
Silvia Díez SASTRE	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Introducción	221
II. Organización del Ayuntamiento.....	222
1. En general.....	222
2. Órganos de gobierno	222
2.1. Concejales	225
2.2. Pleno Municipal.....	227
3. Sistema electoral municipal.....	227
4. Participación ciudadana	230
5. Personal al servicio de la Administración municipal	232
6. Administración desconcentrada	235
7. Administración instrumental	236
III. Entidades locales supramunicipales	237
IV. Competencias municipales.....	238
V. Relaciones interterritoriales	240
VI. Regímenes especiales.....	243
Normas, actos y procedimientos administrativos municipales	245
Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Normas municipales	245
II. Acto administrativo.....	249
1. Tipos de actos administrativos e impugnabilidad	250
2. Requisitos del acto administrativo: motivación	253
3. Nulidad y anulabilidad	254
4. Eficacia del acto administrativo: notificación	254
5. Ejecución del acto administrativo	256
III. Procedimiento administrativo	256
1. Inicio	259
2. Tramitación	260
3. Terminación	262
Contratación local	265
Ana DE MARCOS FERNÁNDEZ	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Consideración preliminar.....	265
II. Ámbito subjetivo.....	266

Índice

13

	Pág.
III. Organización administrativa	269
IV. Capacidad del contratista	269
V. Clasificación de las empresas contratistas.....	272
VI. Prohibiciones de contratar.....	273
VII. Registro de contratistas	274
VIII. Negocios excluidos.....	275
IX. Tipos de contratos.....	278
X. Contenido del contrato.....	280
1. Pliegos de cláusulas administrativas	280
2. Pliegos de prescripciones técnicas.....	280
3. Precio	281
4. Contrato de adhesión.....	284
XI. Adjudicación de los contratos públicos.....	285
1. Criterios de adjudicación	285
2. Presentación de las proposiciones	286
3. Indemnización derivada de la adjudicación	289
4. Plazos.....	289
5. Régimen Transitorio	291
XII. Ejecución del contrato	292
1. Modificación del contrato.....	292
2. Reclamación de indemnización por daños y perjuicios.....	294
XIII. Resolución del contrato.....	296
1. Incumplimiento del contratista	296
2. Desistimiento unilateral de la Administración.....	300
XIV. Contrato de obras.....	301
XV. Contrato de concesión de obra pública.....	304
XVI. Contrato de suministros	305
XVII. Contrato de gestión de servicios públicos	307
XVIII. Contrato de servicios	310
XIX. Incumplimiento del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros ...	312
XX. Obras generales	313
XXI. Obras específicas sobre contratación pública local y comunitaria	314
Haciendas locales.....	315
Andrés GARCÍA MARTÍNEZ	
<i>Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
Domingo J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS	
<i>Becario FPU-MICINN en el Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
César MARTÍNEZ SÁNCHEZ	
<i>Becario FPU-MICINN en el Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	

	Pág.
I. Introducción	315
II. Principios de ordenación de las haciendas locales	316
III. Ingresos de las haciendas locales	319
1. Ingresos tributarios	319
1.1. Impuestos.....	319
1.1.1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles.....	319
1.1.2. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras	321
1.1.3. Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.....	323
1.1.4. Impuesto sobre Actividades Económicas.....	325
1.1.5. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.....	330
1.2. Tasas	332
1.3. Contribuciones especiales.....	336
2. Otros ingresos.....	336
IV. Presupuestos de las haciendas locales	339
V. Procedimientos tributarios en el ámbito local.....	342
Medio ambiente urbano	345
Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Introducción. Instrumentos de programación y planificación (ámbitos comunitario, estatal y autonómico).....	345
II. Normativa estatal	348
III. Normativa autonómica	353
IV. Normativa municipal	353
V. Jurisprudencia	354
1. Presentación.....	354
2. Aplicación de la normativa comunitaria al caso de la evaluación ambiental de la autovía urbana de circunvalación de Madrid (M-30)	354
3. Sentencias en materia de contaminación acústica	356
3.1. Vulneración de los derechos fundamentales a la vida privada, integridad física, intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio por contaminación acústica	356
3.2. Ordenanza Municipal de Ruido que permite dejar en suspenso temporalmente el nivel de ruido en el interior de las viviendas	358
3.3. Contenido de los Mapas de capacidad acústica	359
3.4. El caso particular de los ruidos producidos por el Aeropuerto de Barajas.	360
4. Sentencias en materia de telefonía móvil.....	360
4.1. Distribución de competencias en materia de telefonía móvil entre el Estado y Comunidades Autónomas, y Entidades Locales.....	360

Índice	15
	Pág.
4.2. Exigencia de un Plan Técnico previo para la autorización de antenas de telefonía móvil	361
4.3. Inclusión de la exigencia de que las infraestructuras de radiocomunicaciones utilicen la mejor tecnología.....	362
4.4. Inclusión de normas que imponen niveles máximos de emisión radioeléctrica o que fijan distancias mínimas de situación de las estaciones base de telefonía móvil	363
4.5. Disposición de antenas como «actividad clasificada».....	365
4.5.1. Decisiones judiciales que entienden justificada la exigencia de licencia de actividad clasificada	365
4.5.2. Decisiones judiciales que no entienden justificada la exigencia de licencia de actividad clasificada.....	366
5. Ordenanza Municipal de Captación Solar para Usos Térmicos que establece directamente especificaciones técnicas.....	366
6. Relación entre la licencia de actividad clasificada y la licencia de obras.....	367
VI. Nota bibliográfica	367
Ordenación del territorio y urbanismo	369
Sofía SIMOU	
<i>Becaria FPI del CIEDA-CIEMAT-MICINN. Doctoranda en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Introducción.....	369
II. Novedades normativas	370
1. Novedades legislativas	370
1.1. Ámbito estatal.....	370
1.2. Ámbito autonómico	374
2. Novedades reglamentarias y programáticas.....	375
III. Jurisprudencia y doctrina	377
1. Planeamiento urbanístico.....	377
1.1. Procedimiento administrativo e impugnabilidad de los planes.....	377
1.2. Reclasificación del suelo y motivación	378
1.3. Modificación, revisión y corrección de errores de los planes.....	378
1.4. Consulta popular para la aprobación inicial del plan	380
1.5. Aprobación de planes por silencio administrativo	381
1.6. Calificación del suelo	381
1.7. Conflicto entre planes	382
2. Ejecución del planeamiento	382
2.1. Delimitación de las unidades de ejecución.....	382
2.2. Sistemas generales	383
2.3. Expropiación forzosa y determinación del justiprecio	384

	<u>Pág.</u>
2.4. Delegaciones intersubjetivas en materia urbanística y determinación de los sistemas de ejecución urbanística.....	386
3. Estatuto de la propiedad del suelo.....	387
3.1. Prevalencia de la legislación básica frente a vacíos legales autonómicos.	387
3.2. Propiedad del suelo y licencias urbanísticas.....	388
4. Disciplina urbanística	389
4.1. Nulidad por desviación de poder e ilicitud	389
4.2. Relación entre las licencias de actividad y obras. La comunicación previa como medida sustitutiva de la licencia urbanística. Otorgamiento de licencias por silencio administrativo.	390
4.3. Criterios jurisprudenciales para la suspensión de licencias de obras.....	392
4.4. Procedimiento administrativo-acceso domiciliario en ejecución de actos administrativos.....	393
5. Patrimonio público del suelo	393
Ordenación del tráfico de vehículos y personas	395
Tomás CANO CAMPOS	
<i>Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid</i>	
I. Introducción.....	395
II. Ordenanzas municipales de circulación.....	397
1. La competencia de los Municipios para regular mediante Ordenanza el uso de las vías urbanas y su finalidad.....	397
2. Algunos ejemplos de Ordenanzas aprobadas	398
3. La competencia del Pleno para ejercer la potestad normativa municipal.....	400
4. La derogación de una Ordenanza de circulación determina la pérdida del objeto del proceso aunque la nueva reproduzca algunos de los preceptos previamente impugnados	401
III. Ordenación y control del tráfico: agentes de movilidad	403
IV. Régimen de las infracciones y sanciones	404
1. Tipificación indirecta o por remisión en las Ordenanzas de circulación.....	404
2. El incumplimiento del deber de identificar al conductor.....	406
V. Procedimiento administrativo sancionador.....	411
1. El problema del domicilio de las notificaciones: notificación edictal y derecho de defensa	411
2. El nuevo régimen de notificaciones en el proyecto de reforma de la LTSV	414
3. Plazo de caducidad del procedimiento administrativo sancionador	416
VI. Inmovilización y retirada de vehículos.....	417
1. Las ordenanzas fiscales regulando la tasa por la adopción de tales medidas	417
2. Las modificaciones en el proyecto de Ley de reforma de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial	418

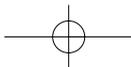
Índice	17
	<u>Pág.</u>
Servicios públicos y actividad económica de los municipios	421
Julia ORTEGA BERNARDO	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Introducción	421
II. Cuestiones relativas a los fundamentos jurídicos y a la distinción entre servicios públicos locales y actividad económica de las corporaciones locales	422
1. La necesaria atención al marco que proporciona el Derecho comunitario.....	422
2. La declaración por ley del servicio público frente a la exigencia de un procedimiento administrativo municipal para el ejercicio de una actividad económica	423
3. La distinción de las actividades declaradas como servicio público de las simples actividades económicas a efectos de la aplicación del derecho de la competencia.	424
4. Requisitos de la prestación del servicio público en un ámbito territorial distinto: la prestación de servicios públicos locales con organización jurídico-privada perteneciente a un municipio diferente a aquél en el que se realiza dicha prestación	425
III. Alcance de la potestad reglamentaria para la ordenación de la prestación de los servicios públicos.....	425
IV. Formas de gestión de los servicios públicos locales.....	426
1. Gestión mediante sociedad de capital íntegramente público.....	426
2. Gestión indirecta de los servicios públicos.....	427
V. Novedades sobre servicios públicos y actividad económica de las corporaciones locales en los distintos sectores de actividad.....	427
1. En la gestión de los residuos urbanos	427
Bienes públicos y expropiación forzosa	431
Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO	
<i>Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Introducción	431
II. Bienes Públicos	432
1. Concesión de uso del dominio público y cesión temporal a terceros.....	432
2. Desafectación y control jurisdiccional de su motivación.....	432
3. Recuperación de oficio de bienes públicos y acciones civiles.....	433
4. Disposiciones de bienes. Interpretación de las cláusulas del contrato de enajenación. Enajenación de bienes de sociedades mercantiles. Parcelas sobrantes...	436
5. Permuta por obra futura: principio de concurrencia y desviación de poder.....	437
6. Reversión de bienes cedidos gratuitamente.....	438
III. Expropiación Forzosa	439
1. Relación de bienes y derechos afectados. Identificación de los titulares.....	439
2. Declaración de urgencia contenida en la aprobación de planes y proyectos. Motivación e información pública	440

	Pág.
3. Expropiación parcial	443
4. Criterios de valoración	444
5. Hojas de aprecio	448
6. Presunción de acierto de la Resolución del Jurado de Expropiación.....	448
7. Intereses de demora	450
8. Consignación y ocupación.....	451
9. Retasación	451
10. Reversión.....	453
11. Vía de hecho.....	454
12. Ocupación temporal.....	455
Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial	457
Luis MEDINA ALCOZ	
<i>Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid</i>	
I. Jurisdicción contencioso-administrativa	457
1. La legitimación del Estado y las Comunidades Autónomas para impugnar actos locales	457
2. La legitimación del concejal para impugnar los actos de su corporación	459
3. La legitimación de las entidades locales y de sus asociaciones para impugnar actos de otras entidades territoriales	462
4. Otras cuestiones.....	464
II. Responsabilidad patrimonial	465
1. El Tratado de Responsabilidad Civil de Fernando Reglero Campos.....	465
2. El título de imputación.....	466
3. El nexa causal y su prueba.....	468
4. La acción de regreso de la Administración contra el empleado público causante del daño.....	473
Empleo público.....	475
María DE SANDE PÉREZ-BEDMAR	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Introducción	475
II. Desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) en el ámbito local...	476
1. Problemas de delimitación de competencias en materia de ordenación del empleo público local	476
2. El, por el momento, escaso recurso a la negociación colectiva como instru- mento de desarrollo del EBEP	476
3. Elaboración de estudios para la aplicación del EBEP.....	478
III. Algunos pronunciamientos judiciales relativos a la contratación temporal en el marco del empleo público local.....	479
1. A vueltas con el nombramiento de personal eventual	479

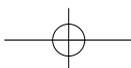
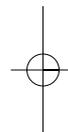
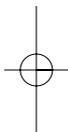
Índice	19
	<u>Pág.</u>
2. Utilización irregular de la contratación temporal y facultades de organización de las entidades locales	481
3. Cuestiones anexas a la contratación laboral temporal: diferencias entre becas y contratos de trabajo	483
IV. Cuestiones relativas a la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local	483
Responsabilidad penal y Ayuntamientos	485
Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ <i>Fiscal, Fiscalía Provincial de Granada. Sección de Medio Ambiente y Urbanismo</i>	
I. Actividad municipal y corrupción urbanística	485
1. Introducción: los procesos en curso por posibles tramas locales de corrupción urbanística	485
2. Aportaciones doctrinales en materia de lucha contra la corrupción urbanística	486
3. Urbanización extensiva y actuaciones de «funcionarios locales corruptos»: el informe Auken de 10 de diciembre	488
II. Jurisprudencia penal relacionada con la actividad municipal	489
1. Delitos de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos.....	489
2. Malversación de caudales públicos	499
3. Delitos contra los derechos cívicos	503
4. Otros delitos relacionados con la actividad municipal: negociaciones prohibidas a funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función, violación de secretos e infidelidad en la custodia de documentos	505
5. Atentados contra cargos públicos municipales.....	508
6. Algunos supuestos de responsabilidad criminal relacionados con la actuación de agentes de los cuerpos locales de policía.....	509

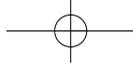
INFORMES DE AYUNTAMIENTOS

Enajenación de aparcamientos subterráneos, para residentes, en régimen de concesión administrativa y actuaciones a realizar por el Ayuntamiento	513
Ayuntamiento de Alcobendas	
Enajenación de Patrimonio Municipal de Suelo en forma de permuta	521
Ayuntamiento de Getafe	
Publicación de la declaración de bienes patrimoniales y las causas de posible incompatibilidad de los concejales en la página «web» del Ayuntamiento	527
Ayuntamiento de Getafe	

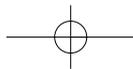
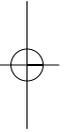
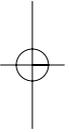


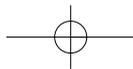
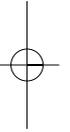
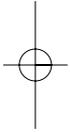
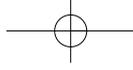
20	Índice
Cierre de vías públicas y limitación de circulación de vehículos en los supuestos de superación de los niveles de contaminación atmosférica legalmente permitidos	531
Ayuntamiento de Madrid	
Suspensión de licencias por modificación del planeamiento.....	545
Ayuntamiento de Madrid	
Acceso de los concejales a la información municipal	557
Ayuntamiento de Majadahonda	
Cesión a consorcio de una concesión de servicio público de campo de golf.....	569
Ayuntamiento de Majadahonda	
Renuncia del alcalde	579
Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón	
Normas para la presentación de originales en el Anuario de Derecho Municipal.....	589

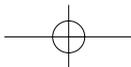




ESTUDIO INTRODUCTORIO







Reformas en el Derecho local: Qué y quién

Francisco VELASCO CABALLERO
*Director del Instituto de Derecho Local
Universidad Autónoma de Madrid*

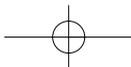
RESUMEN

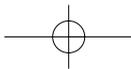
En 2008 se han iniciado varias vías de reforma del Derecho local, tanto en las Comunidades Autónomas como en el Estado. Las propuestas de reforma se desarrollan en un nuevo contexto competencial, el marcado por los nuevos Estatutos de Autonomía de 2006-2007, que reparten el «régimen local» entre el Estado y las Comunidades Autónomas no sólo con la técnica bases-desarrollo (como hasta ahora) sino también con el reconocimiento de algunas materias de competencia exclusiva autonómica. En este nuevo marco competencial se deben articular ahora las propuestas. Pese a la fragmentación del cuadro competencial, es conveniente que tanto los estudios académicos como los partidos políticos actúen con una visión global de las reformas necesarias, con independencia de a quién corresponda luego la competencia para ponerlas en marcha. En el estudio se apuntan algunas necesidades o conveniencias de reforma, y se ha ido identificando, materia a materia, a quién corresponde acometerlas: Estado, Comunidades Autónomas, o las propias entidades locales. Como resultado, y aunque con importantes matices, se va definiendo un cuadro funcional en el que al Estado corresponde definir, sobre todo, la forma de gobierno; a cada Comunidad Autónoma (en especial, Andalucía, Cataluña y Aragón) le corresponde el grueso del régimen local: estructura de la planta local; competencias y potestades, relaciones interadministrativas, bienes, empleo público local. Finalmente, a cada entidad local corresponde regular, casi en exclusiva, la organización administrativa propia (incluyendo los instrumentos de empleo público).

Palabras clave: régimen local; estatutos de autonomía; organización local

ABSTRACT

Several drafts of bills on local government law —both of the State and of the Autonomous Communities— have been proposed along 2008. The new drafts take place in the new scheme of powers established by the new Statutes of Autonomy of 2006-2007.





The new Statutes have assigned competences on local government not only under the classical scheme «basic versus secondary» legislation, but also devolving certain matters as «exclusive» of the Autonomous Communities. That is the new competencies framework in which any proposition of reform on local government makes sense. Though the fragmentation of competences, both scholars and parties should keep on holding a global conception of local government nevertheless what authority (State or regional) is called to pass any suggested reform. The present study identifies certain fields of local government where reforms are needed; and also precise which authority is competent for any reform (the State, the Autonomous Communities or even the local council themselves). As a result —and nevertheless the significant nuances in this field— a general scheme of competences can be drafted: the central State should mainly regulate the «government system». Any Autonomous Community —specially Andalusia, Catalonia and Aragon— is enabled to regulate the main contents of local government: type and number of local councils; powers of local governments; monitoring and relationships between local councils and central and regional governments; public property; and civil servant in local councils. Finally, every local council should define its internal organization, this including the own employment scheme.

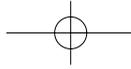
Key words: local government law; statutes of autonomy; local councils

SUMARIO¹: I. TIEMPO DE REFORMAS.—II. UN NUEVO MARCO COMPETENCIAL PARA LA REFORMA DEL DERECHO LOCAL.—1. Punto de partida: el régimen local como materia estatal.—2. Nuevos Estatutos de Autonomía y nuevo Derecho local.—2.1. *Ordenación de la «planta local» en los estatutos de autonomía.*—2.2. *Competencias autonómicas sobre régimen local.*—III. POSIBLES REFORMAS DEL DERECHO LOCAL.—1. Planta local.—2. Forma de gobierno.—3. Organización administrativa.—4. Competencias y servicios.—5. Potestades.—6. Poder normativo.—7. Relaciones intergubernamentales.—8. Bienes.—9. Actividades y servicios públicos locales.—10. Empleo público.

I. TIEMPO DE REFORMAS

1. En 2008, y con continuidad en 2009, se ha abierto un nuevo tiempo de reformas en el Derecho local. Tanto en algunas Comunidades Autónomas como en el Estado. Ahí está, en 2008, la iniciativa para una «Ley municipal» del País Vasco (iniciativa inédita

¹ El presente trabajo fue entregado el 1 de abril de 2009. Abreviaturas utilizadas: CAM: Comunidad Autónoma de Madrid; CE: Constitución española; CEAL: Carta Europea de la Autonomía Local; TCE: Tratado de la Comunidad Europea; EAA: Estatuto de Autonomía para Andalucía; EAC: Estatuto de Autonomía de Cataluña; EAIB: Estatuto de Autonomía de Illes Balears; EAM: Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; LBRL: Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local; LHL: Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales; LRJ-PAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; RBEL: Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; R.D.: Real Decreto; ROF: Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; TRRL: Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local.



Reformas en el Derecho local: Qué y quién

25

desde la aprobación del Estatuto vasco en 1979)². También en 2008 se inició el desarrollo estatuario sobre gobiernos locales en Cataluña, Andalucía y Comunidad Valenciana: En los tres casos el desarrollo legislativo trae causa de las reformas de los Estatutos de Autonomía de 2006-2007. Por fin, el Estado ha seguido anunciado reiteradamente, a lo largo de 2008, la modificación de la actual Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, de 1985. Recuérdese que en la anterior legislatura el Gobierno tenía ultimado un «Anteproyecto de Ley del Gobierno y la Administración Local» que nunca vio la tramitación parlamentaria; y de nuevo en 2007 el Partido Socialista incluyó en su programa electoral la aprobación de una nueva Ley básica de Administración Local³. Aunque, hasta hoy, la escasa iniciativa del Gobierno en esta legislatura ha estado más orientada a responder a las acusaciones periodísticas de corrupción local que a instaurar un nuevo sistema de gobierno local (cual se hacía en el Anteproyecto caducado de 2005). Con todo, se puede afirmar que en 2008 se han puesto las bases para una amplia reforma del Derecho local; reformas que previsiblemente verán la luz a lo largo de 2009.

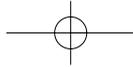
2. En este estudio voy a apuntar algunas líneas de conveniente reforma del Derecho local, considerado en conjunto. Sólo al hilo de las propuestas, expuestas de forma temática, voy a precisar quién, si el Estado o cada Comunidad Autónoma, es competente para acometer la reforma sugerida. Esto es, primero el «qué» y luego el «quién». Con este planteamiento analítico pretendo destacar dos cosas. Primera, que el Derecho local que viene ya no se estructura en torno a dos estratos normativos bien definidos: el básico estatal y el autonómico de desarrollo; pues, como en seguida se verá, algunos Estatutos de Autonomía han reservado algunas submaterias del régimen local, de forma exclusiva, a la competencia autonómica. La segunda cosa que quiero destacar es la conveniencia de no definir las políticas públicas (en este caso, la política sobre gobiernos locales) mirando sólo a los títulos competenciales. Pues, con frecuencia, este planteamiento lleva a resultados desviados: aprobación de normas que, aunque inadecuadas para el fin pretendido, son las únicas que —por razón competencial— puede dictar el Estado o la Comunidad Autónoma. Preciado esto, y antes de entrar en el catálogo de propuestas de reformas, resulta necesario aclarar con carácter general el nuevo marco competencial sobre régimen local inaugurado por los nuevos Estatutos de Autonomía de 2006-2007.

II. UN NUEVO MARCO COMPETENCIAL PARA LA REFORMA DEL DERECHO LOCAL

3. Las reformas legales en marcha han de traer un Derecho local estructuralmente distinto al actual. Las reformas estatutarias de 2006-2007 han impuesto un cambio en el

² Texto del borrador de Anteproyecto en: http://www.idluam.org/files/noticias/legis/PROYECTO_LEY_MUNICIPAL_VASCA.doc.

³ Vid. M. DOMÍNGUEZ, I. MOLINA, C. NAVARRO y M. SALVADOR, *Informe General sobre los Programas-Marco de los Partidos Políticos para las Elecciones Municipales de 2007*, Madrid, Instituto de Derecho Local, 2007, pp. 21 y ss.



modelo regulador. No sólo para algunas Comunidades Autónomas (Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Illes Balears, Aragón y Castilla y León) sino también para el Estado. Hasta hoy, el eje del Derecho local estaba en la legislación básica o «supletoria» del Estado [Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local; Ley de Haciendas Locales (actualmente: Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo); Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales]. Ahora el eje del Derecho local comienza a desplazarse hacia los Estatutos de Autonomía y, a través de ellos, a las leyes autonómicas. Aunque este desplazamiento aún no se ha producido —ni siquiera por igual— en todas las Comunidades. La asimetría en la regulación estatutaria del régimen local va a imponer —indirecta pero necesariamente— una nueva estructura normativa para la legislación básica del Estado.

1. Punto de partida: el régimen local como materia estatal

4. Los diversos proyectos de leyes autonómicas de régimen local, actualmente en marcha, vienen estrechamente determinados por el cambio estatutario de 2006-2007. En dos sentidos: primero, porque los nuevos Estatutos de Autonomía contienen determinaciones precisas sobre cómo ha de ser el régimen local en cada Comunidad. Y segundo: porque los nuevos Estatutos de Autonomía imponen una nueva forma de concebir e interpretar el Derecho local, tanto el del Estado como el de las distintas Comunidades Autónomas. Para comprender el alcance real del cambio voy a hacer referencia a cuál es el modelo regulador del régimen local hasta hoy (conforme a la Constitución y los Estatutos de Autonomía originarios) y cómo ese modelo de regulación ha quedado sustancialmente superado. En efecto, el Derecho local actual, hasta las reformas estatutarias de 2006-2007, presenta algunas notas características que se pueden concretar así:

a) En primer lugar, el Estado se ha servido hasta hoy de una comprensión extensiva de sus títulos competenciales, dando lugar a una regulación estatal muy extensa e intensa. El Estado, en virtud de diferentes títulos competenciales (algunos simplemente básicos, como el del art. 149.1.18 CE) regula hoy: ampliamente la organización y régimen jurídico de las entidades locales; de forma exclusiva el régimen electoral local; y de forma muy intensa —casi exclusiva— la financiación local. Sólo en la regulación de los distintos sectores de la actividad local se observa contención de la regulación sectorial estatal; fundamentalmente, porque la mayoría de las actividades locales coinciden con ámbitos materiales exclusivos de las Comunidades Autónomas.

b) En segundo lugar, en la regulación estatal hay tanto leyes como, con notable frecuencia, normas reglamentarias. Una buena parte de los reglamentos estatales están anunciados o autorizados directamente por las leyes. Es el caso de la disposición final primera LBRL, que remite al Gobierno la «actualización» de los tradicionales reglamentos sobre régimen local existentes al amparo de la LRL de 1955.

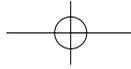
c) En tercer lugar, las Comunidades Autónomas han regulado el régimen local de forma muy limitada. Sólo algunas Comunidades han aprobado leyes generales de régimen local; y entre las aprobadas, la mayoría de ellas presentan un alcance muy acotado: o bien simplemente desarrollan en cuestiones de detalle la legislación básica estatal (así, por ejemplo, integrando en el texto legal autonómico la actual regulación del ROF de 1986) o bien regulan con amplitud los escasos ámbitos materiales no regulados en forma alguna por el Estado (por ejemplo, el régimen de gobierno de los ayuntamientos disueltos). Es cierto que algunas de las leyes autonómicas, como la Ley aragonesa 7/1999, de Administración Local, presentan algunas novedades muy apreciables⁴; pero siempre como adminículos de un régimen local fundamentalmente estatal

d) Además, sin justificación positiva clara, la legislación del Estado ha asumido una «función constitucional» singular: garantizar la autonomía local. Esto es: el Estado ha interpretado hasta hoy que la lectura conjunta de sus títulos competenciales (en especial, de la competencia básica *ex* art. 149.1.18 CE) y de las garantías constitucionales de autonomía local (arts. 137 y ss.) determinaba que a la legislación del Estado cumplía configurar —en su nivel básico— la autonomía local garantizada por la Constitución. Esta interpretación estatal ha sido cuestionada en la STC 240/2006, sobre el conflicto en defensa de la autonomía local planteado por la ciudad de Ceuta.

e) Por último, el poder normativo local es —hasta hoy— claramente secundario. En ocasiones, por la falta de un espacio normativo claro; éste es el caso de muchas materias sectoriales de interés local, donde la regulación reglamentaria, estatal o autonómica, obtura el ejercicio del poder normativo local. Otras veces por una —no claramente justificada— exigencia de previa ley formal precedente a la regulación local; y otras veces, por último, por falta de capacidad técnica de los municipios para la aprobación de ordenanzas en materias de cierta complejidad técnica, siendo así que las Diputaciones provinciales no siempre han suplido con medios propios la baja capacidad normativa de los pequeños municipios.

5. Las cuatro notas descritas sólo se entienden en un determinado contexto constitucional: el configurado por los Estatutos de Autonomía aprobados desde 1979 y por una jurisprudencia constitucional «moderadamente centralista». De un lado, los Estatutos de Autonomía permitían, con cierta generosidad, una comprensión amplia de las competencias estatales referidas directa o indirectamente al régimen local (así, la competencia básica estatal sobre «régimen jurídico de las Administraciones públicas»: art. 149.1.18 CE). De otro lado, los Estatutos de Autonomía carecían de una regulación sustantiva en materia local: ni establecían de forma acabada la «planta local» ni regulaban en absoluto el gobierno local. Con los nuevos Estatutos de Autonomía cambia de forma relevante el «contexto constitucional» en el que se ubica el Derecho local.

⁴ *Vid.* A. FANLO LORAS, «La Administración local», en *Derecho Público Aragonés*, dirigida por A. EMBID IRUJO, 4.ª ed., Zaragoza, 2008, pp. 387 y ss. (en especial, pp. 414 y ss.).

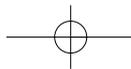


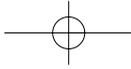
2. Nuevos Estatutos de Autonomía y nuevo Derecho local

2.1. Ordenación de la «planta local» en los Estatutos de Autonomía

6. Algunos Estatutos de Autonomía contenían, ya en su versión original, diversas disposiciones sobre la organización local del propio territorio. Como ejemplo, el Estatuto catalán de 1979 ya ordenaba su territorio en municipios y comarcas (art. 5.1 EAC), reconociendo la existencia «paralela» de las provincias (art. 5.4 EAC). En el Estatuto de la Comunidad Valenciana, de 1982, se preveía la comarcalización del territorio y se ponían límites y controles a las provincias (así, arts. 46 y 47 EACV de 1982). Como último ejemplo, el Estatuto gallego de 1981 —aún vigente— prevé la existencia de comarcas (incluso sustitutivas de municipios) y de parroquias rurales (art. 40.1 y 3 EAG). Ahora, los nuevos Estatutos de Autonomía abordan con más amplitud la regulación de la planta local de su respectiva Comunidad. El nuevo Estatuto de la Comunidad Valenciana —el más continuista de los nuevos Estatutos— remite a la Ley, por mayoría de dos tercios, la posible creación de comarcas y áreas metropolitanas (art. 65 EACV), al tiempo que reconoce la pervivencia de las provincias y busca su real integración en el sistema institucional de la propia Generalidad (art. 66 EACV). El nuevo Estatuto de Cataluña ordena directamente su planta territorial con tres organizaciones autónomas: municipios, veguerías y comarcas (arts. 2.3 y 83.1 y 2 EAC), previendo la posible existencia —voluntaria— de otras entidades locales (art. 83.3 EAC); ninguna mención se hace a las provincias. La planta local de Illes Balears se estructura necesariamente en islas y municipios (art. 8.1 EAC), con la singularidad de que los consejos insulares son tanto órganos de gobierno de las islas como órganos de la Comunidad Autónoma (art. 61 EAIB); los demás entes locales, como mancomunidades, consorcios y asociaciones, son de creación voluntaria por los municipios (art. 75.7 EAIB). La «organización territorial de Aragón» se estructura en municipios, comarcas y provincias (arts. 2 y 81.1 EAAR), quedando remitida a la ley la posible existencia de áreas metropolitanas (art. 81.2 EAAR). Por último, el Estatuto de Castilla y León organiza territorialmente la Comunidad en municipios y provincias (art. 43.1 EACyL), remitiendo la existencia de comarcas a la voluntad de los municipios interesados (art. 46.1 EACyL).

7. Se puede observar, a partir de la descripción anterior, que el rasgo diferencial de cada planta local está en el nivel supramunicipal de gobierno local. Los municipios son «entidades locales básicas» en todos los nuevos Estatutos de Autonomía. En cambio, las provincias no se mencionan —por distintas razones— en los estatutos catalán o balear, o comparten su espacio funcional con las comarcas, bien sean éstas de creación estatutaria directa (como en Aragón) o remitida: a la Ley (en la Comunidad Valenciana) o a la voluntad asociativa de los municipios (en Castilla y León). De esta manera, queda planteado ya que las diferencias en el régimen local de las distintas Comunidades Autónomas se expresarán, sobre todo, en la forma de articular el segundo nivel local de gobierno (provincial, comarcal).





2.2. Competencias autonómicas sobre régimen local

8. Los textos de los Estatutos de Autonomía, en sus versiones primigenias, contenían atribuciones competenciales bien distintas a sus respectivas Comunidades. Al menos sobre el papel, el Estatuto catalán o el andaluz atribuían a las respectivas Comunidades «competencia exclusiva» sobre régimen local; eso sí, «sin perjuicio de lo que dispone el núm. 18 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución» (arts. 9.8 EAC y 13.3 EAA). Estas competencias, formalmente exclusivas, contrastaban con las de, por ejemplo, la Comunidad de Madrid, limitada al «desarrollo de las funciones que corresponden al Estado sobre las corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre régimen local» (art. 27.1 EAM). Lo cierto es que primero la jurisprudencia constitucional, y luego las reformas estatutarias, acabaron por homogeneizar los distintos títulos competenciales sobre «régimen local» (y adyacentes). El Tribunal Constitucional vino a considerar que la identificación de una competencia autonómica como «exclusiva», hecha con la reserva de «sin perjuicio de lo que dispone el art. 149.1.18», era tanto como reconocer al Estado una competencia *básica* general sobre régimen local, quedando la competencia «exclusiva» autonómica relegada a la función del desarrollo y ejecución de lo establecido por el Estado. Luego, las reformas estatutarias de 1994 y 1998 generalizaron la fórmula «bases más desarrollo». Así, por ejemplo, según el art. 27.1 EAM: «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución».

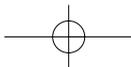
9. Respecto de la situación competencial descrita, en los nuevos Estatutos de Autonomía, los aprobados a partir de 2006, se observa un modesto aumento de las competencias autonómicas sobre régimen local⁵. Además, como en seguida se verá, los nuevos Estatutos de Autonomía difieren de forma considerable entre sí, a la hora de atribuir competencias sobre régimen local a las respectivas Comunidades Autónomas. En todo caso, el aumento de competencias autonómicas sólo es propiamente relevante en algunas submaterias específicas: competencias y potestades locales; «órganos complementarios», y entidades locales no garantizadas constitucionalmente. Los nuevos Estatutos atribuyen dos tipos de competencias a las Comunidades Autónomas: unas se denominan propiamente «exclusivas» y otras «compartidas» con el Estado. Esta distinción estatutaria tiene ahora un especial sentido y valor. Como ya se ha dicho, anteriormente diversos Estatutos de Autonomía atribuyeron a la respectiva Comunidad competencia «exclusiva» sobre régimen local, pero la referencia expresa de los propios Estatutos al art. 149.1.18 CE sirvió para que el Tribunal Constitucional mutara la exclusividad en competencia de desarrollo. En los nuevos Estatutos de Autonomía ha cambiado de forma trascendente el sistema de distribución de competencias. Ahora sólo una parte de las competencias (pocas) son propiamente «exclusivas» de la Comunidad Autónoma; y en la mayoría de las materias de régimen local las Comunidades Autónomas disponen de competencia «de

⁵ Para Aragón: A. FANLO LORAS, «Administración local...», *op. cit.*, p. 407.

desarrollo». El cambio en el sistema no debe entenderse como una pérdida de poder autonómico en materia local, sino como una corrección sobre las desviaciones en el sistema precedente. Ahora, las escasas competencias autonómicas «exclusivas» son propiamente esto, «exclusivas». En ellas, por tanto, no hay espacio para la regulación básica estatal; o más precisamente, una eventual regulación básica estatal no sería de aplicación en la Comunidad Autónoma correspondiente⁶.

10. Afirmada la distinción elemental entre competencias «exclusivas» y «compartidas», lo cierto es que el listado de cada tipo de competencias es diferente en cada Estatuto de Autonomía. En Cataluña son competencias exclusivas: creación de entidades locales, así como de sus términos territoriales [art. 151.1.a) y b) EAC]; procedimientos de relación entre las entidades locales y la población [art. 151.1.c) EAC]. Con casi idéntico texto (arts. 160.1 y 3 EAC y 60.1 EAA) son competencias exclusivas de Cataluña y Andalucía: a) las relaciones entre las instituciones de la Comunidad y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales; b) la determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados en el propio Estatuto; c) el régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos; d) la determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Comunidad, el funcionamiento y el régimen de adopción de acuerdos de todos estos órganos y de las relaciones entre ellos; e) el régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales; f) la regulación del régimen electoral de los entes locales creados por la Comunidad, con la excepción de los constitucionalmente garantizados». Para Aragón, el art. 71.5 EAAr califica como competencia exclusiva autonómica «la determinación de las competencias de los municipios y demás entes locales en las materias de competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón; el régimen de los bienes locales y las modalidades de prestación de los servicios públicos locales, así como las relaciones para la cooperación y colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón». Según se observa, el listado del Estatuto aragonés es algo más reducido que el andaluz (no hace referencia expresa, por ejemplo, a las «potestades administrativas», ni a los «órganos complementarios» de la organización local). Al listado de competencias exclusivas el art. 75.11 EAAr añade la competencia de «desarrollo de las bases del Estado previstas en el art. 149.1.18 de la Constitución para las Administraciones Públicas aragonesas, incluidas las entidades locales». Más claras aún son las diferencias con el nuevo Estatuto balear. Aquí sólo se atribuye competencia autonómica exclusiva en materia de «organización local» (art. 30.45 EAIB); y expresamente se califica como «competencia de desarrollo» todo lo relativo al «régimen local» (art. 31.15 EAIB). Finalmente, el nuevo

⁶ Este planteamiento, más en detalle, en F. VELASCO CABALLERO, «Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes del Derecho local», en *Anuario del Gobierno Local 2005*, Barcelona, Institut de Dret Public y Fundació Democràcia y Gobierno Local, 2006, pp. 121 y ss. (pp. 143 y ss.).



Reformas en el Derecho local: Qué y quién

31

Estatuto de Castilla y León limita la competencia autonómica exclusiva a «relaciones entre las instituciones de la Comunidad y los entes locales y regulación de los entes locales creados por la Comunidad, en los términos previstos en el presente Estatuto» (art. 70.1.4 EACyL); atribuyendo sólo competencia de desarrollo y ejecutiva en materia de «régimen local» (art. 71.1 EACyL). Finalmente, el art. 49.1.8 EACV mantiene la atribución competencial precedente: competencia exclusiva de la Generalitat sobre régimen local, alteraciones de los términos municipales y topónimos «sin perjuicio de lo que dispone el art. 149.1.18 CE».

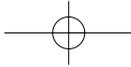
III. POSIBLES REFORMAS DEL DERECHO LOCAL

11. Ahora, en el nuevo sistema competencial, se pueden dar solapamientos entre las leyes estatales y las leyes autonómicas de régimen local. La asimetría estatutaria determina ahora que el Estado pueda —y deba— seguir regulando importantes parcelas del Derecho local (para aquellas Comunidades que han optado por un bajo o moderado nivel competencial sobre régimen local). Aunque parte de esa regulación ya no será aplicable directamente (sí de forma supletoria) en aquellas Comunidades Autónomas cuyos Estatutos han reservado determinadas materias, de forma exclusiva, a sus propias instituciones. Por eso, tiene sentido ahora plantear las posibles reformas del Derecho local de forma abierta; analizando materia a materia y sin prejuzgar de antemano quién —si el Estado o algunas Comunidades Autónomas— son en cada caso los competentes para dar forma normativa a dichas reformas. Lo vamos a ver seleccionando los siguientes ámbitos: planta local; forma de gobierno; organización; competencias, potestades y servicios obligatorios; relaciones intergubernamentales; actividades y servicios públicos; bienes, y empleo público.

1. Planta local

12. La planta local requiere, hace ya tiempo, de una cierta revisión. Aunque sólo en lo que hace a las entidades locales intermedias (provincias, comarcas, veguerías). En un doble sentido: Es necesario redefinir funcionalmente a las provincias, veguerías y comarcas *en relación con los municipios*, y es necesario, también, redefinir las funciones de las provincias, veguerías o comarcas *respecto de las Administraciones autonómicas*. Queda descartada, hoy por hoy, una reforma de la planta local basada en la fusión de municipios. La fuerte identidad local existente en España hace inimaginable una reducción relevante del número de municipios actualmente existente. En esto nos parecemos a Italia; allí el objetivo legislativo de reducción del número de municipios no ha obtenido éxitos relevantes⁷. Bien a diferencia del Reino Unido, donde, tras diversos procesos de reordenación de la planta local desde los años ochenta, no cuentan más que con 468 entidades

⁷ L. VANDELLI, *Il governo local*, 2.ª ed., Bologna, Il Mulino, 2005, p. 15.



locales, normalmente con tamaño suficiente para la gestión de la mayoría de los servicios locales⁸.

13. La redefinición de los gobiernos locales intermedios (provincias, comarcas o veguerías) en relación con los municipios pasa, en primer lugar, por perfilar, intensificar y juridificar su función asistencial, respecto de los municipios con escasa capacidad de funcionamiento⁹; y, en segundo lugar, por atribuirles nuevas funciones o competencias (locales) no basadas en la idea de cooperación y/o asistencia a los municipios. Tomemos como referencia la provincia, sin perjuicio de que lo que aquí se diga sea trasladable a las comarcas (actuales o futuras) y a las veguerías catalanas.

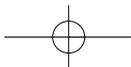
a) En cuanto a lo primero: La función asistencial de las provincias a los municipios viene definida hasta hoy con trazos gruesos en el art. 36.1 LBRL. Y poco más han aportado a la precisión las leyes autonómicas de régimen local. En la base de la imprecisión puede estar la identificación entre «asistencia» y «cooperación» provincial, sugiriendo así una errónea voluntariedad de la asistencia provincial a los municipios. De otro lado, el concepto genérico de «asistencia» tanto ha servido para calificar la financiación planificada a los municipios, mediante planes de obras y servicios participados por los municipios (art. 36.2 LBRL), como la realización directa de tareas técnicas o materiales por la provincia en beneficio de un municipio concreto (asistencia en contratación, defensa jurídica, elaboración de proyectos de obras). Vista esta situación, resulta conveniente delimitar los diversos tipos de actividad provincial «asistencial», y dotarles de regímenes jurídicos más perfilados. En cuanto a la *asistencia financiera*, resulta necesaria una regulación procedimental: sobre cómo se seleccionan —y con qué cuantía— los proyectos de obras y servicios financiados mediante planes municipales. Y en cuanto a la asistencia técnica o material conviene identificar con precisión sus distintas expresiones, y señalar en qué casos la asistencia es reglada, obligatoria y exigible (al menos para los pequeños municipios) y en qué casos la asistencia técnica provincial (o comarcal, o veguerial) debe ser concertada (entre cada municipio y la entidad local intermedia).

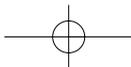
b) De otro lado, el modelo de entidad local básicamente asistencial debería completarse con *competencias sustantivas*¹⁰. Al menos en dos supuestos: allí donde el tipo de actividad o competencia es de escala comarcal o provincial, no municipal; y allí donde la proximidad del gobierno municipal a los ciudadanos dificulta un correcto ejercicio de las competencias. En cuanto a lo primero, se puede sostener —en línea de principio— que la escala supramunicipal no reclama necesariamente la intervención de la Administración autonómica. En asuntos de eminente interés local bien pueden ser la provincia o la comarca las titulares de las correspondientes competencias. Piénsese, por ejemplo, en la ordenación y gestión de los residuos o en el abastecimiento y saneamiento de aguas residuales. Ésta es la dirección que apunta el Anteproyecto catalán de Ley de Gobiernos Locales, donde se prevé la asignación de competencias sustantivas a las veguerías

⁸ D. WILSON y C. GAME, *Local Government in the United Kingdom*, Palgrave, 2006, pp. 11-12.

⁹ Coincide en este punto, J. M. CARBONERO, «La provincia de régimen común», en J. M. CARBONERO (coord.), *La intermunicipalidad en España*, MAP, 2005, pp. 27 y ss. (pp. 38 y ss.).

¹⁰ Sobre el déficit actual de este tipo de competencias, J. M. CARBONERO, «La provincia...», *op. cit.*, p. 33.





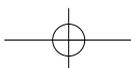
[art. 91.1.d) ALGLC] que exceden incluso de la mera prestación de servicios; eso sí, el Anteproyecto remite la precisión de estas competencias a la legislación sectorial (con lo que el modelo funcional de la veguería puede quedar fácilmente desvirtuado). Junto al criterio económico de eficiencia, hay otros casos en que no es la escala de la actividad, sino la proximidad a los vecinos, lo que aconseja la reubicación de algunas competencias municipales en la provincia (comarca o veguería). Hablo, sobre todo, de la disciplina urbanística. Hasta hoy, las leyes de urbanismo (primero del Estado y luego de las Comunidades Autónomas) vienen atribuyendo importantes competencias sobre disciplina urbanística a los municipios, y configurando a la Comunidad Autónoma como Administración disciplinaria por subrogación o sustitución. Las entidades locales intermedias han quedado, hasta hoy, fuera de la distribución del poder urbanístico. No es difícil de comprobar cómo los municipios pequeños, e incluso medianos, carecen casi en absoluto de disciplina urbanística: ni se imponen sanciones, ni se ordenan demoliciones, ni se revocan licencias. Y la razón no es normalmente un déficit de medios técnicos; la razón está en la excesiva proximidad entre gobernante y gobernado, y en la alta relevancia electoral de una actuación disciplinaria. Para estos casos resulta aconsejable la atribución de competencias sustantivas a la provincia (subrogatorias o alternativas a la municipal). Se trata, en todo caso, de una opción normativa más acorde con el principio constitucional y estatutario de autonomía local que la ampliación de las funciones disciplinarias de la Administración autonómica (o incluso de «consorcios urbanísticos» con participación municipal, como en la «Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística» de Galicia)¹¹.

14. El segundo bloque de reformas, respecto del actual modelo de entidades locales intermedias, se refiere a la integración funcional entre la Administración periférica autonómica y la Administración local de segundo grado. La situación, hasta ahora, resulta escasamente satisfactoria. Sobre todo por el notable solapamiento territorial (aunque normalmente no funcional) entre la Administración periférica autonómica y las Administraciones provinciales¹². Dos son, a priori, las opciones normativas posibles.

a) En primer lugar, fomentar —e incluso imponer— la delegación de funciones administrativas autonómicas a las entidades locales supramunicipales. Para evitar que las delegaciones acaben por sustituir a la atribución de competencias propias a provincias y municipios, la promoción de las delegaciones se puede articular como un grado intermedio dentro de una «escala de subsidiariedad» en materias de interés local: la delegación

¹¹ Decreto gallego 213/2007, de 31 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística (órgano de la Xunta de Galicia). A esta agencia se adhieren voluntariamente los municipios que, por insuficiencia de medios técnicos, no pueden ejercer correctamente sus competencias sobre disciplina urbanística (art. 9). Aunque en el Consejo ejecutivo de la Agencia hay participación de los municipios adheridos, ésta es siempre minoritaria (art. 14). Como se ve, en estos casos la insuficiente capacidad de gestión municipal no se solventa mediante la actuación cooperativa de la provincia —como establece el art. 36 LBRL— sino con la intervención de un órgano administrativo de la Xunta.

¹² Para Andalucía, M. REBOLLO PUIG y E. CARBONELL PORRAS, «La Administración local en la legislación andaluza», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2003, pp. 2805 y ss. (p. 2829).

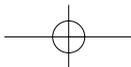


autonómica a las entidades locales intermedias sólo como última *ratio* antes de atribuir la actividad administrativa a la Administración autonómica, allí donde (por razón de la materia o por razones de eficiencia o economía) no esté justificada la atribución de competencias administrativas *propias* a los municipios o las provincias.

b) La segunda posibilidad consiste en integrar organizativamente a la Administración autonómica en las entidades locales supramunicipales. Un ejemplo conocido de Derecho comparado es el de los *Kreise* (comarcas) alemanes, donde el *Landrat* (presidente del *Kreis*) ostenta la doble condición de autoridad local y territorial (del *Land*), y ejerce tanto competencias locales como de los *Länder*¹³. El modelo es digno de tenerse en cuenta; pero sin perder de vista que en Alemania toda la Administración local (tanto municipios como *Kreise*) es Administración *indirecta* del *Land*; con autonomía, sí, pero parte integrante de la Administración territorial. Así se explica la facilidad con la que cada *Land* puede integrar en un solo cargo (*Landrat*) dos tipos de competencias, las locales y las territoriales (del *Land*). Algo próximo, aun salvando las enormes distancias, parece observarse en el reciente Anteproyecto de Ley de Gobiernos Locales de Cataluña (ALGLC), que da forma concreta a la configuración estatutaria de la veguería como Administración ordinaria de la Generalitat, al tiempo que entidad local supramunicipal (art. 90.1 EAC)¹⁴. El Anteproyecto catalán integra a la Generalitat y a las veguerías mediante la creación, en el seno de las veguerías, de «juntas sectoriales» en las que se integran tanto representantes de cada veguería como de la Administración de la Generalitat. En principio, se puede considerar que, dado que las «juntas sectoriales» no actúan en los ámbitos de cooperación constitucionalmente garantizados a las provincias (veguerías catalanas) es posible que la Ley catalana establezca fórmulas organizativas específicas, en el seno de la veguería, donde actúen conjuntamente la Generalitat y la propia veguería. Sobre todo si, como es el caso, las competencias de esas «juntas sectoriales» se refieren, en gran medida, a materias de interés local actualmente gestionadas por la Generalitat. No hay objeción de principio, por tanto, a que el ALGLC diseñe una estructura organizativa de «juntas sectoriales» paritarias que, sin vaciar funcionalmente a la veguería de sus funciones constitucionalmente necesarias (cooperación y asistencia), permita la actuación concertada de la Generalitat y la veguería en ámbitos de concurrencia de intereses local-autonómico. Pero dicho esto, las objeciones constitucionales podrían venir, más bien, del principio democrático (art. 1.1 CE). En el modelo de «juntas sectoriales» paritarias resulta que una buena parte de las competencias locales y una buena parte de las competencias autonómicas pasan a ejercerse directamente por órganos sin legitimación democrática directa, ni local ni autonómica. El elevado nivel competencial que el ALGLC atribuye a las «juntas sectoriales» de la veguería contrasta con su legitimación democrática indirecta y con su sentido original

¹³ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «El régimen local alemán. Una introducción general», en *Anuario del Gobierno Local 2005*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local e Institut d'Estudis Autonòmics, 2006, pp. 223 y ss. (p. 241).

¹⁴ R. GRACIA RETORTILLO, *La veguería como gobierno local intermedio en Cataluña*, Barcelona, Huygens, 2008, p. 102.

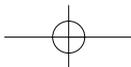


como órgano simplemente cooperativo. También se puede añadir aquí una posible objeción organizativa. Más allá de los posibles problemas de constitucionalidad, la gestión paritaria de competencias, a través de las «juntas sectoriales» de veguería puede deparar altos niveles de ineficiencia. La sustitución de órganos de poder monocráticos o colegiados (pero que actúan conforme a reglas de mayoría) por órganos mixtos paritarios (con legitimaciones diferenciadas y concurrentes) puede conducir fácilmente a resultados de bloqueo funcional.

15. Hasta aquí se han apuntado algunas posibles reformas en la planta local en España. Posibilidades, todas ellas, centradas en la redefinición funcional de las entidades locales de segundo grado. Pero hasta ahora apenas se ha dicho nada sobre quién puede hacer estas reformas. Para el conjunto de España, la Ley estatal puede introducir algunas de las reformas sugeridas, aunque muy limitadamente. El Estado sólo dispone, en relación con la Administración local, de competencia legislativa básica (art. 149.1.18 CE). Esta competencia puede ser suficiente para ampliar en abstracto las funciones provinciales (así, diferenciando entre la asistencia financiera y la asistencia técnica), pero difícilmente permite que el Estado determine el procedimiento de selección de los proyectos municipales financiados. Y desde luego que está fuera de la competencia estatal la integración entre la Administración autonómica y la local. De manera que la redefinición funcional de la provincia, en los términos sugeridos, es tarea de legislador autonómico. Esta conclusión es aún más clara en algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía, como el catalán o el andaluz. En ambos casos se atribuye competencia exclusiva a las respectivas Comunidades sobre «técnicas de organización y de relación para cooperación y la colaboración entre los entes locales...» [arts. 160.1.a) EAC y 60.1.a) EAA], lo cual claramente abarca la cooperación provincial o comarcal con los municipios. De otro lado, los arts. 160.1.b) EAC y 60.1.b) EAA atribuyen a las respectivas Comunidades competencia exclusiva sobre «competencias y potestades locales». En estos casos, salvada la identidad funcional elemental de la provincia como «agrupación de municipios» (garantizada por el art. 141.1 CE), el legislador autonómico puede configurar con amplia libertad la posición funcional de las provincias (en relación con los municipios), su articulación con las posibles comarcas y sus relaciones con la Administración autonómica. Pensando en las veguerías del Estatuto catalán (art. 90 EAC), a las que ya se ha hecho referencia más arriba, ninguna objeción constitucional —al menos, de orden competencial— puede encontrarse a su potenciación funcional, integrando a la Administración periférica catalana en la estructura organizativa de la veguería. Cuestión distinta es que, como ya se ha dicho más arriba, las formas mixtas de Administración resulten cuestionables desde el punto de vista del principio democrático y de responsabilidad de todos los poderes públicos ante el electorado (*accountability*).

2. Forma de gobierno

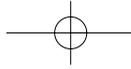
16. Esta materia requiere, antes que nada, de un cierto esfuerzo de delimitación conceptual. Con la expresión «forma de gobierno» se puede identificar un sector carac-



terístico del régimen local: la definición de los órganos representativos, la relación entre ellos y el estatuto de los cargos electos que los integran. Es ésta una materia que, por razones a veces azarosas (o de pugna competencial) no ha recibido un tratamiento específico y homogéneo en nuestro Derecho. Parte de la «forma de gobierno» local se contiene en la «organización» municipal y provincial; otra parte se incluye en el régimen electoral (LOREG) y, por fin, otra parte de la «forma de gobierno» se trata diferenciadamente como régimen específico de los cargos electos (arts. 73 a 78 LBRL). En esta regulación dispersa hay simples inercias (la regulación de los órganos de gobierno como cuestión de organización administrativa) y condicionantes competenciales (así: interpretación de parte del régimen de los cargos electos como «régimen electoral», forma ésta de asegurar la regulación exclusiva por el Estado, conforme al art. 81 CE). Con esta forma fragmentada de regulación se pierde de vista que lo que da sentido a todas estas normas es el principio democrático que da vida a las entidades locales (arts. 1.1 y 140 CE). Parecería, así, que la regulación funcional del alcalde, la junta de gobierno y el pleno son asuntos preferentemente organizativos; y que el régimen de incompatibilidades de alcaldes y concejales es un asunto más de función pública que de gobierno local. A mi juicio, sin negar estas perspectivas, lo que creo más trascendente y relevante en estas regulaciones es que dan una forma concreta al principio democrático. Desde esta perspectiva, conviene un tratamiento conjunto y armónico de las distintas piezas que definen la democracia local: órganos de gobierno y régimen de los cargos electos.

17. Se puede considerar ahora la posibilidad de que las reformas del Derecho local concluyan el proceso de parlamentarización del gobierno local abierto para los «municipios de gran población» por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local (LMMGL); modelo éste luego reafirmado en la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. Pero hay que tener en cuenta algunas disfunciones apreciadas en la puesta en marcha de aquel modelo «parlamentario». En líneas generales no se han observado grandes problemas en la caracterización del alcalde como órgano de «indirizzo» político, con pocas tareas administrativas, y la asignación del grueso de la actuación administrativa municipal a la junta de gobierno. Y ello es así porque, en gran medida, las frecuentes y amplias delegaciones del alcalde en los concejales, y la coordinación de las tareas de éstos a través de la comisión de gobierno había caracterizado ya anteriormente, siquiera *de facto*, al gobierno de las grandes ciudades¹⁵. Distinto puede ser, en cambio, el resultado de la Ley 57/2003 para el pleno municipal. Se observa en este caso que en una buena parte de los municipios de gran población (excluidos los seis grandes ayuntamientos de España) el pleno del ayuntamiento ha perdido parte de su sentido. En los municipios medianos (muchos de ellos formalmente «de gran población» conforme al amplio criterio del art. 121 LBRL) son poco numerosos los asuntos propiamente reservados al pleno: más allá del presupuesto anual (incluida la plantilla), los municipios aprueban pocas ordenanzas (distintas de las

¹⁵ En este sentido, F. VELASCO CABALLERO y S. DíEZ SASTRE, «Régimen jurídico-organizativo de los municipios de gran población», *Justicia Administrativa*, núm. 28 (2005), pp. 15 y ss.



Reformas en el Derecho local: Qué y quién

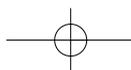
37

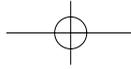
repetitivas ordenanzas fiscales)¹⁶ y muy esporádicamente modifican o revisan su planeamiento urbanístico. Se observa, así, un cierto «déficit» decisorio del pleno en algunos municipios de gran población. Ese déficit no siempre se ha compensado con un aumento del control «cuasiparlamentario» del pleno sobre la junta de gobierno y el alcalde. En parte, por una inercia de control «en» el procedimiento decisorio colegiado; y en parte, también, por la escasa relevancia política de las tareas cotidianas del alcalde o la junta de gobierno. En este contexto puede resultar conveniente que, al igual que hacía el art. 50 del caducado Borrador de Anteproyecto de Ley del Gobierno y la Administración Local de 2005, la Ley permita a cada ayuntamiento (por medio de su Reglamento orgánico) optar por un pleno funcionalmente más completo del que, con carácter general, diseñe la Ley; esto es, una suerte de *opting out* para que cada ayuntamiento decida atenuar la pérdida de relevancia de pleno que frecuentemente resulta del traslado al ámbito local de las formas de gobierno parlamentarias. De esta manera, las leyes podrían hacer posible que cada Reglamento orgánico local incluyese una lista de materias, dentro de las que en principio se atribuyen a la junta de gobierno, que en ese concreto municipio se ejercen por el pleno. Más allá de esta cautela, se puede generalizar al conjunto de los municipios el sistema «cuasiparlamentario» introducido por la Ley 57/2003. Con la conveniencia, eso sí, de mantener el triple listado de competencias: alcalde, junta de gobierno y pleno, con cláusula residual de competencia a favor de la junta de gobierno. Esta distribución funcional ha hecho posible que alcaldes en minoría gobiernen en ayuntamientos con plenos inestables (por el alto número de grupos municipales o por la imprevisibilidad política de algunos de esos grupos). Siendo tasadas las tareas del pleno, y existiendo una clara reserva de funciones al alcalde y a la junta de gobierno, una estructura compleja o inestable del pleno no se traslada necesariamente al gobierno cotidiano del ayuntamiento.

18. La parlamentarización del gobierno local, ahora generalizable, puede exigir una reconsideración del estatuto de los concejales del pleno. Fundamentalmente, del régimen de acceso a la información. La copiosa jurisprudencia sobre la materia (normalmente estimativa de las pretensiones de los concejales) es un claro indicio de que las minorías en el pleno encuentran múltiples obstáculos para obtener información municipal. Hasta hoy, un mínimo de información está garantizada —aun defectuosamente— por el simple hecho de que buena parte de las resoluciones administrativas municipales se aprueban por el pleno, y que una defectuosa preparación o exhibición del expediente previo al acuerdo es causa de nulidad de la propia resolución colegiada, por infracción del art. 23.1 CE¹⁷. Pero en el paso a un sistema «cuasiparlamentario» los concejales de la oposición quedan privados de ese acceso semiprivilegiado a la información municipal. En esta nueva situación resulta conveniente una revisión del actual sistema de acceso

¹⁶ Vid. los datos de 2007, en relación con los ayuntamientos madrileños, en F. VELASCO CABALLERO, «El estado de la autonomía local en 2007», en *Anuario de Derecho Municipal 2007*, Madrid, Instituto de Derecho Local, 2008, pp. 21 y ss. (p. 55). Se destacaba en este estudio que municipios de gran población, como Móstoles o Getafe, apenas si habían aprobado una o dos ordenanzas a lo largo del año.

¹⁷ Entre muchas, SSTJ de Andalucía (Granada) núm. 809/2003, de 1 de diciembre (ayuntamiento de Oria); STS de 31 de enero de 2006 (rec. núm. 6887/96), sobre el ayuntamiento de Marbella.



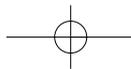


«rogado» —a través del alcalde— a la información municipal (arts. 77 LBRL y 14.2 ROF). Una posible opción es que la Ley declare que toda la documentación municipal es de libre acceso para los concejales (no mediada por resolución del alcalde), salvo los casos en los que expresa y previamente la junta de gobierno clasifique un acto o documento como «reservado», pudiendo quedar en ese caso limitado el acceso a determinadas comisiones del pleno o a otra forma de información confidencial.

19. Es cuestionable que una reforma del estatuto de los cargos electos (concejales, diputados provinciales o asimilables) deba incluir un nuevo régimen de incompatibilidades (durante el ejercicio del cargo) o de prohibiciones de actividad económica (tras el cese). Ya en los últimos años hemos asistido a algunas reformas legales precipitadas en este sentido (así, la nueva disposición adicional 15.^a LBRL y el nuevo art. 75.7 y 8 LBRL, preceptos introducidos en la Ley 8/2007, de Suelo). Se trata de reformas encaminadas a acallar algunas voces periodísticas —no necesariamente independientes— que insisten en señalar a los concejales y alcaldes como sujetos abiertamente corruptos o corrompibles. Es cierta la existencia de informes, reiterados, que localizan en los gobiernos locales los supuestos más frecuentes de corrupción; y ello, incluso, aunque los indicadores internacionales más solventes no indican para España una alta percepción social de corrupción¹⁸. Estos estudios e informes precisarían de un análisis crítico sobre los datos empíricos de la corrupción: tanto en términos cuantitativos (en proporción a los 8.114 municipios de España) como en términos cualitativos (en qué tipo de municipios y en qué sectores de actividad). Merecería destacarse el dato de que los sectores más afectados por la corrupción (contratación, urbanismo y licencias) son aquellos donde —por naturaleza— más próximos están los intereses económicos privados y el poder público. Es posible, por ello, que la corrupción esté más vinculada a la proximidad público-privado (cual es propia de la Administración local) que a la estructura misma de los gobiernos locales. En todo caso, parece que una respuesta adecuada a la corrupción local no pasa por un cambio en el estatuto de los cargos electos locales. Ni más incompatibilidades, ni más prohibiciones de actividad posterior, ni más declaraciones de bienes y actividades. Un estatuto subjetivo muy limitativo (como el introducido en la Ley 8/2007) genera élites políticas deficientes. Un estatuto subjetivo gravoso disuade del ejercicio de cargos públicos electos a profesionales cualificados. El aumento de las prohibiciones, las cargas informativas y las incompatibilidades puede estar fomentando la elección como cargos locales electos de personas cuya única actividad conocida haya sido la de prestar servicios a un partido (el que le propone); y que tras el ejercicio del cargo dependen absolutamente del partido para encontrar su sustento. Esta forma de combatir la corrupción se lleva por delante la calidad del gobierno local y un mínimo de autonomía decisoria del cargo electo respecto de su propio partido (tal y como reclama el art. 23.1 CE conforme a la doctrina de la STC 5/1983). Si hay una constante en los estudios sobre corrupción es la de sus antídotos más eficaces: la democracia de calidad¹⁹ y la

¹⁸ Así, J. ESTEFANÍA (dir.), *Informe sobre la Democracia en España 2008*, Madrid, Fundación Alternativas, 2009, pp. 185 y ss.

¹⁹ F. IGLESIAS (dir.), *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, Madrid, Fundación Alternativas, 2007, en especial, p. 152.



combinación equilibrada entre cargos electos y directivos profesionales en la gestión local. Por ello, las medidas anticorrupción han de centrarse más en los aperos de la democracia (información, transparencia, libertad de expresión²⁰), y en el aseguramiento de una Administración profesional, que en el estatuto jurídico-subjetivo de alcaldes y concejales. A ello habría que sumar, en conexión con lo ya dicho más arriba, la mejor distribución de las competencias locales entre municipios y entidades locales intermedias (provincias, veguerías, comarcas).

20. Hasta aquí se han apuntado algunas posibles reformas del Derecho local en relación con la «forma de gobierno». Ahora toca aclarar a quién corresponde hacerlas. La «forma de gobierno» es hoy, a mi juicio, la submateria del régimen local donde más nítidas son las competencias del Estado. Su clara conexión con el principio democrático (arts. 1.1 CE y 140 CE) y con el derecho fundamental de representación (art. 23.1 CE) hace de la «forma de gobierno local» una cuestión central del régimen de las Administraciones públicas locales, y por ello especialmente resistente a cualquier modulación de la competencia estatal *ex art.* 149.1.18 CE. De hecho, ninguno de los nuevos Estatutos de Autonomía ha cuestionado la competencia básica del Estado sobre esta materia. En los nuevos Estatutos se reserva a las respectivas Comunidades la competencia exclusiva sobre «órganos complementarios» [arts. 160.1.e) EAC y 60.1.e) EAA]. Una interpretación ajustada de esta expresión permite concluir, sin dificultad, que la «forma de gobierno» es materia asignada a la competencia básica estatal. Veamos.

21. La expresión «órganos complementarios» no se encontraba en los Estatutos de Autonomía precedentes; aunque sólo fuera porque describían las competencias autonómicas de una manera mucho más escueta («régimen local»). La expresión «órganos complementarios» proviene en realidad de la LBRL cuando, después de precisar que el alcalde, el teniente de alcalde y el pleno existen en todos los ayuntamientos (art. 20.1 LBRL) establece que «las leyes de las comunidades autónomas sobre el régimen local podrán establecer una organización municipal complementaria...» (art. 20.2 LBRL), y a ello se añade que «los propios municipios, en los reglamentos orgánicos, podrán establecer y regular otros órganos complementarios...» (art. 20.3 LBRL). Estas referencias positivas, en su paso por el control de constitucionalidad (STC 214/1989), determinaron la asunción del par de conceptos «órganos necesarios» (cuya regulación corresponde al Estado) *versus* «órganos complementarios» (de competencia autonómica o local). Pero téngase en cuenta, en todo caso, que la referencia a los «órganos necesarios» o «complementarios» no era propiamente una categoría de distribución de competencias en la Constitución o en los Estatutos de Autonomía. Era una descripción de la realidad legislativa creada por la LBRL. Por ello mismo, la utilización de la expresión «órganos complementarios» en los nuevos Estatutos de Cataluña y Andalucía no puede trasladar miméticamente la forma de regulación de la organización local en la LBRL. En otros términos: «órganos complementarios» no pueden ser ya, sin más, los órganos no regulados en la LBRL; «órganos complementarios» es ahora una expresión delimitadora de compe-

²⁰ R. DAHL, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus, 1999, pp. 97 y ss.

tencias en los Estatutos de Autonomía, y por ello debe presentar un contenido normativo propio. Una propuesta interpretativa para la categoría normativa de «órganos complementarios» puede partir de la distinción entre la «forma de gobierno local» y la «organización administrativa» también local. La «forma de gobierno local» se refiere a las formas de articulación de órganos representativos y órganos ejecutivos; y aquí la competencia básica estatal es especialmente intensa: se trata de concretar orgánicamente el principio democrático proyectado sobre municipios y provincias (arts. 140 y 141.1 CE) y el derecho fundamental de representación (art. 23.1 CE). Más allá de la «forma de gobierno» se encuentra la organización administrativa local (justamente complementaria y al servicio de la forma de gobierno general establecida por el Estado). Éste es, en principio, el contenido propio del título competencial «órganos complementarios» y donde, por tanto, la regulación de cabecera es tarea de las Comunidades andaluza y catalana.

22. Siguiendo la inercia de la LBRL, y tomando como importante referencia comparada el reciente Derecho local italiano (tras la reforma constitucional de 2001) se puede afirmar ahora que no son «órganos complementarios»: ni el alcalde, ni la junta de gobierno ni el pleno. Llegamos así a un resultado similar al propuesto en Italia, donde el art. 117.2.p) de la Constitución reserva al Estado (frente a las Regiones, que asumen el conjunto de las competencias sobre régimen local) la competencia sobre «órganos de gobierno», concepto éste que precisamente se circunscribe al *Sindaco*, la *Giunta* y el *Consiglio*. En todo caso, siendo en España la competencia del Estado solamente básica, y siendo su verdadero sentido la regulación de la «forma de gobierno», la reforma legislativa sugerida no debe incluir aspectos estrictamente organizativos de los «órganos de gobierno», esto es, cuestiones orgánicas no directamente relacionadas con la articulación de mayorías y minorías (funciones de cada órgano de gobierno y relaciones entre ellos). Siendo la competencia del Estado únicamente básica, quedan para cada Comunidad Autónoma la regulación de los aspectos organizativos o administrativos complementarios. Con el importante límite, claro es, del poder de autoorganización que garantiza la Constitución (art. 137 CE), la Carta Europea de la Autonomía Local (art. 6.1 CEAL) y algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía (arts. 91.3 EAA y 87.1 EAC).

3. Organización administrativa

23. Por organización administrativa se entiende aquí toda la estructura orgánica local distinta de los órganos de gobierno (alcalde, junta de gobierno, pleno). En este ámbito es recomendable, en primer lugar, suprimir la diferenciación organizativa entre «municipios de régimen común» y «municipios de gran población». La experiencia de los últimos años (desde 2003) ha mostrado que las normas organizativas introducidas por la Ley 57/2003 —para los municipios de gran población— sólo han sido puestas en marcha de forma real en aquellos ayuntamientos que, formal o informalmente, ya disponían de estructuras organizativas similares a las impuestas en la Ley 57/2003; o en aquellos otros ayuntamientos que, por sus dimensiones y características peculiares, verdade-

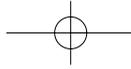
ramente pueden beneficiarse de las formas organizativas de aquella Ley. Fuera de estos casos, buena parte de los «municipios de gran población» han realizado una adaptación sólo «pro forma» a la Ley 57/2003. A la vista de esta situación, tiene sentido sustituir el «modelo organizativo» de los municipios de gran población por un catálogo abierto de estructuras organizativas, como opciones y no como imposiciones a los distintos ayuntamientos²¹. En esta materia, la de organización administrativa local, el protagonismo corresponde a cada entidad local, no al Estado o a las Comunidades Autónomas. Téngase en cuenta que la «autoorganización» es una dimensión central de la autonomía local garantizada tanto por el art. 137 CE, como por el Derecho internacional (art. 6.1 CEAL) y algunos Estatutos de Autonomía (arts. 91.3 EAA y 87.1 EAC). A tal punto es aquí relevante la garantía de autonomía local (en cualquiera de sus manifestaciones: constitucional, internacional o estatutaria) que las leyes apenas si deben abrir posibilidades organizativas a cada entidad local; esto es, mediante un tipo de normas (legales) más encaminadas a satisfacer una exigencia genérica de Ley en la organización administrativa (art. 103.1 CE) que a configurar la estructura orgánica de cada tipo de entidad local.

a) En especial, se puede valorar la oportunidad de que las leyes abran posibilidades de desconcentración y delegación en cargos u órganos directivos a fin de que algunos municipios puedan optar a formas organizativas de *council-manager* (esto es, gobiernos locales cuya administración ordinaria se encuentra profesionalizada bajo la dirección política —aunque no gestión directa— de cargos electos).

b) También es propio de las leyes —respecto del Reglamento orgánico municipal— establecer el régimen jurídico esencial de los distritos y entidades menores o autónomas. Entiendo aquí por «régimen jurídico esencial» el marco regulador de cada posible opción organizativa (que en todo caso ha de corresponder a los municipios). Esto es, debe corresponder a cada municipio determinar si dispone —o no— de distritos o entidades locales autónomas; y la relevancia y autonomía de estos en el conjunto del ayuntamiento, dentro del catálogo de opciones jurídico-organizativas de la Ley. A la Ley corresponde, sobre todo, ofrecer fórmulas de desconcentración o descentralización y regular dos aspectos esenciales de ellas: su vinculación con los «órganos de gobierno» (alcalde, pleno, junta de gobierno) y su relación con los ciudadanos. Así, por ejemplo, la Ley puede abrir la posibilidad de que los distritos actúen como organizaciones descentralizadas, para lo cual ha de establecer que las resoluciones de sus órganos representativos o ejecutivos agoten la vía administrativa; y también puede la Ley regular el régimen de distritos desconcentrados (en cuyo caso procede determinar la existencia de recursos de alzada a favor de los vecinos). En suma, la función de la Ley es la de abrir y regular en lo esencial las formas o estructuras organizativas que se ofrecen a la libre opción municipal.

c) Algo similar se puede decir de la Administración instrumental. La función de la Ley no es la de imponer fórmulas organizativas concretas (organismos autónomos, enti-

²¹ En este sentido, M. SÁNCHEZ MORÓN, «Balance de la reforma legal sobre el régimen de los “municipios de gran población”», en *Anuario del Gobierno Local 2004*, Barcelona, Institut de Dret Public y Fundació Democràcia y Gobierno Local, 2005, pp. 41 y ss. (p. 44).



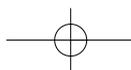
dades públicas empresariales, fundaciones públicas) para los servicios o actividades. Es tarea de la Ley la de ofrecer estructuras organizativas abiertas y disponibles para la reglamentación local. Todo ello sin perjuicio, claro es, de la aplicación a estos órganos o personas instrumentales del régimen legal general sobre presupuestos, contabilidad o contratación pública. Sólo dos aspectos reclaman una regulación legal: la conexión entre entidades instrumentales y «órganos de gobierno»; y la relación de estas entidades instrumentales con los ciudadanos.

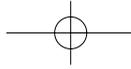
24. La competencia sobre «organización administrativa local» no es simétrica en España. En el común de las Comunidades, las de Estatutos no modificados en el bienio 2006-2007, la organización administrativa local es cuestión compartida entre el Estado y la propia Comunidad. Al menos en lo que se refiere a los municipios y provincias. Para el resto de las entidades locales se habla de fuerte «interiorización autonómica», lo que relativiza de forma terminante el alcance de la regulación básica estatal. Junto a estas Comunidades Autónomas están aquellas otras que en los nuevos Estatutos han reservado en exclusiva la submateria «órganos complementarios» a la propia Comunidad [arts. 160.1 EAC y 60.1.e) EAA]. Como ya he dicho más arriba, con esta expresión se debe entender el conjunto de la organización interna local diferente de los órganos de gobierno (alcalde, junta de gobierno, pleno). Esto es, toda la organización local cuyo eje de regulación no es directamente el principio democrático (articulación de mayorías y minorías; y, para ello, definición de los órganos ejecutivos —monocrático o colegiados— respecto del órgano directamente representativo). A la vista de la actual situación de asimetría competencial en relación con la «organización administrativa local», hay que aceptar que el Estado puede seguir regulando, como hasta hoy, el régimen organizativo básico de las entidades locales necesarias (municipios y provincias). Mas esa regulación no será aplicable en aquellas Comunidades (Cataluña y Andalucía) que se han reservado competencia exclusiva sobre «órganos complementarios».

4. Competencias y servicios

25. El catálogo de competencias locales es cuestión de permanente controversia. Ya más arriba se aludió a la indefinición competencial de las provincias, insuficientemente caracterizadas mediante competencias «funcionales»: asistencia y cooperación. Y se dijo en este sentido que una comprensión más completa y eficiente de la planta local en cada Comunidad Autónoma pasa no sólo por la precisión de las competencias asistenciales sino, también, por la atribución de competencias sustantivas conforme a dos criterios: mayor eficiencia en la gestión de la escala comarcal o provincial; e idoneidad política del nivel comarcal o provincial para el ejercicio de tareas donde la proximidad es un factor de distorsión. Dicho esto, ahora nos podemos centrar en las competencias municipales.

26. Por de pronto: Se va asentando en el Derecho local la idea de un nivel competencial homogéneo de los municipios españoles. No es éste, ni mucho menos, un resul-





tado buscado por la LBRL. Antes al contrario, los arts. 2.1 y 25.2 LBRL tuvieron buen cuidado de no incluir un listado de competencias municipales. Pues era claro ya en 1985 —y en ello insistió después la STC 214/1989— que la mayoría de las competencias municipales se dan en ámbitos competenciales autonómicos. De ahí que se pensara en que deberían ser normalmente las leyes autonómicas —y no la LBRL— quien atribuyera concretas competencias a los municipios. Pero, como digo, este esquema ha quedado erosionado con el paso del tiempo. Y se asume hoy como algo normal la definición de las competencias municipales por parte del Estado. De dos formas:

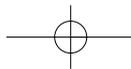
a) En la primera —de construcción sobre todo jurisprudencial— se identifica en los arts. 25.2 y 26.1 LBRL un verdadero catálogo de competencias municipales. Se establecía en aquellos preceptos el binomio «materias de necesaria competencia local» *versus* «servicios municipales». En cuanto a lo primero, el art. 25.2 LBRL no establecía propiamente un catálogo de competencias municipales sino un listado de materias dentro del cual las leyes sectoriales (del Estado o —normalmente— de las Comunidades Autónomas) debían atribuir concretas competencias a los municipios. Y junto a ello, el art. 26.1 LBRL incluye un listado de servicios municipales obligatorios (por tramos de población). Con el tiempo la jurisprudencia ha ido trasladando la idea de que los arts. 25 y 26 LBRL contienen, a la postre, el listado de competencias municipales²². Se desborda así la matizada enunciación de «materias» y «servicios obligatorios» y se sustituye por la categoría más gruesa de «competencias».

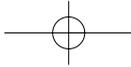
b) En segundo lugar, la doctrina académica viene promoviendo, desde hace ya años, la existencia de una cláusula competencial universal de los municipios²³. Esta cláusula competencial general se apoya, a veces, en el art. 137 CE (interpretado conforme al art. 3 CEAL). Otras veces el argumento positivo está en la LBRL: en la «capacidad jurídica» de los municipios (art. 5 LBRL); o en la competencia «complementaria» del art. 28 LBRL. El art. 28 LBRL, en su mención de que los municipios pueden «complementar» la actividad de otras entidades públicas, está haciendo referencia al Estado social es su versión municipal: en los sectores que identifica el propio art. 28 LBRL (cultura, vivienda...) se permite a los ayuntamientos ir más allá en prestaciones sociales respecto de las que en cada momento dispongan el Estado o las Comunidades Autónomas. Se trata, en suma, de una competencia complementaria similar a la que determina en algunas materias el Tratado de la Comunidad Europea²⁴ y cuya principal caracterización técnica está en la vinculación de esas competencias a prestaciones individuales y la perfecta compatibilidad con las competencias (sobre la misma materia) de otras entidades públicas.

²² Así, SSTS de 18 de junio de 2001 (rec. núm. 8603/1994) y 3 de junio de 2004 (rec. núm. 3009/2000).

²³ Así, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «La cláusula general de competencia municipal», en *Anuario del Gobierno Local 1999-2000*, pp. 37 y ss. (pp. 48 a 51); también L. ORTEGA ÁLVAREZ, «Las competencias como paradigma de la autonomía local», en *Justicia Administrativa*, número extraordinario año 2000, pp. 33 y ss. (p. 39). Acertada, a mi juicio, es la crítica de A. FANLO LORAS, «La atribución de competencias a las entidades locales en la Ley estatal de régimen local», en *El Consultor*, núm. 7 (2006), pp. 1429 y ss. (p. 1432).

²⁴ Vid. T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El sistema europeo de distribución de competencias*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, p. 125.





27. Con todo, la progresiva decantación de un listado competencial fijado por el Estado, en la LBRL, poco ha aportado al poder municipal en términos reales. No se discute ahora, ciertamente, la existencia de competencia municipal en transportes urbanos o medioambiente urbano, haya o no atribución específica en las leyes autonómicas. Pero si se observa con atención, esas competencias municipales, casi indiscutidas en su existencia nominal, son de escasa calidad. Pues las leyes sectoriales, normalmente autonómicas, han ido perfilando de manera restrictiva el contenido de aquellas competencias. Bien compartimentando las funciones (y reservando a los ayuntamientos las funciones de gestión, de ejecución técnica o no decisorias), bien imponiendo a los ayuntamientos parámetros de control o «estándares de calidad» en la gestión de las competencias y servicios municipales²⁵.

28. Por último, se puede considerar hoy como perturbadora la dualidad materias competenciales *versus* servicios obligatorios establecida en los arts. 25.2 y 26.1 LBRL. Ya he dicho cómo, a la postre, la jurisprudencia contencioso-administrativa viene considerando el listado de servicios municipales obligatorios (por tramos de población) como ámbitos competenciales propios de los ayuntamientos. Pero esto se puede considerar hoy como extravagante en un orden territorial basado en el principio de autonomía. La idea de un listado de servicios obligatorios arranca de tiempos de baja autonomía local (de ahí su pervivencia, con contenidos muy similares a los actuales, en la Ley de Régimen Local de 1955). Pero en la actualidad, en un orden jurídico orientado a la autonomía, el listado de servicios obligatorios —en su actual estructura— resulta inidóneo. Puede tener sentido hoy que las leyes reconozcan a los ciudadanos la existencia de determinadas actividades o servicios municipales como forma de desarrollar el ejercicio de ciertos derechos constitucionales (por ejemplo, la existencia de servicios de transporte urbano universales como forma de promover el derecho a la libertad de movimientos: art. 17.1 CE). El sentido último de estas garantías puede ser la consecución de un estatus homogéneo de derechos constitucionales en toda España, como sugiere el art. 149.1.1 CE e impone el art. 139.1 CE.

29. A la vista de las anteriores consideraciones, que muestran algunas disfunciones en el actual régimen competencial local, se puede formular una propuesta de nuevo orden competencial, basado en tres ejes:

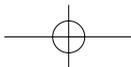
a) En primer lugar, una cláusula competencial general o universal de los municipios —en materias de interés local— salvo cuando la Ley expresamente atribuya una tarea o función a otra organización local (provincia, comarca, veguería) o a otra Administración supralocal (estatal o autonómica). El límite a estas atribuciones competenciales a entidades supramunicipales se puede cifrar en los principios de proporcionalidad y subsidiariedad²⁶.

b) En segundo lugar un listado de competencias municipales muy preciso y detallado. La precisión y el detalle tienen por fin evitar el vaciamiento práctico de la competencia municipal a manos de la legislación sectorial.

²⁵ Vid. F. VELASCO CABALLERO, *El estado...*, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

²⁶ Fundamentalmente, L. ORTEGA ÁLVAREZ, «El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local», *Anuario del Gobierno Local 1996*, Barcelona, Institut de Dret Public, 1997, pp. 99 y ss.

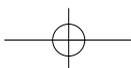


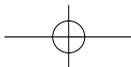


c) Y por último, al hilo de cada materia competencial, y estrechamente ligado a ella, se pueden fijar algunos posibles derechos de los ciudadanos; derechos a que en las distintas materias competenciales se aseguren determinados servicios o actividades municipales. Sería la reconversión, en un sentido actual, del catálogo de servicios obligatorios del actual art. 26.1 LBRL. Véase con un ejemplo: en un ámbito local como es el abastecimiento y saneamiento de agua, la Ley debe atribuir a los municipios competencias precisas (así: gestión del abastecimiento domiciliario; aprobación de las formas de gestión; régimen tarifario, en su caso). Identificada ya de forma precisa cuál es la competencia municipal, la Ley también puede determinar qué pueden exigir los vecinos —como derecho subjetivo— de su ayuntamiento; precisamente, en el ámbito competencial previamente delimitado. Y ello con independencia de que esa exigencia se concrete en un servicio público *sensu stricto* o en una actividad de interés económico general regulada por cada municipio (en nuestro ejemplo: derecho de los vecinos a verter aguas a la red de alcantarillado siempre que se cumplan las condiciones de autodepuración fijadas por el ayuntamiento y con independencia de que la red de alcantarillado se configure o no como un «servicio público»). Lo relevante es que los actuales «servicios obligatorios» ya no se tratarían como necesarios «servicios públicos» sino como servicios o prestaciones que puede gestionar directamente o no el ayuntamiento, pero cuya efectiva existencia y disfrute universal e igual (por todos los vecinos) ha de quedar necesariamente *garantizada por el ayuntamiento*. De esta forma se introduciría en el Derecho local español el concepto de «Estado garantizador» (*Enabling State; Gewährleistungsstaat*) ya ampliamente teorizado en el Derecho público europeo.

30. Vistas ya algunas posibles reformas en el régimen competencial local, hora es ya de precisar a quién corresponde su regulación. A mi juicio, y corrigiendo en esto la tendencia uniformizadora ya identificada, el eje de la regulación debe ser la legislación autonómica. Éste es el modelo inicial sugerido incluso en la LBRL. Y es, desde luego, el modelo impuesto por algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía. La distribución detallada de ámbitos de regulación sería así:

a) La legislación básica estatal puede incluir una cláusula de competencia universal municipal. E incluso complementar esa cláusula general de competencia con garantías concretas para su ejercicio: reserva de Ley; principios de subsidiariedad y proporcionalidad para limitación (esto es, para atribuir competencias en materias de interés local a otras entidades locales o supralocales). También cabe que el Estado prefigure la calidad de las competencias municipales imponiendo la opción sistemática por las competencias propias (frente a las delegadas o encomendadas), o prohibiendo de forma tajante las subvenciones condicionadas; o enunciando el «principio de conexión» (toda nueva competencia o tarea municipal ha de estar expresamente garantizada en términos financieros). De otro lado, el Estado puede, en su legislación básica (con fundamento en la competencia del art. 149.1.1 CE) identificar un listado de derechos de los vecinos en toda España, garantizando así que, en los ámbitos competenciales municipales, debe quedar garantizada una cierta homogeneidad o igualdad básica en el disfrute de los derechos constitucionales. Por supuesto que esos derechos sólo son exigibles ante los ayuntamientos hasta

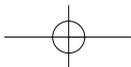




donde lleguen las competencias municipales (atribuidas generalmente por las leyes autonómicas). Hay que insistir en que este listado es algo distinto del actual cuadro de servicios obligatorios del art. 26.1 LBRL.

b) Es tarea de cada Ley autonómica precisar cuáles son las competencias municipales (lógicamente en los ámbitos competenciales autonómicos). En algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía ésta es una función reservada expresamente y en exclusiva a la propia Comunidad: Andalucía [art. 60.1.*b*) EAA]; Cataluña [art. 160.1.*b*) EAC]; y Aragón [art. 71.5 EAAr]. Esta labor de atribución competencial puede ser diferente en cada Comunidad. En algunos casos, como Cataluña tras su Estatuto de 2007, esta labor se puede hacer en dos o tres niveles: en el primero, el Estatuto ha determinado directamente una serie de materias donde necesariamente han de atribuirse competencias propias a los «gobiernos locales» (art. 84.2 EAC), sin precisar, por tanto, si las competencias deben ser de los municipios, veguerías o comarcas; resulta necesario, por tanto, un segundo nivel de regulación (legal) en el que la Ley general de gobiernos locales identifique con precisión qué concretas competencias corresponde a cada nivel de gobierno local, dentro de las materias directamente señaladas por el Estatuto. Y aún vendría un tercer nivel de regulación legal, el sectorial, en el que, materia a materia, se delimitarían las formas y límites de ejercicio de las competencias municipales. Este modelo de regulación —que reconozco ideal— no tiene reflejo en el Anteproyecto de Ley catalana de Gobiernos Locales (2009), que remite completamente a cada ley sectorial la atribución de competencias a municipios, veguerías y comarcas (dentro del listado de materias competenciales del art. 84.2 EAC). Algo diferente es la regulación estatutaria andaluza. En este caso, el art. 92.2 EAC identifica un listado de materias competenciales sólo a favor de los ayuntamientos. También en Andalucía será la Ley quien atribuya concretas competencias a los municipios (al menos, dentro del listado del art. 89.2 EAA). La diferencia con el caso catalán es que el Estatuto andaluz sólo enumera materias competenciales a favor de los municipios, no del conjunto de los gobiernos locales. Esto no quita para que, en algunas materias, la Ley andaluza pueda atribuir competencias sustantivas a las provincias [según previsión expresa del art. 96.3.*a*) EAA], aunque esto no podrá ser la regla sino más bien la excepción. En todo caso, también en el caso andaluz se podría pensar en que ha de ser la Ley general de régimen local quien atribuya las concretas competencias a municipios y —en su caso— provincias; y que sea tarea de la Ley sectorial (urbanismo, transportes) no ya atribuir competencias sino marcar pautas o criterios políticos para su ejercicio; y ello siempre con respeto a la integridad de las competencias municipales ya predefinidas.

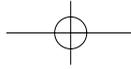
c) También corresponde a cada Comunidad Autónoma, a través de la legislación general de régimen local, determinar la tipología de las competencias municipales. Además de la ya tradicional distinción entre competencias propias y delegadas, cada Ley autonómica de régimen local puede incluir una útil diferenciación entre competencias municipales exclusivas y compartidas. La función de esta tipificación (que ha de concretarse en el listado sectorial de competencias municipales) es la de guiar el margen de actuación de cada Comunidad Autónoma en cada materia. De tal manera que allí donde la Ley identifica una competencia municipal exclusiva quede proscrita toda presencia superior o complementaria de la Comunidad.



d) Se ha dicho ya que la fijación de las competencias municipales debería ser, tanto en las Comunidades de nuevo Estatuto como en las aún no reformadas, tarea primordial de la legislación general de régimen local. Claro que en este punto queda pendiente la cuestión de cómo conseguir que las leyes sectoriales no socaven el listado competencial contenido en la ley autonómica de régimen local general. Pues tan leyes son las sectoriales (autonómicas) como las leyes autonómicas de régimen local. En este punto el Estatuto de Andalucía ofrece una posible solución. El art. 108 EAA prevé la existencia de una serie de «leyes institucionales» que precisan para su aprobación de mayoría absoluta²⁷. Son una suerte de «leyes orgánicas» autonómicas. Una de las materias reservadas a la «ley institucional» es la «organización territorial», lo que de acuerdo con el art. 98 EAA puede incluir el «régimen local». Sin duda que esta reserva «institucional» de Ley ha de ser interpretada de forma restrictiva, para así evitar la petrificación del ordenamiento jurídico y, por conexión, la alteración del régimen normal de mayorías en la producción legislativa. Pero dicho esto, claramente se puede afirmar que al menos el régimen competencial local (de municipios y provincias) forma parte de la materia «organización territorial». Es precisamente el catálogo de competencias municipales lo que da un sentido u otro al resto de la planta local (provincias, comarcas, veguerías) y a la propia Administración periférica autonómica. Y por eso, cabe concluir que la definición de las competencias municipales es materia reservada a la Ley «institucional» en Andalucía; eso es, a la aprobación por mayoría absoluta en votación final sobre el conjunto del proyecto.

e) Se puede plantear, como duda, si una futura Ley básica de Gobierno Local debe renunciar a todo listado sectorial de competencias. Es claro que, a la vista de los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña, Andalucía y Aragón, el listado de materias competenciales del art. 25.2 LBRL *no es aplicable* en aquellas Comunidades Autónomas. Pero esto no es más que una conclusión sobre la eficacia de la Ley básica estatal en algunas Comunidades, no sobre la validez de un posible listado de materias competenciales (como el actual) en la Ley estatal. Formalmente se puede aceptar que el Estado siga fijando un catálogo de materias competenciales, como hasta hoy en el art. 25.2 LBRL. Y que ese listado despliegue sus efectos en todas aquellas Comunidades Autónomas que no se han reservado, con exclusividad, la definición de las competencias municipales (tanto las Comunidades de Estatuto no reformado como algunas de Estatuto reformado: Comunidad Valenciana, Castilla y León, Illes Balears). Ahora bien, quizá fuera conveniente dejar dos datos apuntados. Primero: que el art. 25.2 LBRL no encaja bien, desde su inicio, con el sistema general de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El sistema competencial general indica que, por principio, en las materias autonómicas es la propia Comunidad Autónoma, y no el Estado, quien debe determinar las concretas materias competenciales municipales. Ciertamente es que no existe aquí, como en el actual art. 84.4 de la Constitución Federal Alemana (tras la reforma constitucional de 2006) una prohibición de que el Estado atribuya directamente compe-

²⁷ La expresión es de J. M. PORRAS RAMÍREZ, *Las reformas estatutarias y el nuevo sistema autonómico de fuentes del Derecho*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, p. 92.



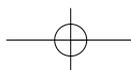
tencias administrativas a las entidades locales²⁸. Pero también es cierto que el Estado autonómico tiende naturalmente a que el Estado no determine la forma de ejercicio de las competencias autonómicas. Hasta hoy, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre la legitimidad constitucional del listado del art. 25.2 LBRL. Por diversos azares procesales el art. 25.2 LBRL no fue impugnado directamente ante el Tribunal Constitucional y, por tanto, no fue enjuiciado en la STC 214/1989. Pero si se lee con atención la fundamentación de esta STC [FJ 3.ª)] en relación con el art. 2 LBRL (sí impugnado) se podrá concluir sin dificultad que el sistema constitucional no tolera con facilidad que el Estado fije o asegure concretas competencias municipales dentro de las materias de titularidad autonómica. Menos aún, por tanto, tolera la progresiva conversión jurisprudencial de las materias del art. 25.2 LBRL en verdaderas competencias propias municipales. De otro lado, y como ya se ha insistido más arriba, la existencia de un catálogo de competencias en el art. 25.2 LBRL sólo ha servido, propiamente, para evitar que en algunos casos de falta de regulación autonómica los ayuntamientos quedaran desprovistos de toda cobertura competencial legal. Pero más allá de esta eficacia, lo cierto es que el poder municipal local queda plenamente en manos de la competencia legislativa autonómica (definiendo algunas competencias como «bifásicas», configurando las competencias municipales como de simple «participación», o reduciendo la competencia municipal a la simple tramitación de expedientes administrativos resueltos en otro nivel de gobierno). A la vista de esto, tiene sentido que, en materia competencial, el Estado limite su legislación básica a la cláusula universal de competencia y a una tipificación elemental de los tipos de competencias; y que renuncie a todo listado de materias que, por las razones explicadas, poco asegura y mucho desvirtúa el sistema general de distribución funcional entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

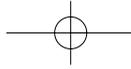
5. Potestades

31. El actual art. 4.1 LBRL enumera las llamadas «potestades» de las entidades locales territoriales. Sobre esta regulación se pueden hacer dos observaciones en clave de reforma: la indefinición del contenido concreto de las potestades que enumera, y la existencia de alguna potestad que ha quedado fuera del listado del art. 4.1 LBRL; y es que, pese a lo aparentemente extenso de la enumeración, la regulación del art. 4.1 LBRL deja fuera algunas otras potestades administrativas sí reconocidas al Estado o a las Comunidades Autónomas. En los dos sentidos tendría sentido una posible reforma legislativa.

32. Sería conveniente, en primer lugar, una regulación detallada de cada una de las potestades administrativas hoy enunciadas en el art. 4.1 LBRL. Con el fin de precisar sus singularidades en el ámbito específicamente local. El hecho de que el art. 4.1 LBRL se limite a enunciar las potestades, pero nada más diga de ellas, determina la aplicación

²⁸ Sobre ello, como norma lógica en un sistema federal donde los gobiernos locales son «Administración indirecta» de cada Estado federado, M. BURGI, *Kommunalrecht*, München, C.H. Beck, 2006, p. 7.



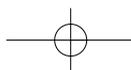
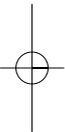
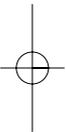


Reformas en el Derecho local: Qué y quién

49

directa de leyes administrativas generales (como la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, respecto de la potestad expropiatoria) que poco o nada miran a las entidades locales. Por lo dicho, convendría que la legislación de régimen local perfilara más en detalle el alcance de las potestades administrativas.

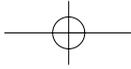
a) Así, por ejemplo, la potestad expropiatoria. En la actualidad, el ejercicio de esta potestad local viene regulado en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF). En ella se contienen, de un lado, algunas restricciones para las entidades locales. Y junto a ello, la LEF deja de regular algunas cuestiones de cierta relevancia en el ámbito local. En cuanto a lo primero, y muy significativamente, el art. 52 LEF excluye a las entidades locales de la potestad específica de declarar la urgencia en la expropiación. Esto es: excluye que ayuntamientos y diputaciones puedan acordar la ocupación del bien antes de la fijación y pago del justiprecio. De manera que, en la actualidad, la urgente ocupación municipal depende de un acto administrativo autonómico (o estatal). Esta situación, regulada a la medida del Estado centralista de 1954, se adoptó materialmente a las exigencias del Estado autonómico; pero no a la exigencia constitucional de autonomía local. La situación descrita se puede superar mediante el Derecho local, complementando la LEF (preconstitucional) con la atribución expresa de la potestad para declarar urgente la ocupación expropiatoria (con los efectos señalados del art. 52 LEF). Esta atribución no tiene por qué reconocerse de forma lineal a todas las entidades locales territoriales. Bien puede la Ley reservar esta potestad a determinados municipios (por segmentos de población, o por otros indicadores de su capacidad de gestión: presupuesto, plantilla) o sólo a las provincias, veguerías o comarcas. De esta manera, y en línea con lo ya sostenido más arriba sobre el reequilibrio funcional entre los diversos niveles de gobierno local, la potestad expropiatoria podría pasar a ser un poder fragmentado entre municipio y provincia (o veguería, o comarca). Otra precisión conveniente sería la de la expropiación fuera del propio término municipal. A esta forma de expropiación se hizo referencia no conclusiva en la STC 159/2001. Resulta conveniente precisar si, y en qué casos, un ayuntamiento puede expropiar fuera de su término municipal. Esta posibilidad puede tener sentido, sobre todo, en las áreas metropolitanas. En la medida en que, en la actualidad, el art. 12.1 LBRL vincula las competencias municipales al propio término municipal, y que en principio no hay potestad administrativa alguna fuera de la propia competencia, resulta conveniente una regulación específica de la cuestión. A mi juicio, las posibles reformas sugeridas (simples ejemplos) caen dentro del ámbito competencial autonómico. Sea de forma exclusiva, sea de forma compartida con el Estado. Es sabido que la expropiación forzosa es una materia competencial exclusiva del Estado. Y como ha destacado la jurisprudencia, esa competencia exclusiva permite al Estado una regulación completa, detallada, del procedimiento y las garantías expropiatorias (STC 61/1997, FJ 30). Pero también ha destacado la jurisprudencia constitucional que la competencia del Estado sobre expropiación (exclusiva) no puede vaciar de contenido diversas competencias autonómicas estrechamente vinculadas con la expropiación como forma de actuación (STC 37/1987). Con esta perspectiva también se puede afirmar ahora que la forma de actuación expropiatoria específica de las entidades locales (en el marco de la regulación estatal general)



es un aspecto o dimensión propia de la materia «régimen local»; y por lo mismo, se rige por los criterios competenciales generales en esta materia. De esta manera, hay que considerar que aquellas Comunidades Autónomas con competencia exclusiva sobre «potestades» locales (Cataluña y Andalucía) pueden, con respeto a la legislación expropiatoria del Estado, fijar las singularidades de la expropiación local (así: a qué entidad local corresponde la declaración de urgente ocupación en esa Comunidad; o si son posibles y cómo las expropiaciones intermunicipales). Pero cabe, también, que el Estado regule la expropiación local a partir de su competencia básica sobre régimen local (y que aquella regulación sea de aplicación diferenciada: plena en todas aquellas Comunidades que no se han reservado la regulación exclusiva de las potestades locales; y sólo supletoria en Cataluña y Andalucía). Con la peculiaridad, eso sí, de que en este caso la regulación estatal es sólo básica, por lo que habrá de conceder un espacio de regulación propio a cada Comunidad Autónoma.

b) Es oportuno, también, revisar y concretar la regulación de la potestad sancionadora local. Al menos, en tres aspectos. Es conveniente, en primer lugar, regular la distribución de competencias sancionadoras. En la actualidad, las leyes sectoriales se sirven de muy distintos criterios para la atribución de competencias sancionadoras a los ayuntamientos; unas veces escinden la iniciación y la resolución de los procedimientos sancionadores (reservando a la Administración autonómica la resolución); otras veces atribuyen la competencia sancionadora de forma alternativa (la pueden ejercer plenamente tanto la Administración autonómica como los ayuntamientos), y otras veces, por fin, prevén la actuación subrogatoria de la Administración autonómica, en defecto de actuación municipal. A la vista de la diversidad de regulaciones —y de las numerosas ineficiencias que de ahí resultan— resulta oportuna la fijación de criterios generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora. En esa regulación puede ser adecuado —en conexión con la ya señalada conveniencia de atribuir competencias sustantivas a las entidades locales intermedias— distribuir el poder sancionador no entre los ayuntamientos y la Administración autonómica (como ocurre en la actualidad) sino entre municipios y provincias (o veguerías, o comarcas). En segundo lugar, es necesario completar los «criterios de antijuricidad» contenidos en el art. 140 LBRL. Este precepto, consecuencia directa de la doctrina constitucional sobre reserva de Ley sancionadora en el ámbito local (STC 132/2001) buscaba una cobertura general de la tipificación de infracciones administrativas por ordenanza; pero lo cierto es que esa extensa tipificación de criterios de antijuricidad aún ha dejado espacios de actividad sancionadora local sin tipificación legal suficiente²⁹. Este defecto de tipificación debe ser cubierto por la Ley. Por último, también el art. 141 LBRL contiene un catálogo limitado de posibles sanciones (catálogo cerrado para las ordenanzas municipales por mor de la reserva de Ley en materia sancionadora). Quedan fuera de este catálogo algunas respuestas punitivas no pecuniarias (trabajos en beneficio de la comunidad, revocaciones y suspensiones de licencias, privación del dis-

²⁹ Vid. E. ORDUÑA PRADA, «Potestad normativa y potestad sancionadora. La tipificación de infracciones y sanciones en las normas locales», en V. MERINO ESTRADA (coord.), *La potestad normativa local: autoorganización, servicios públicos, tributos, sanciones y relaciones sociales*, Granada, CEMCI, 2008, pp. 191 y ss.

**Reformas en el Derecho local: Qué y quién**

51

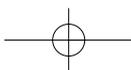
frute de bienes y servicios locales)³⁰ que sería conveniente que fueran previstas —junto a las multas— por la Ley. Todas estas reformas propuestas deben considerarse como singularidades de la potestad sancionadora en el ámbito local. Y por ello, han de regir aquí los criterios competenciales generales sobre la materia «régimen local». Ello, obvio es, con respecto a la regulación general sobre la potestad administrativa sancionadora (hoy contenida en los arts. 127 y ss. LRJ-PAC). Esto es: corresponde a Cataluña y Andalucía, en la medida en que disponen de competencia exclusiva sobre «potestades» locales, regular las singularidades de la potestad sancionadora en el ámbito local. Para las demás Comunidades Autónomas el Estado dispone de competencia básica en la materia, lo que le permite establecer algunos criterios esenciales en las materias enunciadas (completar la tipificación de «criterios de antijuricidad», prever nuevos tipos de sanciones, regular las competencias sancionadoras) que puedan ser desarrollados por las Comunidades Autónomas.

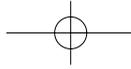
c) Sin ánimo exhaustivo, las demás potestades del art. 4.1 LBRL también merecerían alguna revisión y precisión. La potestad de planificación [art. 4.1.c) LBRL] debería ir acompañada de alguna garantía concreta a fin de evitar que por medio de planes territoriales autonómicos prácticamente se vacíe de contenido la potestad de planeamiento municipal. También, la potestad financiera [art. 4.1.b) LBRL] podría excluir expresamente todo tipo de control supralocal y, simultáneamente, regular las debidas conexiones entre la asistencia económica y técnica provincial (o de veguería, o de comarca) y el presupuesto municipal. En el primer caso (potestad de planeamiento) regirían los criterios competenciales ya expuestos para las potestades expropiatoria o sancionadora (competencia exclusiva de Cataluña y Andalucía y competencia de desarrollo de la legislación básica de las demás Comunidades). En el segundo caso, la regulación correspondería en exclusiva al Estado, conforme al art. 149.1.14 CE («hacienda general») en los términos fijados en la STC 233/1999 (sobre la Ley de Haciendas Locales).

33. Por último, resulta también oportuno incluir entre las potestades locales la de exigir directamente, por vía ejecutiva, indemnizaciones o reparaciones por daños a los bienes locales. Con carácter sectorial, el Estado y las Comunidades Autónomas han aprobado diversas leyes en las que se prevé expresamente esta potestad, cuando se trata de bienes estatales o autonómicos. Sin embargo, las leyes estatales y autonómicas no han reconocido ese poder a las entidades locales³¹. Este olvido puede ser reparado en las leyes de régimen local. Bien en las leyes del Estado, bien en las leyes autonómicas: *a priori* se puede considerar que esta «nueva» potestad es un desarrollo o complemento del actual catálogo del art. 4.1 LBRL (por lo que no es cuestionable la competencia legislativa de desarrollo de las Comunidades Autónomas) o que es una nueva potestad básica de las entidades locales territoriales (por lo que también cabe su inclusión en la regulación básica estatal).

³⁰ En este sentido, A. FANLO LORAS, *Administración local*, op. cit., p. 425.

³¹ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La reparación de daños causados a la Administración*, Barcelona, CEDECS, 1998, pp. 285 y ss.





6. Poder normativo

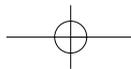
34. El poder normativo local merecería una regulación más acabada e integrada que la actualmente contenida en la LBRL. En la Ley básica estatal el poder normativo se regula de forma fragmentada: como un tipo de «potestad», como una competencia del pleno [ordenanzas: art. 22.2.d) LBRL] o del alcalde; o como un procedimiento administrativo específico (art. 49 LBRL). La importancia del poder normativo reclama una regulación integrada de estas piezas. Y varias son las cuestiones que *prima facie* se pueden abordar.

a) Es conveniente, en primer lugar, precisar cuáles son los contenidos o materias reservados al reglamento orgánico. Recuérdese que, de acuerdo con el art. 47.2.f) LBRL, el reglamento orgánico se aprueba por mayoría absoluta. Existiendo esta reserva procedimental, resulta imprescindible la precisión legal sobre hasta dónde llegan los confines de la materia reservada. En esta línea de enunciación taxativa de la reserva de reglamento orgánico se encuentra el Anteproyecto catalán de Ley de Gobiernos Locales (arts. 5 y 22 ALGLC).

b) También está pendiente de revisión la potestad normativa del alcalde. Hasta hoy, las leyes y la jurisprudencia vienen limitando muy decididamente la potestad normativa del alcalde: negando el valor normativo de los bandos de alcaldía o circunscribiéndolos a supuestos de emergencia³². Esta situación resulta, a mi juicio, poco acorde con la posición institucional del alcalde en el sistema de gobierno local. La existencia de un poder normativo autónomo residenciado en el pleno no es incompatible —antes al contrario— con un poder normativo de desarrollo, ejecutivo o de segundo grado reservado al alcalde (o, en su caso, a la junta de gobierno). En un contexto general de potenciación normativa del pleno municipal resulta conveniente atribuir al alcalde un poder normativo complementario, para desarrollar o concretar las ordenanzas. Y no sólo en relación con la organización municipal sino también en desarrollo de las normas de ordenación social dictadas por el pleno. Este poder normativo estaría, claro es, sometido jerárquicamente a las normas aprobadas por el pleno, y seguiría un procedimiento de elaboración singular (obviamente diferente del procedimiento de aprobación de ordenanzas).

c) Puede resultar conveniente la configuración de un nuevo procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos locales. En la línea ya asentada para las ordenanzas fiscales (art. 17 LHL) y del procedimiento «parlamentarizado» de aprobación de ordenanzas introducido en el art. 48 de la Ley 22/2006, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. La virtud de este nuevo procedimiento está en la distinción entre las

³² En este sentido, la STS de 23 de octubre de 2002 (Ar. 9393), referida a la imposibilidad de que un bando del alcalde de Madrid regule «la carga y descarga, circulación y estacionamiento de vehículos pesados y de mercancías» al ser una *materia típicamente reglamentaria* que, por tanto, corresponde regular al pleno en ejercicio de su potestad normativa; y la STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2001 (Ar. 1124), sobre la imposibilidad de que por bando del alcalde se regule de forma general la colocación de contenedores, estableciendo infracciones y sanciones al efecto.



fases de elaboración del proyecto (junta de gobierno) y de aprobación de ordenanzas (pleno), y la ubicación de la participación ciudadana en la fase de elaboración, no de decisión.

d) Por último, el sistema normativo actual carece de reglas claras sobre la posición de las normas locales en el conjunto del ordenamiento jurídico. Como es sabido, la LBRL no contiene una regulación precisa sobre la vinculación (positiva o negativa) de las normas locales a la Ley; ni sobre la relación entre reglamentos gubernativos y normas locales; ni sobre la posición de las distintas normas locales entre sí. La simple mención conjunta y genérica de los principios de legalidad, jerarquía y competencia (como la contenida en art. 139.2 de la Ley aragonesa 7/1999, de de 9 de abril, de Administración Local; o en el art. 100 de la Ley balear 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local) poco aporta para aclarar las relaciones nomodinámicas. Es necesario precisar en qué consiste el principio de legalidad en el ámbito local; cuándo se dan relaciones de competencia y cuándo de jerarquía entre las distintas normas; e incluso, cuándo la relación no es de validez (competencia y jerarquía) sino de simple preferencia aplicativa.

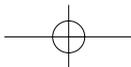
35. Las innovaciones sugeridas no son fácilmente reconducibles a un ámbito competencial concreto, estatal o autonómico. En principio, el Estado dispone de competencia legislativa básica para regular el ordenamiento local. Por eso, el Estado tanto puede regular la competencia normativa del alcalde (o de la junta de gobierno local) como el procedimiento de aprobación de ordenanzas y decretos de alcaldía o la posición de las normas locales en el conjunto del sistema de fuentes. A falta de una regulación más acabada del Estado, se puede considerar que las leyes autonómicas pueden también introducir algunas de las innovaciones señaladas (en la medida en que no alteran sino que complementen la regulación estatal: precisión del poder normativo del alcalde; precisión sobre la posición nomodinámica de las disposiciones locales). En el caso de Cataluña y Andalucía, en la medida en que sus respectivos Estatutos contemplan la competencia exclusiva sobre «potestades» locales [arts. 160.1.b) EAC y 60.1.b) EAA] se puede considerar que las leyes autonómicas pueden, incluso, regular el *procedimiento normativo local*, desplazando la aplicación de la ley básica estatal en su territorio. En estas Comunidades el límite de la regulación autonómica está en el respeto a la competencia básica estatal sobre *órganos de gobierno* (en su proyección sobre el poder normativo), lo que en principio no incluye la regulación de los procedimientos normativos locales.

7. Relaciones intergubernamentales

36. El actual sistema de relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de un lado, y las entidades locales, de otro lado, presenta algunas disfunciones necesitadas de corrección.

a) En primer lugar, el sistema de relaciones interadministrativas definido por la LBRL (claramente favorable a la autonomía local) no ha podido evitar ciertos abusos e

irregularidades. La clara opción de la LBRL por controles sólo judiciales de la actividad local ofrece un notable déficit de eficacia. Posiblemente, el proceso contencioso-administrativo muestra insuficiencias estructurales para el control de legalidad externo. Tampoco las Cámaras de Cuentas (estatal o autonómicas) han sido hasta hoy eficaces en el control contable de la actividad local (es llamativo, incluso, el escasísimo número de auditorías contables a los ayuntamientos); y no parece que haya consecuencia jurídica alguna cuando una buena parte de los municipios (en algunas Comunidades, el 50 por 100) incumplen el deber de remisión anual de sus cuentas a las Cámaras o Sindicaturas de Cuentas. En este tiempo, la reforma del Derecho local debe dar alguna respuesta a los cada vez más frecuentes casos de actuación municipal ilegal. Ya me refería más arriba, hablando de la corrupción, a que los datos reales no se compadecen bien con la magnitud del fenómeno en la opinión publicada. Pero con todas las críticas que se puedan hacer a los excesos periodísticos (y a los intereses de partido que puedan estar detrás de las denuncias) no se puede negar la realidad. Y esa realidad apunta a que el actual sistema de control de legalidad sobre la actuación municipal presenta notables deficiencias. La cuestión ahora es, más que negar el resultado, ofrecer posibilidades normativas que sin instaurar controles supralocales de legalidad (que ahora serían autonómicos) permitan mejorar la adecuación de la Administración local al Derecho. Dos pueden ser aquí las reformas: controles selectivos provinciales (o comarcales) y refuerzo del control interno. En cuanto a lo primero, y en estrecha relación con lo ya planteado sobre la planta local, en nuestro actual sistema local se han desaprovechado las posibles funciones de la provincia (y por extensión, de la comarca) para asegurar la legalidad de la actuación municipal. Es posible, de forma complementaria a una posible atribución de competencias sustantivas a las entidades locales supramunicipales, que la provincia (o la comarca, o la veguería) reciba algunas competencias de control de legalidad en relación con los municipios. De forma selectiva: en algunas materias concretas (planeamiento urbanístico, licencias de apertura, determinados tipos y cuantías de contratación) y para casos tasados (así, a propuesta de una minoría cualificada de concejales; o sólo cuando medie informe negativo del secretario o interventor). Es posible, incluso, especializar funcionalmente a la provincia como entidad de control de las cuentas municipales (así, mediante tribunales de cuentas locales, como órganos independientes en el seno de la organización provincial). Hay que recordar que los arts. 137 y 140 CE no prohíben *per se* los controles de legalidad sobre las entidades locales sino, más bien, los controles de oportunidad y aquellos otros controles que —como quiera que se llamen— coloquen a las entidades locales en una posición de *cuasi* sumisión jerárquica a otras Administraciones públicas. Así que, en realidad, es la LBRL, no la Constitución, quien actualmente centraliza en la jurisdicción contenciosa el control de legalidad. Y por tanto, caben reformas legales que completen los controles judiciales con controles provinciales de legalidad. La clave argumental es doble: de un lado, la identidad de legitimación democrática de los municipios y la provincia (o la comarca, o la veguería), y en segundo lugar, la utilidad e idoneidad de los controles de legalidad en una escala *local* distinta de la propiamente decisora. De esta forma se puede no sólo mejorar la legalidad de la actuación municipal sino, también, evitar un futuro vaciamiento de las competencias muni-



Reformas en el Derecho local: Qué y quién

55

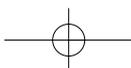
cipales (fácilmente sostenible con el argumento, precisamente, del déficit de adecuación a la ley de la actuación municipal).

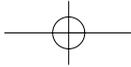
b) De otro lado, la legislación sectorial autonómica ha desbordado, *de facto*, el cuidadoso sistema de relaciones interadministrativas definido en la propia Ley. Así, por ejemplo, la prohibición de control administrativo de legalidad de los actos jurídicos municipales (arts. 65 a 67 LBRL) queda desvirtuada cuando las leyes urbanísticas establecen que la competencia de aprobación del planeamiento urbanístico general (de cada municipio) es «bifásica» (la aprobación inicial o provisional corresponde al ayuntamiento y la aprobación definitiva a la Administración urbanística autonómica); y que la aprobación definitiva autonómica tanto puede basarse en criterios de oportunidad supralocal como —lo que es más reseñable— en criterios de legalidad³³. También merece tenerse en cuenta la legislación estatal o autonómica sobre ordenación del territorio, infraestructuras y espacios naturales: estas leyes tienden, ya generalizadamente, a afirmar la prevalencia de la ordenación autonómica sobre la propiamente local³⁴. Baste con estos ejemplos para destacar que la aparente garantía de autonomía municipal en la LBRL, mediante una prudente llamada a las fórmulas cooperativas (art. 57 LBRL) y, sólo como última *ratio*, a la coordinación autonómica mediante instrumentos de planeamiento (art. 59 LBRL), en buena medida queda desvirtuada por la realidad sectorial. En paralelo a un reforzamiento de los controles locales de legalidad debe ir, también, la prohibición de técnicas de sometimiento cuasijerárquico de los ayuntamientos (respecto de las Administraciones autonómicas). Es tarea de las leyes generales de régimen local el acotar los supuestos, procedimientos y garantías conforme a los cuales se puede suspender el ejercicio de competencias municipales; o las facultades de subrogación de la Administración autonómica sobre la actuación municipal (supuesto frecuente en la legislación urbanística). Con el mismo fin, las leyes de régimen local también pueden impedir las previsiones genéricas de prevalencia de las decisiones territoriales autonómicas sobre las estrictamente municipales: bien limitando esas prevalencias territoriales a supuestos tasados de interés supramunicipal general, bien exigiendo informes municipales obstativos para que los planes territoriales puedan incluir asignaciones detalladas de usos o prohibiciones de uso del suelo.

37. Las posibles reformas en las relaciones interadministrativas, tal y como han sido descritas, pueden realizarlas tanto el Estado como algunas Comunidades Autónomas. Hasta hoy, las relaciones interadministrativas, en su conjunto, vienen reguladas en la LBRL (arts. 55 y ss.); de forma formalmente básica aunque materialmente muy extensa. Ahora, algunos Estatutos de Autonomía han reservado a sus respectivas Comunidades la competencia exclusiva sobre relaciones con la Administración autonó-

³³ Así, art. 62.2 de la Ley madrileña 9/2001, de Suelo (y sobre su aplicación: STSJ de la Comunidad de Madrid 16 de abril de 2003, sobre la revisión del Plan General de Madrid), y art. 85.1 de la Ley valenciana 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística.

³⁴ Art. 12 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias; art. 112 de la Ley 22/1988, de Costas; art. 20 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, y art. 5 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y la Fauna Silvestres.

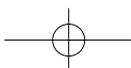


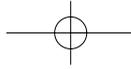


mica [arts. 60.1.a) EAA; y 160.1.a) EAC]. A la luz de estos nuevos títulos competenciales, las Leyes de régimen local de esas Comunidades Autónomas pueden regular por entero las relaciones interadministrativas intraautonómicas. Pueden, por tanto, incluir algunos controles (selectivos) de legalidad de la provincia (o la veguería) sobre la actividad municipal, o limitar las injerencias de la planificación territorial autonómica sobre la planificación urbanística municipal, por ejemplo. Esta posible regulación autonómica desplazaría, en su territorio, la aplicación de las técnicas de relación interadministrativas contenidas en la LBRL. De esta manera, la regulación estatal regiría plenamente las relaciones entre la Administración del Estado y la actuación municipal (así, en relación con proyectos estatales de obras) y regiría también las relaciones interadministrativas en las Comunidades Autónomas que no han asumido competencia exclusiva sobre relaciones interadministrativas (bien las Comunidades Autónomas de Estatutos no reformados, bien Comunidades cuyos nuevos Estatutos han definido esta competencia como compartida: Castilla y León, Illes Balears, Comunidad Valenciana). Hay que precisar, con todo, que la atribución competencial exclusiva sobre relaciones interadministrativas en algunos Estatutos de Autonomía (los de Cataluña y Andalucía) no impide que en esa Comunidad se apliquen las reglas básicas sobre relaciones administrativas dictadas por el Estado *para el conjunto* de las Administraciones públicas (esto es, no específicamente para la Administración local). La competencia básica estatal sobre «régimen jurídico de las Administraciones públicas» (art. 149.1.18 CE) permite al Estado definir, para el conjunto de las Administraciones públicas (tanto la estatal como la autonómica y la local, y tanto la territorial como la institucional o instrumental) las formas de relación. Permite, por ejemplo, establecer los principios de relación contenidos hoy en el art. 4 LRJ-PAC. Esta regulación común será sin duda aplicable, de forma concurrente, a las relaciones entre ayuntamientos y Administración autonómica en todas las Comunidades. Pero repárese en que se trata de la aplicación al ámbito local intraautonómico de normas administrativas generales, no de normas específicas sobre relaciones interadministrativas dentro de cada Comunidad, materia ésta claramente extramuros del núcleo esencial de la competencia estatal general *ex* art. 149.1.18 CE.

8. Bienes

38. En este punto se han ido produciendo múltiples modificaciones normativas en los últimos años, sobre todo en leyes autonómicas. Con todo, aún pueden resultar oportunas algunas correcciones del Derecho vigente. Por ejemplo: para desvincular el Patrimonio Municipal de Suelo de los fines urbanísticos característicos y abrirlo a cualesquiera fines propios de las competencias municipales; o para regular en términos generales el subsuelo de las ciudades; o para reforzar la eficacia cuasi-registral del Inventario Municipal de Bienes. Con carácter general, el Estado dispone de competencia legislativa básica en la materia «bienes locales» (art. 149.1.18 CE), lo que le permite una regulación específica para estos bienes. Más allá, incluso, del actual régimen básico *común* para todos los bienes públicos (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las





Reformas en el Derecho local: Qué y quién

57

Administraciones Públicas). El ejercicio de esta competencia estatal tiene sentido, sobre todo, para optimizar la reserva de Ley relativa sobre propiedad (art. 33 CE, en relación con el art. 53.1 CE) y derogar expresamente el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, carente de fundamento competencial tras la doctrina constitucional sobre la supletoriedad del Derecho estatal (SSTC 118/1996 y 61/1997). Esta posible regulación básica estatal, específica para los «bienes locales» (y por tanto, complementaria de los preceptos básicos de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas), no sería de aplicación en las Comunidades cuyos nuevos Estatutos de Autonomía les han atribuido competencia exclusiva sobre bienes locales [arts. 60.1.c) EAA y 160.1.c) EAC]. En estas Comunidades será aplicable, sin duda, el régimen común de los bienes públicos (los preceptos básicos de la Ley 33/2003), pero no la regulación básica estatal específica para los «bienes locales».

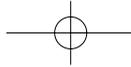
9. Actividades y servicios públicos locales

39. En esta materia conviven, en la actualidad, regulaciones no homogéneas. Está, de un lado, el Derecho estatal y autonómico sobre la actividad económica local y sobre las diversas modalidades de gestión de servicios públicos. Es éste un bloque normativo formado sobre dos ideas elementales y tradicionales: exclusión (necesaria o no) de las reglas de competencia en los *servicios públicos*, y establecimiento de límites y controles a la *iniciativa económica local* en el mercado³⁵. Este bloque de regulación homogéneo integra tanto Derecho estatal (LBRL, TRRL y RSCL de 1955) como autonómico (Reglamentos autonómicos sobre actividades, obras y servicios locales: Decreto catalán 179/1995, de 13 de junio; Decreto aragonés 347/2002, de 19 de noviembre de 2002). Contrasta hoy esta legislación con el esquema de regulación de la actividad pública que proviene del *Derecho comunitario*. El criterio que inspira el Derecho comunitario es fundamentalmente objetivo³⁶. Esto es: se distingue entre actividades económicas o de «empresa» (con contraprestación en términos de mercado) y actividades no económicas (sin contraprestación por los destinatarios de la actividad). Y dentro de las actividades económicas se distingue entre las de interés general y las que carecen de ese interés; en el bien entendido de que las actividades de interés económico general tanto las pueden realizar una Administración pública como empresas privadas³⁷. El criterio comunitario de regulación no casa adecuadamente con las categorías de Derecho interno. Por de pronto, la categoría «servicios públicos» no es coextensa con la categoría de «servicios de interés

³⁵ Vid. J. TORNOS MAS, «Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6 (2004), pp. 7 y ss. (p. 10).

³⁶ E. MALARET I GARCÍA, «Servicio público, actividad económica y competencia: ¿presenta especificidades la esfera local?», en *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291, pp. 567 y ss. (p. 584).

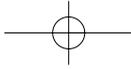
³⁷ Este esquema de regulación está claramente presente en la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (transpuesta en España por medio de la Ley 30/2007, de 30 noviembre, de Contratos del Sector Público) y en la Directiva 2006/123/CE, sobre servicios en el mercado interior (aún hoy pendiente de transposición en España).



económico general». Los servicios públicos locales son, en nuestro Derecho, una categoría imprecisa, que abarca tanto servicios o prestaciones al conjunto de los ciudadanos (limpieza de calles) como prestaciones *uti singulis* (transporte urbano), y tanto servicios retribuidos por el beneficiario o usuario del servicio (alcantarillado) como financiados directa y completamente con presupuesto local (servicios sociales). A la vista de la notoria asimetría de las categorías comunitarias y españolas, y a los crecientes inconvenientes que resultan de encajar el Derecho comunitario en categorías preexistentes de distinto significado, sería conveniente que el Derecho local acotara con precisión al menos las siguientes categorías: *servicios sociales* (sin contraprestación económica); *servicios comunitarios* (sin contraprestación económica) y *servicios individuales* (con contraprestación económica). Con una categorización similar a la anterior se facilitarían notablemente la aplicación del Derecho comunitario en las entidades locales de España.

40. La regulación de la actividad y servicios locales es —en general— materia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas (luego veremos la situación competencial específica de Cataluña, Andalucía y Aragón). Cabe, por tanto, que el Estado fije las reglas básicas sobre la actividad económica local y sobre los distintos tipos de «servicios públicos». Cabe, incluso, que el Estado regule —en términos básicos— las formas de gestión de esos servicios públicos (ya sean comunitarios o de recepción individual; y ya sean o no servicios con contraprestación por el beneficiario o usuario). Esta regulación se entiende, en todo caso, como algo distinto y complementario de las formas contractuales de gestión de algunos servicios públicos (régimen contractual hoy regulado especialmente en los arts. 251 a 265 LCSP). Y ha de prestar especial atención al poder de autoorganización que corresponde a cada entidad local, conforme a los arts. 137 CE y 6.1 CEAL. Debe descartarse, por ello, una regulación orgánica como la actualmente contenida en el art. 85 bis LBRL, que sin más remite al régimen de organismos públicos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Cualquier regulación estatal de los servicios públicos debería incluir una derogación formal de esta regulación y establecer, simplemente, las normas esenciales que garanticen la previsibilidad y confianza jurídica de los beneficiarios o usuarios de los servicios.

41. Algo singular es el marco competencial en Cataluña, Andalucía y Aragón. Allí, los Estatutos de Autonomía atribuyen a las correspondientes Comunidades la competencia exclusiva sobre «modalidades de prestación de los servicios públicos locales» [arts. 60.1.c) EAA, 160.1.c) EAC y 70.5 EAAr]. Es claro que esta competencia no excluye la aplicación, en las tres Comunidades, de la legislación básica estatal sobre contratos (así, sobre los distintos tipos de contrato de gestión de servicios públicos de los arts. 251 a 265 LCSP). El ámbito propio de la competencia catalana, andaluza y aragonesa —que a su vez ha de ser respetuosa con la garantía constitucional, internacional y estatutaria de autonomía local— es la regulación del *catálogo y régimen jurídico de las posibles formas de gestión de los servicios* (en atención a su caracterización primaria como servicios sociales, comunitarios e individuales). Puede la Ley autonómica, en este sentido, regular formas opcionales de gestión de servicios (más o menos adecuadas para cada tipo

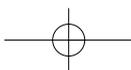


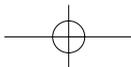
de servicio público): formas de colaboración público-privado diferentes de los actuales conciertos o contratos administrativos; reintroducción del arrendamiento de servicios; régimen de control político local sobre las sociedades mercantiles prestadoras de servicios; relaciones entre entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles dependientes. Lo que no cabe, por ser éste un ámbito propio de la autonomía local, es la imposición de concretas formas de gestión para la prestación de los distintos servicios locales.

10. Empleo público

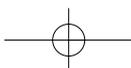
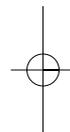
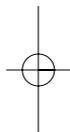
42. El empleo público local presenta, desde hace tiempo, algunas deficiencias normativas. Dejemos ahora a un lado el régimen de los funcionarios con habilitación estatal (secretarios, interventores y tesoreros), cuyo régimen jurídico ha quedado recientemente remozado en la extensa disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Algunas cuestiones pendientes son: el régimen y dimensión del *personal eventual* (en ocasiones desproporcionado en relación con la plantilla y con una utilización desviada para dar cobertura a las estructuras locales de los partidos políticos), el modelo de *personal directivo*, la inidoneidad de las *relaciones de puestos de trabajo* como instrumento de organización del empleo en los municipios pequeños y el modelo de carrera funcional (horizontal o vertical), entre otras. En la solución de algunas de estas cuestiones sería conveniente introducir una perspectiva de regulación que integrara a los municipios y las provincias (o veguerías, o comarcas). Pues algunos de los problemas propios del empleo público en municipios pequeños (como la falta de especialización en los puestos de trabajo, o la falta de movilidad) pueden obtenerse mediante estructuras de empleo público de ámbito comarcal o provincial aunque con destino en concretos ayuntamientos. En todas estas materias hay que descartar, en principio, toda regulación estatal. *La competencia legislativa del Estado se ha agotado en el EBEP*. La competencia básica estatal sobre régimen local (ex art. 149.1.18 CE) difícilmente permite una regulación complementaria del Estado para el empleo público local. En consecuencia, la regulación de empleo público local es una tarea que corresponde a cada Comunidad Autónoma y, como expresión de poder de autoorganización, a cada entidad local. De nuevo, *el espacio propio de la Ley autonómica es limitado*. Es exigible para cubrir la reserva constitucional de Ley (art. 103.3 CE), en aquellas cuestiones sobre el «estatuto» o régimen subjetivo de los funcionarios no reguladas en la Ley 7/2007³⁸, y para dar cobertura a las diversas remisiones a la Ley que se contienen a lo largo del EBEP. Pero en este punto la tarea de la Ley autonómica no es determinar el empleo público local (con la excepción de las posibles estructuras de empleo público supramunicipales: provinciales o comarcales), sino la de ofrecer estructuras jurídico-organizativas acabadas de las que se pueda servir cada entidad local (en ejercicio de su poder de autoorganización). Es tarea de la Ley autonómica, por ejemplo,

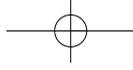
³⁸ J. Á. FUENTETAJA PASTOR, «La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público», *Anuario de Derecho Municipal 2007*, Madrid, Instituto de Derecho Local, 2008, pp. 59 y ss. (p. 67).



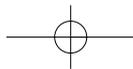
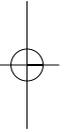
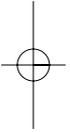


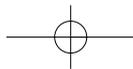
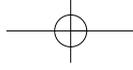
regular las características elementales del personal directivo, o su relación con el personal eventual, o la estructura retributiva propia de una carrera horizontal. Pero no como opciones organizativas cerradas e impuestas sino como un instrumental disponible para cada entidad local, y modulable en función de las características y dimensiones propias de cada ayuntamiento. Es conveniente, en este sentido, distinguir entre normas autonómicas de aplicación necesaria y normas autonómicas desplazables o modulables por cada entidad local.

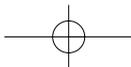




ESTUDIOS







El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración

Alfredo GALÁN GALÁN
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

Cayetano PRIETO ROMERO
Director General de Organización y Régimen Jurídico
Ayuntamiento de Madrid

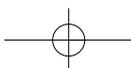
RESUMEN

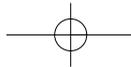
Resumen: El trabajo tiene como objeto el examen de algunas de las principales cuestiones relacionadas con las entidades privadas que colaboran con la administración en el ejercicio de funciones públicas. Después de señalar el origen y las razones que justifican el éxito en la evolución posterior de este fenómeno, se estudian los rasgos que caracterizan este tipo de entidades: son personas jurídicas, de naturaleza privada, con ánimo de lucro, especializadas e imparciales, que colaboran en el ejercicio y solamente en el ejercicio de verdaderas funciones públicas. La parte final se dedica a subrayar la difícil delimitación de las funciones públicas y a reflexionar tanto sobre el mecanismo jurídico de atribución del ejercicio de la función como sobre la responsabilidad que puede nacer como consecuencia de la actividad realizada por las entidades colaboradoras.

Palabras clave: entidades privadas; funciones públicas; responsabilidad

ABSTRACT

It is the aim of this research to analyse some of the main issues related to private entities that collaborate with the administration when performing public functions. After pointing out the origin and the reasons that justify the success in the subsequent evolution of this phenomenon, we will study the mainly features of this type of entities: they are legal entities, of private and for-profit nature, professional and impartial, that act only in the management of real public functions. The final section is focused on the difficulty to deli-

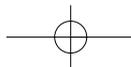


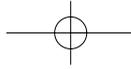


mitate the boundaries of public functions and to think about the legal mechanism for assigning the function as well as on the liability that may arise as a result of the activity undertaken by the partners.

Key words: private entities; public functions; liability

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: LAS ENTIDADES PRIVADAS QUE COLABORAN CON LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS.— II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN.—III. RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LAS ENTIDADES PRIVADAS COLABORADORAS.—1. Son entidades: personas jurídicas.—2. Son entidades privadas.—2.1. *La colaboración de entidades públicas se sale del ámbito de la colaboración público-privada.*—2.2. *Las entidades privadas colaboradoras tienen un status singular, pero no son administraciones públicas.*—2.3. *El caso singular de los colegios profesionales.*—3. Son entidades con ánimo de lucro.—3.1. *El ánimo de lucro diferencia las entidades privadas colaboradoras de las entidades de acreditación.*—3.2. *Posible coexistencia de tasas y tarifas.*—3.3. *Intervención por la administración de las tarifas de la entidad privada colaboradora.*—3.4. *La posible introducción de la competencia entre las entidades privadas colaboradoras.*—4. Son entidades especializadas.—4.1. *Manifestaciones de la exigencia de capacidad técnica.*—4.2. *Evaluación y control de los requisitos de capacidad técnica.*—5. Son entidades imparciales.—6. Son entidades que colaboran en el ejercicio de funciones públicas.—7. Son entidades que colaboran solamente en el ejercicio de la función.—7.1. *Es posible graduar la colaboración en el ejercicio de la función.*—7.2. *Nunca se atribuye a la entidad colaboradora la titularidad de la función.*—7.3. *La administración mantiene una relación estable y permanente con la entidad privada colaboradora.*—7.4. *Posibilidad de ejercicio directo de la función por la propia administración.*—7.5. *Posibilidad de control por la administración de la entidad privada colaboradora.*—7.6. *Posibilidad de reclamar ante la administración contra las decisiones de la entidad privada colaboradora.*—7.7. *Posibilidad de imputar responsabilidad a la administración por los daños que la actuación de la entidad privada colaboradora pueda causar a los particulares.*— IV. LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN DE LO QUE ES FUNCIÓN PÚBLICA. LA TESIS DE LA DISTINCIÓN ENTRE CUMPLIMIENTO REGLAMENTARIO Y CONTROL ADMINISTRATIVO.—V. MECANISMO DE ATRIBUCIÓN DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.—1. La encomienda de gestión.—2. El convenio de colaboración.—3. Las fórmulas contractuales.—3.1. *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.* 3.2. *Contrato de gestión de servicios públicos.*—4. La autorización administrativa.—5. La acreditación.—5.1. *Acreditación privada seguida de autorización administrativa.*—5.2. *Acreditación pública.*—5.3. *Doble acreditación: pública y privada.*—5.4. *Acreditación y comunicación previa a la administración.*—VI. RESPONSABILIDAD POR LA ACTUACIÓN DE LAS ENTIDADES PRIVADAS COLABORADORAS.—1. Responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras.—1.1. *Afirmación de la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras.*—1.2. *Obligación de constituir una garantía suficiente para cubrir los daños y perjuicios.*—1.3. *Tipo de responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras.*—1.4. *Extensión de la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras.*—2. Responsabilidad de la administración.—2.1. *Responsabilidad de la administración en el supuesto de ejercicio directo de la función.*—2.2. *Responsabilidad de la administración en el supuesto de ejercicio de la función por la entidad privada colaboradora.*—2.2.1. *Títulos de imputación de responsabilidad a la administración.*—2.2.2. *Tipo de responsabilidad de la administración.*—2.2.3. *Articulación de la responsabilidad de la administración con la responsabilidad de la entidad privada colaboradora.*—VII. BIBLIOGRAFÍA.





I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: LAS ENTIDADES PRIVADAS QUE COLABORAN CON LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

En este trabajo nos vamos a ocupar de examinar algunas de las principales cuestiones relacionadas con las entidades privadas que colaboran con la administración en el ejercicio de funciones públicas. En consecuencia, su objeto no se extiende al estudio de todas las entidades colaboradoras, puesto que limitamos nuestra atención únicamente a las de naturaleza privada. Y, por supuesto, tampoco pretende abarcar todos los casos de colaboración público-privada.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN

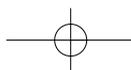
Sin perjuicio de la existencia de antecedentes previos¹, podemos situar sobre los años setenta del siglo pasado el origen del fenómeno de las entidades colaboradoras de la administración. Con el paso del tiempo, sin embargo, van adquiriendo un mayor protagonismo. Su potenciación se observa tanto desde la perspectiva de las tareas que se les encomiendan como desde el punto de vista de los ámbitos en los que se prevé su intervención.

Desde la primera perspectiva, esto es, la de sus funciones, pasan de realizar actividades de carácter exclusivamente material o técnico a asumir actividades jurídicas, con efectos vinculantes para los particulares. En definitiva, se abre paso la idea de que estas entidades pueden colaborar en el ejercicio de verdaderas funciones públicas.

La mayor relevancia de estas entidades se visualiza también con respecto a las materias o sectores en los que normativamente se prevé su intervención. Los dos ámbitos en los que tradicionalmente intervenían eran el de la seguridad y calidad industriales² y el

¹ Los primeros antecedentes españoles son entidades colaboradoras de la administración en materia de seguridad industrial. El más antiguo que conocemos son las entidades de conservación previstas en la Orden de 1 de agosto de 1952, que aprueba el Reglamento para la construcción e instalación de ascensores y montacargas. A los efectos de llevar a cabo las preceptivas revisiones periódicas, se establece la obligación de los propietarios o arrendatarios de formalizar un contrato de conservación con una entidad inscrita en el registro especial que debía llevarse en cada Delegación Provincial de Industria. Sobre estos antecedentes y, en general, sobre la evolución de las entidades colaboradoras en materia de seguridad industrial, puede verse J. TORNOS MAS y J. PERDIGÓ SOLÀ, «El régimen jurídico de la intervención, control e inspección en materia de seguridad industrial de instalaciones, medio ambiente e inspección técnica de vehículos», informe realizado para el Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Barcelona, y publicado por el propio Colegio en 2004.

² Sirva de ejemplo el Real Decreto 735/1979, de 20 de febrero, sobre normas a cumplir por las entidades colaboradoras en la expedición de certificados de calidad, homologación y verificación de productos industriales.



de la protección del medio ambiente³. Pues bien, sin abandonar estos sectores, hoy en día intervienen en muchos más. Tantos que su enumeración sería larguísima⁴.

Las razones que explican el creciente éxito de este fenómeno son variadas, al margen de haber encontrado un fuerte impulso en el Derecho Comunitario⁵. La mayoría de las razones que se esgrimen pueden reconducirse a las tres siguientes líneas argumentales⁶.

De entrada, la falta de medios de la administración, tanto materiales como personales. Una manera de disminuir el volumen de trabajo a realizar es descargar parte de las labores en entidades privadas que colaboren con la administración.

En segundo lugar, la falta de conocimientos técnicos de la administración. Algunos sectores presentan actualmente un alto grado de complejidad técnica. Complejidad que se predica tanto de las actuaciones de control a realizar, como de la normativa sectorial cuyo cumplimiento debe ser objeto de control. Este hecho explicaría que la administración buscase la colaboración de entidades especializadas en el sector.

Y, por último, la mejora de la calidad y de la eficacia en la gestión. Se entiende que, dadas las características de la intervención que debe realizarse en determinados sectores, su encomienda a una entidad colaboradora redundará en un incremento tanto de la calidad como de la eficacia de las actuaciones que se realicen⁷.

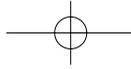
³ Así, la temprana Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección de la contaminación atmosférica.

⁴ A título de ejemplo: las entidades colaboradoras de inspección técnica de embarcaciones de recreo (Real Decreto 1434/1999, de 10 de septiembre); las sociedades de clasificación en materia de buques, seguridad y contaminación marítima (Real Decreto 2662/1998, de 11 de diciembre, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y control de buques y las actividades correspondientes de la administración marítima); las entidades de certificación de buques (Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de inspección y certificación de buques); las entidades colaboradoras en materia de incendios (Real Decreto 786/2001, de 6 de julio, por el que se establece el régimen de estas entidades en la realización de las inspecciones y pruebas de vuelo necesarias para la concesión y renovación de los certificados de aeronavegabilidad de las aeronaves de construcción por aficionados); y las entidades colaboradoras en materia de control de las instalaciones de transporte de personas por cable (Real Decreto 596/2002, de 28 de junio, por el que se regulan los requisitos que deben cumplirse para la proyección, construcción, puesta en servicio y explotación de las instalaciones de transporte de personas por cable).

⁵ Sirva de ejemplo, en relación con la inspección técnica de vehículos, la Directiva 96/96/CE, de 20 de diciembre, en cuyo art. 2 puede leerse lo siguiente: «La inspección técnica prevista en la presente Directiva deberá ser efectuada por el Estado o por el organismo público encargado por el Estado de este cometido o por organismos o establecimientos designados por el Estado y que actúen bajo su vigilancia directa, *que podrán ser organismos privados debidamente autorizados para ello*» (la cursiva es nuestra).

⁶ Son muchos los autores que se han ocupado de estudiar las razones de este fenómeno. Entre ellos, destacamos los siguientes: M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, 2000, pp. 390-396; J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, 2000, pp. 50-52; S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Ed. Comares, 2002, pp. 510-517; G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La Administración pública y las reglas de la «externalización»», en *Justicia Administrativa*, núm. 33, 2006, pp. 5-27; y D. CANALS AMETLLER, «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial», en *La legislación de industria de Aragón* (dir. Gerardo García Álvarez), Cortes de Aragón, 2009, pp. 378-379.

⁷ Una resumida, pero clarificadora, justificación del recurso a la colaboración privada se realiza, por ejemplo, en el apartado IV de la exposición de motivos de la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, de regulación y



El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

67

Sin entrar ahora a valorar la corrección de estas líneas argumentativas, y mucho menos a polemizar desde una perspectiva ideológica, sí queremos subrayar que el recurso a las entidades colaboradoras debe siempre respetar un límite: no empeorar la posición del ciudadano. Dicho de otra manera, la decisión normativa de que el ejercicio de una función pública no sea realizado total y directamente por la administración titular, sino que cuente con la colaboración de una entidad privada, no puede suponer nunca un perjuicio para el ciudadano. Por ejemplo, no puede suponer una disminución de sus derechos ni de sus garantías.

III. RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LAS ENTIDADES PRIVADAS COLABORADORAS

La proliferación de entidades que colaboran con la administración, en múltiples y variados sectores, hace aconsejable delimitar conceptualmente aquellas entidades que ahora nos interesan. Estas entidades se caracterizan por reunir las siguientes características⁸:

1. Son entidades: personas jurídicas

La primera nota que caracteriza las entidades privadas colaboradoras es que son, precisamente, «entidades», esto es, no son personas físicas, sino jurídicas. El hecho de que sean organizaciones hace posible que concurra en ellas la indispensable multidisciplinariedad para un ejercicio correcto de la función pública que se les atribuye.

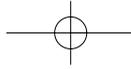
Esta característica permite diferenciar estos casos de los supuestos clásicos de «ejercicio privado de funciones públicas»⁹. En estos supuestos, como es sabido, nos encontramos ante profesionales privados («ejercientes privados de funciones públicas») a los que la ley atribuye la facultad de ejercer funciones públicas. En el bien entendido de que estas personas no quedan integradas en la organización administrativa (no se convierten en funcionarios) y sus actos no se imputan a la administración. Pero, eso sí, su actividad queda sometida a reglamentación y a una intensa intervención administrativa¹⁰.

fomento de la actividad industrial de Aragón: «Debe asumirse la limitación de recursos de los que dispone la Administración, de manera que no le es posible dar, por sí sola, respuesta a las necesidades de especialización, agilidad, flexibilidad que hoy caracterizan a la actividad industrial, al ser tan intensa la capacidad de cambio en la actividad económica y en los procesos tecnológicos. Para superar esta realidad se posibilita la acción a través de recursos externos sujetos a procedimientos de supervisión y control».

⁸ Sobre estas notas características, en general, D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, 2003, pp. 278-291.

⁹ Más en profundidad en D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación, ob. cit.*, pp. 272-278.

¹⁰ Piénsese, a título de ejemplo, y como casos tradicionales, en los notarios, los agentes de cambio y bolsa, los corredores de comercio o los agentes de aduanas.



2. Son entidades privadas

Las entidades colaboradoras de la administración pueden ser tanto privadas como públicas¹¹. Depende de lo que establezca la normativa sectorial correspondiente. Cabe que esta normativa, en efecto, solamente prevea la colaboración de entidades de naturaleza pública. O bien, solamente de aquellas que tengan naturaleza privada. O que admita la colaboración de ambas. No son infrecuentes, por último, aquellos casos en los que el normador sectorial prevé la intervención de entidades colaboradoras, pero sin precisar nada acerca de su naturaleza.

Como ya hemos advertido, limitamos el objeto de este trabajo a las entidades colaboradoras de naturaleza privada. No obstante, pueden resultar de interés las siguientes observaciones:

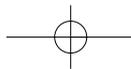
2.1. *La colaboración de entidades públicas se sale del ámbito de la colaboración público-privada*

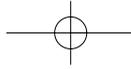
No resulta indiferente el carácter público o privado de la entidad que colabora con la administración en el ejercicio de la función pública. Por lo pronto, solamente la colaboración prestada por entidades privadas puede enmarcarse apropiadamente en el ámbito genérico de la colaboración público-privada. Si la entidad es pública, en cambio, estaremos ante un supuesto de colaboración entre entidades públicas, es decir, de colaboración público-público. Como fácilmente puede entenderse, se trata de fenómenos esencialmente distintos que responden a parámetros diferentes.

2.2. *Las entidades privadas colaboradoras tienen un status singular, pero no son administraciones públicas*

Las entidades privadas colaboradoras tienen un status singular. Así lo ha declarado la STS de 17 de noviembre de 2000, al afirmar que gozan de «un status administrativo singular como es el de colaboradoras con los poderes públicos en el ejercicio de funciones —también públicas— de control de la seguridad industrial» (FJ 5.º). Ahora bien, queda

¹¹ Esta doble naturaleza, pública o privada, de las entidades colaboradoras de la Administración se prevé, entre otras normas, en el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, de la Calidad y Seguridad Industriales, que define a los verificadores medioambientales como entidades públicas o privadas o personas físicas, independientes de la empresa sometida a verificación (art. 49). Por su parte, el Decreto 170/1999, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento provisional de las Entidades Ambientales de Control de Cataluña, las define como entidades colaboradoras del Departamento de Medio Ambiente, constituidas por una empresa o una agrupación de ellas de carácter estable, de naturaleza pública o privada. Igualmente, el Real Decreto 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, precisa que la ejecución material de las inspecciones podrá efectuarse por las comunidades autónomas o Administración competente, directamente o a través de sociedades de economía mixta en cuyo capital participen, o por particulares (art. 7).





El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

69

también claro que la colaboración prestada no convierte a estas entidades en administraciones públicas.

2.3. *El caso singular de los colegios profesionales*

El presupuesto de lo que ahora diremos es que la normativa sectorial solamente permita la colaboración de entidades privadas (no de las entidades públicas). Pues bien, el hecho de que los colegios profesionales, en tanto que corporaciones de derecho público, tengan una naturaleza mixta o híbrida, a la vez pública y privada, plantea la duda acerca de si pueden o no intervenir como colaboradores de la administración.

En realidad, la intervención de los colegios profesionales podría tener lugar de dos maneras distintas. La primera es directamente: el propio colegio pretende asumir la condición de entidad privada colaboradora. Y la segunda es indirectamente: el colegio, en solitario o bien junto a otros, pretende crear una entidad privada que asuma la condición de entidad privada colaboradora¹².

La primera de estas opciones, en nuestra opinión, debe ser descartada. Por la razón de que los colegios son entidades públicas, esto es, tienen personalidad jurídico-pública.

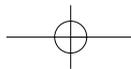
En relación con la segunda de las opciones indicadas, y sin detenernos ahora en esta cuestión, sí queremos dejar apuntadas dos ideas. De entrada, que la solución a este problema deberá tener presente no sólo la normativa sectorial que contemple la intervención de las entidades colaboradoras, sino también la normativa reguladora del colegio profesional correspondiente. Del examen de esta última normativa deberá deducirse si el colegio puede o no, en la medida en que se ajuste o no a sus fines, colaborar en el ejercicio de la función pública de otra administración (directamente o a través de una entidad privada de su creación).

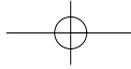
La segunda idea que queremos apuntar es que, en el caso de que se admita la intervención de los colegios, deberán igualmente respetarse las reglas que informan el sistema de colaboración en el ejercicio de las funciones públicas. Muy especialmente, deberá respetarse la exigencia de imparcialidad de la entidad colaboradora. No existe razón para exceptuar esta exigencia, ni tampoco para aceptar un cumplimiento debilitado de ella, por el hecho de que la entidad colaboradora sea un colegio. Lo que supone someter al colegio a los mismos requisitos que normativamente se impongan al resto de entidades para poder adquirir la condición de colaboradora de la administración. Por ejemplo, para obtener, si es el caso, la correspondiente acreditación.

3. Son entidades con ánimo de lucro

Corresponde a la normativa sectorial determinar no sólo la naturaleza pública o privada de las entidades colaboradoras, sino, además, si pueden tener o no ánimo de lucro.

¹² Éste es el caso de ICICT, S. A., que fue creada por el Colegio de Ingenieros de Cataluña.





En el caso de las entidades privadas colaboradoras, lo habitual es que sí tengan ese ánimo: realizan su actuación, colaborando con la administración, a cambio de una contraprestación económica (tarifa).

En relación con esta nota característica formulamos las siguientes observaciones:

3.1. *El ánimo de lucro diferencia las entidades privadas colaboradoras de las entidades de acreditación*

Las entidades de acreditación también tienen naturaleza privada. Pero se diferencian de las entidades colaboradoras por el hecho de que no tienen ánimo de lucro¹³. Ello se justifica, seguramente, por la presencia en su interior de representantes de las Administraciones públicas¹⁴.

3.2. *Posible coexistencia de tasas y tarifas*

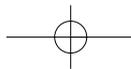
Los destinatarios deberán abonar a la entidad privada colaboradora las tarifas que correspondan por la prestación de sus servicios. El pago de estas tarifas es independiente del pago de las tasas que les sean de aplicación.

Lo habitual es que la normativa sectorial incluya, dentro del listado de obligaciones que se imponen a la entidad privada colaboradora, la de cobrar las tarifas previstas (y no otras) y la de ingresar a la administración el importe de las tasas provenientes del cobro a los sujetos pasivos que soliciten sus servicios. Por supuesto, deberán ingresar también

¹³ Las entidades de acreditación tienen la condición de entidades sin fines lucrativos, de acuerdo con lo previsto en el art. 4 del Reglamento (CE) 765/2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008. Esta condición de entidades sin ánimo de lucro no es incompatible con las tarifas que pueden percibir por sus servicios. El considerando 14 de esta norma prevé específicamente, en este sentido, que la actuación de los organismos nacionales de acreditación sin fines lucrativos debe entenderse como una actividad que no pretenda acrecentar las ganancias de los recursos de los propietarios o miembros de los organismos. Si bien estos organismos nacionales de acreditación no tienen como objetivo la maximización o la distribución de los beneficios, podrán proporcionar servicios a cambio de pagos o percibir ingresos. Cualquier excedente de ingresos que se derive de estos servicios podrá utilizarse para aumentar sus actividades, siempre que estén en línea con sus actividades principales.

Un ejemplo en este sentido lo encontramos en los estatutos de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC). Sus estatutos, en efecto, prevén, entre los recursos de la entidad, «los ingresos que se perciban como consecuencia de las tarifas sobre los procesos de acreditación que serán fijadas en los presupuestos anuales». Asimismo, prevén la aplicación de estos ingresos a la consecución de los fines propios de la entidad, sin que pueda efectuarse reparto de beneficios, asignación de dividendos ni disposición de fondos de la que pueda derivarse lucro para sus socios.

¹⁴ De nuevo, sirven de ejemplo los estatutos de la ENAC, que señalan como socios natos de esta entidad de acreditación a los representantes de las Administraciones públicas que designe el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial. Asimismo, podrán ser socios de la ENAC las Administraciones y entes públicos que tengan concertados con ella convenios o acuerdos de colaboración en virtud de los cuales reconozcan la validez de las acreditaciones por ella concedidas en sus respectivos ámbitos territorial o funcional de competencias.



El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

71

en la administración el importe de las tasas y demás obligaciones económicas que puedan pesar sobre la propia entidad colaboradora por la realización de sus actividades¹⁵.

Desde luego, la dualidad tasas-tarifas no constituye un supuesto de doble imposición. La tarifa no es un tributo, sino un precio privado (intervenido). Ahora bien, la idea rectora de no empeorar la situación del particular impone tener en cuenta la tarifa a la hora de fijar el importe de la tasa.

3.3. Intervención por la administración de las tarifas de la entidad privada colaboradora

En hipótesis, la contraprestación económica que debe recibir la entidad privada por la realización de su actividad podría ser pagada directamente por la administración con la que colabora. Correspondería a esa administración la fijación del importe de la contraprestación. Obsérvese que, en este caso, el coste económico de la labor de las entidades colaboradoras se sufraga con el presupuesto de la administración correspondiente.

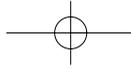
Lo que suele ocurrir, no obstante, es que la contraprestación se paga por los particulares que utilizan los servicios de la entidad colaboradora. Esto es, pagan una tarifa. Ahora bien, el importe de esa tarifa no se deja totalmente en manos de estos dos sujetos (entidad colaboradora y usuario), sino que interviene la administración ejerciendo una función de control. Las vías de intervención administrativa pueden reconducirse a las dos siguientes. Primera: la administración fija el importe exacto de la contraprestación. Por lo tanto, será el mismo para todas las entidades. Y segunda: la administración se limita a establecer la cuantía máxima de la contraprestación. La determinación concreta se deja en manos de cada entidad colaboradora. De este modo, pueden cobrarse tarifas diferentes por una misma actividad.

En todo caso, la normativa sectorial debe prever un mecanismo para la actualización del importe, ya sea de las tarifas, ya sea de su límite máximo.

3.4. La posible introducción de la competencia entre las entidades privadas colaboradoras

La concurrencia de varias entidades privadas colaboradoras, movidas por el ánimo de lucro, permite la introducción de la competencia entre ellas.

¹⁵ Sirve de ejemplo la Ley 12/2008, de 31 de julio, de Seguridad Industrial de Cataluña, que atribuye a los operadores de la inspección en materia de seguridad industrial, entre otras obligaciones, las de aplicar, en la prestación de sus servicios de inspección, las tarifas que hayan comunicado a la Agencia Catalana de Seguridad Industrial; así como la de ingresar a la Agencia Catalana de Seguridad Industrial el importe de las tasas y demás obligaciones económicas que les corresponden como operadores de la inspección, y el importe de las tasas provenientes del cobro a los sujetos pasivos que soliciten sus servicios (art. 27). Consecuentemente, a los destinatarios de estos servicios les corresponderá la obligación de abonar, con independencia de las tasas que les sean de aplicación, las tarifas que los organismos de control o los titulares de las estaciones de inspección técnica de vehículos comuniquen a la Agencia Catalana de Seguridad Industrial (art. 28).



La existencia de esta competencia puede resultar extraña, cuando de lo que se trata es de la colaboración en el ejercicio de una función pública. Pero lo cierto es que es un objetivo explicitado por alguna normativa sectorial. En esos casos, la normativa impone a la administración la función de velar por la existencia de un régimen de competencia efectiva y leal entre las entidades colaboradoras.

La existencia de un verdadero régimen de competencia requiere el cumplimiento de algunas condiciones¹⁶.

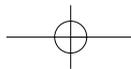
La primera, y más elemental, es la existencia de un número adecuado de operadores. No existirá competencia si solamente existe una entidad colaboradora. Pero tampoco la habrá si su número es tan reducido que, con toda seguridad, llegarán a acuerdos de reparto. Un número excesivo, en cambio, hará inviables económicamente a estas entidades. La determinación del número ideal de entidades colaboradoras, en atención principalmente al volumen de trabajo previsible por las funciones encomendadas, se convierte así en una tarea delicada, pero imprescindible¹⁷.

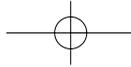
Una segunda condición a tener presente, a la hora de valorar el nivel de competencia introducido en el sistema, es la forma de intervención administrativa de las tarifas¹⁸. Resulta evidente que la fijación de un importe máximo, dejando libertad a las entidades colaboradoras para la determinación exacta de la cuantía, facilita la competencia. Con todo, la fijación administrativa directa de un mismo importe para todas las entidades no excluye por completo la posible existencia de competencia. Lo que sucederá, en estos casos, es que la lucha por el usuario de sus servicios deberá utilizar unas armas distintas al del importe de la tarifa. En este sentido, por ejemplo, pueden ser determinantes en la elección del particular la cercanía a su domicilio de una oficina de la entidad o bien la

¹⁶ En este sentido, el art. 10.f) de la Ley 12/2008, de 31 de julio, de Seguridad Industrial de Cataluña, entre las funciones de la Agencia Catalana de Seguridad Industrial, incluye la de «ejercer la vigilancia y el control sobre los operadores de la inspección en materia de seguridad industrial y adoptar las medidas correctoras pertinentes para garantizar que el nivel de calidad de los servicios que prestan es adecuado y que se mantiene un régimen de competencia efectiva entre los operadores». Por su parte, el art. 26.2 de esta misma ley encomienda al Gobierno de la Generalitat la labor de determinar, por decreto, las características mínimas del sistema de prestación de los servicios de inspección para, entre otras cosas, establecer unas condiciones de competencia efectiva y leal entre los operadores.

¹⁷ En nuestra tradición normativa, el recurso por la administración a la concesión o bien a la autorización administrativa, como títulos habilitantes de las entidades colaboradoras, se explicaba en gran medida por el deseo de permitir la intervención de un número elevado (autorización) o bien reducido (concesión) de estos sujetos.

¹⁸ Es el caso del art. 28 de la Ley 12/2008, de seguridad industrial de Cataluña, según el cual corresponderá al Consejero del departamento competente en materia de seguridad industrial, establecer el importe máximo de las tarifas a percibir por los organismos de control o los titulares de las estaciones de inspección técnica de vehículos. Esta fijación de tarifas máximas por parte de la Administración se prevé asimismo en el Decreto 223/2003, de 6 de noviembre, por el que se regula la gestión del Servicio de Inspección Técnica de Vehículos en la Comunidad de Madrid durante el periodo transitorio definido por el Real Decreto 833/2003, de 17 de junio, que atribuye al consejero competente por razón de la materia, la competencia para fijar las tarifas máximas para los servicios que presten las estaciones de ITV. Por Orden 7093/2005, de 28 de octubre, del Consejero de Economía e Innovación Tecnológica, se fijan esas tarifas máximas.





El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

73

calidad del servicio prestado. En este último sentido, por ejemplo, seguro que será un factor de calidad, no indiferente para el particular, la celeridad de la entidad en la realización de sus gestiones.

Destacamos como tercera condición la presencia de las entidades colaboradoras en el territorio. Para que exista un régimen de competencia es necesario que las entidades no se distribuyan el territorio por zonas. Además, y para garantizar una correcta prestación de los servicios a todos los ciudadanos, desde la perspectiva de que haya una cobertura territorial adecuada¹⁹, en algunas ocasiones, la normativa sectorial impone a las entidades una determinada presencia mínima en el territorio de la administración correspondiente. Presencia que puede fijarse con criterios diversos. Por ejemplo, la existencia de al menos una oficina de la entidad en determinadas circunscripciones geográficas (barrio, distrito, comarca, provincia, comunidad autónoma, entre otras)²⁰ o bien el establecimiento de una distancia máxima entre el domicilio de cualquier particular y una oficina de la entidad. En otras ocasiones, lo que hace esa normativa sectorial es ajustar la presencia de las entidades colaboradoras a un plan territorial que aprueba la administración²¹.

Como última condición, para garantizar una competencia efectiva, destacamos la limitación que la normativa sectorial puede imponer a las concentraciones empresariales que puedan dar lugar a una posición dominante. Las posibilidades son varias. Así, cabe que se prohíba a las entidades privadas colaboradoras formar un grupo de empresas para actuar sobre un mismo territorio²². Cabe también que se imponga el límite de no poder superar, cada empresa o grupo de empresas, la cuota máxima de mercado que se establezca normativamente²³. O bien, que se establezcan unas distancias mínimas de compatibilidad entre entidades colaboradoras de la misma empresa o grupo de empresas.

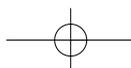
¹⁹ La determinación de las características mínimas del sistema de prestación de los servicios de inspección, a la que se refiere el citado art. 26.2 de la Ley de Seguridad Industrial de Cataluña, deberá garantizar, además de lo ya señalado, la cobertura territorial adecuada de dichos servicios.

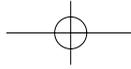
²⁰ En este sentido, la Ley de Seguridad Industrial de Cataluña establece en su art. 30.1 que los organismos de control, para poder actuar en el territorio de Cataluña, deben cumplir, entre otros requisitos, el de adecuarse a un desarrollo territorial mínimo por comarcas. Por su parte, el Decreto 111/1994, de 3 de noviembre, de la Comunidad de Madrid, por el que se regulan las Entidades de Inspección y Control Industrial y se les asignan funciones de comprobación de las disposiciones y requisitos de seguridad de instalaciones industriales en caso de riesgo significativo para las personas, animales, bienes o medio ambiente, establece, entre los requisitos que deben cumplir estas entidades para ser acreditadas, el de tener una oficina en Madrid con cobertura para toda la Comunidad.

²¹ Es el caso de los arts. 36.1.a) y 37.2 de la Ley de Seguridad Industrial de Cataluña, que prevé que el Gobierno pueda determinar, por decreto, el número necesario de estaciones de inspección técnica de vehículos y el de líneas de inspección que debe tener cada estación, y establecer su ubicación mediante un plan territorial.

²² El art. 30.1.b) de la Ley de Seguridad Industrial catalana establece, entre los requisitos que deben cumplir los organismos de control, el de no formar parte de un grupo de empresas con ningún otro organismo de control autorizado para actuar en Cataluña.

²³ En este sentido, el art. 36.1.b) de la Ley de Seguridad Industrial de Cataluña prevé, entre los requisitos que deben cumplir los titulares de estaciones de Inspección Técnica de Vehículos, el que no superen, cada empresa o grupo de empresas, la cuota máxima de mercado que se establezca por reglamento y que tendrá que asegurar que ningún titular preste servicio en un conjunto de estaciones de inspección técnica de vehículos superior a la mitad del total de líneas de inspección existentes en Cataluña.





Estas distancias mínimas han de asegurar que no se produzca ninguna situación de dominancia territorial²⁴.

4. Son entidades especializadas

Las entidades colaboradoras están especializadas en su campo concreto de actuación. La especialización es necesaria para poder satisfacer una exigencia común a todas estas entidades, a saber: que dispongan de la capacidad técnica precisa para una correcta realización de las tareas que se les encomiendan.

También en relación con este rasgo característico de las entidades colaboradoras formulamos algunas observaciones:

4.1. Manifestaciones de la exigencia de capacidad técnica

La exigencia de capacidad técnica de la entidad colaboradora tiene una doble manifestación.

En primer término, respecto a su personal²⁵; es requisito que sus trabajadores expertos tengan un nivel adecuado de formación técnica. No es infrecuente que la propia administración colabore con sus entidades colaboradoras para facilitar el cumplimiento de este requisito. Por ejemplo, ofreciendo cursos periódicos de formación, de especialización o de actualización.

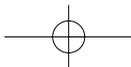
En segundo lugar, los requerimientos de capacidad técnica se manifiestan también en relación con la organización interna de la entidad²⁶: es requisito que cuente con los medios técnicos adecuados para el correcto ejercicio de su función²⁷.

²⁴ El art. 36.1.c) de la Ley de Seguridad Industrial de Cataluña prevé, en este sentido, que las estaciones de inspección técnica de vehículos deberán adecuarse a las distancias mínimas de compatibilidad entre estaciones de la misma empresa o del mismo grupo de empresas que establecerá el gobierno para garantizar una competencia efectiva entre los operadores, como expresamente dispone el art. 37.3 de la citada Ley.

²⁵ La norma UNE-EN ISO/IEC 17020, por la que se establecen los criterios generales para el funcionamiento de los diversos tipos de organismos que realizan funciones de inspección, prevé, en este sentido, que dichos organismos deben tener un número suficiente de personal en plantilla que disponga de la competencia y experiencia adecuadas para llevar a cabo sus funciones normales. En efecto, el personal responsable de la inspección debe tener la cualificación, formación y experiencia apropiadas y un conocimiento satisfactorio de los requisitos de las inspecciones que se van a realizar. Además, el organismo de inspección debe establecer un sistema de formación documentado para asegurarse de que la formación de su personal, en los aspectos técnicos y administrativos del trabajo en el que están involucrados, se mantenga actualizada.

²⁶ En relación con la organización interna del organismo de inspección, la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 establece que debe tener una estructura organizativa que le permita mantener la capacidad para desempeñar sus funciones técnicas de manera satisfactoria. El organismo de inspección debe definir y documentar las responsabilidades y la estructura jerárquica informativa de la organización. Debe tener un director técnico que, cualquiera que sea su denominación, esté cualificado y tenga experiencia en la gestión del organismo de inspección y asuma en su totalidad la responsabilidad de la ejecución de las actividades de inspección.

²⁷ En este sentido, la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 prevé que los organismos de inspección deben tener disponibles medios y equipos adecuados que permitan realizar todas las actividades asociadas a los servi-



El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

75

4.2. Evaluación y control de los requisitos de capacidad técnica

El cumplimiento por la entidad de los requisitos de capacidad técnica se someten a evaluación y control. La normativa sectorial se ocupa de precisar qué sujeto y en qué momento se realizarán.

Desde un punto de vista subjetivo, es indudable que la evaluación y el control siempre puede ser realizado por la administración titular de la función pública en cuyo ejercicio colabora la entidad privada. Además, es habitual que se prevea la intervención de otro sujeto: la entidad de acreditación. Solamente después de comprobar que reúne los requisitos exigidos de capacidad técnica, la entidad acreditadora otorgará la acreditación a la entidad colaboradora, requisito necesario para que pueda realizar su actividad.

Desde la perspectiva temporal, la evaluación y control se realizan en momentos distintos. Tendrá lugar en un momento inicial (control inicial): antes de que la entidad colaboradora comience a realizar su actividad, para comprobar que efectivamente dispone de la capacidad técnica precisa. Pero también se realizará en momentos posteriores (controles periódicos): para comprobar que sigue manteniendo dicha capacidad técnica. Lo que se requiere, pues, es su posesión permanente e ininterrumpida.

5. Son entidades imparciales

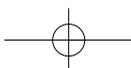
Una característica esencial de las entidades privadas colaboradoras es su imparcialidad. En la medida en que ejercen funciones públicas, las exigencias de objetividad e imparcialidad que se predicen de la actividad administrativa son trasladadas a la actuación de estos sujetos privados.

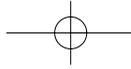
Normativamente deben establecerse las garantías necesarias que aseguren la imparcialidad de las entidades colaboradoras. Así, por ejemplo, suelen establecerse un conjunto de requisitos, que persiguen la finalidad señalada, cuyo cumplimiento es necesario para que la entidad pueda ejercer la función pública. Este cumplimiento es presupuesto para que pueda iniciar su actividad, pero, también, para que pueda continuarla con posterioridad²⁸.

cios de inspección llevados a cabo. El organismo de inspección debe tener reglas claras para el acceso y uso de los medios y equipos especificados. Asimismo, debe asegurarse de la adecuación continua de las instalaciones y equipos para el uso al que están destinados y de su correcto mantenimiento.

²⁸ En relación con la independencia e imparcialidad de los organismos de inspección, la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 establece que el personal del organismo de inspección no debe estar sometido a ningún tipo de presión comercial, financiera o de otra índole que pueda afectar a la imparcialidad de su juicio. Asimismo, determina que se pongan en marcha procedimientos para asegurarse de que personas u organizaciones externas al organismo de inspección no puedan influir en los resultados de las inspecciones realizadas.

Sobre la independencia de los organismos de inspección, la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 establece que éstos deben serlo en la medida en que ello sea requerido por las condiciones bajo las cuales prestan sus servicios. Dependiendo de esas condiciones, deberán cumplir con los criterios mínimos establecidos para cada uno de los tipos A, B y C:





6. Son entidades que colaboran en el ejercicio de funciones públicas

Con el transcurso de los años, las entidades privadas colaboradoras han visto incrementada su función. En la actualidad, en efecto, no se limitan a actividades de carácter material o técnico, sino que van más allá, realizando una verdadera actividad jurídica. Colaboran en el ejercicio de verdaderas funciones públicas²⁹. La normativa sectorial es la que determina, en cada caso, cuáles son esas funciones. No obstante, las más habituales son las de certificación, control e inspección del cumplimiento de la legalidad vigente.

Subrayamos que las entidades privadas que aquí nos interesan colaboran con la administración en el ejercicio de funciones públicas. Por tanto, no en la prestación de servicios públicos. No nos ocupamos, pues, de aquellas entidades cuyo cometido consiste en la prestación material de servicios.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de afirmar en diversas ocasiones que las entidades privadas colaboran en el ejercicio de verdaderas funciones públicas.

Así lo ha hecho el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 11 de julio de 1990. En relación con las entidades de inspección y control en materia de seguridad de productos, equipos e instalaciones industriales, sostiene que: «la materia que nos ocupa no es otra que la regulación del ejercicio de una *función pública* cual es la relativa a la vigilancia del cumplimiento de la legislación del Estado sobre seguridad de productos industriales, equipos e instalaciones industriales (...) La naturaleza de *función pública* del cometido ya expuesto es innegable, pues su finalidad no es otra que la de proteger un interés público cual es el de la seguridad industrial, sin que la posibilidad de su ejercicio supletorio por *entidades privadas* (posibilidad ésta que también reconoce la propia legislación estatal) en modo alguno desvirtúe su naturaleza, pues la titularidad pública de la función no por ello se pierde» (FJ 3.º)³⁰.

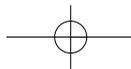
a) Los organismos de inspección tipo A son aquellos que, de acuerdo con la definición de la norma internacional, proporcionan servicios de tercera parte. Estos organismos deberán cumplir con los requisitos establecidos por el Anexo A de la norma, conforme al cual, en primer lugar, deberán ser independientes de las partes. En este sentido, deberán demostrar que no están relacionados con una parte involucrada en el diseño, fabricación, suministro, instalación, compra, propiedad, uso y mantenimiento de los ítem inspeccionados por propietarios comunes, o por rendir cuentas directamente al mismo nivel de dirección o por acuerdos contractuales, relaciones informales u otros medios que puedan influir de alguna manera sobre el resultado de una inspección. No podrán estar comprometidos en ninguna actividad que pueda crear conflicto con su independencia de juicio e integridad respecto a sus actividades de inspección.

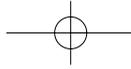
b) Los organismos tipo B son aquellos que constituyen una parte separada e identificable de una organización involucrada en el diseño, fabricación, suministro, instalación, uso o mantenimiento de los ítems que inspecciona y que se establecen para proporcionar servicios de inspección a su organización matriz.

c) Los organismos de inspección tipo C son aquellos que están involucrados en el diseño, fabricación, suministro, instalación, uso o mantenimiento de los ítems que inspecciona o de ítems similares de la competencia y puede prestar servicios de inspección a otras partes que no sean su organización matriz.

²⁹ Así lo ha destacado la doctrina. A título de ejemplo, con cita de más bibliografía al respecto, podemos citar el reciente trabajo de D. CANALS AMETLLER, «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial», *ob. cit.*, pp. 376-379.

³⁰ Las cursivas son nuestras. El carácter público de las funciones ejercidas por las entidades colaboradoras de la inspección de instalaciones industriales ha sido puesto de manifiesto en posteriores sentencias de este





El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

77

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de octubre de 1997: «La inspección técnica de vehículos, en cuanto que es un medio para lograr aquella finalidad, participa de la naturaleza de *función pública* y corresponde ejercerla al Estado —en sentido amplio— por razón de su soberanía. No se trata de una actividad de servicio público dirigida a proporcionar prestaciones a los ciudadanos, ya sean asistenciales o económicas, sino de una *función pública soberana* (...) al margen de cuál sea la forma de ejercicio, su naturaleza de *función pública* no desaparece» (FJ 4.º)³¹.

De esta última sentencia destacamos, finalmente, la calificación de estas funciones públicas como auténticas funciones de autoridad: «función pública soberana» (FJ 4.º).

En conclusión, algunos autores subrayan el hecho de que, en el actualidad, la intervención de las entidades privadas colaboradoras constituye una verdadera alternativa, estable y organizada, a la actuación directa de la Administración en el ejercicio de una función pública³².

Y lo que es todavía más relevante, se sostiene también que el ejercicio de estas funciones por las entidades privadas tiene el mismo valor jurídico que su ejercicio por la Administración titular de la función³³. En definitiva, se afirma la identificación de valor jurídico de ambas actuaciones³⁴.

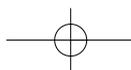
mismo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: 904/2002, de 22 de noviembre; 120/2003, de 5 de febrero y 219/2003, de 3 de marzo.

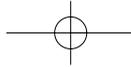
³¹ Las cursivas son nuestras. En sentido similar se pronuncia la STS de 17 de noviembre de 2000, relativa a las entidades de inspección y control reglamentario (creadas por el Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre).

³² Así lo ha destacado S. FERNÁNDEZ RAMOS, «La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho ambiental», en *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 24, 2000, pp. 9 y ss.; y del mismo autor, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, *ob. cit.*, p. 502. Comparte esta idea, D. CANALS AMETLLER, «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial», *ob. cit.*, p. 379.

³³ La propia legislación se hace eco de esta equiparación. Sirva de ejemplo el apartado segundo del art. 58 de la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, de regulación y fomento de la actividad industrial de Aragón: «Las actas de inspección elaboradas por los empleados públicos o por el personal de los organismos de control autorizados en materia de seguridad industrial con las debidas garantías tienen valor probatorio en los consiguientes procedimientos administrativos, en cuanto a las circunstancias de fecha y hora, lugar y hechos consignados».

³⁴ La cuestión del valor jurídico de las actuaciones realizadas por las entidades privadas colaboradoras, especialmente su valor probatorio, ha sido objeto de atención por la doctrina y por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, si la actividad inspectora realizada por estos sujetos puede beneficiarse o no de la presunción de validez y certeza propia de los actos administrativos. Sobre este tema, con indicación bibliográfica y jurisprudencial, puede consultarse, entre otros, S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, *ob. cit.*, pp. 501-574; D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, *ob. cit.*, pp. 316-322, y de esta misma autora, «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial», *ob. cit.*, pp. 379 y 403-406.





7. Son entidades que colaboran solamente en el ejercicio de la función

La misión que se encomienda a las entidades privadas es colaborar con la administración en el ejercicio de una función pública. Su labor, por consiguiente, no va más allá del ejercicio de la función.

Esta última nota característica también debe ser objeto de algunas observaciones:

7.1. *Es posible graduar la colaboración en el ejercicio de la función*

La normativa sectorial puede establecer grados diferentes de colaboración de la entidad privada en el ejercicio de la función pública. Lo que significa que no es necesario que se le atribuya la totalidad de ese ejercicio. En otras palabras, cabe que no se trate de una atribución total, sino parcial. De darse este último caso, será más exacto hablar de una colaboración «en» (o «dentro de») el ejercicio, y no de una colaboración «mediante» el ejercicio de la función.

7.2. *Nunca se atribuye a la entidad colaboradora la titularidad de la función*

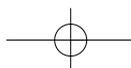
Lo que se atribuye a la entidad colaboradora es el ejercicio, en los términos expuestos, y nunca la titularidad. La administración siempre retendrá la titularidad de la función pública. Así lo subrayó la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de julio de 1990, destacando que no puede admitirse que el hecho de que la función pública sea ejercida por una entidad privada «en modo alguno desvirtúe su naturaleza, pues la titularidad pública de la función no por ello se pierde» (FJ 3.º).

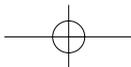
El mantenimiento de la titularidad en manos de la administración explica que no pueda hablarse en estos casos de un «desapoderamiento» de la función. Y por la misma razón, que no quepa sostener, con rigor, que estamos en presencia de una «privatización» de la función pública.

7.3. *La administración mantiene una relación estable y permanente con la entidad privada colaboradora*

La administración no puede desentenderse del ejercicio que haga la entidad colaboradora de la función, puesto que sigue siendo su titular. Es por ello que entre ambos sujetos se traba una relación estable y permanente.

Que la administración no se desentienda del ejercicio de su función tiene manifestaciones diversas. Destacamos cuatro de ellas en los epígrafes sucesivos de este mismo apartado.





El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

79

7.4. Posibilidad de ejercicio directo de la función por la propia administración

La administración siempre puede ejercer de forma directa, mediante sus medios materiales y personales, la función en cuyo ejercicio colaboran las entidades privadas.

La consecuencia que se deriva de ello es la posible concurrencia en el ejercicio de una misma función de las entidades colaboradoras y de la propia administración. Esta concurrencia puede tener un doble origen.

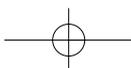
Un primer origen es que la administración se haya reservado parte del ejercicio de la función. En otras palabras, no se ha cedido a las entidades colaboradoras el ejercicio de la función en toda la materia, sino que la administración se ha reservado una parte de ella. En estos casos, como bien se entiende, existe una compartición del ejercicio de la función, pero no una concurrencia efectiva sobre un ámbito material concreto.

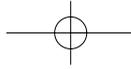
Un segundo origen consiste en que la administración siempre se reserva la posibilidad de supervisar la actuación de las entidades colaboradoras. Dicho de otra forma, la administración controla a través de la inspección directa la forma cómo la entidad colaboradora está ejercitando la función en casos concretos.

El Tribunal Supremo ha reconocido expresamente esta posibilidad de concurrencia. Puede servir de ejemplo, en relación con las entidades de inspección y control reglamentario creadas por el Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre, la STS de 17 de noviembre de 2000: «Las competencias administrativas en materia de vigilancia del cumplimiento de la legislación sobre seguridad industrial (...) podían ser ejercidas o bien directamente por los poderes públicos o bien «exigiendo a los interesados que presenten los documentos acreditativos del cumplimiento reglamentario correspondiente expedidos por una entidad de inspección y control reglamentario». La acreditación expedida, a estos efectos, por una de dichas entidades no excluía, sin embargo, la posible verificación por la administración pública del cumplimiento de los requisitos exigidos en materia de seguridad industrial» (FJ 6.º).

Por lo demás, que esta concurrencia es posible se deriva directamente de la propia normativa sectorial³⁵.

³⁵ Un primer ejemplo es el art. 14.1 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, en la que se regulan los organismos de control: «Las administraciones públicas competentes podrán comprobar en cualquier momento por sí mismas, contando con los medios y requisitos reglamentariamente exigidos, o a través de organismos de control, el cumplimiento de las disposiciones y requisitos de seguridad, de oficio o a instancia de parte interesada en casos de riesgo significativo para las personas, animales, bienes o medio ambiente». Otro ejemplo: el art. 7 del Decreto madrileño 111/1994, de 3 de noviembre, por el que se regulan las entidades de inspección y control industrial: «la acreditación del cumplimiento de la reglamentación en materia de seguridad, por medio del certificado de una entidad de inspección y control industrial, no excluirá su posible verificación por los Servicios de la Dirección General de Industria, Energía y Minas».





7.5. *Posibilidad de control por la administración de la entidad privada colaboradora*

Como hemos indicado en el apartado precedente, la normativa sectorial habilita siempre a la administración, en tanto que titular de la función, para que pueda controlar el ejercicio que de ella realice la entidad privada colaboradora.

7.6. *Posibilidad de reclamar ante la administración contra las decisiones de la entidad privada colaboradora*

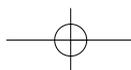
Lo habitual es que la normativa sectorial imponga a la entidad privada colaboradora el establecimiento de un sistema de reclamaciones a disposición de los particulares que entren en contacto con ella³⁶. Ahora bien, en caso de que la reclamación no sea atendida, se prevé también normativamente que el particular pueda elevarla ahora a la administración titular de la función.

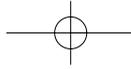
7.7. *Posibilidad de imputar responsabilidad a la administración por los daños que la actuación de la entidad privada colaboradora pueda causar a los particulares*

La actuación de la entidad privada colaboradora puede causar un daño a los particulares que entren en contacto con ella. Para garantizar el pago de la correspondiente indemnización, la normativa sectorial exige siempre que la entidad tenga concertado un seguro de responsabilidad civil³⁷. Ahora bien, lo que no se contempla de manera expresa en dicha normativa es si puede o no atribuirse también responsabilidad a la administración con la que colabora la entidad privada. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

³⁶ También la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 establece la obligación de los organismos de inspección de contar con procedimientos adecuados para el tratamiento de las reclamaciones recibidas de los clientes u otras partes acerca de sus actividades de inspección. Asimismo, deberán contar con procedimientos documentados para la consideración y resolución de las apelaciones contra el resultado de sus inspecciones cuando éstas sean realizadas bajo una autoridad delegada legalmente y estarán obligados a mantener un registro de todas las reclamaciones y apelaciones presentadas

³⁷ El requisito de contar con una póliza de seguros para responder del pago de las indemnizaciones que correspondan, se contempla en la Ley estatal 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que en su art. 15 prevé que los organismos de control, como requisito previo a la efectividad de la autorización, estarán obligados a suscribir pólizas de seguro que cubran los riesgos de su responsabilidad en la cuantía que se establezca, sin que ella limite dicha responsabilidad. Posteriormente, esta obligación se ha extendido a las distintas normas que regulan la colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones de inspección y control. Es el caso, entre otros muchos, del Decreto 170/1999, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento provisional de las Entidades Ambientales de Control de Cataluña o del Real Decreto 2127/2004, de 29 de octubre, por el que se regulan los requisitos de seguridad de las embarcaciones de recreo, de las motos náuticas, de sus componentes y de las emisiones de escape y sonoras de sus motores.





IV. LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN DE LO QUE ES FUNCIÓN PÚBLICA. LA TESIS DE LA DISTINCIÓN ENTRE CUMPLIMIENTO REGLAMENTARIO Y CONTROL ADMINISTRATIVO

En este trabajo nos interesa el estudio de las entidades privadas colaboradoras en la medida en que estén colaborando en el ejercicio de funciones públicas. Si así lo hacen, no hay duda de que pueden ser calificadas como entidades colaboradoras *de la administración*.

El problema es que no siempre está claro cuándo estamos en presencia de una verdadera función pública. Si no lo es, las actuaciones que normativamente deban realizarse escapan de la esfera de responsabilidad pública, para entrar en la propia de la responsabilidad del particular. Si en la realización de esas actuaciones colabora una entidad privada, deberá ser calificada como entidad colaboradora *del particular* y no de la administración. En definitiva, en estos casos, la entidad no colabora en el ejercicio de ninguna función pública.

La idea recogida en el párrafo precedente se explica con la tesis de la distinción entre el cumplimiento reglamentario y el control administrativo.

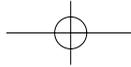
Por *cumplimiento reglamentario* debe entenderse el cumplimiento obligado de los requisitos técnicos impuestos normativamente, a través de los correspondientes reglamentos, para la realización por los particulares de una determinada actividad.

Estos reglamentos técnicos pueden —y suelen— obligar al particular a cumplir los requisitos fijados tanto en el momento inicial, de la puesta en marcha de la actividad, como de forma permanente e ininterrumpida a partir de ese momento.

En relación con este cumplimiento reglamentario, la cuestión que se plantea es la determinación del sujeto responsable de comprobar que efectivamente se produce ese cumplimiento, esto es, de que el particular respeta todos los requisitos fijados reglamentariamente. La decisión queda en manos de la normativa sectorial. Dos son las opciones del normador.

La primera opción es dejar en manos del propio particular la prueba del cumplimiento de los requisitos técnicos. En este caso, la normativa sectorial habrá optado por establecer un régimen de libertad-responsabilidad. Es un régimen de libertad porque se permite al particular que pueda realizar la actividad tras realizar una simple comunicación a la administración en la que afirme el cumplimiento de todos los requisitos. No habrá una actividad administrativa de comprobación en cada caso. Pero es también un régimen de responsabilidad porque el cumplimiento de los requisitos técnicos y su comprobación se sitúan dentro del ámbito de responsabilidad privada del particular. Esta actividad no es de responsabilidad pública. No estamos, pues, ante una función pública.

El particular podrá probar el cumplimiento de los requisitos técnicos en la forma que disponga la normativa sectorial aplicable. Como regla general, esta normativa puede ofrecerle una doble posibilidad.



El régimen más favorable para el particular consiste en que la normativa sectorial le permita probar el cumplimiento sin necesidad de contar con la tutela técnica de ningún otro sujeto. En esta hipótesis, la comunicación a la administración solamente contendrá la declaración del particular en la que afirma cumplir todos los requisitos exigidos. Estamos ante lo que se ha venido a denominar un sistema de «declaración responsable»³⁸.

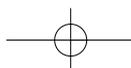
Un régimen más oneroso para el particular, en cambio, es aquel en el que la normativa sectorial le impone una tutela técnica. En este caso, la comunicación a la administración debe contener, además de la declaración del particular, la acreditación de un técnico competente en la materia que avale su declaración. Esta acreditación puede ser expedida por una entidad privada colaboradora. Entidad que, por lo tanto, colabora con el particular. Y no con la administración, puesto que aquí no estamos ante una actividad de responsabilidad pública (no hay función pública).

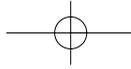
Al final de este hilo argumental llegamos a la conclusión de que las entidades privadas colaboradoras (del particular) pueden intervenir en el ámbito del cumplimiento reglamentario, acreditando que el particular cumple los requisitos técnicos impuestos normativamente para la realización de una actividad. Esta intervención, de conformidad con lo dicho más arriba, puede producirse en momentos distintos. De entrada, en el momento inicial, cuando se pone en marcha la actividad (control inicial). Pero también en momentos sucesivos, de forma periódica, como garantía de que el cumplimiento de los requisitos se mantiene de manera ininterrumpida en el tiempo (controles periódicos).

Hasta aquí la primera opción del normador sectorial: someter la realización de la actividad del particular a un régimen de comunicación a la administración. También cabe una segunda opción: su sometimiento a un régimen de autorización. En estos casos, el normador habrá decidido que haya un grado mayor de intervención administrativa, que impide entender que sea de responsabilidad del particular la prueba del cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos reglamentariamente. En la medida en que la administración debe otorgar una autorización, queda bajo su responsabilidad la comprobación de que la actividad del particular cumple los requisitos necesarios para ser autorizada. Aquí, pues, la administración ejerce una función pública.

En el ejercicio de esta función pública —siempre dentro del ámbito del cumplimiento reglamentario— la administración puede contar con la colaboración de entidades privadas. Estas entidades quedarán encargadas de realizar las comprobaciones oportunas para certificar que el particular cumple los requisitos técnicos preceptivos

³⁸ En este sentido, el anteproyecto de ley estatal de modificación de diversas leyes para su adaptación al proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en el marco de la trasposición de la Directiva de Servicios, contempla la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el objetivo de introducir un nuevo precepto relativo a la declaración responsable. El anteproyecto la define como el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.





El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

83

(mediante el control inicial y también, en su caso, a través de los controles periódicos sucesivos). Como resulta del razonamiento que estamos desarrollando, en estos casos las entidades privadas serán colaboradoras *de la administración*. Estarán colaborando con ella en el ejercicio de una función pública.

Distinto al cumplimiento reglamentario es el denominado *control administrativo*. Este control administrativo no es otra cosa que la función pública de inspección: la administración puede controlar e inspeccionar, en cualquier momento, si la actividad que realiza el particular cumple o no los requisitos normativamente exigidos. Se trata, por lo tanto, de una actuación que se ubica en el ámbito de responsabilidad de la administración. Estamos ante una función pública.

Pues bien, la normativa sectorial suele prever de manera expresa que la administración pueda ejercer el control administrativo de manera directa o indirecta. Esto es, que caben dos formas de ejercicio de la función pública de inspección: directamente por la administración, a través de sus propios medios materiales y personales, o bien indirectamente, a través de una entidad privada colaboradora. Aquí la entidad será colaboradora *de la administración*, en la medida en que colabora con ella en el ejercicio de una función pública (inspección).

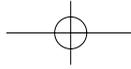
En conclusión, las entidades privadas colaboradoras pueden intervenir tanto en el ámbito del cumplimiento reglamentario como en el del control administrativo. Ahora bien, lo harán en una diferente condición. En el ámbito del cumplimiento reglamentario, la regla general es que la entidad privada actúa como colaboradora del particular, puesto que no se está ejerciendo ninguna función pública (salvo en los casos en que la normativa sectorial exija autorización administrativa y no mera comunicación a la administración). En el control administrativo, en cambio, la entidad privada actúa como colaboradora de la administración, concretándose esa colaboración en el ejercicio de la función pública de inspección.

La explicación, en apretada síntesis, de la tesis de la distinción entre el cumplimiento reglamentario y el control administrativo acaba aquí. No obstante, puede facilitar su correcto entendimiento la aplicación de esta tesis a un caso concreto. En realidad, es el caso en el que encuentra su origen: la intervención de las entidades colaboradoras en el sector de la seguridad industrial. Para ello, centraremos la exposición en el análisis de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (en adelante, LI).

La Ley de industria intenta dar una respuesta al problema que supone interpretar conjuntamente los tres siguientes principios, que son expresamente reconocidos por dicha ley: los principios de libertad, de seguridad y de responsabilidad industriales (art. 2 LI).

Esta misma ley utiliza de manera expresa la terminología «cumplimiento reglamentario» y «control administrativo» de dicho cumplimiento. Lo que da a entender que se trata de dos ámbitos diferenciados.

En virtud del principio de libertad de industria (con base constitucional en el art. 38 CE), el art. 4.1 LI reconoce la libertad de establecimiento para la instalación, ampliación



y traslado de las actividades industriales. Como excepción, no obstante, el art. 4.2 LI exige autorización administrativa previa en determinados casos (cuando así lo establezca una ley por razones de interés público o bien cuando se establezcan reglamentariamente para el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de tratados internacionales)³⁹.

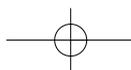
El principio de libertad tiene que hacerse compatible, no obstante, con el principio de seguridad industrial. Este segundo principio utiliza como instrumento normativo los reglamentos de seguridad. En este sentido, para que el particular pueda realizar la actividad (instalación, ampliación o traslado de actividades industriales), deberá cumplir los requisitos que vengan impuestos en esos reglamentos. Estamos, pues, en el ámbito del *cumplimiento reglamentario*.

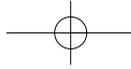
Con la finalidad de garantizar la seguridad industrial, los reglamentos de seguridad imponen una doble obligación: probar que se cumplen los requisitos en el momento de puesta en marcha de la actividad y, en segundo lugar, comprobar periódicamente el funcionamiento y estado de conservación o mantenimiento de las instalaciones, equipos y productos industriales (art. 12.2 y 3 LI).

Salvo en los casos excepcionales en los que se exige una autorización administrativa, la regla general es que el cumplimiento de esa doble obligación pesa exclusivamente sobre el particular. A él le corresponde la prueba del cumplimiento inicial y sucesivo de los requisitos reglamentariamente impuestos. Los medios de prueba utilizables, determinados concretamente por los reglamentos de seguridad, serán los siguientes: la declaración del particular («declaración responsable»); una certificación expedida por un técnico facultativo competente, por un instalador o conservador autorizados o bien por una entidad colaboradora (denominado «organismo de control»); o por cualquier otro medio de comprobación previsto en el Derecho comunitario (art. 13.1 LI).

Los principios de libertad y de seguridad encuentran aquí su encaje con el principio de responsabilidad industrial. Como regla general, el cumplimiento voluntario se ubica en el ámbito de la libertad y la responsabilidad del empresario industrial, y no en el de la intervención o control de la administración. Salvo los casos en que sea necesario la obtención de una autorización administrativa, la prueba del cumplimiento voluntario se realiza con una mera comunicación del particular a la administración. Comunicación que puede contener solamente su declaración o, además, una certificación expedida por un sujeto caracterizado por sus conocimientos técnicos en la materia. Este sujeto puede ser una entidad colaboradora que, por lo tanto, colabora con el industrial y no con la administración.

³⁹ El anteproyecto de ley estatal de modificación de diversas leyes para su adaptación al proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio propone una modificación de este apartado de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, conforme a la cual esa autorización excepcional para la instalación, ampliación y traslado de industrias se sustituiría por una comunicación previa o por una declaración responsable del interesado habilitante para el desarrollo de la actividad de que se trate en todo el territorio nacional y con una duración indefinida.





Cuestión distinta a este cumplimiento reglamentario es el *control administrativo*, regulado por la ley con este nombre y en un artículo distinto (art. 14 LI). Este control se identifica con el ejercicio de la función de inspección: la administración podrá comprobar, en cualquier momento, el cumplimiento de los requisitos de seguridad, ya sea de oficio o bien a instancia de parte interesada (art. 14.1 LI). Esta actividad de control puede ser realizada directamente por la administración o bien «a través de organismos de control», esto es, de entidades colaboradoras (art. 14.1 LI). En este último caso, estaremos ante un ejercicio indirecto de la función pública de inspección: el ejercicio a través de una entidad que es colaboradora de la administración (y no del industrial)⁴⁰.

V. MECANISMO DE ATRIBUCIÓN DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Desde una perspectiva histórica, los dos mecanismos que habitualmente ha utilizado el legislador sectorial para atribuir a entidades privadas colaboradoras el ejercicio de funciones públicas han sido la concesión⁴¹ y la autorización⁴² administrativas⁴³. La elección entre una u otra técnica se ha basado, en gran medida, en el deseo del legislador sectorial de limitar o no el número de entidades que operasen en el sistema. En este sentido, efectivamente, se ha utilizado preferentemente la concesión cuando se quería establecer un *numerus clausus* de entidades en el mercado.

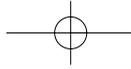
Esta misma perspectiva histórica nos permite ver la gran confusión que rodea esta cuestión. Confusión que encuentra su origen, al menos en parte, en la dificultad que caracteriza la labor de identificar un mecanismo adecuado para la atribución del ejer-

⁴⁰ Sobre la tesis de la distinción entre cumplimiento reglamentario y control administrativo, así como sobre su aplicación en el sector de la seguridad industrial, puede verse J. TORNOS MAS y J. PERDIGÓ SOLÀ, «El régimen jurídico de la intervención, control e inspección en materia de seguridad industrial de instalaciones, medio ambiente e inspección técnica de vehículos», *ob. cit.*, en especial pp. 22 a 25. Queremos subrayar, finalmente, que esta tesis no es pacífica en la doctrina. No la comparte, por ejemplo, como se deduce del conjunto de su obra en esta materia, D. CANALS AMETLLER, oposición que se refleja también en su último trabajo, ya citado, «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial».

⁴¹ Tanto la legislación estatal (por ejemplo: Real Decreto 1987/1985, de 24 de septiembre, de inspección técnica de vehículos), como las legislaciones autonómicas (por ejemplo: Ley catalana 13/1987, de 9 de julio, de seguridad de las instalaciones industriales; Ley de Castilla-León 3/1990, de 16 de marzo, de seguridad de las instalaciones industriales; y, en general, la normativa autonómica en materia de inspección técnica de vehículos).

⁴² Aquí también, tanto la legislación estatal (por ejemplo: Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre, por el que se regulan las entidades de inspección y control reglamentario; y Real Decreto 7/2000, de 23 de junio, sobre las inspecciones técnicas de vehículos), como las legislaciones autonómicas (por ejemplo: Decreto vasco 75/1986, de 25 de noviembre, en materia de inspección y control de seguridad industrial; Ley vasca 8/2004, de 12 de noviembre, de industria, y Decreto madrileño 111/1994, de 3 de noviembre, sobre entidades de inspección y control industrial).

⁴³ Un completo estudio sobre esta cuestión en D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, *ob. cit.*, pp. 299-314. Esta misma autora había apuntado ya el problema del mecanismo de atribución en su trabajo «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999, pp. 459-479.



cicio de funciones públicas a entidades privadas que colaboren con la Administración. A continuación, y de manera sintética, vamos a describir y valorar críticamente las principales tesis que se han mantenido al respecto: la encomienda de gestión, el convenio de colaboración, las fórmulas contractuales, la autorización administrativa y la acreditación.

1. La encomienda de gestión

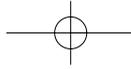
Según una primera tesis, la administración atribuye a la entidad privada el ejercicio de la función pública mediante una encomienda de gestión.

Esta tesis no es aceptable. Y no lo es, al menos, por las dos siguientes razones. De entrada, porque la encomienda de gestión es una técnica que opera entre administraciones públicas (esto es, en el ámbito de las relaciones interadministrativas) y no entre una administración y un sujeto privado. Además, en segundo lugar, porque la encomienda de gestión limita su objeto a la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, mientras que, como ha quedado dicho, las entidades privadas colaboradoras, en el ejercicio de la función pública, pueden ir más allá, realizando una verdadera actividad jurídica.

En apoyo de lo afirmado en el párrafo precedente puede traerse el art. 15.5 LRJPAC, que excluye del ámbito de aplicación de la encomienda de gestión los supuestos en los que la realización de la actividad recae sobre personas sujetas al derecho privado: «El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actuaciones encomendadas en el apartado primero [actividades de carácter material, técnico o de servicios] haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo».

2. El convenio de colaboración

Según una segunda tesis, el traspaso del ejercicio de la función pública tiene lugar como consecuencia de la celebración de un convenio de colaboración entre la administración y la entidad privada colaboradora. Se trataría de uno de los convenios excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de contratos. En concreto, del recogido en el art. 4.1.d) de la actual Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Este precepto excluye del ámbito de la ley: «Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales».



El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

87

El propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de octubre de 1997, dictada en el ámbito de la inspección técnica de vehículos⁴⁴, afirma que la relación entre la administración y las entidades privadas se basa en los convenios de colaboración excluidos de la ley de contratos: «Cuando el poder público acude a la empresa privada para pedir su colaboración en el ejercicio de una función pública, surgen entre ellos un vínculo, cuya naturaleza está muy próxima a una relación contractual. Podría incluirse en los denominados convenios de colaboración a los que se refiere el art. 2.7 de la Ley de contratos del Estado [de 1965], que se regulará por sus normas peculiares y, supletoriamente, por la de contratos de la administración, siéndoles aplicables, en todo caso, los principios de dicha contratación» (FJ 4.º).

En nuestra opinión, sin embargo, esta segunda tesis tampoco es aceptable. La razón es que no se respetan dos de los límites que establece el art. 88 LRJPAC en relación con la posibilidad reconocida a las administraciones de celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con otros sujetos.

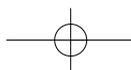
El primero de estos límites, establecido en el apartado primero de este art. 88 LRJPAC, es que estos convenios serán posibles «siempre que no (...) versen sobre materias no susceptibles de transacción». Dicho en positivo: solamente serán posibles si versan sobre materias susceptibles de transacción. Y, a nuestro juicio, no lo es el ejercicio de funciones públicas.

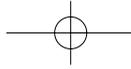
El segundo límite, recogido en el apartado cuarto del mismo art. 88 LRJPAC, se traduce en la exigencia de que los convenios celebrados «no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos». Puede argumentarse que el hecho de que la función pública no sea ejercida directamente por la administración, sino por una entidad privada, supone una alteración de la competencia y de las responsabilidades indicadas en este precepto. Este argumento, sin embargo, puede ser contestado de dos maneras. De entrada, recordando que la administración conserva la titularidad de la función pública en todo caso y que el traslado de su ejercicio a un sujeto privado no le exonera de responsabilidad. Además, en segundo lugar, se puede subrayar el hecho de que el art. 88.4 LRJPAC se está refiriendo «al funcionamiento de los servicios públicos», mientras que, en el caso de las entidades privadas colaboradoras, se trata del ejercicio de funciones públicas.

3. Las fórmulas contractuales

Un tercer intento de explicar el fundamento del traslado del ejercicio de la función pública acude a las fórmulas contractuales: ese traslado tiene lugar como consecuencia de la celebración de un contrato entre la administración titular de la función y la entidad

⁴⁴ Un estudio de esta sentencia en D. CANALS AMETLLER, «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», *ob. cit.*, pp. 471-478.





privada colaboradora. Deberá precisarse el tipo de contrato de que se trate. Examinemos las dos siguientes opciones:

3.1. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

El art. 11 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, introduce, como novedad, la figura del «contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado». A primera vista, y dado el nombre con el que legalmente se ha bautizado a este tipo contractual, pudiera parecer que resulta aplicable al caso que nos ocupa: el traslado del ejercicio de la función pública es un supuesto de colaboración entre el sector público (administración titular de la función) y el sector privado (entidad privada colaboradora que ejercita esa función).

La simple lectura del citado art. 11 de la Ley de contratos del sector público echa por tierra esa pretensión. Los supuestos que estamos examinando en este trabajo, en efecto, no son en modo alguno subsumibles en la definición que de esta nueva modalidad contractual realiza el apartado primero de ese art. 11: «Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una administración pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general», comprenda alguna de las prestaciones que se enumeran en el precepto.

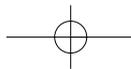
3.2. Contrato de gestión de servicios públicos

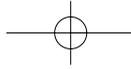
Junto a la autorización, históricamente ha sido habitual el recurso a la concesión administrativa como mecanismo para la atribución del ejercicio de una función pública a entidades privadas colaboradoras. No faltará, por tanto, quien sostenga que la base jurídica de ese traslado puede ser un contrato de gestión de servicios públicos.

No compartimos tampoco esta tesis. La imposibilidad de recurrir a este tipo de contrato se justifica por las dos siguientes razones.

De entrada, porque el art. 8.1 de la Ley de contratos del sector público deja claro que el objeto del contrato de gestión de servicios públicos es, como su nombre ya indica, «la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la administración encomendante». En el supuesto que nos ocupa, en cambio, estamos ante el ejercicio de una función pública, y no ante la prestación de un servicio público.

Por si esta primera razón no fuera suficiente, cabe todavía esgrimir una segunda: el art. 251.1 de la Ley de contratos del sector público establece un severo límite al contrato





El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

89

de gestión de servicios públicos: «En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos». En el supuesto que estamos examinando, por el contrario, queda claro que el objeto del traslado a las entidades privadas colaboradoras son funciones públicas de autoridad.

Ésta es la posición del Tribunal Supremo. En su sentencia de 10 de noviembre de 2000, en relación con las entidades colaboradoras previstas en el Real Decreto 1407/1987, sostiene, en primer lugar, que estos supuestos no tienen encaje en el ámbito de las relaciones contractuales: «La utilización de la técnica autorizatoria en relación con la encomienda a estas entidades privadas de determinadas funciones de carácter certificante cuyo ejercicio podía tener, respecto de terceros inspeccionados o controlados, una inmediata eficacia jurídico-administrativa en el ámbito de la seguridad industrial (...) no encaja en el ámbito de las relaciones contractuales» (FJ 6.º).

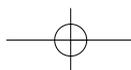
En esta misma sentencia, además, el Tribunal afirma de modo expreso que no cabe aplicar el régimen concesional ni, por tanto, las disposiciones sobre el contrato de gestión de servicios públicos: «En efecto, no nos encontramos en presencia de un régimen concesional ni de cualquier otro en que haya unas relaciones bilaterales de naturaleza contractual (...). No son aplicables, por tanto, a este supuesto las disposiciones de la Ley de contratos del Estado relativas al contrato de gestión de servicios públicos» (FJ 6.º).

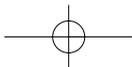
Una muestra de la confusión ya aludida y que rodea esta cuestión de la determinación del mecanismo de traslado del ejercicio de la función pública, la encontramos en la ya citada sentencia de 13 de octubre de 1997 del mismo Tribunal Supremo. En ella, se afirma que los supuestos de colaboración de entidades privadas en el ejercicio de una función pública hace nacer entre el sujeto privado y la administración titular de la función «un vínculo, cuya naturaleza está muy próxima a una relación contractual» (FJ 4.º). De todas maneras, lo cierto es que no llega a afirmar que sea una verdadera relación contractual. En realidad, lo que intenta argumentar la sentencia, con la ayuda de la afirmación transcrita, es que estos supuestos pueden incluirse en los denominados convenios de colaboración excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de contratos. Lo que supone admitir, por tanto, que no son contratos de la administración. Por lo demás, la crítica a que se trate de convenios de colaboración ya ha sido hecha con anterioridad y a ese punto nos remitimos ahora.

4. La autorización administrativa

Junto a la concesión, la autorización administrativa es la otra técnica habitualmente utilizada por la legislación sectorial como instrumento para trasladar el ejercicio de la función pública a la entidad privada colaboradora.

Esta utilización no cuadra con la naturaleza propia de la autorización administrativa. La autorización es una técnica de intervención que permite a la administración realizar un control previo sobre una actividad de naturaleza privada que quiere llevar a cabo el particular. No encaja con esta configuración el empleo de la autorización como técnica





que habilita a un sujeto privado para el ejercicio de una función pública. Esto es, para la realización de una actividad que, de no mediar esa habilitación, sería realizada directamente por la administración.

Es habitual que la legislación sectorial establezca como requisito para el otorgamiento de la autorización que la entidad privada disponga de la capacidad técnica y financiera necesaria para la adecuada realización de la actividad que se le encomienda. Es igualmente usual que la prueba de dicha capacidad se realice a través de la obtención de una acreditación. En estos casos, por tanto, la exigencia de autorización se suma a la previa de acreditación. Lo que permite reconducir estos supuestos al sistema de acreditación que ahora veremos.

5. La acreditación

El sistema de acreditación es el que mayoritariamente se sigue en la actualidad. Por acreditación se entiende una actuación tendente a certificar, mediante la expedición de una resolución expresa, que un sujeto —en nuestro caso, la entidad privada colaboradora— cumple determinados requisitos. Estos requisitos tienen como finalidad garantizar que ese sujeto posee la capacidad técnica y financiera necesarias para llevar a cabo la actividad que se le encomienda, así como su imparcialidad y objetividad en la realización de dicha actividad.

El sistema de acreditación puede revestir distintas modalidades. Las dos principales son la acreditación privada seguida de autorización administrativa y, en segundo lugar, la acreditación pública. Junto a ella caben otras variantes de diverso grado de complejidad, así: la exigencia de una doble acreditación, pública y privada, y, en segundo término, la acreditación privada seguida de comunicación previa a la administración.

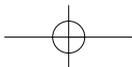
5.1. Acreditación privada seguida de autorización administrativa

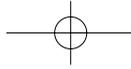
En este caso, para que el sujeto adquiera la condición de entidad privada colaboradora y, por tanto, pueda realizar su actividad, es necesario que cumpla una doble condición: que obtenga una acreditación privada y, después, que se le otorgue la correspondiente autorización administrativa⁴⁵.

La primera condición es que obtenga la acreditación expedida por una entidad de acreditación. Se trata de una entidad privada, sin ánimo de lucro, especializada en acreditar a entidades colaboradoras de la administración⁴⁶.

⁴⁵ Este modelo se instaura, por ejemplo, en la Ley 21/1992, de Industria, y en su normativa de desarrollo, en relación con los organismos de control que actúan en el ámbito de la seguridad industrial.

⁴⁶ Sirva de ejemplo la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC). De acuerdo con sus estatutos, la ENAC se constituye con la finalidad de acreditar, en el ámbito estatal y a través de un sistema conforme a normas inter-





El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

91

La finalidad de esta acreditación privada, en los términos ya expuestos, es garantizar que la entidad colaboradora dispondrá de la capacidad técnica y financiera necesarias y que realizará su actividad con imparcialidad y objetividad. Por ello, la acreditación solamente se concederá después de comprobar que la entidad colaboradora cumple los requisitos previamente establecidos.

La acreditación privada es una mera actividad reglada, de índole estrictamente técnica. Y opera de presupuesto para que la entidad colaboradora pueda obtener el posterior título administrativo que le habilite a actuar: la autorización administrativa.

La segunda condición que debe cumplir la entidad colaboradora es la obtención de la correspondiente autorización otorgada por la administración titular de la función cuyo ejercicio se le traslada. Es importante destacar que es la autorización el título jurídico que habilita a la entidad privada colaboradora a realizar su actividad. No lo es, por tanto, la previa acreditación privada. Solamente a partir del momento en que haya obtenido la autorización se habrá hecho efectivo el traslado del ejercicio de la función pública. En definitiva, una entidad acreditada pero no autorizada no puede actuar.

La finalidad que persigue la autorización es permitir un segundo control sobre la entidad privada colaboradora. Control que, en este caso, queda en manos directamente de la administración. Sin duda, será objeto de este control comprobar que la entidad ha obtenido la previa acreditación. Pero también sirve para asegurar el cumplimiento de otros requisitos. La determinación de estos otros requisitos varía según los casos. Por lo demás, en no pocas ocasiones resulta difícil deslindarlos de los requisitos propios de la acreditación privada⁴⁷.

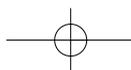
5.2. Acreditación pública

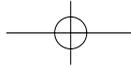
Para que el sujeto adquiera la condición de entidad privada colaboradora y, por tanto, pueda realizar su actividad, basta con que obtenga la acreditación concedida por la propia administración titular de la función cuyo ejercicio se le traspa⁴⁸.

nacionales, la competencia técnica de una entidad para certificar, inspeccionar o auditar la calidad, o de un laboratorio de ensayo, o de un laboratorio de calibración, que operen en cualquier sector (industria, medioambiente, agricultura, pesca y alimentación, sanidad, transporte y telecomunicaciones u otro sector económico), tanto en el ámbito voluntario de la calidad como en el ámbito obligatorio cuando reglamentariamente así se establezca. Para ello, la ENAC verificará el cumplimiento por las entidades a acreditar y acreditadas de los criterios establecidos por las normas internacionales y de las demás condiciones y requisitos pertinentes. Las acreditaciones que expida tendrán carácter de documento público por el que se reconoce y garantiza aquel cumplimiento ante terceros.

⁴⁷ Puede ilustrar esa dificultad el requisito generalmente exigido de que la entidad privada colaboradora tenga suscrita una póliza de seguro de responsabilidad civil. Pues bien, según la legislación sectorial que tomemos de referencia, esta exigencia se configura como un requisito para la acreditación privada o bien para la posterior autorización administrativa.

⁴⁸ Ejemplos de este modelo se encuentran en la normativa autonómica catalana. Así, en la Ley 3/1998, de la intervención integral de la Administración ambiental y su normativa de desarrollo; y en el Decreto 379/2006,





A diferencia de la modalidad anterior, en este caso no hay una autorización administrativa posterior a la acreditación. La intervención administrativa ya tiene lugar en el momento mismo de la acreditación. En consecuencia, el título jurídico habilitante de la actuación es la acreditación.

5.3. *Doble acreditación: pública y privada*

En estos supuestos se exige que la entidad privada colaboradora obtenga dos acreditaciones distintas. Una privada, expedida por una entidad privada de acreditación. Y una segunda pública, expedida por una administración pública⁴⁹.

5.4. *Acreditación y comunicación previa a la administración*

Finalmente, destacamos como modalidad de acreditación el sistema en el que se sustituye la autorización administrativa por una mera comunicación previa a la administración titular de la función. Una vez obtenida la acreditación, para que la entidad colaboradora pueda comenzar a realizar su actividad, no será preciso esperar a que la administración le otorgue la correspondiente autorización, sino que bastará con que le dirija una comunicación previa⁵⁰.

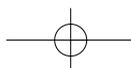
VI. RESPONSABILIDAD POR LA ACTUACIÓN DE LAS ENTIDADES PRIVADAS COLABORADORAS

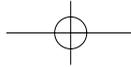
Uno de los principales problemas que plantea el ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras es determinar quién debe responder de los daños y per-

de 7 de octubre, de aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y de regulación del sistema de acreditación de los verificadores de informes. En ambos casos, se otorga la gestión del sistema de acreditación a la Dirección General de Calidad Ambiental, del Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña.

⁴⁹ Ejemplo de este modelo es la normativa sobre medio ambiente del Ayuntamiento de Barcelona. Su Ordenanza municipal de actividades y de intervención integral de la Administración ambiental de Barcelona, de 29 de marzo de 2001, exige esa doble acreditación para sus entidades ambientales de control. Deben obtener, en efecto, una acreditación privada, otorgada por una entidad oficial de acreditación de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, y una acreditación pública, expedida por la Dirección General de Calidad Ambiental del Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña. Obsérvese que, en este caso, la acreditación pública es otorgada por una Administración distinta de la titular de la función pública cuyo ejercicio se traslada a la entidad colaboradora.

⁵⁰ Éste es también, al menos en teoría, el caso de la Ordenanza municipal de actividades y de intervención integral de la Administración ambiental de Barcelona, de 29 de marzo de 2001. Una vez obtenida la acreditación exigida (en los términos expuestos en la nota anterior), para que puedan comenzar a actuar las entidades ambientales de control basta con que realicen una comunicación previa al Ayuntamiento de Barcelona.





El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

93

juicios que puedan derivarse de la actuación de estas entidades. En este sentido, vamos a analizar primeramente la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras y después la responsabilidad de la administración titular de la función.

1. Responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras

1.1. *Afirmación de la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras*

Las entidades privadas colaboradoras ejercen las funciones públicas *bajo su propia responsabilidad*. Esto es: son responsables de los daños y perjuicios que puedan causar como consecuencia de la actuación que realicen en ejercicio de dichas funciones.

La idea recogida en el párrafo anterior constituye uno de los elementos centrales del sistema de colaboración de las entidades privadas: el traslado del ejercicio de las funciones públicas conlleva, paralelamente, el traslado de la responsabilidad que pueda derivarse de ese ejercicio. Esto es algo que puede hacer atractivo a la administración el recurso a esta fórmula⁵¹. La asunción del ejercicio de la función implica, como la otra cara de una misma moneda, la asunción de la responsabilidad⁵².

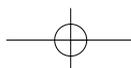
1.2. *Obligación de constituir una garantía suficiente para cubrir los daños y perjuicios*

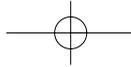
La normativa ha generalizado la exigencia de que la entidad privada colaboradora constituya una garantía suficiente para cubrir los daños y perjuicios que puedan derivarse de su actuación. En efecto, constituye una nota común a todas las normativas sectoriales, estatales o autonómicas, reguladoras de este tipo de entidades el establecimiento de esta exigencia⁵³.

⁵¹ Así lo destaca expresamente D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, ob.cit, p. 323. En este mismo sentido se pronuncia también J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ed. Ariel Derecho, 1999, p. 204 y J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, ob. cit., p. 671.

⁵² Lo que no significa necesariamente que sólo deba responder la entidad privada colaboradora. Más adelante examinaremos la cuestión de si incurre también o no en responsabilidad la Administración con la que colabora la entidad privada.

⁵³ La exigencia de constituir una garantía suficiente aparece, por primera vez, en la normativa reguladora de la seguridad y la calidad industrial. Por lo demás, esa exigencia no solamente es propia de la normativa estatal, sino que se recoge también en la autonómica. Sirvan de ejemplo las siguientes referencias: art. 3.2 del Real Decreto 735/1979, de 20 de febrero, sobre normas a cumplir por las entidades privadas colaboradoras en la expedición de certificados de calidad, homologación y verificación; art. 8.1.d) del Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre, que regula las entidades de inspección y control reglamentario en materia de seguridad de los productos, equipos e instalaciones industriales; art. 15.5 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria; art. 16.m) del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial; art. 8.3 de la Ley catalana 13/1987, de 9 de julio, de seguridad en instalaciones industriales, y art. 14.7 de la Ley vasca 8/2004, de 12 de noviembre, de industria de la





Del análisis de toda esta legislación sectorial, tanto estatal como autonómica, pueden extraerse algunas conclusiones:

- a) La exigencia de constitución de una garantía presupone normativamente la posibilidad de que la entidad privada colaboradora sea responsable

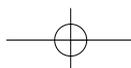
El hecho de que la normativa sectorial exija a la entidad privada colaboradora la constitución de una garantía suficiente para cubrir los daños y perjuicios que puedan derivarse de su actuación, constituye un argumento irrefutable a favor de la tesis de que estas entidades pueden incurrir en responsabilidad. La posibilidad de que nazca esta responsabilidad es, justamente, el fundamento de la exigencia de constitución de la garantía.

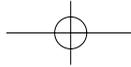
- b) El tipo de garantía exigido es habitualmente el seguro de responsabilidad, pero no necesariamente

La práctica totalidad de las normas sectoriales precisan la modalidad de garantía que se exige: la suscripción de una póliza de seguro. Por lo tanto, en el caso de que se produzca el hecho asegurado (que la entidad privada colaboradora asegurada incurra en responsabilidad), será la compañía aseguradora la que tenga la obligación de indemnizar los daños causados, hasta el límite del importe de la suma asegurada.

Ahora bien, pueden existir otros tipos de garantía diferentes a la contratación de un seguro. Un ejemplo lo encontramos en materia de aguas. En este ámbito, el art. 5.c) de la Orden de 23 de marzo de 2006, del Ministerio de Medio Ambiente, que desarrolla el régimen jurídico de las entidades colaboradoras de la administración hidráulica en materia de control de vigilancia de calidad de las aguas y de gestión de los vertidos al dominio público hidráulico, exige a estas entidades colaboradoras la prestación de una garantía que puede hacer efectiva, sin embargo, por medios diversos: no sólo mediante un seguro, sino también a través de aval u otra garantía financiera.

Comunidad Autónoma de Euskadi. La exigencia de constitución de una garantía suficiente, con el paso del tiempo, se ha ido extendiendo a otros sectores. De manera que, hoy en día, podemos afirmar que constituye una condición totalmente generalizada. Sirvan como prueba las referencias siguientes. En materia de medio ambiente: art. 11.2.d) del Decreto catalán 170/1999, de 29 de junio, que aprueba el Reglamento provisional regulador de las entidades ambientales de control. En materia de aguas: art. 5.c) de la Orden de 23 de marzo de 2006, del Ministerio de Medio Ambiente, que desarrolla el régimen jurídico de las entidades colaboradoras de la Administración hidráulica en materia de control y vigilancia de calidad de las aguas y de gestión de los vertidos al dominio público hidráulico. Y en materia de inspección de buques y embarcaciones de recreo: art. 7.f) del Real Decreto 90/2003, de 24 de enero, por el que se establecen las reglas y estándares para las organizaciones de inspección y control de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima.



**El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...**

95

c) La garantía constituida debe ser suficiente

Aunque la redacción varía considerablemente en cada normativa sectorial, la idea de fondo es común a todas ellas: la garantía cuya constitución se exige debe ser de una cuantía suficiente para llegar a cubrir el importe de los daños y perjuicios que se puedan causar. Es en este sentido que debe interpretarse la exigencia normativa de prestar una «garantía suficiente» [art. 5.c) Orden de 23 de marzo de 2006] o de suscribir una póliza de seguro «que garantice la cobertura de su responsabilidad» o bien «que cubra los riesgos de su responsabilidad» [arts. 16.m) Real Decreto 2200/1995, 15.5 Ley 21/1992, 14.7 Ley vasca 8/2004, 11.2.d) Decreto catalán 170/1999 y 7.f) Real Decreto 90/2003].

En algunos casos, la normativa sectorial va más allá, y ya determina ella misma la «cuantía mínima» de la garantía [así, arts. 8.1.d) Real Decreto 1407/1987, 16.m) Real Decreto 2200/1995 y 5.c) Orden de 23 de marzo de 2006]. O bien, remite la cuantificación a otra disposición posterior, al establecer que la garantía deberá constituirse «en la cuantía que se establezca» (así, arts. 15.5 Ley 21/1992 y 14.7 Ley vasca 8/2004).

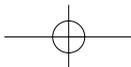
d) La garantía constituida debe seguir siendo suficiente en el futuro: mecanismo de actualización de su importe

Es también habitual que el normador sectorial muestre su preocupación a la hora de asegurar que la cuantía de la garantía seguirá siendo «suficiente» en el futuro. Para conseguir este objetivo, ya dispone la existencia de cláusulas de actualización del importe de la garantía. De esta manera, y a título de ejemplo, se establece una actualización anual según el índice de precios industriales del Instituto Nacional de Estadística [art. 8.1.d) Real Decreto 1407/1987], una actualización también anual en función del índice de precios al consumo [art. 16.m) Real Decreto 2200/1995] o bien una actualización cada dos años de acuerdo con el incremento del índice de precios al consumo [art. 5.c) Orden de 23 de marzo de 2006].

e) No hay limitación de la responsabilidad al importe de la suma asegurada

La obligación de constituir una garantía no supone la limitación de la responsabilidad de la entidad privada colaboradora al importe de dicha garantía. En este sentido, y de manera expresa, alguna normativa sectorial subraya que la obligación de suscribir una póliza de seguros, en la cuantía que se establezca, para cubrir los daños y perjuicios que puedan causarse, se impone «sin que la misma limite dicha responsabilidad» [así, arts. 15.5 Ley 21/1992, 16.m) Real Decreto 2200/1995 y 14.7 Ley vasca 8/2004]. Por lo tanto, de la parte del importe de los daños causados no cubierta por el seguro (por exceder la suma asegurada), deberá responder la entidad privada con su propio patrimonio.





f) Eficacia de la exigencia de constitución de una garantía

La cuestión que aquí se plantea es determinar la eficacia que tiene la constitución de la garantía exigida o, visto a contrario, los efectos que se derivan de su falta. En este punto, la normativa sectorial examinada ofrece respuestas diversas y, en general, carentes del necesario rigor.

En algunos casos, la constitución de la garantía se configura como condición para la acreditación de la entidad privada colaboradora [arts. 8.1.d) Real Decreto 1407/1987 y 11.2.d) Decreto catalán 170/1999].

En otros casos, en cambio, es condición «para la efectividad de la autorización administrativa» (arts. 15.5 Ley 21/1992 y 14.7 Ley vasca 8/2004).

En no pocos casos, no se configura expresamente como condición para la obtención de la acreditación o de la autorización administrativa. Sino como condición para otros fines: para la inscripción en el registro especial de entidades privadas colaboradoras [art. 3.2.b) Real Decreto 735/1979] o para la obtención del título de entidad colaboradora [art. 5.c) Orden de 23 de marzo de 2006]. O bien, la constitución de la garantía se configura simplemente como una obligación o requisito que se impone a las entidades privadas colaboradoras [así, arts. 16.m) Real Decreto 2200/1995, 8.3 Ley catalana 13/1987 y 7.f) Real Decreto 90/2003].

Lo importante, a nuestro juicio, es asegurar que, en el momento en que comience a realizar su actividad, la entidad privada colaboradora tiene constituida la garantía. La decisión acerca de su configuración, principalmente como condición para la acreditación o para la posterior autorización administrativa, es secundaria en este sentido. Será relevante, a la hora de tomar esa decisión, tener claro dónde se quiere residenciar la labor de control del cumplimiento del deber que se impone a la entidad privada. Así, por ejemplo, aligera la carga de la administración su configuración como requisito para la acreditación, de manera que el mencionado control deba ser realizado por la entidad de acreditación⁵⁴.

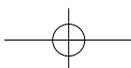
1.3. *Tipo de responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras*

Una vez claro que las entidades privadas colaboradoras son responsables, procede ahora determinar el tipo de responsabilidad en que pueden incurrir. Dos son las reflexiones que podemos realizar en este punto:

a) Responsabilidad directa

La responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras es una responsabilidad directa: son las que primeramente deben responder de los daños y perjuicios que hayan

⁵⁴ Ello supondrá, sin embargo, que puedan existir entidades privadas colaboradoras acreditadas y, por tanto, costeando un contrato de seguro ya en vigor, pero no autorizadas, al menos todavía, para la realización de su actividad.



El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

97

causado con su actuación. El hecho de que su responsabilidad sea directa es, precisamente, lo que explica que la normativa sectorial imponga a estas entidades privadas la constitución de una garantía suficiente (habitualmente: la suscripción de una póliza de seguro).

No se trata, por lo tanto, de una responsabilidad subsidiaria a la propia de otro sujeto, en concreto, a la responsabilidad de la administración con la que colaboran.

Es interesante destacar, no obstante, la regulación peculiar que establece, en este punto, la normativa sectorial en materia de inspección de buques y embarcaciones de recreo. El art. 7.f) del Real Decreto 90/2003, de 24 de enero, impone a las organizaciones autorizadas de inspección y control de buques la obligación de tener suscrita una póliza de seguro de responsabilidad civil que cubra la responsabilidad en que pueda incurrir la entidad por su actuación «en los términos previstos en el artículo 8».

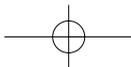
Pues bien, el art. 8 del Decreto 90/2003, bajo la rúbrica de «Responsabilidad de las organizaciones autorizadas», establece que, en determinados casos, la administración marítima, que ha debido indemnizar a los perjudicados, tendrá derecho a recibir, a su vez, una indemnización de la entidad colaboradora. Tendrá este derecho cuando, por sentencia judicial o laudo arbitral, se haya declarado que la administración marítima es responsable de un accidente, causándose daños materiales, daños físicos o fallecimiento que deberá esa administración indemnizar a los perjudicados, y resulte probado que esos daños se han originado por una acción u omisión, dolosa o negligente, de la organización autorizada (entidad colaboradora). Por lo tanto, en estos casos, la normativa presupone que quien indemnizará al perjudicado es la administración y, solamente después, podrá ella dirigirse contra la entidad colaboradora. La normativa parece establecer, pues, una suerte de acción de regreso o de repetición de la administración frente a la entidad colaboradora.

b) Régimen de responsabilidad: administrativa o civil; objetiva o por culpa

Se plantea la duda acerca de cuál es el régimen de responsabilidad al que están sometidas las entidades privadas colaboradoras: el régimen de responsabilidad civil (establecido en el Código Civil) o bien el régimen de responsabilidad administrativa (establecido por la Ley 30/1992).

La principal repercusión de este problema es averiguar si las entidades privadas colaboradoras están sometidas a un sistema de responsabilidad por culpa (regla general del régimen de responsabilidad civil) o bien a un sistema de responsabilidad objetiva (propio del régimen de responsabilidad administrativa). Esto es, si para poder imputar responsabilidad a estas entidades es necesario que haya por su parte dolo o negligencia o bien, por el contrario, es suficiente con la prueba del daño y de la relación de causalidad entre ese daño y su actuación.

La doctrina discrepa sobre esta cuestión. De manera esquemática, pasamos a exponer los argumentos que pueden esgrimirse en fundamento de ambas tesis.



Veamos, en primer lugar, los argumentos a favor del sometimiento de las entidades privadas colaboradoras al *régimen de responsabilidad civil* (con sistema de responsabilidad por culpa)⁵⁵:

Primer argumento: *la naturaleza jurídico-privada del sujeto*. Las entidades colaboradoras son entidades privadas y no públicas. En consecuencia, no tienen la consideración de administraciones públicas. Por tanto, estarán sometidas al régimen de responsabilidad propio de los sujetos privados y no al peculiar de las administraciones.

Segundo argumento: *las reiteradas alusiones de la normativa sectorial a la responsabilidad «civil» de las entidades privadas colaboradoras*. En el momento de imponerles la obligación de constituir una garantía suficiente, mediante la suscripción de una póliza de seguro, en no pocas ocasiones el normador sectorial aclara que se busca la finalidad de cubrir la posible «responsabilidad civil» que pueda derivarse de su actuación [así, arts. 2.b) Real Decreto 735/1979, art. 8.1.d) Real Decreto 1407/1987, 8.3 Ley catalana 13/1987, 5.c) Orden de 23 de marzo de 2006 y 7.f) Real Decreto 90/2003]⁵⁶.

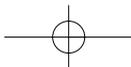
Tercer argumento: *el carácter excepcional del sistema de responsabilidad objetiva*. Es cierto que la responsabilidad objetiva no es exclusiva de las administraciones públicas. Existen también ámbitos en los que el Derecho privado somete a este sistema de responsabilidad determinados sujetos privados. Ahora bien, en la medida en que supone una excepción a la regla general (responsabilidad por culpa), esos casos deben venir establecidos expresamente por la ley, sin que se admita el recurso a la analogía ni a la interpretación extensiva. No es éste el caso de las entidades privadas colaboradoras.

En segundo lugar, son argumentos a favor del sometimiento de las entidades privadas colaboradoras al *régimen de responsabilidad administrativa* (con sistema de responsabilidad objetiva) los siguientes:

Primer argumento: *el carácter jurídico-público de las funciones ejercidas por las entidades privadas colaboradoras*. Es cierto que estas entidades son sujetos privados, pero también lo es que están ejerciendo funciones públicas. Pues bien, al tratarse de funciones de carácter jurídico-público, debe entenderse transferido al sujeto privado el régi-

⁵⁵ Tesis sostenida, entre otros, por J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, ob. cit., p. 671. En este mismo sentido, C. PADRÓS REIG afirma que una de las finalidades perseguidas con la creación del sistema de entidades privadas colaboradoras es, precisamente, que el régimen de responsabilidad puede regirse por las normas civiles en vez de por las administrativas (y contencioso-administrativas) propias de la Administración; en C. PADRÓS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, 2001, p. 34. Aunque con una actitud crítica, M. CUETO PÉREZ, enfrentada a la cuestión de si el régimen de responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras ha de ser público o privado, a su juicio, la normativa lo configura hasta el momento como privado; en M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Civitas, 2008, p. 187.

⁵⁶ Quede constancia, no obstante, que la adjetivación de la responsabilidad como «civil» no se realiza en toda la normativa sectorial. En algunos casos, en efecto, la norma se limita a exigir la póliza de seguro que garantice la cobertura de su responsabilidad, sin más. Por otro lado, el examen de la realidad demuestra que es una práctica frecuente de las Administraciones, especialmente en el mundo local, concertar seguros de responsabilidad civil para asegurar inequívocas responsabilidades administrativas.



men de responsabilidad que es propio de los sujetos públicos, esto es, de las administraciones⁵⁷.

Segundo argumento: *la posibilidad de que estas funciones puedan también ser ejercidas por la administración; incongruencia de diferenciar los regímenes de responsabilidad*. Como es sabido, solamente se traspasa a la entidad privada colaboradora el ejercicio de la función pública, reteniendo la administración su titularidad. Además, esa misma administración puede, en cualquier momento, ejercer directamente la función (o bien repartiéndose el ámbito material con la entidad colaboradora o bien con la finalidad de supervisar el ejercicio que esta última está realizando de ella). No hay duda acerca de que, en los casos de ejercicio de la función pública por la administración, estará sometida al régimen de responsabilidad administrativa. Ahora bien, si en ambos casos, actuación directa de la administración y actuación de la entidad privada colaboradora, la función ejercida es la misma y son los mismos sus efectos jurídicos, no tiene sentido defender una distinción en el régimen de responsabilidad aplicable⁵⁸.

Tercer argumento: *unificación de las garantías de los ciudadanos*. No cabe duda que un sistema de responsabilidad objetiva ofrece mayores garantías al perjudicado que uno de responsabilidad por culpa. En estrecha conexión con el argumento anterior, puede sostenerse que carece de sentido establecer una distinción, desde el punto de vista de las garantías ofrecidas, en función de que el ejercicio de la función pública se realice directamente por la administración o bien que se haya decidido su traspaso a una entidad privada colaboradora.

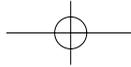
1.4. Extensión de la responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras

En relación con la extensión de la responsabilidad que asumen las entidades privadas colaboradoras, algunos autores se han preocupado de advertir que se les puede imputar no solamente los daños derivados de su actuación material, sino también los que provengan de los actos jurídicos a que dé lugar su actuación. Dicho de otra manera, su responsabilidad abarca tanto los daños por la actuación material que realicen en ejercicio de las funciones traspasadas, como aquellos otros causados por la actividad jurídica resultante de dicho ejercicio⁵⁹.

⁵⁷ Sostienen este argumento, entre otros, D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, ob. cit., p. 326, J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, ob. cit., p. 204, y M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, ob. cit., p. 187.

⁵⁸ Sostiene este argumento D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, ob. cit., p. 327.

⁵⁹ Así lo advierten D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, ob. cit., p. 326, y M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, ob. cit., p. 186. No obstante, no parece fácil establecer la frontera entre estos dos tipos de daños. Lo habitual, en efecto, será que la actuación material sea determinante de la posterior actuación jurídica que provoca el daño. Pero pueden imagi-



2. Responsabilidad de la administración

2.1. *Responsabilidad de la administración en el supuesto de ejercicio directo de la función*

Contemplamos aquí el supuesto de ejercicio por la administración titular de la función cuyo ejercicio ha sido trasladado a la entidad privada colaboradora. Como ha quedado dicho, este supuesto de ejercicio simultáneo por ambas entidades puede tener su origen en un reparto entre ellas de los ámbitos materiales o bien en el ejercicio por la administración de su función de supervisión o control de la entidad privada colaboradora.

Sea cual fuere la razón del ejercicio directo por la administración de la función, queda claro su sometimiento al régimen tradicional de responsabilidad administrativa: se trata de una función pública ejercida por una administración pública⁶⁰.

2.2. *Responsabilidad de la administración en el supuesto de ejercicio de la función por la entidad privada colaboradora*

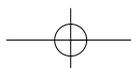
Cuestión distinta es si el ejercicio que de la función haga la entidad privada colaboradora puede dar lugar al nacimiento de responsabilidad administrativa, o sea, de la administración con la que aquella entidad colabora y que conserva la titularidad de la función.

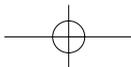
Debe advertirse de inmediato, para evitar cualquier confusión al respecto, que la afirmación de esta hipotética responsabilidad de la administración vendría a sumarse a la responsabilidad directa de la propia entidad colaboradora, en los términos ya examinados.

En nuestra opinión, este interrogante se resuelve con una respuesta positiva: la administración no queda exonerada de responder en estos supuestos o, al menos, no en todo caso. Afinar más esta respuesta exige analizar previamente tres cuestiones: los títulos que permiten imputar la responsabilidad a la administración, el tipo de responsabilidad en que incurre y, sobre todo, la articulación entre esta responsabilidad administrativa y la responsabilidad de la entidad privada colaboradora.

narse supuestos en que esta conexión no se produzca. Así, por ejemplo, el daño derivará exclusivamente de una actuación material de la entidad colaboradora si lo producido es la destrucción o avería de una máquina con motivo de una inspección, hecho que no prejuzga en nada la posterior actuación jurídica. Sí que existirá esa conexión, en cambio, en el ejemplo de que, como resultado de una mala inspección, se acuerde el cierre del establecimiento o la denegación de una licencia.

⁶⁰ En este sentido, M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, ob. cit., p. 186.





El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...

101

2.2.1. Títulos de imputación de responsabilidad a la administración

La imputación de responsabilidad a la administración por los daños causados como consecuencia de la actuación de la entidad privada colaboradora puede fundamentarse en diferentes títulos jurídicos⁶¹:

- a) La titularidad pública de la función cuyo ejercicio se traspa a la entidad privada colaboradora

Los casos que estamos examinando se caracterizan por la escisión que se produce entre el ejercicio y la titularidad de la función pública: el ejercicio se traspa a la entidad privada, pero la titularidad es retenida por la administración con la que colabora. Por lo tanto, nos encontramos ante un sujeto (privado) que tiene el ejercicio, pero no la titularidad, y ante otro sujeto (público) que tiene la titularidad, pero habitualmente no el ejercicio. Decimos «habitualmente» porque, como ha quedado indicado, cabe que la administración titular decida ejercitar también la función.

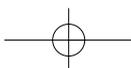
Pues bien, parece claro que el dato de la titularidad pública de la función no debe ser irrelevante a efectos de imputar responsabilidad: en tanto que la administración sigue conservando la titularidad de la función, no puede exonerarse, al menos no por completo, de la responsabilidad que nazca como consecuencia del ejercicio (por otro) de lo que es una función de su propiedad. Lo que no implica, obviamente, que quien deba responder sea siempre y directamente la administración, con exclusión de la entidad privada que ejercita la función y materialmente causa el daño. De la articulación entre ambas responsabilidades, y las tesis posibles, nos ocupamos más adelante.

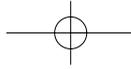
Conviene recordar, por último, que no son extraños a nuestro ordenamiento supuestos en los que la administración puede llegar a responder por la actuación que realizan sujetos privados. Tal es el caso del régimen de responsabilidad de los contratistas y de los concesionarios de servicios públicos. Este último caso es ejemplificador de la idea que desarrollamos en este apartado: el concesionario se limita a prestar materialmente un servicio cuya titularidad sigue en manos de la administración. Es por ello que la administración, titular del servicio, no puede desentenderse por completo de los daños que esa prestación cause. No obstante, como también tendremos ocasión de abordar posteriormente, a nuestro juicio, no es posible trasladar a las entidades privadas colaboradoras el régimen de responsabilidad normativamente previsto para contratistas y concesionarios de servicios públicos.

- b) Las potestades administrativas de supervisión y fiscalización

El traspa del ejercicio de la función a la entidad privada colaboradora no supone que la administración pueda despreocuparse del modo en que dicha entidad

⁶¹ En general, sobre estos títulos de imputación, puede verse D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, ob. cit., pp. 327-330.





la ejercita. Es por ello que, en todos los sectores en los que se prevé esta fórmula de colaboración, la normativa atribuye a la administración las potestades de supervisión y fiscalización de la actuación de la entidad privada. En otras palabras, como cláusula de salvaguarda, la normativa sectorial articula siempre un sistema de control administrativo del ejercicio privado de la función pública. No es ajeno a ello, qué duda cabe, el dato de la titularidad pública de la función traspasada, al que ya nos hemos referido.

La titularidad de estas potestades administrativas de supervisión y fiscalización puede servir de base suficiente para afirmar la existencia de una responsabilidad administrativa *in vigilando e in ommitendo*. Responsabilidad que se hará efectiva, por lo menos de manera principal, en los casos de inactividad o actividad incorrecta de la administración: cuando no haya ejercitado, o bien no lo haya hecho de modo adecuado, sus potestades de control sobre la entidad privada colaboradora⁶².

c) La obligación de información de la entidad privada colaboradora

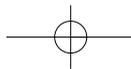
Otra manifestación de que la administración no puede desentenderse del modo en que tenga lugar el ejercicio privado de una función que sigue siendo de su titularidad, es la generalizada imposición, en todas las normativas sectoriales, a las entidades privadas colaboradoras de una obligación de suministrar una información constante sobre su actividad. Este deber de informar es un claro reflejo de que no existe una desvinculación entre la administración titular y el ejercicio que se haga de su función.

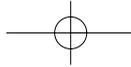
El suministro de esta información puede conectarse fácilmente con la mencionada posible responsabilidad administrativa *in ommitendo*. Será difícil eximir de responsabilidad a la administración en el caso de que no actúe frente a unos hechos que le son conocidos (a través del deber de informar de la entidad privada colaboradora) y que precisarían de una actuación administrativa concreta.

2.2.2. Tipo de responsabilidad de la administración

La administración está sometida, también aquí, a su característico régimen de responsabilidad administrativa. De él destaca el sometimiento de este sujeto a un sistema de responsabilidad objetiva.

⁶² Suscribe esta tesis M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, ob. cit., pp. 186 y 187. No obstante, esta autora parece añadir otro criterio de imputación: la posibilidad de una responsabilidad *in eligendo*, ya que es la Administración la que contribuye de un modo determinante a la selección de las entidades privadas colaboradoras (acreditación pública, fijación de criterios para la acreditación privada, necesidad de obtener además una autorización administrativa, etc.).



**El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras...**

103

2.2.3. Articulación de la responsabilidad de la administración con la responsabilidad de la entidad privada colaboradora

Recapitulando, la situación con la que nos encontramos es la siguiente: la causación de daños y perjuicios por el ejercicio de la función pública traspasada puede originar tanto responsabilidad de la entidad privada colaboradora como de la administración con la que colabora. La concurrencia de ambas responsabilidades nos obliga a plantear el problema de su modo de articulación.

Las principales tesis posibles son las siguientes:

a) Responsabilidad solidaria de la administración

Según esta tesis, la administración y la entidad privada colaboradora responden solidariamente de los daños causados. El perjudicado, por tanto, podrá dirigirse contra cualquiera de los dos sujetos reclamando la indemnización en su totalidad⁶³.

b) Responsabilidad subsidiaria de la administración

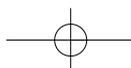
Según esta tesis, la administración solamente responderá ante el perjudicado de manera subsidiaria a la entidad privada colaboradora. En la práctica, esto supone que únicamente lo hará cuando el importe de los daños exceda de la suma asegurada (del seguro que obligatoriamente tiene que contratar la entidad privada colaboradora) y, además, respecto al exceso, sólo en aquella parte que no quede cubierta con el patrimonio de la entidad privada colaboradora⁶⁴.

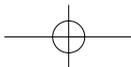
c) Responsabilidad de la administración como excepción a la regla de la responsabilidad de la entidad privada colaboradora

Según esta tesis, la regla es que quien debe responder es el sujeto que materialmente ha causado el daño: la entidad privada colaboradora. Ahora bien, por excepción, no responderá este sujeto, sino la administración, cuando pueda entenderse que el daño se ha producido por causas imputables a la administración. En consecuencia, en estos casos

⁶³ El Dictamen 565/2000, de 26 de octubre, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya, niega de modo expreso que exista un régimen de solidaridad, desde el punto de vista de la responsabilidad, entre la Administración y la entidad privada colaboradora (en este caso: entre la Administración autonómica y una estación concesionaria de la ITV), y mucho menos con la compañía aseguradora de esa entidad.

⁶⁴ Sostienen esta tesis, entre otros, C. PADRÓS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, ob. cit., pp. 36 y 187, y M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, ob. cit., p. 187.





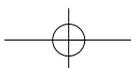
responderá solamente la administración. Pero, a cambio, únicamente responderá en dichos casos.

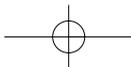
Aunque no se pueda trasladar de forma automática, porque la entidad colaboradora no tiene la condición de contratista de la administración ni de concesionario de un servicio público, de hecho, se trataría de someter a aquel sujeto a un régimen de responsabilidad muy similar al propio de estos últimos [arts. 198 y 256.c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público]⁶⁵.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, 1997.
- CANALS AMETLLER, D.: «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999, pp. 459-479.
- *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, 2003.
- «La colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas relativas a la seguridad industrial», en *La legislación de industria de Aragón* (dir. Gerardo García Álvarez), Cortes de Aragón, 2009, pp. 378-379.
- CARRILLO DONAIRE, J. A.: *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, 2000.
- CUETO PÉREZ, M.: *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Civitas, 2008.
- ESTEVE PARDO, J.: *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, 1999.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «La Administración pública y las reglas de la «externalización», en *Justicia Administrativa*, núm. 33, 2006, pp. 5-27.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho ambiental», en *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 24, 2000, pp. 9 y ss.
- *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, 2002.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, 2000.
- PADRÓS REIG, C.: *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, 2001.
- TORNOS MAS, J., y PERDIGO SOLÀ, J.: «El régimen jurídico de la intervención, control e inspección en materia de seguridad industrial de instalaciones, medio ambiente e inspección técnica de vehículos», informe realizado para el Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Barcelona, y publicado por el propio Colegio en 2004.

⁶⁵ Son muchos los autores que sostienen que el régimen de responsabilidad de las entidades privadas colaboradoras no es el de los contratistas de la Administración y de los concesionarios de servicios públicos. Entre ellos, destacan M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, 1997, p. 172 y ss.; J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, ob. cit., p. 671, y D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, concesionaria de la ITV por los desperfectos ocasionados a un vehículo durante la inspección.





La policía local y la política de la Comunidad de Madrid en materia de seguridad pública

Miguel CASINO RUBIO

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid.
Letrado del Tribunal Constitucional*

RESUMEN

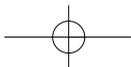
El aumento de la delincuencia del que hablan las estadísticas y la creciente reclamación ciudadana de una mayor eficacia policial y judicial ha colocado el asunto de la seguridad pública en un primer plano de agenda política. Esta preocupación por el mantenimiento de la seguridad ciudadana se ha traducido materialmente en significadas medidas legislativas, algunas de ellas técnicamente muy discutibles. Pero ha tenido consecuencias también para la vertiente organizativa o institucional de la seguridad pública, según lo testimonian, en la Comunidad de Madrid, la puesta en marcha en 2004 del Proyecto de Seguridad (BESCAM) y, más recientemente, la aprobación del Anteproyecto de una nueva Ley de Policía Local. El presente texto examina estas dos iniciativas autonómicas y desvela, sirviéndose de la doctrina constitucional, algunas de sus principales debilidades.

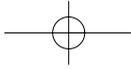
Palabras clave: seguridad; política de seguridad pública; policía local

ABSTRACT

The increase in crime according to statistics, and the growing citizen claim to major political and judicial effectiveness, has placed the issue of public safety in the eye of political schedules. This concern for the maintenance of public safety has been physically translated into important legislative measures, although some of them very questionable. But it had also brought consequences for the organizational and constitutional public safety aspects, as testified in the Community of Madrid with the implementation in 2004 of the Security Project (BESCAM) and, more recently, the adoption of the new local Policy Draft. The current paper examines these two regional initiatives and reveals, by means of constitutional doctrine, some of their main weaknesses.

Key words: security; public safety policy; local police boards





SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PROYECTO DE SEGURIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID (BESCAM).—1. Presentación.—2. Observaciones críticas. 2.1. *La desmedida inclinación por la delincuencia y el descuido de la policía administrativa de seguridad.*—2.2. *El discutible condicionamiento de las subvenciones.*—III. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE POLICÍAS LOCALES.—1. La notable ambición del Anteproyecto.—2. La «seguridad pública» en la doctrina del Tribunal Constitucional.—3. Un apunte sobre la doctrina constitucional en materia de coordinación de Policías locales.—IV. VALORACIONES FINALES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La actual «sociedad del riesgo» o «sociedad de riesgos», conforme a la célebre definición que avanzara U. BECK¹, ha concluido paradójicamente en un menor grado de aceptación social de los riesgos permitidos, una vez advertidas, como certeramente ha explicado SILVA SÁNCHEZ², la elevada sensibilidad al riesgo que caracteriza a las modernas sociedades de la era postindustrial y la [sobre]valoración de la seguridad *lato sensu* como un valor realmente preeminente de nuestro tiempo.

Si esta sencilla observación vale con carácter general para calibrar la importancia de los riesgos y peligros de todo tipo que amenazan la seguridad de los ciudadanos, la misma ha de mantenerse igualmente, incluso con mayor razón, si de modo particular se consideran los riesgos que comprometen el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadanos, amenazando a personas y bienes, que es, según el Tribunal Constitucional conviene en definirlo, lo que significa, como oportunamente podrá verse, el concepto constitucional de «seguridad pública» que utiliza el art. 149.1.29 CE³.

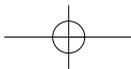
Visto desde esta óptica, no hay ninguna duda que la seguridad pública o ciudadana, como también se acostumbra a definir, representa hoy una de las principales preocupaciones ciudadanas⁴. Una preocupación, además, que los atentados del 11 de septiembre de 2001 de New York y Washington, o las más recientes de 11 de marzo de 2004 de Madrid y 7 de julio de 2005 de Londres, junto con el aumento de la criminalidad del que

¹ *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986. Existe una traducción española, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

² J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1.^a ed., 1999, pp. 24 y ss. Al respecto pueden verse también las interesantes consideraciones de J. ESTEVE PARDO en *Técnica, riesgo y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 28 y ss. Y también el libro colectivo *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Altier, 2003.

³ Ésta es, en efecto, la definición del concepto de «seguridad pública» que avanza por primera vez el Tribunal Constitucional en la Sentencia 33/1982, de 8 de junio, y a la que luego simplemente todas las demás posteriores se remiten de forma invariable.

⁴ De hecho, conforme regularmente certifican los últimos barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), la inseguridad ciudadana es, junto con el terrorismo, el paro (la crisis económica), la inmigración y la vivienda, una de las cinco principales preocupaciones de los ciudadanos españoles. Cfr. <http://www.cis.es>. Con todo, según el balance 2008 del Ministerio del Interior sobre «evolución de la criminalidad», la percepción de la inseguridad ciudadana como principal problema en España se ha reducido sensiblemente en los últimos años, pasando del 22 por 100 de media de los años 2002-2003 al 11 por 100 en el último mes de febrero de 2009. Cfr. <http://www.mir.es/DGRIS/balances>.



dan cuenta las estadísticas policiales⁵, han avivado notablemente, como es notorio. Tanto que bien puede decirse que la angustia y la [in]seguridad ciudadanas se han convertido en uno de los principales temas del nuevo siglo XXI⁶.

Por esta razón no pueden extrañar las cada vez más frecuentes reivindicaciones ciudadanas que reclaman una mayor eficacia policial y judicial y se comprenden mejor también ciertas políticas públicas, gráficamente denominadas de «tolerancia cero», emprendidas, al parecer con notable éxito, en otros países como Francia o EEUU⁷, pero que luce también en algunas de las últimas iniciativas puestas en marcha entre nosotros por el Ejecutivo español, como es el caso significativamente del Plan de Lucha contra la Delincuencia aprobado en septiembre de 2002, ideado, según advirtiera por entonces el propio Presidente del Gobierno, para «barrer de las calles a todos los [pequeños] delincuentes», o el del progresivo endurecimiento y expansión del Código Penal⁸. Unas demandas y unas reacciones acaso comprensibles pero que, en ocasiones, recuerdan bastante a la célebre afirmación de GOETHE, cuando advertía que «temo más al desorden que a la injusticia»⁹.

Los juristas normalmente observamos este tipo de reclamaciones e iniciativas con alguna preocupación, porque percibimos en ellas un riesgo para los derechos y libertades de los ciudadanos¹⁰. No en vano, como cumplidamente ha demostrado L. MARTÍN-RETORTILLO, tampoco está tan lejos ese tiempo en el que nuestro ordena-

⁵ El aumento, aunque ya frenado, de los últimos años de la tasa de criminalidad en España explica que la inseguridad ciudadana se haya convertido, principalmente a partir de 2002, en uno de los principales motivos de preocupación ciudadana, cuando dos años antes ocupaba el décimo lugar. *Cfr.* los balances sobre *La criminalidad en España* que anualmente elabora el Gabinete de Estudios de Seguridad Interior de la Secretaría de Estado del Ministerio del Interior en <http://mir.es/DGRIS/Balances>.

⁶ De hecho, entre los historiadores y filósofos políticos, no es infrecuente hablar gráficamente de «Estado de seguridad» para denominar al nuevo modelo de Estado surgido de las transformaciones de la política neoliberal y subrayar de este modo la redefinición de las funciones del Estado. *Cfr.*, al respecto, J. MARTÍNEZ DE PISÓN, «Las transformaciones del Estado: del Estado protector al Estado de seguridad», en el libro colectivo coordinado por M.^a J. BERNUZ BENEITEZ y A. I. PÉREZ CEPEDA, *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica*, Logroño, Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2006, pp. 55 y ss.

⁷ M. CARMONA RUANO, «El impacto jurídico del 11 de septiembre», en *Jueces para la democracia*, núm. 45, noviembre 2002, pp. 81 y ss. También R. SÁEZ VARCÁRCCEL, «La inseguridad, lema de campaña electoral», *ibidem*, pp. 3 y ss.

⁸ *Cfr.*, por todos, J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, cit. También, J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la inseguridad ciudadana», en *Jueces para la Democracia*, núm. 49, marzo 2004, pp. 25 y ss.

⁹ Citado por L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, «La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos», *RAJ*, núm. 109, p. 360, y J. BERRIATUA SAN SEBASTIÁN, «Aproximación al concepto de seguridad pública», *RVAJ*, núm. 41, 1995, p. 738. Más recientemente, L. P. SALAS, «El sistema de justicia en la lucha contra el terrorismo en los Estados Unidos: seguridad nacional y derechos fundamentales», en *Teoría y Derecho*, Tirant lo Blanch, núm. 1, 2007, pp. 234 y ss.

¹⁰ *Vid.*, por todos, el interesante trabajo de J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en el libro *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Morullo*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 267 y ss.

miento, so pretexto de garantizar el orden público, otorgaba a las autoridades gubernativas facultades poco menos que ilimitadas para reprimir arbitrariamente, bajo la excusa del mantenimiento del orden público, todo tipo de conductas¹¹. Aunque afortunadamente poco o nada queda de todo esto en nuestro vigente ordenamiento constitucional¹², es lo cierto que no faltan tampoco las incitaciones a que el fiel de la balanza oscile más allá de donde debiera, con consecuente invitación al sacrificio del Derecho en favor de la eficacia de la acción policial o, en general, del mantenimiento de la seguridad y el orden públicos.

Al respecto, bastará recordar ahora, por ejemplo, la abierta polémica que suscitó en su día la célebre «patada en la puerta» que contemplaba la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, y el reproche de constitucionalidad que acabaría formulando el Tribunal Constitucional, precisamente porque «la eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales» (STC 341/1993, de 12 de noviembre; FJ 8)¹³. Como también las reservas que en su día despertó la aprobación de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos¹⁴ o, en fin, y más recientemente, el descontento ciudadano por las limitaciones para viajar a terceros países de los seguidores

¹¹ Sus estimables trabajos son ciertamente aquí de cita obligada. *Vid.*, al respecto, *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1973; *El orden público como límite impreciso y creciente al ejercicio de los derechos*, Madrid, Civitas, 1975; así como sus trabajos «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa»; «El orden público como límite —inesperado— al ejercicio del derecho de petición»; y «Notas para la historia de la noción de orden público» (todos ellos recogidos en su libro *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, IEAL, 1983, y el último publicado también en *REDA*, núm. 36, 1983, pp. 19 y ss.).

¹² Las SSTs de 26 de enero de 1979, de 17 de diciembre de 1980 y de 15 de abril de 1981 ejemplifican muy bien el nuevo criterio judicial restrictivo que preside ya por entonces la aplicación de la noción de orden público de la Ley de 30 de julio de 1959, que, como impecablemente advierte la última de las citadas sentencias, «no cabe interpretar en forma tan amplia que suponga una auténtica habilitación para que la Administración pueda encajar en él cualquier conducta; sin que, lógicamente, puedan alcanzar a que en el mismo resulten incluidas las indebidas elevaciones de tarifas en los aparcamientos de automóviles».

¹³ Sobre esta polémica Ley Orgánica, conocida con el sobrenombre de Ley Corcuera, y la citada STC 341/1993, de 18 de noviembre, *vid.*, entre otros muchos, AA.VV., *Seguridad ciudadana: materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, Barcelona, Trotta, 1993; I. AGIRREAZKUEENAGA ZIGORRAGA, «Contexto de la Ley de Seguridad Ciudadana. Análisis jurídico de los controles de identidad: *voluntas legis* e interpretación jurisprudencial del Tribunal constitucional», en Oñati Proceedings 18, *La protección de la seguridad ciudadana*, Oñati, International Institute for the Sociology of Law, 1995, pp. 13 y ss.; también recogido en *RVA*, núm. 38, enero-abril 1994, pp. 13 y ss. F. CASTILLO BLANCO, «Comentarios de urgencia sobre la polémica STC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», *Poder Judicial*, núm. 39, 1994, pp. 307 y ss.

¹⁴ J. BARCELONA LLOP, «A propósito de la Ley 4/1997, de 4 de agosto, llamada de videovigilancia», *Actualidad Administrativa*, 1998, pp. 205 y ss.; X. ARZOZ SANTISTEBAN, «Videovigilancia y derechos fundamentales; análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1997», *REDC*, núm. 64, 2002 pp. 133 y ss.; R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tecnologías de la información, policía y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, y F. J. BAUZA MARTORELL, *Régimen jurídico de la videovigilancia*, Madrid, Marcial Pons, 2004. E. GIMBERNAT, «La vida de nosotros», diario *El Mundo*, 30 de abril de 2008.

La policía local y la política de la Comunidad de Madrid en materia de seguridad...

109

de los equipos de fútbol¹⁵ o con motivo igualmente de las nuevas y rigurosas normas de seguridad para los equipajes de mano en los aeropuertos europeos¹⁶.

Que no se trata, además, de una preocupación injustificada lo certifica también el Informe elaborado por una Comisión de expertos independientes en derechos fundamentales de los Estados miembros, bajo el impulso de la Dirección General de Justicia e Interior de la Comisión Europea en 2003 («Ciudadanía, Carta de derechos fundamentales, Racismo y Xenofobia, Programa Daphne I»), y que advierte de los riesgos que suponen para la integridad de los derechos fundamentales (principalmente, de los derechos a la intimidad y a la vida privada, a la defensa y el derecho a libertad y a la seguridad personales), buena parte de las nuevas medidas legales adoptadas a partir de 2002 por los Estados miembros para hacer frente a la amenaza terrorista¹⁷. Probablemente una de las más llamativas sea la que en Alemania incorporó la Ley de Seguridad Aérea, de 11 de enero de 2005, y que, entre otras medidas, autorizaba a las autoridades federales a derribar un avión con inocentes a bordo cuando, de acuerdo con las circunstancias del caso, pudiera concluirse que la aeronave va a ser utilizada para cometer un atentado terrorista kamikaze, y que sería luego censurada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia de 16 de febrero de 2006, aireada entre nosotros por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO y DOMÉNECH PASCUAL¹⁸.

Esta creciente demanda ciudadana de seguridad y, en consecuencia, la progresiva intervención de los poderes públicos en este asunto repercute también de modo inevitable en la vertiente organizativa o institucional de la «seguridad pública», con consecuencias igualmente preocupantes, como más adelante ha de verse. Como botón de muestra por ahora baste con señalar el creciente protagonismo de la mal llamada «seguridad privada» en el mantenimiento de la seguridad y orden públicos¹⁹ o, desde otra perspectiva, el paso de la seguridad al primer plano de las agendas políticas y electorales del siglo XXI, una atención que se ha traducido ya en significadas reformas legales impulsadas por las

¹⁵ Resolución A-4-0124/96 del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 1996 (DOCE núm. C 166, de 10 de junio de 1996), sobre el problema del comportamiento vandálico y de la libre circulación de los hinchas de fútbol.

¹⁶ Reglamento CE núm. 1448/2006 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2006.

¹⁷ El texto del citado Informe, en su versión inglesa, puede consultarse en http://www.europa.eu.int/justice_home/cfr_cdf/doc/rapport_2002_eu.pdf.

¹⁸ J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Una cuestión de principios. La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autoriza a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista», *REDC*, núm. 77, mayo-agosto 2006, pp. 257 y ss. También, G. DOMÉNECH PASCUAL, «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea», *RAP*, núm. 170, mayo-agosto 2006, pp. 389 y ss.

¹⁹ M. CASINO RUBIO, «La denominada seguridad privada, ¿es realmente privada?», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 17 (diciembre 2006), pp. 85 y ss.; también en *El Estado autonómico. Actas de las XI jornadas de la asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Serie Cuadernos y Debates, núm. 170, Tribunal Constitucional/CEPC, Madrid, 2006, pp. 208-210. También, y ya antes en idéntico sentido, L. PAREJO ALFONSO, en su *Prólogo* al libro de M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad privada. Régimen jurídico administrativo*, Valladolid, Lex Nova, 2004; y en *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad...*, *op. cit.*

Comunidades Autónomas, que reclaman un mayor protagonismo en este asunto y que sin duda, como también luego podrá comprobarse, han venido a echar todavía más leña al fuego del debate autonómico.

Esta preocupación por la seguridad pública o ciudadana es la que anima desde luego la creación en 2004 de las Brigadas Especiales de Seguridad de la Comunidad Autónoma de Madrid, las célebres BESCAM, fruto de la iniciativa del Gobierno regional y con la participación de la Federación de Municipios de Madrid (FMM). Y la que luce también en la reciente redacción del anteproyecto de Ley de la Policía Local, aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad el pasado 16 de octubre de 2008. Estas dos iniciativas merecen desde luego alguna consideración.

II. EL PROYECTO DE SEGURIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID (BESCAM)

1. Presentación

Las BESCAM son creadas en el año 2004, a iniciativa del gobierno regional en cumplimiento del compromiso electoral de 2003, con el confesado propósito de reforzar la seguridad ciudadana en la Comunidad de Madrid. Con este objetivo el Proyecto Seguridad Regional BESCAM contempla, por un lado, la firma de los oportunos convenios con el Ministerio del Interior que permitan el destino de 3.000 nuevos policías nacionales y guardias civiles a la región. Y por otro, la financiación de 2.500 nuevas plazas de Policía local, distribuidas entre los Municipios que decidan incorporarse al proyecto, mediante la suscripción de los correspondientes convenios de colaboración con la Comunidad.

Esta segunda parte del citado proyecto de Seguridad Regional, que es la que ahora exclusivamente nos interesa, se inició con la aprobación por el Consejo de Gobierno, por Acuerdo de 8 de enero de 2004, del Programa de Actuación para la implantación de las bases operativas de las Brigadas Especiales de Seguridad (BESCAM), vigente para los próximos quince años (2004-2018), prorrogable por idéntico plazo.

El citado Programa, que parte de subrayar la novedad de la fórmula de gestión ideada y que toma pie en los principios constitucionales de colaboración, cooperación y coordinación entre Administraciones Públicas, precisa muy bien que su objetivo es el de contribuir al mantenimiento de la seguridad ciudadana en la región mediante la financiación de los correspondientes medios personales y materiales de los Cuerpos de las Policías Locales de los distintos Municipios de la Comunidad, que soliciten incorporarse al Proyecto.

La selección de los Municipios y la determinación del número de nuevas plazas de policías locales (y de los concretos medios materiales) siguen los criterios previamente consensuados en el seno de la Comisión extraordinaria de Coordinación para la Seguridad de la Comunidad de Madrid. Partiendo del análisis de las plantillas policiales

La policía local y la política de la Comunidad de Madrid en materia de seguridad...

111

de los Municipios madrileños y su población, la Comisión aplica luego unos pocos criterios correctores, destacadamente la situación geográfica, el incremento estacional de población, el desarrollo industrial o el crecimiento urbanístico previsto, a fin de poder calibrar mejor las necesidades reales de cada Municipio en materia de seguridad.

Una vez seleccionado, el correspondiente ayuntamiento y la Comunidad Autónoma suscriben el oportuno convenio de colaboración que recoge los respectivos compromisos. Todos los convenios firmados hasta la fecha (y sus correspondientes anexos) son idénticos y tienen por objeto común, conforme se precisa en su cláusula primera, «la determinación de las condiciones para el establecimiento y puesta en funcionamiento del Proyecto de Seguridad de la Comunidad de Madrid» en el correspondiente Municipio.

En lo que más nos interesa, las citadas condiciones comienzan por subrayar la voluntad de las partes de que los nuevos policiales locales deben dedicarse exclusivamente a labores de seguridad ciudadana, esto es, a tareas directamente relacionadas con la prevención y erradicación de la delincuencia y, en particular, «a cuantas tiendan a evitar la comisión de actos delictivos, a la vigilancia de espacios públicos y a la colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado» (cláusula segunda). Precisan también que los nuevos agentes de policía local BESCAM, que son seleccionados por el propio ayuntamiento con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad y de conformidad con las reglas generales de acceso a la función pública, deben cumplir en todo caso los siguientes requisitos: *a)* no superar los cuarenta y cinco años de edad, y *b)* acreditar idoneidad física y psíquica para el desempeño de las funciones que están llamados a cumplir, y están bajo el mando del respectivo alcalde (cláusulas tercera y cuarta). Aclaran asimismo que el estatuto personal de los policías BESCAM es el mismo que el del resto de miembros del Cuerpo de Policía Local, con los que comparten dotaciones y uniforme, si bien, para identificar su participación en el Proyecto, la uniformidad que visten, así como los medios móviles que utilicen y las dependencias policiales en donde se ubiquen, deben incluir un distintivo con la leyenda «Unidad de Seguridad Ciudadana» o «Brigada de Seguridad Ciudadana» (cláusulas sexta y novena). Recogen el compromiso de la Comunidad de Madrid de financiar las retribuciones fijas, excluida la antigüedad, de los efectivos integrantes del Proyecto, así como el importe, hasta una cuantía máxima, de los medios materiales y medios técnicos (vehículos, combustible, equipos informáticos y de transmisiones y comunicaciones, y dotaciones unipersonales) precisos para el ejercicio de sus funciones (cláusulas quinta, séptima, octava y décima). Y contemplan, en fin, la creación de una comisión, formada por cinco representantes de cada una de las partes y un representante de la Federación de Municipios de Madrid, encargada del seguimiento y cumplimiento del convenio (cláusula undécima).

A día de hoy, la ejecución del Programa, descompuesto en cinco fases²⁰, ha recibido su último impulso con la reciente firma el pasado mes de marzo de 2009 del convenio

²⁰ El Proyecto de Seguridad Ciudadana de la Comunidad de Madrid arranca en 2004 con una fase piloto y la creación de la primera base operativa de las BESACM en el Municipio de Móstoles, integrada por 60 nuevos agentes. En 2005 se pone en marcha la primera fase con 570 nuevos agentes distribuidos en 16 Municipios.

marco entre la Comunidad de Madrid y la Federación de Municipios de Madrid para la puesta en marcha de la quinta y última fase del Proyecto, aprobada por el Consejo de Gobierno en mayo de 2008 y que contempla la creación de 420 nuevas plazas de Policías locales, repartidas en 61 Municipios madrileños de menos de 10.000 habitantes, y una inversión de casi 158 millones de euros para el periodo 2008-2018. De este modo, el Proyecto de Seguridad de la Comunidad de Madrid (BESCAM) ha permitido la creación y financiación de 2.500 nuevas plazas de Policías locales distribuidas en 111 Municipios madrileños, lo que significa aumentar en un tercio el número de policías locales o, lo que es lo mismo, incorporar un nuevo policía local por cada mil ciudadanos madrileños.

Lo que no ha impedido sin embargo que la delincuencia haya crecido de un modo considerable en los últimos años. Aunque las estadísticas certifican que las tasas de criminalidad en la Comunidad de Madrid se han estabilizado e incluso reducido en algunos casos, no faltan datos tampoco que apuntan justo la tendencia contraria. El repunte de la delincuencia es particularmente visible en el ámbito de los pequeños y medianos Municipios de la Comunidad (los que tienen menos de 50.000 habitantes). Aunque las estadísticas no siempre coinciden, según un informe elaborado por el propio Ministerio del Interior²¹, frente a las algo más de 25.000 infracciones penales detectadas durante el año 2006 en esos Municipios, esas mismas infracciones se dispararon en el año 2007 a más de 41.000, de modo que durante este último año la delincuencia en los pequeños y medianos Municipios (164 de los 179 Municipios de la Comunidad) creció cerca de un 63 por 100 respecto al año anterior. Una cifra realmente muy significada y que, de hecho, coloca a la Comunidad de Madrid a la cabeza del ranking del incremento de la delincuencia durante el citado periodo, muy por encima de la media nacional. También, por otra parte, según la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid²², si durante los últimos años se había producido una reducción del número de muertes violentas, que nunca habían superado la cifra de 60, en 2008 se invirtió esa tendencia y los asesinatos aumentaron un 19 por 100. En total 70 personas murieron a tiros, apuñaladas o estranguladas, lo que significa que durante este último año en la Comunidad de Madrid se produjo un asesinato cada cinco días.

Con estas cifras se comprende mejor el Proyecto autonómico de Seguridad (BESCAM) y se explica mejor también la preocupación que demuestra por luchar contra la inseguridad ciudadana y evitar la comisión de actos delictivos, y que ha recibido

También en el año 2005 se inicia la segunda fase, que comprende la creación de 370 nuevas plazas de Policías locales, repartidos en otros 15 nuevos Municipios. A finales de ese mismo año 2005 comienza la tercera fase, a la que se incorporan dos nuevos Municipios y que contempla la creación de otros 440 nuevos policías destinados a reforzar las 34 bases operativas por entonces ya existentes. En noviembre de 2006 se pone en marcha la cuarta fase, con 640 nuevos agentes y la incorporación al Proyecto de 16 Municipios. Mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 8 de mayo de 2008, se pone en marcha la quinta y última fase, con 420 agentes y 61 nuevos Municipios.

²¹ Cfr. *ABC* de 10 de enero de 2008.

²² Cfr., entre otros, *EL País* de 28 de enero de 2009.

además una notable valoración por parte de los ciudadanos madrileños²³. De todas formas, la iniciativa que se comenta presenta también algunas debilidades técnicas.

2. Observaciones críticas

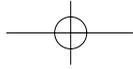
2.1. *La desmedida inclinación por la delincuencia y el descuido de la policía administrativa de seguridad*

Para empezar, es bien visible que el Proyecto BESCAM se fija prioritariamente en la lucha contra la delincuencia, con paralelo y consecuente descuido del resto de actuaciones policiales que tienen por objeto garantizar la seguridad y orden públicos. Esta preocupación exclusiva, casi obsesiva, por el problema de la lucha contra la criminalidad está subrayada en el clausulado de los convenios de colaboración que antes se han recordado y despunta también en todas las declaraciones de los responsables políticos autonómicos que una y otra vez han precisado de consuno, en expresión poco menos que normalizada, que el objetivo de las Brigadas de Seguridad Ciudadana es garantizar la seguridad ciudadana y proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades que son las misiones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad conforme al art. 104.2 CE, nunca «imponer multas, controlar el tráfico o vigilar el cumplimiento de las ordenanzas municipales»²⁴.

De hecho, ante el incumplimiento al parecer por algunos ayuntamientos madrileños de su compromiso de dedicar los agentes integrantes de las BESCAM a las citadas tareas, la Dirección General de Seguridad dictó, con fecha de 23 de abril de 2007, una Resolución (BOCM núm. 99, de 27 de abril de 2007) que literalmente establece: Primero, «que con el fin de cumplir el objetivo del Programa de Seguridad de la Comunidad de Madrid, acordado voluntariamente por ambas partes en la cláusula segunda de los convenios de colaboración firmados, los alcaldes de los municipios integrados en el Programa de Seguridad de la Comunidad de Madrid (BESCAM), impartirán las órdenes oportunas para que los policías locales adscritos al citado programa, financiados por la Comunidad de Madrid, se dediquen a realizar exclusivamente las tareas propias del área de Seguridad Ciudadana, que son las relativas a las diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos, vigilancia de los espacios públicos y a la colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

²³ Así lo testimonia al menos el Director General de Seguridad de la Comunidad en su comparecencia ante la Comisión de Presidencia e Interior de la Asamblea de Madrid, celebrada el pasado 3 de junio de 2008, citando los resultados de una encuesta encargada a la Universidad Rey Juan Carlos y que daban cuenta de que el 71,8 por 100 de los ciudadanos tiene una opinión favorable o muy favorable de las BESCAM, y el 76,2 por 100 de los encuestados consideran que el Proyecto ha mejorado la seguridad ciudadana en la Comunidad. *Cfr. Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 231, de 3 de junio de 2008, p. 6301.

²⁴ De este modo se manifestaba recientemente la Presidenta de la Comunidad de Madrid en el acto de la firma del último convenio marco con la Federación Madrileña de Municipios para la puesta en marcha de la quinta fase del Proyecto BESCAM. *Cfr.*, entre otros, las respectivas ediciones de los diarios *El Mundo* y *EL País*, de 3 de marzo de 2009.



del Estado, no pudiendo, por tanto, ser asignados a otros cometidos como son el cumplimiento de las ordenanzas municipales, así como la regulación, vigilancia y control del tráfico urbano». Y segundo, que «en el supuesto de que por parte de esta Dirección General de Seguridad se observe el incumplimiento de esta obligación general por parte de alguno de los ayuntamientos adscritos al Programa de Seguridad de la Comunidad de Madrid, se valorará el alcance de dicho incumplimiento por si procediese la denuncia del convenio, con los efectos que ello conlleva».

No dudo que la delincuencia es un componente, si se quiere incluso principalísimo, de la [in]seguridad pública. Comparto también la idea, muchas veces anotada por la doctrina, de que el grueso de las funciones que la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCS) atribuye a las Policías locales poco o nada tienen que ver en rigor con el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos²⁵. Y suscribo también la reivindicación, que viene de lejos, de reformar el ordenamiento vigente para incrementar el protagonismo de las Policías locales en materia de seguridad ciudadana, ajustándolo mejor a su verdadero peso en la realidad²⁶.

²⁵ M. CASINO RUBIO, «Las funciones de las Policías locales en materia de seguridad y orden públicos en la Comunidad de Madrid», en J. BARCELONA LLOP (coord.), *Régimen de la Policía Local en el Derecho estatal y autonómico*, Barcelona, Bosch, 2003, en especial pp. 353 y ss. Quizás la demostración más evidente de la desviación apuntada en el texto la proporciona el hecho de que la función relativa a «ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano» [art. 53.1.b) LOFCS], sin duda una de las funciones más tradicionales y características de la Policía local y a la que, por ejemplo, el ayuntamiento de Madrid dedicaba un tercio de sus agentes, no tiene ya que ser prestada forzosamente por miembros del Cuerpo de Policía local, según autoriza hoy la LOFCS tras la modificación introducida por la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. De hecho, al amparo de esta nueva previsión legal, varios ayuntamientos, entre ellos el de Madrid, han creado su propio Cuerpo de Agentes de Movilidad para el cumplimiento de esa función. *Cf.* el Reglamento del Cuerpo de Agentes de Movilidad del ayuntamiento de Madrid, de 28 de marzo de 2007 (*BOCAM* de 16 de abril de 2007, núm. 89).

²⁶ En España hay en la actualidad algo más de sesenta mil policías locales, lo que representa casi la mitad del número total de efectivos que suman el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil. Un porcentaje que es más alto en el ámbito de la Comunidad de Madrid, donde, además de once mil policías nacionales y cerca de siete mil guardias civiles, prestan servicio cerca de diez mil policías locales, de los cuales siete mil forman parte del Cuerpo de Policía Local de Madrid, por lo común con una formación equiparable a la de los Cuerpos nacionales. Pese a ello y a que en la realidad han prestado con frecuencia labores de seguridad ciudadana más allá de los supuestos autorizados por el ordenamiento, las reformas legales siguen pendientes. Una reivindicación que es vieja, en efecto, pero que hasta la fecha apenas se ha traducido en unas pocas medidas, muchas de ellas simbólicas además. Principalmente porque, conforme ya advirtiera a finales de 1999 en una de sus conclusiones el Informe elaborado por la Subcomisión constituida en el Congreso de los Diputados, que había de servir de base para el establecimiento de un nuevo modelo policial, aunque «es obvio que en los últimos años se ha producido un incremento notable de los cometidos que algunas Corporaciones locales han ejercitado en el campo de la seguridad, yendo incluso más allá de las atribuciones que hoy por hoy les están normativamente conferidas (...) a la diversidad de Cuerpos de Policía Local existentes en España, la variedad del medio sobre el que actúan y las diferentes demandas ciudadanas que éste genera, así como el grado distinto de formación y número de integrantes de estos Cuerpos, aconsejan seguir estudiando en el futuro la dimensión que el estamento municipal ha de representar en el conjunto del sistema público de seguridad...» Este Informe puede consultarse en el *BOCG*, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie D, núm. 526, de 29 de diciembre; la cita está tomada de la p. 27. En esta misma línea, puramente prospectiva, se inserta también el art. 1.3 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que añade a la LRBRL una nueva disposición

No obstante, lo que noto en el Proyecto de Seguridad de la Comunidad de Madrid y, de modo particular, en el objetivo de incorporar a las Policías Locales a las tareas de seguridad pública, que es el mismo que luce en las últimas iniciativas por el Ministerio de Interior con el aval de la FEMP²⁷, es que efectivamente ponen demasiada fe en la lucha contra la delincuencia como fórmula para acabar con la inseguridad ciudadana. Si se prefiere, que hay una fuerte inclinación en favor del Derecho penal en detrimento del Derecho administrativo. Algo así, en fin, como que el mantenimiento de la seguridad pública a que alude el art. 1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante LOFCS), o la regulación que por su parte establece la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante LOPSC) comprendan de modo principal la lucha contra las infracciones penales. Y todo esto, que puede ser irrefutable desde otros puntos de vista, me parece que es técnicamente muy discutible, en efecto.

Principalmente porque, como muy bien ha observado PAREJO ALFONSO²⁸, en todo este asunto de la seguridad pública es preciso distinguir entre la materia y actividad administrativas de la seguridad y el orden públicos y la propiamente penal, esto es, la relativa a la investigación de los delitos a fin de descubrir, detener y poner a disposición judicial a los presuntos culpables. Dos órdenes que, al modo de lo que sucede en ordenamientos tan próximos al nuestro, como el alemán o el italiano, conviene separar efectivamente²⁹.

adicional décima que literalmente establece que «En el marco de lo dispuesto en las Leyes Orgánicas 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, y en las disposiciones legales reguladoras del régimen local, se potenciará la participación de los Cuerpos de Policía Local en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, como policía de proximidad, así como en el ejercicio de las funciones de policía judicial, a cuyos efectos, por el Gobierno de la Nación, se promoverán las actuaciones necesarias para la elaboración de una norma que defina y concrete el ámbito material de dicha participación».

²⁷ Entre otras iniciativas, en esta línea se inserta, por ejemplo, el «Protocolo de colaboración y coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Cuerpos de Policía Local para abordar los problemas de seguridad ciudadana relacionados con la juventud», firmado por el Ministerio del Interior y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) el 27 de febrero de 2007.

²⁸ L. PAREJO ALFONSO, en L. PAREJO, A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, 5.ª ed., Barcelona, Ariel, 1998. Una idea sobre la que el citado autor ha insistido más tarde en «Algunas consideraciones sobre el modelo constitucional de seguridad pública», *Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad pública*, núm. XXII, 2000, pp. 13 y ss., y más ampliamente junto con R. DROMI, en *Seguridad Pública y Derecho Administrativo*, Madrid, Ciudad Argentina/Marcial Pons, 2002, pp. 43 y ss. Y en el mismo sentido, recientemente, en *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad...*, cit., pp. 49 y ss. Esta necesaria distinción la apunta también I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Nuevas tecnologías, videovigilancia, derecho a la protección de datos y ficheros policiales», en el volumen colectivo *Seguridad pública y privada: el nuevo modelo de protección de la ciudadanía*, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 17, diciembre 2006, p. 178.

²⁹ Conforme testimonia L. PAREJO, en *Manual de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 117, en Alemania, en efecto, se diferencia entre *Gefahrenabwehr* (defensa frente a peligros o riesgos) y *Strafverfolgung* (persecución del ilícito penal). Esta última es sólo la actividad administrativa-policial dirigida, bajo la autoridad judicial, a la investigación de hechos delictivos. La primera, en cambio, a la que correspondería nuestra seguridad pública, comprende el resto de actividades policiales posibles que tengan por objeto la prevención y sanción administrativa de las infracciones contra la regulación jurídico-pública de la seguridad y orden públicos. Idéntica regla rige en Italia, que asimismo distingue entre *polizia di sicurezza* y *polizia giudiziaria*. Lógicamente idéntica distinción

Al respecto, importa notar, en efecto, que «la protección de la seguridad ciudadana y la tutela del orden jurídico-penal son dos ámbitos materialmente distintos (aunque con una zona de contacto: la determinada por la prevención de la comisión de delitos), por más que la organización y el servicio administrativos de policía, es decir, la policía en sentido organizativo o institucional, tenga atribuidas competencias no sólo en el primero, sino también en el segundo (en este caso, en calidad de policía judicial)»³⁰. Una distinción, desafortunadamente no siempre tenida en cuenta y que, por su defecto, genera no pocos problemas teóricos y dificultades prácticas como consecuencia justo del dominio de la perspectiva penal como único criterio jurídico de dirección y limitación de la actividad policial.

Señaladamente, esta visión, al poner todo el acento en la lucha contra la delincuencia y el mantenimiento del orden público, con consecuente equiparación de la seguridad ciudadana con la ausencia de comisión de actos delictivos, deja fuera de la policía administrativa de la seguridad pública todo el campo previo, que es ciertamente muy amplio, de la prevención de riesgos de perturbación de la tranquilidad ciudadana que sin embargo no alcanzan el umbral del reproche penal y en ocasiones ni siquiera el del ilícito administrativo. Acaso uno de los ejemplos más elocuentes del apuntado déficit dogmático es el que resulta de los gruesos problemas que siempre han existido a la hora de explicar satisfactoriamente las intervenciones policiales que, sin suponer una detención, inciden en el ámbito del derecho constitucional a la libertad personal (art. 17 CE)³¹. Pero también los destacados problemas teóricos y las dificultades prácticas con los que con frecuencia se enfrentan la Policía administrativa de la seguridad para hacer frente a las conductas simplemente incívicas que alteran la normal convivencia ciudadana, precisamente, entre otras razones, por falta de la adecuada programación y habilitación legal de la Administración y la deficitaria utilización de los principios generales en la reducción de la discrecionalidad administrativa, y que está inducida, entre otros factores, por la comentada inclinación a favor del Derecho penal³².

se impone también en nuestro Derecho, desde el mismo momento en que la Constitución diferencia nítidamente la materia penal o criminal (arts. 120.2 y 149.1 CE), y de seguridad ciudadana o pública (arts. 104 y 149.1.29 CE), estableciendo como consecuencia lógica de todo ello la dependencia funcional de la policía judicial de los Jueces y Tribunales y del Ministerio Fiscal (art. 126 CE). Una explicación sobre la que el propio PAREJO ha insistido recientemente en *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del estado administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 23 y ss. Sobre la policía judicial y sus relaciones con la policía de seguridad, por todos, J. BARCELONA LLOP, *Policía y Constitución*, cit., pp. 315 y ss.

³⁰ L. PAREJO ALFONSO, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, cit., pp. 117-118.

³¹ Sobre esta cuestión, J. GARCÍA MORILLO, *El derecho a la libertad personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995. L. PAREJO ALFONSO, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad...*, op. cit., pp. 28 y ss. También F. VELASCO CABALLERO, «Inmigración y policía administrativa de seguridad», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 17, diciembre 2006, pp. 227 y ss.

³² Una cuestión que ejemplifica muy bien la interesante STS de 9 de julio de 1990 (Ar. 6327), en cuanto habla bien a las claras de los problemas apuntados en el texto, en esa ocasión al hilo de razonar sobre las facultades de un ayuntamiento para salir al paso del uso arbitrario y caprichoso por un vecino del aparato de alarma instalado en su domicilio, con graves molestias para el vecindario. En general, sobre esta cuestión, *vid.*, por todos, L. PAREJO ALFONSO en la obra citada en nota anterior, en particular, pp. 107 y ss.

2.2. *El discutible condicionamiento de las subvenciones*

Como también, en segundo lugar, es discutible que la Comunidad de Madrid pueda condicionar válidamente la financiación que ofrece al compromiso de los ayuntamientos de destinar en exclusiva los nuevos Policías locales a tareas de seguridad ciudadana, y que como hemos visto representa la principal de las condiciones previstas en los convenios de colaboración.

Según reconoce la Resolución de la Dirección General de Seguridad, de 23 de abril de 2007, que antes se ha recordado, la celebración de los convenios entre la Comunidad y los ayuntamientos para la puesta en marcha de las BESCAM en los correspondientes Municipios está amparada en la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid. Esta Ley establece que toda subvención debe cumplir ciertos requisitos y, en particular, que la «entrega [dineraria] esté afectada a un fin, propósito, actividad o proyecto específicos, existiendo obligación por parte del destinatario de cumplir las obligaciones o requisitos que se hubieren establecido» [art. 1. *b*)], so pena, en caso contrario, del deber de reintegrar las cantidades recibidas (art. 11).

Nada en principio impide que la Comunidad de Madrid pueda condicionar las subvenciones que concede a las finalidades u objetivos que en cada caso considere oportunos. Esta posibilidad tiene no obstante muy concretado su ámbito, pues, conforme el Tribunal Constitucional ha subrayado en una consolidada doctrina, que arranca de la temprana STC 39/1982, de 30 de junio, y está resumida en la STC 13/1992, de 6 de febrero, o en las más recientes SSTC 98/2001, de 5 de abril, y 77/2004, de 29 de abril, la persecución del interés general que representa [en nuestro caso la seguridad] «se ha de materializar “a través de”, no “a pesar de” los sistemas de reparto de competencias articulado en la Constitución, excluyéndose así que el ámbito de competencias pueda ser extendido por meras consideraciones finalísticas». En resumidas cuentas, el ejercicio de la potestad financiera «sólo se justifica en los casos en que, por razón de la materia sobre la que opera dicho gasto o subvención, la Constitución o, en su caso, los Estatutos de Autonomía, hayan reservado al Estado la titularidad de tales competencias sobre la materia subvencionada».

Aunque dictada a propósito de las subvenciones incorporadas a los Presupuestos Generales del Estado y, por tanto, pensada para determinar el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, no hay duda de que esa misma doctrina constitucional es perfectamente también aplicable al asunto que consideramos.

Si este punto de partida es correcto, entonces no hay duda también de que el margen de intervención de la Comunidad Autónoma se reduce sensiblemente, puesto que el objetivo de luchar contra la inseguridad ciudadana y evitar la comisión de actos delictivos, por loable que pueda ser, no habilita por sí solo a la Comunidad de Madrid para determinar libremente las condiciones de otorgamiento de las correspondientes subvenciones ni, por lo mismo, para imponer a los ayuntamientos destinatarios la obligación de

destinar los nuevos Policías locales exclusivamente a tareas de seguridad ciudadana. Lo harían ciertamente si la Comunidad de Madrid tuviera competencias en materia de «seguridad pública» (art. 149.1.29 CE), que es la materia competencial en la que se encuadran las ayudas o subvenciones que consideramos. En otro caso, como es lógico, la solución habrá de ser distinta. En suma, la Comunidad Autónoma de Madrid no puede condicionar las subvenciones o determinar su finalidad más allá de donde alcancen sus competencias en materia de seguridad pública, lo que exige partir de lo dispuesto en los arts. 149.1.29 y 148.1.2 CE.

Comoquiera que esta cuestión será abordada más adelante con algo más de detalle, baste por ahora con dejarla simplemente anunciada, aunque adelanto ya mi opinión negativa. En mi criterio, en efecto, es seriamente discutible que la Comunidad de Madrid pueda imponer semejante condición, sin desbordar su círculo de competencias en materia de seguridad pública y lesionar al mismo tiempo la autonomía local que garantiza la Constitución. No ignoro que el objetivo de destinar los policías BESCAM a tareas exclusivamente de seguridad ciudadana es un compromiso libremente asumido por los respectivos con la firma de los correspondientes convenios de colaboración. Aunque algún gramo de verdad hay en esto último³³, difícil resulta no ver que semejante fórmula esconde en realidad un sutil intento por escapar al seguro reproche que habilitaría la utilización del procedimiento ordinario concurrencial que previene la propia Ley autonómica de subvenciones y blindar de paso las facultades de intervención autonómicas.

III. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE POLICÍAS LOCALES

A espaldas de estas debilidades, el Gobierno de la Comunidad de Madrid ha decidido dar una vuelta más de tuerca a su política en materia de seguridad con la reciente aprobación el pasado mes de octubre de 2008 del Anteproyecto de una nueva Ley de Policía Local de la Comunidad de Madrid, que ha de sustituir a la vigente Ley 4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de las Policías Locales.

1. La notable ambición del Anteproyecto

El citado Anteproyecto comienza por definir el objeto y ámbito de aplicación de la Ley que precisa es el «regular las funciones de coordinación de los Cuerpos de Policía Local que corresponden a la Comunidad de Madrid de conformidad con las competencias que les atribuyen la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de

³³ Así despunta de hecho en la propia Resolución de la Dirección General de Seguridad, de 23 de abril de 2007, citada repetidamente y transcrita en el texto, cuando comienza justo por subrayar, como justificación de la seria admisión que contiene, que el comentado objetivo ha sido «acordado *voluntariamente* por ambas partes».

La policía local y la política de la Comunidad de Madrid en materia de seguridad...

119

Seguridad, su Estatuto de Autonomía y la legislación de régimen local, así como determinar las principales políticas e instrumentos de la seguridad pública autonómica, en el marco de la legislación vigente» (art. 1). Para a continuación detallar las concretas actuaciones que comprende la coordinación y que igualmente precisa consisten en la «homogenización de la actuación, organización, formación y dotación de los Cuerpos de Policía Local, con el fin de mejorar su eficacia y profesionalidad, así como los niveles de seguridad pública en la Comunidad de Madrid» (art. 2). Dicho esto, el Anteproyecto establece reglas muy precisas sobre la creación de los Cuerpos de Policía Local, su naturaleza jurídica y ámbito territorial, equipamiento, funciones y principios básicos de actuación. Y se preocupa también con detalle de regular su régimen jurídico (lo que comprende reglas igualmente precisas sobre su organización y estructura, régimen de selección y promoción, sobre su estatuto personal y régimen disciplinario). Además de estas reglas, comunes a este tipo de leyes, el citado Anteproyecto incorpora dos novedades de bulto, que no figuran en la vigente Ley. El régimen jurídico de las Brigadas Especiales de seguridad de la Comunidad de Madrid (BESCAM), a las que dedica el Título II (que incorpora con algunos añadidos nada despreciables el grueso de las cláusulas de los convenios de colaboración que ya conocemos, y cuyo interés notaremos más adelante) y el Título IV dedicados a los Órganos de Coordinación (Comisión Regional de Coordinación de las Policías locales, Academia de Policía Local de la Comunidad de Madrid y el Centro de Cooperación Operativa 112).

A poco que se observe, no hay duda de que esta iniciativa, así como buena parte de las demás aprobadas o anunciadas últimamente por otras Comunidades Autónomas con parecido objeto³⁴, es ciertamente más ambiciosa que la vigente Ley autonómica 4/1992, de Coordinación de las Policías Locales. Esta ambición luce ya en el propio título de la Ley proyectada, que es de «Policías locales» y no, como la vigente Ley, de «Coordinación» de las mismas. Y se confirma a lo largo prácticamente de todo el articulado, que está repleto de novedades, algunas de dudosa constitucionalidad, como luego podrá comprobarse³⁵, y que en todo caso hablan bien a las claras del propósito, nunca disimulado, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de participar más activamente en materia de seguridad pública.

³⁴ La más significada y amplia es sin duda la Ley catalana 4/2003, de 7 de abril, de ordenación del sistema de seguridad pública de Cataluña. Sobre la misma puede verse, por todos, A. GÓMEZ HERRERO, «La Ley catalana del sistema de seguridad pública y el proceso de desarrollo de la policía autonómica», en el número monográfico ya citado de la *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 17, diciembre de 2006, pp. 129 y ss.

³⁵ Destacadamente, además de las dudas ya advertidas en el texto sobre la posibilidad de que la Comunidad Autónoma dicte directrices funcionales a los Policías locales que forman parte de las BESCAM, es lo que sucede, por ejemplo, con la intervención autonómica, vía autorización o de informe previo y preceptivo, para «crear Cuerpos de Policía Local en municipios de población inferior a 5.000 habitantes» (art. 4.2); para permitir, en los supuestos en los que sea necesario atender necesidades municipales de seguridad que no requieran un aumento permanente de plantilla, que «miembros de los Cuerpos de policía Local puedan actuar fuera de sus propios términos municipales» (art. 8.1), o, en fin, para autorizar la celebración de los oportunos «acuerdos de colaboración» entre los Municipios limítrofes que no dispongan separadamente de los recursos necesarios para prestar los servicios de Policía local (art. 8.3).

Ni que decir tiene que esta aspiración de un mayor protagonismo autonómico en este asunto, que puede ser legítima pero que en todo caso está seriamente lastrada por la ausencia de una Policía propia, toma pie en la previa confusión que desde siempre ha teñido la distribución de competencias en materia de seguridad pública. Para ver todo esto con algo más de razón conviene recordar lo principal de la doctrina que el Tribunal Constitucional ha dictado en relación con lo dispuesto en los arts. 149.1.29 y 148.1.22 CE.

2. La «seguridad pública» en la doctrina del Tribunal Constitucional

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existe un buen puñado de Sentencias sobre la «seguridad pública» del art. 149.1.29 CE. Pese a todo esta doctrina bien parece inacabada. En ella, es verdad, pueden encontrarse con facilidad valoraciones decisivas y hasta declaraciones exactas sobre su significado constitucional y sus relaciones con otros títulos competenciales. Sin embargo, cuando se desciende de las declaraciones generales a la construcción técnica del contenido de la materia «seguridad pública» o de los conceptos muy próximos de «orden público» o «seguridad ciudadana», la jurisprudencia constitucional decae, perdiendo nitidez.

Fundamentalmente porque desde la definición que avanzara por primera vez la STC 33/1982, de 8 de junio para advertir que la «seguridad pública», que es una noción más precisa que la de «orden público», está centrada en «la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano», no hay ciertamente muchos más avances en la jurisprudencia constitucional. De hecho, todas las Sentencias posteriores que ha dictado el Tribunal Constitucional manejan idéntico concepto, sin ningún otro añadido de interés. En particular, y una vez comprobado, como también el Tribunal se encargó muy pronto de precisar (STC 59/1985, de 6 de mayo), que «no toda seguridad de personas y bienes ni toda normativa encaminada a conseguirla o a preservar su mantenimiento deba englobarse, sin más, en el concepto material de seguridad pública, pues si así fuera, la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública y, por ende, competencia del Estado», se echa en falta una mayor reflexión sobre cuál es el criterio que en la práctica permite identificar las normas de seguridad pública entre las innumerables normas y medidas administrativas que también están pensadas para garantizar la protección de personas y bienes. Lo que equivale a decir, cuál es en rigor el criterio técnico que identifica a la Policía administrativa de la seguridad. En mi opinión, conforme he razonado en otro lugar, ese criterio es el de la naturaleza del «riesgo» o «peligro» que amenaza la tranquilidad y seguridad ciudadanas y, concretamente, el que deriva de las acciones individuales o colectivas dirigidas directamente («de caso pensado» como dirían los antiguos) a alterar la situación de normalidad mínima en la que se resume la idea de seguridad pública³⁶.

³⁶ M. CASINO RUBIO, «Las funciones de las Policías Locales...», *op. cit.*, pp. 339 y ss., en especial, pp. 348 y ss. En parecido sentido, L. PAREJO ALFONSO, *La seguridad pública y la policía administrativa de seguridad...*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

La policía local y la política de la Comunidad de Madrid en materia de seguridad...

121

De todas formas, una cosa sí está clara en la jurisprudencia constitucional: la seguridad pública comprende de modo predominante «las organizaciones y medios instrumentales, en especial, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad» (STC 59/1985, de 6 de mayo). De ahí a afirmar que las funciones policiales integran siempre el concepto material de seguridad pública resta un paso corto que, aunque anunciado, el Tribunal acabaría dando en efecto. Está dicho con meridiana claridad en la Sentencia 175/1999, de 30 de septiembre: en todos los casos, las funciones policiales deben encuadrarse competencialmente en la materia seguridad pública (FJ 3).

La mayor parte de las veces no dudo que efectivamente será así. La actuación de la Policía es, en verdad, un componente principalísimo de la seguridad pública. No obstante, lo que noto en la jurisprudencia constitucional es que carga en exceso las tintas sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Esto ocurre, al menos, cuando pretende que su simple participación en los servicios de protección civil convierta esta materia en un asunto de seguridad pública. Es más cierto, sin embargo, como también he apuntado en otro lugar, que su participación puede obedecer a otros requerimientos que nada tienen que ver con ésta³⁷.

También una segunda conclusión, que es, a su vez, matización de la afirmación anterior, deriva claramente de la jurisprudencia constitucional recordada. Con ser muy relevantes, los servicios policiales no agotan sin embargo el ámbito material de la seguridad pública. De tal modo, otros aspectos y otras funciones distintas de las que corresponden a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas componen igualmente aquel concepto.

Aplicando este criterio de interpretación, la jurisprudencia constitucional ha concluido sencillamente que cuando las potestades sobre seguridad pública no constituyen ni comprometen directamente a los servicios policiales, la competencia para ejercerlas es siempre del Estado. Esto sucede, por ejemplo, con la potestad gubernativa de suspensión de los miembros de las Corporaciones Locales por motivos graves de orden público, o con las previstas normativamente en relación con las medidas de seguridad obligatorias y necesarias en establecimientos para prevenir la comisión de actos delictivos. Y también con buena parte de las facultades administrativas previstas en el Reglamento estatal de Seguridad Privada.

Para el Tribunal, la razón de su conclusión es en todos los casos muy sencilla de identificar: la posible existencia de policías autonómicas, que es la única excepción que la Constitución establece a la competencia exclusiva del Estado en «seguridad pública», no es aplicable, habida cuenta que el ejercicio de esas potestades no «guarda relación alguna con la actividad policial (STC 117/1984), «sino una relación directa entre la autoridad competente y la entidad afectada» (STC 104/1989), ni, en el último caso, «regulan actuaciones que no constituyen actividad propiamente policial, ni actuaciones administrativas inherentes a lo policial» (STC 154/2005).

³⁷ *Op. cit.*, pp. 357-358.

Aunque pensada fundamentalmente para operar en el régimen de distribución de competencias ex art. 149.1.29 CE, derivan también de esta doctrina consecuencias muy importantes para la delimitación de la materia «seguridad pública». Como certeramente ha notado PAREJO ALFONSO, y dado que en el criterio del Tribunal sólo es posible admitir matizaciones a la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública en el «ámbito de la Policía» (...), [sucede que] no es la materia la que determina la competencia, sino la perspectiva de ésta en la acotación de aquélla³⁸. De ahí la necesidad que advierte el Tribunal de matizar este planteamiento mediante la introducción de los criterios de complementariedad e inherencia que resume la STC 154/2005, de 9 de junio (FJ 5). Y también, conforme certeramente asimismo ha notado el citado autor, el que el Tribunal Constitucional acabe por situar el concepto de «seguridad pública», no en el terreno de la distribución de competencias, «sino [en] el de las que el propio Tribunal denomina políticas públicas», de modo que la «seguridad pública» se diluye en «el resultado o estado real de la protección efectiva [...] de personas y bienes y la tranquilidad o el orden ciudadanos³⁹».

En estas coordenadas no puede extrañar que el asunto de la seguridad pública sea un fin común para todas las Administraciones públicas, y frente al que no pueden permanecer indiferentes, y se comprende mejor también la apuesta autonómica madrileña, gráficamente resumida en la acotación que figura en el art. 1 del Anteproyecto que se comenta cuando precisa que su objeto es, además de regular las funciones de coordinación de las Policías Locales que le reconoce el ordenamiento vigente, «determinar las principales políticas e instrumentos de la seguridad pública autonómica».

3. Un apunte sobre la doctrina constitucional en materia de coordinación de Policías locales

Al amparo de lo dispuesto en el art. 148.1.22 CE (que permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias sobre vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones y en materia de coordinación y demás facultades en relación con las Policías locales en los términos que establezca una Ley orgánica), y las respectivas previsiones Estatutarias, a día de hoy, todas las Comunidades Autónomas han legislado sobre las Policías locales, algunas de ellas incluso por partida doble. Como se sabe, buena parte de esas primeras Leyes autonómicas fueron impugnadas por el Estado ante el Tribunal Constitucional, que ha dictado una abundante doctrina⁴⁰.

³⁸ L. PAREJO ALFONSO, *Seguridad pública y policía administrativa de la seguridad...*, op. cit., p. 78.

³⁹ *Ibidem*, pp. 84-85.

⁴⁰ SSTC 25/1993, de 21 de enero; 49, 50, 51 y 52/1993, de 11 de febrero, y 81, 82, 85 y 86/1993, de 8 de marzo. Esta jurisprudencia ha sido glosada y comentada por numerosos autores. Por todos, puede verse F. GUILLÉN I LA SIERRA, «La competencia autonómica sobre coordinación de las Policías locales a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional», *Autonomías, Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 16, 1993, pp. 177 y ss.

Aunque ciertamente significadas en número, todas estas Sentencias constitucionales tienen no obstante por objeto común las previsiones de las respectivas Leyes autonómicas que, con similar dicción, contemplaron la posibilidad de prestación mancomunada del servicio de Policía local y determinados supuestos de intervención extraterritorial, y que fueron anuladas por el Tribunal Constitucional por considerar que las mismas desbordaban lo dispuesto en la LOFCS.

De todas formas y en lo que ahora exclusivamente más nos interesa, importa notar que esta doctrina constitucional, que en términos generales puede estimarse correcta y que debe entenderse hoy matizada parcialmente como consecuencia de las últimas modificaciones legislativas⁴¹, no aporta en todo caso muchas pistas sobre el interrogante que más arriba habíamos dejado planteado: la posibilidad de que la Comunidad Autónoma de Madrid condicione el otorgamiento de las subvenciones previstas en el Proyecto BESCAM a la aceptación por los ayuntamientos del compromiso de dedicar los nuevos Policías a tareas de seguridad ciudadana.

IV. VALORACIONES FINALES

La doctrina constitucional recordada y las precisiones que han ido saliendo hasta ahora permiten confirmar el diagnóstico acerca de las serias dudas que efectivamente suscitan alguno de los contenidos de las iniciativas autonómicas comentadas y, singularmente, la citada condición. Como también, incluso ahora con mayor razón, arroja serias dudas sobre las previsiones del citado Anteproyecto de Ley de Policía Local cuando, apurando el alcance de semejante condición, establecen que en determinados supuestos «los Cuerpos de Policía local en general y, en especial, las BESCAM reguladas en el Título II, conservando la dependencia orgánica de su respectivo ayuntamiento, actuarán bajo las directrices de la Consejería competente en materia de interior» (art. 15), órgano al que asimismo corresponde «determinar las funciones específicas [que deben] desarrollar las Brigadas Especiales de Seguridad» (art. 24).

⁴¹ Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía democrática de los ayuntamientos y la seguridad de los concejales, que modifica, los arts. 42 y 51 LOFCS, «para permitir en este último caso que los Policías locales que ejerzan funciones de protección de autoridades de las corporaciones locales, podrán actuar fuera del término municipal respectivo, con autorización del Ministerio del Interior o de la correspondiente autoridad de la Comunidad Autónoma que cuente con cuerpo de policía autonómica, cuando desarrollen íntegramente esas actuaciones en el ámbito territorial de dicha Comunidad Autónoma». Por su parte, la Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley para el desarrollo sostenible del medio rural, añade a la LOFCS una nueva disposición adicional quinta que literalmente establece que: «En los supuestos en los que dos o más Municipios limítrofes, pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma, no dispongan separadamente de recursos suficientes para la prestación de los servicios de policía local, podrán asociarse para la ejecución de las funciones asignadas a dichas policías en esta Ley. En todo caso, el acuerdo de colaboración para la prestación de servicios por los Cuerpos de Policía Local dependientes de los respectivos municipios respetará las condiciones que se determinen por el Ministerio del Interior y contará con la autorización de éste o, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente con arreglo a lo que disponga su respectivo Estatuto de Autonomía».

Ya he dicho antes, recordando la doctrina constitucional, que la potestad financiera de la Comunidad Autónoma no es ningún título competencial diferenciado que otorgue competencias ni, por lo mismo, que permita desconocer, desplazar o limitar las competencias materiales que corresponden al Estado y a los ayuntamientos según la Constitución y la LOFCS. Como también que la fórmula convencional utilizada para la puesta en marcha de las BESCAM resulta realmente artificiosa y revela, antes que nada, una paladina confesión de parte por salvar el probable reproche que de seguir el procedimiento ordinario merecía en efecto.

De donde se sigue que, en el estado actual de la doctrina constitucional y ante la ausencia de toda previsión estatutaria sobre la creación de un Cuerpo de Policía propio, las competencias de la Comunidad de Madrid en materia de seguridad pública siguen donde estaban, esto es, en el limitado terreno acotado por el art. 149.1.29 CE y la LOFCS, sin que las previsiones del art. 148.1.22 CE relativas a las funciones de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones y en materia de coordinación y demás facultades en relación con las policías locales autoricen muchos avances, menos aún del calado de los pretendidos.

En el primer caso, porque las funciones sobre vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones o sus autoridades, así como las demás previstas en el art. 38.1 LOFCS, no autorizan a dictar instrucciones sobre los efectivos policiales a los que decida confiar materialmente su ejercicio, sean nacionales, mediante la oportuna solicitud de adscripción con arreglo al art. 47 LOFCS, sean locales, en virtud del oportuno convenio con el respectivo ayuntamiento, según por su parte contempla el art. 13.2 del citado Anteproyecto.

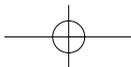
Y en el segundo, porque la facultad de coordinación de las Policías locales, con todos los matices que se quieran, no alberga, al menos liminarmente, base suficiente para que la Comunidad Autónoma pueda dictar directrices a las Policías locales ni menos aún para determinar las funciones que deben cumplir, so pena de vulnerar la autonomía local garantiza constitucionalmente. Así permite aventurarla la doctrina constitucional examinada y así se desprende también con relativa seguridad de la doctrina constitucional en materia de coordinación y que siempre se ha cuidado de advertir que «la facultad de coordinación no otorga a su titular competencias que no ostente», ni supone una «sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma», por lo que no puede tampoco «servir de instrumento para asumir competencias [locales], ni siquiera respecto de una parte del objeto material sobre el que recaen» (por todas, STC 194/2004, de 10 de noviembre; FJ 8).

V. BIBLIOGRAFÍA

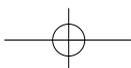
- AA.VV.: *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Altetier, 2003.
AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.: «Contexto de la Ley de Seguridad Ciudadana. Análisis jurídico de los controles de identidad: *voluntas legis* e interpretación jurisprudencial del Tribunal

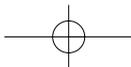
La policía local y la política de la Comunidad de Madrid en materia de seguridad... 125

- constitucional», en Oñati Proceedings 18, *La protección de la seguridad ciudadana*, Oñati, Internacional Institute for the Sociology of Law, 1995, pp. 13 y ss.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X.: «Videovigilancia y derechos fundamentales; análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1997», *REDC*, núm. 64, 2002, pp. 133 y ss.
- BARCELONA LLOP, J.: «A propósito de la Ley 4/1997, de 4 de agosto, llamada de videovigilancia», *Actualidad Administrativa*, 1998, pp. 205 y ss.
- BAUZA MARTORELL, F. J.: *Régimen jurídico de la videovigilancia*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- BERRIATUA SAN SEBASTIÁN, J.: «Aproximación al concepto de seguridad pública», *RVAP*, núm. 41, 1995, p. 738.
- CARMONA RUANO, M.: «El impacto jurídico del 11 de septiembre», en *Jueces para la democracia*, núm. 45, noviembre 2002, pp. 81 y ss.
- CASINO RUBIO, M.: «La denominada seguridad privada, ¿es realmente privada?», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 17 (diciembre 2006), pp. 85 y ss.
- «Las funciones de las Policías locales en materia de seguridad y orden públicos en la Comunidad de Madrid», en J. BARCELONA LLOP (coord.), *Régimen de la Policía Local en el Derecho estatal y autonómico*, Barcelona, Bosch, 2003.
- *El Estado autonómico. Actas de las XI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Serie Cuadernos y Debates, núm. 170, Madrid, Tribunal Constitucional/CEPC, 2006, pp. 208-210.
- CASTILLO BLANCO, F.: «Comentarios de urgencia sobre la polémica STC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», *Poder Judicial*, núm. 39, 1994, pp. 307 y ss.
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.: «La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los trasposos de servicios en materia de espectáculos públicos», *RAP*, núm. 109, p. 360.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en el libro *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Morullo*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 267 y ss.
- «El nuevo modelo penal de la inseguridad ciudadana», en *Jueces para la Democracia*, núm. 49, marzo 2004, pp. 25 y ss.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.: «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea», *RAP*, núm. 170, mayo-agosto 2006, pp. 389 y ss.
- ESTEVE PARDO, J.: *Técnica, riesgo y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1999.
- GARCÍA MORILLO, J.: *El derecho a la libertad personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- GIMBERNAT, E.: «La vida de nosotros», diario *El Mundo*, 30 abril de 2008.
- GÓMEZ HERRERO, A.: «La Ley catalana del sistema de seguridad pública y el proceso de desarrollo de la policía autonómica», en el número monográfico ya citado de la *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 17, diciembre de 2006, pp. 129 y ss.
- GUILLÉN I LA SIERRA, F.: «La competencia autonómica sobre coordinación de las Policías locales a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional», *Autonomies, Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 16, 1993, pp. 177 y ss.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «Las transformaciones del Estado: del Estado protector al Estado de seguridad», en el libro colectivo coordinado por M.^a J. BERNUZ BENEITEZ y A. I. PÉREZ CEPEDA, *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica*, Logroño, Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2006, pp. 55 y ss.



- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Tecnologías de la información, policía y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa»; «El orden público como límite —inesperado— al ejercicio del derecho de petición»; y «Notas para la historia de la noción de orden público», todos ellos recogidos en su libro *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, IEAL, 1983.
- *El orden público como límite impreciso y creciente al ejercicio de los derechos*, Madrid, Civitas, 1975.
- *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1973.
- PAREJO ALFONSO, L.: «Algunas consideraciones sobre el modelo constitucional de seguridad pública», *Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública*, núm. XXII, 2000, pp. 13 y ss.
- en L. PAREJO, A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, 5.ª ed., Barcelona, Ariel, 1998.
- *Prólogo* al libro de M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad privada. Régimen jurídico administrativo*, Valladolid, Lex Nova, 2004.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª: «Una cuestión de principios. La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autoriza a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista», *REDC*, núm. 77, mayo-agosto 2006, pp. 257 y ss.
- SÁEZ VARCÁRCCEL, R.: «la inseguridad, lema de campaña electoral», *ibidem*, pp. 3 y ss.
- SALAS, L. P.: «El sistema de justicia en la lucha contra el terrorismo en los Estados Unidos: seguridad nacional y derechos fundamentales», en *Teoría & Derecho*, Tirant lo Blanch, núm. 1/2007, pp. 234 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1999.
- VELASCO CABALLERO, F.: «Inmigración y policía administrativa de seguridad», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 17, diciembre 2006, pp. 227 y ss.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: «Nuevas tecnologías, videovigilancia, derecho a la protección de datos y ficheros policiales», en el volumen colectivo *Seguridad pública y privada: el nuevo modelo de protección de la ciudadanía*, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 17, diciembre 2006.





La necesaria revisión del sistema tributario municipal

Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN
*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Autónoma de Madrid*

Félix Alberto VEGA BORREGO
*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza una valoración tanto general o global del modelo de financiación local como particular del sistema impositivo local, destacando singularmente aquellos aspectos más conflictivos o precisados de reforma de las distintas figuras que lo componen, proponiéndose, además, soluciones normativas a tales cuestiones conflictivas o desahortadas en su regulación.

Palabras clave: financiación local; impuestos locales

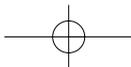
ABSTRACT

In this paper Spanish local finance system is analyzed. The authors put forward the main problems generated by Spanish local taxes and some proposal to solve them.

Key words: local finance; local taxes

SUMARIO: I. FINANCIACIÓN LOCAL Y SISTEMA TRIBUTARIO MUNICIPAL.—II. DEFICIENCIAS Y PROPUESTAS DE MEJORA EN EL SISTEMA IMPOSITIVO LOCAL.—1. El Impuesto sobre Bienes Inmuebles: valor catastral, valor de mercado y el *valor catastral referenciado*.—2. El Impuesto sobre Actividades Económicas: hacia un nuevo tributo que grave el beneficio efectivo de la actividad económica.—3. El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica: los «paraísos fiscales para vehículos».—4. El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras: la necesaria simplificación de la cuantificación del gravamen para reducir la conflictividad.—5. El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de





Naturaleza Urbana: *valor catastral referenciado*, plusvalías inferiores al año y cierre registral.—
III. BIBLIOGRAFÍA.

I. FINANCIACIÓN LOCAL Y SISTEMA TRIBUTARIO MUNICIPAL

Al cumplirse ahora dos décadas desde que la Ley de Haciendas Locales de 1988 diseñara y estableciera un nuevo sistema tributario local, parece el momento oportuno para reflexionar sobre el mismo y, sobre todo, para comprobar su estado de salud y su virtualidad en el modelo de financiación local allí también regulado.

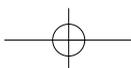
Ciertamente la LHL (Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales) transformó modernizando, tanto el modelo de financiación local o la estructura del sistema de recursos locales («constituye —señalaba la Exposición de Motivos— el reto más difícil que ha tenido que afrontar el legislador a la hora de abordar la reforma de las Haciendas Locales»), como el sistema tributario local. En relación a este último era realmente llamativa la asistematicidad y falta de eficiencia del cuadro de recursos existente hasta entonces, pues pese a existir un listado bien nutrido de tributos, la insuficiencia financiera del sector local era clamorosa. Como recuerda la citada Exposición de Motivos:

«En el campo de los recursos tributarios, la reforma ha introducido cambios verdaderamente sustanciales tendentes a racionalizar el sistema tributario local, a modernizar las estructuras de los tributos locales y a perfeccionar el aprovechamiento de la materia imponible reservada a la tributación local, procurando, a la vez, facilitar la gestión del sistema diseñado.

La racionalización del sistema tributario local exigía superar una situación en la que este estaba integrado por una larga lista de tasas y contribuciones especiales, y por un conjunto de hasta diez figuras impositivas distintas, desconectadas entre sí y carentes de una justificación común».

No se puede negar que la LHL efectivamente ordenó y racionalizó nuestro sistema tributario local, especialmente el sistema impositivo. Sin embargo, dista de ser un modelo, no ya óptimo, sino meramente razonable y adecuado en muchas de sus figuras y en muchos de sus regímenes jurídicos. En primer lugar, porque sigue anclado en concepciones decimonónicas que entienden que la hacienda local debe financiarse con tributos patrimoniales sobre la propiedad inmobiliaria o impuestos reales. Difícil sino imposible es encontrar gravámenes personales que graven fuentes de renta o que consideren aspectos subjetivos en la cuantificación del tributo. El resto de recursos viene dado por transferencias del Estado, fondos de suficiencia, ayudas o subvenciones condicionadas, etc. En definitiva, un modelo de financiación basado en la propiedad inmobiliaria y en las transferencias del Estado.

En la propiedad inmobiliaria porque conforme al cuadro de la estructura de los ingresos fiscales municipales que aparece en la Tabla 1, el 30 por 100 del conjunto de tributos locales proviene del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Y un modelo dependiente del Estado por estar basado en gran medida en las transferencias de aquél, y, por supuesto



La necesaria revisión del sistema tributario municipal

129

y como corolario de lo anterior, en un modelo que denota insuficiente autonomía financiera y deficiente suficiencia financiera.

TABLA 1
CUADRO DE LA ESTRUCTURA DE LOS INGRESOS FISCALES
MUNICIPALES (2004)

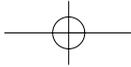
Tributos y demás ingresos	Miles de euros	Porcentaje
Impuesto sobre Bienes Inmuebles	6.039.067	30,32
Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica	1.924.229	9,66
Impuesto sobre el Incremento del valor de los Terrenos	1.180.139	5,92
Impuesto sobre Actividades Económicas	1.243.511	6,24
Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras	1.897.152	9,52
Tasas	4.046.031	20,31
Precios públicos por prestaciones de servicios	476.210	2,39
Precios públicos por utilizaciones privativas	126.062	0,63
Contribuciones especiales	234.973	1,17
Otros ingresos	2.752.206	13,84
Total ingresos	19.919.580	100,00

Fuente: Dirección General de Coordinación Financiera con las Entidades Locales.

Es cierto que han existido a lo largo de estos años intentos por hacer partícipes a los municipios del crecimiento económico incorporando criterios flexibles para revertir en los ayuntamientos una parte del desarrollo económico que se estaba generando. Y ello era necesario porque la rigidez de hechos impositivos y bases impositivas que gravan objetivamente bienes, derechos, actividades u operaciones, desatendiendo en su configuración y cuantificación circunstancias que deberían modular la capacidad económica de los sujetos pasivos, ha estado provocando que los ayuntamientos no vieran reflejado ni percibieran en sus cuentas los rendimientos de ese desarrollo económico.

En este contexto debemos situar la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, cuando intentó introducir un grado de flexibilidad en las rigideces del modelo de financiación incorporando participaciones territorializadas en el IRPF, IVA e Impuestos Especiales para aquellos municipios con más de 75.000 habitantes. Sin embargo, esta medida no ha logrado los efectos deseados y ha terminado convirtiendo tales participaciones en una *partida* más de las transferencias del Estado a los municipios en vez de en una fuente adicional de recursos como consecuencia del ejercicio de la autonomía financiera y de la corresponsabilidad fiscal.

En segundo lugar, nuestro sistema de financiación local no es acertado porque descansa excesivamente en recursos que persiguen autofinanciar el gasto o servicio que se



presta. El recurso a las tasas, contribuciones y precios públicos supone, como aparece en el cuadro de la estructura de los ingresos fiscales municipales (Tabla 1), casi el 25 por 100 del conjunto de tributos locales. Aunque se ha defendido este modelo con base en que «el uso del principio del beneficio es conveniente por cuanto permite asignar recursos más eficientemente», y también porque «buena parte de los servicios prestados por las entidades locales son perfectamente divisibles y no tienen componente redistributivo»¹, lo cierto es que sigue siendo un porcentaje excesivo una cuarta parte de los ingresos tributarios como ingresos que provienen de autofinanciación del servicio. Creemos que el modelo deseable de financiación local es aquel que prima los impuestos frente a las tasas u otras figuras en las que esté presente el componente retributivo.

Este hecho presenta alguna virtud, como lo es la de facilitar la financiación de aquellos servicios que prestan los ayuntamientos a pesar de no tener la competencia atribuida para ello. En muchos casos, los ayuntamientos se ven obligados a prestar determinados servicios que, de no ser financiados parcialmente por los propios usuarios del servicio, no podrían darse².

Y finalmente, el modelo dista de ser idóneo por las rigideces que presenta el sistema impositivo local en su configuración y en la forma de su cuantificación. Como decíamos antes, los impuestos tienen naturaleza patrimonial o real, desconsideran la subjetivización del gravamen, acuden a elementos objetivos o indiciarios en la cuantificación de los gravámenes, y en aras de una gestión sencilla y sumaria, eliminan de los aspectos estructurales del tributo los elementos que permitirían flexibilizar el gravamen y adecuar su configuración y cuantificación a la realidad de cada caso.

En el Informe sobre «La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro», emitido a instancias de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) el pasado año 2008, tan acertada como expresivamente se decía que³:

«Nos enfrentamos a un sistema de financiación muy volcado en los recursos propios, centrado en ingresos por impuestos de producto, cuya característica más relevante es la escasa elasticidad renta y, por tanto, su falta de adecuación de los niveles de recaudación a la coyuntura económica. El sistema actual de imposición local no se adecua a la nueva filosofía que vincula la financiación local a la prestación de servicios personales, por lo que se exige una mayor vinculación entre fiscalidad local y variables económicas como renta y consumo, frente a un esquema de financiación local apoyado en la imposición sobre la propiedad y que se vincula al fenómeno arcaico de prestación de servicios locales relacionados con el patrimonio inmobiliario de los ciudadanos».

¹ Cfr. J. SUÁREZ PANDIELLO (coord.), *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*, Salamanca, Gráficas Varona, S. A., 2008, p. 32.

² Aunque quizá sea más dramática la situación inversa, la de aquellos municipios cuyas bases de población les impide prestar los servicios mínimos que las leyes les impone. En la *op. cit.*, se citan tres datos especialmente gráficos: «en el año 2004 había en España (excluyendo los territorios forales) 945 municipios que no superaban los 100 habitantes (la mitad de ellos de la Comunidad de Castilla y León), de los cuales 327 no pasaban de 50 y cuatro tenían menos de 10 habitantes».

³ J. SUÁREZ PANDIELLO (coord.), *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*, *op. cit.*, p. 319. También en p. 45.

La necesaria revisión del sistema tributario municipal

131

En este contexto, deberíamos preguntarnos qué hacer, entonces, con nuestro sistema impositivo; suprimirlo y sustituirlo por otro nuevo y renovado, o mejorar sustancialmente el existente. En nuestra opinión, el sistema tributario local debería mantener la totalidad de los tributos actualmente vigentes, si bien todos ellos requieren de modificaciones técnicas y estructurales importantes al objeto de dotarlos de mayor coherencia, capacidad recaudatoria y adaptación a la realidad sobre la que pivotan. Abogamos, por tanto y abiertamente, por el principio de conservación, postulando así el mantenimiento de la totalidad de las figuras tributarias de nuestro sistema local, si bien y como decimos, reformando profundamente su régimen jurídico y en algunos casos como el actual Impuesto sobre Actividades Económicas incluso reinventándolo profundamente incluso en su *nomen*.

Tal revisión debería partir de ciertas premisas ineludibles. En primer lugar, la revisión de los impuestos propios de las haciendas locales, debería alcanzar de lleno en la propia definición, configuración y alcance de las principales figuras tributarias a los efectos de vincularlos en gran medida a parámetros cercanos a la realidad, a fuentes de riqueza directa como la renta, y vinculándolos singularmente al principio de capacidad económica de los sujetos pasivos.

Nótese que no propugnamos el establecimiento de nuevos hechos imponibles, pues no parece prudente incrementar el abanico de supuestos susceptibles de ser alcanzados por nuevos gravámenes. Antes al contrario, creemos que las figuras tributarias existentes son suficientes en número, si bien éstas deberían ser de bases más amplias y por tanto con una mayor potencia recaudatoria, estructurarse de forma más racional, y, en todo caso, poco «generosa» en materia de beneficios fiscales, de modo que cumplan el objetivo esencial de allegar recursos a la Administración local, quedando la vía de los incentivos y el ejercicio de la política social más en la órbita del gasto público⁴.

Desde este último punto de vista, debemos llamar especialmente la atención sobre la absoluta necesidad de revisar integralmente el conjunto de beneficios fiscales (exenciones, bonificaciones, reducciones, deducciones, tipos cero, etc.) de nuestro sistema tributario local, y especialmente, atendiendo a la adecuación de los mismos a los fines extrafiscales por los que fueron establecidos o han sido introducidos. Esta necesidad se convierte en una obligación en el caso del Impuesto sobre Actividades Económicas. Y lo decimos pese a que, ciertamente, la LHL de 1988 realizó una profunda revisión del conjunto —numeroso y heterogéneo— de beneficios fiscales que cubría a la hacienda local; sin embargo, es necesario escrutar la pervivencia de muchos de ellos, sólo entendible, en algunos casos, como herencia o acarreo histórico de difícil justificación en la actualidad en términos de justicia tributaria.

Es necesario, igualmente, dotar a los ayuntamientos de una mayor autonomía financiera en orden a que puedan efectivamente ejercer su corresponsabilidad fiscal. Los escasos márgenes que el actual Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que

⁴ *Op. cit.*, p. 318.

se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TR de la LHL), otorga a los ayuntamientos para que éstos ejerzan sus competencias en materia de tributos locales, ha sido suficientemente empleada y con una decisión y voluntad que no siempre se ha apreciado en todos los entes territoriales con competencias normativas tributarias. Sin embargo, creemos que debe ser necesario un mayor ejercicio de atribución de competencias normativas a los entes locales en orden a que ejerciten, en materia de tributación local, su autonomía financiera.

Pero al margen de estos principios generales informadores de lo que, en nuestra opinión, debería ser el sistema impositivo local, es claro que existen aspectos sumamente deficientes en el régimen jurídico del mismo, en cada uno de los cinco impuestos que conforman nuestro cuadro de impuestos municipales. En las páginas siguientes abordamos individualmente aquellos aspectos especialmente problemáticos, proponiendo, en todo caso, las soluciones que creemos son las más idóneas.

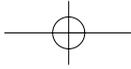
II. DEFICIENCIAS Y PROPUESTAS DE MEJORA EN EL SISTEMA IMPOSITIVO LOCAL

1. El Impuesto sobre Bienes Inmuebles: valor catastral, valor de mercado y el *valor catastral referenciado*

El Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) es el primero de los impuestos *obligatorios* que contempla el TR de la LHL. Se trata de un impuesto patrimonial que recae sobre la propiedad inmobiliaria y, por tanto, parece evidente que la base imponible debe atender, de algún modo, a la medición del valor del inmueble. A la hora de realizar esta medición no queda tan claro si la misma tiene que realizarse atendiendo a las variaciones que haya podido sufrir dicho valor a lo largo de un determinado periodo de tiempo o bien debe referirse al valor existente en un momento en particular, todo ello sin perjuicio de que el impuesto pueda exigirse todos los ejercicios. Es evidente que el legislador, a pesar de que aparentemente configura el IBI como un impuesto periódico, ha elegido la segunda opción y, por tanto, lo que se grava es el inmueble atendiendo a su valor en un momento concreto en el tiempo, despreciándose todas las circunstancias que puedan influir en el mismo, bien sean anteriores o posteriores al momento elegido para determinar el gravamen⁵. Es por ello por lo que se puede afirmar que este impuesto es realmente un tributo instantáneo que grava los inmuebles y su valor atendiendo a las circunstancias concurrentes el 1 de enero de cada año (art. 75.1 TR de la LHL).

Una vez determinado el momento en el tiempo relevante a los efectos de gravar la propiedad inmobiliaria, la segunda cuestión que necesariamente se plantea es concretar

⁵ En efecto, el art. 75.3 del TR de la LHL señala que «los hechos, actos y negocios que deben ser objeto de declaración o comunicación ante el Catastro Inmobiliario tendrán efectividad en el devengo de este impuesto inmediatamente posterior al momento en que produzcan efectos catastrales».



qué valor o cómo debe valorarse el inmueble a efectos de determinar la base imponible del impuesto. Parece lógico, por lo menos en una primera aproximación, que el valor de referencia debería de ser el valor de mercado del bien inmueble. Pues bien, la situación que se desprende de nuestro ordenamiento es muy distinta, pues todos los impuestos patrimoniales que existen en la actualidad no utilizan propiamente el valor de mercado para configurar la base imponible del gravamen inmobiliario. El IBI es el ejemplo más significativo, dado que el art. 65 del TR de la LHL es rotundo al señalar que «la base imponible de este impuesto estará constituida por el valor catastral de los bienes inmuebles, que se determinará, notificará y será susceptible de impugnación conforme a lo dispuesto en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario»⁶. Ciertamente es muy llamativo que los impuestos patrimoniales de nuestro ordenamiento no tengan como valor de referencia el valor de mercado, mientras que en los impuestos sobre la renta y los que gravan el consumo empresarial (Impuesto sobre el Valor Añadido) y no empresarial (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas) dicho valor sí sea el que se tiene en cuenta.

Es difícil encontrar la justificación que subyace detrás de esta opción del Legislador. Con toda probabilidad, quizás la que ha tenido más peso es el hecho de que el IBI, que es el impuesto patrimonial de nuestro ordenamiento con más importancia recaudatoria, sea un recurso de las Haciendas locales y, en consecuencia, el legislador ha configurado el impuesto de modo que su gestión sea lo más sencilla posible, definiendo la base imponible en atención a un valor, el valor catastral, que no necesariamente coincide con el de mercado y que además, su determinación viene atribuida a otro ente, como es el Estado (y en particular a la Dirección General del Catastro), que cuenta con medios materiales y personales suficientes para su establecimiento y determinación. En los otros dos impuestos mencionados (el GEBIERN y el Impuesto sobre el Patrimonio), la definición de la base imponible en atención a valores diferentes al de mercado quizás tenga más justificación, pues estas figuras tributarias se han establecido no con una finalidad recaudatoria sino más bien con la intención de que constituyan un instrumento de control de los impuestos que gravan la renta.

Sea como fuere, el hecho es que en la actualidad la base imponible del IBI no se define propiamente en atención al valor de mercado del bien inmueble a 1 de enero de cada año, sino por referencia a su valor catastral. Estos valores (valor catastral y valor de mercado) no tienen necesariamente que coincidir, es más, normalmente no coinciden y ello pese a que el valor catastral puede sufrir variaciones por procedimientos de revisión y actualización catastral. Pero frente a este *valor estático*⁷ que como regla general

⁶ Se utiliza también el valor catastral en el Gravamen especial de inmuebles de entidades no residentes (GEBIERN) (*vid.* art. 41 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes) y en el Impuesto sobre el Patrimonio, si bien aquí el valor catastral sólo se toma como referencia cuando, como establece el art. 10 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, es mayor que el valor de adquisición o el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos. *Vid.* F. A. VEGA BORREGO, *El impuesto sobre el patrimonio*, Valencia, Tirant lo blanch, 2007, p. 89.

⁷ Los arts. 28 a 32 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (TR de la LCI) regulan los procedimientos de valoración catastral.

tiene el valor catastral, el valor de mercado se caracteriza por ser un *valor dinámico*, que dependerá de las circunstancias que concurran en el momento en que se devenga el impuesto⁸.

Existen varios datos que confirman el carácter estático, *por lo menos a corto y medio plazo*, del *valor catastral* frente al carácter dinámico del *valor de mercado*. Pondremos aquí dos ejemplos de la normativa que regula el Catastro Inmobiliario que vienen a constatar lo anterior: *a)* en primer lugar, uno de los motivos que permiten el inicio de un procedimiento de valoración colectiva de bienes inmuebles de una misma clase es, como indica el art. 28.2 del TR de la LCI, cuando «se pongan de manifiesto diferencias sustanciales entre los valores de mercado y los que sirvieron de base para la determinación de los valores catastrales vigentes, ya sea como consecuencia de una modificación en el planeamiento urbanístico o de otras circunstancias»⁹; *b)* en segundo lugar, como señala el art. 28.3 del TR de la LCI, cuando la Administración ha realizado un procedimiento de valoración colectiva de carácter general no es posible iniciar un nuevo procedimiento sobre el mismo sector hasta que hayan transcurrido, *al menos*, cinco años desde la entrada en vigor de los valores catastrales derivados del anterior procedimiento.

Las circunstancias expuestas permiten afirmar que los valores catastrales son valores estáticos a corto y medio plazo, a pesar de que sobre los mismos puedan practicarse actualizaciones, conforme al art. 32 del TR de la LCI, mediante la aplicación de los coeficientes que, en su caso, establezcan las Leyes anuales de Presupuestos¹⁰. Como consecuencia de ello es claro que el valor catastral que resulte aplicable para determinar la base imponible del IBI no necesariamente se corresponderá con el valor de mercado que pueda tener el inmueble en el momento del devengo del impuesto.

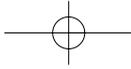
El continuo desfase entre los valores catastrales y los de mercado se debe, *además de a la normativa vigente*, a la complejidad administrativa inherente a cualquier procedimiento de valoración catastral, que precisa del empleo de cuantiosos recursos materiales y humanos y produce, en ocasiones, importantes conflictos sociales¹¹. Sin embargo, en la medida en que el Catastro fuera capaz de asignar valores reales teniendo en cuenta la constante y rápida evolución del mercado inmobiliario, *tanto a la alza como a la baja*, sería posible que el valor catastral fuera más próximo a la realidad, particular que repercutiría en aquellos tributos cuya base imponible se configura, atiende o tiene en cuenta

⁸ J. ZORNOZA PÉREZ y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, «Las Haciendas Locales: esas grandes olvidadas», *Papeles de Economía Española*, núm. 115, 2008, p. 84.

⁹ Vid. M.^a L. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, «El impuesto sobre bienes inmuebles», en AA.VV., *Los tributos locales*, Madrid, Civitas, 2005, p. 90.

¹⁰ Hay que constatar que, en ocasiones, ni siquiera la actualización prevista en el art. 32 del TR de la LCI es suficiente para corregir, al menos parcialmente, el desfase entre valores catastrales y de mercado, como consecuencia de que *no se aplica* en los municipios con ponencias totales de valoración en vigor aprobadas entre los años 1997 y 2002, como es el caso, por ejemplo, de la ciudad de Madrid. Vid. la disposición transitoria tercera del TR de la LHL, y M.^a L. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, «El impuesto sobre bienes inmuebles», en AA.VV., *Los tributos locales*, *op. cit.*, p. 107.

¹¹ J. MIRANDA HITA, «El Catastro y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles», *Catastro*, núm. 50, 2004, p. 27.



La necesaria revisión del sistema tributario municipal

135

el valor catastral. Para lograr esto último, además de determinados cambios normativos, sería necesario un perfeccionamiento en el modo de actuar del Catastro¹².

Pues bien, a este respecto debemos tener en cuenta un reciente trabajo de MIRANDA HITA¹³, del cual transcribimos a continuación los siguientes párrafos:

«[Desde que el Real Decreto 1552/2004, de 25 de junio, atribuyó a la] Dirección General del Catastro la responsabilidad de mantener el denominado Observatorio Catastral del Mercado Inmobiliario (OCMI), se han venido desarrollando los correspondientes estudios para llegar a disponer en la base de datos del Catastro, además del valor catastral de los inmuebles, de una estimación razonada y actualizada de su valor de mercado.

En su operativa práctica, el OCMI se alimenta principalmente de la información sobre valores de transacción que los fedatarios públicos facilitan a la Dirección General del Catastro con motivo de la preceptiva comunicación de alteraciones en la titularidad de los inmuebles, información que es objeto de sucesivos procesos de depuración y filtrado con técnicas estadísticas avanzadas —entre ellas, las redes neuronales artificiales—, para seleccionar exclusivamente aquellas muestras dignas de confianza estadística en cuanto a los precios confesados en las escrituras, de las que extraer el modelo matemático que en cada caso permita realizar estimaciones confiables de los valores de mercado buscados, que normalmente son los de todos los inmuebles de un municipio o incluso una provincia o un ámbito superior. Asimismo, el OCMI toma en consideración los resultados de diferentes estudios de mercado y de análisis de la oferta en Internet y prensa que habitualmente realiza la Dirección General del Catastro, e incorporará en el futuro la información que deben suministrarle los agentes de la propiedad inmobiliaria en virtud del acuerdo alcanzado en 2007 con el Consejo General de Colegios en los que se agrupan estos profesionales, así como los valores de tasación hipotecaria, con lo que se constituirá en la mayor base de datos de valores inmobiliarios referenciados espacial y temporalmente que jamás haya existido en España.

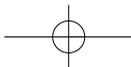
Obviamente, su disponibilidad futura a través de la Oficina Virtual del Catastro y el portal de Internet de la Dirección General del Catastro, donde ya se publica toda la información sobre zonas de valor de las ponencias de valores totales aprobadas (más de 1.300 municipios están disponibles en la actualidad), así como su entrega a las diferentes administraciones tributarias, permitirá dar un importante paso en el camino hacia la mayor transparencia de este mercado y, con el tiempo, la mayor equidad del sistema fiscal en su conjunto».

De este trabajo se puede advertir que el estado actual de la tecnología permitiría al Catastro proporcionar de forma precisa y en tiempo real el valor de mercado de los bienes inmuebles, valor que, lógicamente, no tiene que ser coincidente con el valor catastral, por lo menos en el sentido jurídico técnico que tiene en el momento actual¹⁴. Por este

¹² J. ZORNOZA PÉREZ y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, «Las Haciendas locales: esas grandes olvidadas», *op. cit.*, pp. 83 y 84.

¹³ Y que fue Director General del Catastro hasta mayo de 2008; *vid.* J. MIRANDA HITA, «El Catastro y las Haciendas locales», *Papeles de Economía Española*, núm. 115, 2008, p. 104, y el Real Decreto 877/2008, de 23 de mayo (*BOE* del 24 de mayo de 2008, p. 24359).

¹⁴ *Vid.* también el trabajo de J. GALLEGO MORA-ESPERANZA, «La inteligencia artificial aplicada a la valoración de inmuebles. Un ejemplo para valorar Madrid», *Catastro*, núm. 50, 2004, en el que se analiza cómo la inteligencia artificial puede ser aplicada a la valoración de inmuebles.



motivo, al igual que lo han hecho otros autores, este otro valor que el Catastro estaría en condiciones de poner a disposición podría denominarse «valor catastral referenciado»¹⁵.

En la medida en que el Catastro esté en condiciones de proporcionar un *valor catastral referenciado* este valor podría utilizarse en las distintas figuras tributarias y, entre ellas, el IBI. El hecho de que el Catastro proporcione un *valor catastral referenciado* no precisaría la desaparición o sustitución del «valor catastral tradicional». Como ha señalado MIRANDA HITA, el *valor catastral referenciado* no tiene por qué «llegar a sustituir al valor catastral sino que puede convivir con él, cada uno dedicado a lo suyo»¹⁶.

Pues bien, si efectivamente es cierto que el Catastro está en disposición de proporcionar el *valor catastral referenciado* de los inmuebles en tiempo real, podría estar plenamente justificado su aplicación en el ámbito del IBI, pues al ser un tributo patrimonial parece razonable afirmar que la mejor manera de medir la capacidad económica puesta de manifiesto es atendiendo al valor de mercado del bien inmueble. No obstante, no hay que perder de vista que también existen argumentos para desechar la utilización del *valor catastral referenciado*, por lo menos a efectos del IBI.

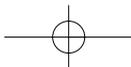
Como es sabido, la regulación actual del valor catastral impide su impugnación en el marco de la gestión tributaria del IBI¹⁷. Los valores catastrales que se utilizan a efectos del IBI sólo son impugnables en el seno de los procedimientos de valoración y revisión que prevé la normativa catastral¹⁸. El hecho de que ello sea así, unido al carácter estático a corto y medio plazo del valor catastral, provoca que la litigiosidad en el marco del IBI, en relación a la fijación de la base imponible, sea muy reducida. Es verdad que este tipo de conflictos se desplazan a la valoración catastral que realiza el Estado a través de la Dirección General del Catastro, si bien es verdad también que la misma no se produce todos los años y en relación a todos los inmuebles del territorio nacional, sino solamente cuando se produce un procedimiento de valoración o revisión catastral, procedimientos que tienen lugar con carácter general transcurridos espacios considerables de tiempo. Como consecuencia de ello, una vez que se ha establecido un valor catastral, el mismo se perpetúa en el tiempo durante un periodo considerable, y ello a pesar de que

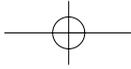
¹⁵ Vid. el propio trabajo de J. MIRANDA HITA, «El Catastro y las Haciendas locales», *op. cit.*, p. 104, y J. ZORNOZA PÉREZ y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, «Las Haciendas Locales: esas grandes olvidadas», *op. cit.*, p. 83.

¹⁶ J. MIRANDA HITA, «El Catastro y las Haciendas locales», *op. cit.*, p. 116, nota 19.

¹⁷ Vid. M.^a L. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, «El impuesto sobre bienes inmuebles», en AA.VV., *Los tributos locales*, *op. cit.*, p. 154.

¹⁸ La consulta de la Dirección General de Tributos de 26 de noviembre de 2008, núm. V2232-08, es especialmente gráfica a este respecto cuando señala lo siguiente: «Si el recurrente no ha impugnado las resoluciones de gestión catastral ante los órganos competentes no puede achacar posteriormente al órgano que giró la liquidación [del IBI] los vicios o irregularidades de que adolezcan los actos emanados de la gestión catastral. Es decir, si no se produce la impugnación directa de los actos de gestión catastral en el momento de su notificación, no cabe la impugnación indirecta de los mismos con ocasión de la impugnación de los actos de gestión tributaria. [...] De igual forma, los obligados tributarios tampoco pueden impugnar las bases imposables y las liquidaciones resultantes de los procedimientos de valoración colectiva cuando haya transcurrido el plazo de impugnación previsto para los valores catastrales y las bases liquidables sin que hayan sido objeto de reclamación (art. 77.4 TRLRHL)».





La necesaria revisión del sistema tributario municipal

137

haya podido ser objeto de impugnación, pues si la impugnación se ha producido, el resultado que derive de ella también se mantendrá y perpetuará en el tiempo hasta la próxima revisión catastral. A todo lo anterior hay que unir que la actualización de los valores catastrales en aplicación de los coeficientes que establezcan las Leyes anuales de Presupuestos (art. 32 TR de la LCI) no puede dar lugar a impugnación alguna, salvo que se hayan aplicado incorrectamente, lo cual es difícil que suceda.

Si para el IBI se sustituyera el valor catastral por el *valor catastral referenciado*, parece evidente que el Catastro cada año tendría que fijar cuál es ese valor para todos los inmuebles del territorio nacional sobre los que tiene competencia —todos menos los situados en el País Vasco y Navarra (art. 1.2 TR de la LCI)—. Lógicamente esto supone un incremento importante en las tareas de gestión catastral, si bien es probable que a través de los procesos informáticos que hoy existen —y que se explican en el trabajo de Miranda Hita al que nos hemos referido más atrás—, no parece una cuestión difícil de solventar desde un punto de vista práctico.

Más problemas plantea, sin embargo, la posibilidad de que los obligados tributarios puedan impugnar la fijación de dicho valor, porque resulta incuestionable que no sería constitucionalmente admisible que dicho valor no pudiera ser objeto de impugnación. Si esto es así, la utilización del *valor catastral referenciado* tendría dos problemas de aplicación significativos, esto es, la necesidad de fijar cada año y para todos los inmuebles del territorio nacional dicho valor y, por otro lado, la posibilidad de que se produzca un nivel de litigiosidad en esta materia infinitamente superior al que existe en el momento actual. Porque es evidente que aunque ahora el valor catastral se puede impugnar, ello sólo sucede cuando es consecuencia de un procedimiento de revisión catastral, lo que supone que de no recurrirse el nuevo valor, el mismo no podría impugnarse en el futuro, incluso cuando cambia el titular del inmueble¹⁹. Además, si dicho valor se impugnara, el resultado de la impugnación no se reproducirá anualmente, pues una vez que el valor catastral queda definitivamente fijado, el mismo se perpetúa hasta la próxima revisión catastral, que normalmente tiene lugar mucho tiempo después, particular que asegura que en el «largo intermedio» no se produzca litigiosidad alguna en cuanto a la fijación del valor catastral.

Como consecuencia de lo anterior, entendemos que la utilización de valores de mercado en el IBI, a través de la metodología del *valor catastral referenciado*, puede que no sea quizás la mejor alternativa desde un punto de vista de la configuración del sistema tributario local. Y ello sobre todo porque se proyecta sobre un impuesto que produce un número altísimo de hechos imponible —tantos como inmuebles existan en el territorio nacional— y que necesariamente se producirán todos los ejercicios porque, por un lado, la propiedad inmobiliaria no se destruye, solamente cambia de titularidad, y, por otro, porque este impuesto existe en todos los municipios en la medida en que una de sus características básicas es que es un impuesto obligatorio. Siendo esto así, quizás no tenga

¹⁹ Vid. M.^a L. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, «El impuesto sobre bienes inmuebles», en AA.VV., *Los tributos locales*, op. cit., p. 155.

tanto sentido la utilización del *valor catastral referenciado* en el marco del IBI, si bien ello no obsta para que pudiera utilizarse en otro tipo de figuras tributarias, en las que por su configuración o efectos el mismo sí pueda tener cabida desde la perspectiva de la gestión del impuesto. Sobre esta cuestión volveremos en el epígrafe dedicado al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

2. El Impuesto sobre Actividades Económicas: hacia un nuevo tributo que grave el beneficio efectivo de la actividad económica

La suerte que ha corrido este impuesto, que, por lo demás, debía estar llamado, naturalmente, a ser el impuesto central del sistema tributario local junto con alguno patrimonial como pudiera ser el IBI, ha sido, en nuestra opinión, tan desafortunada que lo ha terminado prácticamente expulsando del cuadro de recursos de las haciendas locales. Sorprende que en el sistema impositivo municipal, los ingresos por el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) represente (*vid.* tabla 1) la penúltima posición y a muy poca distancia del último de los impuestos municipales por potencial recaudatorio, cual es el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

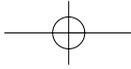
Como es sabido, la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, modificó sustancialmente el sistema tributario local y, especialmente, el IAE, habida cuenta que, entre otras modificaciones, eximió del pago del impuesto a todas las personas físicas y, también, a otros sujetos pasivos del mismo que hayan tenido una cifra de negocios inferior a un millón de euros²⁰.

En la Exposición de Motivos de la citada Ley de 2002 se justificaba la reforma en la conveniencia de observar el Informe de 3 de julio de 2002 emitido por la *Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la financiación de las Haciendas Locales*²¹, y de la que formaba parte, entre otras, la Federación Española de Municipios y Provincias.

Sin perjuicio de que es muy dudoso o poco verosímil que la FEMP recomendara semejante mutilación en su sistema de recursos tributarios, lo que desde luego se ha producido con dicha reforma es una grave erosión en el sistema de recursos municipales y una ruptura de la estructura o sistematicidad del cuadro impositivo local. Pese a todas las com-

²⁰ Igualmente la citada Ley adoptó dos grupos de medidas que erosionaban más el potencial recaudatorio del Impuesto. Por un lado, eximió del pago del impuesto a los sujetos pasivos que iniciaban su actividad durante los dos primeros periodos impositivos, y, por otro, se adaptaron y establecieron determinadas exenciones y bonificaciones. En relación a las primeras —las exenciones— se adaptó la referida a los Organismos autónomos, y en relación a las segundas, se establecieron las bonificaciones por creación de empleo, a favor de las empresas con pérdidas o con beneficios inferiores a una determinada cifra, por la utilización o producción de energías renovables, la realización de actividades industriales fuera de los núcleos poblados y el establecimiento de planes que fomenten un transporte de los trabajadores eficiente y menos contaminante.

²¹ Creada mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 11 de julio de 2001.



La necesaria revisión del sistema tributario municipal

139

pensiones vía transferencias del Estado por la supresión del IAE, lo cierto es que dicha medida socavó la coherencia y congruencia del sistema impositivo local. Y ello por diferentes motivos. En primer lugar, porque hurta a los ayuntamientos de su *espacio fiscal propio* para hacerlos más dependientes de las transferencias del Estado condicionadas o incondicionadas. Con esta medida, el sistema de financiación local obliga a los ayuntamientos a no corresponsabilizarse fiscalmente y a depender singularmente de las transferencias de la Administración Central para lograr fondos y alcanzar así el nivel mínimo de suficiencia. En este sentido, son tremendamente ilustrativas las manifestaciones hechas en la Comisión de Entidades Locales del Senado de 2007²², en la que abiertamente se dice que:

«A los municipios, a los gestores políticos municipales les parece bien la actual situación: tienen menos que gestionar, porque sólo hay que gestionar un 10 por 100 y sin embargo tienen prácticamente la misma recaudación que antes porque se les ha compensado con todas las compensaciones que ha habido, unos más y otros menos, y por tanto no reclaman, al menos los grandes ayuntamientos que son los que tienen mayor voz, no están reclamando la reintroducción de este impuesto».

En segundo lugar, porque el IAE cumplía — pese a sus problemas de ajustes y sobreimposición con otros gravámenes estatales sobre las actividades económicas— con el principio de autonomía financiera y suficiencia financiera de forma mucho más perfecta que con el sistema de transferencias. No queremos decir que se violenten los arts. 137 y 142 de la CE con la citada reforma, pero sí que se devalúan gravemente convirtiéndolos en meros principios formales y huecos de contenido.

Y en tercer lugar, porque se desconsidera una fuente de riqueza que debe ser, como ya hemos defendido, básica o sobre la que debe pivotar la tributación municipal, junto con otra igual de central cual es el patrimonio inmobiliario. En concreto, el gravamen sobre actos o negocios de naturaleza económica a través de un impuesto que contemplen adecuadamente la actividad económica desarrollada en un municipio, debería formar, en todo caso, parte esencial del sistema fiscal²³.

Si a estas razones le añadimos las referidas a las desigualdades e inequidades que provoca la aplicación del resto del gravamen que ha pervivido como un espectro tras la reforma, hemos de concluir con la necesaria derogación y aprobación de un nuevo impuesto que grave todo ejercicio de actividades económicas y lo haga en función de la capacidad económica y no de la mera realización de la actividad desvinculada del resultado de aquél.

Es suficientemente expresivo el ya citado Informe sobre «La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro» emitido a instancias de la FEMP

²² «Informe de la Ponencia de estudio de la financiación local, constituida en el seno de la Comisión de Entidades Locales, de 10 de diciembre de 2007», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, núm. 849, de 17 de diciembre de 2007. Las citadas palabras corresponden a la séptima comparecencia el 15 de octubre de 2007, de Joaquim Solé Vilanova, Catedrático de Hacienda Pública de la Universidad de Barcelona.

²³ Mantiene este mismo criterio, J. SUÁREZ PANDIELLO (coord.), *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*, op. cit., p. 318.

el pasado año 2008, cuando se refiere a la reforma y a sus resultados en los siguientes términos²⁴:

«Su posición en el sistema fiscal local se ha deteriorado notablemente, pasando de ser la segunda figura en potencial recaudatoria a la cuarta en términos agregados. Así pues, hemos asistido a un empobrecimiento de su capacidad recaudatoria al mismo tiempo que se han generalizado situaciones de inequidad fiscal, con la desfiscalización de los profesionales y artistas independientemente de sus rendimientos, como hecho más paradigmático, y de errores técnicos graves como consecuencia de reformas parciales que no han considerado ni la función ni los objetivos del impuesto en un contexto básico de financiación local.

Su contenido normativo ha quedado en una posición tan injusta que, aunque pueda salir airoso de alguna de las causas en las que se halla inmerso, no por ello deja de suponer un atentado a la modernidad y a la justa aplicación del sistema fiscal español (...).

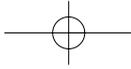
Desde la reforma de la Ley 51/2002, el IAE ha sufrido un importante demérito. A los tradicionales defectos que se le achacaban por la doctrina, se han unido otros: la extensa panoplia de exenciones, la incorporación de la conflictiva cifra de negocios, la supresión fáctica del elemento tributario “número de obreros”, y la del coeficiente corrector municipal. Especialmente, los distintos criterios empleados para acceder a la exención, han sido interpretados como una posible trasgresión a los principios constitucionales (...).

El cambio legislativo ha comportado el agravio de un gran número de contribuyentes, discrimina a las personas jurídicas respecto a las físicas (...), obliga a tributar a los no residentes cuando están exentos los residentes. Teniendo la condición societaria, discrimina a las que cifran un mayor volumen de negocio, sin importar su grado de rentabilidad, incluso arrojando pérdidas, y obsequia con la exención a las que cifran menos de un millón de euros, aunque su margen de rentabilidad podría ser excepcional».

Si entramos en el análisis más detallado de los aspectos especialmente conflictivos y problemáticos del IAE, deberíamos empezar mencionando la extraña e incluso contraria al principio de capacidad económica regulación de los coeficientes que se aplican sobre las cuotas municipales, provinciales o nacionales. Como es sabido, el coeficiente se aplica en función de la cifra de negocios del obligado tributario o, mejor decir, del conjunto de las actividades del obligado tributario. La aplicación obligatoria de este coeficiente —llamado coeficiente de ponderación— no supone extrañamente la aplicación de un verdadero elemento de discriminación en la cuota en función de la capacidad económica, ya que, si bien inicialmente se aprecia que la existencia de una tarifa progresiva según el importe neto de la cifra de negocios es un elemento que permite diferenciar, lo cierto es que al tratarse tal cifra de negocios de un elemento objetivo alejado del beneficio efectivo, resulta extraño al citado principio constitucional.

También en relación a los coeficientes del IAE, los ayuntamientos pueden, como es sabido, modificar las cuotas tributarias determinadas de acuerdo con lo dispuesto en la Instrucción y las Tarifas del Impuesto, mediante el establecimiento de escala de coeficientes que tengan en cuenta la situación física del local donde se ejerza la actividad econó-

²⁴ J. SUÁREZ PANDIELLO (coord.), *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*, op. cit., pp. 291 y 292.



La necesaria revisión del sistema tributario municipal

141

mica dentro del término municipal, atendiendo a la categoría de la calle en que radique. En el art. 87 del TR de la LHL se prevén los tipos máximos y mínimos de este coeficiente, así como el número mínimo y máximo de categorías de calles que pueden establecer los municipios. Las facultades que tienen los municipios a través de sus Ordenanzas fiscales de modificar las cuotas de las tarifas son bien amplias, en la medida en que pueden modular este coeficiente entre el 0,5 por 100 y el 3,8 por 100. Así, para el 2008, el municipio de Madrid ha aprobado nueve coeficientes correctores, que llegan a un tipo máximo de 3,62 por 100, suponiendo en todos los casos un incremento de las cuotas tributarias; el ayuntamiento de Barcelona ha previsto, por el contrario, siete coeficientes, uno de los cuales llega al máximo legal permitido, mientras que el más reducido supone una disminución de las cuotas tributarias. El municipio de Valencia, finalmente, ha establecido ocho coeficientes correctores, que pueden llegar a duplicar la cuota tributaria, aunque en cuatro supuestos supondría una disminución de ésta²⁵.

Pues bien, pese a este loable intento por diferenciar el *quantum* del gravamen en función del lugar desde el que se realiza la actividad económica, no es despreciable desde el punto de vista recaudatorio del IAE la deslocalización que por razones puramente fiscales se está haciendo al trasladar a polígonos industriales alejados del centro de las ciudades las actividades que naturalmente se deben realizar fuera de dichas zonas. La búsqueda de zonas con coeficientes menores o incluso exentos para realizar determinadas actividades económicas, reduce de forma importante la efectividad del citado coeficiente corrector.

Existen también, importantes deficiencias en la regulación del IAE respecto de dos cuestiones importantes; las referidas al establecimiento de bonificaciones por los ayuntamientos, y las atinentes a las actualizaciones de las tarifas y coeficientes. Por lo que respecta a las bonificaciones, ciertamente la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan con determinados límites bonificaciones en el IAE, supone un reconocimiento significativo de la autonomía financiera de los entes locales. Sin embargo, como se ha señalado, su establecimiento en determinados municipios «es una opción más utópica que real, al ver mermados sus ingresos», máxime cuando «para estos municipios puede crearse una situación difícilmente sostenible, ya que la introducción de tales bonificaciones puede venir impuesta como consecuencia de la actuación de los limítrofes. Éstos, si presentan una situación financiera más saneada, pueden verse tentados a regularlas, produciéndose una deslocalización de empresas en busca de una fiscalidad más favorable»²⁶.

La nula actualización de las tarifas y coeficientes en el IAE —la última se refiere al año 1996— ha convertido en irrisorio, como hemos dicho y comprobado, el potencial recaudatorio de este gravamen. Ello, como decimos, es especialmente llamativo en relación a las tarifas del Impuesto reguladas en los Reales Decretos Legislativos 1175/1990, de 28 de septiembre, y 1259/1991, de 2 de agosto, así como en los valores por metro cuadrado

²⁵ Sobre esta regulación, *cf.* N. SÁNCHEZ GARCÍA, «Uniformidad y diversidad de los sistemas tributarios municipales», *Revista Tributaria de las Oficinas Liquidadoras*, núm. 17, marzo/abril 2009, pp. 79 y 89.

²⁶ *Cf.* J. ZORNOZA PÉREZ y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, «Las Haciendas Locales: esas grandes olvidadas», *op. cit.*, p. 86.

de superficie que sirven para cuantificar dicho elemento tributario. Esta sorprendente circunstancia ha motivado que se abogue, tanto por «actualizar dichos valores para su adecuación a la realidad económica», como por incrementar aquellas tarifas por lo «insostenible de la situación, sobre todo si tenemos en cuenta que, tras la última reforma efectuada, buena parte de los sujetos pasivos quedan exentos del tributo. Dicho con otras palabras, no resulta razonable la introducción de una exención subjetiva muy amplia como la que se ha producido en este tributo, unida a una congelación de las tarifas»²⁷.

Todas estas circunstancias revelan la necesidad, como anunciábamos más arriba, no ya de reformar el gravamen ampliando su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación²⁸, sino de derogar y aprobar un nuevo impuesto que grave todo ejercicio de actividades económicas y lo haga en función de criterios personales y no reales. Ese nuevo gravamen debería gravar, efectivamente, la capacidad económica puesta de manifiesto por la realización de actividades económicas, lo que se traduce en un impuesto con una estructura y régimen jurídico profundamente distinto al vigente.

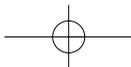
Y un nuevo impuesto reinventado y redominado que, además de gravar de modo cierto e indudable las actividades económicas efectivas desarrolladas en cada término municipal, evite los indudables vicios que padece la actual regulación. Un gravamen que, en primer lugar, responda al principio de generalidad y subjetivamente alcance a todo empresario o profesional que realice una actividad económica con un mínimo de beneficio. Desde este punto de vista, resulta imprescindible, en un impuesto de esta naturaleza, que los obligados tributarios queden efectivamente sujetos al gravamen, rechazándose así de plano el actual régimen en el que apenas un 8 por 100 de los que realizan actividades económicas (empresariales, profesionales o artísticas) está sujeto —o no exento— al IAE.

Debe ser, igualmente y como decimos, un impuesto que grave en función del beneficio real obtenido por la actividad desarrollada, y no en función de la mera realización de la actividad con absoluta desconexión del resultado de ésta. Sólo así acercamos el gravamen a una verdadera naturaleza personal y lo alejamos de la real, que es la que, hasta ahora, ha primado. Siendo ello así, los inicios de actividad, las actividades económicas ocasionales o las que produzcan un resultado —un beneficio— escaso, deberán estar cubiertas por un mínimo exento generoso que las excluya de tributación.

El sistema de coeficientes, tarifas y cuotas pueden seguir siendo válidos, aunque deberían tendencialmente ser ordenados y regulados con criterios de progresividad en función de la actividad y del resultado, reservando sólo las cuotas fijas o la ausencia de coeficientes correctores para aquellas actividades económicas que generen una menor capacidad de obtener beneficios. En todo caso, parece imprescindible que se estableciera un coeficiente económico municipal con objeto de modular la cuota del impuesto mediante la aplicación de diferentes coeficientes para cada tipo o grupo de actividades.

²⁷ J. ZORNOZA PÉREZ y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, «Las Haciendas Locales: esas grandes olvidadas», *op. cit.*, pp. 86 y 87.

²⁸ Sobre ello, *vid.*, F. POVEDA BLANCO, «¿Es posible resucitar el IAE?», *Papeles de Economía Española* (monográfico sobre «Competencias, financiación y gestión de los entes locales»), núm. 115, abril 2008.



La necesaria revisión del sistema tributario municipal

143

Con ello se incrementaría la corresponsabilidad fiscal, se otorgaría una mayor autonomía financiera y, además, se permitiría que cada municipio instrumentara este gravamen para alcanzar y desarrollar determinadas políticas económicas.

Aunque el beneficio obtenido debería ser un elemento central en la cuantificación del gravamen, algunas de las tarifas, coeficientes y cuotas podrían seguir siendo válidos, coadyuvando con dicho *beneficio real* en la determinación de la obligación tributaria. En todo caso, las tarifas y coeficientes deberían fijarse con módulos o parámetros que reflejen correctamente la realidad de la correspondiente actividad económica, y adaptarse o actualizarse con la celeridad que las circunstancias lo demanden. Muy probablemente, también, las actuales tarifas del IAE, o de utilizarse, deberían ser drásticamente simplificadas, actualizadas y adaptadas a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE).

Por último, creemos igualmente imprescindible rediseñar o modificar el régimen de gestión a los efectos de conferir un impuesto de gestión estrictamente municipal, sin perjuicio de la posibilidad, bien de no delegar tal competencia a aquellos municipios pequeños que no puedan ejercerla cuando tal competencia se la reserve el Estado, o, en caso de atribuir la competencia de gestión a los ayuntamientos, de «delegar» ascendentemente al Estado la misma cuando el municipio no pueda llevarla a cabo.

3. El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica: los «paraísos fiscales para vehículos»

El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM), al igual que el IBI y el IAE, es un impuesto municipal *obligatorio*. En relación a los impuestos anteriormente mencionados, puede afirmarse que su regulación es sensiblemente menos conflictiva. En efecto, se trata de un impuesto que se configura a partir de los datos que obran en el Registro de Vehículos que gestionan las Jefaturas de Tráfico, respecto los cuales los municipios se limitan fundamentalmente a señalar qué tarifa del TR de la LHL corresponde a cada vehículo y, a continuación, proceden a exigir la cuota correspondiente.

Sin embargo, la regulación del IVTM, en cuanto a la determinación de qué ayuntamiento es competente para exigirlo, sí plantea problemas de cierto calado, especialmente porque la normativa vigente ha desencadenado un fenómeno que se ha venido a denominar como la existencia de «paraísos fiscales para vehículos». Como fácilmente puede intuirse de esta denominación, el hecho de que puedan existir este tipo de «paraísos fiscales» indica que el impuesto que se paga por la titularidad de un vehículo no es necesariamente el mismo en función del municipio en el que deba tributar. Si existen también respecto a este objeto imponible «paraísos fiscales» será porque la normativa reguladora del IVTM reconoce a los municipios cierto grado de autonomía para la fijación de la cuota²⁹.

²⁹ El TR de la LHL establece las cuotas mínimas del IVTM en función del tipo de vehículo y, su vez, señala que los municipios «podrán incrementar las cuotas fijadas [...] mediante la aplicación sobre ellas de un coeficiente, el cual no podrá ser superior a 2» (*vid.* art. 95.4 TR de la LHL). En consecuencia, la normativa prevé la posibilidad de incrementar dicha cuota mínima hasta doblarla.

Y si esto es así se explica perfectamente que determinados contribuyentes pretendan localizar la tributación de su vehículo en el municipio donde el IVTM sea menor.

Pues bien, este fenómeno se ha producido y se produce efectivamente en España. Prueba de ello es que tanto la prensa escrita como la televisión se hayan hecho eco de la existencia municipios que se han convertido en «paraísos fiscales para los vehículos»³⁰. La mayoría de las noticias que se ha podido consultar advertían cómo en determinados municipios había registrados, a efectos del IVTM, más vehículos que vecinos. Se dan datos tan sorprendentes como que en el año 2006 en el ayuntamiento de Robledo de Chavela (Madrid) con una población de 3.319 habitantes había registrados a efectos del IVTM 42.071 vehículos³¹. En el informe de la Automovilistas Europeos Asociados (AEA) se recogen otros datos que a continuación reproducimos:

TABLA 2
TURISMOS MATRICULADOS A NOMBRE DE EMPRESAS EN 2006 Y MUNICIPIOS DONDE HAN SIDO DOMICILIADOS

Provincia	Municipio	Turismos matriculados	Población	Núm. de vehículos matriculados por habitante
Barcelona	Aguilar de Segarra	10.709	250	42,83
Barcelona	Rajadell	19.886	467	42,58
Alicante	Relleu	27.137	1.046	25,94
Zaragoza	Retrascón	1.745	94	18,56
Teruel	La Cerollera	2.037	121	16,83
Valencia	Puebla de San Miguel	960	65	14,76
Madrid	Robledo de Chavela	42.071	3.319	12,67
Castellón	Sarratella	1.138	93	12,23
Madrid	Colmenar del Arroyo	6.124	1.227	4,99
Madrid	Moralzarzal	35.295	10.604	3,32

En estas noticias de prensa y en el informe de la AEA se viene a transmitir la siguiente idea: existen personas y entidades que tienden a «registrar» a efectos del IVTM los vehículos en aquellos municipios donde el impuesto es menor, a pesar de que con dichos municipios el vínculo material de la persona o entidad que registra el vehículo no existe o es meramente formal³². Así, por ejemplo, destaca la información del ayuntamiento de

³⁰ La mayoría de noticias publicadas en prensa se basan en un informe de 2007 de la asociación Automovilistas Europeos Asociados con el título *Análisis sobre la fiscalidad del automóvil en el ámbito local*.

³¹ «Paraísos fiscales para las ruedas», diario *El País*, 21 de febrero de 2007, y «Robledo de Chavela y Morlarzarzal, paraísos fiscales del impuesto de vehículos», diario *El País*, 8 de abril de 2008.

³² Utilizamos la expresión «registrar» y no matricular, porque como veremos, este fenómeno lo facilita el propio criterio establecido para determinar qué municipio es competente: el domicilio que consta en el permiso de circulación del vehículo. Por eso técnicamente no se puede hablar de matriculación.

Madrid sobre una empresa de «renting» que tenía la sede de su negocio en Madrid y había «domiciliado» su flota de 15.000 vehículos en Arganda para pagar menos impuestos³³.

Sin lugar a dudas, este fenómeno puede afectar a cualquier municipio, si bien donde el mismo parece que se está manifestando con mayor intensidad es en los municipios que comprenden grandes núcleos poblacionales, pues en la mayoría de los casos las sedes de los negocios de las empresas que cuentan en su activo con flotas de vehículos importantes (empresas de transporte de mercancías y personas, autoescuelas, alquiler de vehículos, «renting», etc.) se encuentran ubicadas en su territorio y, por consiguiente, dichos vehículos deberían tributar por su IVTM. Aquellos municipios que ejerzan su competencia para incrementar la cuota del IVTM pueden provocar la «huida» hacia otros municipios que no hayan ejercido tal competencia, o la hayan ejercido en menor medida. Y esta huida a veces puede estar en cierto modo «alentada» precisamente por los municipios que no ejercen dicha competencia, exigiendo en su territorio sólo las cuotas mínimas previstas en el TR de la LHL³⁴. De hecho, como señalan las noticias de prensa indicadas, son siempre municipios cercanos a las dos grandes ciudades afectadas por este fenómeno, Barcelona y Madrid, los que desarrollan esta conducta. Respecto a Barcelona se señala a los municipios de Aguilar de Segarra y Rajadell y, en relación a Madrid, a los municipios de Robledo de Chavela y Moralzarzal³⁵.

El origen de este problema está motivado por dos factores: *a)* el hecho de que la cuota del IVTM puede ser diferente en cada municipio, en la medida en que la cuota mínima que prevé el TR de la LHL puede llegar, *como máximo*, a doblarse; y *b)* el punto de conexión que emplea el TR de la LHL para determinar qué ayuntamiento es competente para exigir el impuesto.

El primer aspecto no plantea problemas significativos: los ayuntamientos pueden incrementar las cuotas mínimas que fija el TR de la LHL. Los municipios ejercen esta competencia con mayor intensidad suelen ser aquellos que son capitales de provincia y, por lo tanto, en la generalidad de los casos, de mayor dimensión.

Respecto al ejercicio de 2008, atendiendo a los datos que constan en la página web del Ministerio de Economía y Hacienda, en Cataluña, Barcelona y Girona (aunque esta

³³ «El ayuntamiento de Madrid quiere frenar el fraude», noticia de la sección de *Motor de Terra* de 22 de febrero de 2007: http://motor.terra.es/motor/actualidad/articulo/ayuntamiento_madrid_quiere_frenar_fraude_35144.htm.

³⁴ En el artículo «Sarratella censura 21 coches por vecino al ser un paraíso fiscal para las flotas de vehículos», publicado en el diario *El Mundo*, sección de Castellón, el 23 de febrero de 2007, se señala que a veces son las propias autoridades municipales las que negocian con empresas con grandes flotas de coches el registro en su municipio.

³⁵ *Vid.* «Dos de los cinco paraísos fiscales del impuesto de vehículos están en Madrid», diario *ABC*, sección de Madrid, del día 21 de febrero de 2007. También parece que está sucediendo lo mismo en el ayuntamiento de Burgos, dado que en un municipio cercano, Villoruebo, con solamente 59 vecinos, en 2008 se matricularon 122 turismos a nombre de empresas (*vid.* «Villoruebo paraíso fiscal para los conductores por su bajo impuesto de vehículos», *Diario de Burgos*, sección de Local, del 25 de marzo de 2009). Algo parecido sucede en La Cerollera (Teruel), con casi 122 coches por ciudadano (15.119 matrículas para 124 vecinos), según aparece en la página web de la Cadena Ser en una noticia del 13 de abril de 2008.

última sólo en relación a los turismos) aplican el coeficiente máximo (2) y el resto de capitales de provincia el coeficiente aplicado está por encima del 1,9 —Lleida y Tarragona—. En el municipio de Madrid la media del coeficiente aplicado está por encima del 1,9. Por otro lado, los datos agregados ofrecidos por el Ministerio de Economía y Hacienda revelan que en la medida en que aumenta el tamaño del municipio se incrementa igualmente el coeficiente aplicado. Por tanto, se pone de manifiesto cómo la mayor dimensión del municipio es directamente proporcional al incremento de las cuotas del IVTM, precisamente por el ejercicio de la competencia que establece el TR de la LHL. Los datos agregados para 2008 aparecen en el siguiente cuadro³⁶:

TABLA 3
IMPUESTO SOBRE VEHÍCULOS DE TRACCIÓN MECÁNICA. RÉGIMEN COMÚN,
AÑO 2008
CLASIFICACIÓN POR TRAMO DE TAMAÑO DEL MUNICIPIO

	Coeficiente de incremento					
	Turismos	Autobuses	Camiones	Tractores	Remolques y sem.	Otros vehículos
Hasta 1.000 habitantes	1,1198	1,1067	1,1135	1,0696	1,0833	1,1412
De 1.001 a 5.000 habitantes	1,2945	1,1067	1,1135	1,0696	1,0833	1,1412
De 5.001 a 10.000 habitantes	1,4556	1,4266	1,4330	1,4267	1,4284	1,4942
De 10.001 a 20.000 habitantes	1,5814	1,5389	1,5451	1,5316	1,5338	1,6058
De 20.001 a 50.000 habitantes	1,6936	1,6477	1,6514	1,6420	1,6430	1,7183
De 50.001 a 100.000 habitantes	1,7149	1,6734	1,6746	1,6658	1,6706	1,7462
De 100.001 a 500.000 habitantes	1,8261	1,7919	1,7864	1,7708	1,7824	1,8457
De 500.001 a 1.000.000 habitantes	1,8397	1,8104	1,7816	1,7815	1,7815	1,8545
Más de 1.000.000 habitantes	1,9586	1,9169	1,9571	1,9237	1,9237	1,9545
Total	1,6745	1,6386	1,6427	1,6283	1,6328	1,6966

El factor más importante del fenómeno descrito es el señalado en segundo lugar. Este elemento nos debe llevar a responder, en cierto modo, la siguiente pregunta: ¿cómo el titular de un vehículo puede «decidir» tributar en el municipio con el impuesto más bajo? Esta pregunta precisa analizar la regulación del punto de conexión utilizado por el TR de la LHL para determinar qué ayuntamiento es competente para exigir el impuesto.

Como hemos señalado, el IVTM está configurado de tal modo que su gestión sea lo más sencilla posible, particular que se logra porque su aplicación depende esen-

³⁶ Este cuadro se encuentra en la página del Ministerio de Economía y Hacienda <http://www.meh.es/>, en la sección «Estadísticas territoriales»: Imposición Local. Tipos de Gravamen, Índices y Coeficientes.

La necesaria revisión del sistema tributario municipal

147

cialmente de la información obrante en los registros que elaboran las Jefaturas de Tráfico.

El art. 97 del TR de la LHL establece que *la gestión del IVTM corresponde al ayuntamiento del domicilio que conste en el permiso de circulación del vehículo*. Por su parte, el art. 30.2 del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos (RGV), establece la obligación del titular del vehículo de comunicar a la Jefatura de Tráfico correspondiente, entre otras circunstancias, la variación en el domicilio del titular del vehículo, con el objeto de que se proceda a la renovación del permiso de circulación del mismo. Esta comunicación deberá efectuarse en el plazo de quince días a computar desde que se produjo el cambio de domicilio a la Jefatura de Tráfico que expidió el permiso de circulación o a la de la provincia del nuevo domicilio del titular del vehículo, viniendo obligada la Jefatura de Tráfico a expedir un nuevo permiso o licencia de circulación en el que conste el nuevo domicilio y a notificar a los correspondientes ayuntamientos el cambio de domicilio producido.

El cumplimiento por parte de los contribuyentes del IVTM de la obligación que establece el art. 30.2 del RGV evitaría que hubiera discordancias entre el domicilio que consta en el permiso de circulación y su domicilio real. Se trata de una obligación del titular del vehículo. No se prevé la posibilidad de que la Administración de tráfico lleve a cabo la modificación anterior *de oficio* ni tampoco que la misma tenga lugar a instancias del ayuntamiento donde el titular del vehículo tiene su domicilio real, cuando resulte que no coincide con el consignado en el permiso de circulación. Esta situación puede provocar que el «domicilio del permiso de circulación» y el «domicilio real» del contribuyente no coincidan, cuestión de la que se derivaría otra pregunta: ¿qué ayuntamiento tiene derecho a exigir el impuesto cuando se produce esta divergencia?

La jurisprudencia ha seguido de forma prácticamente unánime un criterio formalista a la hora de interpretar el art. 97 del TR de la LHL, de manera que en aquellos casos en los que se ha acreditado por parte del contribuyente un cambio de domicilio real pero sin reflejo en el permiso de circulación del vehículo, ha considerado que el ayuntamiento competente para exigir el IVTM es el que figura en el permiso de circulación y no el del domicilio real o verdadero del contribuyente³⁷.

Esta situación, sin lugar a dudas, facilita las maniobras indicadas, en el sentido de que las entidades con grandes flotas de vehículos pretenderán «registrar» en los permisos de circulación de sus vehículos un domicilio que se corresponda con el municipio donde el impuesto es más reducido. Se trata de una cuestión sencilla de llevar a la práctica porque en principio bastará que el domicilio social que conste en los Estatutos de la sociedad se encuentre en dicho municipio o tengan en él algún tipo de sucursal. El hecho de que el domicilio del permiso de circulación de los vehículos no coincida posteriormente con el domicilio real, entendido éste como el domicilio fiscal que señala el

³⁷ Vid. la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 9 de febrero de 2000 (JT 2000/1055), la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de abril de 2000 (JT 2000/622) y la STSJ de Murcia de 6 de marzo de 2000 (JT 2000/769).

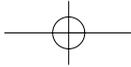
art. 48.2. *b*) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT)³⁸, no tendría consecuencia alguna en el IVTM en tanto en cuanto no se refleje en el permiso de circulación. A tal efecto conviene recordar que la normativa de tráfico no establece ni para la Administración de tráfico ni para la Administración municipal correspondiente, *a efectos del IVTM*, la posibilidad de instar de oficio el cambio de domicilio cuando se produce la circunstancia expuesta.

Sin lugar a dudas, la regulación actual no es la mejor posible desde la perspectiva del principio de capacidad económica y de los intereses de los ayuntamientos afectados. Siendo esto así, parece razonable no vincular exclusivamente el punto de conexión al domicilio que conste en el permiso de circulación. Este punto de conexión debe vincularse también con el domicilio fiscal del contribuyente, en la medida en que ambos no coincidan. Sin lugar a dudas, la utilización del domicilio fiscal en los términos en los que lo define el art. 48 de la LGT complicaría la gestión del IVTM, en la medida en que podrían surgir conflictos entre el ayuntamiento que consta en el permiso de circulación y el ayuntamiento que reclama el impuesto por estar localizado en su territorio el domicilio fiscal (real) del contribuyente. De hecho, este conflicto podría tener lugar incluso cuando a pesar de que coincidan el domicilio del permiso de circulación y el «domicilio fiscal declarado» por el contribuyente, la Administración tributaria pretende una modificación de oficio del domicilio fiscal, precisamente porque el declarado por el contribuyente no coincide con el real, de conformidad con el art. 48.4 de la LGT.

La utilización del domicilio fiscal como punto de conexión en el ámbito del IVTM parece la solución más razonable. Las dificultades que provocaría en la gestión del impuesto podrían corregirse a través de la colaboración prestada por la Administración general del Estado a través de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). En este sentido, sobre el IVTM sería competente no tanto el municipio que conste en el permiso de circulación del vehículo, sino el municipio donde se encuentre el domicilio fiscal del titular del vehículo a efectos de los impuestos gestionados por el Estado. Como el procedimiento de modificación de oficio del domicilio fiscal es ciertamente complejo, el mismo se llevaría a cabo por la AEAT y tendría efectos tanto en los impuestos estatales como en el IVTM. Con estos elementos la configuración del IVTM dependería no sólo de la información obrante en los Registros de Tráfico. Respecto al punto de conexión que determina el ayuntamiento competente dependería también de la información obrante en la AEAT en relación al lugar donde se encuentra el domicilio fiscal del contribuyente.

Pues bien, aunque ésta parece ser una de las soluciones más razonables para resolver el problema apuntado, lo cierto es que en la regulación vigente no tiene cabida una solución parecida. La discordancia entre la realidad y la información obrante en el permiso

³⁸ Señala este precepto lo siguiente: «El domicilio fiscal será [...] para las personas jurídicas, su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en el que se lleve a cabo dicha gestión o dirección. Cuando no pueda determinarse el lugar del domicilio fiscal de acuerdo con los criterios anteriores prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado».



La necesaria revisión del sistema tributario municipal

149

de circulación no puede ser resuelta del modo expuesto. Esta situación está provocando a determinados ayuntamientos pérdidas recaudatorias importantes, difíciles de resolver. Eso explica, por ejemplo, que el ayuntamiento de Madrid, cuando presentó al Estado el borrador de lo que ahora es la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, previera un precepto del siguiente tenor:

«2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 97 [TR de la LHL] el ayuntamiento de Madrid podrá exigir el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica a las personas jurídicas y a las entidades a las que se refiere el apartado 4 del art. 35 de la [LGT] cuyo domicilio social, sede de dirección efectiva, o mayor parte de sus activos se encuentre situado en el término municipal de Madrid, y respecto a los vehículos que racionalmente puedan considerarse afectos a la actividad desarrollada en dicho término municipal».

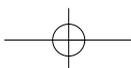
Como era probable, este precepto desapareció tanto del Proyecto de Ley como de la Ley finalmente aprobada, pues se trata de una medida que no puede establecerse sólo con respecto a un municipio —el de Madrid—, sino que precisa que sea adoptada con carácter general en el TR de la LHL para todos los ayuntamientos. De lo contrario, podría llegarse a la conclusión de que dos ayuntamientos fueran competentes en materia de IVTM sobre un mismo vehículo. Veamos el siguiente ejemplo: un vehículo respecto del cual el ayuntamiento que consta en el permiso de circulación no es el ayuntamiento de Madrid cuando es en Madrid donde se encuentra el domicilio social o la sede de dirección efectiva del titular del vehículo.

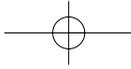
De acuerdo con lo anterior, parece razonable que no se hubiera aprobado un precepto del tenor anterior sólo para el ayuntamiento de Madrid. Ahora bien, el hecho de que desde el ayuntamiento de Madrid se planteara la aprobación de una norma de ese estilo constituye un buen ejemplo y pone de relieve la preocupación de los municipios y, entre ellos, de los de gran población, por los problemas que está produciendo el punto de conexión del IVTM previsto en el art. 97 del TR de la LHL.

Sin lugar a dudas, si el punto de conexión del IVTM se formulara en términos parecidos a los señalados aquí —vincularlo al domicilio fiscal del contribuyente—, se eliminaría o reduciría la existencia de los llamados «paraísos fiscales para los vehículos». Esto permitiría, en nuestra opinión, que los ayuntamientos pudieran ejercer efectivamente su competencia para incrementar el impuesto dentro de los márgenes que le autoriza el TR de la LHL, sin temer con ello a que se produzcan «éxodos artificiosos» de contribuyentes importantes hacia municipios donde la tributación es menor, precisamente porque *no han ejercido* su competencia para incrementar la cuota del IVTM.

4. El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras: la necesaria simplificación de la cuantificación del gravamen para reducir la conflictividad

El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO) es un ejemplo paradigmático de gravamen con un relativo potencial recaudatorio que, sin embargo,





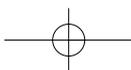
está notablemente mermado en su eficiencia por la significativa conflictividad tributaria que genera, lo que, ciertamente, induce a replantearse, no tanto su posición o pervivencia en el cuadro del sistema tributario municipal, cuanto aquellos aspectos del régimen jurídico más ligados a lo contencioso.

De forma prioritaria, en este orden de consideraciones, debe resolverse definitivamente qué partidas constituyen *real y efectivamente* la base imponible del gravamen. Porque, pese a los esfuerzos realizados por el legislador en las diferentes reformas operadas en el art. 102 del TR de la LHL, lo cierto es que sigue siendo el tributo más conflictivo precisamente al cuestionarse sistemáticamente algunos de los componentes que han formado parte de la construcción, instalación y obra, como gastos constitutivos de la base imponible del impuesto.

En efecto, como es sabido, desde la aprobación de la Ley de Haciendas Locales en 1988, el ICIO se cuantificaba conforme al «coste real y efectivo de las obras». El art. 103 de la citada LHL establecía que en el momento de la solicitud de la licencia «la base imponible del impuesto está constituida por el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, del que no forman parte, en ningún caso, el IVA y demás impuestos análogos propios de regímenes especiales, ni tampoco las tasas, precios públicos y demás prestaciones patrimoniales de carácter público local relacionadas con dichas construcciones, instalaciones u obras».

Pero salvo esos gastos expresamente excluidos de la base imponible, lo cierto es que ha sido enorme el debate —y la subsiguiente jurisprudencia— sobre las diferentes partidas que integran «el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra», esto es, la base imponible del ICIO. Con el anunciado objetivo de zanjar esta cuestión, la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, reformó la LHL en distintos aspectos, aclarando que «la base imponible del impuesto está constituida por el coste real efectivo de la construcción, instalación u obra, y se entiende por tal, a estos efectos, el coste de ejecución material de aquélla». Igualmente se aclaraba —y así se mantiene en la actual regulación— que, en todo caso, «no forman parte de la base imponible el Impuesto sobre el Valor Añadido y demás impuestos análogos propios de regímenes especiales, las tasas, precios públicos y demás prestaciones patrimoniales de carácter público local relacionadas, en su caso, con la construcción, instalación u obra, ni tampoco los honorarios de profesionales, el beneficio empresarial del contratista ni cualquier otro concepto que no integre, estrictamente, el coste de ejecución material».

Este loable empeño del legislador por configurar de forma cerrada la base imponible es, sin embargo, poco efectivo cuando la misma norma deja abierta la posibilidad de interpretar cuándo un coste es o no coste de ejecución material. En definitiva, trasladamos en último término el concepto indeterminado de «coste real efectivo» al de «coste de ejecución material» o al de estricto «coste de ejecución material». Hubiera sido preferible, en orden a evitar la mencionada conflictividad tributaria que genera este gravamen, listar qué no forma estrictamente parte de la base imponible, sin cláusulas de cierre generales que son las que provocan los indeseables efectos de ineficiencia en el impuesto.



La necesaria revisión del sistema tributario municipal

151

Evidentemente, establecer un listado cerrado de gastos de la construcción, instalación u obra que, aun constituyendo un gasto efectivo y real, no se considere como tal a efectos de determinar el coste de la citada obra o construcción, nunca privará por completo de conflictividad entre el órgano municipal y los obligados tributarios, pero, sin duda, sí lo reduciría en gran número o, al menos, respecto de la desproporcionada situación actual.

Tal sería el caso, por ejemplo, del beneficio industrial o —como denomina el art. 102.1 del TR de la LHL— «el beneficio empresarial del contratista» que pese a que expresamente «no forma parte de la base imponible», suele ser integrado como coste real de la obra cuando no aparece expresamente desagregado o diferenciado en el contrato de obra o certificaciones de obra correspondientes. Hasta el punto que tal circunstancia —la referida a que aparezca expresamente consignado y cuantificado el porcentaje de beneficio industrial— se viene considerando actualmente por parte de la Administración municipal como un requisito formal y objetivo que, de no cumplirse, impide excluir tal cantidad de la base imponible. Algo que debe considerarse contrario o, al menos, incongruente con la propia norma, pues si es cierto que el TR de la LHL excluye de la base imponible el beneficio industrial, y si también es cierto que *siempre* existe un beneficio industrial, habrá que computar necesariamente esta partida aun no estando expresamente cuantificada en el contrato o certificación de obra correspondiente. Lo contrario sería tanto como reconocer que toda construcción, instalación u obra se realiza por los contratistas sin beneficio alguno.

Tales hechos demuestran, en definitiva, la escasa eficiencia del ICIO dentro del cuadro de recursos fiscales de las Haciendas Locales, porque, aun tratándose de la tercera fuente en importancia de ingresos tributarios —tras el IBI y las tasas (*vid.* Tabla 1)— representando casi un 10 por 100 del conjunto de ingresos, lo cierto es que exhibe un elevado grado de controversia en lo que se refiere a los elementos de cuantificación del gravamen, lo que lo aleja de los umbrales deseables de eficiencia, sencillez y agilidad en la gestión. Máxime cuando se trata de un tributo real, objetivo y de producto, de manera que no resulta imprescindible teñir de elementos subjetivos el gravamen, sino todo lo contrario, objetivar al máximo los elementos de cuantificación para gravar en proporción a un coste de la construcción, instalación u obra. Parece, por tanto, razonable que los elementos de cuantificación del gravamen se determinen de la forma más objetiva posible en orden a reducir la citada conflictividad tributaria, lo cual, como decimos, exige enumerar o listar si ello fuera necesario el conjunto de gastos que constituyen «coste real efectivo» o «coste de ejecución material» de la obra.

Podrían eventual e involuntariamente integrarse en la base imponible costes que no se derivaran de la ejecución material, pero ello es preferible al actual e indeseable exceso de recursos y reclamaciones interpuestos en orden a precisar qué gastos son «coste de ejecución material». Y si a ello añadimos que la gestión de este tributo está encomendada íntegramente a los ayuntamientos, deviene imprescindible objetivar sus elementos estructurales y, por tanto, su cuantificación, y atribuirle esa naturaleza de gravamen real o de producto despojándolo de cualquier elemento variable en su determinación y cuantificación.

Pero no sólo es imprescindible aclarar y objetivar los conceptos integrantes de la base imponible. Quizá con más urgencia que ello, resulta imprescindible, por puras razones de neutralidad y equidad, someter a tributación toda obra sometida a control urbanístico, con independencia de que sea o no necesaria la preceptiva licencia.

En efecto, como es sabido, existe un buen número de construcciones y obras que están sometidas a régimen de comunicaciones, o incluidas en proyectos de urbanización que, sin embargo, no tributan, con un claro tratamiento discriminatorio con respecto de aquellas otras que requieren licencia municipal y a las que se les exige el ICIO. Piénsese, por ejemplo, en las obras realizadas por el Estado u otros entes territoriales a los que no se les exige licencia municipal, aunque sí otros informes que suplen y cumplen la función de control urbanístico que compete al ayuntamiento; o determinadas obras, como las órdenes de ejecución, en las que no existe obviamente licencia de obra³⁹; o las construcciones, instalaciones y obras respecto de las cuales el municipio ha sustituido la exigencia de la preceptiva licencia por otro tipo de actos de fiscalización urbanística como son, por ejemplo, los actos comunicados; o, piénsese, en fin, en las obras realizadas al amparo de proyectos de urbanización.

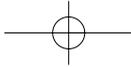
Es evidente que en todos estos supuestos se realiza el hecho imponible, y se realiza en la mayoría de los casos con absoluta demostración de la capacidad económica; paradigmático de este supuesto es el de los proyectos de urbanización que añaden un significativo valor al terreno por la actuación y que, sin embargo, quedan excluidos del gravamen.

En relación a los sujetos pasivos, la norma mantiene una regulación clara en un aspecto y oscura en otro. Creemos que, pese a alguna jurisprudencia disonante, el art. 101.2 del TR de la LHL deja suficientemente nítido que, existiendo sustituto, será con él y no con el contribuyente con quien tengan que entenderse las actuaciones de la Administración tributaria municipal. Los pronunciamientos prácticamente unánimes habidos en los últimos años —especialmente del Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid— avalan esta afirmación confirmando la claridad del precepto en este extremo.

Por el contrario, sí que debería precisar la norma que para ser sustituto del contribuyente, no es suficiente la mera presentación de la solicitud de licencia o declaración, sino que ha de exigirse una *especial vinculación* con el contribuyente. Más aún, debería atribuirse la condición de sustituto al propietario del inmueble cuando no tiene la condición de contribuyente, esto es, cuando no coincide con el dueño de la obra.

Un problema tan recurrentemente denunciado como irreal en este gravamen es el de su *compatibilidad* con la tasa por licencias urbanísticas. En efecto, la duplicidad que aparentemente se produce entre este impuesto que grava la actividad constructora y la tasa

³⁹ Respecto de éstas, muchas Ordenanzas fiscales equiparan tales órdenes de ejecución a las licencias de obras, de manera que quedan, en todo caso, sujetas al ICIO. Recientemente el Tribunal Económico Administrativo Municipal de Madrid, en su Resolución de 7 de febrero de 2008, así lo ha entendido al «equiparar urbanística y fiscalmente» las órdenes de ejecución a las licencias de obras.



La necesaria revisión del sistema tributario municipal

153

que grava el servicio prestado por el ayuntamiento de verificación y control de la actividad constructiva o urbanística, no puede producirse en la medida en que los hechos impositivos que se gravan son bien distintos: en el primer caso la actividad constructora, y en el segundo el servicio de control que se realiza por dicha actividad. La circunstancia objetiva de que recaigan ambos tributos —con hechos impositivos distintos— sobre la misma materia imponible —la actividad constructora— no supone que se produzca una duplicidad proscrita.

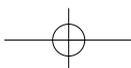
Ahora bien, pese a ser ello cierto, no lo es menos que dicha situación multiplica los costes de gestión desde la perspectiva del ayuntamiento y los de cumplimiento desde el punto de vista de las entidades constructoras. Por todo ello se ha afirmado con enorme acierto que «deben darse pasos hacia la simplificación de estos tributos. En concreto, se trata de suprimir la tasa por licencias urbanísticas, impidiendo su exigencia, y de elevar el tipo de gravamen de este tributo. De esta forma, no se produce merma alguna en los ingresos municipales. Todo ello con la salvedad de los proyectos de urbanización, cuyo tipo de gravamen debería permanecer igual, ya que su elevación no se puede justificar por la supresión de una tasa que, en este caso, no se exige»⁴⁰.

En materia de gestión, es enormemente sugerente la propuesta que se formula en el informe técnico emitido a instancias de la FEMP⁴¹, en el que, con el objetivo de simplificar la gestión del tributo y evitar problemas de elusión fiscal, se propone establecer unos módulos objetivos del coste de las construcciones, instalaciones y obras en la ordenanza fiscal del tributo correspondiente y que sirvan tanto para calcular el ingreso a cuenta que debe producirse con anterioridad al inicio de la obra, como para practicar la autoliquidación que proceda una vez terminada ésta en atención a la efectivamente realizada. Para la fijación de estos módulos, se propone que la Ley establezca «unos criterios generales que garanticen la justicia y equidad del gravamen, entre los que debe destacarse que el importe tiene que ser equivalente al coste normal o medio de cada tipo edificatorio, según la clase, modalidad, categoría y localización geográfica. En todo caso, el contribuyente ha de poder renunciar a este régimen de determinación de la base imponible, siempre que lo haga con anterioridad al devengo del tributo. La base pasará a determinarse en régimen de estimación directa, siendo de aplicación tanto para el ingreso a cuenta como para la autoliquidación correspondiente al momento en que se haya terminado la obra»⁴².

⁴⁰ Así lo mantienen J. ZORNOZA PÉREZ y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, «Las Haciendas Locales: esas grandes olvidadas», *op. cit.*, p. 89.

⁴¹ Por J. SUÁREZ PANDIELLO (coord.), *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*, *op. cit.*, p. 296.

⁴² J. SUÁREZ PANDIELLO (coord.), *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*, *op. cit.*, p. 296.



5. El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana: *valor catastral referenciado*, plusvalías inferiores al año y cierre registral

Este impuesto, que tiene carácter facultativo, se caracteriza porque su configuración y aplicación es relativamente sencilla. Ello responde fundamentalmente a tres motivos: *a)* la base imponible se fija a partir del valor del suelo o terreno que se deriva del valor catastral del inmueble (art. 107 del TR de la LHL); *b)* el valor catastral no puede ser objeto de impugnación en el marco de la gestión del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IVTNU)⁴³, y *c)* el incremento de valor que resulta gravado se determina a través de un método objetivo que no puede ser objeto de discusión por parte del obligado tributario siempre y cuando, claro está, dicho método objetivo se haya aplicado correctamente. Como es sabido, se trata simplemente de determinar el periodo de generación del incremento en función del tiempo que haya permanecido el bien en el patrimonio de un sujeto antes de su transmisión y, posteriormente, multiplicarlo por el coeficiente que prevé el art. 107.4 del TR de la LHL o la ordenanza fiscal correspondiente.

Como se puede observar, al igual que en el IBI, el valor catastral del inmueble tiene también gran relevancia para el IVTNU. Al ser este valor, como explicamos al hilo del IBI, un valor estático por comparación con el valor de mercado, se pueden traer aquí las mismas críticas que realizamos en su momento, en la medida en que al no tomarse como referencia el valor de mercado (del suelo) es posible que el incremento de valor sobre el que recae el tributo no sea el realmente producido conforme a valores de mercado. Es por ello por lo que en el ámbito de este impuesto podría tener cierto sentido tomar como referencia un valor lo más cercano al valor de mercado, como sería el *valor catastral referenciado* al que nos hemos referido en el epígrafe del IBI.

No obstante, somos conscientes que en dicho epígrafe esgrimimos una serie de obstáculos y argumentos en contra de esta opción. Pues bien, en nuestra opinión, dichos obstáculos en el marco del IVTNU pueden resolverse con cierta facilidad, particular que hace recomendable su adopción en este gravamen. En este sentido, no podemos perder de vista que el IVTNU, al ser un tributo facultativo, puede no existir en todos los municipios, extremo que reduce ya de por sí, en una importante cuantía, el número de «hechos imponibles» objeto de exacción y gestión. Además, existe otro factor aún más importante: el IVTNU sólo se exige cuando se enajena un bien inmueble de naturaleza urbana, lo cual supone que el número de «hechos imponibles» a gestionar cada año se reduce sensiblemente, por comparación con el IBI, en la medida en que se excluyen los bienes de naturaleza rústica y, sobre todo, los de naturaleza urbana cuando no se ha producido enajenación alguna.

⁴³ Vid. la STS de 23 de enero de 1999, recurso 5470/1998 (RJ 1999/68) y los siguientes pronunciamientos: STSJ de Extremadura, de 26 de julio de 2002, recurso 2194/1998 (Normacef Fiscal); STSJ de Canarias, de 6 de septiembre de 2000, recurso 2117/1996 (Normacef Fiscal), y STSJ de Castilla-La Mancha, de 3 de enero de 2005, recurso 7/2004 (Normacef Fiscal).

La necesaria revisión del sistema tributario municipal

155

Por otra parte hay que tener en cuenta que de adoptarse el *valor catastral referenciado* para el IVTNU debería permitirse algo que no es posible en el momento actual con el valor catastral, esto es, impugnar el mismo al hilo de su gestión. Parece razonable que ello sea así, porque el *valor catastral referenciado* que pueda tener un inmueble a efectos del IBI no tiene por qué coincidir con el aplicable al IVTNU, toda vez que el primero se fija en atención a la situación a uno de enero de cada año, y el segundo debe tener en cuenta lo sucedido en un momento, que no será siempre coincidente con el del IBI, que es cuando se realiza el hecho imponible por la enajenación del bien inmueble.

Sin duda alguna, permitir la impugnación del *valor catastral referenciado* en el IVTNU podría provocar que este impuesto perdiera una de sus virtudes más importantes como es la ausencia casi completa de litigiosidad en cuanto a la determinación del incremento de valor sujeto a gravamen. Y ello incluso si se atribuye al Catastro tanto la determinación de dicho valor (lo cual parece razonable), como el conocimiento de los recursos que los obligados tributarios pudieran plantear contra el mismo cuestionando que no refleja realmente el valor de mercado (particular que perfectamente podría atribuirse a cada ayuntamiento).

En nuestra opinión, este obstáculo podría salvarse o amortiguarse sensiblemente estableciendo expresamente en el TR de la LHL que en el caso de que el obligado tributario liquidara el impuesto por un valor distinto al *valor catastral referenciado*, la carga de probar que el valor de mercado es diferente recae sobre él. Con toda probabilidad, al invertirse en cierto modo la carga de la prueba, se reduciría sensiblemente los litigios en esta materia, pues a la Administración competente (Catastro o ayuntamiento) le bastaría con acreditar en el procedimiento de comprobación de valores cuál es el *valor catastral referenciado* del inmueble fijado por el Catastro en el momento de producirse el devengo del IVTNU. Si el obligado tributario no acredita que el valor de mercado era diferente, o se considera que los medios de prueba aportados no son suficientes, prevalecería el *valor catastral referenciado*. La mera existencia de este valor haría que la actuación de la Administración competente estuviera suficientemente motivada, eliminando, por consiguiente, el peligro de que el acto de liquidación se anulara por falta de motivación. Y ello porque el valor que esgrimiría la Administración competente sería precisamente el *valor catastral referenciado* determinado por el Catastro. Si esto es así, la gestión de las comprobaciones de valores del IVTNU eludiría una de las principales causas por las que tanto en vía administrativa como en vía judicial se anulan las liquidaciones resultantes de los procedimientos de comprobación de valores en otros impuestos como el de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, esto es, la falta de motivación.

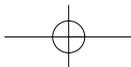
Esta propuesta que hemos formulado aquí no ha tenido todavía el reflejo correspondiente en el TR de la LHL. Sin duda se trata de una modificación de calado que exige, con carácter previo, que el Catastro pueda fijar y comunicar en tiempo real el *valor catastral referenciado*. Mientras que lo anterior tiene lugar, el TR de la LHL debería ser modificado en relación al IVTNU para mejorar dos aspectos de su regulación y gestión. Nos referiremos a ellos muy brevemente.

El primero es que el periodo de generación del incremento de valor se calcule por meses o por días, y no en función de años completos, con la finalidad principal de que no queden sin gravamen, como sucede en el momento actual, las plusvalías más especulativas como son las que su periodo de generación es inferior al año. Sólo existe en la actualidad un municipio en España en que dichas «plusvalías» no quedan sin gravamen. Se trata del ayuntamiento de Barcelona, que puede sujetar a imposición las mismas por establecerlo así el art. 51 de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona:

«1. En los hechos imponibles de este tributo cuyo periodo de generación sea inferior al año, a excepción de las transmisiones gratuitas por causa de muerte, la base imponible se hallará aplicando al valor del terreno en el momento del devengo, derivado de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 107 del [TR de la LHL], el porcentaje de incremento que establezca la Ordenanza fiscal, sin superar el límite del 5 por 100 anual. 2. El porcentaje anual de incremento que apruebe la Ordenanza fiscal se aplicará en función de los meses completos durante los cuales se haya generado el incremento gravado».

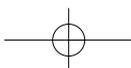
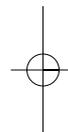
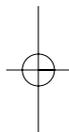
Como parece lógico, no tiene mucho sentido que este aspecto esencial del tributo tenga una regulación especial en un concreto municipio, sobre todo cuando la regulación más razonable es precisamente la que no se prevé para el resto. Consideramos, por tanto, que tiene todo su sentido y justificación que lo previsto para el ayuntamiento de Barcelona se introduzca en el TR de la LHL para todo el territorio nacional.

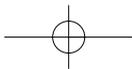
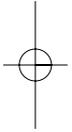
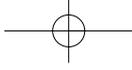
El segundo aspecto se refiere a los mecanismos de control del impuesto, sucediendo algo parecido al caso anterior, en el sentido de que lo que sería deseable para todo el territorio sólo es posible en un concreto municipio. Pues bien, como es sabido, en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y en los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados existe cierre registral, entendiéndose por tal la imposibilidad de realizar inscripción alguna en el Registro de la Propiedad de aquellos documentos que recojan operaciones gravadas por los mismos sin que antes se haya acreditado su pago. Tal cierre registral no alcanza a las obligaciones derivadas del IVTNU, por lo que es posible inscribir una escritura pública en el Registro de la Propiedad sin haber liquidado previamente este impuesto. Es evidente que si también en este impuesto existiera cierre registral, de modo indirecto se estaría asegurando con mayor intensidad su recaudación. Pues bien, en el ámbito del ayuntamiento de Madrid ese cierre registral existe por haberlo establecido así la disposición adicional sexta de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, cuyo tenor es el siguiente: «el Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por [el IVTNU] en el ayuntamiento de Madrid, sin que se acredite previamente, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la correspondiente declaración o comunicación». Es evidente que tiene todo su sentido extender esta previsión para todo el territorio, para lo cual debería incluirse una disposición similar en el TR de la LHL.

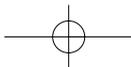


III. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: «Informe de la Ponencia de estudio de la financiación local, constituida en el seno de la Comisión de Entidades Locales, de 10 de diciembre de 2007», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, núm. 849, de 17 de diciembre de 2007.
- GALLEGO MORA-ESPERANZA, J.: «La inteligencia artificial aplicada a la valoración de inmuebles. Un ejemplo para valorar Madrid», *Catastro*, núm. 50, 2004.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR, M.^a L.: «El impuesto sobre bienes inmuebles», en AA.VV., *Los tributos locales*, Madrid, Civitas, 2005.
- MIRANDA HITTA, J.: «El Catastro y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles», *Catastro*, núm. 50, 2004. — «El Catastro y las Haciendas locales», *Papeles de Economía Española*, núm. 115, 2008.
- POVEDA BLANCO, F.: «¿Es posible resucitar el IAE?», *Papeles de Economía Española* (monográfico sobre «Competencias, financiación y gestión de los entes locales»), núm. 115, abril, 2008.
- SÁNCHEZ GARCÍA, N.: «Uniformidad y diversidad de los sistemas tributarios municipales», *Revista Tributaria de las Oficinas Liquidadoras*, núm. 17, marzo/abril 2009.
- SUÁREZ PANDIELLO, J. (coord.): *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*, Salamanca, Gráficas Varona, S. A., 2008.
- VEGA BORREGO, F. A.: *El impuesto sobre el patrimonio*, Valencia, Tirant lo blanch, 2007.
- ZORNOZA PÉREZ, J., y MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: «Las Haciendas Locales: esas grandes olvidadas», *Papeles de Economía Española*, núm. 115, 2008.







La delimitación y el gobierno del fenómeno metropolitano en España

Carmen NAVARRO GÓMEZ

*Profesora Contratada Doctora de Ciencia Política y Relaciones Internacionales
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN

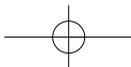
El presente artículo examina la situación actual del fenómeno metropolitano en España. Se aproxima en primer lugar a la definición de «área metropolitana» en nuestro sistema político, identificando las carencias y desfases existentes en nuestro país sobre una delimitación clara y unívoca de este tipo de espacios, intentando explicar sus causas. A continuación aporta una delimitación de las áreas metropolitanas españolas de más de 200.000 habitantes describiendo sus dinámicas. En una segunda parte realiza una aproximación crítica a las diferentes tradiciones existentes en la disciplina de los estudios urbanos sobre cómo organizar políticamente los espacios metropolitanos para finalizar con las experiencias españolas y muy especialmente la del área metropolitana de Madrid.

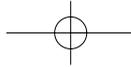
Palabras clave: gobierno local; políticas públicas; gobernanza

ABSTRACT

This contribution looks at the metropolitanization of the Spanish urban spaces. It starts with the definition of a «metropolitan area» in our system, identifying the deficiencies of the concept and the gap affecting the country in the elaboration and clear listing of metropolitan areas compared to other western countries. It goes on with the identification of the metropolitan areas the above 200,000 inhabitants and the general trends of their dynamics. In its second part it analyses the different academic traditions offering answers on how to organize and political manage metropolitan areas. Finally, it contrasts with the Spanish experience and particularly with Madrid metropolitan area.

Key words: local government; public policy; governance





SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DEFINICIÓN DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS.—
 1. Dificultades para la delimitación de criterios de definición de áreas metropolitanas españolas.—
 2. Evolución de la organización de los espacios metropolitanos durante el siglo XX.—3. Diferentes estudios de las áreas metropolitanas españolas.—III. DINÁMICAS DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS ESPAÑOLAS.—1. Expansión.—2. Dispersión urbana.—3. Especialización funcional.—IV. TEORÍAS Y TRADICIONES EN LA GESTIÓN Y GOBIERNO DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS.—
 1. La tradición de la reforma institucional.—2. La tradición de la elección pública (*public choice*).—
 V. EL GOBIERNO DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS ESPAÑOLAS Y EL CASO ESPECIAL DE MADRID.—1. La situación general de las áreas metropolitanas españolas.—2. El caso excepcional del Área Metropolitana de Madrid.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

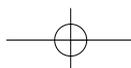
I. INTRODUCCIÓN

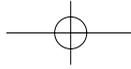
España se confirma claramente como un país urbano desde el punto de vista demográfico, con 83 grandes áreas urbanas, que agrupan 744 municipios en donde viven unos 36 millones de personas. Dicho de otro modo, en el 9 por 100 de los municipios españoles, que ocupan el 20 por 100 de la superficie del país, se concentra el 80 por 100 de la población.

En efecto, uno de los rasgos que marcó el desarrollo de España en el siglo XX fue el proceso de urbanización. La transición de una economía basada en la agricultura a una industrializada y a la vida urbana fue relativamente tardía en comparación con el resto de Europa, y continuó durante la mayor parte del siglo. En 1960 la mitad de la población aún residía en municipios de menos de 20.000 habitantes (que normalmente son considerados no urbanos). Es a partir de esta fecha cuando las ciudades españolas entran en el periodo de mayor expansión de su historia, aumentando su población muy notablemente durante las décadas de los años sesenta y setenta, mientras que —en términos generales— desde 1975 su desarrollo avanza a un ritmo más lento. En 1959 —dadas las posibilidades que ofrecía la nueva situación internacional y el fracaso de las políticas económicas autárquicas mantenidas hasta entonces por el régimen franquista— comenzó la implementación de medidas que permitieron una aceleración del proceso de industrialización de la mano de una transformación de las estructuras urbanas del país. Dado que las infraestructuras y la tradición industrial eran en ese momento aún incipientes, el desarrollo y la inversión se centraron de manera muy acentuada en las pocas áreas urbanas entonces existentes. Es la época de intensos movimientos migratorios desde las zonas rurales y poco desarrolladas a las ciudades.

Entre 1960 y 1975, las cinco principales ciudades españolas (Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla y Bilbao) experimentaron un enorme crecimiento demográfico. Madrid, que ya contaba con el primer puesto como ciudad más poblada del país, pasó de 2,3 millones de habitantes a casi cuatro millones, con un crecimiento del 75 por 100. La expansión de la población se produjo con parecida intensidad en las áreas metropolitanas de Barcelona (59,1 por 100) Valencia (55,4 por 100) Bilbao (60 por 100) y —en menor medida, pero situada por encima de la media nacional— en la ciudad de Sevilla.

Este crecimiento vino de la mano de unas limitadísimas planificación e inversión públicas debido, en parte, al gran ritmo con que se produjo el fenómeno, así como a la





falta de mecanismos democráticos a través de los cuales encauzarlo. Como resultado, se constituyeron los primeros anillos alrededor de las grandes urbes con innumerables carencias en cuanto a infraestructuras, servicios y condiciones que promovieran la calidad de vida para los ciudadanos recién llegados a estas grandes aglomeraciones.

A mediados de los años setenta, la economía española —junto a la europea— inició un importante proceso de reajuste estructural que determinaría la desaparición de algunos sectores industriales y el aumento del sector de servicios. Paralelamente a este proceso, el crecimiento demográfico en las grandes áreas urbanas fue ralentizándose. El cambio en la tendencia en los asentamientos se debió tanto a la caída del crecimiento vegetativo de la población como a la reducción del flujo interno de migración hacia las áreas urbanas. Este último fenómeno fue resultado de un contexto de crisis económica y de un ligero descenso en la concentración territorial de los procesos productivos (Castañer y Boix, 2002). El crecimiento urbano desde los años ochenta sufrió una importante ralentización acomodándose a patrones de asentamientos más «difusos» o de mayor dispersión.

El paisaje de la evolución de los asentamientos de la población sobre el territorio se completa con el reciente fenómeno de la inmigración que experimenta el país de manera muy intensiva en los últimos diez años. La población extranjera pasa de representar un 5 por 100 del total en 1996 a más de un 10 por 100 en 2006. Aunque en términos absolutos esta población se dirige a las grandes áreas urbanas, es en las pequeñas áreas donde existe un mayor nivel de concentración, en especial en los municipios costero-turísticos.

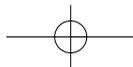
II. DEFINICIÓN DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS

El concepto de «área metropolitana» (AM) suele referirse a un territorio urbano que engloba una ciudad central que normalmente da nombre al área y una serie de municipios —conectados con la ciudad central— que pueden funcionar como ciudades dormitorio, industriales, comerciales y de servicios, con los que mantiene relaciones de interdependencia.

1. Dificultades para la delimitación de criterios de definición de áreas metropolitanas españolas

Delimitar el concepto de áreas metropolitanas en España y conformar una relación de las que existen no es tarea fácil. A diferencia de otros países del entorno en donde las autoridades estadísticas ofrecen definiciones de las áreas metropolitanas normalmente basadas en las relaciones «funcionales» medidas por la intensidad de los flujos de «movilidad forzada»¹ entre los municipios periféricos y la ciudad central, las autoridades espa-

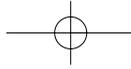
¹ Los desplazamientos que se producen a diario entre municipios del área por razón de trabajo.



ñolas no la han producido. Esta falta de definición específica y de determinación unívoca de su número y composición se puede explicar por dos circunstancias. Por un lado, por el hecho de que el censo no haya incluido hasta muy recientemente de forma sistemática las variables relativas a la «movilidad forzada», instrumento clave de cara a delimitar las áreas metropolitanas funcionales. Por otro lado, por la circunstancia de que el término «área metropolitana», como tal, constituya una categoría jurídico-institucional establecida en el ordenamiento jurídico que no se corresponde con la identificación de un fenómeno metropolitano en términos funcionales. Un «área metropolitana» para la Ley 7/1985, Reguladora de Bases del Régimen Local consiste en una institución legal/formal que pueden crear las Comunidades Autónomas en sus territorios para organizar la provisión de determinados servicios públicos.

La primera de las circunstancias señaladas nos sitúa ante la inexistencia de una definición estadística clara de las áreas metropolitanas en el caso español. Si miramos a los países de nuestro entorno, observamos que el criterio más difundido para la definición de áreas metropolitanas es el referido a la «integración» o «interdependencia». Se entiende que si no hay interdependencia espacial entre diversos municipios (cualquiera que sea la definición de este concepto) no puede hablarse de un proceso metropolitano. La interdependencia suele medirse a través de datos sobre «interrelaciones funcionales», esto es, con información sobre el conjunto de actividades y procesos ligados a las funciones productivas. Así, la movilidad residencia/trabajo (un porcentaje determinado de la población activa de un municipio que se traslada diariamente a trabajar a otro municipio, normalmente, a la ciudad central) es el criterio que mejor capta el concepto de interdependencia funcional «tanto por su carácter material —el desplazamiento espacial— como porque refleja mejor que ningún otro la existencia de un mercado unitario de trabajo y residencia» (FERIA, 2004). En el caso francés, por ejemplo, para considerar un espacio como área metropolitana (*aire urbaine*) debemos estar ante: *a*) un centro urbano (*pôle urbain*) y una corona suburbana (*couronne périurbaine*) compuesto por unidades locales en cada una de las cuales al menos el 40 por 100 de su población activa trabaje en la ciudad central o en otro centro urbano secundario del área (HOFFMANN-MARTINOT, 2005).

Pues bien, en el caso español hay que tener en cuenta que, en el registro histórico del censo, los datos sobre movilidad forzada han sido históricamente relativamente parciales y discontinuos. Hasta la década de los ochenta este tipo de información no era registrada en el censo correspondiente ni en las encuestas pertinentes de forma sistemática. En el censo del año 1991 las variables relacionadas con el lugar de trabajo habían desaparecido del cuestionario básico en todo el país, y fue sólo el interés de ciertos gobiernos autonómicos lo que permitió que fueran incluidas en los cuestionarios utilizados en sus respectivos territorios (FERIA, 2004). Hay que esperar hasta el del año 2001 para encontrar un censo con preguntas iguales para todo el Estado sobre el tipo y el lugar de trabajo y con referencias añadidas al tipo de transporte utilizado y a la duración del trayecto. El potencial de la información extraída de esta fuente es muy alto y su explotación ya está permitiendo cerrar el desfase que —con respecto a nuestros vecinos— tenemos en el conoci-



La delimitación y el gobierno del fenómeno metropolitano en España

163

miento de las áreas metropolitanas funcionales, pues posibilita la realización de estudios sobre las relaciones entre municipios de espacios urbanos interdependientes de manera homogénea y aplicable a todo el territorio.

En segundo lugar, la posibilidad que se da a las Comunidades Autónomas de crear una categoría «jurídico-institucional» denominada «área metropolitana» cuando así lo estimen conveniente ha añadido confusión al ámbito de la definición de estos espacios.

La Constitución española no hace una mención a las áreas metropolitanas pero hace factible su reconocimiento al disponer, el art. 141.3, la posibilidad de «agrupaciones de municipios diferentes de la provincia» y prever, el art. 152.3, que «mediante la agrupación de municipios limítrofes los estatutos podrán establecer circunscripciones territoriales propias que gozarán de personalidad jurídica».

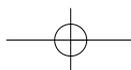
En el desarrollo jurídico posterior, más concretamente en la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local de 1985, se acabó definiendo las «áreas metropolitanas» como fórmulas organizativas (entidades locales) de que disponen las Comunidades Autónomas para organizar en su territorio la coordinación de la acción de varios municipios vinculados por lazos económicos o sociales:

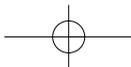
«Art. 43 Ley 7/1985 Reguladora de Bases de Régimen Local.

1. Las Comunidades Autónomas, previa audiencia de la Administración del Estado y de los ayuntamientos y diputaciones afectados, podrán crear, modificar o suprimir, mediante Ley, áreas metropolitanas, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos estatutos.
2. Las áreas metropolitanas son entidades locales integradas por los municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existen vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras.
3. La legislación de la Comunidad Autónoma determinará los órganos de gobierno y administración, en los que estarán representados todos los municipios integrados en el área; el régimen económico y de funcionamiento, que garantizará la participación de todos los municipios en la toma de decisiones y una justa distribución de cargas entre ellos; así como los servicios y obras de prestación o realización metropolitana y el procedimiento para su ejecución».

Por tanto, es cada Comunidad Autónoma quien decide crear, modificar o suprimir estas entidades de decisión y gestión metropolitana. Como una política «top-down» o de «arriba-abajo», las CCAA poseen la capacidad autónoma de decidir si apoyar (o no) la institucionalización de un «área metropolitana» para coordinar servicios y políticas concretas. En los casos en que llegan a conformarse, se suelen limitar al tratamiento de materias relacionadas con el medio ambiente (recogida de basuras, suministro de agua y alcantarillado, etc.) o al transporte.

Como era de esperar, muy pocos gobiernos regionales han hecho uso de esta prerrogativa y cuando han decidido activarla (sólo Barcelona o Valencia hasta la fecha) lo han hecho de forma muy limitada. Ello resulta comprensible si consideramos que otro nivel





adicional de gobierno (el metropolitano) es percibido por las Comunidades Autónomas como competidor, siendo que estas mismas son actores aún en vías de consolidación y cierre definitivo dentro del sistema político español. Por tanto, nos encontramos con una situación paradójica en la cual los instrumentos que el sistema ofrece para la consolidación institucional de las áreas metropolitanas, lejos de contribuir al desarrollo y expansión de este tipo de fórmula organizativa, han sido percibidos por las CCAA como amenaza y, por tanto, infrutilizadas al ver más inconvenientes que ventajas en iniciar dichos procesos.

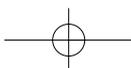
2. Evolución de la organización de los espacios metropolitanos durante el siglo XX

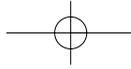
El hecho de que en la actualidad apenas haya áreas metropolitanas reconocidas con carácter jurídico-formal no implica que la tendencia global de «metropolitanización» (funcional) haya sido ajena al país. Tampoco indica que no haya habido experiencias de organizar institucionalmente dichos espacios.

Con respecto a esto último, ya en la década de los cuarenta comenzaron a ponerse en marcha las primeras iniciativas para coordinar asuntos metropolitanos, lanzadas por las autoridades centrales en el contexto de un régimen centralista no democrático. Gran Madrid en 1944, Gran Bilbao en 1946 y Gran Valencia en 1949 representan modelos de consolidación institucional de áreas metropolitanas. La idea que subyacía era la de producir una planificación urbana más eficiente y promover una fusión de pequeños municipios y su anexión a la ciudad central. Estas medidas fueron la respuesta a los retos que habían afrontado las ciudades en el proceso de un enorme crecimiento irregular nunca antes visto. Las medidas especiales para Barcelona (en 1960) y para Madrid (en 1963) fueron el comienzo de una nueva andadura en el proceso de desarrollo de un sistema específico para las grandes ciudades y sus respectivas áreas metropolitanas.

Por tanto, el Gran Madrid, Gran Valencia y Gran Bilbao fueron creados de acuerdo a estas líneas generales, dedicados casi por completo a temas de planificación urbana, constituyendo, junto con las unidades administrativas para servicios específicos (por ejemplo, el Canal de Isabel II encargado del suministro a Madrid o las Autoridades de Transporte Metropolitano encargados de suministrar servicios de transporte), los principales antecedentes de lo que conocemos hoy en día como áreas metropolitanas (BARRERO RODRÍGUEZ, 1993).

En la década de 1960 España comenzó a salir de la autarquía impuesta por el régimen y asistimos a un periodo de importante crecimiento económico. El fenómeno metropolitano comenzó a rebosar las fronteras de la ciudad ya ampliada. En concreto en Madrid se creó un organismo público de cara a ejercer labores de coordinación en asuntos muy concretos. La COPLACO (Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana) centraba sus actividades en asuntos de gestión urbana. Comprendía 23 municipios (incluyendo la «nueva» ciudad de Madrid a la que unos años antes se le habían anexionado 13 municipios). La comisión estaba compuesta prin-





principalmente por representantes de la ciudad de Madrid junto a dos alcaldes más del resto de municipios.

Dos características fundamentales definen estas experiencias de organización metropolitana. En primer lugar, se centran muy especialmente en la planificación urbana. En segundo lugar, existe un papel intervencionista por parte de las autoridades centrales en el diseño e implementación de las políticas metropolitanas. Ambas características son fáciles de comprender si tenemos en cuenta el tipo de Estado y de entidades locales que existieron durante los años del régimen de Franco. Los municipios no proveían numerosos servicios o políticas. La planificación urbana fue una de las pocas tareas que llevaban a cabo y fue, por tanto, el centro de la acción coordinada. Los otros asuntos de interés público para una agenda metropolitana (transporte e infraestructuras, desarrollo económico, medio ambiente, etc.) se correspondían o bien con materias poco o nada desarrolladas (recordemos que el Estado de Bienestar en España sólo comienza a desplegarse en los años ochenta) o a servicios ofrecidos por el gobierno central en un sistema fuertemente centralizado.

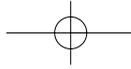
Ya en la actualidad, en respuesta a la pregunta de si hoy en día estamos ante unas pautas de asentamiento en donde prima el fenómeno metropolitano, podemos contestar afirmativamente con rotundidad. Bien es cierto que antes de los años ochenta se podría haber defendido que la tendencia metropolitana estaba limitada a las cinco ciudades más importantes (Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla y Bilbao). Más recientemente, sin embargo, la implementación de un modelo de Estado de las Autonomías ha contribuido a la aparición de nuevos centros urbanos junto a sus correspondientes asentamientos suburbanos, lo que ha aumentado la cantidad y variedad de espacios metropolitanos existentes. A pesar de las conclusiones que puedan sacar revisando la literatura disponible sobre áreas metropolitanas, existe «vida metropolitana» en España más allá de Madrid y Barcelona. En la actualidad los estudios más exhaustivos en el tema (*Atlas Estadístico de las Áreas Urbanas en España*, 2004) identifican la existencia de 27 áreas metropolitanas por encima de 200.000 habitantes².

3. Diferentes estudios de las áreas metropolitanas españolas

A pesar de la sistemática falta de medición e información y de la confusión creada por la existencia de áreas metropolitanas como categorías jurídico-institucionales que no dan cuenta de la extensión del fenómeno metropolitano, se han producido estudios —llevados a cabo tanto por académicos en las universidades como por equipos técnicos en las agencias públicas— que pueden ayudarnos a esbozar la línea de demarcación de las áreas metropolitanas españolas y a observar sus características y patrones de desarrollo.

Por el lado académico, disponemos del trabajo realizado por un equipo en la Universidad Politécnica de Barcelona (ROCA CLADERA, 2001, 2004) que tiene el acierto

² Esta cifra es la que se suele considerar como umbral para el análisis comparado internacional de áreas metropolitanas.



estar basado en la movilidad forzada aunque se limita únicamente a analizar las siete áreas metropolitanas más pobladas (Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Bilbao, Málaga y Zaragoza), por lo que pierde una parte importante del fenómeno metropolitano en el territorio español. Al aproximarse tan sólo a las grandes áreas, deja de lado la consideración del fenómeno que se da en una magnitud de población menor, pero que presenta iguales desafíos para los sistemas políticos y, por tanto, su análisis también es igualmente relevante. Existen otros estudios similares que utilizan también el indicador de la movilidad forzada para la definición de área metropolitana, pero incluyen únicamente el análisis de casos muy concretos (CASTAÑER *et al.*, 2000).

En diferentes departamentos de organismos públicos se han hecho también esfuerzos para investigar y delimitar el fenómeno de las áreas metropolitanas. Uno de ellos se plasmó en el informe sobre Grandes Ciudades publicado por el Ministerio de Administración Pública (MAP, 2001) que utilizó el criterio de proximidad geográfica entre localidades, incluyendo en un área metropolitana todos los municipios que se encuentren a una distancia máxima de 35 km del núcleo urbano, de acuerdo al Informe URBANO (Comisión Europea, 2000). Dicha clasificación ha sido criticada, principalmente por geógrafos, al entender que las peculiaridades de la orografía del territorio español no se combinaban bien con este criterio, pues en determinadas áreas, por ejemplo montañosas, la distancia de 35 km resulta excesiva, demasiado lejana como para poder justificar una interdependencia funcional, mientras que en otras ocasiones la misma distancia es en exceso reducida.

Finalmente, el intento más completo para definir y delimitar las áreas metropolitanas españolas ha sido llevado a cabo por la Dirección General de Vivienda y Urbanismo, integrada anteriormente en el Ministerio de Obras Públicas y en la actualidad en el Ministerio de la Vivienda. Desde allí se lleva años trabajando, haciendo acopio de datos para producir lo que han venido en llamar *Atlas Estadístico de las Áreas Urbanas en España*, publicado por primera vez en 1998 y revisado en 2000 y 2004. Su principal objetivo es el de recopilar información de indicadores demográficos, sociales y económicos de lo que denominan «grandes áreas urbanas». Este trabajo contiene la información más ajustada a la necesidad de producir una lista completa que englobe todo el país, ya que posee el valor añadido de haber creado su definición tomando como base información del censo y teniendo en cuenta también los siguientes elementos: número de habitantes del núcleo de la ciudad central (por encima de los 50.000 habitantes) y los municipios adyacentes (más de 1.000 habitantes), densidad de población, dinámicas demográficas recientes, estudios acerca de movilidad forzada, parque de viviendas, procesos de urbanización y redes de transporte existentes. A pesar de que no estar centrado únicamente en la movilidad forzada es, sin embargo —por lo descrito anteriormente—, el que construye su lista de áreas metropolitanas con la información más ajustada a los patrones europeos, y lo hace de igual manera para todo el territorio español.

La metodología e indicadores empleados para elaborar la lista son susceptibles de mejoras, ya que todavía existe un debate sobre la definición de cada área metropolitana en términos físicos y de función. Aún así, produce una definición y una lista válidas que

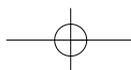
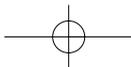


TABLA 1
POBLACIÓN Y NÚMERO DE MUNICIPIOS DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS
ESPAÑOLAS DE MÁS DE 200.000 HABITANTES (2001)

Áreas metropolitanas	Población total del área metropolitana	% de población con respecto al total nacional	Núm. de municipios del área metropolitana
Madrid	5.135.225	12,6	52
Barcelona	4.391.196	10,8	165
Valencia	1.359.743	3,3	45
Sevilla	1.160.241	2,8	24
Bilbao	895.769	2,2	35
Asturias	762.468	1,9	8
Málaga	799.971	2,0	18
Zaragoza	655.050	1,6	14
Alicante-Elx	570.938	1,4	6
Cádiz	577.756	1,4	6
Vigo-Pontevedra	545.711	1,3	14
Murcia	539.587	1,3	10
Las Palmas	492.876	1,2	4
Mallorca	432.743	1,1	8
Granada	444.121	1,1	30
Tenerife	374.720	0,9	6
San Sebastián	383.043	0,9	13
Coruña	369.709	0,9	10
Valladolid	374.083	0,9	17
Córdoba	308.072	0,8	1
Santander-Torrelavega	304.620	0,7	8
Tarragona-Reus	289.053	0,7	15
Pamplona	283.631	0,7	18
Castellón	250.247	0,6	6
Vitoria	216.852	0,5	1
Algeciras	202.078	0,5	4
Cartagena	199.227	0,5	2
Total áreas metropolitanas	22.303.113	54,6	27
Población España	40.847.371	100,0	

combinan la utilización de indicadores sobre movilidad forzada con la información ofrecida por las Comunidades Autónomas sobre sus propias percepciones en relación con la existencia de áreas metropolitanas en sus territorios. Es interesante observar cómo, cuando las identifican y las definen, las Comunidades Autónomas demuestran una cierta renuencia a denominarlas «áreas metropolitanas», previsiblemente por evitar el equívoco entre el área metropolitana funcional y un área metropolitana como «entidad local» crea-



ción institucional-formal. Exceptuando los casos de Madrid, Valencia y Alicante, las Comunidades Autónomas emplean otros términos (relativamente similares) para identificar sus espacios interconectados funcionalmente, como «región metropolitana» para el ejemplo de Barcelona, «aglomeración urbana» para Sevilla, Málaga y Granada, «comarca metropolitana» en el caso de Zaragoza y «área urbana» en el resto de casos relevantes. Finalmente, es un hecho que todas conforman regiones urbanas en tanto cada una de ellas constituye un grupo de municipios vinculados por lazos económicos, sociales y de movilidad laboral.

Por tanto, en las siguientes páginas utilizaremos esta fuente para trazar las características y dinámicas de las áreas metropolitanas en España. Haremos referencia así a las «grandes áreas urbanas» de más de 200.000 habitantes incluidas en el estudio. Por encima de este umbral de población podemos identificar 27 áreas metropolitanas en España, que van desde los más de cinco millones de habitantes de Madrid hasta los 200.000 habitantes de Cartagena.

III. DINÁMICAS DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS ESPAÑOLAS

Como podemos observar en la tabla 1, la estructura de las áreas metropolitanas españolas muestra una notable variación entre Madrid y Barcelona por un lado como grandes metrópolis —con una cierta equivalencia entre ellas en lo que se refiere a su superficie y población— y el resto de las áreas metropolitanas que le siguen con un número muy inferior de habitantes. Estas dos áreas mayores representan el 42,7 por 100 del total de la población de las áreas metropolitanas. Sólo hay otras dos (Valencia y Sevilla) que tienen una población por encima del millón de habitantes.

La dinámica que siguen las áreas metropolitanas españolas está caracterizada por un tipo de procesos cuyas pautas generales confirman las hipótesis que se suelen plantear en los estudios internacionales comparados sobre la evolución del fenómeno metropolitano (HOFFMANN-MARTINOT y SELLERS, 2005): expansión de las áreas suburbanas, dispersión urbana y especialización funcional. En efecto, en primer lugar se observa una progresiva expansión de las áreas metropolitanas que tienden a ocupar cada vez más y más espacio y siguen creciendo en población. En segundo lugar, podemos confirmar una tendencia —tanto de la población como de las actividades económicas desarrolladas— a la dispersión urbana. Finalmente, existe una progresiva especialización económica y social de los espacios que integran cada área.

1. Expansión

La evolución de las áreas metropolitanas se ha caracterizado por la expansión a través de la integración de espacios cada vez más grandes y extensos. En términos de crecimiento demográfico global de país, de forma similar a otros países, en los últimos cua-

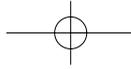
TABLA 2
CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN EN LOS ACTUALES ESPACIOS
METROPOLITANOS 1960-2001

Áreas metropolitanas	Población 2001	Crecimiento de población 1960-2001 (en %) (1)
Madrid	5.135.225	110,10
Barcelona	4.391.196	71,00
Valencia	1.359.743	77,50
Sevilla	1.160.241	83,50
Bilbao	895.769	52,60
Asturias	799.971	39,30
Málaga	762.468	124,20
Zaragoza	655.050	86,90
Cádiz	577.756	54,70
Alicante-Elx	570.938	160,30
Las Palmas	492.876	89,40
Vigo-Pontevedra	545.711	70,60
Granada	444.121	72,50
Murcia	539.587	68,70
San Sebastián	383.043	57,80
Valladolid	374.083	113,10
Coruña	369.709	86,60
Tenerife	374.720	72,00
Mallorca	432.743	130,60
Córdoba	308.072	55,50
Pamplona	283.631	142,30
Castellón	250.247	112,40
Tarragona-Reus	289.053	161,30
Vitoria	216.852	189,40
Santander-Torrelavega	304.620	60,90
Algeciras	202.078	33,20
Cartagena	199.227	47,20
Población áreas metropolitanas	22.303.113	83,10
España	40.847.371	33,50

(1) Se considera el aumento de población en la superficie de los municipios que son hoy parte de cada área metropolitana, en comparación con la población de esos mismos espacios en 1960

Fuente: Censo Municipal y Ministerio de Obras Públicas.

renta años España ha experimentado un crecimiento del 33,5 por 100 (tabla 2). Esto implica que en 1960 el total de la población española rondaba los 30,5 millones de habitantes y en el año 2001 estaba cerca de los 41 millones. Si tomamos únicamente los datos

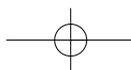


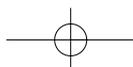
de crecimiento demográfico en las áreas metropolitanas constatamos que el cambio ha sido mucho más significativo en estos espacios metropolitanos, donde la población creció desde 12,1 millones hasta casi el doble. El crecimiento demográfico medio en este periodo de las 27 áreas metropolitanas españolas de más de 200.000 habitantes ha sido del 83,1 por 100. Desde luego existen ciertas áreas metropolitanas en las que el crecimiento de la población ha sido extremadamente acusado. Este es el caso de Vitoria (189,4 por 100), Tarragona (161,3 por 100), Alicante (160,3 por 100), Pamplona (142,3 por 100), Málaga (124,2 por 100) y Madrid (110,1 por 100). El crecimiento demográfico —a pesar de no ser en la actualidad tan notable como en años anteriores— sigue aumentando a buen ritmo en las áreas metropolitanas. Si la variación media de población de los últimos cinco años es del 1,37 por 100 para la población total del país y 1,76 por 100 para las áreas metropolitanas, deberíamos señalar que en ciertas áreas metropolitanas el crecimiento fue realmente importante en aquellos años. Éste es el caso de Santander (46,7 por 100), Mallorca (37,1 por 100), Murcia (28,9 por 100), Tarragona y Vigo con porcentajes similares del 25 por 100 y Madrid y Tenerife, con una variación de población del 15,1 por 100. En términos de extensión territorial también se ha producido un crecimiento. El área metropolitana de Madrid pasó de tener 28 municipios a 52, Zaragoza de 2 a 14, Vigo de 6 a 14, Murcia de 3 a 10, Mallorca de 2 a 8, Tenerife de 2 a 6, Coruña de 6 a 10, Valladolid de 4 a 17, Santander de 2 a 9 y Tarragona de 5 a 15 municipios. Si hiciéramos referencia el estudio llevado a cabo este año por el grupo de investigación de la Universidad Politécnica de Cataluña, sus indicadores sugieren una increíble expansión de áreas metropolitanas. Por ejemplo, el área funcional del Madrid metropolitano abarcaría 608 municipios, rebosando el propio territorio de la Comunidad Autónoma y el de Barcelona llegaría hasta 227 (ROCA CLADERA, 2001, 2004).

2. Dispersión urbana

La segunda dinámica que caracteriza las áreas metropolitanas es la tendencia por parte de la población y sus actividades a dispersarse por el territorio urbano (*dispersión urbana*). Dentro de las áreas metropolitanas podemos observar diferenciales de crecimiento muy acusados. Mientras los núcleos urbanos —origen y motor de las áreas metropolitanas— tienden a perder población, el aumento se ha dado en la última década en el cinturón suburbano.

En términos de densidad, España ha sido siempre un país con una media de densidad de población muy baja (79,8 habitantes/km²) en relación con los países occidentales pero posee una alta densidad en las áreas metropolitanas. En términos generales la densidad del núcleo urbano es mucho más alta que la densidad suburbana (tabla 3). Igualmente podemos observar que el aumento en la población durante la última década no se da únicamente en los municipios más grandes, sino que empieza en las ciudades pequeñas, siendo por tanto sus pautas de asentamiento más dispersas, promoviendo una mayor expansión urbana sobre el territorio.





La delimitación y el gobierno del fenómeno metropolitano en España

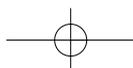
171

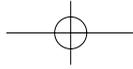
TABLA 3
SUPERFICIE Y DENSIDAD DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS ESPAÑOLAS (2001)

Áreas metropolitanas	Población	Superficie km ²	Densidad	Ranking densidad Valencia = 100	Ciudad central como % del AM	Densidad de la ciudad central	Densidad de la corona metropolitana
Madrid	5.135.225	2.888	1.778	82	21,0	4.855	1.077
Barcelona	4.391.196	3.286	1.336	62	3,4	15.327	1.521
Valencia	1.359.743	631	2.157	100	21,9	5.394	2.961
Sevilla	1.160.241	1.616	718	33	9,2	5.001	1.288
Bilbao	895.769	503	1.781	83	10,1	8.133	1.883
Asturias	799.971	815	981	46	12,8	1.352	1.182
Málaga	762.468	1.465	520	24	48,3	1.466	469
Zaragoza	655.050	2.202	297	14	48,1	581	109
Alicante-Elx	577.756	686	843	39	0,8	1.409	669
Cádiz	570.938	1.803	317	15	29,3	8.927	599
Vigo-Pontevedra	545.711	747	730	34	15,4	2.562	374
Murcia	523.970	1.233	425	20	72,0	413	1.089
Las Palmas	492.876	261	1.890	88	38,8	3.524	640
Mallorca	444.121	918	484	22	10,3	1.597	138
Granada	432.743	829	522	24	22,9	2.696	737
Tenerife	383.043	399	961	45	17,9	1.244	488
San Sebastián	374.720	376	995	46	38,0	3.443	707
Coruña	374.083	496	755	35	26,5	6.394	300
Valladolid	369.709	1.253	295	14	7,7	1.605	2.077
Córdoba	308.072	745	413	0	100,0	246	0
Santander-Torrelavega	304.620	256	1.188	55	13,5	5.153	684
Tarragona-Reus	289.053	358	806	37	17,4	1.782	475
Pamplona	283.631	392	723	34	7,0	7.995	2.761
Castellón	250.247	294	850	39	37,2	1.352	414
Vitoria	216.852	277	783	36	100,0	783	0
Algeciras	202.078	583	347	16	14,7	1.181	349
Cartagena	199.227	584	341	16	95,7	330	295
Total áreas metropolitanas	22.303.113	25.898	23.237	1.058	—	3.509	862

Fuente: Censo Población 2001.

Los motivos para dichos movimientos de la población hacia la periferia son variados y complejos, pero podríamos destacar como significativo aquel que se refiere a la situación del mercado inmobiliario en las grandes ciudades y las grandes diferencias de precio entre la ciudad (precios más elevados) y las áreas suburbanas (precios más bajos). La alta demanda y los altos precios de la vivienda hacen que el acceso a la misma sea muy difi-





cil para amplios sectores de la población. Observamos particularmente grupos de jóvenes que no pueden permitirse los altos precios de la vivienda en el centro pero que sí pueden pagar los precios en la periferia, así como familias que —en un intento de mejorar su vivienda y su calidad de vida— optan por encontrar mejores ofertas en áreas suburbanas.

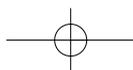
Como resultado, la lógica de los asentamientos cambia y mientras que durante el periodo comprendido entre 1960 y 1975 la evolución del asentamiento metropolitano puede ser explicada por la existencia de migraciones interregionales relacionadas con el mercado laboral, a día de hoy podemos confirmar el creciente desarrollo de las migraciones intra-metropolitanas motivadas, entre otros factores, por la situación del mercado de la vivienda.

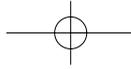
Resulta evidente que las áreas urbanas se desarrollan hacia un modelo de dispersión en el que la ciudad central pierde población a favor del crecimiento de las periferias metropolitanas con patrones de densidad de población más bajos. Como podemos observar en la tabla 3, contamos con áreas metropolitanas muy heterogéneas en términos de superficie y densidad. La más extendida es Barcelona con 3.286 km², seguida de Madrid, con 2.888 km², Zaragoza ocupa el tercer puesto con 2.202 km², seguida de Sevilla, Cádiz, Valladolid y Murcia por encima de la marca de los 1.000 km². Por otro lado tenemos diez áreas metropolitanas con una superficie entre 256 y 500 km². En términos de densidad encabeza la lista Valencia (2.157 habitantes/km²) y, también por encima de los 1.000, encontramos Madrid, Bilbao, Barcelona, Las Palmas y Santander.

Igualmente es interesante prestar atención a las diferencias existentes en cuanto a la superficie ocupada por las ciudades centrales de las áreas metropolitanas como porcentaje de la superficie metropolitana total. De nuevo podemos observar una gran variedad. Tenemos un par de ejemplos en los que el núcleo de la ciudad ocupa aproximadamente la mitad del área metropolitana total, como son Málaga y Zaragoza, o tres cuartos del total (Murcia). En cuanto a las áreas metropolitanas más pobladas (Madrid y Barcelona) podemos observar la disparidad que existe en términos del porcentaje que ocupa el núcleo de la ciudad respecto del área metropolitana total. La ciudad de Madrid ocupa el 21 por 100 del espacio metropolitano, Barcelona únicamente el 3,4 por 100. Ciertamente la dispersión es mucho más alta en un caso que en el otro.

3. Especialización funcional

La tercera dinámica metropolitana que observamos tiene que ver con la especialización funcional y, en algunos casos, la especialización social de las diferentes subáreas que integran cada área metropolitana. Las transformaciones que han sufrido en los últimos años han provocado la reducción de las diferencias económicas y sociales entre los núcleos de las ciudades y sus áreas metropolitanas adyacentes. Como ha sido descrito anteriormente, los primeros asentamientos metropolitanos se produjeron en un contexto carente de planificación urbana y política social. Es por ello que, a mediados de los años





La delimitación y el gobierno del fenómeno metropolitano en España

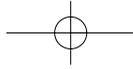
173

setenta, los residentes de las periferias metropolitanas tenían un perfil socio-económico notablemente inferior al de sus vecinos de las ciudades centrales y sus barrios presentaban severos déficits en cuanto a infraestructuras, equipamientos y servicios (QUIRÓN y LINARES, 2001; BORJA, 1991). En los últimos veinticinco años, el desarrollo del Estado de Bienestar experimentado en el país unido a las propias dinámicas metropolitanas, han transformado esta situación. En términos generales, el perfil económico de la población que se ha asentado en la periferia en los últimos años es más alto, siendo su nivel de cualificación profesional también mayor. Por lo tanto, hemos observado un aumento en la diversificación de la estructura social de las áreas suburbanas. Análogamente, la dispersión se ha dado en parte gracias al asentamiento de las actividades económicas y la creación de puestos de trabajo, por lo que ahora, no es sólo el núcleo urbano el que provee puestos de trabajo. Se puede encontrar con mucha facilidad áreas metropolitanas con ciudades que actúan como sub-centros dentro del sistema. Un ejemplo paradigmático es Barcelona, que en la actualidad cuenta con un centro metropolitano (la ciudad de Barcelona) y 14 sub-centros metropolitanos estructurados de forma policéntrica. En el caso del área metropolitana de Madrid estaríamos hablando de una estructura compuesta por el centro metropolitano y 13 sub-centros metropolitanos, aunque es este caso la estructura es más monocéntrica que policéntrica (ROCA CALDERA, 2004).

No obstante, la mejora de las infraestructuras y los servicios en la periferia no implica que los municipios dentro de cada área se hayan homogeneizado entre ellos. Más bien al contrario, lo que se detecta es una cierta especialización funcional y social que no se da ya entre el núcleo urbano y el resto, sino entre los municipios o barrios de la corona metropolitana. La diferencia en cuanto a servicios básicos y en la consiguiente calidad de vida que ofrecen los municipios, por ejemplo entre el sur metropolitano de Madrid (que vio su desarrollo en las décadas de los sesenta y setenta) y la ciudad central se ha visto reducida notablemente en las últimas dos décadas.

En cuanto a la situación concreta de las ciudades españolas —los municipios centrales de las áreas metropolitanas— hay que corroborar que, pese a la intensificación del fenómeno metropolitano, siguen caracterizándose por sus altos niveles de densidad y la estructura compacta de sus zonas nucleares, así como por la complejidad de diferentes usos y por la combinación de personas y grupos pertenecientes a diferentes clases sociales y conviviendo relativamente cerca. No se daría por tanto, como en el caso norteamericano, un fenómeno de polarización social y económica entre las ciudades y sus periferias. Allí, los centros de las ciudades han sido abandonados por las clases de rentas medias-altas para asentarse en las zonas suburbanas (*«the suburbs»*) y en los centros quedan bolsas de población de rentas bajas o muy bajas y colectivos en situaciones de pobreza o de exclusión (HOFFMANN-MARTINOT, SELLERS, 2005). Sí se advierte, sin embargo, una tendencia general al envejecimiento de la población en las ciudades centrales de las grandes urbes.

En general se ha diversificado más el uso del espacio (industrial, residencial, industria de servicios), lo que determina la obligación de desplazarse a diario para satisfacer las diferentes necesidades. En la actualidad, la dispersión urbana —junto a la creciente espe-



cialización interna de las áreas metropolitanas— determina que muchos ciudadanos, de cara a proveer sus necesidades básicas (que anteriormente satisfacían en sus lugares de procedencia, como trabajar, estudiar, comprar) se ven obligados a desplazarse cada vez más lejos. Por tanto surgen espacios de áreas urbanas que están pasando de ser compactos a dispersos, de complejos a especializados y lejos de estar integrados se encuentran potencialmente segmentados (NELLO, 2001).

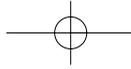
IV. TEORÍAS Y TRADICIONES EN LA GESTIÓN Y GOBIERNO DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS

Una vez identificado el fenómeno metropolitano español y trazadas sus tendencias, conviene preguntarse sobre las fórmulas que ofrecen las diferentes tradiciones de los estudios urbanos para articular políticamente estos espacios. En efecto, lo dicho hasta aquí pertenece al terreno de estudio de la geografía humana. Pero ¿por qué estas formas de organizarse los asentamientos humanos representan también un desafío y un campo de reflexión para otras disciplinas como el derecho o la ciencia política?

Los asentamientos de la población cada vez más allá de los límites de la ciudad, sobre otros municipios, ha traído como consecuencia una divergencia cada vez mayor entre los espacios urbanos funcionales y los espacios urbanos político-institucionales. Hoy en día, las áreas urbanas no se corresponden con el territorio de una única institución de gobierno (de un ayuntamiento), sino de varias. Y ello plantea dificultades, pues mientras que, por un lado, existe la necesidad de adoptar políticas comunes para todo el territorio metropolitano que sean capaces de dar respuestas integradas a necesidades globales de un mismo espacio, por otro lado no resulta obvio quién deba ser la institución política de la que emanen dichas acciones. Dicho de otra forma, en el mismo espacio conviven una pluralidad de gobiernos con autonomía para regir sus espacios (gobiernos locales), que coexisten en relación de igualdad y por tanto no son ninguno autosuficientes para producir políticas de alcance metropolitano.

Y, sin embargo, las áreas metropolitanas están necesitadas de políticas específicas, pues, si bien son las fuerzas del mercado las que han conducido a su surgimiento y desarrollo, la intervención pública en estos espacios se hace extremadamente necesaria. Por un lado, para que las áreas metropolitanas «funcionen» eficientemente es imprescindible dotarles de infraestructuras públicas en sectores tan importantes como los transportes, la planificación territorial y urbanística, la educación o la investigación. Por otro lado, al constituir grandes aglomeraciones urbanas, afloran en ellas los efectos negativos del desarrollo económico y de los niveles altos de concentración urbana como la contaminación, las desigualdades, la exclusión social, etc., sobre las que es necesario actuar desde lo público, para corregirlos.

Por tanto, hay razones para afirmar que el futuro de los espacios metropolitanos dependerá de la capacidad de la acción pública y de su acierto para conducir eficazmente el desarrollo económico y equilibrar la competitividad con la cohesión social a nivel



La delimitación y el gobierno del fenómeno metropolitano en España

175

metropolitano (HEINELT y KÜBLER, 2005). Pero, ¿qué gobierno debe actuar?, ¿cuál es el «gobierno metropolitano»?

Durante décadas, a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado, se ha debatido sobre las formas apropiadas para corregir y superar la cada vez mayor disparidad entre los territorios urbanos funcionales y las estructuras institucionales de los gobiernos locales. En torno a este debate, han existido tradicionalmente dos líneas de pensamiento:

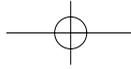
1. La tradición de la reforma institucional

Según esta escuela, la existencia de un gran número de unidades de gobiernos autónomos e independientes (gobiernos locales) en un territorio metropolitano es el mayor obstáculo para la provisión de servicios y políticas eficientes. La solución es la reforma institucional a través de la consolidación de un único gobierno. Esto significa hacer coincidir el territorio urbano con el del alcance de la acción de gobierno y, por tanto, las fórmulas son o bien la anexión de los municipios suburbanos a la ciudad central, o bien la creación de gobiernos supralocales (metropolitanos) superpuestos a los gobiernos locales pero con competencias propias en asuntos metropolitanos.

2. La tradición de la elección pública (*public choice*)

En esta visión, se rechaza la idea de la consolidación institucional como modo de resolver los problemas metropolitanos. Se defiende que la fragmentación institucional, lejos de ser perjudicial, es beneficiosa para una eficaz y eficiente provisión de servicios, pues siguiendo el principio de «*voting with one's feet*» («votar con los pies») de TIEBOUT (1956), los ciudadanos tenderán a elegir la localidad en que residir de acuerdo a sus preferencias personales sobre una de las diferentes combinaciones impuestos/servicios que ofrezcan los municipios. En el nivel agregado, la competencia entre los gobiernos locales por atraer nuevos residentes llevará a una óptima gestión de recursos públicos para producir servicios y, por tanto, a una eficiente articulación de los espacios metropolitanos.

En torno a los postulados de estas dos escuelas clásicas se llevaron a cabo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX numerosos estudios empíricos que trataban de analizar y medir el grado de éxito o fracaso de fórmulas aplicadas en diferentes Estados (de reforma institucional o de elección pública) para dar respuesta política al fenómeno metropolitano. Tras décadas de estudio, la conclusión fue que ambas fórmulas parecían tener limitaciones. Por un lado, la consolidación institucional —la anexión o la conformación de gobiernos metropolitanos— no parece estar avalada por un bagaje de éxitos claros, numerosos y sin discusión. Por otro lado, la visión «tieboutiana» sobre la competencia perfecta en la oferta de políticas por diversos municipios parece haber resultado más bien un presupuesto abstracto y no tanto una realidad empírica (HEINELT y KÜBLER, 2005).



En realidad, lo que el análisis de las experiencias de articulación de intereses metropolitanos ha demostrado es que la mayoría de los problemas y necesidades que surgen acaban abordándose a través de estructuras de coordinación y cooperación (redes formales o informales de actores), en las que están implicados los gobiernos locales, agencias gubernamentales u organismos autónomos a varios niveles, así como actores privados. Este tipo de fórmula de solución representa una tercera alternativa diferente a las defendidas por las visiones tradicionales expuestas. Estaríamos ante fenómenos de colaboración o coordinación horizontal entre gobiernos locales y otros actores públicos y privados, en ocasiones incluso no formalizados y, en todo caso, distintos de la creación de un gobierno formal y, por tanto, alejados de la práctica de la consolidación institucional.

Esta tercera vía se conoce como «nuevo regionalismo» (*New Regionalism*) y traslada e ilustra en el campo de los espacios metropolitanos lo que la Ciencia Política viene identificando como una nueva forma de gobernarse las sociedades: la «gobernanza» (o en ocasiones llamado gobierno en red) *versus* las tradicionales formas de «gobierno» más jerárquico y políticamente centrado en una única institución pública. Este nuevo escenario expresa nuevas formas de tomar decisiones ante los desafíos de la complejidad creciente de las sociedades modernas. Enfatiza la importancia cada vez mayor de la intermediación de los intereses funcionales, en contraste con la intermediación de intereses territoriales basada en sistemas definidos de representación y de decisión parlamentaria.

Que el modo de gobernar las sociedades ha experimentado cambios en los últimos tiempos parece una realidad bastante asentada, realidad que se concreta en la erosión de las bases tradicionales del poder político (PIERRE, 2000). En efecto, pareciera que se ha pasado de una noción de gobierno en la que el Estado era el único centro del poder político y tenía el monopolio exclusivo en la articulación y persecución del interés colectivo, a una situación en la que en las decisiones hay un mayor grado de interacción y de dependencias mutuas entre las instituciones políticas y la sociedad. Para referirse a esta realidad suele emplearse el término gobernanza, gobernación o gobierno en red (*governance*), como fenómeno distinto del gobierno tradicional basado en la relación jerárquica entre quien gobierna y quien es gobernado y que se apoya en la facultad normativa del Estado y en su capacidad para hacerla efectiva³.

En este escenario de complejidad, se afirma que ningún actor, sea éste público o privado, tiene en la actualidad ni el conocimiento ni la información suficientes para dar respuesta a los problemas de nuestras sociedades complejas (KOIIMAN, 2000). Ninguno dispone por sí solo de la posibilidad de dominar unilateralmente los diferentes sectores de política. Así, el paisaje político y la capacidad del gobierno —entendido en su sentido tradicional— de imponer unilateralmente su voluntad se ven alterados de manera muy

³ El origen y las causas de estas transformaciones del Estado habría que buscarlos tanto en el fenómeno de la globalización como en la propia evolución de las sociedades desarrolladas hacia una mayor complejidad. Realidades como: la internacionalización de la economía, una mayor demanda del sector privado de participar en las decisiones públicas, la complejidad inherente a los nuevos asuntos de políticas (*policy issues*) o la generalización de los modos de la «nueva gestión pública», fuerzan todas ellas un cambio hacia nuevos esquemas de articular las decisiones.

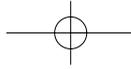
significativa, forzándose la evolución hacia otros modos de articular el interés colectivo. Es de esta noción de donde surge el concepto gobernanza como concepto analítico con el que se quiere captar la reestructuración y transformación de la articulación del poder político a la luz de los cambios mencionados.

Si el diagnóstico es el acertado y lo que encontramos como fórmula mayoritaria en la gestión de las políticas metropolitanas se corresponde con los postulados del Nuevo Regionalismo, se podría llegar a la convicción de que una eficaz gobernanza metropolitana no necesariamente requiere una consolidación institucional. La articulación eficaz de políticas se conseguiría más bien a través de acuerdos de cooperación que acaban por crear redes estables de actores relevantes en cada política o sector de asuntos públicos (transporte, medio ambiente, etc.). Estas redes estarían conformadas por actores públicos y privados que diseñan y proveen servicios públicos rebasando las fronteras de las estructuras tradicionales de gobierno. Su capacidad de resolver los problemas eficientemente dependería de su habilidad para evitar lo que SCHARPF llama la «*joint decisión trap*» que consiste en «aquellas situaciones en que los defensores del *status quo* intentan bloquear las propuestas de cambio de políticas debido a la regla de la unanimidad que *de facto* opera en situaciones de gran interdependencia entre actores». Esta capacidad para tomar decisiones y hacerlas efectivas depende a su vez de tres factores (HEINELT y KÜBLER, 2005):

1. *El comportamiento de los actores* que participan en la coordinación de políticas, de modo que el riesgo al bloqueo de nuevas decisiones (*joint decisión trap*) disminuye cuando los actores adoptan estrategias para evitar conflictos como las del consenso en vez de la imposición, la consulta de todos los intereses relevantes, el reparto equitativo de recursos, la búsqueda de compromisos, etc.
2. *Las estructuras de incentivos* existentes desde niveles de gobierno superiores.
3. *El liderazgo político*. La movilización en torno a visiones atractivas de líderes políticos pueden suministrar motivación hacia un objetivo común y facilitar la cooperación entre actores relevantes.

Los defensores del Nuevo Regionalismo mantendrían que: con un comportamiento eficaz por parte de los actores presentes en las redes, unas estructuras adecuadas de incentivos y sólidos liderazgos políticos, la gestión eficaz y eficiente de las políticas metropolitanas estaría asegurada. Las formas de articular esa coordinación serían variadas según las diferentes combinaciones entre estos tres factores y, por tanto, se plasmarían en diferentes tipos de redes de actores y de lógicas decisorias en las distintas áreas metropolitanas que hubieran adoptado este modelo para la producción coordinada de políticas. Así, las diferentes formas de «gobernanza» metropolitana a la que asistiríamos estarían influidas por las dinámicas sociales, políticas y económicas del lugar, esto es, por la combinación local específica de los tres factores mencionados (HEINELT y KÜBLER, 2005).

Pareciendo esta fórmula la más practicada en la actualidad en perspectiva comparada, y habiéndose investigado en profundidad sobre si el tipo de políticas a que da lugar reúnen los requisitos de eficacia y eficiencia, sin embargo se suele llamar la atención sobre

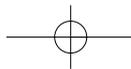


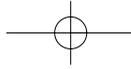
la falta de reflexión académica en torno a otra dimensión de este modelo: la calidad democrática en sus procesos decisorios y en la producción de políticas.

El trabajo de los profesores HEINELT y KÜBLER ha cubierto ese vacío, incidiendo en los aspectos democráticos (HEINELT y KÜBLER, 2005) a través del análisis de estudios de caso en donde se ha practicado el modelo del nuevo regionalismo. Finalmente llegan a la conclusión de que dos aproximaciones igualmente posibles: una visión negativa (la que hace hincapié en el déficit democrático que plantean las «redes» que se conforman) y una aproximación positiva (aquella que resalta los aspectos de transformación de la democracia que estas nuevas formas de decisión conllevan).

Si nos colocamos ante el Nuevo Regionalismo con una mirada pesimista, tenderíamos a enfatizar el fenómeno de disminución de la importancia de las instituciones representativas y la ausencia de una única autoridad responsable (*accountable*) a quien poder exigir la rendición de cuentas, uno de los requisitos imprescindibles de las democracias. Esta situación se deriva del hecho de lo que parece ser una tensión irresoluble entre la legitimidad democrática en los *inputs* del sistema político (la calidad de los procesos y de la inclusión de los ciudadanos en los mismos) *versus* la legitimidad en los *outputs* (la calidad de los productos, la eficacia de las políticas). El pesimismo aparece al observar el fenómeno de pérdida de peso de las instituciones representativas, ya que parece que el nuevo regionalismo, decidiendo a través de redes, está principalmente preocupado por hacer que las cosas funcionen, por incrementar la eficacia de las políticas en el lado de los productos (*outputs*), lo que hace a costa del lado de los *inputs* del sistema político. La crítica principal es que las redes de políticas tienen problemas de rendición de cuentas (*accountability*) ya que los actores no gubernamentales carecen de legitimidad democrática, en el sentido del ideal de democracia representativa, y la negociación y cooperación horizontal no puede compensar las fortalezas de las instituciones representativas en términos de legitimidad.

En una visión optimista, sin embargo, se enfatizarían otros aspectos de la democracia (distintos de la rendición de cuentas): la inclusión y la deliberación. Así, se podría defender que, debido al alto número de participantes en las redes y las interdependencias entre ellos sería extraño encontrar, por ejemplo, decisiones impuestas por mayoría, sino que estaríamos sobre todo ante las decisiones alcanzadas por compromiso tras una negociación, o por consenso tras una deliberación. Así, se presume del potencial de estos esquemas para crear las condiciones decisorias idóneas a través de un debate o diálogo abierto, público y libre. Igualmente, se asume que las redes incluyen no sólo actores estatales o públicos sino una alta variedad de organizaciones no gubernamentales y asociaciones, lo que las convierte en garantía del pluralismo, potencial para el desarrollo de una cultura cívica y como oportunidad para la presencia de los ciudadanos en la vida pública.





V. EL GOBIERNO DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS ESPAÑOLAS Y EL CASO ESPECIAL DE MADRID

1. La situación general de las áreas metropolitanas españolas

Dedicaremos unas líneas finales a presentar algunos datos preliminares sobre la situación de la gestión y el gobierno de las áreas metropolitanas en España, con especial hincapié del caso de Madrid.

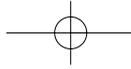
Para ello, hay que comenzar diciendo que, aún cuando la metropolitanización de espacios urbanos es una realidad en nuestro país y las unidades de gobierno local que conviven en dichos espacios afrontan los mismos retos que en cualquier otro lugar, la literatura académica y los estudios especializados no han ofrecido hasta la fecha para el caso español una producción suficiente que permitan tener un mapa claro sobre cómo están siendo gestionados políticamente dichos espacios (dimensión empírica), ni sobre cómo deberían gestionarse (dimensión normativa).

A pesar de haber sido identificado por los expertos como uno de los principales retos de la gobernanza local de las próximas décadas, las áreas metropolitanas y su gestión no han constituido un asunto de importancia tampoco en la agenda política, ni a nivel nacional ni en las nuevas agendas de cada una de las áreas metropolitanas.

En este contexto de falta de pautas claras con respecto a la articulación organizativa que deben seguir, cada espacio metropolitano ha evolucionado siguiendo diferentes modelos. Si miramos por ejemplo a los casos de Madrid y Barcelona, las áreas metropolitanas más habitadas del país, vemos cómo representan dos modelos muy distintos de gobernanza: por un lado, Barcelona es un ejemplo de nuevo regionalismo, mientras que Madrid se erige como un paradigma donde existe una fuerte institucionalización formal. Análogamente, las dos ciudades muestran marcadas diferencias en cuanto a su estructura física y económica. La capital del Estado se ha convertido en un modelo altamente concéntrico en que la ciudad de Madrid es la única con poder de atracción. En cambio Barcelona ha evolucionado mostrando un crecimiento policéntrico más diversificado (NAVARRO y TOMÁS, 2007).

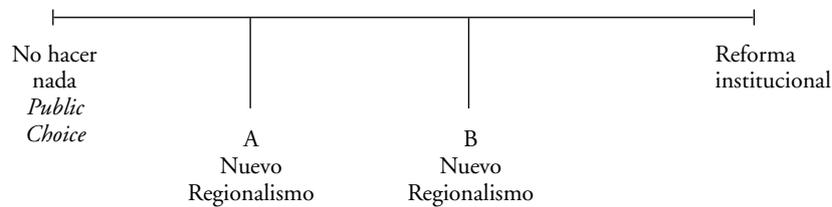
Sobre el resto de las áreas metropolitanas españolas carecemos de datos que nos permitan identificar el modelo de gobernanza por el que han optado. De cualquier forma, podríamos establecer algunas hipótesis sobre cuál ha sido su desarrollo.

Si seguimos con el argumento de que, según lo que hemos visto en las líneas anteriores, para la gestión de las áreas metropolitanas existen diferentes modelos disponibles, podríamos situar estas fórmulas a lo largo de un *continuum* (figura 1). En un extremo situaríamos la técnica de «no hacer nada» (modelo Tieboutiano) y en el otro la de «intervenir de forma máxima» (a través de la reforma institucional, ej. anexión de municipios a la ciudad central o consolidación institucional). En los puntos intermedios A y B situaríamos las diferentes modalidades del Nuevo Regionalismo, en otras palabras, las fórmulas de cooperación a través de las diferentes redes establecidas, oscilando más hacia un



extremo u otro en función de la intensidad y del grado de formalización de la red. Pues bien, teniendo en cuenta que la reforma institucional no parece ser una alternativa viable en el caso español (por los problemas «políticos» que se mencionaban al principio de estas páginas, relativos a la ausencia de interés en crear nuevos niveles de gobierno, potencialmente competitivos, por parte de aquellos actores —las Comunidades Autónomas— competentes para ello), la gestión de las áreas metropolitanas se situarían en los puntos intermedios del *continuum*, dependiendo su ubicación exacta de combinación de variables políticas (comportamiento de los actores, estructuras de incentivos y liderazgo político) que se den en cada caso. Queda por despejar la incógnita de si existe algún caso en España que ilustrara un ejemplo de «no hacer nada».

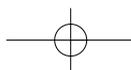
FIGURA 1

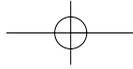


2. El caso excepcional del Área Metropolitana de Madrid

En este marco general ha surgido un modelo diferente de gobernanza metropolitana, el caso de Madrid, que representa un ejemplo paradigmático de «reforma institucional». En él nos encontramos con la existencia de un gobierno autonómico (el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid) que gestiona las funciones metropolitanas en un territorio que coincide aproximadamente con los límites del área metropolitana. El gobierno existente sirve, en efecto, como una plataforma desde la que gobernar la metrópolis, en primer lugar porque el hecho de que coincidan los límites de su acción con los del área metropolitana y, en segundo lugar porque posee las competencias típicas conectadas con asuntos metropolitanos. El resto de áreas metropolitanas españolas no han respondido a este modelo y, hasta la fecha, Madrid es la única excepción dentro del panorama nacional.

Algunas razones históricas explican este fenómeno. Cuando, a comienzos de la andadura democrática española, en el transcurso de unos pocos años (1979-1983), fueron constituidas las Comunidades Autónomas y elaborados sus estatutos de autonomía, Madrid fue la última y, a diferencia de otras Comunidades Autónomas, no era tan evidente a través de qué fórmula conseguiría Madrid su propio estatuto. La Constitución no contemplaba la posibilidad de un régimen especial para la capital del Estado. Un tipo de «distrito federal» quizás habría sido una solución adecuada, pero finalmente se optó por una Comunidad Autónoma propia para Madrid. Surgió así un gobierno autonómico —la Comunidad Autónoma de Madrid— con fuertes competencias de gobierno en





La delimitación y el gobierno del fenómeno metropolitano en España

181

materias genuinamente «metropolitanas», entre otras, referidas a las áreas de transporte, planificación urbana y del territorio, educación, salud, cultura, vivienda, etc. En la Comunidad Autónoma de Madrid, la ciudad de Madrid constituye aproximadamente el 55 por 100 de la población y el área metropolitana abarca prácticamente todo el territorio, en términos de población. De hecho, algunos autores han argumentado que la «metropolitanización» de toda la provincia de Madrid fue la justificación para exigir un Estatuto de Autonomía propio para dicho territorio.

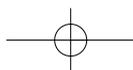
Resumiendo, lo que encontramos actualmente en el territorio de la antigua provincia de Madrid es un área metropolitana funcional. El régimen político democrático ha instaurado un nuevo gobierno autónomo para esta región que opera como un gobierno metropolitano. Esto ha producido efectos positivos en términos de legitimidad pública, de identificación de competencias claras y de cara a la existencia de una estructura de administración pública para implementar las políticas adoptadas.

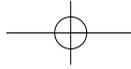
A pesar de que no había una intención deliberada de obtener este resultado (la creación de un gobierno metropolitano), los eventos históricos condujeron a dicho resultado y la circunstancia nos permite analizar (dos décadas después de la instauración de este gobierno) un ejemplo en el que el gobierno y gestión de lo metropolitano ha sido canalizada a través del modelo de la «reforma institucional» por la de un gobierno responsable (*accountable*) electo de forma directa y que rinde cuentas.

Madrid es, por tanto, un caso (excepcional en nuestros días) de gestión y gobierno metropolitano donde la opción de la reforma institucional ha sido aplicada de una forma clara y única. La consolidación gubernamental ha sido alcanzada en primer lugar a través de la anexión de los municipios colindantes a la ciudad central en los años cincuenta y, más recientemente, a través de la creación de un gobierno regional que también es un gobierno metropolitano *de facto*.

En un intento de conectar el modelo, como hacíamos en el epígrafe anterior, con su impacto sobre la calidad de la democracia, nos encontramos con una situación en que existen: poderes claros, instituciones identificables, instituciones representativas responsables, funcionarios encargados de la implementación de nuevas políticas y presupuestos adecuados son las sólidas bases del sistema. Las políticas metropolitanas —especialmente aquellas relacionadas con el transporte y otros tipos de infraestructuras públicas— se han beneficiado de dichos rasgos. Se podría afirmar sin lugar a dudas que Madrid posee un transporte público altamente efectivo para el área metropolitana, una planificación urbana común para todos los espacios metropolitanos y servicios comunes de tratamiento y distribución de agua. La expansión económica y la prosperidad de la región en los últimos años podría ser un indicador de su éxito.

Sin embargo, nos encontraríamos también con un paisaje en el que las instituciones formales metropolitanas son prácticamente los únicos jugadores en los procesos decisivos. Parece que existe una limitada presencia de otros participantes en los procesos de decisión, tanto de los que provienen de la esfera pública (municipios) como los que proceden de la privada (grupos, asociaciones). En este sentido, la pregunta que surgiría sería





la de si existe la necesidad de reforzar su presencia y hacer de la coordinación y deliberación entre todos los jugadores participantes una herramienta común en el sistema de gobierno en red. No obstante, queda por determinar también si la debilidad de los grupos, la falta de herramientas deliberativas puestas en marcha y el estático diseño «arriba-abajo» de sus políticas son un rasgo específico del caso de Madrid o más bien de nuestro sistema político globalmente considerado.

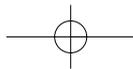
VI. CONCLUSIONES

Según algunos autores el siglo XXI será metropolitano (HEINELT y KÜBLER, 2005). En el proceso en marcha de globalización de los procesos sociales, económicos y culturales, los espacios metropolitanos juegan el papel de «nodos» donde se concentran las actividades humanas y en donde se juega una gran parte del futuro del bienestar de nuestras sociedades.

Las líneas anteriores han querido presentar los variados y serios desafíos que presentan las áreas metropolitanas para los sistemas políticos. Uno de los mayores es el de la divergencia entre el alcance territorial de espacio metropolitano y el alcance político de los gobiernos existentes en dichas áreas. Dicho de otra forma, nos encontramos ante una situación en la que, por un lado, es necesario adoptar políticas metropolitanas que permitan a estos espacios funcionar eficientemente y reconduzcan las consecuencias negativas del intensivo desarrollo económico que se da en ellas y, por otro lado, en cada uno de esos territorios conviven una multitud de gobiernos (gobiernos locales) incapaces individualmente de dar una respuesta eficaz a problemas que son de la totalidad del territorio y con limitaciones de partida para coordinarse eficazmente.

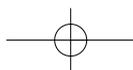
Se han ofrecido fórmulas sobre cómo gestionar estos espacios, pero en la actualidad no existe una visión unánime compartida sobre cuál sea la mejor. Más bien parece que diferentes sistemas han encontrado diferentes «recetas» en función de sus contextos y de las dinámicas específicas de los actores políticos en las respectivas áreas.

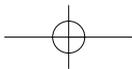
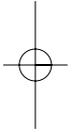
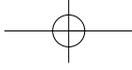
En España, pese a que la metropolitización de las formas de asentamientos en España es una realidad y que los gobiernos locales que se ubican en los espacios metropolitanos afrontan el mismo tipo de desafíos que en el resto del mundo, hay una ausencia notable de reflexión y trabajo sobre el fenómeno metropolitano. Para empezar falta una definición clara y unívoca de su existencia y extensión. Para continuar, no existen estudios que permitan tener una visión de lo que ocurre en todo el territorio y de las fórmulas de gobernanza metropolitana que se están practicando en las mismas, así como de su balance en términos de producción de políticas eficaces y eficientes. Poder disponer de este conocimiento permitiría identificar las causas que explican los diferentes modelos de gobierno o gobernanza en práctica, describir fortalezas y debilidades de los distintos sistemas, analizar relaciones entre políticas e impactos en la comunidad y evaluar la gestión de las áreas. Quedan por tanto muchas preguntas por contestar y mucha investigación por realizar.

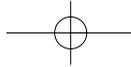


VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBA, C., y NAVARRO, C.: «Metropolitan Areas in Spain. A Diverse and Unknown Reality», en HOFFMANN-MARTINOT, V., y SELLERS, J. (eds.), *Metropolitanization and Political Change*, VS Verlag für Sozialwissenschaften: Wiesbaden, 2005, pp. 265-296.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *Las áreas metropolitanas*, Madrid, Civitas, 1993.
- BORJA, J. (ed.): *Las Grandes Ciudades en la década de los noventa*, Madrid, 1991.
- BORJA, J., y CASTELLS, M.: *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Madrid, Taurus, 1997.
- CASTAÑER, M., y BOIX, G.: *Áreas urbanas y movilidad laboral en España*, Girona, Universidad de Girona, 2002.
- COMISIÓN EUROPEA: *Urban 21*, Informe Mundial, Barcelona, Fundación Pi y Suñer, 2000.
- CUCHILLO, M.: *Organización y funcionamiento de las áreas metropolitanas. Un análisis comparado*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 1991.
- FERIA, J. M.ª: «Problemas de definición de las áreas metropolitanas en España», *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles (AGE)*, núm. 38, 2004, pp. 85-99.
- HEINELT, H., y KÜBLER, D. (eds.): *Metropolitan Governance. Capacity, democracy and the dynamics of place*, London, Routledge, 2005.
- HOFFMANN-MARTINOT, V., y SELLERS, J. (eds.): *Metropolitanization and Political Change*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005.
- JOUVE, B. (ed.): *Métropoles ingouvernables. Les villes européennes entre globalisation et décentralisation*, París, Elsevier France, 2002.
- KOIJMAN, J. (ed.): *Modern governance. New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993.
- MAP: *Informe sobre las grandes ciudades y las áreas de influencia urbana*, Madrid, Secretaría de Estado de Organización Territorial, Ministerio de Administraciones Públicas, 2001.
- MINISTERIO DE FOMENTO: *Atlas Estadístico de las Áreas Urbanas en España*, Madrid, Ministerio de Fomento, 2000 y 2004.
- NAVARRO, C., y TOMAS, M.: «Madrid and Barcelona. Alternative Conceptions of Metropolitan Governance», en P. COLLIN y M. ROBERTSON (eds.), *Governing the metropolis*, Montreal, Press Université Laval, 2007.
- NEL-LO COLOM, O.: «Las áreas metropolitanas», *Geografía de España*, A. G. GIL OLCINA, Barcelona, Ariel, 2001 pp. 275-298.
- PIERRE, J. (ed.): *Debating Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- QUIROS LINARES, F.: «El proceso de urbanización: Las ciudades», en *Geografía de España*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 251-274.
- ROCA CALDERA, J.: *La caracterización territorial y funcional de las áreas metropolitanas españolas*, Madrid, Ministerio de Medio Ambiente, 2001.
- ROCA CLADERA, J. et al.: *Les arees metropolitanes espanyoles. Evolució 1991-2001*, Barcelona, Centre de Política de Sòl i Valoracions, Universitat Politècnica de Catalunya, 2004.
- ROZENBLAT, C.: *Les villes européennes. Analyse comparative*, París, La documentation française, 2003.
- TIEBOUT, C. M.: «A Pure Theory of Local Expenditures», *Journal of Political Economy*, 1956, 44:416-424.
- TRULLEN, J.: *La metropoli de Barcelona cap a l'economia del coneixement: diagnosi economica y territorial de Barcelona*, Barcelona, Ayuntamiento, 2001.







Los gobiernos locales en los Estados Unidos de América

Michael A. PAGANO *

Decano de la Facultad de Ordenación Urbana y Gestión Pública
Universidad de Illinois, Chicago (Estados Unidos de América)

RESUMEN

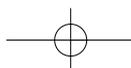
Este estudio presenta una visión general del régimen de creación y consolidación de los distintos tipos de gobiernos locales de la República Federal de los EE.UU. El autor realiza un recorrido histórico que llega hasta el momento actual. En este recorrido se analizan las distintas fases que han tenido que superar los gobiernos locales en sus relaciones políticas y financieras con los gobiernos estatal y federal hasta conseguir una considerable autonomía. Asimismo, enfatiza la relevancia del papel de estos gobiernos de cara a los ciudadanos en cuanto a la prestación de servicios esenciales y los mecanismos utilizados para financiarlos. Finalmente, se plantean los problemas y retos comunes que deben afrontar los gobiernos locales en el escenario de la economía global en el que, para garantizar los servicios básicos de manera eficaz y eficiente, deben adaptarse a nuevas formas de gestión, cooperación y colaboración público-privada.

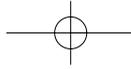
Palabras clave: servicios públicos locales; competencias locales; formas de financiación; colaboración público-privada; gobernabilidad local

ABSTRACT

This study outlines an overview of the system of creation and consolidation of the different types of local governments in the Federal Republic of USA. The author goes through history up to nowadays. On this trip the various phases of local governments concerning to their political and financial relationships are being analysed, how they had to overcome state and federal governments in order to achieve a considerable autonomy. It is also remarkable the importance of the role of these governments when dealing with the citizens, supplying them with the essential services and mechanisms used to finance them. Finally, the pro-

* Traducción de Z. LÓPEZ CÁRCAMO (IDL-UAM). El presente artículo tiene su origen en los trabajos preparatorios del Seminario Internacional sobre gobiernos locales y estados federales organizado por el «Forum of Federations» a lo largo de 2007. El texto de este escrito fue presentado por el autor en el Seminario organizado por el Ayuntamiento de Madrid y el IDL-UAM el pasado 4 de abril de 2008.





blems and challenges that local governments have to face up within the global economy scene. To ensure basic services effectively and efficiently, they must adapt to new ways of management, cooperation and public-private partnerships.

Key words: utilities; facilities; local financing; public-private partnerships; local governments governance

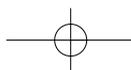
SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN GENERAL.—II. HISTORIA, ESTRUCTURAS E INSTITUCIONES DE LOS GOBIERNOS LOCALES.—III. UN PANORAMA DE MILES DE GOBIERNOS LOCALES.—IV. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS GOBIERNOS LOCALES.—V. COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS LOCALES.—VI. FINANCIACIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES.—VII. LOS GOBIERNOS LOCALES Y EL GOBIERNO FEDERAL.—VIII. SUPERVISIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES.—IX. RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES.—X. CULTURA POLÍTICA DE LA GOBERNABILIDAD LOCAL.—XI. PROBLEMAS Y TENDENCIAS.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

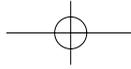
En los Estados Unidos el número de gobiernos locales asciende a 89.476, y los ciudadanos consideran que éstos son más eficientes en la prestación de servicios que sus gobiernos estatales y que el gobierno federal¹. En muchos estados, la responsabilidad jurisdiccional de algunos gobiernos locales, tal es el caso de los municipios, se solapa con la de otros gobiernos locales, como los distritos escolares públicos. Esto es, las áreas de prestación de servicios y la fuente de ingresos fiscales (p. ej., los impuestos a la propiedad) de dos o más gobiernos locales están muy próximos. Todos los residentes de los Estados Unidos viven en el ámbito de un gobierno local y son objeto de los poderes impositivos de éste, ya sea un municipio incorporado, un distrito especial que suministra educación pública, jurisdicciones subestatales como los condados (conocidos como *parishes* en Louisiana y *boroughs* en Alaska)². Todos los gobiernos locales han sido creados por la constitución o estatuto de su estado. Los gobiernos locales son «creaciones de sus estados», y tienen muchas relaciones legales, reglamentarias y financieras con ellos. El efecto interactivo de estas relaciones podría considerarse como una «tela de retales» (*patchwork quilt*) de gobiernos locales y regionales y de sus estados³.

¹ La base de datos sobre gobiernos locales de la Oficina del Censo de los EE.UU., 2002 Census of Governments, *Government Operations*, <http://www.census.gov/prod/2003pubs/gc021x1.pdf> (editado el 10 de febrero de 2008). En una encuesta bienal, los encuestados estimaron los gobiernos locales por delante del gobierno federal o el estatal en ocho de cada diez encuestas en las que se consultaba acerca del orden de los gobiernos de los cuales «se conseguía el mayor rendimiento por su dinero». Vid. R. L. COLE y J. KINCAID, «Public Opinion on US Federal and Intergovernmental Issues in 2006: Continuity and Change», *Publius: The Journal of Federalism*, 36 (verano 2006), pp. 443-459.

² El estatus especial de Washington, DC, sitúa su estructura de gobierno bajo la jurisdicción del Congreso, el cual promulga estatutos para ser implementados por el gobierno de Washington, DC. Está gobernado por el alcalde y el consejo elegidos, y tiene autoridad tributaria para financiar servicios, incluyendo la educación pública.

³ Este término, de «*patchwork quilt*», está inspirado por la descripción de D. J. ELAZAR's de un «mosaico» de espacio, tiempo y cultura en la política americana. Vid. D. J. ELAZAR, *The American Mosaic: The Impact of Space, Time and Culture on American Politics* (Boulder, CO: Westview, 1994). Los «*Quilts*» serían piezas o retales.





Aunque la «tela de retales» (*patchwork quilt*) evoca imágenes de gran diversidad a través de los cincuenta estados y dentro de cada uno de ellos, también hay cuestiones y retos similares que unen y enlazan los gobiernos locales en el sistema federal, tales como la inmigración, el declive de los trabajos manufacturados y el aumento del sector servicios, la internacionalización de las finanzas y las cadenas de suministro. Sin embargo, los efectos de tales fuerzas son heterogéneos: benefician a determinados gobiernos estatales y locales (especialmente aquellos del sur y del oeste de los Estados Unidos) y a las regiones metropolitanas (p. ej., Nueva York, Los Ángeles, Chicago y Charlotte) donde la población y el empleo han crecido, pero perjudican a otros (p. ej., las áreas metropolitanas de Buffalo, Cleveland y St. Louis).

Entre los retos comunes están las crecientes presiones sentidas por los gobiernos locales para, de forma simultánea, prestar servicios de calidad y contener la carga impositiva general sobre los ciudadanos; para experimentar con otras modalidades de prestación de servicios en cooperación, tanto con gobiernos vecinos como con entidades del sector privado, y cargar el coste de los servicios a los usuarios. Las regiones metropolitanas de la nación y las ciudades son poderosos motores de la economía nacional, lo cual explica sus crecientes demandas de autonomía financiera y de gobierno en consonancia con las necesidades de la economía global⁴. Éstas son algunas de las cuestiones y retos tratados en este artículo.

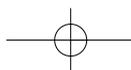
I. INTRODUCCIÓN GENERAL

El federalismo estadounidense se fundó sobre poderes divididos, compartidos y limitados. En «El Federalista 51», James Madison, padre del sistema federal estadounidense y de la Constitución, argumentó que los poderes de los estados debían estar divididos en base a dos tipos de «principios de precaución»: no sólo una separación de competencias dentro de las instituciones de los gobiernos estatal y federal, sino también una división de autoridad entre el gobierno general y los estados. Los gobiernos locales no se mencionan en la Constitución de los Estados Unidos porque se consideran creaciones legales de sus estados. Su importancia para la organización política, sin embargo, no debe ser subestimada. A partir de 2007, la Oficina de Censo, contabilizó 367 regiones metropolitanas y 89.476 gobiernos locales en los 50 estados.

En junio de 2008, la población de los Estados Unidos sobrepasaba los 304 millones de personas, de las cuales, aproximadamente un 83 por 100 vivía en las áreas metropolitanas, definidas como áreas urbanizadas con un núcleo central y una población de 50.000 habitantes o más, sumada a la de los condados contiguos socio-económicamente integrados con el centro. Más de 24,5 millones de personas viven en las ciudades más

les de tela cosidos juntos, haciendo formas, algunos de los cuales se superponen y dan un enlace (conexión) tanto horizontal como vertical a los retales adyacentes.

⁴ *Vid.*, por ejemplo, S. SASSEN, *The Global City* (Princeton, Princeton University Press, 1991), y S. CLARKE y G. GAILE, *The Work of Cities* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1997).



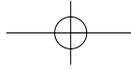
grandes de la nación, aquellas cuya población excede de un millón de habitantes. Cerca de una cuarta parte (23,3 por 100) de la población reside en áreas metropolitanas de más de cinco millones de habitantes, mientras que el 30,4 por 100 viven en áreas metropolitanas de uno a cinco millones de habitantes⁵. En julio de 2006, 44,3 millones de habitantes (o sea, el 14,8 por 100 del total de la población de los EE.UU.) eran hispanos, mientras que 40,2 millones eran negros, 4,5 millones eran americanos nativos y un millón eran nativos hawaianos y de otras islas del Pacífico. Los blancos no hispanos sumaban 198,7 millones de personas. Hawái tenía el porcentaje más alto de residentes de grupos «minoritarios» (75 por 100), seguido por Nuevo México y California (ambos con 57 por 100), y Texas (52 por 100). La población minoritaria del Distrito de Columbia era del 68 por 100.

Cerca del 51,3 por 100 de americanos son protestantes, y el 23,9 por 100 son católicos. El producto interior bruto per cápita en 2007 era de 45.800 dólares. En 2006, cerca del 12,5 por 100 de la población de los Estados Unidos había nacido en el extranjero y el inglés es el idioma principal para un 82,1 por 100 de los americanos.

La Constitución de los Estados Unidos de 1788 estableció tres ramas del gobierno, con el presidente elegido por *electores* o representantes escogidos por votantes dentro de cada estado⁶. El número de representantes o *electores* por estado se determina según su población. Se estableció una legislatura bicameral para representar a los estados (dos senadores por estado fueron designados por el poder legislativo estatal, para servir por periodos de seis años en el Senado) y los ciudadanos (un representante por cada 30.000 personas para servir por periodos de dos años en la Cámara de Representantes). La Decimoséptima Enmienda a la Constitución (ratificada en 1913) establece la elección popular de los senadores, y desde 1910 el número de miembros de la Cámara de los Representantes se fijó en 435. Al gobierno general se le han otorgado *poderes enumerados*, como se expresa en el art. 1, Sección 8.^a, de la Constitución de los EE.UU., mientras que los poderes no especificados por la Constitución que conservan los estados son confirmados en la Décima Enmienda a la Constitución de EE.UU., referida como la «cláusula de reserva»: «Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ésta a los estados, están reservados a los propios estados o al pueblo». Con el paso del tiempo, los poderes del gobierno federal se han expandido para incluir las competencias «necesarias y apropiadas» para llevar a cabo las responsabilidades que les han conferido, así como las competencias para «promover el bienestar general», permitiéndoles de esta manera invadir algunas áreas que tradicionalmente han

⁵ US Census Bureau, «Population Change in Metropolitan and Micropolitan Statistical Areas: 1990-2003», *Current Population Report*, editado en septiembre de 2005, <http://www.census.gov/prod/2005pubs/p25-1134.pdf> (revisado el 30 de agosto de 2008).

⁶ *Vid.*, por ejemplo, G. A. TARR, «United States of America», en J. KINCAID y G. A. TARR (eds.), *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, pp. 381-408 (Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005), y J. DINAN, «United States of America», en K. LE ROY y C. SAUNDERS, *Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries*, pp. 316-343 (Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006).



sido responsabilidad de los estados, tales como la educación, salud y bienestar⁷. La Corte Suprema de los Estados Unidos juega un papel muy importante en la definición de las competencias del Gobierno Federal con respecto a los estados.

Un sistema bipartidista ha sido el dominante. Los partidos Demócrata y Republicano han sido los partidos principales desde la mitad del siglo XIX. Exceptuando la existencia de otros partidos en algunos estados y ciudades, los partidos Demócrata y Republicano son los principales partidos tanto en el ámbito estatal como en el local.

II. HISTORIA, ESTRUCTURAS E INSTITUCIONES DE LOS GOBIERNOS LOCALES

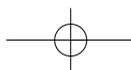
Los gobiernos locales tienen una larga historia en los Estados Unidos como entidades políticas que suministran ciertos servicios públicos y como organizaciones políticas que, en teoría, reflejan el deseo de los ciudadanos. Bajo el régimen colonial británico, francés y español se creó un sistema de administración para asegurar la implementación de las leyes de la Corona. El auto-gobierno local con oficiales electos se extendió por toda la Norteamérica Británica. Con el tiempo, una variedad de gobiernos locales evolucionaron y se convirtieron en parte de la estructura permanente del sistema político americano. Hoy, los gobiernos locales son entidades organizadas que poseen una sustancial autonomía sobre sus asuntos administrativos y fiscales, y que asumen responsabilidades de cara al público⁸. Sin embargo, la asignación de competencias no es uniforme a través de los cincuenta estados.

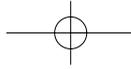
Los condados, una forma de gobierno derivada del sistema inglés de los *shires*, son unidades administrativas de los estados, y sus límites están a menudo fijados a partir de la distancia que una persona puede recorrer a caballo en un día. Los gobiernos de los condados son gobiernos locales con competencias generales que fueron creados inicialmente como instrumentos administrativos de los estados. Con el paso del tiempo, muchos evolucionaron hacia gobiernos medianamente autónomos, con representantes elegidos de forma directa, o comisionados que adoptan presupuestos, recaudan ingresos y promulgan ordenanzas locales⁹. Las funciones de los condados tienden a incluir el bienestar

⁷ Vid., por ejemplo, E. KATZ, «United States of America», en A. MAJEED, R. L. WATTS y D. M. BROWN (eds.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries: A Global Dialogue on Federalism*, pp. 295-321 (Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006), y W. FOX, «United States of America», en A. SHAH (ed.), *The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives*, pp. 344-369 (Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2007).

⁸ La Oficina del Censo de los Estados Unidos define gobierno local como «una entidad organizada sujeta a evaluaciones y rendición de cuentas públicas, cuyos miembros son elegidos por votación popular o son designados por oficiales públicos, los cuales tienen suficiente discrecionalidad en la gestión de sus asuntos, lo que los distingue de la estructura administrativa de cualquier otra unidad de gobierno». Vid. EE.UU. Census Bureau, *2002 Census of Governments, Government Units in 2002, Preliminary Report*, julio 2002, http://ftp2.census.gov/govs/cog/2002COGprelim_report.pdf (revisado el 15 de febrero de 2008).

⁹ J. EDWIN BENTON, *Counties as Service Delivery Agents: Changing Expectations and Roles* (Westport, CT, Praeger, 2002); J. EDWIN BENTON, «County Government Structure and County Revenue Policy: What Is the Connection?», *State and Local Government Review*, 35, núm. 2 (primavera 2003), pp. 78-89.



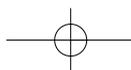


social (delegada por el estado), la sanidad, cárceles, juzgados, parques, recogida de basura y carreteras, entre otros. Pese a que los condados existen en cuarenta y ocho estados, hay excepciones: no existen en Connecticut y Rhode Island. En Virginia y Massachussets, las ciudades existen independientemente de los condados. Muchas otras ciudades y municipios en los Estados Unidos operan dentro de gobiernos de condados con los que se solapan sus responsabilidades. Varios estados han fusionado gobiernos de ciudades y condados, tal como en Filadelfia, San Francisco, Honolulu, Nueva York y Boston, este último con partes del Condado de Suffolk.

Únicamente en 20 estados hay ayuntamientos con competencias de gobierno local. En algunos de estos estados (por ejemplo, Nueva Jersey y Pennsylvania), los ayuntamientos pueden asumir competencias generales de gobierno, como municipalidades. En otros (por ejemplo, Ohio, Illinois, Michigan y Wisconsin), los municipios tienen poderes limitados, por lo general, para la construcción de carreteras, puentes, policía, y por los cuales pueden imponer tasas o impuestos. En estos últimos estados, los ayuntamientos fueron prescritos en la Ordenanza Noroeste (*Northwest Ordinance*), que fue aprobada bajo los artículos de la Confederación en 1787 y después adoptada por el Congreso de los Estados Unidos reunido bajo la Constitución de 1788. Dentro de los municipios se reservaron terrenos para «escuelas comunitarias».

Las corporaciones municipales, habitualmente referidas a las ciudades, pueblos, barrios o aldeas, son gobiernos con competencias generales y órganos legislativos elegidos de forma directa, normalmente llamados consejos. Éstas tienen presupuesto propio, capacidad fiscal y competencia para promulgar ordenanzas. Aunque la precisa asignación de funciones a los gobiernos municipales (así como a los condados) varía según el estado, las corporaciones municipales tienen atribuidas las competencias de policía y están encargadas de la protección de la salud y el bienestar de los residentes, habitualmente a través de los cuerpos públicos de seguridad (p. ej., protección contra incendios, policía y servicio de urgencias hospitalarias), la planificación y usos del suelo y obras públicas locales (incluyendo calles, puentes, suministro de agua y sistemas de alcantarillado). Habitualmente los municipios están gobernados bien por el alcalde y el Consejo de la ciudad, en el cual el alcalde es el funcionario ejecutivo, o bien mediante un sistema de administración, en cuyo caso el Consejo contrata un administrador profesional de la municipalidad como gerente. Otras formas de gobierno municipal incluyen: el modelo de comisiones, en el cual a cada miembro del consejo de la ciudad (o en el caso de los condados, cada comisionado de condado) se le asigna una responsabilidad administrativa para la realización de una función particular, como carreteras o salud, y el modelo de cabildos, común sólo en los estados de Nueva Inglaterra, que es una forma de democracia directa en la que todos los votantes participan en la adopción de los presupuestos y las ordenanzas municipales.

Los distritos especiales son gobiernos con facultades limitadas que suministran un servicio específico, como agua potable, tratamiento de aguas residuales, tráfico, vivienda y servicios portuarios entre otros. Aproximadamente, el 91 por 100 de todos los distritos especiales desempeñan una única función (comúnmente agua y alcantarillado, pro-



tección contra incendios, vivienda y desarrollo comunal o gestión de los recursos naturales), mientras que el resto desarrollan múltiples funciones. Los distritos especiales son autoridades con atribuciones fiscales sobre una región claramente identificada (p. ej., muchas agencias de tráfico están autorizadas para recaudar un impuesto regional) y están autorizadas para «vender» sus servicios, ya sea fijando una tarifa o cuota por unidad de servicio (p. ej., los distritos de aguas, recaudan una tarifa a los usuarios basada en su consumo de agua) o mediante el establecimiento de cargas fiscales con el propósito de cancelar deudas. Los distritos especiales suelen estar autorizados para expedir deuda para la ejecución de proyectos clave, tales como la construcción y renovación de infraestructuras. Los distritos especiales pueden ser, bien dependientes legalmente de otros gobiernos locales o independientes, y las juntas de gobierno de los distritos especiales suelen ser designados por alcaldes, gobernadores u otros cargos electos. No obstante, los distritos especiales que tienen algún poder fiscal están casi siempre gobernados por una junta elegida por los votantes del área.

Los gobiernos locales también pueden crear personas jurídicas conocidas como agencias o autoridades públicas con el propósito de emitir deuda o establecer impuestos o tarifas a la construcción y al uso de infraestructuras. La primera autoridad pública en los Estados Unidos fue la Autoridad Portuaria de Nueva York, establecida en 1921 como un acuerdo interestatal entre Nueva York y Nueva Jersey para administrar los intereses comunes sobre el puerto situado entre los dos estados (su nombre fue cambiado formalmente en 1972 a Autoridad Portuaria de Nueva York y Nueva Jersey). La autoridad pública, como usualmente se define, está gobernada por una junta nombrada por la ciudad y carece de competencias fiscales, aún así a menudo posee el derecho de expropiación, que permite a los gobiernos locales expropiar la propiedad privada para usos públicos con una justa compensación para su dueño. Los principales propósitos de las agencias públicas y de los distritos especiales son «dotar de un mecanismo para el uso de la deuda no garantizada y para financiar actividades que caen fuera de otros impuestos y cargas especiales»¹⁰. La creación de distritos especiales y autoridades públicas, así como los distritos financieros con capacidades recaudatorias¹¹, los distritos de mejora de negocios, los distritos con impuestos especiales y similares, se plantea con el propósito de

¹⁰ J. R. ARONSON y E. SCHWARTZ (eds.), *Management Policies in Local Government Finance* (Washington, DC, International City Management Association, 1975), p. 166.

¹¹ Los *Tax Increment Finance (TIF) districts* se han convertido en herramientas comunes y equilibradas de desarrollo económico para las ciudades. De acuerdo con criterios legales (a veces dudosos), las ciudades crean distritos TIF como pequeñas áreas dentro de los límites de la ciudad y entonces fijan el valor de la propiedad. En cuanto se crea el TIF, el valor fijado se convierte en el valor de partida. Según se eleva el valor de las propiedades, el incremento del valor de las recaudaciones del impuesto sobre la propiedad se guarda independientemente en un fondo TIF para utilizarlo en proyectos (habitualmente de infraestructura) dentro del mismo distrito. Los fondos TIF se pueden utilizar para avalar deudas de proyectos de infraestructura de gran envergadura. *Vid.*, por ejemplo, R. WEBER, «Equity and Entrepreneurialism: The Impact of Tax Increment Financing on School District Finances», *Urban Affairs Review*, 38 (mayo 2003), pp. 619-644; y C. JOHNSON y J. MAN, *Tax Increment Financing and Economic Development* (Albany, State University of New York Press, 2001).

aumentar la flexibilidad política y administrativa en la prestación de servicios, emisión de deuda, y recaudación de impuestos¹².

Los últimos cincuenta y cinco años han sido testigos del crecimiento en el número de distritos especiales por diversas razones. Las restricciones impuestas a los municipios a veces fomentan la formación de distritos especiales por los estados, de tal modo que un servicio específico (habitualmente uno con una unidad de medida que pueda ser valorado sobre una unidad de consumo básica, como en el caso del agua) podría ser suministrado sin competir con otro servicio «general»¹³. El aumento del acceso al mercado de valores ha sido también una razón para el crecimiento de los distritos especiales. A veces la creación de corporaciones municipales y distritos especiales en el siglo XX estaba motivada por individuos que buscaban la exclusión de ciertos grupos (*i.e.*, discriminación por raza y clase)¹⁴. En otras palabras, los distritos especiales y municipios eran creados, a veces, (1) para tratar otras preocupaciones, distintas de la ineficiencia en el suministro de servicios debido a economías de escala no rentables o (2) para lograr estándares de servicio más altos.

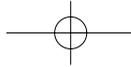
Un tipo particular de distrito especial es el distrito escolar, el cual está separado de los distritos especiales en este artículo, pues todos los estados requieren la prestación pública de educación primaria y secundaria (incluyendo los grados del 1 al 12 y además en algunos estados, servicios de guardería). La educación pública no es una responsabilidad del gobierno federal, no obstante, muchas leyes proveen apoyo financiero (p. ej., leyes de educación primaria y secundaria) y exigen responsabilidad según niveles de rendimiento (p. ej., *No Child Left Behind Act*, de 2001) y han sido promulgadas por el congreso de los EE.UU. durante los últimos cincuenta años. Algunos estados asignan la prestación de la educación a los condados y ciudades (éstos se conocen como sistemas escolares dependientes, de los cuales hay 1.508)¹⁵, mientras que cuarenta y cinco estados han creado distritos escolares independientes con competencias singulares (éstos son conocidos como

¹² Vid., por ejemplo, A. SBRAGIA, *Debt Wish: Entrepreneurial Cities, US Federalism, and Economic Development* (Pittsburgh, PA, University of Pittsburgh Press, 1996); E. MONKONNEN, *The Local State: Public Money and the American Cities* (Stanford, CA, Stanford University Press, 1995); y D. PERRY (ed.), *Building the Public City* (Thousand Oaks, CA, Sage, 1995).

¹³ Vid., por ejemplo, SBRAGIA, *Debt Wish*; K. A. FOSTER, *Political Economy of Special-Purpose Government* (Washington, DC, Georgetown University Press, 1997); y B. MCCABE, «Special-District Formation among the States», *State and Local Government Review*, 32 (2000), pp. 121-131. Desde un punto de vista opuesto, *vid.*, J. CARR, «Local Government Autonomy and State Reliance on Special District Governments: A Reassessment», *Political Research Quarterly*, 59 (septiembre 2006), pp. 481-492.

¹⁴ N. BURNS, *The Formation of American Local Governments: Private Values in Public Institutions* (Oxford, UK, Oxford University Press, 1994).

¹⁵ Los sistemas escolares dependientes de un condado pueden encontrarse en Carolina del Norte, Tennessee y Virginia; los sistemas escolares dependientes de gobiernos de ciudades o municipios se encuentran en Connecticut, Maine, Massachusetts, New Jersey y Rhode Island, aunque las ciudades son responsables de las escuelas en otros ocho estados. No hay distritos escolares independientes en el Distrito de Columbia, Alaska, Hawái, Carolina del Norte y Maryland. Vid. Oficina del Censo de EE.UU., 2002 Census of Government, *Government Organization*, 2002, viii, <http://www.census.gov/prod/2003pubs/gc021x1.pdf> (revisado el 10 de febrero de 2008).



Los gobiernos locales en los Estados Unidos de América

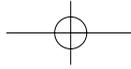
193

sistemas escolares independientes, de los cuales hay 13.051). Sólo en un estado, Hawai, la educación pública es administrada directamente por el mismo. Los distritos escolares están gobernados por juntas elegidas directamente que establecen tipos de gravamen, aprueban los planes de estudio y contratan al superintendente que administra las escuelas.

III. UN PANORAMA DE MILES DE GOBIERNOS LOCALES

Los gobiernos locales dieron empleo a 13,7 millones de personas en 2004, lo que supone el 64,5 por 100 del conjunto de empleos de los gobiernos federal, estatal y local. Esto marca un incremento sustancial desde los 2,8 millones (o el 47 por 100 del total del número de empleados de los gobiernos federal, estatal y locales) que había en 1946. Al mismo tiempo, el número de gobiernos locales cambió drásticamente, alcanzando la cifra de 89.476, según el último censo de gobierno en 2007. Estas cifras enmascaran la amplia variación en la composición entre gobiernos locales. La consolidación de distritos escolares, por ejemplo, redujo el número de distritos escolares independientes de 67.355 en 1952 a 13.051 en 2007, mientras que los distritos especiales experimentaron una tendencia contraria, aumentando a 35.301 en el 2007, un aumento del 202,9 por 100 desde 1952. Los cambios en el número de otros gobiernos locales también han sido notables. Los gobiernos municipales ascienden a 19.492 en 2007, comparados con los 16.807 en 1952; los condados consolidados como resultado de la despoblación rural, disminuyeron por 19 hasta 3.033; y 683 ayuntamientos fueron consolidados o absorbidos por municipios incorporados, reduciéndose de 17.202 a 16.519.

La consolidación de distritos escolares puede ser explicada principalmente porque los estados asumieron un mayor control sobre ellos, dando más recursos a las escuelas locales desde 1942, cuando la Oficina del Censo contó 108.579 distritos escolares independientes. En un momento dado los estados exigieron la asistencia obligatoria hasta el octavo grado; ahora esto se aplica hasta el doceavo grado o hasta la edad de dieciséis o diecisiete años. Los requisitos de los programas de estudios establecidos por el estado se volvieron más completos y se impusieron estándares mínimos para la graduación por los estados, lo que conllevó a una mayor oferta de cursos. Con el paso del tiempo, los estados aportaron cada vez más ingresos para apoyar las escuelas locales, las cuales tendían a estar financiadas casi totalmente por el impuesto local a la propiedad, en gran medida para cumplir con los decretos estatales y para modernizar y mejorar los programas de estudio. Los estados también crearon una fórmula para igualar la distribución de ayuda adicional del estado a los distritos escolares más pobres (*i.e.*, Distritos escolares con propiedades de bajo valor) o a escuelas con elevadas necesidades (p. ej., escuelas de bajo rendimiento y aquellas que tienen gran cantidad de estudiantes con discapacidades), aunque cada estado define la cantidad «adecuada» de gasto, diferente por cada estudiante. Para el 2005, cerca de la mitad de todos los ingresos (46,9 por 100) para escuelas públicas eran aportados por los estados. La consolidación de escuelas como meca-



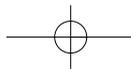
nismo de combinación de recursos, cumpliendo con unos estándares mínimos elevados y alcanzando economías de escala, sobre todo debido al movimiento de poblaciones de las zonas rurales a las urbanas, fue, en muchos casos, el resultado.

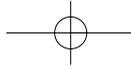
La consolidación o fusión de los gobiernos locales y los servicios ha sido promovida por más de un siglo entre los proveedores regionales. No obstante, menos de una de cada cinco propuestas ha sido aprobada por los votantes. Donde se han implementado, ninguna propuesta ha tenido como resultado la consolidación de todos los gobiernos locales de una región, excepto la creación de la ciudad de Nueva York en 1898 a través de la consolidación de todos los gobiernos locales en un área de cinco condados. Es típico que las ciudades se fusionen con ciudades vecinas, o una ciudad y un condado consolidan sus gobiernos. Pero los distritos escolares casi siempre son excluidos de las propuestas de consolidación, como lo son otros distritos especiales tales como los de transporte público.

La consolidación de gobiernos locales es un proceso muy laborioso de recopilación de datos, discusiones públicas e iniciativas populares. En muchos estados, también se requiere la aprobación de los votantes. Los defensores de la consolidación a menudo señalan a los beneficios de la economía de escala, la reducción de la duplicación de servicios y de la burocracia, la mejora de la coordinación entre las distintas partes interesadas en la inversión en infraestructura, mejoras de planes de transporte y más oportunidades de crecimiento económico para una región más amplia. Conforme las regiones metropolitanas se urbanizaron más y conforme más áreas no incorporadas se incorporaron como nuevos municipios, las posibilidades de cooperación entre gobiernos para una estrategia unificada para el crecimiento de la economía, disminuyeron. Los reformistas llamaron a la abolición de las estructuras obsoletas de gobiernos locales, tales como los ayuntamientos, cuyas limitadas responsabilidades (carreteras y seguridad pública) podrían ser absorbidas por los gobiernos de la ciudad o del condado y los ilógicos límites municipales que tienen escasa relevancia frente a las agrupaciones naturales de ciudadanos y negocios. Otros argumentaron que todos los ciudadanos y los gobiernos locales en las «regiones económicas» dependen del trabajo conjunto de los integrantes de la región hacia un objetivo común. Las políticas públicas diseñadas para mejorar el bienestar social y económico de una región, por tanto, deberían estar coordinadas y pensadas en términos de una región económica metropolitana, antes que considerarla como un conjunto descoordinado de políticas potencialmente incompatibles que balcanizaran la región¹⁶.

Por más poderosas que estas llamadas a la consolidación o unificación de gobiernos pudieran parecer, la lealtad y apego a su ciudad, y el temor (racial y de clase) a las escuelas de integración y de baja calidad, ha tenido como resultado el fracaso de una abrumadora mayoría de propuestas de consolidación. En el siglo pasado sólo un 18 por 100 de todas las propuestas de consolidación de ciudades y condados presentadas a votación

¹⁶ W. R. BARNES y L. LEDEBUR, *The New Regional Economies: The US Common Market and the Global Economy* (Thousand Oaks, CA, Sage, 1998).





fueron aprobadas por los votantes¹⁷. En los últimos treinta años, el porcentaje de aprobación ha aumentado comparado con los niveles históricos, en parte, según algunos analistas, debido a que estaban dirigidas a los condados de mediano tamaño, con poblaciones más homogéneas, en lugar de a aquellos de mayor tamaño¹⁸.

No todos los reformistas tienen fe en los efectos beneficiosos de la consolidación de los gobiernos locales o ciudades y condados. Hace una década, Allen Wallis argumentó que las llamadas a la consolidación estaban siendo reemplazadas por llamadas a la gobernanza de las áreas metropolitanas o regionalismo basadas en el uso de mecanismos cooperativos voluntarios¹⁹. El trabajo de muchos estudiosos del tema durante los últimos cuarenta años ha concluido que la descentralización puede fomentar la cooperación y coordinación de gobiernos locales cercanos con el propósito de mejorar el bienestar de una región más amplia de una manera eficiente²⁰. Un acuerdo de cooperación entre gobiernos locales que obtenga ventajas de las economías de escala, como la subcontratación de servicios a otro gobierno local (p. ej., cuerpo de bomberos) o la creación de un sentimiento regional común, es un acto voluntario basado en un compromiso formal de los gobiernos participantes. Dado que éstos son acuerdos voluntarios, estos gobiernos están constantemente buscando mejores acuerdos y de más bajo costo, con los otros gobiernos, el sector no lucrativo, o el sector privado.

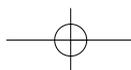
Al inicio de la década de los noventa la reforma del gobierno estaba siendo promovida por el movimiento «reinventado el gobierno», el cual llamaba a los gobernantes a gestionar en vez de producir, lo que significa que los gobiernos en lugar de producir (u organizar y suministrar) un servicio deberían proveer (o contratar con una agencia privada o

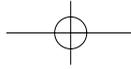
¹⁷ «City/County Consolidation: A Brief Overview Presented to the Mississippi Legislature», redactado por el John C. Stennis Institute of Government, Mississippi State University, enero 2002.

¹⁸ R. W. CAMPBELL y D. DURNING, «Is City-County Consolidation Good Policy? A Symposium», *Public Administration Quarterly*, 24 (verano 2000), pp. 133-139; R. VOGEL y H. V. SAVITCH, «Metropolitan Consolidation versus Metropolitan Governance in Louisville», *State and Local Government Review*, 32 (2000), pp. 198-212.

¹⁹ A. WALLIS, «The Third Wave: Current Trends in Regional Governance», *National Civic Review*, 83 (1994), pp. 290-310. *Vid.*, también, W. DODGE, *Regional Excellence* (Washington, DC, National League of Cities, 1996); G. ROSS STEPHENS y N. WIKSTROM, *Metropolitan Government and Governance: Theoretical Perspectives, Empirical Analysis, and the Future* (New York, Oxford University Press, 2000); M. ORFIELD, *Metropolitica: A Regional Agenda for Community and Stability* (Washington, DC, Brookings Institution Press, 1997); D. NORRIS, «Whither Metropolitan Governance», *Urban Affairs Review*, 36 (marzo 2001), pp. 532-550; D. YOUNG MILLER, *The Regional Governing of Metropolitan America* (Boulder, CO, Westview, 2002); y R. K. VOGEL y H. V. SAVITCH (eds.), *Regional Politics: America in a Post-City Age* (Thousand Oaks, CA, Sage, 1996).

²⁰ V. OSTROM, C. M. TIEBOUT y R. WARREN, «The Organization of Government in Metropolitan Areas: A Theoretical Inquiry», *American Political Science Review*, 55 (diciembre 1961), pp. 831-842. *Vid.*, por ejemplo, D. A. KENYON y J. KINCAID, *Interjurisdictional Tax and Policy Competition: Good or Bad for the Federal System?* (Washington, DC, US Advisory Commission on Intergovernmental Relations, 1991); US Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Metropolitan Organization: The Allegheny County Case* (Washington, DC, US Advisory Commission on Intergovernmental Relations, 1992); M. SCHNEIDER, *The Competitive City: The Political Economy of Suburbia* (Pittsburgh, PA, University of Pittsburgh Press, 1989); y R. OAKERSON, *Governing Local Public Economies* (Oakland, CA, ICS Press, 1999).





no lucrativa) el mismo o asegurar su suministro²¹. Las fuerzas competitivas, según esta perspectiva, incrementarían la calidad de las contrataciones y bajarían el costo de la provisión del servicio. Todos los gobiernos, entonces, deberían procurar encontrar los mejores proveedores de servicios. La búsqueda continua de mejores acuerdos de calidad-precio permite a los gobiernos locales mantener su integridad legal, permite a los ciudadanos y a los contribuyentes mantener sus conexiones con el gobierno local e identificarse con él y crear una red flexible interactiva entre un gran número de agentes. Los gobiernos locales se han adaptado a los nuevos retos, cooperando, a veces, con otros gobiernos locales en la región para suministrar servicios a través de acuerdos contractuales voluntarios llamados acuerdos entre gobiernos locales. El fragmentado gobierno local en el condado de Allegheny (en el cual Pittsburg es la ciudad más grande) y el condado de St Louis, por ejemplo, han sido analizados para entender el alcance de los acuerdos interlocales y cómo los contratos han mejorado la eficiencia y reducido las cargas fiscales²². Los estudios concluyen que la flexibilidad de los gobiernos locales en la realización de acuerdos con otros gobiernos locales ha sido beneficiosa²³.

Los acuerdos entre gobiernos locales y otras formas de cooperación, entre dos o más de ellos, son frecuentemente mostrados como ejemplos de cómo los gobiernos locales pueden mantener su identidad y al mismo tiempo obtener las ventajas de las economías de escala²⁴. Sin embargo, los gobiernos locales también están compitiendo entre ellos. La competencia interjurisdiccional puede reducir la carga tributaria de los ciudadanos, promover sistemas de prestación de servicios competitivos y requiere continuas evaluaciones del funcionamiento del gobierno²⁵. En ausencia de competencia, los gobiernos locales se pueden comportar como monopolistas, ignorar o distorsionar la demanda de servicios de

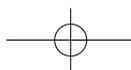
²¹ D. OSBORNE y T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector* (Reading, MA, Addison-Wesley, 1992).

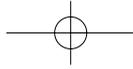
²² US Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *The Organization of Local Public Economies* (Washington, DC, US Advisory Commission on Intergovernmental Relations, 1987).

²³ En algunos estados, los acuerdos interlocales estaban prohibidos por la constitución o estatuto, el cual tuvo que ser modificado para permitir dicha cooperación. El estado de Washington, por ejemplo, no permitió acuerdos entre gobiernos locales hasta el final de su primer siglo de existencia en 1967. *Vid. State of Washington, Interlocal Cooperation Act*, capítulo 39.34 (1967).

²⁴ *Vid.*, por ejemplo, R. FEIOCK, «Metropolitan Governance and Institutional Collective Action», *Urban Affairs Review*, 44, núm. 3 (enero 2009), pp. 356-377; D. MORGAN y M. HIRLINGER, «Intergovernmental Service Contracts», *Urban Affairs Quarterly*, 27 (1991), pp. 128-144; K. THURMAIER y C. WOOD, «Interlocal Agreements as Social Networks: Picket Fence Regionalism in Metropolitan Kansas City», *Public Administration Review*, 62 (2002), pp. 585-598; W. C. SEYLER, «Interlocal Relations: Cooperation», *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 416 (1974), pp. 158-169; y A. O. M. BOWMAN, «Horizontal Federalism: Exploring Interstate Interactions», *Journal of Public Administration and Research*, 14 (2004): pp. 535-546.

²⁵ *Vid.*, por ejemplo, D. A. KENYON y J. KINCAID (eds.), *Competition among State and Local Governments: Efficiency and Equity in American Federalism* (Washington, DC, Urban Institute Press, 1991), y R. PARKS y R. OAKERSON, «Comparative Metropolitan Organization: Service Production and Governance Structures in St. Louis (MO) and Allegheny County (PA)», *Publius: The Journal of Federalism*, 23 (invierno 1993), pp. 19-39. Desde un punto de vista opuesto, *vid.* D. MILLER, R. MIRANDA, R. ROQUE y C. WILF, «The Fiscal Organization of Metropolitan Areas: The Allegheny County Case Reconsidered», *Publius: The Journal of Federalism*, 25 (Fall 1995), pp. 19-35.





Los gobiernos locales en los Estados Unidos de América

197

los clientes y elaborar presupuestos que no reflejen los costos reales de la prestación de servicios. Si los contribuyentes (personas y compañías) se sienten defraudados por el paquete de servicios suministrado por el gobierno local según el coste del impuesto de los mismos, podrían considerar la opción de irse de la jurisdicción²⁶. Los gobiernos locales, como consecuencia de la constante amenaza de abandono, se comportan de manera competitiva, combinando la cantidad y la calidad de los servicios para satisfacer la percepción de los contribuyentes y ajustar el precio del impuesto por los servicios y la carga tributaria de los ciudadanos para mantenerse en línea con otros gobiernos locales. Los acuerdos interlocales o los acuerdos para la prestación de servicios compartida con otros gobiernos locales continuarán creciendo en importancia. Una vez reconocida la importancia de estimar el costo de la transacción en la prestación del servicio, los gobiernos locales están investigando transacciones voluntarias para períodos de tiempo negociados. Con frecuencia, estas transacciones están ligadas al logro de resultados. Estas medidas, basadas en resultados, proporcionan datos a los gobiernos locales que sirven de base para los procesos de deliberación en la siguiente ronda de acuerdos interlocales²⁷.

Los gobiernos locales ubicados en las mayores regiones metropolitanas también se han adaptado a sus entornos cambiantes, pero sin seguir un modelo determinado de prestación de servicios centralizado o descentralizado. Si algo caracteriza el modelo de gobierno regional de las áreas metropolitanas de los Estados Unidos es la adaptación heterogénea a las características legales, económicas y sociales de esas regiones. El área metropolitana de Nueva York, por ejemplo, es hogar de más de 18 millones de personas, de las cuales más de ocho millones viven en el municipio conocido como ciudad de Nueva York. La cobertura geográfica del gobierno de la ciudad fue establecida en 1898 con la consolidación de cinco condados y todos los gobiernos locales en una ciudad, convirtiéndola en una de las regiones más centralizadas de la nación en lo que respecta a población y extensión de terreno. Sin embargo, la mayor región metropolitana está gobernada por más de 200 municipios, condados y distritos especiales. Por otra parte, la región metropolitana de Chicago, con sólo 9,2 millones de personas, de las cuales 2,9 están en el municipalidad incorporada de Chicago, es más fragmentada y descentralizada. La región metropolitana de seis condados es hogar de 1.246 gobiernos locales, incluyendo 270 municipalidades incorporadas. Los Ángeles, una ciudad de 3,7 millones de personas, en una región metropolitana de más de 16 millones, es la segunda ciudad más grande de la nación, pero es sólo una de los cerca de 380 gobiernos locales en su región metropolitana. Como se observa en estos tres casos, ninguno de los modelos de gobierno regional predomina en los Estados Unidos.

²⁶ C. TIEBOUT, «A Pure Theory of Local Expenditures», *Journal of Political Economy*, 64 (1956), pp. 416-424.

²⁷ *Vid.*, por ejemplo, FEIOCK, «Metropolitan Governance».

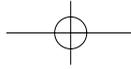
IV. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS GOBIERNOS LOCALES

La creación, configuración y consolidación de los gobiernos locales sólo puede ser realizada con la expresa aprobación del estado. La Constitución federal no menciona a los gobiernos locales, mientras que todas las constituciones de los estados sí lo hacen. Los estados crean los gobiernos locales por poderes de incorporación, y asimismo los estados pueden abolirlos, regular sus formas de actuación, limitar su capacidad impositiva y, en todos los sentidos, hacerlos cumplir con sus demandas dentro de los límites constitucionales del estado. La vida constitucional y legal de los gobiernos locales ha sido configurada basándose en el fallo de un juez de Iowa, John Dillon, quien en 1868 declaró: «las Corporaciones municipales deben su origen al Poder Legislativo, y sus poderes y derechos derivan en su totalidad del Poder Legislativo. Inspira en ellas el aliento de la libertad, sin el cual no pueden existir. Así como las ha creado, también las puede destruir». La construcción de los gobiernos locales, según Dillon, no era compartida por los jueces y observadores de su época. El juez Thomas Cooley, de la Corte Suprema de Michigan sostenía que los gobiernos locales tenían un derecho inherente al auto-gobierno²⁸. A pesar de ello, el fallo del juez Dillon ha disfrutado de mayor apoyo legal y popular. En los 150 años que han transcurrido desde entonces, los reformistas han animado a los poderes legislativos de los estados a promulgar o promover, a través de iniciativas y procesos de referéndum, normas constitucionales o estatutarias que den a los gobiernos locales, o a ciertos gobiernos locales (por ejemplo, los municipios), poderes expansivos o restrictivos para imponer tributos, legislar, suministrar servicios, y de esta manera satisfacer las necesidades de sus ciudadanos. Las disposiciones legales para posibilitar la autonomía del gobierno local, han sido reconocidas por disposiciones constitucionales en 36 estados y por sus estatutos en ocho estados.

Una interpretación de la autonomía local, basada en la máxima del *common law imperium in imperio*, reconoce esencialmente a los gobiernos locales amplia autonomía para el suministro de servicios, la fiscalidad, y otras áreas de ámbito local, dentro de los límites constitucionales del estado²⁹. Otra interpretación, que debilita considerablemente cualquier apoyo liberal a la autoridad legislativa de los gobiernos locales, es la regla

²⁸ Vid., por ejemplo, J. J. RICHARDSON JR., M. ZIMMERMAN GOUGH y R. PUENTES, «Is Home Rule the Answer? Clarifying the Influence of Dillon's Rule on Growth Management», documento de trabajo preparado por el Brookings Institution Center on Urban and Metropolitan Policy, enero 2003, <http://www.brookings.edu/es/urban/publications/dillonsrule.pdf> (revisado el 28 de mayo de 2007).

²⁹ Vid., por ejemplo, *ibid.*; US Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Measuring Local Discretionary Authority* (Washington, DC, US Advisory Commission on Intergovernmental Relations, 1981); D. KRANE, P. N. RIGOS y M. G. HILL JR., *Home Rule in America: A Fifty-State Handbook* (Washington, DC, CQ Press, 2000); J. F. ZIMMERMAN, «Governance Capacity and Mobilization of Resources», documento presentado a la conferencia «Challenge of New Governance in the 21st Century: Achieving Effective Central-Local Relations», patrocinado por la Academia Nacional de Administraciones Públicas y el Instituto Nacional para el Avance en el Desarrollo, Tokyo, 7 de julio de 1998, http://napawash.org/aaederal_system/98_national_governance.html (revisado el 28 de mayo de 2007).



Los gobiernos locales en los Estados Unidos de América

199

ultra vires del *common law*, la cual permite a los estados restringir los poderes de los gobiernos locales sólo a aquellos asuntos que son autorizados por ellos. El acuerdo de delegación de poderes, o modelo Fordham, otorga a los gobiernos locales amplia discreción para hacer lo que ellos decidan, excepto en el campo de lo penal o criminal y de las relaciones privadas. No obstante, los poderes de los gobiernos locales bajo alguna garantía de autoridad por los estados, ya sea restrictiva o expansiva, puede ser afectada y modificada por ajustes constitucionales o reglamentarios, aunque las modificaciones constitucionales son más difíciles de promulgar que los cambios estatutarios.

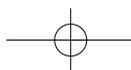
V. COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Los gobiernos locales proporcionan bienes y servicios a los ciudadanos y empresas que consumen esos servicios en un lugar, ya sea en casa, la escuela, la calle o el parque. Sin embargo, estos lugares de consumo son, en muchos casos, objeto de más de un gobierno local. Los distritos escolares, por ejemplo, proveen educación a los niños que viven en familias; la misma familia recibe servicios de seguridad públicos, de los departamentos de bomberos y de policía; la familia consume agua y servicios de saneamiento del distrito de aguas, y, si es pobre, la familia recibe prestaciones sociales del condado. Además, muchos estados regulan las políticas fiscales de los gobiernos locales, por ejemplo, limitando la recaudación del impuesto a la propiedad. Los estados también regulan las políticas fiscales y de funcionamiento de los distritos escolares públicos. Por tanto, los gobiernos locales y los estados tienen responsabilidades que se solapan: algunos gobiernos suministran un paquete distinto de servicios a las familias o a los ciudadanos³⁰, como la educación pública; y otros gobiernos suministran servicios similares a familias y ciudadanos, como las responsabilidades de seguridad pública de la ciudad (policía), condado (sheriff) y estatal (policía estatal).

Actualmente, las responsabilidades funcionales de los gobiernos locales no son asignadas únicamente a uno u otro gobierno local. Aunque no hay una lista cerrada de funciones prescrita para cada tipo de gobierno local, sí hay cuestiones comunes³¹. Los municipios y condados (y ayuntamientos con responsabilidades generales de gobierno) suministran los siguientes servicios entre muchos otros: suministros básicos (agua, electricidad y gas), seguridad pública (policía y bomberos), carreteras y transporte, administración general, servicios sociales y mantenimiento de ingresos mínimos, educación y

³⁰ En su ensayo clásico «A Pure Theory of Local Expenditures», C. TIEBOUT analiza el hecho de que los gobiernos locales agrupan los servicios y se los ofrecen a un precio o tasa a los ciudadanos/consumidores, quienes pueden decidir su residencia según la base de qué gobierno ofrece el mejor conjunto de servicios al mejor precio o tasa.

³¹ Vid. US Census Bureau, *Finances of County Governments, 2002* (Washington, DC, US Government Printing Office, 2002); US Census Bureau, *Finances of Municipal and Township Governments, 2002* (Washington, DC, US Government Printing Office, 2002); y US Census Bureau, *Government Organization* (Washington, DC, US Government Printing Office, 2002).

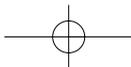


bibliotecas, parques y ocio, pensión alimenticia y vivienda, alcantarillado y gestión de residuos sólidos. Los distritos especiales han sido creados para los siguientes servicios en al menos algunos estados: transporte aéreo, cementerios, generación de energía eléctrica, protección contra incendios, suministro de gas, salud, autopistas, hospitales, desarrollo industrial, bibliotecas, créditos hipotecarios, recursos naturales, aparcamientos, parques y recreación, puertos marítimos y puertos secos, alcantarillado, gestión de residuos sólidos, tráfico, y suministro de agua.

Los presupuestos de los gobiernos locales ascienden a 1,1 billones de dólares, o al 25,7 por 100 del total del gasto del conjunto del gobierno federal, estatal y local en 2002. El gasto de los estados fue de 1,3 billones de dólares, y el gobierno federal, que no opera bajo los requerimientos de equilibrio presupuestario (como, de hecho, todos los gobiernos locales y estados salvo un caso) y que puede de este modo tener un presupuesto deficitario, tenía un presupuesto de 2,1 billones de dólares. El gasto del gobierno local se incrementó en términos de dólares constantes entre 1992 y 2005. La partida de gasto más grande fue la educación, que se incrementó desde 319 miles de millones de dólares a 439 miles de millones de dólares durante el periodo 1992-2005, un incremento del 37 por 100. El gasto en seguridad pública fue el que más se incrementó en términos relativos, cerca de un 42 por 100, y la inversión del gobierno local en servicios sociales y servicios básicos se incrementó a \$122 miles de millones de dólares y \$116 miles de millones respectivamente, en 2005.

VI. FINANCIACIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Aunque casi todos los gobiernos locales con competencias generales y los distritos escolares tienen la autoridad legal para establecer impuestos sobre bienes inmuebles y estructuras (p. ej., impuesto sobre la propiedad), su dependencia del impuesto de propiedad ha menguado a lo largo de las últimas décadas. A medida que los estados han concedido acceso a otras formas de ingresos por impuestos o no han prohibido legalmente el acceso a otros ingresos, ha habido una adopción gradual de otras formas generales de imposición, especialmente impuestos sobre ventas y sobre los rendimientos del trabajo. Los gobiernos locales, en estos estados que están autorizados para gravar las ventas o los rendimientos del trabajo, han optado por diversificar sus estructuras de ingresos. Sin embargo, los distritos escolares y los ayuntamientos continúan siendo muy dependientes del impuesto sobre la propiedad, mientras que los condados y los municipios los han diversificado considerablemente. Los gobiernos locales están también autorizados para cobrar una tasa por ciertos servicios. Las tasas o tarifas pagadas por los usuarios se han convertido en las que más rápidamente han crecido y en la fuente de ingresos más importante para los condados y los municipios. Las tarifas y tasas continúan siendo la fuente propia de ingresos dominante para los gobiernos de los distritos especiales porque estos gobiernos fueron creados en muchos casos para proveer un servicio cuyas características son similares a aquellas de los bienes privados, bienes cuasi-monopólicos, como el agua, tráfico, electricidad y alcantarillado.



Los gobiernos locales en los Estados Unidos de América

201

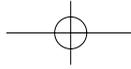
Entre 1972 y 2002 los condados redujeron su dependencia del impuesto de propiedad de un 63 por 100 a un 39 por 100, mientras incrementaron su dependencia de las tarifas por servicios generales de un 26 por 100 a un 43 por 100; los municipios, en una línea similar, incrementaron su dependencia de las tarifas pagadas por los usuarios de un 28 por 100 a un 40 por 100, mientras que redujeron su dependencia del impuesto sobre la propiedad de un 47 por 100 a un 29 por 100 e incrementaron su dependencia de otros ingresos provenientes de impuestos generales (p. ej., ventas, rendimientos del trabajo, y otros) de un 26 por 100 a un 31 por 100. Incluso los distritos escolares y los ayuntamientos, que todavía dependen en gran medida del impuesto sobre la propiedad, han diversificado sus ingresos. En 2002, el 79,3 por 100 de los ingresos de los distritos escolares procedían del impuesto sobre la propiedad, por comparación con el 86 por 100 en 1972, mientras que las tasas y otros impuestos pasaron de un 89,1 por 100 a un 72,7 por 100 durante el mismo periodo, y su dependencia de las tarifas por servicios generales se incrementó del 10,9 por 100 al 20,6 por 100.

En la actualidad, los gobiernos locales dependen más de las tasas y tarifas por servicios generales para sostener sus presupuestos que en cualquier otro momento de su historia. El declive relativo del respaldo de los impuestos generales aún no ha sido reemplazado por un incremento de la ayuda integubernamental, excepto la ayuda estatal a las escuelas. La ayuda federal ha permanecido relativamente constante durante los últimos veinte años, asciende a aproximadamente un 4 por 100 del total de los ingresos de los gobiernos locales, y la ayuda estatal se ha incrementado sólo ligeramente del 30 por 100 en el ejercicio fiscal de 1982 al 32 por 100 en el ejercicio fiscal de 2002, y la mayor parte de este incremento se dedica al apoyo del sistema educativo de los gobiernos locales.

Al final de la década de los años setenta, cuando los propietarios experimentaron un rápido aumento de los valores de la propiedad, acompañado del incremento de las obligaciones del impuesto sobre los bienes inmuebles, los dirigentes locales fueron presionados para reducir impuestos y cargas tributarias individuales. Los ciudadanos y sus representantes electos pueden imponer limitaciones a los impuestos y a los gastos (Tax and Expenditure Limitations, TELs) en el presupuesto estatal y local. El sentimiento anti-impuestos se ilustra mejor con la iniciativa de los ciudadanos de California en 1978 (*i.e.*, Proposición 13), que echó atrás la tasa sobre el impuesto a la propiedad y limitó el crecimiento anual de las obligaciones relativas al impuesto sobre bienes inmuebles a un 1 por 100. Entre 1978 y 1980, «43 estados habían implementado algún tipo de limitaciones o ayudas al impuesto a la propiedad o similar»³².

Los requisitos del equilibrio presupuestario que rigen las políticas fiscales de los gobiernos locales son universales. La política del equilibrio presupuestario exige que los ingresos corrientes del año en curso (incluyendo cualquier saldo negativo del año anterior) equivalgan o excedan el gasto. Los presupuestos deficitarios, para el normal funcionamiento de una administración, no son una opción. Es cierto que a la mayoría de los

³² D. MULLINS y B. WALLIN, «Tax and Expenditure Limitations: An Overview», *Public Budgeting and Finance* 24 (invierno 2004), pp. 2-15, 2-3.

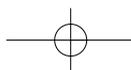


gobiernos locales se les permite solicitar fondos para la construcción y adquisición de instalaciones básicas o activos inmovilizados, tales como calles, escuelas, redes de distribución de agua y tratamiento de aguas residuales, transporte público, cárceles y juzgados. La deuda a largo plazo para infraestructuras básicas de los gobiernos locales está restringida por los estados, a menudo limitando la cantidad de deuda que un gobierno local puede adquirir o la cantidad de deuda pendiente de pago que puede soportar. Cuando los gobiernos locales comprometen su capacidad de utilización de impuestos para suprimir la deuda garantizando su credibilidad y crédito, se entiende como una deuda de obligación general.

Los gobiernos locales pueden también emitir bonos para financiar la deuda si la infraestructura financiada con el préstamo genera un ingreso corriente (p. ej., pagos por suministro de agua y servicios de alcantarillado). Estos bonos de ingresos, que detraen una parte del ingreso corriente para el pago de la deuda, afectan a la imagen y la credibilidad del gobierno local. En consecuencia, el riesgo de poseer bonos-deuda recae en los inversores de la instalación en lugar de en el gobierno. Esto se traduce en unos bonos que son más valorados que los bonos de deuda general, lo que permite a los gobiernos locales reducir la deuda progresivamente.

Una vez reconocidas las diferentes capacidades para generar ingresos adecuados para el suministro de servicios, los estados pueden, y a menudo lo hacen, crear fórmulas de equilibrio o convenir ingresos compartidos que redistribuyen la riqueza a las jurisdicciones con bajos recursos. La mayoría de las fórmulas de los estados para ayudar a las escuelas públicas contienen un factor que incluye un indicador del valor de las propiedades, o ingresos per cápita, o alguna otra medida de recursos relacionada, del distrito escolar. La fórmula de ingreso compartido es un programa que se utiliza habitualmente para dotar de ayuda sin restricción a los gobiernos locales relacionada con alguna medida de necesidad, como pobreza, valor de las propiedades o ingresos familiares.

La ayuda estatal a los gobiernos locales ha fluctuado ligeramente en un porcentaje de los ingresos de los mismos durante los últimos treinta años. En 1972 la ayuda estatal a los municipios asciende al 20 por 100 de los ingresos totales de los gobiernos municipales y al 36,8 por 100 del total de los ingresos del gobierno local (excluyendo municipios); en 2002 la ayuda estatal ha descendido ligeramente al 18,5 por 100 de los ingresos totales del municipio y se ha incrementado ligeramente al 39,9 por 100 de los ingresos de los gobiernos locales (excluyendo municipios). A pesar de que la proporción de los ingresos de la ciudad y los ingresos de otros gobiernos locales provenientes de los estados permanecieron relativamente estables durante el periodo, la contribución actual, en dinero, del estado a los gobiernos locales dibuja un panorama diferente. La ayuda estatal para los gobiernos locales no municipales desde 1972 a 2002 se incrementó de 26,7 miles de millones de dólares a 293,1 miles de millones de dólares, es decir, se multiplicó por diez, mientras que la ayuda estatal a los gobiernos municipales durante el mismo periodo creció de 8,4 miles de millones de dólares a 62,4 miles de millones de dólares. El crecimiento en la ayuda estatal a los gobiernos locales se puede explicar en gran medida por la ayuda de los estados a, únicamente, los distritos escolares públicos. En 1972, el 44,3



por 100 de los gastos de los distritos públicos escolares provenían de la ayuda estatal; en 2002 la ayuda estatal se había incrementado hasta un 56,4 por 100³³. La ayuda estatal a todos los gobiernos locales en 2002 fue de 355,7 miles de millones de dólares, de los cuales el 58,3 por 100 se destinó a distritos escolares.

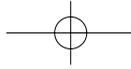
VII. LOS GOBIERNOS LOCALES Y EL GOBIERNO FEDERAL

Aunque los gobiernos locales fueron socios del gobierno federal a lo largo del siglo XIX, en parte como consecuencia del control del gobierno federal sobre canales y puertos que los situaba en contacto con los municipios, los gobiernos locales operaban con escasos contactos directos con el gobierno federal. La Gran Depresión de los años treinta cambió significativamente sus relaciones. La ayuda Federal a los gobiernos locales como beneficiarios directos se incrementó de forma drástica, especialmente en el área de las obras públicas, a través de la Administración de obras de Progreso («*Works Progress Administration*»). La Administración de Obras Públicas («*Public Work Administration*») y el Cuerpo Civil de Conservación («*Civilian Conservation Corps*»); extendieron la ayuda a los hospitales y la asistencia social y más tarde a la educación. En la actualidad, el gobierno federal provee ayudas para carreteras, educación primaria y secundaria, bibliotecas, hospitales, policía y bomberos, transporte público y tratamiento de aguas residuales, entre otros. Los gobiernos locales, a cambio, desarrollaron una fuerte presencia política en Washington, DC, a medida que las ayudas federales y la regulación incrementaban sus efectos sobre el funcionamiento de los gobiernos locales. Aunque las líneas que demarcan las responsabilidades entre los gobiernos locales y el gobierno federal estaban muy claras, se volvieron completamente borrosas alrededor de la mitad del siglo XX, causando que algunos analistas hablen de federalismo «cooperativo» o «*marble cake*».

La ayuda federal a los gobiernos locales alcanzó su apogeo al final de los años setenta. En 1982 una drástica reducción en la ayuda federal vino acompañada de una transformación radical de las relaciones entre el gobierno federal y los gobiernos locales iniciada por el presidente Ronald Reagan. La ayuda directa federal a los gobiernos locales disminuyó y el programa más importante, el de Ingresos Generales Compartidos («*General Revenue Sharing*») recogido en la Ley de ayuda fiscal estatal y local («*State and Local Fiscal Assistance Act*»), de 1972, llegó a su fin en 1987, acabando con la ayuda directa y sin restricciones a gobiernos locales (el aporte estatal finalizó en 1981)³⁴. Además, la disminución de la ayuda federal coincidió con una oleada en las acciones regulatorias federales.

³³ S. HOO, S. MURRAY y K. RUEBEN, «Education Spending and Changing Revenue Sources», *State Tax Notes*, 10 de abril de 2006, p. 223.

³⁴ Para una historia del denominado «ingreso compartido», *vid.* B. WALLIN, *From Revenue Sharing to Deficit Sharing* (Washington, DC, Georgetown University Press, 1998); T. J. CONLAN, *From New Federalism to Devolution* (Washington, DC, Brookings Institution Press, 1998); y B. CANADA, *Federal Grants to State and Local Governments: A Brief History* (Washington, DC, Congressional Research Service, 2003).



Si el movimiento político hacia la *devolution* pretendía que los gobiernos locales vivieran acordes a sus limitaciones, bajo ninguna circunstancia desapareció la presencia federal. La ayuda federal como un modo de política dirigida fue reemplazada por el establecimiento de los derechos de preferencia federales, según los cuales el gobierno federal tiene derechos de preferencia sobre los poderes fiscales o de prestación de servicios de los gobiernos estatal y local, provocando un cambio fundamental en las relaciones intergubernamentales, de un acuerdo que en determinado momento había sido caracterizado como «federalismo cooperativo», a uno que refleja las nuevas relaciones de «federalismo coercitivo»³⁵. De cualquier manera, los gobiernos locales (y los estados) se vieron obligados, o dirigidos, por la férrea mano de Washington.

VIII. SUPERVISIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Los gobiernos locales deben acatar las regulaciones impuestas por sus estados y por el gobierno federal. Desde la década de los ochenta los gobiernos locales han manifestado su disconformidad con los mandatos federales que se les han impuesto, pero los mandatos provenientes de sus estados también son objeto de su frustración³⁶. Se han adoptado dos métodos como mecanismos para limitar los efectos fiscales de los mandatos de los estados. El primero es el llamado «*fiscal noting*», según el cual se exige a los estados identificar el impacto fiscal de su legislación sobre los gobiernos locales, una práctica que ha sido aprobada por más de la mitad de los estados³⁷. El otro es el llamado «*mandate reimbursement*», con el que se espera que los estados cubran los costes totales en que han incurrido los gobiernos locales por la realización de la actividad que les ha sido encargada. Este mecanismo ha sido aprobado en catorce estados³⁸.

Dado que los gobiernos locales son creaciones de los estados, son éstos quienes monitorizan su salud fiscal y asumen una responsabilidad fiduciaria en caso de negligencia. Aunque el gobierno federal puede devenir envuelto en la bancarrota de un gobierno local, según el capítulo IX del Código tributario federal, es muy poco frecuente abrir expedientes de bancarrota a los gobiernos locales³⁹. El proceso de quiebra implica demostrar que los gobiernos locales no tienen activo circulante y ha fallado en el conocimiento del estado de emergencia o de los estándares de las exigencias fiscales. Es muy

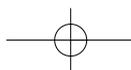
³⁵ J. KINCAID, «From Cooperation to Coercion in American Federalism: Housing, Fragmentation, and Preemption, 1780-1992», *Journal of Law and Politics*, 9 (invierno 1993), pp. 333-433.

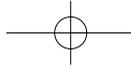
³⁶ J. F. ZIMMERMAN, *State-Local Relations: A Partnership Approach*, 2.ª ed. (Westport, CT, Greenwood, 1995).

³⁷ J. KELLY identifica 28 estados que han adoptado la «*fiscal noting*», mientras que la General Accounting Office (GAO) *puts the number at forty-two*. Vid. J. KELLY, *State Mandates: Fiscal Notes, Reimbursement, and Anti-Mandate Strategies* (Washington, DC, National League of Cities, 1992); y US General Accounting Office, *Legislative Mandates: State Experiences Offer Insights into Federal Action* (Washington, DC, GAO, 1988).

³⁸ KELLY, *State Mandates*, y la US GAO, *Legislative Mandates*, identifican cada uno catorce estados.

³⁹ El notable caso de la bancarrota de la Washington Public Power Supply System al inicio de los años ochenta es una excepción a este amplio estamento.





probable que los estados monitoreen la posición fiscal de los gobiernos locales, y cuando el gobierno local alcance un punto predeterminado en el que el estado considere que está cercano a la insolvencia o dificultad económica, el estado asumirá las operaciones y/o la financiación de los gobiernos locales. Esta acción es pocas veces utilizada por los estados, en buena medida debido a la amplia base de los poderes fiscales de los gobiernos locales; a pesar de ello, algunos distritos escolares pobres o con bajo rendimiento están sujetos a la vigilancia del estado⁴⁰. Aún más, los estados pueden asumir, y lo hacen, los poderes presupuestarios y de funcionamiento de otros gobiernos locales, como ocurrió con la ciudad de Nueva York en 1976, Cleveland en 1978, Miami en 1996, el condado de Orange (California) en 1994 y Buffalo en 2003.

Sin embargo, los estados no asumen las deudas de sus gobiernos locales, ni tampoco ellos (ni el gobierno federal) avalan deudas atrasadas de los gobiernos locales. En su lugar, los gobiernos locales comprometen su propia credibilidad y crédito (no el de sus estados) cuando emiten bonos de deuda general o una parte de su flujo de ingresos procedente del funcionamiento de una infraestructura en la emisión de bonos de ingresos (no garantizados).

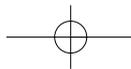
IX. RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

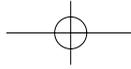
Los gobiernos locales interactúan con el gobierno federal de forma menos frecuente que con sus estados. Las responsabilidades de los gobiernos locales y estatales, durante el primer siglo y medio de existencia de la república federal, apenas se solapaban con las responsabilidades de regulación del comercio del gobierno federal, proporcionando una defensa común, acuñando moneda y ejerciendo otros poderes enumerados en la Constitución de los Estados Unidos. Durante el último siglo el gobierno federal ha extendido sus actividades a diversas áreas que habían sido el ámbito primordial de los estados y los gobiernos locales, incluyendo la financiación y la regulación de la sanidad, la educación, el bienestar y el transporte, así como asegurando alimentación y medicamentos, entre otras actividades. En consecuencia, los tres niveles de gobierno ahora comparten responsabilidades que se solapan en muchas de estas actividades⁴¹. Actualmente, los gobiernos locales están vinculados al gobierno federal, así como a sus estados. Estas conexiones varían según la actividad y la función pero pueden incluir financiación, regulación, y coproducción de servicios.

La importancia del marco regulador en la formación del sistema intergubernamental ha sido documentada por la Comisión Consultora de los EE.UU. sobre relaciones intergubernamentales (*Advisory Commission on Intergovernmental Relations, ACIR*) antes de su intempestiva desaparición en 1996. La ACIR proporcionó un cómputo histórico

⁴⁰ Vid., por ejemplo, D. BERMAN, «Takeovers of Local Governments», *Publius: The Journal of Federalism* 25 (verano 1995), pp. 55-70.

⁴¹ Vid., por ejemplo, D. WRIGHT, *Understanding Intergovernmental Relations*, 3.^a ed. (Pacific Grove, CA, Brooks and Cole, 1988); y KATZ, «United States of America».





de leyes federales preferentes, alcanzando más de 557 a finales de los años ochenta, las cuales, de acuerdo con las últimas estimaciones realizadas por la agencia del Congreso, la Oficina General Contable (*General Accounting Office*) (rebautizada como la *Oficina de rendición de cuentas gubernamental*, en 2004), pueden estar acercándose a las 700⁴². Sin embargo, en 1995, el Congreso aprobó la Ley de los mandatos sin financiación (*Unfunded Mandates Reform Act*, UMRA), la cual tenía por objeto reducir el número de mandatos o disposiciones federales sin financiación, y requerir al Congreso para que estimara el impacto fiscal de las leyes propuestas⁴³. No obstante, la eficacia de UMRA en la restricción de la intervención federal en los asuntos de los gobiernos locales es dudosa, pues requiere una estimación de los costes asociados sólo con «órdenes estatutarias directas» (éstas no se ocupaban de los derechos constitucionales, la prohibición de discriminación, la seguridad nacional y la seguridad social) y no una estimación de costes asociados con otras formas de regulación, como por ejemplo, condiciones (*i.e.*, reglas) de la ayuda federal⁴⁴. Además de la intromisión del Congreso en los asuntos de los gobiernos locales, el marco regulador desarrollado por el gobierno federal también incluye a las cortes federales, que intervienen en diversas áreas, desde las políticas medioambientales a las condiciones de vida en las cárceles; incluso una corte federal ha requerido a un distrito escolar local para que aumente los impuestos para afrontar desequilibrios relacionados con la discriminación racial⁴⁵.

Los gobiernos locales se han organizado para proteger sus intereses y su relativa autonomía y para obtener ayuda financiera. Sus organizaciones de *lobby*, conocidas como grupos de presión públicos, incluyen la Liga Nacional de Ciudades, la Conferencia Estadounidense de Alcaldes, la Asociación Nacional de Condados, la Asociación Nacional de Ciudades y Municipios y otros grupos más pequeños. Estas organizaciones son apolíticas y emplean personal que lleva a cabo trabajos de investigación, asistencia técnica y formación. Los intereses de los municipios y condados dentro de los estados están también representados por organizaciones estatales específicas de *lobbying*, como las ligas municipales estatales (representando los intereses de las ciudades) y las asociaciones de condados. Estos grupos de presión públicos son más activos en las capitales de los estados y en Washington, DC, dando a conocer las necesidades propias de sus asociados, y, a veces, sus necesidades colectivas. Ante la ausencia de, o bien, un departamento de gobierno federal que represente los intereses de los gobiernos locales, o bien, un departamento de gobierno local en un gobierno estatal⁴⁶, las voces de los gobiernos locales,

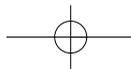
⁴² US General Accounting Office, *Highlights of a GAO Symposium: Addressing Key Challenges in an Intergovernmental Setting* (Washington, DC, US Government Printing Office, marzo 2003).

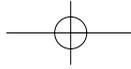
⁴³ *Vid.*, por ejemplo, P. POSNER, *The Politics of Unfunded Mandates* (New York, New York University Press, 1998). La Oficina de presupuesto del Congreso es la agencia federal encargada de la supervisión del cumplimiento con UMRA.

⁴⁴ P. POSNER, «The Politics of Coercive Federalism», *Publius: The Journal of Federalism*, 37 (verano 2007), pp. 390-412.

⁴⁵ *Missouri v. Jenkins*, 110 S. Ct. 1651 (1990).

⁴⁶ La mayoría de los estados han creado un Departamento de Asuntos Comunitarios (*Department of Community Affairs*), pero estas oficinas no se han diseñado para defender los intereses de los gobiernos locales.





según se reflejan en los grupos de presión públicos, son algunas veces influyentes orientando, según sus intereses, la legislación y las regulaciones en ambos ámbitos nacional y estatal.

X. CULTURA POLÍTICA DE LA GOBERNABILIDAD LOCAL

Los dos partidos políticos nacionales dominantes, el partido Demócrata y el partido Republicano, se disputan el poder y control de muchos gobiernos locales [aunque en algunas áreas del país predominan otros partidos, como en Minnesota el Partido Demócrata Obrero Campesino (*Democratic-Farmer-Labor Party*) y en la ciudad de Nueva York, el partido Liberal y el partido Conservador]. Sin embargo, la mayoría de los gobiernos locales requieren elecciones no partidistas y las Juntas de Gobierno de algunos gobiernos locales son nombrados por alcaldes de ciudades y gobernadores estatales. El alcalde del distrito federal nacional, el Distrito de Columbia, es elegido como lo es el consejo de la ciudad, y antes de 2005 el presupuesto de la ciudad estaba controlado por el Congreso de los EE.UU.

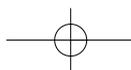
Las elecciones de los gobiernos locales están regidas por la ley estatal. Como consecuencia, no hay una única fecha para las elecciones locales a lo largo de la nación, aunque, de hecho, los estados coordinan las elecciones locales y estatales con las elecciones federales (el segundo martes de noviembre de los años pares). La participación en las elecciones en noviembre suele ser mucho más alta que en otros meses. En 2004, aproximadamente el 61 por 100 de los votantes depositaron su voto en la elección presidencial, la participación más elevada desde 1968⁴⁷. La participación en elecciones no presidenciales en los años pares desde 1974 ha oscilado entre el 42 por 100 y el 47 por 100. En 2006 el índice de participación más alto fue en Minnesota (60 por 100), Dakota del Sur (59 por 100), Montana (56 por 100), y Vermont (55 por 100), y el más bajo en Mississippi (30 por 100), Texas (31 por 100), North Carolina (33 por 100) y West Virginia (33 por 100)⁴⁸. Cuando las elecciones se celebraban en años impares, y en un mes distinto de noviembre, la participación de los votantes tiende a ser menor.

Hubo aproximadamente medio millón de funcionarios locales electos en 2005, incluyendo funcionarios en todos los tipos de gobiernos locales. Antes de 1970, algunas oficinas de gobiernos locales estaban dirigidas por minorías. Por ejemplo, 715 ciudades y condados eran dirigidas por negros en 1970, cifra que se ha incrementado a 4.485 en

Más bien, asumen un abanico de responsabilidades, incluyendo la promoción del desarrollo económico de la comunidad, actuando como canales de subvención del gobierno federal (en primer lugar para vivienda y desarrollo comunitario, asistiendo en la planificación local, y suministrando apoyo administrativo y dirección).

⁴⁷ Vid. el sitio web administrado por M. McDONALD, George Mason University: http://elections.gmu.edu/voter_turnout.htm (revisado el 21 de enero de 2009).

⁴⁸ Nonprofit Voter Engagement Network, «America Goes to the Polls: A Report on Voter Turnout in the 2006 Election».



1990 y a 5.753 en 2002⁴⁹. El número de funcionarios hispanos elegidos en los gobiernos de las ciudades y los condados fue de 1.316 en 1985, 1.819 en 1990 y 2.151 en 2002. Más aún, en 2006, en las 1.137 ciudades con poblaciones superiores a 30.000 habitantes, cerca de uno de cada cinco alcaldes (17,3 por 100) eran mujeres⁵⁰.

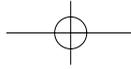
XI. PROBLEMAS Y TENDENCIAS

Los desafíos a los que se enfrentan los gobiernos locales de EE.UU. y sus regiones son múltiples y variados, pero no son los mismos para cada tipo de gobierno. Los gobiernos con competencias generales se enfrentan a distintos problemas que los distritos especiales, debido en parte a la amplia gama de servicios prestados y a la amplia base impositiva de los primeros, en comparación con las menores fuentes de ingresos y la dependencia de las tarifas por uso de servicios de estos últimos. Los distritos escolares de la nación, que dependen en gran medida de los impuestos sobre la propiedad, y que están sujetos a estrictos controles y a la regulación por sus estados, y, de manera creciente por el gobierno federal, están incluso sujetos a una serie de cuestiones diferentes. Sin embargo, a pesar de que los distintos gobiernos locales se enfrentan a diversos desafíos, y aunque los problemas varían según los estados, se pueden hacer algunas observaciones acerca de las tendencias generales, a saber, el tira y afloja entre fuerzas argumentando a favor de la consolidación de los gobiernos locales y aquellos que ensalzan las virtudes de la descentralización, el creciente predominio del mercado en la fijación de precios de los servicios públicos y las llamadas a aumentar la autonomía del gobierno local y a afrontar los futuros problemas de un modo regional.

La complejidad que rige en los acuerdos entre los gobiernos locales ha sido reconocida en las últimas décadas por los estudiosos y profesionales, que han analizado el regionalismo o la gobernanza metropolitana. Esta última permite y reconoce el hecho de que la autoridad para gobernar sobre un área territorialmente próxima ya no está dentro del ámbito de los agentes estándar del federalismo americano, es decir, se encuentra en la superposición horizontal de los gobiernos locales, gobierno estatal y gobierno federal. El gobierno metropolitano debe reconocer e incluir la diversidad de los proveedores de servicios sin fines de lucro (especialmente la creciente influencia de las organizaciones religiosas); la intrusión y la participación de universidades, colegios, inmobiliarias, bancos, cámaras de comercio y la más amplia comunidad empresarial (en particular con respecto a su participación en el desarrollo económico, el transporte, el uso de la tierra y la vivienda); así como la colaboración público-privada y el reparto de las responsabilidades de prestación de servicios con proveedores del sector privado.

⁴⁹ US Census Bureau, *Statistical Abstract of the United States: 2006-2007* (Washington, DC, US Government Printing Office, 2007).

⁵⁰ Center for American Women and Politics, Eagleton Institute of Politics, <http://www.cawp.rutgers.edu/Facts/Officeholders/mayors-curr.html> (revisado el 28 de mayo de 2007).



El rápido aumento de lo no gubernamental, proveedores de servicios sin fines de lucro, que dependen de contratos de las administraciones locales como fuente de ingresos fundamentales, han llevado a algunos observadores a referirse al «hollow state» «Estado ausente»⁵¹. La investigación sugiere que la subcontratación de servicios se está convirtiendo en algo muy habitual. La ICMA (International City/County Management Association) ha publicado un libro que subraya los intrincados procedimientos jurídicos y financieros que los gobiernos locales pueden seguir para llevar a cabo sus actividades de contratación de servicios de manera eficiente, eficaz y adecuada⁵². Como consecuencia de la participación de los gobiernos locales con el sector privado en la búsqueda de soluciones para proporcionar servicios eficientes, el concepto de gobierno por terceros se ha convertido en una parte importante del léxico de la gestión pública. Éste es un reconocimiento formal de la importancia de las partes interesadas no gubernamentales en la elaboración y aplicación de las políticas públicas. La complejidad resultante en la coordinación de la prestación de servicios por parte de diversos proveedores de gobierno pone a prueba la capacidad de gestión de los gobiernos locales.

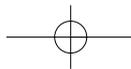
La escala de complejidad en la gestión de la ejecución de los programas, la cual requiere el aporte de, o las comunicaciones con, una variedad de organizaciones y otros actores intergubernamentales ha generado un creciente interés en la forma en que el sistema intergubernamental puede ser mejor gestionado⁵³. De forma más precisa, ¿cómo puede coordinarse eficazmente la prestación de servicios por orden de un gobierno (o un contratista de un gobierno) con otros gobiernos y/o partes interesadas? La interrelación de los actores más relevantes requiere la colaboración a un nivel básico, para garantizar que el sistema intergubernamental responde a las demandas de los ciudadanos⁵⁴. Los desafíos de la gestión intergubernamental también han adquirido una nueva urgencia en la última década según los suburbios han comenzado a experimentar problemas, que se creía que existían, principalmente, en las áreas centrales de las ciudades. El desempleo, la delincuencia, las propiedades abandonadas y otros males, que los observadores creyeron que se limitarían al

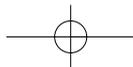
⁵¹ H. B. MILWARD y K. G. PROVAN, «Governing the Hollow State», *Journal of Public Administration Research and Theory*, 10 (abril 2000), pp. 359-379.

⁵² D. F. HARNEY y K. LEROUX, *Service Contracting: A Local Government Guide* (Washington, DC, ICMA Press, 2007).

⁵³ Una aproximación a la gestión de estos gobiernos que se solapan es la administración intergubernamental (Intergovernmental Management, IGM), la cual implica resolver problemas a través de redes de agentes en un proceso que con frecuencia requiere ofertas oportunas y negociaciones. *Vid.*, por ejemplo, R. AGRANOFF, *Intergovernmental Management: Human Services Problem-Solving in Six Metropolitan Areas* (Albany, State University of New York Press, 1986); R. AGRANOFF y M. MCGUIRE, *Collaborative Public Management: New Strategies for Local Governments* (Washington, DC, Georgetown University Press, 2003); J. PRESSMAN, *Federal Programs and City Politics* (Berkeley, University of California Press, 1975); y R. AGRANOFF, «Intergovernmental Policy Management: Cooperative Practices in Federal Systems», en M. A. PAGANO y R. LEONARDI (eds.), *The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems*, pp. 248-284 (Basingstoke, UK, y New York, Palgrave, 2007).

⁵⁴ *Vid.*, por ejemplo, AGRANOFF y MCGUIRE, *Collaborative Public Management*, y R. C. FEIOCK (ed.), *Metropolitan Governance: Conflict, Competition, and Cooperation* (Washington, DC, Georgetown University Press, 2004).





centro de las ciudades, están empezando a ser noticia en los barrios periféricos⁵⁵. Las coaliciones de los gobiernos locales de las áreas centrales y los barrios periféricos basadas en estos problemas comunes han ido en aumento, ya que perciben la necesidad de trabajar juntos para resolver los problemas y también la necesidad común de solicitar ayuda a sus estados y al gobierno federal. Las fuerzas que favorecen la consolidación sostienen que, tanto las externalidades negativas y la competencia destructiva entre los gobiernos locales para aprovechar las oportunidades de desarrollo económico, se pueden abordar mejor desde un sistema de gobierno más centralizado e integrado. Las economías de escala pueden mejorar la productividad y el rendimiento, y fomentar externalidades positivas. No obstante, la consolidación puede crear condiciones de políticas de precios no competitivas, el control monopolístico sobre salarios y precios y una falta de transparencia, especialmente en el área de costes de transacción. Estos graves desafíos y preocupaciones acerca de la centralización y descentralización de los gobiernos locales continuará siendo objeto de debate.

El empuje hacia la competencia y la cooperación tiene enormes implicaciones para el futuro de la gobernabilidad metropolitana⁵⁶. Bajo un escenario fragmentado, los gobiernos locales estarían enfrascados en una competición por los recursos aglutinando servicios de calidad y ajustándolos a un precio justo, una actividad que caracteriza a muchos de los gobiernos locales en la actualidad⁵⁷. Las diferencias entre la competencia en el siglo XIX y lo ofertado en el siglo XX pueden ser entendidas, en parte, por lo que les ha sucedido a los gobiernos locales durante las tres últimas décadas.

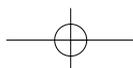
Hoy los gobiernos locales son menos dependientes que nunca de los ingresos derivados de impuestos generales, y se están volviendo aún más dependientes de los pagos de tasas y tarifas satisfechas por los usuarios. Esta tendencia obliga a los gobiernos locales a continuar buscando formas de separar servicios y bienes, que tienen características de bien privado, del paquete de servicios que tiene características de bien público (siendo indivisibles y no excluibles) y que son financiados a través de los ingresos generados por impuestos generales⁵⁸. Este acercamiento a la prestación de servicios por los gobiernos

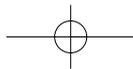
⁵⁵ Vid., por ejemplo, R. PUENTES y D. WARREN, *One-Fifth of America: A Comprehensive Guide to America's First Suburbs*, Brookings Institution Survey Series, febrero 2006, http://media.brookings.edu/mediaarchive/pubs/metro/pubs/20060215_irstSuburbs.pdf (revisado el 25 de julio de 2007); M. WEIR, H. WOLMAN y T. SWANSTROM, «The Calculus of Coalitions: Cities, Suburbs, and the Metropolitan Agenda», *Urban Affairs Review*, 40 (julio 2005), pp. 730-760; R. HENDRICK, «Assessing and Measuring the Fiscal Health of Local Government: Focus on Chicago Suburban Municipalities», *Urban Affairs Review*, 40 (septiembre 2004), pp. 78-114, y J. GAINESBOROUGH, «Slow Growth and Urban Sprawl: Support for a New Regional Agenda?», *Urban Affairs Review*, 37 (mayo 2002), pp. 728-744.

⁵⁶ M. A. PAGANO, «In the Eye of the Beholder: The Dynamics of Federalism», en M. A. PAGANO y R. LEONARDI, *The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems*, pp. 1-18 (Basingstoke, UK, y New York, Palgrave, 2007).

⁵⁷ L. HOOGHE y G. MARKS se refieren a la consolidación de las jurisdicciones con competencias generales como un Tipo I de gobernanza y a las jurisdicciones especializadas como un Tipo II de gobernabilidad. Vid. su «Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-Level Governance», *American Political Science Review*, 97 (mayo 2003), pp. 233-243.

⁵⁸ Agradezco a K. FOSTER, quien articuló el término de «*unbundling*» en una Mesa redonda del Forum of Federations, Chicago, 18 de enero de 2007.





Los gobiernos locales en los Estados Unidos de América

211

locales, se basa en la demanda particularizada de individuos y compañías, y se asemeja a una máquina de venta automática, es decir, cada uno elige lo que quiere consumir⁵⁹. El cambio hacia tarifas de usuarios —mediante el cual cada individuo mide su consumo de los servicios del gobierno y los comprueba con el importe que paga— ha hecho que la correspondencia entre suministro y demanda sea mucho más clara. Los individuos, entonces, pueden optar por consumir ciertos servicios o reducir la demanda, reduciendo o regulando de ese modo los ingresos del gobierno local.

El mecanismo de fijación de precios más parecido al del mercado, disponible para los gobiernos locales, es el establecimiento de las tarifas o tasas pagadas por los usuarios. La preocupación, entonces, es que algunos servicios públicos que están sujetos al establecimiento de las tarifas pagadas por los usuarios no pueden separarse del paquete de servicios del gobierno local, sin consecuencias para aquellos que aún siguen necesitando servicios públicos.

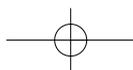
Aunque los gobiernos locales se han adaptado a los retos, mediante la desagregación de servicios y cargando tasas a los usuarios, más individuos están escogiendo residir en urbanizaciones que son parte de asociaciones de comunidades de residentes (*Residential Community Associations*, RCAs) que, a menudo, prestan servicios que duplican los de los gobiernos locales, como la limpieza de las calles, seguridad, recogida de basura y mantenimiento de parques. Llegados a este punto, uno podría preguntarse, si se movilizarían los residentes de las Asociaciones Comunitarias de los Residenciales para reducir su carga de impuestos, o bien, para retirarse completamente de la jurisdicción de su gobierno local⁶⁰. El reto para los gobiernos locales en el futuro es el de administrar la cooperación entre los gobiernos locales, las Asociaciones Comunitarias de los Residenciales y los proveedores del sector privado de los servicios del gobierno.

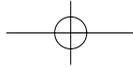
La historia demuestra que los gobiernos locales en Estados Unidos son resistentes de cara a la adversidad, y emprendedores en su voluntad de sobrevivir, ellos se adaptan al entorno y como parte de su voluntad de sobrevivir, innovan⁶¹. Los gobiernos locales, por lo tanto, se han adaptado a sus entornos fiscales (sublevación de los contribuyentes y reducción de la ayuda federal), proporcionando más servicios pagados con tarifas por uso (y disminuyendo el apoyo de impuestos a estos servicios), aumentando las tasas de impuestos cuando es posible y escogiendo cooperar o competir con otros gobiernos loca-

⁵⁹ M. A. PAGANO, «Good Governance in Federal Polities: Issues for the 21st Century», en K. J. AZAM, *Federalism and Good Governance: Issues across Cultures*, pp. 11-22 (New Delhi, South Asian Publishers, 1998).

⁶⁰ Un grupo de preguntas similares acerca de las RCAs y los gobiernos locales es objeto también de los libros de M. A. PAGANO, «Metropolitan Limits: Intrametropolitan Disparities and Governance in US Laboratories of Democracy», en A. ALTSHULER, W. MORRILL, H. WOLMAN y F. MITCHELL (eds.), *Governance and Opportunity in Metropolitan America*, pp. 253-292 (Washington, DC, National Academy Press, 1999). *Vid.*, también, E. MCKENZIE, *Privatopia: Homeowner Associations and the Rise of Residential Private Government* (New Haven, CT, Yale University Press, 1994); y G. GLASZE, C. WEBSTER y K. FRANTZ (eds.), *Private Cities* (London, UK, y New York, Routledge, 2006).

⁶¹ *Vid.*, por ejemplo, D. L. COSTA y M. E. KAHN, «Civic Engagement and Community Heterogeneity: An Economist's Perspective», *Perspectives on Politics*, 1 (2003), pp. 103-112; y C. KELLEHER y D. LOWERY, «Political Participation and Metropolitan Institutional Context», *Urban Affairs Review*, 39 (julio 2004), pp. 720-757.





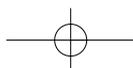
les según les convenga. Los gobiernos locales también se han adaptado a una decreciente presencia federal en forma de asistencia financiera y la perspectiva del incremento de la ayuda federal en un futuro cercano parece remota. Además, los gobiernos locales continúan presionando a los estados y al gobierno federal para aliviar la presión regulatoria reduciendo mandatos sin apoyo financiero, proveyendo mayor acceso al ingreso por rentas públicas y permitiendo la entrada de asociaciones público-privadas en la financiación de proyectos y prestación de servicios.

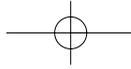
En resumen, los gobiernos locales siguen buscando mayor flexibilidad y más autonomía operativa y financiera. A medida que se acelera la globalización, el movimiento de capital y trabajo, la capacidad de los gobiernos locales para satisfacer las necesidades cambiantes de los residentes, inmigrantes (especialmente en vivienda y educación) y empresas, está en tela de juicio. Otra área crítica para los gobiernos locales es el transporte. Los puertos, carreteras, sistemas de tráfico y otros sistemas de transporte son, con frecuencia, propiedad de los gobiernos locales y gestionados por ellos (aunque el sector privado está adquiriendo una mayor presencia en el funcionamiento de las instalaciones e incluso siendo propietaria de autopistas de peaje), los cuales demandan autonomía y flexibilidad en el diseño de un paquete financiero apropiado, la construcción de las infraestructuras, y la puesta en marcha de sus planes rápidamente. Pero estas demandas de modernización de infraestructuras de transporte, como puertos de carga, pistas más largas para las aeronaves, infraestructuras para trenes de alta velocidad y autopistas inteligentes, llegan en un momento en el que ni las reparaciones ni el mantenimiento de las infraestructuras existentes cuentan con la financiación suficiente. La Sociedad Americana de Ingenieros Civiles estima el retraso en el mantenimiento, en todo el país, incluyendo las infraestructuras de servicios federales y de los estados, en 1,6 billones de dólares⁶². Corregir estos retrasos y afrontar las nuevas demandas de la economía global, va a requerir recursos adicionales de los gobiernos locales, tales como la formación de sociedades público-privadas, la supresión de las restricciones de endeudamiento, mayor rapidez en la planificación y la mejora de la capacidad de gestión, mediante la modernización la ejecución del presupuesto y cuestiones similares⁶³.

Pero, a la vez que los gobiernos locales están demandando mayor autonomía para dar forma a sus propios asuntos y para elaborar las políticas que correspondan a problemas que ellos consideran únicos, los gobiernos locales dentro de las regiones nacionales tam-

⁶² American Society of Civil Engineers (ASCE), «Report Card for American Infrastructure: 2005 Grades», <http://www.asce.org/reportcard/2005/page.cfm?id=103> (revisado el 30 de enero de 2008).

⁶³ Vid., por ejemplo, W. F. MARCUSON III, «Fixing America's Crumbling Infrastructure: A Call to Action for All», *Public Works Management and Policy*, 12 (enero 2008), pp. 473-475; The Urban Land Institute and Ernst & Young, *Infrastructure 2007: A Global Perspective* (Washington, DC, Urban Land Institute, 2007); M. CLEMMITT, «Aging Infrastructure: Is Neglected Maintenance Putting Americans in Danger?», *CQ Researcher*, 17, núm. 4 (28 de septiembre de 2007), pp. 793-816; B. KATZ, C. GEISSLER y R. PUENTES, «America's Infrastructure: Ramping Up or Crashing Down?», octubre 2007, http://www.brookings.edu/papers/2008/01_infrastructure_katz_puentes.aspx (revisado el 30 de enero de 2008); y M. A. PAGANO y D. PERRY, «Financing Infrastructure in the 21st Century City», *Public Works Management and Policy*, 13, núm. 1 (julio 2008), pp. 22-38.





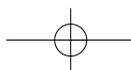
bién entienden que necesitan cooperar, trabajar juntos y progresar. Aunque muchas de las ciudades del centro de la nación están creciendo en población, la mayoría del crecimiento desde 1950 ha sido en los suburbios. Los suburbios, que son principalmente residenciales por naturaleza, han entendido cada vez más que su crecimiento y supervivencia depende del bienestar económico de la región, lo que incluye la capital de la región y otras áreas de trabajo. Los acuerdos interlocales formales de obligado cumplimiento, así como los acuerdos informales de cooperación entre los gobiernos locales de la región han ido en aumento. En Chicago, por ejemplo, los municipios suburbanos y la ciudad de Chicago colaboraron en la creación del *Metropolitan Mayors Caucus* (comisión política) como un punto de reunión para sacar a la luz las preocupaciones comunes que afronta la región⁶⁴.

La forma en que los gobiernos locales se adapten a estas importantes fuerzas va a influir en la configuración de unas instituciones de gobierno locales, que serán diferentes de las estructuras anteriores. Cuán diferentes, es algo que aún se desconoce. Lo que sí se sabe es que las regiones metropolitanas no pueden ser entendidas hoy concentrándose sólo en la ciudad más importante o en los gobiernos de la región. En lugar de eso, la multiplicidad de partes interesadas de los sectores privados y no lucrativos, además de los cientos de instituciones del gobierno, constituyen la estructura gubernamental de las regiones metropolitanas. Más actores, más gobiernos y estructuras más enmarañadas van a caracterizar la nueva apariencia de los gobiernos locales y el gobierno metropolitano en un futuro previsible. El *patchwork quilt* de los gobiernos locales se volverá, muy probablemente, más complejo y abigarrado.

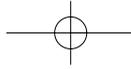
XII. BIBLIOGRAFÍA

- AGRANOFF, R.: «Intergovernmental Policy Management: Cooperative Practices in Federal Systems», en M. A. PAGANO y R. LEONARDI (eds.), *The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems*, Basingstoke, UK, y New York, Palgrave, 2007, pp. 248-84.
- *Intergovernmental Management: Human Services Problem-Solving in Six Metropolitan Areas*, Albany, State University of New York Press, 1986.
- AGRANOFF, R., y MCGUIRE, M.: *Collaborative Public Management: New Strategies for Local Governments*, Washington, DC, Georgetown University Press, 2003.
- ARONSON, J. R., y SCHWARTZ, E. (eds.): *Management Policies in Local Government Finance*, Washington, DC, International City Management Association, 1975.
- BARNES, W. R., y LEDEBUR, L.: *The New Regional Economies: The US Common Market and the Global Economy*, Thousand Oaks, CA, Sage, 1998.
- BENTON, J. E.: «County Government Structure and County Revenue Policy: What Is the Connection?», *State and Local Government Review*, 35, núm. 2, primavera 2003.

⁶⁴ Vid., por ejemplo, D. K. HAMILTON, «Regimes and Regional Governance: The Case of Chicago», *Journal of Urban Affairs*, 24 (2002), pp. 403-423. Una aproximación de la importancia de la dinámica de la cooperación regional, vid. R. C. LONGWORTH, *Caught in the Middle: America's Heartland in the Age of Globalism* (New York, Bloomsbury, 2008).



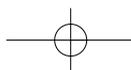
- *Counties as Service Delivery Agents: Changing Expectations and Roles*, Westport, CT, Praeger, 2002.
- BERMAN, D.: «Takeovers of Local Governments», *Publius: The Journal of Federalism*, 25, verano 1995, pp. 55-70.
- BOWMAN, A. O. M., «Horizontal Federalism: Exploring Interstate Interactions», *Journal of Public Administration and Research*, 14, 2004, pp. 535-546.
- BURNS, N.: *The Formation of American Local Governments: Private Values in Public Institutions*, Oxford, UK, Oxford University Press, 1994.
- CAMPBELL, R. W., y DURNING, D.: «Is City-County Consolidation Good Policy? A Symposium», *Public Administration Quarterly*, 24, verano 2000.
- CANADÁ, B.: *Federal Grants to State and Local Governments: A Brief History*, Washington, DC, Congressional Research Service, 2003.
- CARR, J.: «Local Government Autonomy and State Reliance on Special District Governments: A Reassessment», *Political Research Quarterly*, 59, septiembre 2006.
- CLARKE, S., y GAILE, G.: *The Work of Cities*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1997.
- CLEMMITT, M.: «Aging Infrastructure: Is Neglected Maintenance Putting Americans in Danger?», *CQ Researcher*, 17, núm. 4, 28 de septiembre de 2007, pp. 793-816.
- COLE, R. L., y KINCAID, J.: «Public Opinion on US Federal and Intergovernmental Issues in 2006: Continuity and Change», *Publius: The Journal of Federalism*, 36, verano 2006, pp. 443-59.
- CONLAN, T. J.: *From New Federalism to Devolution*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 1998.
- COSTA, D. L., y KAHN, M. E.: «Civic Engagement and Community Heterogeneity: An Economist's Perspective», *Perspectives on Politics*, 1, 2003, pp. 103-12.
- DINAN, J.: «United States of America», en K. LE ROY y C. SAUNDERS (eds.), *Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries*, pp. 316-343, Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006.
- DODGE, W.: *Regional Excellence*, Washington, DC, National League of Cities, 1996.
- ELAZAR, D. J.: *The American Mosaic: The Impact of Space, Time and Culture on American Politics*, Boulder, CO, Westview, 1994.
- FEIOCK, R. C. (ed.): *Metropolitan Governance: Conflict, Competition and Cooperation*, Washington, DC, Georgetown University Press, 2004.
- «Metropolitan Governance and Institutional Collective Action», *Urban Affairs Review*, 44, núm. 3, enero 2009, pp. 356-77.
- FOSTER, K. A.: *Political Economy of Special-Purpose Government*, Washington, DC, Georgetown University Press, 1997.
- FOX, W.: «United States of America», en A. SHAH (ed.), *The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives*, Montreal y Kingston, McGill-Queen's University Press, 2007, pp. 344-69.
- GAINESBOROUGH, J.: «Slow Growth and Urban Sprawl: Support for a New Regional Agenda?», *Urban Affairs Review*, 37, mayo 2002, pp. 728-44.
- GLASZE, G.; WEBSTER, C., y FRANTZ, K. (eds.): *Private Cities*, London, UK, y New York, Routledge, 2006.
- HAMILTON, D. K.: «Regimes and Regional Governance: The Case of Chicago», *Journal of Urban Affairs*, 24, 2002, pp. 403-23.
- HARNEY, D. F., y LEROUX, K.: *Service Contracting: A Local Government Guide*, Washington, DC, ICMA Press, 2007.

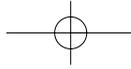


Los gobiernos locales en los Estados Unidos de América

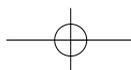
215

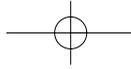
- HENDRICK, R.: «Assessing and Measuring the Fiscal Health of Local Government: Focus on Chicago Suburban Municipalities», *Urban Affairs Review*, 40, septiembre 2004, pp. 78-114.
- HOO, S.; MURRAY, S., y RUEBEN, K.: «Education Spending and Changing Revenue Sources», *State Tax Notes*, 10 de abril de 2006.
- JOHNSON, C., y MAN, J.: *Tax Increment Financing and Economic Development*, Albany, State University of New York Press, 2001.
- KATZ, E.: «United States of America», en A. MAJEED, R. L. WATTS y D. M. BROWN (eds.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries: A Global Dialogue on Federalism*, pp. 295-321, Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006.
- KELLEHER, C., y LOWERY, D.: «Political Participation and Metropolitan Institutional Context», *Urban Affairs Review*, 39, julio 2004, pp. 720-757.
- KELLY, J.: *State Mandates: Fiscal Notes, Reimbursement, and Anti-Mandate Strategies*, Washington, DC, National League of Cities, 1992.
- KENYON, D. A., y KINCAID, J. (eds.): *Competition among State and Local Governments: Efficiency and Equity in American Federalism*, Washington, DC, Urban Institute Press, 1991.
- *Interjurisdictional Tax and Policy Competition: Good or Bad for the Federal System?*, Washington, DC, US Advisory Commission on Intergovernmental Relations, 1991.
- KINCAID, J.: «From Cooperation to Coercion in American Federalism: Housing, Fragmentation, and Preemption, 1780-1992», *Journal of Law and Politics*, 9, invierno 1993, pp. 333-433.
- KRANE, D.; RIGOS, P. N., y HILL Jr., M. G.: *Home Rule in America: A Fifty-State Handbook*, Washington, DC, CQ Press, 2000.
- LONGWORTH, R. C.: *Caught in the Middle: America's Heartland in the Age of Globalism*, New York, Bloomsbury, 2008.
- MARCUSON III, W. F.: «Fixing America's Crumbling Infrastructure: A Call to Action for All», *Public Works Management and Policy*, 12, enero 2008, pp. 473-5.
- MCCABE, B.: «Special-District Formation among the States», *State and Local Government Review*, 32, 2000.
- MCKENZIE, E.: *Privatopia: Homeowner Associations and the Rise of Residential Private Government*, New Haven, CT, Yale University Press, 1994.
- MILLER, D. Y.: *The Regional Governing of Metropolitan America*, Boulder, CO, Westview, 2002.
- MILLER, D.; MIRANDA, R.; ROQUE, R., y WILF, C.: «The Fiscal Organization of Metropolitan Areas: The Allegheny County Case Reconsidered», *Publius: The Journal of Federalism* 25, Fall 1995, pp. 19-35.
- MILWARD, H. B., y PROVAN, K. G.: «Governing the Hollow State», *Journal of Public Administration Research and Theory*, 10, abril 2000, pp. 359-79.
- MONKONNEN, E.: *The Local State: Public Money and the American Cities*, Stanford, CA, Stanford University Press, 1995.
- MORGAN, D., y HIRLINGER, M.: «Intergovernmental Service Contracts», *Urban Affairs Quarterly*, 27, 1991, pp. 128-44.
- MULLINS, D., y WALLIN, B.: «Tax and Expenditure Limitations: An Overview», *Public Budgeting and Finance*, 24, invierno 2004, pp. 2-15.
- NORRIS, D.: «Whither Metropolitan Governance», *Urban Affairs Review*, 36, marzo 2001.
- OAKERSON, R.: *Governing Local Public Economies*, Oakland, CA, ICS Press, 1999.
- ORFIELD, M.: *Metropolitics: A Regional Agenda for Community and Stability*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 1997.
- OSBORNE, D., y GAEBLER, T.: *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*, Reading, MA, Addison-Wesley, 1992.





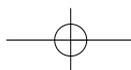
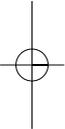
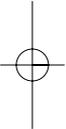
- OSTROM, V.; TIEBOUT, C. M., y WARREN, R.: «The Organization of Government in Metropolitan Areas: A Theoretical Inquiry», *American Political Science Review*, 55, diciembre 1961, pp. 831-842.
- PAGANO, M. A.: «Good Governance in Federal Polities: Issues for the 21st Century», en K. J. AZAM (ed.), *Federalism and Good Governance: Issues across Cultures*, 11-22, New Delhi, South Asian Publishers, 1998.
- «In the Eye of the Beholder: The Dynamics of Federalism», en M. A. PAGANO y R. LEONARDI (eds.), *The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems*, Basingstoke, UK, y New York, Palgrave, 2007, pp. 1-18.
- «Metropolitan Limits: Intrametropolitan Disparities and Governance in US Laboratories of Democracy», en A. ALTSHULER, W. MORRILL, H. WOLMAN y F. MITCHELL (eds.), *Governance and Opportunity in Metropolitan America*, Washington, DC, National Academy Press, 1999, pp. 253-92.
- PAGANO, M. A., y PERRY, D.: «Financing Infrastructure in the 21st Century City», *Public Works Management and Policy*, 13, núm. 1, julio 2008, pp. 22-38.
- PARKS, R., y OAKERSON, R.: «Comparative Metropolitan Organization: Service Production and Governance Structures in St. Louis (MO) and Allegheny County (PA)», *Publius: The Journal of Federalism*, 23, diciembre 1993, pp. 19-39.
- PERRY, D. (ed.): *Building the Public City*, Thousand Oaks, CA, Sage, 1995.
- POSNER, P.: «The Politics of Coercive Federalism», *Publius: The Journal of Federalism*, 37, verano 2007, pp. 390-412.
- *The Politics of Unfunded Mandates*, New York, New York University Press, 1998.
- PRESSMAN, J.: *Federal Programs and City Politics*, Berkeley, University of California Press, 1975.
- SASSEN, S.: *The Global City*, Princeton, Princeton University Press, 1991.
- SBRAGIA, A.: *Debt Wish: Entrepreneurial Cities, US Federalism, and Economic Development*, Pittsburgh, PA, University of Pittsburgh Press, 1996.
- SCHNEIDER, M.: *The Competitive City: The Political Economy of Suburbia*, Pittsburgh, PA, University of Pittsburgh Press, 1989.
- SEYLER, W. C.: «Interlocal Relations: Cooperation», *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 416, 1974, pp. 158-169.
- STEPHENS, G. R., y WIKSTROM, N.: *Metropolitan Government and Governance: Theoretical Perspectives, Empirical Analysis, and the Future*, New York, Oxford University Press, 2000.
- TARR, G. A.: «United States of America», en J. KINCAID y G. A. TARR, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, pp. 381-408.
- THURMAIER, K., y WOOD, C.: «Interlocal Agreements as Social Networks: Picket Fence Regionalism in Metropolitan Kansas City», *Public Administration Review*, 62, 2002, pp. 585-98.
- TIEBOUT, C.: «A Pure Theory of Local Expenditures», *Journal of Political Economy*, 64, 1956, pp. 416-24.
- US ADVISORY COMMISSION ON INTERGOVERNMENTAL RELATIONS: *Measuring Local Discretionary Authority*, Washington, DC, US Advisory Commission on Intergovernmental Relations, 1981.
- *Metropolitan Organization: The Allegheny County Case*, Washington, DC, US Advisory Commission on Intergovernmental Relations, 1992.
- *The Organization of Local Public Economies*, Washington, DC, US Advisory Commission on Intergovernmental Relations, 1987.

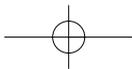
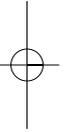
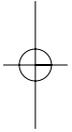
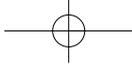


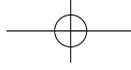
**Los gobiernos locales en los Estados Unidos de América**

217

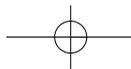
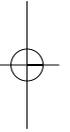
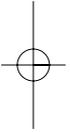
- US GENERAL ACCOUNTING OFFICE: *Legislative Mandates: State Experiences Offer Insights into Federal Action*, Washington, DC, GAO, 1988.
- VOGEL, R. K., y SAVITCH, H. V. (eds.): *Regional Politics: America in a Post-City Age*, Thousand Oaks, CA, Sage, 1996.
- «Metropolitan Consolidation versus Metropolitan Governance in Louisville», *State and Local Government Review*, 32, 2000.
- WALLIN, B.: *From Revenue Sharing to Deficit Sharing*, Washington, DC, Georgetown University Press, 1998.
- WALLIS, A.: «The Third Wave: Current Trends in Regional Governance», *National Civic Review*, 83, 1994.
- WEBER, R.: «Equity and Entrepreneurialism: The Impact of Tax Increment Financing on School District Finances», *Urban Affairs Review*, 38, mayo 2003, pp. 619-644.
- WEIR, M.; WOLMAN, H., y SWANSTROM, T.: «The Calculus of Coalitions: Cities, Suburbs, and the Metropolitan Agenda», *Urban Affairs Review*, 40, julio 2005, pp. 730-60.
- WRIGHT, D.: *Understanding Intergovernmental Relations*, 3.^a ed., Pacific Grove, CA, Brooks and Cole, 1988.
- ZIMMERMAN, J. F.: *State-Local Relations: A Partnership Approach*, 2.^a ed., Westport, CT, Greenwood, 1995.

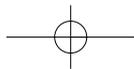
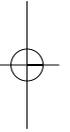
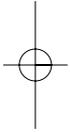
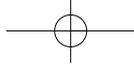


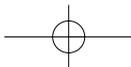




INFORMES SECTORIALES







Organización y régimen jurídico

Silvia Díez Sastre

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid*

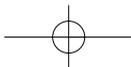
Palabras clave: elecciones locales; corrupción; órganos municipales

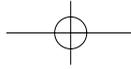
Key words: local elections; corruption; local government structure

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ORGANIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO.—1. En general.—2. Órganos de gobierno.—2.1. *Concejales*.—2.2. *Pleno Municipal*.—3. Sistema electoral municipal.—4. Participación ciudadana.—5. Personal al servicio de la Administración municipal.—6. Administración desconcentrada.—7. Administración instrumental.—III. ENTIDADES LOCALES SUPRAMUNICIPALES.—IV. COMPETENCIAS MUNICIPALES.—V. RELACIONES INTERTERRITORIALES.—VI. REGÍMENES ESPECIALES.

I. INTRODUCCIÓN

En materia de organización y régimen locales, tres han sido los hechos más importantes que han condicionado, sobre todo, la actividad jurisprudencial y normativa en el año 2008. En primer lugar, el *fenómeno de la corrupción* destapado en el caso marbellí ha tenido como reflejo una intensa actividad doctrinal que trata de analizar este fenómeno, así como sus posibles soluciones. En este sentido, se estudian las modificaciones en el estatuto jurídico de los miembros electos de los entes locales, las medidas de *ultima ratio* dirigidas a la disolución de las corporaciones locales, pero también otro tipo de instrumentos encaminados al reforzamiento de las buenas prácticas en el ámbito municipal, como los códigos éticos existentes tanto a nivel nacional como internacional. Las *elecciones locales celebradas en 2007* también han sido objeto de análisis en la doctrina. No sólo se han realizado estudios en torno a los numerosos recursos de amparo que debió resolver el Tribunal Constitucional en relación con la presentación de candidaturas, sino que se ha analizado el impacto de la denominada «Ley de Igualdad» sobre los resultados electorales, que durante 2008 ha sido declarada por el Tribunal Constitucional conforme a





la Carta Magna de 1978. Por último, hay que destacar la intensa actividad doctrinal encaminada al estudio del desarrollo del «Estatuto Básico del Empleado Público» en el ámbito local. Se han publicado trabajos que, con carácter general, abordan la nueva regulación y sus consecuencias para los empleados de los entes locales, así como otros estudios que analizan detalladamente algunos aspectos de las novedades introducidas por esta Ley.

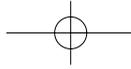
II. ORGANIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO

1. En general

Son muy escasos los trabajos que durante el año 2008 se han ocupado con carácter general de la organización de los ayuntamientos. Hay que mencionar el estudio del doctor F. E. ÚBEDA TARAJANO, sobre el «Régimen jurídico del ejercicio de competencias por los órganos municipales» (*Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 78, 2007, pp. 367-401). El autor ordena el artículo en cuatro epígrafes principales. Los dos primeros realizan una introducción general en torno a la organización jurídico-administrativa de los ayuntamientos y al concepto y caracteres de la competencia municipal. El tercero profundiza en la organización municipal. Se refiere a los órganos de gobierno municipales en función del régimen aplicable al ayuntamiento —régimen común, municipios de gran población y organización municipal de acuerdo con el Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración local— y a los órganos administrativos locales, según su naturaleza, órganos resolutivos de extracción funcional u órganos no resolutivos de extracción política. A continuación, el cuarto epígrafe —que constituye el grueso del artículo— describe el ejercicio de competencias por los órganos municipales y sus irregularidades. En concreto, expone las particularidades del ejercicio directo de competencias y de las técnicas de transferencia —delegación y avocación— en el ámbito municipal. Para finalizar, el autor alude a las consecuencias jurídicas de las irregularidades formales en el ejercicio de las competencias: nulidad, anulabilidad e irregularidades formales no invalidantes.

2. Órganos de gobierno

El funcionamiento de los órganos de gobierno municipales se aborda desde una perspectiva general en el artículo del profesor J. FERRET JACAS en torno a «La reforma de la administración local» (*Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007, pp. 277-292). En este estudio, el autor da cuenta de las reformas y tendencias que se han ido consolidando tras las sucesivas reformas legislativas que se han llevado a cabo en el ámbito local: potenciación de la autonomía local, blindaje competencial, diversificación del ente intermedio, interiorización del régimen local y asimetría en el régimen jurídico de las gran-



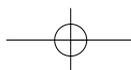
Organización y régimen jurídico

223

des ciudades y del fenómeno metropolitano, entre otras. Con respecto a la organización del ayuntamiento, hace referencia al fenómeno de la parlamentarización del gobierno local —que parece haberse aceptado como regla general en la doctrina—. Constatada la configuración legal de un ejecutivo fuerte —liderado por el alcalde que se sitúa a la cabeza de la Junta de Gobierno Local— frente a un Pleno que pasa a realizar fundamentalmente tareas de debate y control político.

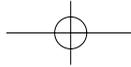
También con carácter general se plantea una de las cuestiones más relevantes con respecto a la organización municipal en 2008: el estudio de las medidas de lucha contra la corrupción. Durante el año 2007, la alarma social provocada por el caso del ayuntamiento de Marbella tuvo como respuesta la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de regulación de las Bases del Régimen Local (LBRL) mediante la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. De este modo se quería poner freno a la corrupción municipal vinculada a la actividad urbanística. Pero la reforma fue más allá, introduciendo algunas normas que afectan a la organización municipal. Pues bien, la nueva regulación de la LBRL ha sido objeto de estudio en 2008 por el profesor J. GARCÍA FERNÁNDEZ en su artículo sobre «La reforma de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local para combatir la corrupción en el ámbito de la vida municipal» (*Cuadernos de Derecho Público*, núm. 31, 2007, pp. 129-140). El autor analiza las sucesivas reformas que han afectado a la regulación básica del régimen local. Posteriormente, se centra en el contenido de la reforma promovida en 2007 que se proyecta sobre diversos artículos de la LBRL con distinta intensidad: el art. 22 se reforma para atribuir al Pleno la competencia para aprobar los convenios urbanísticos, así como para aprobar las enajenaciones cuyo valor supere el 10 por 100 del presupuesto y, en todo caso, las permutas de bienes inmuebles. El nuevo art. 70 ter pretende mejorar la información y participación de los ciudadanos en materia urbanística. El art. 75.7 se reforma para garantizar que los representantes locales —ya sean miembros electos o no electos, pertenecientes a la Junta de Gobierno Local— realicen una declaración de causas de incompatibilidad, de bienes patrimoniales y de participación en sociedades que deberá publicarse anualmente e inscribirse en los Registros de Intereses de carácter público. El nuevo art. 75.8 extiende las incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado —reguladas en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de Conflictos de Intereses— a los representantes locales que hayan desempeñado competencias ejecutivas, excluyendo a los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local que, de acuerdo con la nueva disposición adicional decimoquinta de la LBRL, se someten al régimen de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y a la Ley 5/2006 precitada en cuanto a las limitaciones al ejercicio profesional. Tras esta exposición, el autor realiza una valoración muy positiva de la reforma de la LBRL. Considera que con la nueva regulación se reduce «la opacidad de ciertas operaciones urbanísticas municipales que están, con frecuencia, en la base de la corrupción».

La lucha contra la corrupción también es el objeto del trabajo de los profesores J. L. PÉREZ FRANCESCH, E. ELISEO COCCIOLO y J. A. EYRE DE LORENZO: «Disolución de los



ayuntamientos en España y Corrupción Sistémica: aproximación al Caso Marbella y comparación con la normativa italiana en materia de disolución en supuestos de emergencia extraordinaria» (*Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, 2007, pp. 299-324). En este caso, la aproximación al problema se realiza desde una perspectiva comparada —entre los Derechos español e italiano— y se centra en la posibilidad de disolución de los ayuntamientos como medida de *ultima ratio* en casos de corrupción extrema. Los autores exponen, en primer lugar, la prolongada situación de corrupción en el ayuntamiento de Marbella desde la época de Jesús Gil hasta la denominada «Operación Malaya». Seguidamente, analizan el proceso de disolución del ayuntamiento, deteniéndose en la configuración del Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Gestora. Como contrapunto a esta experiencia, los autores se refieren a los casos de disolución de corporaciones locales controladas por la mafia en Italia. La disolución se configura, de este modo, como una medida preventiva extraordinaria para tutelar la seguridad y el orden público. Por último, exponen unas reflexiones finales en torno a las medidas de disolución de ayuntamientos. En ese apartado advierten de la importancia del control judicial sobre el ejercicio de las potestades de disolución de ayuntamientos por parte los órganos estatales, y de la incorrecta aplicación del art. 61.1 LBRL por el Consejo de Ministros al aprobar la disolución del ayuntamiento de Marbella. Entienden que el caso de corrupción marbellí no afectaba al interés general de la Nación, ni a las relaciones económicas con terceros Estados, ni al retraimiento de la inversión extranjera en el sector inmobiliario, por lo que deberían haberse adoptado medidas menos gravosas como la inhabilitación judicial del equipo de gobierno o de los miembros del consistorio involucrados efectivamente en la red de corrupción.

El libro de la profesora J. DE BENITO LANGA sobre *La ética en la política municipal* (Bayer Hermanos, Barcelona, 2008, 389 pp.) se suma a estos trabajos inspirados en los casos de corrupción municipal acontecidos en los últimos años. En este caso no se analizan, sin embargo, los mecanismos específicos articulados en el ordenamiento jurídico mediante normas de *hard law* para hacer frente a la corrupción. La autora se concentra en la importancia de la ética en el ámbito municipal y en los instrumentos jurídicos de *soft law* que, tanto a nivel nacional como internacional, se han acordado para promover las buenas prácticas a nivel local. Para ello estructura los contenidos en nueve capítulos. Tras una presentación, se centra en la relación entre la ética y el poder político (capítulo II) y en la consagración en el ordenamiento jurídico de principios éticos (capítulo III). A continuación, analiza la actitud de algunos concejales (capítulo IV) y los distintos códigos éticos referidos al ámbito municipal tanto a nivel nacional —Código ético de los funcionarios con habilitación estatal— (capítulo V) como internacional —Código Europeo de Conducta para la Integridad Política de los Representantes Locales y Regionales Electos— (capítulo VI). Para finalizar expone las conclusiones del trabajo (capítulo VII) y añade un apéndice terminológico (capítulo VIII) y un Anexo Documental (capítulo IX).



Organización y régimen jurídico

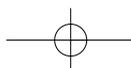
225

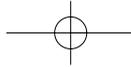
2.1. Concejales

Con respecto al estatuto jurídico de los concejales, no se han producido novedades de tipo legislativo ni jurisprudencial. Hay que atender, básicamente, a los pronunciamientos de los tribunales de justicia durante el año 2008 en relación con los miembros electos no adscritos y con el derecho de acceso a la información de los concejales, con el fin de facilitar su tarea de control del ejecutivo local. Puede adelantarse, sin embargo, que no se ha producido ningún cambio relevante en la orientación de la jurisprudencia en estos aspectos. Con respecto a la condición de los miembros no adscritos, hay que aludir a varias sentencias:

a) En primer lugar, las *Sentencias de 9 de enero de 2008, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, recursos de apelación núms. 656/2007, 769/2007 y 774/2007)*. La primera de ellas —que sirve de modelo para las siguientes— desestima el recurso de apelación interpuesto por varios concejales del ayuntamiento de Majadahonda contra la Sentencia de 25 de julio de 2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Madrid, que negaba la posibilidad de que estos concejales no adscritos —como consecuencia del abandono de su Grupo municipal— pasasen a formar parte del Grupo Mixto municipal. Al respecto, señala el Tribunal que «todo concejal que abandone, cualquiera que sea la causa (voluntaria o involuntaria), el Grupo político municipal que corresponda a la candidatura en la que resultó elegido no podrá integrarse en ningún otro grupo político, actuando en la Corporación como concejal no adscrito a grupo político». De modo que los concejales en tal situación —como los recurrentes— pierden los derechos económicos vinculados a los Grupos Políticos municipales, reteniendo únicamente los derechos que individualmente les correspondiese como miembros de la Corporación. Pero conservan, no obstante, su posición y derecho de voto en el Pleno y su asistencia —con voz— en las Comisiones Informativas.

b) De forma similar, con respecto al derecho a participar en Comisiones, se articula la argumentación de la *STSJ de Madrid de 10 de enero de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso de apelación núm. 552/2007)*, que confirma la Sentencia de 5 de junio de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 19 de Madrid, apelada por un grupo de concejales. El Juzgado había desestimado el recurso contencioso-administrativo tramitado por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales debido a la supuesta vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 CE, que produjo la convocatoria de los recurrentes como concejales no adscritos con voz pero sin voto a la Comisión Informativa de Vigilancia de la Contratación, de 27 de diciembre de 2006, del ayuntamiento de Majadahonda. Entendían los recurrentes que del art. 23.2 CE se derivaba su derecho a ser convocados a esta Comisión Informativa como miembros del nuevo Grupo Mixto municipal y no como concejales no adscritos al haber sido expulsados del Grupo Popular del ayuntamiento. Al respecto señala el Tribunal que los dos supuestos determinantes de la adquisición de la condición de concejal no adscrito son que se abandone



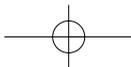


el grupo de procedencia o que el concejal no se integre en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fue elegido. De modo que considera correcta la actuación del ayuntamiento de Majadahonda al negarles la posibilidad de formar parte del Grupo Mixto.

c) En la misma línea se pronuncia el *Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias en la Sentencia de 8 de julio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso de apelación núm. 105/2008)*. Esta sentencia desestima el recurso de apelación interpuesto por un concejal del ayuntamiento de La Laguna contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife, de 19 de febrero de 2008. El Juzgado *a quo* estimó el recurso contencioso-administrativo presentado contra el acuerdo plenario del ayuntamiento de La Laguna que disponía la constitución del Grupo Mixto Municipal y la adscripción al mismo del concejal mencionado. El recurrente, perteneciente al Centro Canario Nacionalista (CCN), había concurrido a las elecciones locales de 2003 dentro de la lista de Coalición Canaria, resultando elegido concejal e integrándose posteriormente en el Grupo Municipal de Coalición Canaria. Tiempo después, en 2004, el partido político al que pertenecía el apelante (CCN) se separó de Coalición Canaria. En base a este hecho, el concejal solicitó el 22 de junio de 2006 la constitución del Grupo Mixto Municipal y su adscripción al mismo como concejal electo. Esta pretensión se concedió por la Administración municipal, pero se rechazó por la sentencia apelada. Este fallo se confirma por el Tribunal Superior de Justicia. Entiende que el caso se subsume claramente en el supuesto de hecho del art. 73.3 de la LBRL —tras la reforma realizada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre—. El abandono voluntario del apelante del grupo político por el que había concurrido como candidato a concejal, determina su paso a la condición de «miembro no adscrito» sin posibilidad de instar la creación del Grupo Mixto municipal.

En relación con el derecho de información de los concejales, hay que referirse a la *STS de 28 de enero de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso de casación 1130/2005)*. Esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por el ayuntamiento de La Solana contra la STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de diciembre de 2004. El Tribunal estimó entonces el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del alcalde del precitado municipio —por la que se deniega la solicitud verbal de obtención de copias de la documentación que obra en el expediente relativo a uno de los puntos del día de la reunión de la Comisión Informativa de Hacienda, Personal y Régimen Interno, determinante para la aprobación del presupuesto municipal—; y contra el acuerdo del Pleno que aprueba el presupuesto municipal para el año 2004. El Tribunal Supremo confirma este fallo en casación. Entiende que en el caso planteado se estaba ante una petición de copias relativas a un asunto a tratar en los órganos colegiados del ayuntamiento, de libre acceso y no de carácter genérico, sino concreto. De modo que la negativa a facilitar dichos datos infringió el art. 23.2 de la Constitución, pues se impidió el ejercicio del derecho del concejal a informarse y, en su caso, a solicitar el asesoramiento necesario para el mejor desempeño de su función.





Organización y régimen jurídico

227

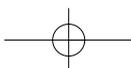
2.2. Pleno Municipal

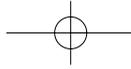
Durante el año 2008, en la Comunidad de Madrid, algunos municipios han aprobado nuevos Reglamentos orgánicos. Es el caso de *Collado Villalba*, que aprobó su *Reglamento orgánico municipal el pasado 2 de enero de 2008* (BOCAM, núm. 14 de 17 de enero de 2008). El reglamento regula la composición y funcionamiento de los órganos de gobiernos municipales. En concreto, establece una detallada regulación del desarrollo de las sesiones del Pleno municipal. Asimismo incorpora el Reglamento de participación ciudadana, de 7 de abril de 1997, introduciendo algunas modificaciones en el mismo. También el municipio de *Torres de la Alameda* ha aprobado su *Reglamento orgánico el 18 de marzo de 2008* (BOCAM, núm. 82, de 7 de abril de 2008), en el que se expone de forma minuciosa el régimen de funcionamiento de los órganos municipales y el estatuto jurídico de sus miembros.

En la doctrina, el funcionamiento del Pleno municipal se ha abordado desde la perspectiva de la publicación *on line* de sus actas, por J. BRINES ALMIÑANA (Jefe de protección de datos personales del ayuntamiento de Tavernes de la Valldigna) en su artículo «La publicación de las actas de las sesiones del pleno en la web municipal (Internet): de la previa disociación de los datos de carácter personal objeto de protección a la luz de la LOPD. Propuesta de un modelo de actuación» (*Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 24, 2007, pp. 4178-4193). El autor parte de los problemas que plantea la publicación de las actas de las sesiones del pleno municipal en la web municipal desde el punto de vista de la protección de datos. Al respecto, considera que los derechos de acceso a la información y los deberes de publicidad y transparencia de la actuación municipal deben coherenciarse con las obligaciones impuestas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y las restricciones de acceso a la información previstas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Para ello, tras analizar las disposiciones de la LOPD y las conductas que vulneran sus mandatos, propone un protocolo de actuación municipal que permita disociar los datos personales contenidos en las actas, para suprimirlos en aquellos casos en que no se cuente con el expreso consentimiento del interesado. El autor considera, además, que este protocolo puede ser aplicable a más documentos municipales que contengan datos de carácter personal.

3. Sistema electoral municipal

En materia electoral se han producido algunas novedades referidas a las elecciones locales celebradas en 2007. En primer lugar, cabe reseñar el artículo del profesor L. POMED SÁNCHEZ en torno a la «Jurisprudencia constitucional en materia de elecciones locales» [*Anuario del Gobierno Local 2007. Los retos del Derecho urbanístico del siglo XXI*, T. FONT I LLOVET y A. GALÁN GALÁN (dirs.), Barcelona, 2008, pp. 289-314]. En él se recogen las Sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven recursos de amparo

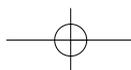




referidos tanto a la proclamación de candidatos como a la proclamación de candidatos electos. Ahora bien, durante el año 2008 el aspecto más importante en relación con el sistema electoral local y las elecciones de 2007 consiste en el análisis de la aplicación de las reformas introducidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres. Con respecto a esta cuestión, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional que confirma la constitucionalidad de la nueva regulación, así como un informe elaborado por la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante, FEMP) en torno a los resultados de su aplicación en las elecciones municipales del año 2007.

La *Sentencia 12/2008, de 29 de enero, del Pleno del Tribunal Constitucional* resuelve de forma acumulada la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1, de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) —introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres— y el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario del Partido Popular del Congreso de los Diputados contra la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que, además de introducir el art. 44 bis LOREG, modifica otros preceptos de esta Ley: los arts. 187.2, 201.3 y la disposición adicional primera. Las alegaciones fundamentales de la sentencia se centran —tanto en la cuestión como en el recurso— en la vulneración de los arts. 14 (principio de igualdad y mandato de no discriminación) y 23 (derecho fundamental de participación en los asuntos públicos) de la Constitución de 1978 (en adelante, CE) mediante la introducción de medidas relativas al equilibrio entre sexos en las candidaturas electorales municipales, autonómicas, estatales y europeas (FFJJ 1 y 2). No obstante, también se aduce en las alegaciones la posible vulneración de los arts. 6 (pluralismo político y partidos políticos), 16.1 (derecho fundamental a la libertad ideológica), 20.1.a) (libertad de expresión) y 68.5 (sufragio activo y pasivo de todos los españoles) de la Constitución.

Para resolver la cuestión y el recurso planteados, el Tribunal determina, en primer lugar, el objeto de controversia. Al respecto, señala que la reforma legislativa que pretende la igual participación efectiva de hombres y mujeres no constituye una medida de discriminación inversa, sino una fórmula de equilibrio entre sexos —no estrictamente paritaria— que exige que hombres y mujeres no integren candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100. De modo que el efecto de la medida es bidireccional, la proporción se asegura a ambos sexos. En este sentido, entiende que la regulación tiene por únicos destinatarios a aquellos sujetos que pueden presentar candidaturas: partidos, federaciones, coaliciones de partidos y agrupaciones de electores. No afecta, pues, al derecho de sufragio pasivo individual (FJ 3). Así que la primera pregunta a resolver por el Tribunal se centra en la legitimidad constitucional para imponer a los partidos políticos la obligación de presentar candidaturas con una composición equilibrada de hombres y mujeres. La respuesta a esta cuestión es positiva con base en el art. 9.2 CE, referido a la



Organización y régimen jurídico

229

promoción de la igualdad material, y el art. 6 CE, que contiene la configuración constitucional de los partidos políticos. El establecimiento de medidas de representación política que persiguen el equilibrio entre hombres y mujeres se enmarca en las exigencias de la igualdad sustantiva que son inherentes al Estado social (FJ 4) y no supone una limitación injustificada de la libertad de los partidos políticos para la confección de las candidaturas. Sólo se trata de un límite más que se suma a otros, como la elegibilidad de los candidatos o los tipos de listas, cerradas y bloqueadas (FJ 5). Con respecto a la posible vulneración de la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y la libertad de expresión de los partidos políticos [art. 20.1.a)], la respuesta del Tribunal también es negativa. La nueva regulación de la LOREG no impide la existencia de partidos en contra de la igualdad efectiva entre los ciudadanos, sólo prohíbe que las candidaturas que defiendan esas ideas se integren únicamente por personas de uno u otro sexo (FJ 6).

A continuación, el Tribunal analiza la legitimación de la imposición de estas limitaciones en la elaboración de las candidaturas a las agrupaciones de electores. En ese caso, su juicio es muy similar al vertido en relación con los partidos políticos. La limitación impuesta supera el canon de proporcionalidad por su fin legítimo conforme al art. 9.2 CE, por ser razonable y adecuada a la finalidad perseguida (FJ 7). Con respecto a las excepciones a la aplicación del art. 44 bis LOREG en los casos previstos en los arts. 187.2 —municipios con población igual o inferior a 3.000 habitantes— y 201.3 —islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes— del mismo texto legal, el Tribunal también entiende que son conformes al ordenamiento constitucional. En su argumentación se apoya en el art. 9.2 CE que no impide que la regulación establezca excepciones en aquellos casos en los que el equilibrio de las candidaturas se dificulta por la existencia de un menor volumen de población (FJ 8).

Asimismo, el Tribunal da respuesta a la posible vulneración de los arts. 14 y 23 CE, no frente a los destinatarios de la norma, sino frente a los ciudadanos. El Tribunal afirma que no pueden vulnerarse esos preceptos constitucionales por una normativa que precisamente tiene como finalidad garantizar la igualdad. En concreto, en relación con el derecho de sufragio pasivo, afirma que la Constitución no garantiza un derecho fundamental a ser propuesto o presentado como candidato en las elecciones. Y lo mismo señala con respecto al derecho de sufragio activo, en la medida en que no existe un derecho subjetivo de los electores a una composición concreta de las listas electorales (FJ 9). En último lugar, el Tribunal se refiere a la posible vulneración del art. 23.1 CE por la supuesta fragmentación del cuerpo electoral que introduce la nueva regulación de la LOREG. Al respecto afirma que no cabe confundir al cuerpo electoral con el pueblo español, titular de la soberanía. De modo que las reglas relativas a la condición de elector no afectan a esa unidad ideal. Lo que lleva a rechazar las alegaciones en torno a la vulneración de los arts. 23.1 y 68.5 CE (FJ 10).

Al texto de la sentencia hay que sumar el voto particular formulado por D. J. Rodríguez-Zapata Pérez, que se opone diametralmente al fallo del Pleno del Tribunal. Entiende el Magistrado que la imposición por ley de la paridad o cuotas electorales es contrario al principio de unidad en la representación política y la libertad ideológica y de

autoorganización de los partidos políticos y que, por tanto, se vulnera el derecho de sufragio pasivo de los candidatos propuestos que queden excluidos para participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la normativa controvertida.

También en relación con la aplicación de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres hay que destacar la elaboración por la FEMP del documento «*Resultados y conclusiones del informe de impacto de la Ley de Igualdad en las elecciones locales de 2007*». En él se da cuenta de la mejora de la representación femenina en la política local a partir de la aplicación de la Ley de Igualdad. En concreto, se afirma que se ha incrementado en un 40 por 100 la representación de mujeres en los municipios de más de 5.000 habitantes —por debajo de esa cifra no se aplicó la nueva normativa—. Ahora bien, a pesar del resultado global que se valora positivamente en el informe, se da cuenta en la existencia de una fuerte segregación vertical —en los cargos de mayor responsabilidad— y horizontal —en los cargos dedicados a la gestión de sectores concretos— en la composición de los ayuntamientos. En este sentido, se ha comprobado que la representación femenina desciende a medida que se sube en el orden jerárquico de toma de decisiones. La presencia de mujeres en las alcaldías y en las Juntas de Gobierno sólo ha aumentado entre un 1 y un 5 por 100 respectivamente. Al mismo tiempo, las mujeres tienen una fuerte presencia en áreas como igualdad, cultura o servicios sociales, que desciende de forma notable cuando se trata de sectores como desarrollo territorial, urbanismo y gobierno. A pesar de estos datos, la valoración de la Ley de Igualdad en el informe es positiva, pero se constata la necesidad de introducir más mecanismos encaminados a erradicar la segregación vertical y horizontal.

Por último, en la doctrina hay que mencionar el trabajo de los profesores L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ y Á. I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, «El sistema electoral municipal» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 16, 2008, pp. 14-26) en el que describen la configuración actual del sistema electoral a nivel municipal. En concreto, exponen de forma ordenada los diferentes elementos del modelo electoral: el derecho de sufragio activo y pasivo; la circunscripción, la fórmula electoral y la barrera legal; la Administración electoral; así como la constitución y elección de los órganos de gobierno municipales.

4. Participación ciudadana

Durante el año 2008, en los municipios de la Comunidad de Madrid, la participación ciudadana ha continuado promocionándose mediante la regulación de los derechos de los ciudadanos y la creación de órganos al efecto. Con carácter general se han aprobado algunos reglamentos que establecen el marco general de la participación ciudadana en el ámbito municipal. Es el caso de *Torres de la Alameda*, que ha aprobado el *Reglamento de participación ciudadana, de 17 de marzo de 2008* (BOCAM, núm. 82, de 7 de abril de 2008). Mediante esta norma se busca fomentar la creación de canales de participación ciudadana tanto en las actuaciones del Gobierno y el Pleno municipales, como en las de los organismos autónomos y empresas municipales. En concreto, se regulan los

Organización y régimen jurídico

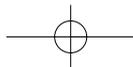
231

derechos de los ciudadanos a obtener información y a participar en la actividad municipal a través de distintos mecanismos: audiencias, iniciativas, referendos, peticiones e intervenciones en las sesiones públicas municipales, entre otros. Además, se regula el fichero municipal de Entidades Ciudadanas, se crea el Consejo de Ciudadanía y se establece el marco regulador de la creación de Consejos Territoriales y Consejos Sectoriales de participación ciudadana.

Asimismo, el municipio de *Paracuellos del Jarama* ha aprobado su *Reglamento de Participación Ciudadana el 27 de junio de 2008* (BOCAM, núm. 169, de 17 de julio de 2008). Esta norma contiene las disposiciones generales que han de regular los derechos de participación de los ciudadanos y la constitución de órganos de participación en el municipio, con la misma estructura y contenidos expuestos para el Reglamento de Torres de la Alameda. Sólo contiene una particularidad. Prevé una disposición especial para la pedanía de Belvis del Jarama, a cuyo ayuntamiento le corresponde la decisión de aprobar su propio Reglamento de participación ciudadana.

El municipio de *Torres de la Alameda* también ha creado el *Consejo Local de Seguridad Ciudadana mediante el Reglamento de 18 de marzo de 2008* (BOCAM, núm. 90, de 16 de abril de 2008). De este modo pretende introducir la participación ciudadana en el diseño de las políticas de seguridad en el municipio. Sus funciones son meramente consultivas. Su composición incluye a representantes de diferentes sectores de la vida local. La Presidencia se reserva al alcalde. La Vicepresidencia al concejal delegado de seguridad o al primer teniente de alcalde. Se integran varios vocales: el jefe de la policía local, un representante de cada uno de los grupos políticos municipales, un representante de la Guardia Civil, un representante de cada una de las asociaciones de vecinos, dos representantes de las asociaciones de empresarios, un representante de las AMPAS, un representante sindical, el Jefe de protección civil y de bomberos, el juez de paz, el juez decano de los Juzgados de Arganda, un representante del Consejo Local de la Mujer, un representante del Consejo Local de Cooperación; un representante del Consejo Local de Juventud, un representante de la Comisión de Fiestas, y un representante de las asociaciones de inmigrantes. Se prevén dos reuniones ordinarias del Consejo al año, sin perjuicio de la posibilidad de realizar reuniones extraordinarias o de la constitución de grupos de trabajo sobre asuntos concretos.

Por su parte, el municipio de *Humanes de Madrid* ha constituido el Consejo Municipal de la Infancia, mediante el *Reglamento de 7 de marzo de 2008* (BOCAM, núm. 77, de 1 de abril de 2008). Este órgano se configura como el máximo órgano de participación democrática, asesoramiento, consulta y control en todas aquellas cuestiones relacionadas con la infancia en el ámbito municipal. Su composición incluye a representantes de los grupos municipales, de las asociaciones vecinales del municipio, de las asociaciones infanto-juveniles formalmente constituidas, del Consejo Sectorial de la Mujer, del Consejo Sectorial de la Salud, de las diferentes AMPAS del municipio, de los grupos políticos sin representación en la Corporación, de los centros educativos de infantil y primaria, así como del foro infantil. Se prevé la reunión del Consejo de forma ordi-



naria cada cuatro meses, así como la posibilidad de convocar reuniones extraordinarias o de crear grupos de trabajo.

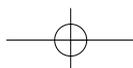
El *ayuntamiento de Madrid* también ha seguido esta tendencia creando, durante el año 2008, el *Consejo de Comercio mediante el Reglamento de 28 de noviembre de 2008* (BOCAM, núm. 301, de 18 de diciembre de 2008). El Consejo se define como el órgano de consulta y cauce de la participación ciudadana en materia de comercio, a través de las organizaciones empresariales más representativas del sector comercial con implantación en el término municipal de Madrid. Desempeña funciones de informe, consulta y propuesta en relación con las competencias que ostenta el ayuntamiento de Madrid en materia de comercio. Su composición se divide en la Presidencia —atribuida al titular del Área de gobierno con competencias en comercio—, la Vicepresidencia —que corresponde a una de las vocalías del Pleno del Consejo—, la Secretaría —que ocupa un funcionario municipal— y veinticuatro Vocalías —que integran a los representantes de otras Áreas de Gobierno, de órganos municipales vinculados a la actividad comercial, así como a representantes de asociaciones empresariales y sindicales de Madrid.

5. Personal al servicio de la Administración municipal

Las novedades acaecidas durante el año 2008 en relación con el empleo público local se analizan en el informe sectorial incluido en esta obra y dedicado a esta materia. No obstante, a continuación, se realiza una selección de aportaciones normativas y doctrinales en este sector.

A nivel legislativo, hay que destacar algunas normas autonómicas. En *Galicia* se ha aprobado el *Texto Refundido de la Ley de la función pública mediante el Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo* (DOG, núm. 114, de 9 de octubre de 2008), en virtud de la habilitación normativa contenida en la disposición final primera de la Ley 13/2007, de 27 de julio, de modificación de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia. De este modo se agrupan todas las reformas realizadas a la Ley de 1988. Sus disposiciones son aplicables a la Administración local en lo no reservado a la legislación estatal. Por su parte, el *gobierno catalán* ha aprobado el *Decreto 195/2008, de 7 de octubre, por el que se regulan determinados aspectos del régimen jurídico del personal funcionario con habilitación de carácter estatal de las entidades locales de Cataluña* (DOGC, núm. 5334, de 9 de octubre de 2008), conforme a la competencia del art. 136 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y ajustándose a los criterios establecidos por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP). En concreto, se ocupa de sus funciones públicas, de la relación de puestos de trabajo, de la forma de selección y de la provisión de puestos de trabajo.

A nivel nacional, hay que destacar la aprobación en el seno del Ministerio de Administraciones Públicas de los *Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local*, elaborados por J. Marchena y

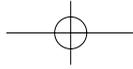


J. L. Rodríguez Valdés —por parte de la Dirección General de Función Pública— y A. M.^a García y E. Orduña Prada —por parte de la Dirección General de Cooperación Local—. En este documento se recogen de forma ordenada los criterios empleados por la Dirección General de Cooperación Local, la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, la Dirección General de Función Pública, y la Secretaría General para la Administración Pública para responder a las consultas planteadas por las entidades locales con respecto a la aplicación del EBEP. Con esta finalidad, se establecen varios bloques temáticos: 1. Ámbito de aplicación del EBEP en la Administración Local; 2. Personal funcionario propio de las Entidades Locales; 3. Especialidades de los funcionarios con habilitación de carácter estatal; 4. Personal laboral; 5. Personal eventual; 6. Personal directivo en la Administración Local; y 7. Normativa aplicable a partir de la entrada en vigor del EBEP.

La entrada en vigor del EBEP ha suscitado, además, un enorme interés en la doctrina, que se ocupa de los efectos de su aplicación en el ámbito local. Los distintos estudios sobre este tema aparecidos durante el año 2008 pueden ordenarse en función del tratamiento, general o específico, que hacen de la materia.

a) Así, entre los trabajos que abordan la influencia del EBEP sobre el ámbito local con carácter general, hay que destacar el trabajo de A. SERRANO PASCUAL (Secretario General de la Diputación Provincial de Huesca), sobre «El Estatuto Básico del Empleado Público y las entidades locales: valoración crítica» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 15, 2007, pp. 77-103). El trabajo se estructura en tres puntos principales. En primer lugar analiza el sistema de fuentes del empleo público exponiendo la regulación constitucional, así como la relación entre la normativa básica del EBEP y la regulación de los nuevos Estatutos de Autonomía. En segundo lugar, se detiene en algunos aspectos claves de la Ley. En concreto, el continuismo del personal eventual, la regulación del personal directivo profesional, el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo, la carrera administrativa y la evaluación del desempeño, así como la regulación atinente a los funcionarios con habilitación de carácter estatal. Por último, el autor realiza una reflexión general sobre la incidencia del EBEP en las entidades locales. Critica la falta de una mayor atención del legislador por las especiales características del empleo público local. Pero valora positivamente los cambios introducidos, especialmente en relación con el personal directivo profesional. También advierte de la dificultad introducida por el EBEP en relación con la identificación del sistema de fuentes y con la interiorización autonómica del empleo público de las entidades locales.

b) C. HERRERO POMBO (Secretario del ayuntamiento de Tavernes de la Valldigna, Valencia) también se ocupa de la aplicación general del EBEP en el ámbito local en su trabajo «Notas sobre la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público» (*Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2, 2008, pp. 207-224). En especial, determina aquellas disposiciones de aplicación inmediata, diferenciándolas de las que tienen aplicación diferida, conforme a la disposición final cuarta de la Ley. A continuación, expone cuál es la normativa aplicable en el ámbito local tras la entrada en vigor del EBEP en las siguientes materias: oferta de

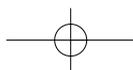


empleo público, selección, provisión, retribuciones, jornada, participación en la determinación de las condiciones de empleo, planificación, plantillas y relaciones de puestos de trabajo, jubilación, situaciones de los empleados públicos, recompensas, permisos, licencias y vacaciones, incompatibilidades, régimen disciplinario, e indemnizaciones por razón del servicio y ayuda familiar. De este modo, determina la forma de interpretar la regulación específicamente local a la luz de la nueva normativa estatal en cada una de estas cuestiones.

Junto a estos trabajos que analizan la nueva regulación con carácter general, hay que atender a otros que se dedican a cuestiones específicas, de especial relevancia en el ámbito local: es el caso del acceso, la promoción y la movilidad, el complemento de productividad y la evaluación del desempeño, el régimen jurídico del personal laboral, y el derecho fundamental al honor.

a) Bajo el título «Acceso, promoción y movilidad en la función pública local» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 15, 2007, pp. 52-62), el magistrado F. J. SOSPEDRA NAVAS analiza algunas de las novedades más importantes del EBEP, que afectan directamente al empleo público local. Con respecto a los sistemas de acceso a la función pública local, el autor pone de manifiesto la incompatibilidad entre las normas locales referidas a la composición de los tribunales por alcaldes y concejales y el régimen del art. 60 EBEP, que se refiere al carácter técnico de los órganos de selección. Además, analiza los problemas que plantea el control jurisdiccional de estas decisiones, fruto del ejercicio de discrecionalidad técnica. En relación con la promoción de los funcionarios locales, estudia la articulación de las disposiciones y la jurisprudencia en torno a la promoción interna vertical y horizontal. Además, se detiene en el concepto de carrera horizontal, introducido por el EBEP, y que no será objeto de aplicación hasta la entrada en vigor de las normas de desarrollo de la legislación básica estatal. Sobre la provisión de puestos de trabajo y la movilidad, el autor se detiene en el análisis de cuatro elementos —exponiendo la normativa aplicable y la interpretación jurisprudencial de la misma—: la provisión de puestos por libre designación, el concurso de méritos, la redistribución de efectivos, y la movilidad interadministrativa. Por último, el autor realiza una valoración general de la aplicación del EBEP al ámbito local. Valora positivamente el reforzamiento de la profesionalidad de los miembros de los órganos colegiados de selección, y critica la falta de iniciativa para reformar el régimen de promoción, provisión de puestos y movilidad.

b) En el estudio sobre «El complemento de productividad y la evaluación del desempeño en la Ley 7/2007. Hacia la calidad en la gestión pública» (*Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 17, 2008, pp. 2867-2886), P. PADILLA CRUZ (técnico de Administración General, ayuntamiento de Manzanares, Ciudad Real) analiza estas técnicas introducidas por el EBEP y su proyección sobre la mejora de la calidad en la gestión local. En primer lugar, se refiere al concepto legal y jurisprudencial del complemento de productividad para, después, conectar su regulación con la evaluación del desempeño y sus efectos jurídicos. En segundo lugar, analiza este régimen jurídico desde el punto de vista de las teorías sobre la motivación y de los modelos de calidad y evaluación



del rendimiento —como, por ejemplo, el modelo EVAM (evaluación, aprendizaje y mejora) o el modelo CAF, inspirado en el modelo de la Universidad alemana de Ciencias Administrativas de Speyer—. Por último, el autor se suma a las valoraciones positivas de la nueva regulación. Considera imprescindible la reforma introducida con el fin de mejorar la gestión local, a pesar de reconocer las reticencias existentes frente a su aplicación en el entorno funcional.

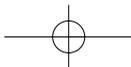
c) El régimen del personal laboral se analiza por F. J. SOSPEDRA NAVAS en su artículo sobre «El régimen jurídico del personal laboral en la Administración local» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 15, 2007, pp. 63-76). El artículo se estructura en tres partes. En la primera, expone una breve pero aclaradora introducción en torno a la dualidad de regímenes jurídicos —funcionarial y laboral— en la Administración. Al respecto, constata la tendencia a la unificación de ambos regímenes y la creación por el EBEP de una categoría intermedia, el trabajador público en régimen laboral, al que sólo se aplican las normas laborales en aspectos muy concretos. En la segunda parte, el autor se refiere a los aspectos generales del personal laboral en la Administración local. En especial, analiza el ámbito objetivo de la contratación laboral, especificando los puestos de trabajo reservados a funcionarios de carrera, la selección del empleado público en régimen laboral, y el contenido y la extinción de la relación laboral. En la tercera y última parte, expone la jurisprudencia de los últimos años en torno a la aplicación de las normas sobre personal laboral en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, prestando especial atención a la impugnación de la selección del personal laboral, de los instrumentos de ordenación de los puestos de trabajo y de los convenios colectivos.

d) El artículo del doctor J. B. LORENZO DE MEMBIELA, «Derecho fundamental al honor en la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público» (*Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1, 2008, pp. 67-74) analiza las conexiones existentes entre este derecho fundamental y el trabajo. La relación con el EBEP es, en realidad, meramente tangencial. El autor analiza el concepto de honor en la jurisprudencia constitucional de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982. Sólo realiza alguna mención general al EBEP para valorar negativamente el hecho de que profundice en el proceso de laboralización progresiva de la burocracia tradicional.

En último lugar, hay que hacer referencia a una obra que aborda el papel de los secretarios de Administración local desde una perspectiva histórica. Se trata de la monografía *Secretarios municipales y construcción del Estado liberal en España* del profesor E. TOSCAS SANTAMANS (Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 335 pp.). El libro se estructura en dos partes: la primera se dedica fundamentalmente a las especialidades del régimen jurídico de los secretarios municipales durante el siglo XIX, la segunda recoge una serie de narraciones sobre secretarios municipales notables de la época.

6. Administración desconcentrada

El fenómeno de la desconcentración de la Administración municipal ha sido objeto de estudio por la doctrina durante el año 2008. El profesor D. FERNÁNDEZ DE GATTA

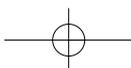


SÁNCHEZ, ha publicado un detallado estudio sobre «El régimen de las competencias y de los límites de los distritos en las legislaciones nacional y autonómicas» (*Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 306, 2008, pp. 115-163). En él analiza tres puntos fundamentales: el significado del principio de desconcentración; el régimen general de los distritos, tanto en la actualidad como en la regulación preconstitucional, y las competencias y límites de los distritos, tanto en la legislación básica como en cada una de las legislaciones autonómicas que se ocupan de esta cuestión.

7. Administración instrumental

Con respecto a la Administración instrumental hay que destacar la aprobación, a nivel autonómico, del *Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía* (BOJA, núm. 44, de 4 de marzo de 2008) que regula detalladamente el régimen jurídico de las fundaciones que desarrollen su actividad principalmente en Andalucía. En la Comunidad de Madrid, hay que mencionar simplemente la aprobación por el municipio de *El Escorial* del *Reglamento, de 30 de enero de 2008, de los Estatutos del Organismo Autónomo Deportivo Municipal* (BOCAM, núm. 43, de 20 de febrero de 2008), que regula todas las cuestiones relacionadas con su régimen jurídico: naturaleza, fines, objetivos, organización, gobierno y administración, bienes, recursos, personal y plantillas, fundamentalmente.

En la doctrina, destaca la extensa monografía coordinada por el profesor V. ALMONACID LAMELAS, y prologada por el profesor J. M.^a BAÑO LEÓN, sobre las *Entidades públicas y privadas vinculadas a la Administración Local* (Barcelona, Bosch, 2008, 942 pp.). El libro se estructura en siete títulos, en los que se incardinan diferentes capítulos más cinco anexos que se incorporan al final. Los títulos se refieren a las siguientes cuestiones: «Planteamiento: Administración (territorial e institucional), sector público, entes instrumentales y servicios públicos»; «Los organismos autónomos», donde se incardinan diez capítulos referidos a su régimen jurídico; «Las entidades públicas empresariales», donde también se incluyen diez capítulos sobre su régimen jurídico; «Las sociedades municipales», que contiene cuatro capítulos sobre su régimen jurídico, con especial atención a las sociedades mercantiles mixtas; «Las entidades supramunicipales», donde se analizan las mancomunidades de municipios, las comarcas, las áreas metropolitanas, los consorcios locales, las sociedades mercantiles supramunicipales y otras formas de asociacionismo municipal; «Las entidades públicas y privadas para la gestión del urbanismo», que incluye varios capítulos sobre las formas de gestión de la ejecución del planeamiento urbanístico, y «Otras entidades relacionadas con la Administración local. Supuestos especiales», donde se hace especial referencia a las fundaciones, el control financiero de las subvenciones, la justicia municipal y la externalización del servicio municipal de recaudación, entre otras cuestiones.



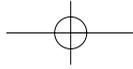
III. ENTIDADES LOCALES SUPRAMUNICIPALES

La nueva generación de Estatutos de Autonomía ha promovido el debate en torno a la configuración, tanto organizativa como funcional, de los entes locales supramunicipales. Se cuestiona así el papel de la provincia y se plantea la creación de nuevas entidades —como las comarcas y las veguerías— que, aunque no la pueden sustituir formalmente, sí podrían hacerlo funcionalmente. A estos problemas se dedican los siguientes trabajos:

a) En su artículo sobre «La provincia en el contexto jurídico del siglo XXI» (*Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, 2007, pp. 103-131) la profesora B. SORO MATEO analiza la regulación jurídica de las provincias en España. Se refiere, en primer lugar, a la regulación constitucional y estatutaria de las provincias, prestando especial atención a la configuración de la provincia en los denominados «nuevos Estatutos de Autonomía». A continuación, se refiere a las reformas del régimen provincial propuestas tanto en el Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local de 2005 como en el Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local de 2006. Por último, tras constatar la improbable modificación del régimen jurídico de las provincias en un futuro cercano y la incompatibilidad entre la protección constitucional de la provincia y la regulación estatutaria catalana sobre las veguerías —que se prevén como la institución que sustituirá a las provincias—, la autora analiza la posibilidad de reforma del mapa provincial conforme al art. 141.1 *in fine* de la Constitución, como única solución posible para hacer viable la puesta en práctica de las previsiones del Estatuto catalán. Finalmente, concluye con una crítica a la falta de previsión de un procedimiento concreto de reforma de la planta provincial.

b) El mismo tema, el problemático encaje constitucional de la regulación de las veguerías en el Estatuto de Autonomía catalán, centra el estudio del profesor R. GRACIA RETORTILLO sobre *La veguería como gobierno local intermedio en Cataluña. Encaje constitucional de su regulación estatutaria*, prologado por el profesor A. GALÁN GALÁN (Barcelona, Huygens, 2008, 256 pp.). La obra se estructura de forma clara y sencilla en cuatro partes en las que se articulan los argumentos que permiten afirmar la constitucionalidad de la veguería creada en el nuevo Estatuto de Autonomía catalán. La primera parte se dedica al análisis de la evolución histórica de la veguería, que surge como institución medieval y se recupera recientemente en la nueva norma estatutaria. En la segunda parte se expone la configuración estatutaria de la veguería deteniéndose en dos extremos fundamentales: su naturaleza jurídica y su regulación competencial. Seguidamente, la tercera parte contiene la propuesta del autor en torno al encaje constitucional de la veguería recreada en el Estatuto de Autonomía catalán. Plantea los problemas de constitucionalidad de la veguería entendida como un ente distinto de la provincia y formula una propuesta de identificación de la veguería con la institución provincial en el territorio catalán. Finalmente, en pocas páginas, el autor reflexiona sobre el proceso abierto de implantación de las veguerías en Cataluña.

c) Junto a las veguerías, las comarcas son las grandes protagonistas de la organización del mapa supramunicipal en el ámbito autonómico. A ellas precisamente se dedica



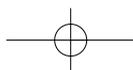
el artículo del profesor F. GARCÍA RUBIO, sobre el «Ámbito de actuación de las comarcas» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2008, pp. 45-110). En este trabajo estudia la virtualidad de la comarca como entidad territorial en diferentes ámbitos. Así, en primer lugar, analiza su papel en la elaboración del planeamiento territorial y urbanístico y en la actuación urbanística. En segundo lugar, estudia su funcionalidad como marco para la planificación económica y el desarrollo local. En tercer lugar, expone la vertiente de la comarca como entidad de cooperación municipal. Por último, analiza la comarca como mecanismo de articulación de la descentralización y desconcentración autonómicas, que puede contribuir a la realización de la segunda fase del Pacto Local, que supone la transferencia de competencias desde las instancias autonómicas a las locales.

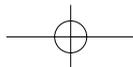
IV. COMPETENCIAS MUNICIPALES

El sistema competencial municipal se ha analizado con carácter general por C. LÓPEZ GARCÍA (letrado adjunto del ayuntamiento de Torrelavega), en su artículo «Nuevo sistema de atribución y defensa competencial de las entidades locales» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 15, 2007, pp. 104-129). El autor analiza el sistema competencial local a la luz de las reformas introducidas por los nuevos Estatutos de Autonomía. El trabajo se estructura en varios epígrafes. A través de ellos realiza una exposición del sistema actual de atribución competencial —regulado en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local—, conforme a la jurisprudencia constitucional. A continuación, introduce una crítica a este modelo tradicional que considera desfasado y señala la posibilidad de introducir un nuevo modelo competencial a raíz de la reforma de los Estatutos de Autonomía y de una eventual reforma de la ley básica estatal, que podría llevar al reconocimiento de una cláusula general de competencias. Por último, expone los principios que deberían regir el reparto competencial, reforzando la garantía de autonomía local, conforme a la Carta Europea de la Autonomía local: principio de subsidiariedad, diversidad, flexibilidad, supletoriedad y proporcionalidad, para concluir con una exposición del régimen de garantías de suficiencia financiera y de autonomía local.

Por otro lado, con respecto a sectores competenciales concretos, hay que tener en cuenta algunas novedades:

a) En el caso de la policía municipal, destaca la aprobación en el seno de la Comisión Estatal de Seguridad Local —en su reunión del 7 de febrero de 2008— del convenio que servirá de modelo para establecer las relaciones bilaterales que suscribirán los municipios y el Ministerio del Interior para concretar el *ejercicio de las funciones de policía judicial por la policía local*. Gracias a este instrumento los ayuntamientos podrán determinar el grado en que sus policías locales participan en el ejercicio de funciones de policía judicial. Con este fin, se introducen, además, otras medidas complementarias. Así, las policías locales se integrarán en el Sistema Estatal de Bases de Datos Policiales. También se creará un Centro de Coordinación Operativa en materia de policía judicial



**Organización y régimen jurídico**

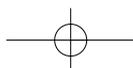
239

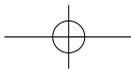
permanente y se prevé la aprobación de un reglamento sobre las Juntas Locales de Seguridad. En la doctrina, el magistrado E. PARICIO RALLO, ha abordado esta cuestión en su artículo «La policía local como policía judicial» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17, 2008, pp. 38-48). El estudio se estructura en cuatro epígrafes principales en torno a la posición de los municipios en materia de seguridad —haciendo especial referencia a la legislación catalana—: el concepto de policía judicial, el encaje de las policías locales como policía judicial, y el concreto régimen jurídico que debe regir la actuación de la policía local en tanto que policía judicial, tanto en actuaciones preprocesales, como en el marco del proceso penal y en actuaciones de policía de seguridad.

b) En materia de urbanismo, cabe referirse al artículo «La autonomía local ante el urbanismo. Incidencia del Derecho de la Unión Europea. Hacia un desarrollo sostenible» del magistrado J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS [en la obra colectiva, *Globalización y principio de autonomía local*, J. P. QUINTANA CARRETERO (dir.), Consejo General del Poder Judicial, pp. 211-278]. En este trabajo, el autor se refiere, en primer lugar, a la estrecha relación existente entre la garantía de autonomía local y el urbanismo. A continuación, se detiene con especial atención en la descripción de las medidas comunitarias que afectan a esta competencia municipal y de los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia que se refieren principalmente a la repercusión ambiental de la actividad urbanística. No obstante, todas las novedades sobre urbanismo se analizan en el informe sectorial dedicado a esta materia que se incluye en esta obra.

c) Con respecto al medio ambiente, hay que mencionar el estudio sobre «La autonomía local ante el medio ambiente. Incidencia del Derecho de la Unión Europea. Hacia un desarrollo sostenible» del magistrado D. BERBEROFF AYUDA (en la obra colectiva precitada, *Globalización y principio de autonomía local*, pp. 279-348). En este trabajo el autor se refiere a la distribución competencial en materia de medio ambiente, con el fin de determinar los mecanismos y alcance de la tutela ambiental del urbanismo por las Corporaciones locales a través de mecanismos preventivos como la evaluación ambiental estratégica. A continuación analiza la tutela ambiental en las sucesivas Leyes del Suelo, así como la responsabilidad por daños medioambientales. Finalmente, realiza algunas reflexiones finales sobre la necesidad de integrar a todos los niveles administrativos en la protección del medio ambiente y de consolidar un régimen de responsabilidad autónomo con relación a los daños generados a éste. Junto a este artículo hay que mencionar también el estudio del profesor T. QUINTANA LÓPEZ sobre «Las competencias de las corporaciones locales en materia de protección ambiental. Referencia a Castilla y León» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17, 2008, pp. 7-19) que se refiere fundamentalmente al sistema de articulación de competencias autonómicas y locales en materia de medio ambiente. Para ello analiza, por separado, el papel de los municipios, las provincias y de otros entes locales, como la comarca de El Bierzo.

d) En el sector de los deportes, destaca el artículo del profesor J. M. CUCHI DENIA sobre los «Entes locales y deporte: el encaje de sus competencias en la dialéctica Estado-Comunidades Autónomas» (*Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, 2007, pp. 133-178). El trabajo analiza detalladamente y por separado las competencias en materia de deporte de los municipios; las provincias, especialmente en



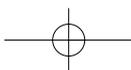


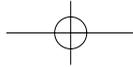
Cataluña; y los entes intermedios —en concreto, comarcas e islas—. Concluye que es el legislador autonómico el competente para regular el fenómeno deportivo en su territorio, que debe tener en cuenta la importancia de los entes locales para participar en la gestión del deporte.

Por último, en la doctrina, hay que destacar el trabajo del magistrado J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, referido a «Los derechos fundamentales en el ámbito local» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 15, 2007, pp. 130-139). Se trata de un estudio breve, pero en el que el autor da cuenta de la importancia de la protección de los derechos fundamentales en el ejercicio de las competencias por las entidades locales. Afirma que, más allá de los derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional, los entes locales deben velar por la protección de los derechos reconocidos a nivel internacional, en especial, el derecho a una buena Administración —recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— y por incorporar a su actuación los criterios de protección que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con derechos vinculados estrechamente a la actuación municipal. Es el caso del derecho a no sufrir en el domicilio o lugar de residencia «contaminaciones acústicas» o cualquier otra injerencia nociva para la salud; o el derecho a la propiedad que debe respetarse en el ejercicio de las competencias urbanísticas. Estos «derechos humanos de proximidad» se recogen en la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, ratificada en la ciudad de Saint Denis el 18 de mayo de 2000 por numerosos municipios europeos que refleja el compromiso de las ciudades en la protección de los derechos humanos. A continuación, el autor hace referencia a los sistemas de protección jurisdiccional frente a la violación de derechos fundamentales imputables a entidades locales. En concreto, valora positivamente las Sentencias del Tribunal Constitucional en torno a la protección del ejercicio de la libertad de expresión por los miembros electos locales, la demolición de construcciones por violaciones de la normativa urbanística y el proceso electoral o el ejercicio de potestades sancionadoras. También, destaca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por su compromiso con el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio. Por último, añade un epílogo en torno a la importancia de la protección de los derechos fundamentales para consolidar la democracia local y el Estado social de bienestar.

V. RELACIONES INTERTERRITORIALES

Las novedades, tanto legislativas como doctrinales, que se refieren a las relaciones interterritoriales pueden ordenarse conforme a dos criterios complementarios. En primer lugar, el territorial, que tiene en cuenta los niveles de poder territorial involucrados, nacionales o internacionales. En segundo lugar, el funcional, que se refiere a la forma de articulación de las relaciones —orgánicas o procedimentales— entre los distintos niveles de poder.





Organización y régimen jurídico

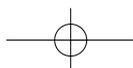
241

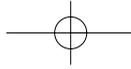
En el ámbito de las relaciones entre entidades territoriales nacionales articuladas mediante la creación de órganos de cooperación *ad hoc*, hay que tener en cuenta varias novedades legislativas que han creado diversos órganos de cooperación tanto con carácter general como en sectores concretos:

a) Así, la *Ley 20/2007, de 17 de diciembre* (BOE, núm. 20, de 23 de enero de 2008), creó el Consejo Andaluz de Concertación Local, conforme al art. 95 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía que prevé la creación de un órgano de relación entre la Junta de Andalucía y los ayuntamientos. De este modo se refunden en un único Consejo el Consejo Andaluz de Municipios y el Consejo Andaluz de Provincias, así como la Mesa de Concertación Local. El Consejo es un órgano de carácter meramente deliberante y consultivo. Sus dictámenes, como regla general, no tienen carácter vinculante. En la composición se incluyen representantes tanto de la Administración autonómica como de la Administración local. En este último caso todos ellos estarán determinados por la asociación de municipios y provincias de carácter autonómico con mayor implantación.

b) Con carácter sectorial destaca la tramitación durante 2008 del Real Decreto por el que se prevé la aprobación del Reglamento que regula la constitución, composición y funcionamiento de las *Juntas Locales de Seguridad*, en el marco de la *Comisión Estatal de Seguridad Local*. De este modo se cumple con uno de los compromisos adoptados en el convenio marco de colaboración en materia de seguridad ciudadana y seguridad vial, firmado el 20 de febrero de 2007 por el Ministerio del Interior y la FEMP. De acuerdo con el Reglamento, la constitución de las Juntas será obligatoria en los municipios de más de 25.000 habitantes. Su función principal consiste en facilitar la cooperación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las Policías Locales. Con ese fin se prevé la aprobación de Planes Locales de Seguridad, así como la adopción en la Junta de todas las decisiones sobre seguridad y emergencias que afecten al municipio. En este sentido, en la Comunidad de Madrid, hay que destacar la aprobación del *Reglamento de régimen interior de la junta local de seguridad de Paracuellos de Jarama, de 29 de mayo de 2008* (BOCAM, núm. 140, de 13 de junio de 2008), que regula su composición, competencias y régimen de funcionamiento.

En el nivel nacional, pero con la finalidad de definir estructuras procedimentales de tutela, hay que destacar el *Decreto 41/2008, de 12 de febrero, por el que se regula la remisión de actos y acuerdos de las Entidades Locales a la Administración de la Junta de Andalucía* (BOJA, núm. 47, de 7 de marzo de 2008). Este Decreto autonómico regula la remisión de los actos y acuerdos de las Entidades locales andaluzas a la Administración de la Junta de Andalucía de acuerdo con los arts. 56 y 64 a 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y deroga el anterior Decreto 58/1991, de 12 de marzo. Su finalidad principal consiste en la introducción de un único medio de carácter telemático para transmitir los actos y acuerdos de las Entidades Locales andaluzas, el denominado «Sistema de recepción de los actos y acuerdos de las Entidades Locales de Andalucía». En este sentido, regula el contenido y plazo de la remisión, el órgano competente para realizarla y la petición de información por la Administración autonómica en caso de incumplimiento del deber de remisión de las Entidades Locales. De este modo,



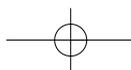


la regulación autonómica se adapta en este punto a las disposiciones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, que fomenta la implantación de la Administración electrónica; y, en concreto, al art. 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que prevé la posibilidad de que reglamentariamente las Administraciones Públicas establezcan la obligatoriedad de comunicarse entre ellas utilizando sólo medios electrónicos.

Con respecto a los convenios de colaboración, en la jurisprudencia, hay que citar las *SSTS de 15 de julio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso de casación 3806/2005)* y *de 19 de diciembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso de casación núm. 6928/2005)*. En estas sentencias el Alto Tribunal desestima los recursos de casación interpuestos por los ayuntamientos de Condado de Treviño y la Puebla de Arganzón y el Gobierno Vasco contra las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que estimaron los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra los acuerdos municipales, adoptados por los Plenos del ayuntamiento de Condado de Treviño y de la Puebla de Arganzón, respectivamente, por los que se aprueba suscribir los Convenios de Colaboración con el Gobierno en materia de educación y cultura y en materia de promoción económica y desarrollo rural. El Tribunal Supremo confirma los motivos empleados por la Sala *a qua* para estimar los recursos contencioso-administrativos. Entiende que en materia de cultura y educación es competente la Comunidad Autónoma de Castilla y León, sin perjuicio de la competencia de los ayuntamientos en estas materias. De modo que concluye que la celebración de convenios sobre estos temas no puede realizarse por los ayuntamientos con otra Comunidad Autónoma sin contar con la colaboración y el expreso consentimiento de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

En el nivel de las relaciones interterritoriales de ámbito internacional, hay que tener en cuenta el novedoso artículo del profesor M. BELTRÁN DE FELIPE sobre «La internacionalización de las ciudades (y del régimen municipal)» (*Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, 2007, pp. 57-83). En este trabajo el autor da cuenta de las transformaciones que se han producido en el ámbito local como consecuencia de la generalización de dos fenómenos: la urbanización y la globalización. En concreto, se fija en la importancia de las ciudades en el nuevo escenario jurídico y económico internacional, en el que las ciudades aparecen como destinatarias de normas procedentes del Derecho internacional. En esta línea, expone los problemas que esto plantea desde el punto de vista del reforzamiento o debilitamiento de la autonomía. Y presta especial atención a las redes de ciudades como actores políticos internacionales que corren el riesgo de ser fagocitadas por las organizaciones internacionales en las que se incardinan, como la Unión Europea o el Consejo de Europa.

Asimismo, en torno a las relaciones intergubernamentales en el ámbito local latinoamericano, hay que mencionar el libro *Relaciones intergubernamentales y desarrollo local. Bases jurídicas para la cooperación iberoamericana entre entes territoriales*, coordinado por



los profesores J. J. FERNÁNDEZ ALLES y M. G. TROCELLO (Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 372 pp.). La obra aborda el fenómeno de la colaboración intergubernamental desde el punto de vista de la ciencia política, fundamentalmente, y ha contado con la colaboración de numerosos profesores de diversas universidades españolas e hispanoamericanas.

VI. REGÍMENES ESPECIALES

En relación con el desarrollo de los regímenes especiales de algunas ciudades capitales, hay que destacar, a nivel legislativo, la aprobación de la *Ley 8/2008, de 5 de junio, de modificación de la Ley 23/2006, de 20 de diciembre, de capitalidad de Palma de Mallorca* (BOCAIB, núm. 87, de 21 de junio de 2008). Esta norma tiene como objetivo reformar la Ley 23/2006 con el fin de devolver al Consejo Insular de Mallorca las competencias que esta norma atribuía, en materia de planificación y gestión urbanísticas, al municipio de Palma. Se entiende que de este modo se ajusta la regulación al art. 70 del nuevo Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, que atribuye las competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio a los consejos insulares. Además, se aprovecha la ocasión para dejar sin aplicación en las Islas Baleares los preceptos del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que reconocen a favor del pleno del consejo insular la competencia de aprobación definitiva del planeamiento. Por último, se cambia el topónimo empleado por la Ley. En lugar de Palma de Mallorca se hace referencia al municipio de Palma, con el fin de homogeneizar la denominación de la capital balear en relación con la del nuevo Estatuto de Autonomía.

Por otro lado, en la doctrina hay que destacar dos estudios dedicados al régimen jurídico de Barcelona.

a) En primer lugar, la completa monografía dirigida por el profesor A. BETANCOR, *Comentarios al régimen municipal especial de Barcelona* (Cizur Menor, Civitas, 2008, 822 pp.). La obra se compone de 23 capítulos de diversos autores. Los seis primeros se dedican a las especialidades del régimen de Barcelona en su organización y funcionamiento: «Régimen especial de Barcelona: exposición general», A. BETANCOR, pp. 29-80; «La organización municipal en el régimen especial de la Carta Municipal de Barcelona», J. CASES I PALLARÉS, pp. 81-118; «La potestad normativa local en la Carta Municipal de Barcelona y en la Ley 1/2006, de 12 de marzo, del Régimen Especial de Barcelona», B. NOGUERA DE LA MUELA, pp. 119-142; «La participación ciudadana», J. M. TRAYTER, pp. 143-158; «Los derechos de los vecinos», M.^a M. CUYÁS PALAZÓN, pp. 159-180 y «Competencias», J. MIR BAGÓ, pp. 181-194. Los dos últimos capítulos de la obra se dedican al régimen financiero y tributario de Barcelona: «Régimen financiero especial: principios, recursos tributarios, transferencias y planificación económica», J. PAGÈS I GALTÉS, pp. 697-768; y «Gestión presupuestaria», J. RABASEDA I TARRÉS y M. PERETÓ I GARCÍA, pp. 769-821. El resto de capítulos se concentran en algún sector concreto de

actuación municipal, cuyo régimen jurídico es objeto de modulaciones en el caso de Barcelona: «Urbanismo», J. M. TRAYTER y J. M. AGUIRRE I FONT, pp. 195-224; «Vivienda», D. CLAVELL y C. CASTRO, pp. 225-244; «Bienes inmuebles», A. ABULÍ, pp. 245-252; «Patrimonio histórico (art. 16 REMB)», M. TÁBOAS BENTANACHS, pp. 253-268; «Participación en el control y gestión de las infraestructuras y del dominio público estatal», J. GÍFREU FONT y J. R. FUENTES GASÓ, pp. 269-308; «Transportes urbanos de viajeros (arts. 90 a 92 CM)», M. TÁBOAS BENTANACHS, pp. 309-332; «Movilidad (arts. 93 a 100 CM y arts. 17 a 29 REMB)», M. TÁBOAS BENTANACHS, pp. 333-368; «Telecomunicaciones», J. M. MORÁN RIVERO, pp. 369-404; «Las competencias atribuidas por la Carta Municipal en materia de servicios sociales, juventud, mujer, cultura y deportes», Á. DE PALMA DEL TESO, pp. 405-475; «Educación», M. TARRÉS VIVES, pp. 475-504; «Medio ambiente», A. BETANCOR, pp. 505-512; «La intervención administrativa del ayuntamiento de Barcelona en el sistema arbitral de consumo: la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona», A. MARESCA LASA, pp. 513-562; «El nuevo proceso arbitral de consumo (con especial atención al desarrollado ante la Junta Arbitral de Barcelona)», J. NIEVA FENOLL, pp. 563-604; «Seguridad pública, convivencia ciudadana y protección civil», V. AGUADO CUDOLÀ, pp. 605-664, y «La justicia de proximidad en la ciudad de Barcelona», J. NIEVA FENOLL, pp. 665-696.

b) Junto a esta extensa obra sobre el régimen jurídico de la capital catalana hay que referirse, para finalizar, al estudio «Sobre la forma de gobierno de Barcelona: régimen jurídico de las resoluciones administrativas del Consejo Municipal» de los profesores F. VELASCO CABALLERO y S. DÍEZ SASTRE (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17, 2008, pp. 49-69). En él se expone, en primer lugar, la forma de gobierno común regulada por la LBRL afectada por el fenómeno de «parlamentarización» que conduce a una separación más neta de las funciones del ejecutivo y del Pleno municipales. Al respecto se matiza la existencia de una verdadera parlamentarización del gobierno municipal en la medida en que —a diferencia de los niveles de poder superiores donde cualquier decisión es susceptible de ser adoptada mediante Ley— la potestad de ordenanza no tiene *vis atractiva* con respecto a las competencias del alcalde. A continuación se expone la forma de gobierno de Barcelona para determinar la forma de ejercicio de las competencias por el Consejo Municipal de Barcelona, distinguiendo entre funciones decisorias y funciones de control. De este modo se pone de manifiesto la importancia del ejecutivo municipal en la iniciativa, tramitación y determinación de la decisión final en las competencias decisorias del Consejo Municipal como consecuencia de la aplicación simultánea del Reglamento Orgánico de Barcelona, las leyes generales de procedimiento administrativo, las leyes de régimen local y las leyes sectoriales.

Normas, actos y procedimientos administrativos municipales

Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid*

Palabras clave: ordenanzas; acto administrativo; procedimiento

Key words: by-laws; administrative measure; proceedings

SUMARIO: I. NORMAS MUNICIPALES.—II. ACTO ADMINISTRATIVO.—1. Tipos de actos administrativos e impugnabilidad.—2. Requisitos del acto administrativo: motivación.—3. Nulidad y anulabilidad.—4. Eficacia del acto administrativo: notificación.—5. Ejecución del acto administrativo.—III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.—1. Inicio.—2. Tramitación.—3. Terminación.

I. NORMAS MUNICIPALES

A lo largo de 2008, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, dos municipios han aprobado su reglamento orgánico, el de Torrejón de la Calzada (el 8 de marzo de 2008) y el de Leganés (aprobación provisional el 11 de noviembre de 2008 y aprobación definitiva el 10 de febrero de 2009). En el caso de este último, se trata de un reglamento orgánico de lo previsto en la LBRL para los municipios de gran población.

Igualmente, son varias las normas que se han aprobado en relación con la creación de ficheros de datos de carácter personal. Así, en el ámbito autonómico el Decreto 146/2008, de 22 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el fichero de datos de carácter personal «Perfil de contratante». Dentro de la Comunidad de Madrid, a nivel municipal, y sin ánimo de exhaustividad, han aprobado Ordenanzas municipales de protección de datos ayuntamientos como Sevilla La Nueva, Colmenar Viejo, Mancomunidad de servicios sociales «Vega del Guadalix».

El 4 de diciembre de 2008, la Junta de Gobierno Local del ayuntamiento de Madrid ha aprobado el Código de Buenas Prácticas, cuyo objetivo es el incremento de la transparencia en la gestión pública y la introducción de nuevos criterios de comportamiento ético. Con ello se busca impulsar las relaciones de confianza entre la Administración

municipal y los ciudadanos. Uno de los aspectos más destacados de este Código es la determinación de medidas precisas y específicas en determinados procedimientos de especial importancia en la relación ciudadano-Administración, como son la contratación administrativa, las subvenciones públicas, la gestión indirecta de los servicios públicos y la gestión urbanística.

El Código unifica en un solo documento los principios e instrumentos en materia de buenas prácticas administrativas, evitando la dispersión normativa en este ámbito y fomentando el derecho que los ciudadanos tienen al Buen Gobierno, en la línea establecida por el Código de Buena Conducta Administrativa de la Unión Europea. Así, el Código traslada al ámbito madrileño los principios de transparencia y ética pública contenidos en las normas internacionales de la Unión Europea y la OCDE como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Carta Europea para la salvaguardia de los derechos fundamentales en la Ciudad, el Libro Blanco de Gobernanza en Europa de la Comisión Europea, la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre mejoramiento de la conducta ética en el servicio público y el Código de Buena Conducta Administrativa de la Unión Europea.

El 24 de marzo de 2008, el Comité de Ministros de la Unión Europea, adoptó la *Estrategia Europea para la Innovación y la Buena Gobernanza Local*, también apoyada por la Asamblea y por el Consejo de las Regiones. La Estrategia tiene como objetivo movilizar y canalizar los esfuerzos de todas las Administraciones (europea, nacional y local), para desarrollar y alcanzar la calidad de los servicios públicos locales y el compromiso y la participación de los ciudadanos en la adopción de decisiones políticas que canalicen sus expectativas legítimas. La Estrategia establece doce principios de buena gobernanza democrática local.

En relación con las buenas prácticas administrativas, aunque referido al ámbito urbanístico, se publica el trabajo de Á. MENÉNDEZ REXACH, «El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de Suelo y otras normas recientes estatales» (*Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 12, 2008, pp. 135-158).

El 28 de noviembre de 2008, el ayuntamiento de Madrid anuncia la aprobación de un nuevo sistema de otorgamiento de licencias urbanísticas. Este nuevo sistema se basa en la colaboración con organismos de control urbanístico, aunque el ayuntamiento seguirá conservando toda la competencia para emitir la licencia definitiva.

El 19 de noviembre de 2008 se celebra la reunión del Pleno de la Comisión Nacional de Administración Local (CNAL), donde se abordaba la incidencia que va a tener la transposición de la Directiva de Servicios y Autorizaciones Locales en el ordenamiento jurídico español, especialmente en las ordenanzas municipales, y se presenta a las entidades locales el Anteproyecto de Ley sobre el Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios, la normativa marco que transpondrá esta directiva a la legislación española.

De la Directiva de Servicios se derivan obligaciones no sólo para el Estado, sino también para las Comunidades Autónomas y entidades locales. Por tanto, cada una de ellas

Normas, actos y procedimientos administrativos municipales

247

será responsable de asegurar en su ámbito de competencia el cumplimiento de la misma antes de que finalice el periodo de transposición (el 28 de diciembre de 2009).

Esta normativa comunitaria hará posible que el ejercicio de una actividad de servicios no esté sujeto a autorización administrativa y controles previos que no estén justificados, sino a un control a posteriori, lo que reducirá los trámites, el tiempo y el coste de iniciar un negocio. Además, se refuerzan los derechos y garantías de los consumidores y se creará una ventanilla única donde se podrán realizar por vía telemática todos los trámites administrativos (europeos, nacionales, autonómicos y locales) para desarrollar la actividad de servicios en cualquier país de la Unión Europea.

La incorporación de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico español se hará desde un doble enfoque, horizontal y sectorial. Por un lado, el Gobierno ya aprobó el pasado 17 de octubre un informe del Anteproyecto de Ley sobre el Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios, que transpondrá la Directiva y que, como normativa horizontal, servirá de marco jurídico de referencia. Pero también será preciso adaptar las normas sectoriales, lo que implicará una evaluación de la normativa existente en numerosos sectores de actividad.

Sobre la Directiva de Servicios y Autorizaciones Locales, ver el «Editorial» del *Boletín Mensual del Instituto de Derecho Local* (Universidad Autónoma de Madrid), núm. 25, 2008, escrito por S. SIMOU (http://idluam.org/files/boletines/Boletin25_archivos/Page335.htm).

En cuanto a las aportaciones doctrinales en relación con las normas municipales y sus repercusiones en la Administración local, se puede citar, con carácter general, el trabajo de V. MERINO ESTRADA, *Guía de Ordenanzas Municipales*, 2008. Este libro aborda desde un enfoque práctico la preparación, aprobación y desarrollo de las ordenanzas municipales. El autor parte de una previa configuración de un marco teórico que delimita el concepto mismo de ordenanza municipal y la normativa de aplicación, para ocuparse, también, de los procedimientos de elaboración y aprobación de las ordenanzas municipales.

Desde un enfoque histórico, nos encontramos con *Historia de Régimen Local*, elaborado por E. ORDUÑA REBOLLO (Iustel, 2008). A lo largo de la obra se pueden comprobar las vicisitudes del régimen local español, la frustración de la autonomía local, el intervencionismo gubernativo, la lucha por la democratización de sus estructuras, la polémica centralización *versus* descentralización, la presencia del caciquismo, la endémica carencia de recursos y un largo círculo de factores políticos, económicos y culturales que condicionaron el desarrollo de las instituciones locales durante más de dos siglos y que sólo entran en vía de solución en el marco de la normalización democrática iniciada a fines de los años sesenta del pasado siglo.

Sobre los límites y el alcance de la potestad normativa municipal, G. FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, «La capacidad de innovación jurídica de las ordenanzas municipales. Especial referencia a la regulación de la vivienda tasada municipal mediante ordenanzas

municipales en la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo de la CAPV» (*Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80, 2008).

Durante este año se pueden citar dos trabajos realizados por F. VELASCO CABALLERO, «Reglamentos gubernativos y normas municipales» (*Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 81, 2008, pp. 137-165). Igualmente, este autor ha escrito «Sobre la validez y la eficacia del ROF», en la «Editorial» del *Boletín Mensual del Instituto de Derecho Local* (Universidad Autónoma de Madrid), núm. 24, 2008 (http://idluam.org/files/boletines/Boletin24_archivos/Page335.htm). También, «Los límites del poder normativo del Pleno Municipal», escrito junto a S. DÍEZ SASTRE, en el «Editorial» del *Boletín Mensual del Instituto de Derecho Local* (Universidad Autónoma de Madrid), núm. 21, 2008 (http://idluam.org/files/boletines/BOLETIN21_archivos/Page335.htm).

Por último, entre las ordenanzas municipales que han sido objeto de un pronunciamiento jurisprudencial a lo largo de 2008, destaca la que fue objeto de análisis por el *Tribunal Supremo*, en su *Sentencia de 10 de abril de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª)* que anula la ordenanza municipal que establece la tasa de basuras por publicarse un texto que no se corresponde con el realmente aprobado.

Sobre la impugnación jurisprudencial de normas derogadas tiene ocasión de pronunciarse el *Tribunal Supremo* en la *STS de 12 de diciembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso 318/2006)*. En ella, el *Tribunal Supremo* confirma la *Sentencia* del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid* parcialmente estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a determinados preceptos de la ordenanza de Circulación para la Villa de Madrid, aprobada por el Pleno Municipal el 30 de julio de 1998. La *sentencia* determina que, dado que dicha Ordenanza fue expresamente derogada por la disposición derogatoria de la ordenanza de movilidad para la Ciudad de Madrid, aprobada el 26 de septiembre de 2005, el recurso debe desestimarse, por carencia sobrevenida de objeto, aclarando su doctrina divergente sobre aquellos supuestos en los que la norma derogatoria reproduce el contenido de la norma derogada, prolongando la aplicación de unos preceptos reglamentarios que pudieran estar aquejados de los mismos vicios que se atribuyen a la norma sustituida.

La *STS de 10 de abril de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª)*, resuelve el recurso de casación interpuesto por el ayuntamiento de Bueu (Pontevedra) contra la *Sentencia* de 30 de noviembre de 2001 del *TSJ de Galicia*. En dicha *sentencia* se resolvió el recurso contencioso-administrativo promovido por la Federación de Comerciantes e Industriales de Morrazo contra la Ordenanza reguladora de la tasa por recogida de basuras aprobada por el ayuntamiento de Bueu el 28 de diciembre de 2000. La Sala entendió que constituía un vicio de procedimiento que las alegaciones formuladas en el periodo de información pública por la entidad recurrente no fueran tenidas en cuenta por el Pleno, para aprobarlas o rechazarlas. Además, la alcaldía procedió a modificar la Ordenanza, mediante una supuesta corrección de errores, al margen del procedimiento establecido.

La Corporación recurrente en casación señala que sí se tomaron en cuenta las alegaciones de la demandante en instancia por parte del Pleno y que las rectificaciones lleva-

das a cabo por el alcalde en algunas tarifas no eran una modificación, sino que sólo se pretendía adecuar lo publicado con lo realmente aprobado por el Pleno. El Tribunal comprueba en la documentación aportada que el Pleno sí procedió efectivamente a valorar las alegaciones realizadas por la Federación recurrente en instancia, de modo que declara que no hubo ningún vicio de procedimiento en las alegaciones presentadas (FJ 5). Por otro lado, también confirma que el texto de la Ordenanza remitido para su publicación no fue el efectivamente aprobado por el Pleno al existir unas variaciones que constaban en el informe del Secretario (FJ 6). Así que niega que existiese una modificación de la Ordenanza sin seguir el procedimiento adecuado. Con base en estos argumentos, el Tribunal estima el recurso de casación.

Aunque no referida a una norma municipal, merece aquí hacer referencia a la *STS de 17 de diciembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª)*. En ella se analiza el procedimiento de elaboración de una disposición de carácter general, de los Planes Directores correspondientes a los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las centrales nucleares. En concreto, se analiza la falta de audiencia de la Asociación de municipios afectados por centrales nucleares, lo que, a juicio del Tribunal, constituye un trámite esencial cuya omisión acarrea la nulidad de la norma. Y ello a pesar de que se otorgó audiencia a la Federación Española de Municipios y Provincias.

II. ACTO ADMINISTRATIVO

En relación con las novedades normativas en materia de actos y resoluciones administrativas, no se han aprobado normas de alcance general que merezcan ser aquí expuestas. Aunque, con alcance más limitado en lo geográfico, en concreto, para Andalucía, se puede citar el Decreto 41/2008, de 12 de febrero, por el que se regula la remisión de actos y acuerdos de las Entidades Locales a la Administración de la Junta de Andalucía.

En cuanto a las aportaciones doctrinales en esta materia y sus repercusiones en la Administración local, se puede citar el trabajo de F. VELASCO CABALLERO y S. DÍEZ SASTRE, titulado «Sobre la forma de gobierno de Barcelona: régimen jurídico de las resoluciones administrativas del Consejo Municipal» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17, 2008, pp. 49-69). Sobre los actos administrativos, en general, el trabajo de J. PÉREZ MARTOS, «Actos administrativos consentidos, devolución e ingresos indebidos y temeridad y abuso municipal» (*Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2008), que versa sobre si es o no ajustada a derecho la actuación de un ayuntamiento consistente en la desestimación de la solicitud de devolución de ingresos indebidos formulada en su día por una empresa al citado ayuntamiento. Asimismo, se aborda si la mentada entidad mercantil es acreedora del derecho solicitado y, en su caso, acciones y formas de proceder contra la citada Administración.

Sobre participación ciudadana y acceso a la información y a archivos y registros administrativos, se pueden citar dos trabajos. El primero, escrito por J. A. RAZQUÍN LIZARRAGA, «Los derechos de acceso a la información, de participación pública y de

acceso a la justicia en materia de medio ambiente» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 16, 2008, pp. 154-180). El segundo, «Ficheros públicos, manuales o no automatizados en la LOPD y en el nuevo Reglamento», escrito por M. ARIAS POU (*Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 8, 2008, pp. 1486-1499).

En cuanto a la jurisprudencia dictada en relación con el acto administrativo, en realidad no existen pronunciamientos que sean especialmente determinantes, llamativos o específicos del ámbito local. Tan solo cabe señalar aquí, la *STS de 22 de septiembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso de casación 7408/2005)* sobre inactividad material de la Administración local y el régimen jurídico de la utilización de banderas. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la inactividad administrativa de las Juntas Generales de Guipúzcoa, consistente en desatender el requerimiento formulado por la Administración del Estado para que se diera cumplimiento a la legislación sobre banderas. La sentencia hace un repaso de la doctrina general sobre esta materia, concluyendo la desestimación del recurso por todos los motivos planteados por los recurrentes.

Junto a lo anterior, sí pueden reseñarse aquellas sentencias que, a lo largo del año 2008, se han referido a la interpretación y aplicación de preceptos que también han de ser aplicados a y por la Administración local y, por esta razón, son aquí expuestas.

1. Tipos de actos administrativos e impugnabilidad

En relación con los actos de trámite, entre las aportaciones doctrinales en esta materia se puede citar el artículo «Los informes municipales de arraigo social y disponibilidad de vivienda adecuada expedidos a los extranjeros extracomunitarios: el papel en Cataluña de la Oficina del Padrón Municipal», de D. MOYA MALAPEIRA (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17, 2008, pp. 134-151).

También se puede citar, en relación con el régimen de impugnación de los actos de las Entidades locales, el trabajo de F. E. ÚBEDA TARAJANO, «La impugnación de la actividad administrativa; en especial, la de las entidades locales» (*Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 6, 2008, pp. 1127-1136). Y, en materia tributaria, el trabajo de J. M. CHAMORRO GONZÁLEZ, «El recurso de reposición en materia tributaria local: algunas precisiones» (*Tributos Locales*, núm. 77, 2008, pp. 59-64); así como el de J. M.ª CALDERÓN GONZÁLEZ, «La suspensión de la ejecutividad de las sanciones tributarias en el procedimiento contencioso-administrativo» (*Tribuna Fiscal*, núm. 217, 2008); y, por último, el de J. CALVO VÉRGEZ, «La revocación de los actos tributarios: análisis sustantivo y procedimental» (*Cuadernos de Aranzadi de Jurisprudencia Tributaria*, núm. 52, 2008).

En cuanto a la jurisprudencia, a lo largo de 2008 han sido numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la calificación de actos administrativos como actos de trámite y de la posibilidad o no de su impugnabilidad.

Normas, actos y procedimientos administrativos municipales

251

La *STS de 25 de abril de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso de casación núm. 5530/2008)*; las dos *SSTS de 7 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso de casación núm. 1697/2003 y 5646/2003)*; y la *STS de 19 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso de casación núm. 4042/2004)*, se pronuncian sobre el carácter impugnabile de un acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo de expulsión de un extranjero del territorio español. Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal Supremo se fundamenta en la constante doctrina dictada, en esta materia, por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de la que, a título de ejemplo, cita varias sentencias. Conforme a dicha doctrina, la incoación de un expediente de expulsión de un ciudadano extranjero del territorio nacional es un acto de trámite no susceptible de impugnación jurisdiccional. Ahora bien, también el Tribunal Supremo ha matizado que esto es así siempre que no resulte acreditado que dicho acto haya tenido otras consecuencias para el interesado. Así, en la cuestión examinada en este caso, el recurrente sufre una privación de libertad. En efecto, se decide en el acto recurrido «proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado/a, al juez de instrucción, que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancia el expediente [...]». Para el Tribunal no cabe duda de que esta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse), afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla.

En consecuencia, no es conforme a lo dispuesto en el art. 51.1.c) LJCA, en relación con el art. 25.1 LJCA, que se prive al interesado de la posibilidad de impugnar una determinación, cual es el ingreso en un centro de internamiento, habida cuenta de que el interesado interpuso su recurso contencioso-administrativo por la vía especial del procedimiento de protección de derechos fundamentales, invocando no sólo el art. 24 CE, sino también el art. 17 CE, denunciando la privación de libertad que, en principio, vincula a la decisión administrativa de incoación del expediente de expulsión. Por todo ello, concluye el Tribunal estimando el recurso.

A diferencia de lo afirmado en la jurisprudencia expuesta anteriormente, en el caso de la *STS de 14 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso de casación núm. 7748/2004)*, el Tribunal Supremo concluye declarando inimpugnabile una Resolución del General de Calidad y Evaluación Ambiental, que realiza la Declaración de Efectos Ambientales de un proyecto de planta de almacenamiento y regasificación de gas licuado. La sentencia recurrida consideraba que dicho acto de trámite era impugnabile, aunque recayó un voto particular en contra de su contenido. Y precisamente la teoría del magistrado discordante es la que comparte el Tribunal Supremo, haciendo suyos sus razonamientos. Recuerda el Tribunal (fundamento de derecho quinto), con cita de abundante jurisprudencia, que las declaraciones ambientales que integran la decisión medioambiental tienen un carácter instrumental o medial, en relación con la decisión final de llevar a cabo un determinado proyecto, en este caso la instalación de una planta de recepción, almacenamiento y regasificación de gas natural licuado. La consecuencia

lógica que se deriva de la indicada naturaleza jurídica, por tanto, es que no estamos ante un acto administrativo definitivo, «ex» art. 25.1 LJCA, sino de un acto de trámite, no cualificado por las circunstancias previstas en el citado art. 25.1, que puede ser impugnado únicamente con motivo de la impugnación del acto administrativo que ponga fin al procedimiento, en este caso, con la autorización de la instalación.

En esta sentencia, un magistrado emite *voto particular*, en el que coincide con la Sala de instancia en su decisión de considerar que el acto administrativo que finaliza un procedimiento de evaluación y declaración de impacto ambiental es susceptible de impugnación autónoma, sin tener que esperar a que la autoridad sustantiva ponga fin al procedimiento que a ella compete. Lo que no comparte con la Sala de instancia es su forma de justificar esta decisión, ya que se ha limitado a expresar su desacuerdo con la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Considera el magistrado que, si la Sala sentenciadora no comparte la mencionada doctrina jurisprudencial, debería haber expuesto las razones de tal disenso y no limitarse a transcribir literalmente lo razonado en algunos votos particulares.

Por su parte, la *STS de 5 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, recurso de casación núm. 1496/2006)*, conoce del recurso frente a la resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras (Ministerio de Fomento) por la que se acuerda no admitir la solicitud formulada por un ayuntamiento en relación con determinadas «deficiencias» de un estudio informativo de una autovía. Se trata de una actividad administrativa no susceptible de impugnación, habida cuenta de que el acto combatido tiene naturaleza de simple preparación de una ulterior resolución final en la que, en su caso, se tomarán en consideración las alegaciones u observaciones que se hayan planteado en relación con el trazado de la obra pública en cuestión.

En la misma línea, conforme declara la jurisprudencia del *Tribunal Supremo*, la *STS de 16 de julio de 2008* afirma que un requerimiento de información dentro de un procedimiento administrativo no constituye «un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el curso de un procedimiento». Se trata de actos de instrucción dirigidos, como establece el art. 78 LRJPAC, a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. En la misma línea, la *STS de 27 de junio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª)*, considera la información urbanística como actos administrativos inimpugnables, por tratarse de un trámite meramente informativo, sin contenido decisorio ni vinculante para la Administración.

Conforme declara la *STSJ de Cantabria de 15 de julio de 2008*, para que pueda afirmarse que «sobre una resolución administrativa pesa la fuerza del acto consentido», es preciso constatar una actitud del interesado de aquiescencia y sumisión al acto de que se trate por conocerlo debidamente a su tiempo y, sin embargo, no haber reaccionado frente a él oportunamente interponiendo en tiempo y forma hábiles los recursos procedentes; este sistema de garantías no se conforma con simples presunciones de conocimiento del acto, sino que exige tener una idea clara y completa de éste, reforzada con el comple-

mento de las preceptivas advertencias legales, de donde deriva la doctrina que niega firmeza a los actos no notificados en la forma prevista en el art. 58 LRJPAC.

En relación con cómputo de plazos para la impugnación, la *STS de 2 de abril de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso de casación núm. 4207/2008)*, se pronuncia acerca de cómo se realiza el cómputo de plazos para la impugnación de actos y acuerdos locales por otras Administraciones Públicas.

Se pronuncia sobre la legitimación para impugnar actos de la Administración local la *STS de 29 de septiembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso de casación 2641/2004)* que casa parcialmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado frente al convenio colectivo sobre condiciones de trabajo de personal laboral, aprobado por el Pleno del ayuntamiento de Torrelavega, el 3 de enero de 2003. La sentencia estima parcialmente el recurso por entender que la impugnación de determinados preceptos debió ser inadmitida, por falta de legitimación de la Administración del Estado en materia de permisos, licencias y vacaciones, confirmando la nulidad de otros aspectos regulados en dicho acuerdo.

Y, por último, sobre actos discrecionales de las entidades locales, la *STS de 30 de mayo de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso de casación núm. 1131/2008)*, en relación con el personal de las Entidades locales, considera que existe discrecionalidad administrativa en la regulación del régimen de gratificaciones por servicios extraordinarios fuera de la jornada de trabajo.

2. Requisitos del acto administrativo: motivación

La *STS de 15 de abril de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso de casación núm. 2173/2006)*, recuerda la jurisprudencia que afirma que en los procedimientos de gran extensión y en los que los servicios técnicos de la Administración realizan varios informes, existe una motivación implícita por referencia a estos informes, sin que el hecho de que no se reproduzcan en la resolución final pueda ser considerado sino como un simple defecto formal, que sólo podría determinar consecuencias anulatorias si generase indefensión. En el caso en cuestión, no se aprecia esta indefensión, ya que el silencio de la Administración sobre las razones de su decisión no ha supuesto un obstáculo para que la recurrente realice sus alegaciones tanto en vía administrativa, como en vía jurisdiccional.

Por último, la *STS de 16 de julio de 2008* afirma que en los actos de trámite el requisito de la motivación debe flexibilizarse. Desde esta perspectiva la motivación normalmente viene dada por el fin que persigue (acopio de material instructorio), y por el objeto del procedimiento dentro del cual se realizan, ya que exigir un plus sobre esto llevaría en muchos casos a la imposibilidad de practicar la investigación, cuyos resultados son aleatorios y pueden resultar estériles.

3. Nulidad y anulabilidad

La *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso de casación núm. 7738/2004), de 7 noviembre 2008*, declara la anulabilidad de un acto por el que se autorizaba la instalación de un supermercado. La anulabilidad se fundamenta en la falta de consideración de interesado a la empresa propietaria de otro supermercado situado muy cerca de donde se pretendía instalar el nuevo. El Tribunal considera que las consecuencias derivadas de la falta de consideración de interesado le privan del ejercicio de los derechos que la ley liga a dicha consideración. Basta con señalar que quien ostenta un interés legítimo no ha sido oído en el procedimiento administrativo ni ha podido participar en el mismo. Esta marginación revela como efectos concretos previstos en la Ley 30/1992, por citar los más relevantes, que no haya tenido la posibilidad de hacer alegaciones (art. 79), participar en las pruebas (art. 81), o, en fin, cumplimentar el trámite de audiencia mediante presentación de alegaciones y documentos y justificaciones que estime pertinentes (art. 84). El vicio de forma consistente no en la falta de un trámite, sino de todos los que se anudan a la condición de interesado en la Ley 30/1992, comporta la anulabilidad del acto administrativo, «ex» art. 63.1 de la expresada ley. Tengamos en cuenta que esta consecuencia no sólo se produce cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, sino también, como sucede en este caso, cuando produce indefensión del interesado (apartado 2 del mencionado art. 63).

Este defecto de procedimiento ha de tener trascendencia invalidante, pues ha producido una indefensión material a la sociedad limitada recurrida porque, por esa vía, se sustrae al órgano administrativo y posteriormente a la Sala de los elementos de juicio precisos para una adecuada valoración jurídica de las circunstancias del caso.

Por otro lado, no puede entenderse que la privación de la condición de interesado, la falta de personación, y la falta de notificación de la resolución pueda entenderse suplida y como aduce la Administración recurrente, por la personación de la sociedad recurrida en el procedimiento seguido ante otra Administración en otro procedimiento administrativo. Esta circunstancia no comunica ni supone convalidación alguna de la ausencia completa y absoluta del interesado en el procedimiento seguido ante la Administración autonómica, pues se ha sustanciado el expediente administrativo para la concesión de la licencia sin tener en cuenta ni, por tanto, tomar en consideración el punto de vista del «interesado» sobre la actividad comercial en la zona, que podía haber influido en la adopción de la decisión administrativa.

4. Eficacia del acto administrativo: notificación

En la *STS de 8 de abril de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª)*, la parte recurrente alega la falta de claridad y la confusión que genera la forma en que se efectuó la notificación del acto administrativo recurrido, sin que se cumplan las exigencias del art. 58.2 LRJPAC, en cuanto no contiene la posibilidad de interponer el potes-

tativo recurso de reposición, aunque sí el plazo de dos meses para interponer recurso contencioso-administrativo. El Tribunal tiene en cuenta que esta alegación no se realiza para reivindicar su derecho a la interposición del recurso de reposición como medio de impugnación del que se haya visto privado, sino para justificar el retraso en la interposición del recurso contencioso-administrativo, entendiéndose que tal irregularidad priva de efectos a la notificación practicada. En otras palabras, no se alega indefensión por la privación de un medio de impugnación como es el recurso de reposición, sino que se alude a tal defecto formal para solventar el retraso en la interposición de otro recurso indicado en la notificación.

Igualmente, alega que se vulneran los principios de buena fe y confianza legítima de los arts. 3 y 35 LRJPAC, por la confusión provocada al recibir una notificación con dos juegos de la resolución administrativa y una petición de devolución de la misma, una vez cumplimentado el duplicado, siendo al pie de la propia resolución donde figura la firma e indicación del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo. Esto llevó al recurrente a entender que el plazo es desde que se remite la resolución firmada.

Para el Tribunal Supremo, ninguna duda se desprende de los términos de la notificación sobre su alcance, señalando expresamente que el plazo de dos meses para la interposición del recurso se contará «desde el día siguiente al de la notificación de la presente resolución», que se plasma en el correspondiente acuse de recibo. No puede dejarse al arbitrio del interesado el inicio de tal plazo mediante la fórmula de estar a la devolución del duplicado en la fecha en que se entienda conveniente.

En lo que atañe a la infracción del art. 58 LRJPAC, señala la jurisprudencia de la propia Sala conforme a la cual «la finalidad básica de toda notificación va enderezada a lograr que el contenido del acto llegue realmente al conocimiento del destinatario, en cuanto a su integridad sustancial y formal y los posibles defectos de la notificación no afectan a la validez del acto». En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 64/1996, señala que la finalidad de la notificación es llevar al conocimiento de los afectados las decisiones con objeto de que los mismos puedan adoptar la postura que estimen pertinente.

En congruencia con ello, los defectos formales en que pueda incurrir la notificación sólo adquieren relevancia cuando impiden que la misma llegue a cumplir con dicha finalidad, afectando al conocimiento del acto por el interesado y al ejercicio de las posibilidades de reacción contra el mismo que el ordenamiento jurídico ofrece. Sólo puede estimarse la notificación como defectuosa cuando sus imperfecciones redundan en perjuicio del notificado, le producen indefensión, limitan las posibilidades del ejercicio de sus derechos, pero no en el caso en que no concurren estas circunstancias anómalas. En definitiva, no toda deficiencia en las notificaciones implica una vulneración del art. 24.1 CE, siendo preciso acreditar la efectiva concurrencia de un estado de indefensión material o real.

En el caso enjuiciado, la notificación practicada señala con claridad el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, el *dies a quo* y el órgano ante el que

debía interponerse, de manera que la falta de indicación del potestativo recurso de reposición en nada afecta a tales indicaciones y las condiciones de su ejercicio. Por ello, no puede atribuirse el ejercicio extemporáneo de su derecho a defectos de notificación del acto que ninguna indefensión le han producido al efecto, pues los interesados tuvieron perfecto conocimiento del plazo en el que debían ejercitar el recurso contencioso-administrativo, de manera que la extemporaneidad de su interposición sólo es atribuible a la actitud de los propios interesados, sin que el defecto apreciado en la notificación haya supuesto indefensión para los mismos.

5. Ejecución del acto administrativo

La *STS de 16 de diciembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª)*, se pronuncia sobre la improcedencia de una ejecución provisional de una instalación o el mantenimiento de infraestructuras en materia de telecomunicaciones sin cumplir las exigencias de la Ordenanza en relación con la ubicación y la distancia a centros habitados. Considera la Sala que es claro que se podrían producir daños y perjuicios irreparables, en relación con la sanidad, el medio ambiente y la ordenación urbana.

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En relación con las novedades normativas en el ámbito local relativas al procedimiento, no existe ninguna reseñable relativa al procedimiento administrativo común. En relación con procedimientos especiales, sí se puede citar el procedimiento de empadronamiento de ciudadanos de la Unión Europea. Así, el Real Decreto 2124/2008, de 26 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del padrón municipal referidas al 1 de enero de 2008. Por otro lado, a raíz de la entrada en vigor del RD 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que establece la obligación a los ciudadanos comunitarios (y asimilados a los que se refiere el RD) que vayan a residir en España por un periodo superior a tres meses de inscribirse en el Registro Central de Extranjeros, el Consejo de Empadronamiento, órgano colegiado de colaboración en materia padronal, recibió varias consultas de ayuntamientos sobre si debía exigirse el certificado de inscripción en el Registro Central de Extranjeros para empadronar a dichos ciudadanos.

Tras consultar a su vez con la Comisaría General de Extranjería y Documentación, se elaboró una nota del Consejo de Empadronamiento dirigida a todos los ayuntamientos sobre la obligación de exigir el certificado de inscripción en el Registro Central de Extranjeros para empadronar a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en

Normas, actos y procedimientos administrativos municipales

257

la que se ponía de manifiesto que debe exigirse el certificado para proceder al empadronamiento en sustitución de la desaparecida tarjeta de residencia.

No obstante, la tardanza en la expedición del certificado por parte de algunas Oficinas de Extranjería y Comisarías de Policía, ha ocasionado nuevas consultas de los ayuntamientos sobre si deben empadronar o no a estos ciudadanos hasta que aporten el mencionado certificado, dado que los afectados manifiestan necesitar el empadronamiento para poder escolarizar a menores u obtener la tarjeta sanitaria, sin que puedan esperar varios meses.

Por ello, tras poner en conocimiento de la Comisaría General de Extranjería y Documentación esta situación, y para no perjudicar a los ciudadanos comunitarios y asimilados, los ayuntamientos podrán realizar los empadronamientos, en defecto del citado certificado, en aplicación de lo dispuesto en el art. 16.2.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Para ello, bastará con la presentación del número del documento acreditativo de la identidad o del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia.

En la adopción de esta medida se ha tenido en cuenta que la gestión padronal es una competencia municipal y a los ayuntamientos compete resolver conforme a lo dispuesto en la legislación vigente (art. 17.1 LBRL). También se entiende que estos casos serán puntuales y que irán desapareciendo en la medida que se regularice el proceso de inscripciones en el Registro Central de Extranjeros.

Igualmente, se puede citar el Decreto 54/2008, de 25 de marzo de 2008, de Canarias, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Por último, entre los procedimientos especiales, el Real Decreto 2126/2008, de 26 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/2006, de 29 de diciembre, así como el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

En cuanto a las aportaciones doctrinales en esta materia y sus repercusiones en la Administración local, destaca, con carácter general, la 4.^a edición del libro escrito por C. TOLOSA TREVIÑO y F. J. GARCÍA GIL, *Procedimiento administrativo común y otros procedimientos especiales de las entidades locales* (DAPP, 2008), que incluye jurisprudencia, casos prácticos y formularios.

En cuanto a los estudios que han tenido por objeto el procedimiento administrativo común, se puede citar la monografía de M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas* (Civitas, 2008), que, a su vez, ha sido objeto de una reseña realizada por O. FLORES FERNÁNDEZ (*Revista Española de Derecho Adminis-*

trativo, núm. 140, 2008); y *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, escrito por M. RIVERO GONZÁLEZ, J. M.^a AYALA MUÑOZ, F. GARCÍA GÓMEZ DEL MERCADO y otros (*Grandes Tratados*, 2008); así como la monografía *El expediente administrativo*, por R. RIVERO ORTEGA (2008). En este ámbito, aunque en relación con el procedimiento electrónico, se puede incluir el trabajo de V. MANTECA VALDELANDE, «El procedimiento administrativo electrónico (I)» (*Actualidad Administrativa*, núm. 8, 2008).

Igualmente referido al procedimiento común, pero con trascendencia comunitaria, F. VELASCO CABALLERO, «Procedimiento Administrativo Español para la aplicación del Derecho Comunitario» (*Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28, 2008); y L. MELLADO RUIZ, «Principio de buena administración y aplicación indirecta del Derecho comunitario: instrumentos de garantía frente a la “comunitarización” de los procedimientos» (*Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 27, 2008).

En relación con los procedimientos especiales y, en concreto, en materia de contratación pública, se puede citar a F. J. ESCRIBUELA MORALES, «La presentación de ofertas y documentos en los procedimientos contractuales» (*Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 79, 2008). También el trabajo de F. VELASCO CABALLERO, «Desarrollo normativo local para la Ley de Contratos del Sector Público», en la «Editorial» del *Boletín Mensual del Instituto de Derecho Local* (Universidad Autónoma de Madrid), núm. 22, 2008 (http://idluam.org/files/boletines/Boletin22_archivos/Page335.htm). El autor señala que, desde el punto de vista procedimental, la Ley de Contratos del Sector Público abre numerosas posibilidades para la incorporación de las nuevas «tecnologías de la información y la comunicación» (TICs) a las licitaciones y adjudicaciones contractuales; pero la ley no impone la incorporación de estos instrumentos electrónicos, por lo que las distintas opciones caen en la esfera de regulación de cada entidad pública. En todo caso, la opción favorable a las TICs requiere cierta regulación procedimental, que aborde al menos las siguientes cuestiones: carácter imperativo o no de la licitación electrónica; garantías de integridad en los datos de los licitadores; y garantías de confidencialidad en las ofertas. La regulación de estas cuestiones ha de hacerse lógicamente, en el marco de la regulación procedimental general (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas) y de las leyes generales sobre tecnologías de la información (Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Información y del Comercio Electrónico y Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos).

Sobre potestad sancionadora municipal, R. GRACIA RETORTILLO, «Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17, 2008, pp. 99-133). Y, en general, en relación con la potestad sancionadora, T. CANO CAMPOS, *Presunciones y valoración legal de la prueba en el derecho administrativo sancionador* (2008); P. V. CONTRERAS CEREZO, «Las imprecisiones en la correcta identificación de los tipos sancionadores administrativo sólo afec-

tan al principio de legalidad cuando aquéllas no pueden despejarse razonablemente y de forma sencilla» (*Diario La Ley*, núm. 7056, 2008).

En relación con la potestad administrativa de inspección, E. CÓRDOBA CASTRO-VERDE, «Duración del procedimiento inspector» (*Revista de Jurisprudencia*, núm. 3, 2008).

Sobre silencio administrativo, aunque referido específicamente al ámbito urbanístico, se ha publicado el artículo de R. ORTEGA MONTORO, titulado «Silencio administrativo y licencias urbanísticas: lo que expresamente dice (y no calla) el refundidor estatal del suelo de 2008» (*Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 18, 2008, pp. 3060-3073).

En cuanto a la jurisprudencia dictada en relación con el procedimiento administrativo, al igual que sucede con la relativa al acto administrativo, en realidad no existen pronunciamientos que sean especialmente determinantes, llamativos o específicos del ámbito local, aunque sí pueden reseñarse aquellas sentencias que, a lo largo del año 2008, se han referido a la interpretación y aplicación de preceptos que también han de ser aplicados a y por la Administración local y, por esta razón, son aquí expuestas.

1. Inicio

En la *STS de 5 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, recurso de casación núm. 1496/2006)*, el Tribunal Supremo recuerda que la Ley 30/1992 (LRJPAC) no obliga a incoar múltiples procedimientos, consecutivos a las solicitudes de los interesados, sino que la Administración ha de atenerse a las prescripciones específicas, en este caso contenidas en la Ley de Carreteras y el Real Decreto por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo, poniendo en marcha los trámites exigibles desde la aprobación provisional a la aprobación definitiva de los estudios informativos.

Como ya se afirma en la *STS de 8 de abril de 2008*, que cita, «carecería de sentido jurídico que, una vez incoado el procedimiento específicamente previsto y diseñado para permitir la participación de personas particulares y de entes públicos afectados o interesados, tuvieran que abrirse tantos nuevos procedimientos como personas (físicas o jurídicas, públicas o privadas) estuvieran afectadas o interesadas en el proyecto y discreparen del contenido [...]».

Sobre el lugar de presentación de solicitudes se pronuncia la *STS de 17 de junio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª)*, que analiza la limitación a un único registro para la presentación personal de solicitudes a un concurso para concesión de tabacos. El Tribunal considera que esta previsión constituye una limitación improcedente por carecer de cobertura legal. En la misma línea, la *STS de 16 de junio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª)*, sobre la presentación de un recurso administrativo en una Administración local que no tiene suscrito convenio de colaboración con la Administración a la que iba dirigido el escrito. El Tribunal resuelve este caso

aplicando el principio *pro actione*. Por su parte, la *STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª, recurso 450/2005)*, de 13 de mayo de 2008, se pronuncia acerca de la presentación de solicitudes provenientes del propio ayuntamiento mediante ventanilla única.

2. Tramitación

La *STC 54/2008, de 14 de abril*, conoce del recurso contra una resolución sancionadora del ayuntamiento de Madrid (confirmada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Madrid) impuesta al propietario de un vehículo a motor. El demandante de amparo considera que la Administración municipal incumple su obligación de identificar al conductor responsable de dicha infracción de tráfico y estima lesionado el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), por la interpretación excesiva que han llevado a cabo la Administración y el órgano judicial del precepto que tipifica la infracción por la que ha sido sancionado.

Según la jurisprudencia constitucional, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino que también son constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico (una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante) o axiológico (una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional) conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios. En este sentido, debe partirse, en principio, de la motivación explícita contenida en las resoluciones recurridas, de forma que cabrá apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora, tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4).

En este caso, a juicio del Tribunal, ni en la resolución administrativa sancionadora ni en la sentencia que la confirma cabe discernir un fundamento razonable para subsumir la conducta del recurrente en amparo (la falta de acreditación de que quien el recurrente identificó como conductor de su vehículo se encontraba en Madrid en la fecha de comisión de la infracción y que era quien realmente lo conducía) en la infracción tipificada en el art. 72.3 de la Ley de Seguridad Vial, por la que ha resultado sancionado. Todo ello revela en este caso una aplicación extensiva de la norma, lo que resulta contrario al principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE) y determina el otorgamiento del amparo solicitado.

Por su parte, en la *STC 30/2008, de 25 de febrero*, el Tribunal Constitucional resuelve los recursos de amparo planteados en el ámbito de un concurso unitario para la provisión de puestos de trabajo reservado a los funcionarios de la Administración local con habili-

tación de carácter nacional convocado por la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Administraciones Públicas. El primero de ellos se interpuso frente a la Resolución de 28 de octubre de 1997, por la que se daba publicidad a los méritos generales de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional y contra la STSJ de Canarias de 21 de junio de 2002, que inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la citada Resolución. El segundo recurso se plantea frente a la Resolución de 2 de febrero de 1998, por la que se resuelve el concurso y contra la STSJ de Canarias de 26 de marzo de 2004, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución señalada. En estos recursos de amparo se alega la vulneración, entre otros, del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos, así como la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley.

La supuesta lesión del art. 23.2 CE, que se imputa a la actuación de la Administración, se concreta en que a la concursante adjudicataria de la plaza se le puntuaron, a juicio del recurrente, dos veces los mismos servicios prestados, al otorgársele una puntuación por permanencia en el puesto de trabajo que ya había sido tenida en cuenta a efectos de que tuviera un ascenso de categoría. Al tomarse en cuenta esa puntuación a efectos de resolver el concurso de traslado en la categoría superior, el recurrente considera que se valoró dos veces la misma circunstancia, perjudicándose con ello al demandante.

El Tribunal Constitucional aclara, en primer lugar, que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE no sólo se proyecta sobre los cargos de representación política sino también sobre los funcionariales, lo que ha llevado a rodear a los procesos de acceso a la función pública de una importante serie de garantías invocables en el recurso de amparo constitucional. Este derecho garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos que tengan carácter discriminatorio para acceder a éstas; se trata de un derecho de carácter reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y ante el Tribunal Constitucional, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad en este ámbito.

En definitiva, según el Tribunal Constitucional, lo que se debe enjuiciar cuando se trata de una controversia surgida en la ejecución de un procedimiento selectivo cuyas bases sean adecuadas a las exigencias constitucionales, es si se han introducido por las Administraciones públicas, «explícitamente o no, referencias individuales», o si existe alguna «quiebra relevante en el procedimiento que llevara a la preterición de un aspirante al cargo o a la función» o, en fin, si «no se hayan considerado por el Tribunal que resolvió en la vía previa al amparo, o se hayan decidido en términos irrazonables, las tachas opuestas por quien se diga discriminado en la provisión final el puesto otorgado en desprecio de los principios de mérito y capacidad» (STC 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6).

En este caso, la valoración a la concursante adjudicataria de la plaza de la «permanencia en el puesto de trabajo», se ha realizado como consecuencia de la aplicación de la normativa y sin que se haya acreditado cualquier trato discriminatorio en contra del recu-

rente; tampoco ha quedado acreditado que dicha concursante haya sido tratada o valorada en forma diferente a la de aquellos que se encontraban en su misma situación laboral. En consecuencia, el Tribunal desestima el motivo alegado.

En relación con procedimientos especiales, y, en concreto, con el procedimiento de segregación de municipios, la *STS de 21 de octubre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, recurso de casación núm. 939/2006)*, el Tribunal Supremo confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestimatoria del recurso promovido por la Asociación de Vecinos de San Blas de Barciela frente al Decreto 107/2001, de 26 de abril, por el que se resuelve el expediente de segregación-agregación de la parroquia A Barciela, en el municipio de Santiago de Compostela, para su incorporación al ayuntamiento de Osoro. La sentencia avala como razonable y suficiente la motivación del Tribunal de instancia, en particular a la falta de acreditación de la confusión de núcleos urbanos. Considera no infringido el art. 5 de la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, en cuanto al derecho a ser consultados. Y considera correcta la denegación de determinadas pruebas testificales y periciales. Por su parte, la *STS de 26 de septiembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª (recurso de casación núm. 214/2006)* confirma la sentencia de instancia, desestimatoria del recurso interpuesto por la Entidad Local Menor de Arroyo de Cuéllar, frente al Decreto 268/1999, de 14 de octubre, de la Junta de Castilla y León, por el que se deniega la segregación de tres entidades locales menores, pertenecientes al municipio de Cuéllar, para su constitución en nuevos municipios. La sentencia analiza la doctrina relativa al Derecho constitucional a la utilización de los medios de prueba pertenecientes en relación con esta materia, concluyendo la posibilidad de declarar en la sentencia de instancia la inadmisibilidad de determinadas pruebas documentales cuya denegación fundamenta el recurso.

Por último, en relación con la condición de interesado, la *STS de 7 noviembre 2008 (recurso de casación núm. 7738/2004)*, en concreto, en un procedimiento de apertura de un supermercado. El Tribunal afirma que la concurrencia de un interés legítimo resulta evidente si tenemos en cuenta que la sociedad recurrente, titular de un supermercado, pretendía oponerse a la instalación y apertura de una gran superficie en la misma zona. De manera que resultaba «afectado por la resolución», como exige el art. 31.1.c) LRJPAC, pues concurre un interés notable, con trascendencia en su esfera de intereses, que revela y justifica una razonable expectativa de obtener beneficio o de reportarle un perjuicio, en función del sentido de la resolución administrativa que se adopte sobre la apertura o no de la gran superficie en la misma zona donde realiza su actividad comercial.

3. Terminación

En la *STS de 5 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, recurso de casación núm. 1496/2006)*, el Tribunal Supremo afirma que la resolución expresa de inadmisión cumple con la exigencia de la obligación de resolver

impuesta por los arts. 42 y 89 LRJPAC. La obligación de resolver de forma expresa puede cumplirse tanto si se entra en el fondo de la pretensión deducida en vía administrativa como si se inadmite ésta, por las razones que la propia Administración exponga de forma motivada. Y uno de los contenidos posibles de la resolución administrativa a los que se refiere el art. 89 es, precisamente, el que rechaza la tramitación de un procedimiento singular por entender que el aplicable a las alegaciones correspondientes es el previsto en la legislación sectorial de carreteras, en lo que se refiere a este caso.

Con respecto a la caducidad del procedimiento, la *STS de 30 de abril de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso de casación núm. 7154/2003)*, recuerda una reiterada jurisprudencia según la cual en un procedimiento administrativo, como es el de este caso, que se inicia de oficio y en el que se ejercitan potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para el ciudadano, el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, no produce como efecto el surgimiento por silencio de una resolución presunta. Lo que produce es, en su caso, la caducidad del procedimiento. Para llegar a esta conclusión, basta con estudiar el art. 44, apartado 2, de la LRJPAC. Por ello, carece de sentido alegar que existe acto impugnabile con base en la técnica del silencio administrativo.

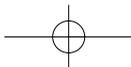
Por su parte, la *STS de 16 de julio de 2008* pone de relieve cuáles son los requisitos de la caducidad en los procedimientos iniciados a instancia de parte: *a)* que se trate de procedimientos iniciados a solicitud del interesado; *b)* que se produzca la paralización; *c)* que esta paralización ha de obedecer a causa imputable al interesado; *d)* la paralización o inactividad ha de referirse a trámites que resultan imprescindibles y esenciales para dictar la resolución; *e)* ha de haberse realizado una advertencia expresa de la Administración sobre la caducidad en el plazo de tres meses, siendo este momento el que marca el principio del plazo careciendo de relevancia la paralización anterior y, en fin, *f)* debe hacerse una declaración expresa de la caducidad, cuando ya ha expirado el plazo sin que el interesado requerido haya realizado la actividad que se estima necesaria para reanudar la tramitación. En el caso enjuiciado, el Tribunal estima que es conforme a derecho la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo por la que archiva las actuaciones al no haber presentado el solicitante de una autorización administrativa el proyecto técnico de las instalaciones de depuración de aguas residuales para el conjunto de la urbanización, cuando había sido requerido para ello.

Por último, en relación con la terminación del procedimiento a través del silencio administrativo, en 2008, el Tribunal Constitucional ha pronunciado dos sentencias sobre la naturaleza y los efectos del silencio administrativo de carácter negativo. Como expresamente han declarado las recientes *STC 106/2008, de 15 de septiembre*, y *STC 117/2008, de 13 de octubre*, «el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el particular pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración». Teniendo en cuenta que ésta es la naturaleza del silencio, el TC considera, basándose en una interpretación que favorece la efec-

tividad del art. 24 CE, que en los supuestos en los que esta ficción resulte de aplicación no puede realizarse una interpretación de los preceptos legales «que prime la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver». Aplicando esta doctrina, el TC considera que ante una desestimación presunta de una reclamación de responsabilidad patrimonial realizada frente a una Administración local, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en un plazo determinado, pues de lo contrario se entendería que su falta de actuación o pasividad es un consentimiento del acto presunto, y se le exigiría un deber de diligencia mayor que a la propia Administración. Todo ello lleva a que el TC considere que no hay limitación de plazo para impugnar un acto presunto desestimatorio producido por inactividad de la Administración, o, al menos, que el cómputo de ese plazo ha de hacerse de la manera más favorable al interesado.

Por su parte, el *Tribunal Supremo*, en su *Sentencia de 30 de abril de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso de casación núm. 7154/2003)* concluye que no existe acto impugnabile producido con base en la técnica del silencio administrativo en casos de procedimientos administrativos iniciados de oficio en los que se ejercitan potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para el ciudadano. En estos supuestos, con fundamento en el art. 44, apartado 2, de la LRJPAC, el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, no produce como efecto el surgimiento por silencio de una resolución presunta, sino la caducidad del procedimiento.

En relación con el silencio administrativo y la aprobación de planes urbanísticos, se pueden citar la *STS de 20 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso de casación núm. 9184/2003)*, que se pronuncia sobre los requisitos para la aprobación por silencio de instrumentos de planeamiento en procedimientos bifásicos, y la *STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 1243/2005)*, sobre posibilidad de inadmisión a trámites de planes parciales de iniciativa popular y de su aprobación por silencio administrativo.



Contratación local

Ana DE MARCOS FERNÁNDEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Palabras clave: contratos públicos; sector público; adjudicación

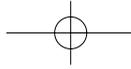
Key words: public contracting; public sector; awarding

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.—II. ÁMBITO SUBJETIVO.—III. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.—IV. CAPACIDAD DEL CONTRATISTA.—V. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS.—VI. PROHIBICIONES DE CONTRATAR.—VII. REGISTRO DE CONTRATISTAS.—VIII. NEGOCIOS EXCLUIDOS.—IX. TIPOS DE CONTRATOS.—X. CONTENIDO DEL CONTRATO.—1. Pliegos de cláusulas administrativas.—2. Pliegos de prescripciones técnicas.—3. Precio.—4. Contrato de adhesión.—XI. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.—1. Criterios de adjudicación.—2. Presentación de las proposiciones.—3. Indemnización derivada de la adjudicación.—4. Plazos.—5. Régimen Transitorio.—XII. EJECUCIÓN DEL CONTRATO.—1. Modificación del contrato.—2. Reclamación de indemnización por daños y perjuicios.—XIII. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.—1. Incumplimiento del contratista.—2. Desistimiento unilateral de la Administración.—XIV. CONTRATO DE OBRAS.—XV. CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.—XVI. CONTRATO DE SUMINISTROS.—XVII. CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.—XVIII. CONTRATO DE SERVICIOS.—XIX. INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS.—XX. OBRAS GENERALES.—XXI. OBRAS ESPECÍFICAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL Y COMUNITARIA.

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica aborda el análisis de la contratación pública en España durante el año 2008, a partir del contenido de la totalidad de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal y de los dictámenes del Consejo de Estado, así como de las principales Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. También se han incorporado las referencias bibliográficas correspondientes al año 2008.





Este trabajo se ha estructurado a través de una serie de voces que se refieren a conceptos clave en el ámbito de la contratación pública, en las que se ordena la información en forma de breves fichas que, con mayor o menor amplitud en función de su relevancia, describen el supuesto y exponen la doctrina aplicable según el órgano administrativo —Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal y Consejo de Estado—, o judicial —Tribunal Supremo o Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas—, de que se trate.

Los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal publicados durante el año 2008 son un instrumento fundamental para conocer los criterios de aplicación del régimen transitorio de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Además, en los casos que deben ser solucionados a partir de la regulación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), la Junta Consultiva expone generalmente, además, cuál sería su resolución a partir de la legislación actualmente en vigor. También hay algunos informes que indican con carácter general algunas pautas interpretativas en relación con la aplicación de la LCSP, que poseen gran interés.

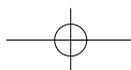
Los dictámenes del Consejo de Estado, en la medida en que se refieren aplican en relación con problemas relativos a la ejecución y resolución de los contratos administrativos, aunque se refieran a casos producidos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, no plantean problemas en cuanto a la vigencia de su doctrina en relación con la LCSP, dado que la regulación de estas cuestiones no ha sido modificada en general de forma relevante en relación con el TRLCAP.

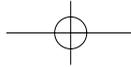
Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, en este trabajo se analizan casi todas las sentencias publicadas a lo largo del año 2008 en materia de contratación pública. Si bien sus contenidos se incluyen sistemáticamente en las mismas voces que los demás, se ha añadido al final un apartado sobre los supuestos de incumplimiento del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros en relación con la contratación pública que se han producido en el año 2008.

Por último, se hace referencia a las principales Sentencias del Tribunal Supremo publicadas en el año 2008 sobre esta materia.

II. ÁMBITO SUBJETIVO

El *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 4.ª)*, en su *Sentencia de 10 de abril de 2008, Asunto C-393/06, «Caso Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt contra Fernwärme Wien GmbH»*, resuelve una cuestión prejudicial en la que se plantean una serie de cuestiones relacionadas con la definición del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas comunitarias relativas a la contratación pública. En este sentido se plantea si *Fernwärme Wien*, sociedad que presta servicios de calefacción en la ciudad de Viena, es un organismo de Derecho público en el sentido de la Directiva 2004/17 y de la





Contratación local

267

Directiva 2004/18. De estas disposiciones se deriva un concepto funcional de «organismo de Derecho público», que se refiere a cualquier organismo que, en primer lugar, haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; en segundo lugar, esté dotado de personalidad jurídica propia y, en tercer lugar, cuya actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia, de cuyos miembros más de la mitad sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estos tres requisitos tienen carácter acumulativo.

Fernwärme Wien está dotada de personalidad jurídica y la ciudad de Viena posee la totalidad del capital de esta entidad y controla su gestión económica y financiera. Por consiguiente, queda por examinar si dicha entidad fue creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Fernwärme Wien fue creada con el fin específico de garantizar la calefacción de viviendas, edificios públicos, empresas y oficinas en el término municipal de la ciudad de Viena empleando la energía obtenida de la combustión de residuos. Actualmente, ese sistema de calefacción abastece a alrededor de 250.000 viviendas, a numerosas oficinas e instalaciones industriales, así como prácticamente a todos los edificios públicos. Suministrar la calefacción de una aglomeración urbana a través de un procedimiento que respete el medio ambiente es innegablemente un objetivo de interés general. Por tanto, no puede negarse que Fernwärme Wien fuera creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general. Ha quedado acreditado que el ánimo de lucro no presidió la creación de la mencionada entidad. Si bien no se descarta que esa actividad pueda generar beneficios distribuidos en forma de dividendos a los accionistas de dicha entidad, la obtención de esos beneficios no es su objetivo principal.

Por último, el Tribunal se plantea si la entidad ejerce o no sus actividades en situación de competencia. En este sentido, ha quedado probado que Fernwärme Wien goza de hecho en ese sector de una situación cuasi-monopolística, en la medida en que las otras dos sociedades que desarrollan su actividad en el mismo ámbito tienen un tamaño insignificante, y, por tanto, no son auténticos competidores. Además, el sector tiene una autonomía considerable, en la medida en que sería muy difícil reemplazar el sistema de calefacción urbana por otras energías, ya que ello exigiría importantes obras de transformación. Por último, la ciudad de Viena concede especial relevancia a este sistema de calefacción, también por razones medioambientales. Asimismo, habida cuenta de la presión de la opinión pública, no permitiría su supresión, aunque el sistema tuviera que funcionar con pérdidas.

Fernwärme Wien es por tanto la única empresa capaz de atender tal necesidad de interés general en el sector, pudiendo comportarse con criterios ajenos a los estrictamente económicos al adjudicar sus contratos.

Procede añadir que a este respecto es indiferente que, además de su misión de interés general, dicha entidad también lleve a cabo otras actividades con fines lucrativos —como es la instalación de climatización por refrigeración—, mientras siga atendiendo las necesidades de interés general que está específicamente obligada a satisfacer. La importancia relativa que tengan las actividades ejercidas con fines lucrativos en el marco de las actividades globales de dicha entidad tampoco afecta a su calificación como organismo de Derecho Público.

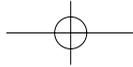
En consecuencia, el Tribunal de Justicia estima que debe considerarse que una entidad como Fernwärme Wien es un organismo de Derecho público.

En el *Informe 54/07, de 24 de enero de 2008*, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal se ha pronunciado sobre la «Legitimación para solicitar dictamen a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Determinación de si el fin de la consultante tiene el carácter de actividad comercial o industrial o no». Ambas cuestiones están íntimamente relacionadas, dado que sólo las entidades que entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación del TRLCAP pueden solicitar dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. SUVIPUERTO es una sociedad anónima, por tanto una entidad de Derecho privado, que no puede solicitar el citado dictamen al no estar incluido en el art. 1 TRLCAP; según la disposición transitoria séptima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, le son aplicables las normas de la disposición adicional sexta de la primera Ley citada. La Junta Consultiva entiende que la citada sociedad no tiene carácter de poder adjudicador.

El *Informe 74/08, de 2 de diciembre de 2008*, se refiere a la «Determinación de si la Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicas se encuentra incluida en el ámbito subjetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en qué concepto. Competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación previsto en el art. 37 de la mencionada ley».

La Junta Consultiva resuelve que la Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicas tiene la consideración de poder adjudicador de conformidad con lo previsto en el art. 3.3.c) de la Ley de Contratos del Sector Público. La competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan contra los actos a que se refiere el art. 37.2 de la Ley de Contratos del Sector Público en los contratos adjudicados por la Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicas corresponde al órgano de máxima jerarquía previsto en sus estatutos.

Sobre esta cuestión tienen interés: «Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público», I. GALLEGO CÓRCOLES, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 72, 2008, pp. 36-46; «Régimen de contratación de entes y entidades del sector público, que no son Administración Pública», F. J. ESCRIBANA MORALES, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 73, 2008, p. 59; «El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades



Contratación local

269

Europeas (I y II)», I. GALLEGO CÓRCOLES, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 77, 2008, pp. 44 y 78, p. 76. *Vid.*, también, «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», de J. M. GIMENO FELIÚ, *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2008, pp. 9-54.

III. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

En el *Informe 70/08, de 2 de diciembre de 2008*, «Proyecto de Orden regulando la creación de la Junta de Contratación del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino», se hace referencia a la disposición adicional primera del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que dispone que los proyectos de disposiciones que se tramiten por los departamentos ministeriales que tengan por objeto la regulación de materia relativa a la contratación administrativa, deberán ser informadas previamente a su aprobación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En consecuencia, dado que la disposición que se desea promulgar por el Ministerio de Medio Ambiente, Rural y Marino tiene por finalidad establecer un sistema de organización de la gestión de la contratación administrativa resultante de la nueva estructura orgánica del mismo, debe ser informada con carácter previo a su aprobación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

IV. CAPACIDAD DEL CONTRATISTA

En la *STJCE Luxemburgo (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, en el Asunto C-203/07*, el Tribunal destaca que el art. 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, debe interpretarse en el sentido de que enumera de manera exhaustiva las causas que, sobre la base de consideraciones objetivas relacionadas con la aptitud profesional, pueden justificar la exclusión de un contratista de la participación en un contrato público de obras. Sin embargo, dicha Directiva no impide que un Estado miembro prevea otras medidas de exclusión que tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, siempre que tales medidas no excedan de lo necesario para alcanzar este objetivo.

La conclusión a la que llega esta sentencia consiste en que el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que, en aras de la consecución de los objetivos legítimos de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, establece una presunción absoluta de incompatibilidad entre la condición de propietario, socio,

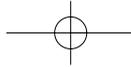
accionista principal o directivo de una empresa activa en el sector de los medios de comunicación y la condición de propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa a la que el Estado o una persona jurídica del sector público en sentido amplio confía la ejecución de contratos de obras, suministros o servicios.

En la *STJCE Luxemburgo (Sala 1.ª), de 24 de enero de 2008, Asunto C-532/06, «Caso Emm. G. Lianakis AE y otros contra Aikaterini Georgoula y otros»*, se resuelve una cuestión prejudicial relativa a si el art. 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije *a posteriori* coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación. La Comisión de las Comunidades Europeas alega que, antes de responder a la cuestión planteada, procede examinar si la Directiva 92/50 se opone a que en un procedimiento de licitación la entidad adjudicadora tenga en cuenta la experiencia de los licitadores, la distribución de los puestos de responsabilidad y su equipamiento y su capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto como «criterios de adjudicación», y no como «criterios de selección cualitativa».

El Tribunal concluye que los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como «criterios de adjudicación» en el caso de autos, se refieren principalmente a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión. Se trata de criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato y que, por tanto, no tienen la cualidad de «criterios de adjudicación», en el sentido del art. 36, apartado 1, de la Directiva 92/50. En consecuencia, declara que los arts. 23, apartado 1, 32 y 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 se oponen a que, en un procedimiento de licitación, el poder adjudicador tenga en cuenta la experiencia de los licitadores, la distribución de los puestos de responsabilidad y su equipamiento y su capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto como «criterios de adjudicación» y no como «criterios de selección cualitativa».

El *TJCE (Gran Sala), dicta la Sentencia de 16 diciembre 2008*, en relación con el «Caso Michaniki AE contra Ethniko Symvoulio Radioteleorasis y otros», Asunto C-213/07. El consejo de administración de la sociedad griega Erga OSE AE convocó una licitación pública para la realización de trabajos de transporte de tierras y obras técnicas de infraestructura de la nueva línea ferroviaria doble de alta velocidad entre Corinto y Kiato (Grecia). En la licitación participaron, entre otras, Michaniki y la sociedad griega KI Sarantopoulos AE. El consejo de administración de Erga OSE adjudicó el contrato relativo a los mencionados trabajos de transporte de tierras y obras a Sarantopoulos. Esta última fue posteriormente absorbida por Pantechniki.

Antes de celebrar el contrato, Erga OSE, que pertenecía por aquella época al «sector público en sentido amplio» a los efectos del art. 1, apartado 2, de la Ley 3021/2002, notificó al ESR (Ethniko Symvoulio Radioteleorasis, Consejo nacional de radiotelevisión), los datos relativos a la identidad de los accionistas principales, los miembros del consejo de administración y los consejeros directivos de Pantechniki con el fin de que aquél pudiera certificar que estas personas no incurrieran en las causas de incompatibilidad

**Contratación local**

271

enumeradas en el art. 3 de dicha Ley. El ESR expidió un certificado en el que declaraba que las personas identificadas en el escrito de Erga OSE no incurrieran en ninguna causa de incompatibilidad. Conforme a la información proporcionada en la resolución de remisión, el ESR estimó que a pesar de que el Sr. K. Sarantopoulos, accionista principal y vicepresidente del consejo de administración de Pantechniki, era pariente del Sr. G. Sarantopoulos, miembro de los consejos de administración de dos sociedades griegas activas en el sector de los medios de comunicación, no incurría en las incompatibilidades previstas en los arts. 2 y 3 de la Ley 3021/2002. El ESR consideró, en consecuencia, que el Sr. K. Sarantopoulos era económicamente independiente del Sr. G. Sarantopoulos.

Michaniki interpuso ante el Symvoulío tis Epikrateias (Consejo de Estado) un recurso de anulación del certificado en cuestión, por infracción del art. 14, apartado 9, de la Constitución. Alegaba, en particular, que los arts. 2, apartado 2, y 3, apartado 2, de la Ley 3021/2002, que habían servido de base para la expedición de dicho certificado, tenían por efecto reducir el ámbito de aplicación del art. 14, apartado 9, de la Constitución y que, por este motivo, vulneraban la mencionada disposición constitucional.

El órgano jurisdiccional remitente considera que los arts. 2, apartado 2, y 3, apartado 2, de la Ley 3021/2002, en la medida en que permiten a un empresario de obras públicas que esté emparentado con un propietario, accionista principal, socio o directivo de una empresa de medios de comunicación, eludir el régimen de incompatibilidades demostrando su autonomía económica con respecto a su pariente, son contrarios al art. 14, apartado 9, de la Constitución, conforme al cual el mencionado empresario, aún cuando sea económicamente independiente de dicho pariente, está obligado a demostrar que actúa de forma autónoma, por cuenta propia y en interés propio. Sin embargo, dicho órgano jurisdiccional considera que es preciso analizar la compatibilidad con el Derecho comunitario de la mencionada disposición constitucional, que permite excluir de un contrato público a una empresa de obras públicas cuando su accionista principal no sea capaz de enervar la presunción —que pesa sobre él como pariente del propietario, de un socio, del accionista principal o de un directivo de una empresa de medios de comunicación— de que actúa como intermediario de dicha empresa y no por cuenta propia.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, se plantea si la lista de los motivos de exclusión contenida en el art. 24 de la Directiva 93/37 es taxativa y, por consiguiente, impide que puedan añadirse causas de exclusión como la establecida en el art. 14, apartado 9, de la Constitución; o bien, si dicho precepto no prohíbe que los Estados miembros prevean causas de exclusión adicionales que, en particular, pueden orientarse, como sucede en el presente caso, por objetivos de interés general relacionados con el buen funcionamiento de la democracia y con la garantía del pluralismo en la prensa.

El Tribunal declara que el art. 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, debe inter-

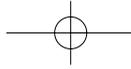
pretarse en el sentido de que enumera de manera exhaustiva las causas que, sobre la base de consideraciones objetivas relacionadas con la aptitud profesional, pueden justificar la exclusión de un contratista de la participación en un contrato público de obras. Sin embargo, dicha Directiva no impide que un Estado miembro prevea otras medidas de exclusión que tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, siempre que tales medidas no excedan de lo necesario para alcanzar este objetivo.

En segundo lugar, el Tribunal aclara que el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que, en aras de la consecución de los objetivos legítimos de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, establece una presunción absoluta de incompatibilidad entre la condición de propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa activa en el sector de los medios de comunicación y la condición de propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa a la que el Estado o una persona jurídica del sector público en sentido amplio confía la ejecución de contratos de obras, suministros o servicios.

Sobre esta cuestión tiene interés «¿Cuándo debe concurrir y hasta cuándo debe perdurar la aptitud para contratar con el sector público?», I. GALLEGO CÓRCOLES, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, 2008, p. 73. *Vid.*, también, «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las administraciones públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», de M.^a ZAMBONINO PULITO, *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2008, pp. 463-488.

V. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS

En el *Informe 37/08, de 25 de abril de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal se resuelven las «Dudas en relación con la fecha a partir de la cual deben considerarse vigentes las diferentes normas que regulan la exigencia de clasificación a las empresas contratistas». La Junta concluye en que los límites cuantitativos de los contratos a partir de los cuales debe exigirse la clasificación, así como la clasificación de los empresarios que opten a la adjudicación de los contratos de servicios incluidos con anterioridad en la categoría de contratos de consultoría y asistencia, no será exigible sino a partir de la fecha a la que se refiere la disposición transitoria quinta de la Ley. Esta disposición adicional determina la entrada en vigor del art. 54.1 LCSP conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán esos contratos. Además, la Junta puntualiza que la vigencia indefinida de la clasificación, así como la exigencia de acreditación del mantenimiento de la solvencia económica y financiera anualmente y de la solvencia técnica cada tres años, se aplicará a las clasificaciones solicitadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley por primera vez, o por haber incurrido en caducidad con posterioridad a dicha fecha.



Contratación local

273

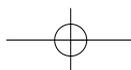
El *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal núm. 01/08, de 28 de julio de 2008*, se titula «Determinación del máximo de subgrupos a exigir para la adjudicación de una obra de construcción de centros penitenciarios y centros de inserción social». Este Informe resuelve la consulta realizada por el Director General de la sociedad estatal de «Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S. A.», en relación con la aplicación del art. 36 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En concreto, se pregunta si para la adjudicación de una obra consistente en «la construcción de centros penitenciarios y centros de inserción social», el máximo de subgrupos a exigir son cuatro o, por el contrario, el límite se refiere a cuatro subgrupos dentro de cada uno de los grupos en que sea preciso exigir clasificación atendiendo a la naturaleza y el proyecto de la obra a ejecutar.

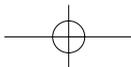
Con carácter general la Junta indica que el art. 36.4 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hace una remisión a la limitación señalada en el art. 36.2.a) de la misma norma en cuanto al número de subgrupos exigibles. Este último artículo establece que «el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a cuatro». No introduce, el artículo, por tanto, ninguna mención a que habrán de ser cuatro subgrupos dentro de cada uno de los grupos, por lo que debe entenderse que se refiere a cuatro subgrupos pertenecientes a cualesquiera de los grupos, por ser esta interpretación la más ajustada a la literalidad y espíritu del Reglamento y la más favorable a los derechos de los licitadores. Esta interpretación no excluye la posibilidad que el art. 36.5 del Reglamento ofrece a la Administración de exigir la clasificación a nivel de grupo cuando «por la naturaleza de la obra resulte necesario que el contratista se encuentre clasificado en todos los subgrupos básicos del mismo».

Como conclusión debe entenderse, con carácter general, que el art. 36.2.a) del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiere a cuatro subgrupos pertenecientes a cualesquiera de los grupos, por ser esta interpretación la más ajustada a la literalidad y espíritu del Reglamento y la más favorable a los derechos de los licitadores. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad que ofrece el art. 36.5 del Reglamento a la que se ha hecho referencia, que podría resultar de aplicación en el caso que se plantea en este Informe.

VI. PROHIBICIONES DE CONTRATAR

En el *Informe 52/07, de 24 de enero de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se plantea la «Compatibilidad de la condición de un concejal con la de Administrador de una sociedad que tiene contratos vigentes con un ayuntamiento y en caso de serlo si podrán ser abonadas las facturas emitidas hasta el momento por los consumos producidos». La Junta considera incompatible la condición de concejal de un ayuntamiento con la de Administrador de una sociedad que suministra energía eléctrica





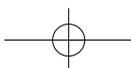
a dicho ayuntamiento, y, en general, con la condición de Administrador de cualquier sociedad que sea titular de algún contrato, administrativo o privado, celebrado con una Corporación Municipal, debiendo el elegido optar, si se produce tal circunstancia, entre renunciar a la condición de concejal o a la de Administrador de la Sociedad. Si esta causa de incompatibilidad se produce con posterioridad a la perfección del contrato, no ocasiona la nulidad de pleno derecho del mismo, sin perjuicio de los efectos que pueda producir respecto de la persona incompatible. En consecuencia, la Junta aclara que procede el pago de los consumos efectuados durante el plazo transcurrido desde que concurre la causa de incompatibilidad hasta que cesa.

El *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal núm. 55/07, de 24 de enero de 2008*, se refiere a la «Consideración de incursión en la prohibición de contratar prevista en el art. 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con una Agrupación de Interés Económico cuyo gerente es a la vez empleado de la entidad contratante». La Junta Consultiva aclara que la prohibición de contratar prevista en el art. 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sólo se extiende a las empresas o entidades contratistas en los casos en que la incompatibilidad a que el precepto se refiere afecte a alguno de sus administradores, no cuando afecte a un representante en quien no concorra la condición de administrador.

El *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal núm. 64/07, de 24 de enero de 2008*, se refiere a la «incompatibilidad entre el cargo de Presidente de una Junta Vecinal y la condición de contratista del ayuntamiento al que pertenezca la Entidad local menor en la que desempeñe sus funciones». La Junta responde a la consulta indicando que no existe incompatibilidad entre el cargo de Presidente de una Junta Vecinal tal como lo configura la Ley de Régimen Local de Castilla y León y la condición de contratista del ayuntamiento al que pertenezca la Entidad local menor en la que desempeñe sus funciones.

VII. REGISTRO DE CONTRATISTAS

En el *Informe 18/08, de 29 de septiembre de 2008*, sobre el «Reglamento regulador del Registro de Contratistas del ayuntamiento de Laguna de Duero. Modificación de un informe emitido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa», la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal manifiesta que no puede modificar los informes que responden a la regulación vigente en el momento en que los mismos se produjeron. No obstante, el informe añade que la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, obliga a ponderar que, sin perjuicio de que exista el Registro de Contratistas del ayuntamiento de Laguna de Duero, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a las licitaciones que convoque el mismo, no es posible impedir la concurrencia a las licitaciones que convoque dicho ayuntamiento, de empresas que figuren inscritas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.



Contratación local

275

A una cuestión relacionada con la expuesta en el párrafo anterior se refiere el Informe 22/08, de 29 de septiembre de 2008, relativo a las «Dudas sobre la posible desaparición de los Registros voluntarios de licitadores de las Entidades locales en relación con el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas». El ayuntamiento de Madrid plantea en su consulta sobre esta cuestión si la entrada en vigor de la LCSP implica la desaparición de los registros de licitadores que hayan sido creados en las distintas Administraciones públicas, en concreto, en las municipales. La LCSP regula la creación, competencia y efectos del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas en sus arts. 72, 130 y 301 a 307. Se trata de un Registro de la Administración General del Estado. En el art. 302 se incluye la referencia a los Registros de este carácter que puedan crear las Comunidades Autónomas.

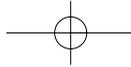
La Junta expone que la creación del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas en la LCSP no implica la disolución de los Registros voluntarios de licitadores que hayan podido crearse, pero que, en todo caso, las distintas Administraciones públicas, entre ellas el ayuntamiento de Madrid, en virtud de lo establecido en el art. 72,1 LCSP deberán aplicar a los licitadores concurrentes que figuren inscritos en el citado Registro el reconocimiento de cuantos datos hayan de surtir efectos respecto de las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo. La Junta Consultiva concluye que la disposición transitoria cuarta de la LCSP no contiene norma derogatoria alguna en relación con los diferentes Registros de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales.

VIII. NEGOCIOS EXCLUIDOS

La *STJCE Luxemburgo (Sala 3.ª), de 13 de noviembre de 2008, relativa al Asunto C-324/07, «Coditel Brabant, S. A. contra Commune d'Uccle y otros», resuelve una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los arts. 43 y 49 TCCE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que deriva de ellos.*

El Tribunal de Justicia resuelve que dichos preceptos y principios no son contrarios a que una autoridad pública atribuya, sin convocar una licitación, una concesión de servicios públicos a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, cuando dichas autoridades públicas ejercen sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, y la mencionada sociedad realiza la parte esencial de su actividad con esas autoridades públicas.

En este caso, la concreta cuestión que se plantea en primer lugar es, si un municipio, sin convocar una licitación, puede adherirse a una sociedad cooperativa cuyos socios son exclusivamente otros municipios y asociaciones de municipios (denominada asociación



intermunicipal pura) con objeto de atribuir a esa sociedad la gestión de su red de teledistribución, siendo así que la sociedad realiza en lo sustancial sus actividades sólo en relación con sus asociados y en interés de éstos, y que las decisiones relativas a dichas actividades se adoptan por órganos estatutarios que están integrados por representantes de las entidades públicas y que adoptan sus decisiones por mayoría.

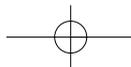
En segundo lugar se pregunta si puede considerarse que el dominio sobre las decisiones de la sociedad cooperativa, ejercido de esa forma a través de los órganos estatutarios por todos los socios, o por una parte de éstos, según los casos, permite a los socios ejercer sobre la sociedad un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios.

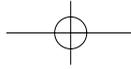
En relación con la primera cuestión, el Tribunal resuelve afirmando que en los casos en que, como el que se plantea en esta sentencia, las decisiones sobre las actividades de una sociedad cooperativa intermunicipal controlada exclusivamente por las autoridades públicas son adoptadas por órganos estatutarios de dicha sociedad compuestos por representantes de las autoridades públicas asociadas, puede considerarse que el control ejercido por las mencionadas autoridades públicas sobre esas decisiones permite a éstas ejercer sobre aquélla un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

En relación con la segunda cuestión, el Tribunal establece que en el supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, con el objeto de cederle la gestión de un servicio público, el control que tales autoridades asociadas ejercen sobre dicha sociedad, para considerarse análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido conjuntamente por las mencionadas autoridades, decidiendo, en su caso, por mayoría.

El *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 21/08, de 28 de julio de 2008*, versa sobre la «imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una Corporación y una empresa para la ejecución de una obra». La cuestión que plantea el ayuntamiento de Riveira en esta consulta se concreta en conocer si puede establecer una relación jurídica con la mercantil TRAGSA para la ejecución de obras de interés comunitario mediante la formalización de un convenio, y, si esto fuera posible, si el citado convenio se formalizaría como una encomienda de gestión a la que se refiere la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y no a través de la figura de la contratación administrativa. Por último la consulta se refiere a si quedaría dentro de los fines de la sociedad TRAGSA la ejecución de las obras de un matadero comarcal.

La Junta Consultiva resuelve exponiendo que no es posible que el ayuntamiento de Riveira formalice un convenio de colaboración de los regulados en el art. 4.1, letra c), de la Ley de Contratos del Sector Público, con la entidad mercantil TRAGSA para concertar la ejecución de obras, por cuanto se excluyen de tal posibilidad aquellos convenios cuya naturaleza tiene la consideración de un contrato de obras, sin que para ese fin pueda realizar una encomienda de gestión a la citada empresa. En cuanto a la tercera cuestión que plantea el ayuntamiento de Riveira, referida a si el objeto social de TRAGSA comprende la ejecución de las obras de un matadero comarcal, la Junta Consultiva de





Contratación local

277

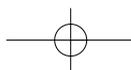
Contratación Administrativa aclara que la resolución de esta cuestión no forma parte de su competencia. La Junta Consultiva determina que la misma debe ser examinada por el Secretario o Secretario Interventor de la Corporación en ejercicio de la competencia que le está atribuida por la disposición adicional segunda, apartado 8 de la LCSP.

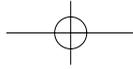
Sobre la misma cuestión se plantea el *Informe 15/08, de 2 de diciembre de 2008*, en relación con la «determinación de si un ayuntamiento puede o no celebrar un convenio con una sociedad en cuyo capital, íntegramente público, participa junto con otras entidades locales, y cuyo objeto parcial sería la ejecución de una obra pública de titularidad municipal por parte de la sociedad, con aportación de la financiación correspondiente». El ayuntamiento de Eibar plantea en su consulta si puede o no celebrar un convenio con una sociedad en cuyo capital, íntegramente público, participa junto con otras entidades locales, con el fin de que esa sociedad realice junto con la sustitución de las conducciones de agua que tiene asignada, otra obra complementaria, como es la apertura de las aceras afectadas y, posteriormente, su posterior restauración. La cuestión por tanto se concreta en determinar si legalmente es posible que el contrato de obras para realizar la acera, aún siendo de titularidad municipal el bien afectado y el resultante de la obra, puede ser adjudicado en un procedimiento celebrado por la sociedad pública indicada.

La Junta Consultiva resuelve que el ayuntamiento puede tramitar el procedimiento y efectuar la adjudicación del contrato de obras para realizar la acera, bien a través de los procedimientos previstos en la LCSP, bien utilizando la facultad prevista en el art. 24 de la misma, que exige que la sociedad a la que haya de encomendarse la ejecución de la obra tenga la condición de medio propio del ayuntamiento de Eibar, de conformidad con sus propios estatutos. Asimismo declara que cuando se haya de acudir al concurso de empresarios colaboradores, la contratación se debe llevar a cabo con observancia de lo previsto en el apartado 4 del artículo citado.

El *Informe 42/08, de 2 de diciembre de 2008*, se titula «Determinación del destinatario de un servicio de recaudación establecido en el pliego de cláusulas por el que se rige la adjudicación de un servicio de abastecimiento de aguas». La cuestión planteada a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por la Dirección General de Tributos que se resuelve en este Informe, se resume en la determinación de quién es el sujeto destinatario del servicio de recaudación a que se refiere el pliego de cláusulas que rigió en la adjudicación de la concesión del servicio de abastecimiento de aguas por el ayuntamiento de Almendralejo. Se discute si el destinatario de dicho servicio de recaudación es la Diputación de Badajoz o bien la empresa XX, que ha contratado con el ayuntamiento de Almendralejo la gestión indirecta del servicio de abastecimiento de aguas, alcantarillado y gestión de residuos, entre otros. Para ello es preciso dilucidar bajo qué forma jurídica debe ser contemplada la cláusula referida y qué calificación jurídica cabe atribuirle en consecuencia.

El art. 26 del pliego de condiciones correspondiente al contrato que vincula al ayuntamiento de Almendralejo con la empresa XX, establece en su primer apartado: «...la gestión recaudatoria se llevará a cabo por el Organismo Autónomo de Recaudación de la





Diputación de Badajoz». Este servicio no es gratuito, puesto que el propio art. 26, en su apartado 5 establece lo siguiente: «una vez cobrados los recibos por el Organismo Autónomo de Recaudación, éste transferirá los fondos a la empresa concesionaria con un premio de cobranza máximo del 2 por 100 sobre la recaudación obtenida en vía voluntaria».

La Junta aclara que la relación jurídica planteada entre el ayuntamiento y la Diputación no puede ser calificada como un contrato sujeto a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ya que está incluida dentro de los supuestos contemplados en el art. 4.1, letra c) de dicha Ley. Por otro lado, la empresa XX no forma parte de la relación jurídica que vincula a estas dos entidades públicas; esta empresa ha aceptado como una cláusula de la concesión de abastecimiento de aguas que el cobro de la tarifa a satisfacer por el consumo se siga realizando por la Diputación Provincial a través de su Organismo Autónomo Servicio de Recaudación, pero ello no implica que se haya integrado como una parte en el convenio entre ayuntamiento y diputación.

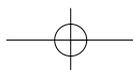
Se trata, así pues, de dos relaciones jurídicas distintas, la primera de las cuales agota sus efectos en las obligaciones recíprocas nacidas entre ayuntamiento y diputación, y la segunda tiene como partes al ayuntamiento y a XX. En tal sentido debe entenderse que XX, al participar en la licitación convocada para la adjudicación de la concesión, aceptó como una de las condiciones económicas de dicha concesión una retribución a obtener por la gestión del servicio de abastecimiento, consistente en el importe de la tarifa menos el premio de cobranza estipulado con anterioridad entre las dos entidades locales.

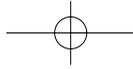
Como conclusión, la Junta Consultiva considera que no existe relación jurídica alguna que vincule a XX con el Organismo Autónomo de Recaudación de Tributos de la Diputación de Badajoz y, en consecuencia, que el premio de cobranza no percibido por este organismo no constituye la contraprestación de ningún servicio realizado por dicha empresa.

Sobre esta cuestión, *vid.*, «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*», de M. Á. BERNAL BLAY, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 137, 2008, pp. 115-138. *Vid.*, también, *Las operaciones in house y el Derecho Comunitario de los contratos públicos*, de J. J. PERNAS GARCÍA, Madrid, Iustel Publicaciones, 2008.

IX. TIPOS DE CONTRATOS

El *Informe 57/07, de 24 de enero de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal trata sobre la «calificación jurídica de un contrato por el que un ayuntamiento cede al contratista el uso de determinadas casetas instaladas en la vía pública, a fin de que éste organice mercadillos temáticos, seleccionando los usuarios que hayan de desarrollar en ellas las actividades de venta especificadas, y promueva las actividades de animación que hayan de tener lugar». La Junta Consultiva descarta que se





Contratación local

279

trate de un contrato de gestión de servicios públicos o de un contrato de servicios. Considera que es un contrato administrativo de carácter especial, ya que pertenece al giro o tráfico de la Administración y se dirige a la satisfacción del interés general.

En el *Informe 03/08, de 28 de julio de 2008*, se analiza la «Naturaleza jurídica de un contrato cuyo objeto es la explotación de un Palacio de Congresos». La Junta Consultiva entiende que el negocio jurídico celebrado entre el Consorcio de la Ciudad de Santiago y «Atlántico Congresos, S. L.», para la explotación por esta última entidad del Palacio de Congresos y Exposiciones de Galicia, tiene naturaleza jurídica concesional por recaer sobre un bien de dominio público. Se trata, por tanto, de un contrato de concesión de servicios públicos.

El *Informe 04/08, de 28 de julio de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal se titula «Calificación por su objeto de diversos contratos administrativos». En este Informe se resuelve la consulta que la Corporación municipal de Alcalá de Henares plantea en relación con la naturaleza jurídica de cuatro tipos de contratos, con el fin de determinar si los mismos tienen la consideración de contratos de gestión de servicios públicos o de servicios. También se precisa cuáles serían los grupos y subgrupos en los cuales deberían encontrarse clasificadas las empresas que licitaran para su adjudicación. Los contratos a los que hace referencia esta consulta son los que se exponen a continuación:

— El objeto del primero de los contratos es la coordinación de un programa cuya finalidad es la prevención de riesgos en el tiempo libre juvenil y de modo muy especial en la prevención del consumo de las drogas, mediante la realización de una serie de actividades entre las que destaca la oferta a los destinatarios de modos alternativos de utilización del ocio.

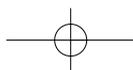
— El segundo de los contratos tiene como objeto la prestación del servicio «Taller de música y locales de ensayo» con el fin de fomentar y motivar la afición por la música.

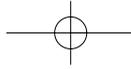
— El tercer contrato se propone el objeto de desarrollar el servicio «Centro de formación, recursos y actividades» cuya finalidad es la de ofrecer alternativas creativas y educativas en la utilización del tiempo libre.

— Finalmente, el objeto del cuarto contrato está constituido por la prestación del servicio «Centro de información, documentación y asesoramiento de la juventud».

El Informe de la Junta Consultiva determina que los contratos analizados no son concesiones de gestión de servicios públicos, porque el riesgo de la ejecución de los mismos no es asumido directamente por el contratista. Se trata de contratos de servicios, lo que supone la exigibilidad de la clasificación de los licitadores en los correspondientes grupos y subgrupos para el caso de que el presupuesto de los mismos supere el importe mínimo a partir del cual se considera requisito indispensable la clasificación.

En relación con los tipos de contratos tienen interés las siguientes publicaciones: «Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa», J. A. HUERTA BARAJAS, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, 2008, p. 32, y, sobre el mismo tema, «Los contratos de colaboración público-





privados», M. Á. GONZÁLEZ IGLESIAS, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 79, 2008, p. 37; así como «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», M. CARLÓN RUIZ, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, 2008, pp. 653-684; «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», N. PORTELL SALOM, *Revista General del Derecho*, núm. 18, 2008; *Derecho Administrativo del siglo XXI*, dirigido por E. ORTEGA MARTÍN, Madrid, Editorial Consejo General del Poder Judicial, 2008, que contiene entre otros estudios, *La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas. Especial referencia al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)*, de C. CHINCHILLA MARÍN.

Sobre los contratos menores, «La consideración de contrato menor en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», de F. J. VICENTE MARÍA, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, 2008, p. 69; así como «Peculiaridades, evolución normativa, requisitos, reflexiones y práctica del contrato menor», de Á. DÍAZ-PINTO RUIZ, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 81, 2008, p. 69.

X. CONTENIDO DEL CONTRATO

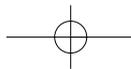
1. Pliegos de cláusulas administrativas

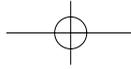
En relación con el contenido del contrato tiene especial interés el *Informe 35/08, de 25 de abril de 2008*, relativo a la «recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre contenido básico de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativos». La Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, ante las dudas surgidas a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que deben regir la contratación de las Administraciones Públicas y organismos dependientes de las mismas, considera la conveniencia de dirigir una recomendación sobre el contenido básico de los mismos, conforme a las normas de la ley, y previo informe favorable de la Abogacía General del Estado. Para ello aprueba y publica 50 recomendaciones que dirige a los diferentes órganos de contratación sobre el contenido básico de los pliegos.

Sobre uno de los elementos esenciales del contrato, tiene interés, «La duración de los contratos del sector público», de I. GALLEGO CÓRCOLES, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 71, 2008.

2. Pliegos de prescripciones técnicas

El *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 62/07, de 26 de mayo de 2008*, se titula «Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación





Contratación local

281

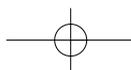
Administrativa sobre la aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos». Este informe se dicta como consecuencia del escrito remitido por la Comisión Europea al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, en el que expresa su preocupación por una práctica apreciada en diversos órganos de contratación de distintas Administraciones públicas, que consiste en el empleo de especificaciones técnicas, cuya aplicación tiene efectos discriminatorios en relación con la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos. Esta actuación ha implicado la apertura de un procedimiento de infracción contra el Reino de España por vulnerar las normas que sobre tal cuestión establecen las Directivas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos. En concreto, la Comisión destaca que la infracción consiste en la utilización de especificaciones técnicas discriminatorias, en las cuales los microprocesadores que deben estar incorporados a los ordenadores y demás equipos informáticos se describen por referencia a marcas comerciales o a la frecuencia de reloj (sólo o junto con otros parámetros), con o sin la mención «o equivalente».

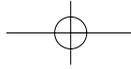
La Junta entiende que tal práctica contraviene lo dispuesto en el art. 52.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que se mantiene en vigor respecto de los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a los que se refiere la disposición transitoria primera de la misma. También considera que dicha práctica infringe lo dispuesto en el art. 101, apartados 2 y 8, de esta última ley. En el mismo sentido la Junta indica que esta práctica vulnera lo establecido en el art. 23, apartados 2 y 8, de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios, así como la observancia de los principios de libre circulación de mercancías, de igualdad de trato y no discriminación, que emanan del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En consecuencia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se dirige a los órganos de contratación de las distintas Administraciones públicas y recomienda que en los procedimientos de adjudicación de los contratos para la adquisición o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos no se especifique una determinada marca de procesadores, ni se limite a la expresión de una determinada frecuencia de reloj.

En relación con estos contratos, «La definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos», P. LÓPEZ TOLEDO, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, 2008, p. 72.

3. Precio

El *Informe 07/08, de 29 de septiembre de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa titulado «Criterio aplicable en la valoración de las ofertas



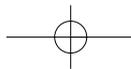


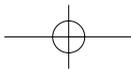
cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos», afronta una cuestión que ha suscitado una cierta polémica en relación con la aplicación de la LCSP, como es la repercusión del Impuesto sobre el Valor Añadido en la licitación de algunos contratos, cuando alguno o algunos de los licitadores estén exentos del pago del Impuesto, en relación con los que no lo estén. En tales casos puede resultar beneficiado el licitador que, estando exento del pago del Impuesto sobre el Valor Añadido, presente una oferta que, atendiendo exclusivamente al importe de la prestación, pueda ser de importe superior a la presentada por otros licitadores no exentos, y que, sin embargo, computado el Impuesto, suponga un coste inferior para el órgano de contratación. En tales casos surge la duda acerca de si debe o no computarse a efectos de la valoración de la oferta el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido. La Junta Consultiva expone en este Informe que la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo, con el fin de garantizar el respeto del principio de igualdad.

En el *Informe 26/08, de 2 de diciembre de 2008*, se trata una cuestión muy relacionada con la anteriormente reseñada: «determinación de en qué supuestos debe considerarse que cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de precio, importe, valor estimado o cualquiera de los distintos conceptos similares que utiliza para aludir al aspecto cuantitativo de los contratos, incluye la cuota por el Impuesto sobre el Valor Añadido y en qué supuestos no». La cuestión planteada se reduce a la determinación de en qué casos debe considerarse que cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de precio, importe, valor estimado o cualquiera de los distintos conceptos similares que utiliza para aludir al aspecto cuantitativo de los contratos, incluye la cuota por el Impuesto sobre el Valor Añadido y en qué supuestos no.

Este problema ha sido objeto de tratamiento y solución con carácter general en el *Informe núm. 43/2008, de 28 de julio*, de conformidad con el cual «con referencia al valor de los contratos, la Ley de Contratos del Sector Público utiliza tres conceptos principalmente que son precio, valor estimado y presupuesto, cuyas definiciones se contienen en los arts. 75 y 76 de la Ley y 131 del Reglamento».

La Junta Consultiva resuelve que cuando la Ley de Contratos del Sector Público emplea términos diferentes a precio, presupuesto o valor estimado, para referirse al aspecto cuantitativo de los contratos, el término utilizado deberá identificarse, de entre estos tres que se definen expresamente, con aquél que, en función de la fase en que se encuentre el contrato —fase de preparación y adjudicación o fase de ejecución—, indique el valor del mismo con arreglo a la ley. En este sentido, en la fase de preparación y adjudicación deberán entenderse los términos como referidos al *presupuesto* que deba servir de base para la celebración de la licitación pública, y, en la de ejecución, deberá entenderse que los términos utilizados se refieren al *precio* de adjudicación del contrato, es decir, al que deba percibir íntegro el contratista que hubiera resultado adjudicatario del mismo. Estas conclusiones, sin embargo, deberán matizarse en función del texto del artículo que contenga el término examinado.





Contratación local

283

En función de lo expuesto, siempre que el término empleado sea distinto de precio, valor estimado o presupuesto, deberá entenderse que, por regla general, si el artículo hace referencia a la fase de preparación o adjudicación del contrato, el término que se emplea (cuantía, importe o cualquier otro similar) deberá referirse al concepto de presupuesto, lo cual supone estar a lo dispuesto en los arts. 131, 189 y 195 del Reglamento, si bien en ningún caso deberá considerarse incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

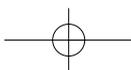
Por el contrario, cuando en el precepto que utilice el término de que se trate se refiera a la fase posterior a la adjudicación del contrato, habrá que ponerlo en relación con el término precio. El precio es la retribución del contratista, y podrá ser tanto en metálico como en la entrega de otras contraprestaciones si la ley así lo prevé. Cuando en la LCSP se dice precio del contrato debe entenderse por tal concepto el importe íntegro que por la ejecución del mismo percibe el contratista. En consecuencia esto resuelve la cuestión de si en el precio debe incluirse o no el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que grava la operación. La conclusión más adecuada a juicio de la Junta Consultiva es considerar que en el precio está incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido.

El *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal núm. 58/07, de 24 de enero de 2008*, trata sobre la «posibilidad de licitar un contrato administrativo con un importe anual, a abonar en doce mensualidades, independiente del sistema de arancel». La Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal entiende que en los contratos administrativos —en este caso se trataba de un contrato de asistencia con un procurador—, no es posible establecer como precio un importe anual, a abonar en doce mensualidades, independiente del sistema de arancel.

El *Informe 17/08, de 28 de julio de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se refiere a la «posibilidad de licitar un contrato de suministros de medicamentos con descuentos ofrecidos por pronto pago o por volumen de compras». Este informe fue solicitado por el Presidente de Farmaindustria, que planteaba algunas cuestiones que afectan a la interpretación conjunta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y de la Ley 29/2006, de 26 julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

La primera de ellas se refiere a la procedencia o no de convocar licitaciones públicas para el suministro a los centros hospitalarios de carácter público de los medicamentos considerados insustituibles a tenor de lo dispuesto en el art. 86.4 de la Ley 29/2006, de 26 julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. La Junta responde que los medicamentos no sustituibles sin autorización del médico que los hubiese prescrito sí son susceptibles de licitación pública, en los términos previstos en la Ley de Contratos del Sector Público.

La segunda cuestión trata de aclarar si en las licitaciones que se convoquen para el suministro de los medicamentos en los centros hospitalarios de la red pública podrá establecerse como uno de los criterios de valoración a tener en cuenta a efectos de



determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, el del precio más bajo. La Junta considera en relación con esta cuestión que el precio de los medicamentos no puede ser utilizado como criterio de valoración de las ofertas relativas a la adquisición de los mismos.

Por último se plantea si sería admisible establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación por parte de los suministradores de los medicamentos de sustituir gratuitamente los que hubiesen alcanzado fecha de caducidad antes de su efectiva utilización en el centro hospitalario. En relación con esta consulta, la respuesta de la Junta es que no es válido desde el punto de vista legal imponer al suministrador la obligación de sustituir gratuitamente los medicamentos suministrados a la Administración que caduquen en posesión de ésta, una vez recibidos de conformidad.

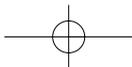
Sobre esta cuestión, *vid.*, «El precio de los contratos del sector público», de I. GALLEGO CÓRCOLES, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 73, 2008, p. 49.

4. Contrato de adhesión

El *Informe 39/08, de 2 de diciembre de 2008*, se refiere a la «Determinación de la validez del documento formulario que figura en el expediente, que no fue solicitado por el ayuntamiento o la mercantil suiza. Determinación de la jurisdicción competente».

En este Informe la Junta Consultiva señala que el régimen de contratación de las Administraciones Públicas se configura mediante la figura de los contratos de adhesión en los que el órgano de contratación establece los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato. Los licitadores y candidatos, al presentar sus proposiciones u ofertas los aceptan de manera incondicional. Este sistema se genera por imposición de la ley y afecta a quienes deseen mantener una relación contractual con cualquier órgano de las Administraciones públicas, por cuanto es contrario a la ley que una empresa pueda determinar a priori las condiciones que puedan regir el contrato, ya que dicha determinación constituye una competencia de la Administración. No es posible contratar con la Administración sin previa licitación, salvo en los casos establecidos por la Ley.

Por otro lado, la Junta precisa que el art. 130.1, letra *d*) LCSP exige, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, que las empresas extranjeras que deseen contratar con las Administraciones públicas aporten una declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.



XI. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. Criterios de adjudicación

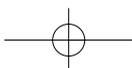
En la *STJCE Luxemburgo (Sala 1.ª)*, de 24 de enero de 2008, *Asunto C-532/06*, se resuelve una cuestión prejudicial relativa a si el art. 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación. El Tribunal precisa que el art. 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 impone que cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia.

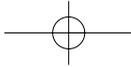
Según la jurisprudencia comunitaria, este precepto, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos, recogido en el art. 3, apartado 2, de la Directiva 92/50, y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. En consecuencia, el Tribunal resuelve la cuestión prejudicial declarando que el art. 36, apartado 2 de la Directiva 92/50, se opone a que en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.

El *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 2.ª)*, en su *Sentencia de 3 de abril de 2008, Asunto C-346/06, «Caso Dirk Rüffert contra Land Niedersachsen»*, resuelve una cuestión prejudicial planteada en relación con una ley del citado *Land* alemán, que dispone que una entidad pública adjudicadora sólo podrá adjudicar contratos de obras y de transporte público de cercanías a empresas que abonen a sus trabajadores los salarios fijados en los convenios colectivos vigentes en el lugar de ejecución de la prestación de servicios. Esta norma no resulta aplicable en el ámbito privado, por lo que el Tribunal no admite que su fin sea la protección de los trabajadores. El Tribunal considera que la citada regulación vulnera el Derecho comunitario.

El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª)*, en su *Sentencia de 24 de septiembre de 2008, recurso de casación núm. 4793/2006*, confirma la anulación de determinadas cláusulas de pliegos de contratación aprobados por la Junta de Andalucía. Estos pliegos definen criterios de adjudicación mediante el empleo de una fórmula que favorece y puntúa tres veces más los trabajos realizados dentro de la Comunidad Autónoma citada que en otras. Esta diferencia en el trato carece de fundamento objetivo y razonable y determina la vulneración del principio de igualdad.

El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª)*, en su *Sentencia de 13 de febrero de 2008*, confirmó la Sentencia del Tribunal Superior de





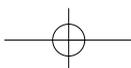
Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 19 de noviembre de 2004, estimatoria del recurso deducido por la entidad mercantil «Sotogolf Costa, S. A.» contra un Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno del ayuntamiento de San Roque de 22 de marzo de 2002, que resolvió el concurso convocado para la adjudicación de los terrenos y aprovechamientos urbanísticos del área 022-T6 del plan general de ordenación urbana de San Roque, adjudicando el concurso a la entidad «Venta de Viviendas y Edificios Rehabilitados, S. L.».

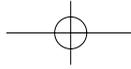
La mercantil «Sotogolf Costa, S. A.» impugnó esa adjudicación en vía contencioso-administrativa, apoyándose en los siguientes argumentos: 1.º La adjudicataria no había presentado su proposición bajo lema, lo que venía impuesto en la base tercera del pliego de condiciones que regía el concurso. 2.º La adjudicataria no había presentado el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de los tres últimos ejercicios, sino la declaración del Impuesto de Sociedades de esos ejercicios. 3.º Comparando las proposiciones de la adjudicataria y de la impugnante, tanto respecto de las mejoras, los plazos de ejecución y las capacidades técnica y económica, resultaba que la proposición de «Sotogolf Costa, S. A.» era más ventajosa, por lo cual el concurso no debió ser adjudicado a «Venta de Viviendas y Edificios Rehabilitados, S. L.». El Tribunal acogió los dos primeros argumentos, pero no el último y anuló la adjudicación ordenando que se procediera de nuevo a adjudicar el contrato.

En relación con los criterios de adjudicación, tiene interés, «El empleo de las personas discapacitadas o en situación de exclusión social y su alcance en la contratación pública», de F. J. ESCRIBANA MORALES, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 71, 2008, p. 63. *Vid.*, también, «El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007», de D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, 2008, p. 41.

2. Presentación de las proposiciones

En el *Informe 61/07, de 24 de enero de 2008* de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se plantea la «legitimación para solicitar dictamen a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa acerca de la posibilidad de inadmitir o no documentación correspondiente a proposiciones presentadas en la licitación de un contrato administrativo si su presentación sobrepasa la hora fijada en el pliego de condiciones». La Junta Consultiva rechaza la legitimación para solicitar un informe a una Asociación de empresarios dedicados a la valoración energética de residuos sólidos urbanos denominada AEVERSU. El fundamento de este rechazo es que, si bien se admite que los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa soliciten informes a la Junta, ésta entiende que el sector de la valoración energética de residuos sólidos no es un sector afectado por la contratación administrativa, por lo que concluye que AEVERSU carece de legitimación a estos efectos.





Contratación local

287

No obstante, la Junta resuelve la consulta planteada en relación con la posibilidad de inadmitir o no documentación correspondiente a proposiciones presentadas en la licitación de un contrato administrativo si su presentación sobrepasa la hora fijada en el pliego de condiciones que se planteaba en la solicitud presentada por AEVERSU (*vid. infra*, apartado 4).

En el *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 23/08, de 29 de septiembre de 2008*, titulado «Falta de competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Consideraciones sobre la admisión o rechazo de proposiciones reguladas en el art. 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», se resuelve una consulta planteada por el alcalde de San Fernando de Henares. La consulta se refiere a si se debe rechazar una proposición presentada por una empresa en la licitación de un contrato cuando no contiene todos los datos reflejados en el modelo establecido por el órgano de contratación. A favor del rechazo se fundamenta que cabe considerar a priori que la ausencia de tal dato supone un error manifiesto que la hace inviable. Otra posibilidad es considerarla como oferta anormalmente baja.

La Junta afirma que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que en los procedimientos de adjudicación de los contratos debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos al efecto. De ahí que deba realizarse una interpretación favorable a la validez de las proposiciones dentro de los márgenes fijados por la ley. En este sentido, el art. 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señala los supuestos concretos en que procede el rechazo de las proposiciones. Este precepto dispone que no procede dicho rechazo siempre que, aunque se haya producido el cambio u omisión de algunas palabras del modelo establecido por el órgano de contratación, no se altere su sentido.

El *Informe 30/08, de 2 de diciembre de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa plantea la «determinación de si la solicitud formulada por uno de los licitadores en un procedimiento de adjudicación de un contrato en el sentido de que sea desechada su proposición por haber incurrido en error o inconsistencia debe ser necesariamente admitida por la Mesa de Contratación, aun cuando hubiese sido admitida como plenamente válida previamente la oferta. Consideración de si la alegación de error al formularla debe considerarse siempre como causa justificada para la retirada de la proposición». Este Informe resuelve la consulta planteada por el Rector de la Universidad del País Vasco en relación con la tramitación del contrato de limpieza de determinadas dependencias universitarias.

La Junta Consultiva afirma que las mesas de contratación no deberán desechar las proposiciones presentadas por los licitadores por el mero hecho de que éstos aleguen error o inconsistencia en las mismas, siempre que resulten viables y cumplan el resto de los requisitos para su admisión. La alegación de que la proposición presentada en una licitación pública adolece de error en la expresión del precio o de cualquier otro elemento esencial de la misma, no puede, sin embargo, considerarse como causa justificada para

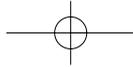
retirar la oferta, salvo en el caso de que no resulte viable o no cumpla el resto de los requisitos necesarios para su admisión.

El *Informe 62/08, de 2 de diciembre de 2008*, se refiere a la «determinación de si la presentación de las proposiciones contractuales en la licitación pública del contrato de servicios para el mantenimiento de las instalaciones de una estación depuradora de aguas residuales cuando se prevé la valoración de las ofertas en dos fases (valoración de las documentaciones técnicas en primer lugar y del precio, en segundo), debe hacerse de forma que se mantenga el secreto de la oferta económica en sentido estricto, es decir, del precio, hasta el momento previsto en los pliegos para la apertura del mismo».

El contrato de servicios en cuya adjudicación se plantea el problema consultado va a celebrarse por «Aguas Municipales de Vitoria, S. A.», empresa de titularidad íntegramente municipal, cuyo objeto social consiste, fundamentalmente, en el abastecimiento de aguas a la ciudad de Vitoria. Esta circunstancia supone su inclusión en los supuestos previstos por el art. 3.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Esta ley, a diferencia de la que regula los contratos del sector público, no establece preceptos relativos a la forma en que deben ser presentadas las proposiciones, ni exige que las documentaciones deban serlo en sobres separados ni ninguna otra de las formalidades que son propias de la contratación pública. En consecuencia, las normas aplicables a la adjudicación de estos contratos, incluida la forma en que deben presentarse las proposiciones y la documentación que las acompañe, serán las establecidas en los pliegos.

En el caso objeto de consulta, el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para la licitación del contrato establece en su cláusula 8.3 que la proposición deberá presentarse en dos sobres, de los cuales uno (el B) contendrá la documentación administrativa «a que se refiere el art. 130 de la Ley de Contratos del Sector Público» (*sic*), y el otro (sobre A) contendrá a su vez dos sobres, el primero de los cuales deberá contener la documentación de carácter técnico y el segundo el precio. Se establece que ambos sobres se abrirán separadamente, primero el de la documentación técnica, y después, en acto público, el del precio, que, lógicamente, sólo afectará a los licitadores que hayan sido admitidos en la fase de valoración de los criterios técnicos. A lo dispuesto en estas dos cláusulas hay que añadir el contenido de la cláusula 31 que regula la normativa aplicable indicando que será de aplicación, además de la Ley 31/2007 y el pliego de cláusulas correspondiente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con carácter supletorio.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal resuelve la consulta planteada señalando que en el marco de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, el incumplimiento de las normas del pliego cuando éste exija la presentación de las documentaciones técnica y económica en sobres separados, con objeto de permitir la apertura sucesiva de ambas, determinará la inadmisión de los licitadores que hubieran incurrido en el mismo. La regulación de la LCSP, aplicable con carácter supletorio en este caso por remisión de lo establecido en los pliegos, conduce al mismo resultado.



Sobre esta cuestión tiene interés, «¿Cómo se presentan las proposiciones por los licitadores?», de F. PLEITE GUADAMILLAS, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 75, 2008, pp. 5-8, y del mismo autor, «La presentación de ofertas y documentos en los procedimientos contractuales», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 79, 2008, p. 89.

3. Indemnización derivada de la adjudicación

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), de 22 de abril de 2008, recurso de casación núm. 166/2005, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por «La Ley Actualidad, S. A.», y «Cisspraxis, S. A.», contra el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de junio de 2005, denegatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la adjudicación a «El Derecho Editores, S. A.» del concurso de suministro de bases de datos de jurisprudencia y legislación a los jueces y magistrados.

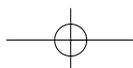
El Tribunal considera que no procede otorgar la indemnización, en primer lugar por haber prescrito la acción de responsabilidad patrimonial, y, en todo caso, por ausencia de nexo causal entre el daño cuya reparación se pretende y la actuación administrativa a la que se atribuye el mismo, que es la adjudicación del concurso en cuestión. En este caso la ilegitimidad del daño se atribuye a la realización por El Derecho Editores de un acto de competencia desleal contra Editorial Aranzadi, al haberse aprovechado de las bases de datos de ésta.

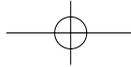
En relación con la impugnación de la adjudicación, tiene interés, «El recurso especial en materia de contratación», de C. MENÉNDEZ DE LA CRUZ, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 71, 2008, p. 50; «El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley de Contratos del Sector Público», M. GUINOT BARONA, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 73, 2008, p. 34; «El control jurisdiccional de la preparación y adjudicación de los contratos del sector público: análisis de la jurisprudencia española y comunitaria. Ley 30/2007, de 30 de octubre», de J. CUDERO BLAS, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 18, 2008.

Sobre la selección de contratistas, «Selección de contratistas y adjudicación de contratos (con especial referencia a la Administración Local)», de M. M.^a DE RAZQUÍN LIZÁRRAGA, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 306, 2008, pp. 31 a 66.

4. Plazos

La STJCE Luxemburgo (Sala 2.^a), de 3 de abril de 2008, Asunto C-444/06, «Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España», analiza el posible incumplimiento del Reino de España en primer lugar, al no incorporar a su normativa la previsión de un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores; en segundo lugar, la falta de regulación de un plazo





de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración; y, por último, al permitir que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos.

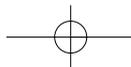
El Tribunal de Justicia estima el incumplimiento en relación con las dos primeras cuestiones planteadas. En relación con la tercera, el Reino de España alega que el Derecho español sólo permite que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos en caso de perturbación grave del servicio público. El art. 65.3 TRLCAP sólo permitía la continuidad de los efectos del contrato una vez anulado, con carácter excepcional y en espera de adopción de medidas urgentes. Además el mantenimiento de los efectos se realiza bajo el control de los órganos jurisdiccionales.

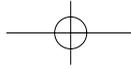
En consecuencia, el Tribunal entiende que la finalidad de la disposición controvertida no consiste en obstaculizar la ejecución de la declaración de nulidad de un contrato determinado, sino en evitar, cuando esté en juego el interés general, las consecuencias excesivas y eventualmente perjudiciales de una ejecución inmediata de dicha declaración, en espera de la adopción de medidas urgentes destinadas a garantizar la continuidad del servicio público. En virtud de esta interpretación, el Tribunal considera que en relación con esta cuestión no se ha producido incumplimiento del Derecho comunitario.

En el *Informe 61/07, de 24 de enero de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se plantea la «legitimación para solicitar dictamen a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la posibilidad de inadmitir o no documentación correspondiente a proposiciones presentadas en la licitación de un contrato administrativo si su presentación sobrepasa la hora fijada en el pliego de condiciones», aunque niega a AEVERSU la legitimación para solicitarle dictamen (*vid. supra* apartado 2).

La Junta resuelve la consulta planteada en relación con la posibilidad de inadmitir o no documentación correspondiente a proposiciones presentadas en la licitación de un contrato administrativo si su presentación sobrepasa la hora fijada en el pliego de condiciones. En este sentido, la Junta Consultiva expone que las proposiciones deberán ir acompañadas, en sobre aparte, de los documentos que exige el art. 79.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Cuando esta documentación se mande por correo, el envío deberá realizarse dentro del plazo de admisión señalado en el anuncio. El empresario, además, deberá justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante telex, fax o telegrama en el mismo día. Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la documentación si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo señalado en el anuncio. En consecuencia, la Junta entiende que el órgano de contratación habría de inadmitir la oferta remitida por correo en el caso planteado.

En el *Informe 53/07, de 24 de enero de 2008*, se plantea a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal lo siguiente: «¿Las proposiciones presentadas por dos empresas en las que participan los mismos socios se pueden considerar como proposiciones simultáneas? Y si en el caso de ser así o calificarse como empresas pertenecientes al mismo grupo si deben admitirse o excluirse de la licitación».





Contratación local

291

A la primera de estas cuestiones responde la Junta Consultiva aplicando el art. 80 TRLCAP, del que cabe deducir que la ley no atribuye a las propuestas presentadas por diferentes personas jurídicas en una licitación la consideración de propuestas simultáneas, ni aun en el caso de que todas ellas pertenezcan de modo indubitado a un solo grupo empresarial. Sin embargo, este hecho no carece de efectos jurídicos, pues aunque deban admitirse todas ellas, sólo se tendrá en cuenta la más baja de todas la presentadas por las mencionadas empresas, a efectos de determinar si alguna de las ofertas incurre en temeridad o es anormalmente baja, en virtud de lo establecido por los arts. 83.3 TRLCAP y 86 del Reglamento General de Contratación.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, en el *Informe 56/07, de 24 de enero de 2008*, analiza la «obligación de publicar en el *Boletín Oficial de la Provincia* los pliegos de condiciones y de aplicar los plazos previstos en la Ley de Régimen Local o los establecidos por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas». Ambas cuestiones están relacionadas.

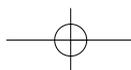
El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) es de aplicación a la Administración local de conformidad con su art. 1.2.c), con las adaptaciones que establece la disposición adicional novena; evidentemente se trata de una norma con pretensión de establecer la regulación íntegra de la materia, razón por la cual prevalece sobre las demás que vinieran regulándola con anterioridad.

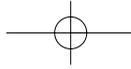
En consecuencia, la Junta dictamina que deben entenderse derogados los preceptos del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local y del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que se refieren a la publicación de los pliegos de condiciones y los que regulan los plazos de presentación de ofertas; en consecuencia, resultan aplicables en esas cuestiones las normas del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), y, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, las normas contenidas en dicha ley.

En relación con estas cuestiones, tiene interés «La notificación y publicidad de las adjudicaciones de los contratos del sector público», de F. J. ESCRIBANA MORALES, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, 2008.

5. Régimen Transitorio

El *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal núm. 43/08, de 28 de julio de 2008*, se titula «Modificaciones de los contratos, interpretación del art. 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad». En este Informe se aborda, por tanto, la interpretación de la disposición transitoria primera LCSP, especialmente en lo que respecta al régimen jurídico aplicable a aquellos contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio





publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad.

El origen del problema se encuentra en que algunos de los efectos del contrato están condicionados por la forma en que se regulen en el pliego de cláusulas administrativas particulares, de tal forma que habiendo sido recogidos por el pliego bajo el régimen jurídico anterior, dichos efectos deben producirse y ajustarse a la nueva regulación, en aplicación de lo establecido por la disposición transitoria primera LCSP. Según esta disposición, los actos de preparación del contrato, incluido el contenido de los pliegos, así como los relativos al procedimiento de adjudicación, se deben regir por la norma vigente en el momento de publicarse el anuncio de licitación o de aprobarse los pliegos, cuando se trate de un procedimiento negociado sin publicidad.

Por el contrario, lo relativo a la ejecución, efectos y extinción del contrato, se regirá por la norma vigente en el momento de la adjudicación, aun cuando sea distinta de la anterior. En el caso de que aparezca en los pliegos algún elemento contractual que pueda determinar, con arreglo al régimen de la legislación anterior, la producción de unos efectos distintos de los que deberían tener lugar al amparo de la actual, éstos se regirán por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aun cuando, con arreglo a la ley actual, los efectos de los pliegos puedan ser distintos.

En este mismo Informe se abordan una serie de cuestiones sobre la interpretación de la LCSP, que se exponen a continuación.

En primer lugar, la exigencia de constitución de mesas de contratación es aplicable de acuerdo con lo dispuesto en el art. 295.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en todos los casos de procedimiento negociado con publicidad.

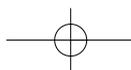
En segundo lugar, la referencia que el art. 182.4 de la Ley de Contratos del Sector Público hace a los términos del contrato incluye «las condiciones referidas al objeto del contrato y su ejecución». Asimismo, para considerar que todos los términos del contrato están fijados por un acuerdo marco será preciso que se hayan determinado tanto los elementos estructurales del contrato como el contenido obligacional del mismo, de tal forma que sea posible concluir el contrato sin necesidad de aportar nuevos elementos o condiciones al mismo.

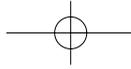
Por último, cuando la presentación de la oferta se haga por medios electrónicos y en dos fases, la firma electrónica deberá figurar en las dos fases de la presentación.

XII. EJECUCIÓN DEL CONTRATO

1. Modificación del contrato

El *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal núm. 43/08, de 28 de julio de 2008*, se titula «Modificaciones de los contratos, interpretación del





Contratación local

293

art. 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad».

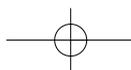
En relación con las modificaciones contractuales, la Junta entiende que para determinar en qué supuestos debe considerarse que una modificación contractual afecta a condiciones esenciales de la contratación hay que tener en cuenta las circunstancias de cada caso, sin perjuicio de la vigencia del principio de que son esenciales «aquellas estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente».

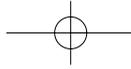
A continuación, la Junta interpreta la regulación del art. 202 LCSP. En el primer apartado, «corrección del proyecto inicial» es cualquier modificación que pueda introducirse en el mismo que sea admisible por ser conforme con las exigencias establecidas en el párrafo primero de este mismo precepto para las modificaciones contractuales; si las modificaciones no son conformes con dichas exigencias será necesaria la redacción de un nuevo proyecto. El apartado 2 del art. 202 LCSP debe interpretarse en el sentido de que las modificaciones previstas deben responder a necesidades de interés público y estar justificadas, sin que ello implique la prohibición de que afecten a condiciones esenciales del contrato.

Por último, cuando el art. 216 se refiere a «atender nuevas necesidades» o «incorporar nuevas funcionalidades», aunque hace uso del término modificaciones, lo hace en sentido amplio, sin tomar en consideración la precisión que con respecto a este término hace el art. 202.1. En consecuencia, tales casos no deben ser considerados como modificaciones contractuales *stricto sensu*.

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 818/2008, Fomento, de 17 de julio de 2008*, informa sobre la modificación de un contrato de obras sobre reparación y refuerzo del firme de la Autovía del Suroeste, A-5, del punto kilométrico 168,5 al 190. Dado que el contratista ha aceptado dicha modificación —que supone un 53,29 por 100 sobre el precio inicial—, el Consejo de Estado entiende que debe analizarse si concurren suficientes razones que la justifiquen. En este sentido, el Consejo destaca que ha quedado acreditado que la modificación tiene por objeto dar una mejor solución técnica al proyecto elaborado en su día, y, en especial, asegurar la indemnidad del firme, que presenta un agotamiento superior al previsto, lo cual no ha podido ser conocido hasta no haber sido iniciados los trabajos. En consecuencia, el Consejo de Estado considera admisible la modificación proyectada.

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 270/2008, Trabajo y Asuntos Sociales, de 6 de marzo de 2008*, informa sobre la modificación de un contrato de obras de reforma y adaptación telemática (Catt) y servicios complementarios, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en Leganés. En este caso, la modificación proyectada suponía un incremento del 39,98 por 100, porcentaje que permitía la resolución del contrato a instancias del contratista. Sin embargo, el contratista está conforme con la modificación y con la propuesta de precios aplicable al proyecto modificado.





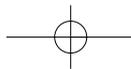
La Administración contratante invoca exigencias de interés público y de conveniencia para aprobar la modificación de las obras, así como la improcedencia de acordar una nueva licitación, al no poder independizarse las nuevas obras que exigen la modificación del contrato de las comprendidas en el contrato principal. La modificación se debe a la concurrencia de causas que no pudieron ser previstas en el momento de la ejecución del contrato, como es el hecho de que la cimentación existente resultaba insuficiente para cumplir su función de seguridad, dada su configuración y la profundidad del firme. El proyecto de modificación incluye una nueva cimentación y reforzado estructural. A la vista de todas estas consideraciones, el Consejo de Estado considera que procede aprobar la modificación propuesta y reajustar la garantía en la cuantía necesaria.

El Consejo de Estado, en su *Dictamen núm. 1179/2008, Comunidad de Madrid, de 18 de septiembre de 2008*, informa favorablemente el expediente de modificación del contrato de concesión de obra para la construcción de un aparcamiento subterráneo y obras de reforma urbana de diversas calles del municipio de Collado Villalba. El Consejo considera probada la concurrencia de causas imprevistas de interés público que justifican la modificación en cuestión. Estas causas se refieren a la naturaleza del subsuelo de la obra, en virtud de la densidad y características de la roca encontrada, así como a la presencia de agua, que impiden ejecutar el proyecto en los términos inicialmente previstos.

El Tribunal Supremo (*Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª*), en su *Sentencia de 17 de diciembre de 2008, recurso de casación núm. 2864/2005*, desestima el recurso presentado por «Ute Elantxobe» contra el acto administrativo dictado por el director del Servicio de Obras Públicas y Transportes del Gobierno Vasco, mediante el que es desestimada la solicitud para que se suspendieran en su totalidad de forma temporal las obras y se redactase un nuevo proyecto relativo a las obras del nuevo muelle en la zona de varada del puerto de Elantxobe. La contratista alegaba que su solicitud de suspensión temporal total de las obras, con efectos desde la fecha del acta de comprobación del replanteo (28 de diciembre de 2000), hasta tanto se aprobara y firmara el proyecto modificado que reputaba necesario, debió entenderse estimada por silencio administrativo, de forma que la resolución expresa posterior, de fecha 28 de diciembre de 2001, dictada por el director de Servicios del Departamento de Transportes y Obras Públicas del Gobierno Vasco, en lugar de desestimarla, como hizo, sólo hubiera podido ser confirmatoria de aquel acto presunto ganado por silencio positivo. El Tribunal entiende que no son aplicables en este ámbito las reglas del silencio reguladas en la LRJPAC, así como que los procedimientos relativos a la contratación son procedimientos de oficio. En concreto, considera que el trámite relativo a la suspensión temporal se incluye en el proyecto de modificación del contrato que es un procedimiento de oficio.

2. Reclamación de indemnización por daños y perjuicios

El Consejo de Estado, en su *Dictamen núm. 552/2008, Fomento, de 14 de mayo de 2008*, analiza una reclamación de daños y perjuicios planteada en la ejecución de un con-



Contratación local

295

trato de obras sobre remodelación de accesos al polígono industrial sur de San Agustín de Guadalix, N-1. El fundamento de la indemnización reclamada es compensar los daños y perjuicios derivados de la suspensión temporal de las obras ordenada por la Administración, al no poder poner a disposición del contratista una parte de los terrenos necesarios para la ejecución de las mismas. En este caso se trata de un supuesto de responsabilidad contractual.

El Consejo de Estado considera procedente el otorgamiento de una indemnización por la alteración del ritmo de las obras, aunque no exista un acta que acredite la suspensión de las mismas, porque el dato relevante es que dicha suspensión se haya producido por causas imputables a la Administración. En relación con el cómputo de la indemnización, el elemento fundamental es la acreditación de que los daños se han producido efectivamente, así como de su cuantía. En este sentido, el Consejo de Estado entiende que han quedado suficientemente acreditados los costes indirectos por el importe indicado por el contratista, pero considera que no ocurre lo mismo con los gastos generales, fijados a través de un porcentaje del presupuesto de ejecución material del contrato, sin haber sido aportado ningún documento que acreditara su producción.

Sobre una cuestión similar tiene interés el *Dictamen del Consejo de Estado núm. 317/2008, Vivienda, de 22 de mayo de 2008*, que analiza una reclamación de daños y perjuicios planteada en la ejecución de un contrato de obras de rehabilitación del edificio B de la Real Fábrica de Paños de Ezcaray, fundamentada en la suspensión temporal de dichas obras. La tramitación de una modificación de las obras determinó una paralización de las mismas, lo que supuso desde el punto de vista técnico una suspensión temporal que resulta acreditada en el expediente. Dado que el contratista ha probado los daños y su cuantía, el Consejo de Estado se muestra conforme con la indemnización al contratista de los daños y perjuicios efectivamente producidos y acreditados. De forma complementaria, el *Dictamen del Consejo de Estado núm. 1402/2008, de 13 de noviembre de 2008*, se resuelve la consulta relativa a si indemnizaciones como las previstas en el caso analizado por el Dictamen 317/2008, Vivienda, deben incluir o no el pago del IVA. En este último Dictamen citado (317/2008), no se discutió realmente esta cuestión, porque en virtud de la forma en que se planteó dicho expediente, los costes directos a resarcir llevaban el IVA soportado para cada gasto en cuestión. En este nuevo Dictamen (1402/2008), se plantea esta cuestión con carácter general, esto es, si procede el pago del IVA en las indemnizaciones derivadas de suspensión temporal al amparo del art. 102.2 LCAP. El Consejo de Estado entiende que no procede en estos casos el pago del IVA, ya que la indemnización tiene por objeto resarcir el daño causado y no se corresponde, por tanto, con la efectiva prestación de servicios que comporta el devengo del IVA.

En resumen, según dictamina el Consejo de Estado, se debe proceder a la indemnización de los daños efectivamente causados como consecuencia de la suspensión temporal, que incluyen el IVA si se trata de gastos que lo devenguen, pero sin que a la suma resultante, que sería la indemnización por suspensión temporal, proceda aplicarle ninguna cantidad en concepto de IVA.

El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª)*, en su *Sentencia de 14 de mayo de 2008, recurso de casación núm. 4859/2006*, desestima el recurso interpuesto contra la desestimación presunta de reclamación de honorarios, intereses de demora e indemnización por daños y perjuicios, presentada ante el Ministerio de Educación Cultura y Deporte el 14 de mayo de 2003, en relación con el contrato suscrito entre el citado Ministerio y los recurrentes para la redacción del proyecto y dirección de obra de Restauración y Rehabilitación del Mercat del Born, para sede de la Biblioteca Pública del Estado en Barcelona.

El Tribunal entiende que el encarecimiento de los trabajos de ejecución material y consiguiente aumento presupuestario no necesariamente debe repercutir en los honorarios de los arquitectos, ya que vino motivado por circunstancias ajenas e independientes a la labor de asistencia técnica para la que los mismos fueron contratados.

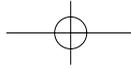
El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª)*, en su *Sentencia de 10 de noviembre de 2008, recurso de casación núm. 5221/2006*, desestima el recurso interpuesto por «Necso Entrecanales Cubiertas, S. A.» contra Resolución del Secretario de Estado de Costas de 19 de febrero de 2004, desestimatoria de la reclamación formulada en concepto de daños y perjuicios supuestamente causados en la ejecución del proyecto «Recuperación ambiental del litoral de Carrer del Mar, T.M. Campello (Alicante)». El Tribunal considera que no ha quedado probada la fuerza mayor por parte del recurrente, por lo que no procede la indemnización de daños y perjuicios solicitada.

El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª)*, *Sentencia de 4 de junio 2008, recurso de casación núm. 5093/2006*, confirma la denegación de la solicitud de compensación formulada por incremento en los precios de productos ligantes bituminosos durante la ejecución de las obras del proyecto «Variante CN-630, de Gijón a Sevilla, Tramo Puerto de Béjar-Aldeanueva del Camino, provincias de Salamanca y Cáceres». El Tribunal rechaza que se trate de un supuesto de riesgo imprevisible.

XIII. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

1. Incumplimiento del contratista

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 98/2008, Defensa, de 6 de marzo de 2008*, informa el procedimiento de resolución de un contrato de fabricación de componentes y rehabilitación de 7.600 espoletas de VT-RF, para disparos del calibre 7,62 mm. En aplicación del art.111.g) TRLCAP, el Consejo de Estado considera que se ha producido un incumplimiento parcial, pero esencial, de dicho contrato por no haber suministrado correctamente 2.600 espoletas correspondientes al año 2006, lo cual permite determinar su resolución. Dicha resolución no afecta a las primeras anualidades del contrato, que se entienden cumplidas a satisfacción de la Administración, por lo que la garantía sólo debe ser incautada en la parte proporcional al suministro de 2006.

**Contratación local**

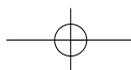
297

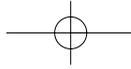
El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 1151/2008, Defensa, de 9 de octubre de 2008*, informa sobre la resolución del contrato del servicio de limpieza Unidades Madrid-Pozuelo con destino a unidades de primera SUIGE. El problema que se plantea en este caso tiene su punto de partida en una diferente interpretación de una cláusula del contrato, por parte de la Administración y por parte del contratista. El contratista, al no cumplir las indicaciones dadas por la Administración en aplicación de la interpretación mantenida por ésta, incurre, a juicio del Consejo de Estado, en un incumplimiento que es causa de resolución del contrato. En este sentido, no tiene relevancia a efectos de la resolución del contrato el hecho de que la Administración, para imponer su criterio interpretativo, no hubiera tramitado en su momento el correspondiente expediente —con preceptivo dictamen del Consejo de Estado—, ya que según este Alto órgano consultivo, el contratista está en todo caso obligado a cumplir las órdenes de la Administración durante el periodo de ejecución del contrato.

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 889/2008, Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, de 17 de julio de 2008*, informa el procedimiento de resolución de un contrato sobre Servicio de Vigilancia Nocturna y Complementaria del Centro Nacional de Educación Ambiental CENEAM 65p/2006. El Consejo de Estado entiende que procede la resolución de este contrato por incumplimiento culpable del contratista, al haberse producido robos por parte del propio vigilante de dicha empresa contratista.

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 427/2008, Defensa, de 22 de mayo de 2008*, informa negativamente el procedimiento de resolución de un contrato de suministro al Ministerio de Defensa, de coderas y rodilleras (lote 6, expediente GC-111/06.S). La propuesta de resolución se fundamenta en la demora en la ejecución del contrato por parte del contratista. La demora se produjo como consecuencia de la necesidad de aclarar si el objeto del contrato de suministro estaba o no sometido a una patente, para lo cual el contratista solicitó una prórroga sin penalización para la ejecución del contrato. La Junta de Contratación del Ejército no se pronunció en relación con la prórroga solicitada e inició el expediente de resolución del contrato por incumplimiento de la adjudicataria, con incautación de la garantía, al considerar que los problemas relativos a la propiedad industrial eran ajenos a la Administración. A juicio del contratista, sin embargo, correspondía a la Administración haber negociado con el titular de la patente, pues ella decidió la inclusión del modelo en cuestión en los pliegos, como objeto del suministro. En consecuencia, el contratista considera que el incumplimiento corresponde a la Administración y rechaza la oferta formulada por la Administración para resolver de mutuo acuerdo.

El Consejo de Estado estima que una vez que se suscitaron dudas sobre si los bienes objeto de suministro estaban o no protegidos por la propiedad intelectual, la Administración debía haberse pronunciado sobre el otorgamiento al contratista de la prórroga solicitada. En consecuencia, no admite el expediente de resolución del contrato y aconseja retrotraer el procedimiento al momento en que la Administración debe pronunciarse sobre la procedencia de la prórroga al amparo de lo previsto por el art. 96 TRLCAP.





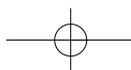
El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 402/2008, Cultura, de 29 de mayo de 2008*, informa el expediente de resolución del contrato de rehabilitación y construcción del archivo público provincial y la biblioteca pública de Orense. La complejidad del caso determina que el Consejo de Estado proponga una solución convencional al amparo del art. 88 LRJPAC, que, previa autorización del Consejo de Ministros, permita resolver el contrato por incumplimiento del contratista. Con la aplicación de la terminación convencional se pretende que la resolución del contrato no tenga los efectos habituales: se produce sin incautar la fianza y con liquidación y abono al contratista de las obras efectivamente realizadas, que sean de recibo y que vayan a quedar para la Administración. El Consejo entiende que en este supuesto se produce una concurrencia de culpas no resuelta adecuadamente por la legislación de contratos, por lo que, con carácter excepcional, atendidas las circunstancias especiales del caso, es posible moderar los efectos que desde un punto de vista formal derivarían de una aplicación rígida de la legislación de contratos. De esta forma se atiende a la justicia del caso.

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 318/2008, Trabajo y Asuntos Sociales, de 13 de marzo de 2008*, informa el expediente de resolución del contrato correspondiente a las obras de rehabilitación de las fachadas del cuerpo norte de la Casa del Mar de Las Palmas de Gran Canaria, por causas imputables al contratista, con incautación de la garantía definitiva e indemnización de daños y perjuicios, en la medida que se acredite que la fianza no cubre los que puedan ser acreditados. El Consejo entiende que se ha producido un incumplimiento del contratista que fundamenta la resolución del contrato, al no haber corregido éste las deficiencias señaladas por la Administración.

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 144/2008, Vivienda, de 13 de marzo de 2008*, informa el expediente de resolución del contrato correspondiente a las obras de rehabilitación del Castillo de la Luz. En este Dictamen, el Consejo de Estado reitera su conocida doctrina en virtud de la cual, cuando concurren diversas causas de resolución de un contrato, se aplicará la que se hubiera producido antes desde el punto de vista cronológico.

En el caso concreto que se ha sometido a consulta del Consejo de Estado, resulta probado que, después de la concesión de la última prórroga, se fue apreciando un progresivo abandono de la obra hasta que el mismo fue total, lo que supuso el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, que es causa de resolución del mismo, en virtud de lo establecido en el art. 111.g) TRLCAP. Este abandono del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación contractual se produjo con antelación al cumplimiento del plazo de su ejecución y de la declaración del contratista en concurso voluntario. Como consecuencia de la acreditación del incumplimiento culpable del contratista, el Consejo de Estado considera que debe producirse la resolución con incautación de la garantía, sin que proceda en este caso la indemnización de los daños y perjuicios, al no haber sido acreditados los mismos.

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 1382/2008, Fomento, de 9 de octubre de 2008*, informa el expediente de resolución del contrato de servicios para la realización del



Contratación local

299

servicio de creación, gestión y custodia del archivo de proyectos y documental de la Dirección General de Ferrocarriles. El contratista no respondió a los constantes requerimientos de la Administración para rectificar los numerosos fallos detectados en relación con la ejecución del contrato, lo que justifica la resolución del mismo por incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato, al amparo de lo dispuesto por el art. 111.g) TRLCAP, que determina la incautación de la fianza. No se plantea en este caso una indemnización adicional por daños y perjuicios a la Administración.

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 1369/2008, Defensa, de 2 de octubre de 2008*, informa el expediente de resolución del contrato del servicio de limpieza en Mouga. La Administración considera que el contratista ha incurrido en la causa de resolución prevista en el art. 111.d) TRLCAP, que se refiere a la falta de prestación en plazo de la garantía definitiva. El Consejo de Estado entiende que dicha garantía fue constituida en plazo, sin perjuicio de que se hiciera de forma separada en relación con las distintas anualidades del contrato de servicios, según su respectivo número de expediente. En todo caso, el Consejo considera que podría tratarse de una constitución defectuosa de la garantía definitiva no imputable al contratista. Siguiendo la tradicional doctrina del Consejo de Estado en esta materia, la resolución de un contrato es una medida que la Administración debe adoptar siempre con obligada mesura, por lo que aun cuando en este caso pudiera haberse producido algún tipo de incumplimiento, éste no sería suficiente para determinar la resolución del contrato.

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 1363/2008, Comunidad Autónoma de Cantabria, de 11 de septiembre de 2008*, informa el expediente de resolución del contrato suscrito para la redacción del Plan General de Ordenación del Territorio del ayuntamiento de Ribamontán al Monte. En este caso la resolución del contrato se fundamenta en dos causas tipificadas en el TRLCAP: la demora en el plazo establecido para la ejecución del contrato, así como la deficiente ejecución de las prestaciones establecidas en el mismo. El Consejo de Estado no entiende que el ejercicio de la potestad de resolución en este caso infrinja el principio de proporcionalidad como alega el contratista, sino que considera que resulta adecuado por la concurrencia de las causas anteriormente citadas. En todo caso será necesario determinar qué informes ha realizado válidamente el contratista, los cuales deberán ser abonados, con el fin de evitar el enriquecimiento injusto de la entidad local, así como las posibles indemnizaciones que excedan de la cuantía de la fianza incautada como consecuencia de la resolución del contrato, que deberán cubrir los mayores gastos que suponen para el ayuntamiento tanto la realización de una nueva contratación como la incidencia de las subvenciones otorgadas al efecto por la Comunidad Autónoma.

El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª)*, en su *Sentencia de 18 de diciembre de 2008, recurso de casación núm. 1713/2006*, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la entidad mercantil «Telefónica Móviles España, S. A.» contra la Sentencia de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2005, sobre la autorización de la ejecución parcial del aval

constituido por dicha entidad, por incumplimiento de compromisos, en el segundo año de vigencia de la licencia individual de tipo C-2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio de radiocomunicaciones móviles terrestres en grupo cerrado de usuarios con tecnología digital.

El cambio de las condiciones del mercado no justifica un supuesto de riesgo imprevisible por lo que el Tribunal entiende que se ha producido el incumplimiento del contratista y justifica la ejecución del aval.

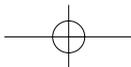
El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª)*, *Sentencia de 13 de marzo de 2008, recurso de casación núm. 1366/2005*, confirma una Resolución del Ministro de Defensa de 11 de abril de 2003, que acordó la resolución de un contrato administrativo referente al desarrollo de un sistema de metrología balística con seguimiento automático, con incautación de la garantía definitiva, por incumplimiento culpable del contratista.

Sobre estas cuestiones, *vid.*, «El silencio administrativo y la caducidad en los procedimientos administrativos en materia de contratos públicos: en especial, la resolución por incumplimiento del contratista», de J. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 137, 2008, pp. 103-114, así como «Los incumplimientos recíprocos en el contrato administrativo como causa de su resolución y la indemnización de daños y perjuicios», de R. DE VICENTE DOMINGO, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 18, 2008.

2. Desistimiento unilateral de la Administración

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 1208/2008, Educación, Política Social y Deporte, de 16 de octubre de 2008*, informa sobre la resolución del contrato de consultoría y asistencia para la redacción del estudio de detalle de la parcela y redacción del proyecto básico de ejecución, estudio de seguridad y salud, así como las direcciones facultativas de las obras y coordinación del Plan de seguridad y salud para el Centro estatal de Referencia de Atención Socio-Sanitaria a las personas con enfermedades raras y sus familias, en Burgos. La resolución se plantea tanto en relación con el contrato originario como con el posterior modificado.

En este caso el fundamento de la resolución del contrato es el desistimiento unilateral de la Administración, con apoyo en el art. 59.3 TRLCAP. El desistimiento unilateral de la Administración sólo procede por razones de interés público, que, a juicio del Consejo de Estado concurren en este caso. En este contrato el desistimiento se justifica en la disconformidad con la labor realizada por la dirección facultativa, sin que se justifique la existencia de un incumplimiento de sus obligaciones que pudiera dar lugar a la concurrencia de otra causa de resolución. Por lo que se refiere a la indemnización, en estos casos el art. 215.3 TRLCAP dispone que debe cubrir tanto el daño emergente como el lucro cesante, que se refiere al beneficio dejado de obtener y se cuantifica en un

**Contratación local**

301

10 por 100 del precio del objeto del contrato, que no ha sido ejecutado por causa del desistimiento unilateral de la Administración.

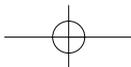
Sobre la resolución del contrato tiene interés, «La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», de C. BARRERO RODRÍGUEZ, *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2008, pp. 89-113.

XIV. CONTRATO DE OBRAS

La *STJCE (Sala 4.ª)*, de 15 mayo 2008, C-147/06 y C-148/06, «Caso *SECAP SpA y otros, contra Comuni di Torino y otros*», resuelve la cuestión prejudicial planteada en relación con el Derecho comunitario de una norma de la legislación italiana que determina la exclusión automática de las ofertas que se consideran anormalmente bajas en los contratos públicos de obras de un valor inferior al umbral establecido en la Directiva 93/37 CEE del Consejo, en su versión modificada por la Directiva 97/52 CEE del Parlamento europeo y del Consejo. El Tribunal de Justicia resuelve que las normas fundamentales del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como el principio general de no discriminación, son contrarios a una normativa nacional que, en lo que respecta a los contratos cuyo valor es inferior al umbral previsto en el art. 6, apartado 1, letra *a*), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, y que revistan un interés transfronterizo cierto, cuando el número de ofertas válidas es superior a cinco, obliga imperativamente a las entidades adjudicadoras a excluir automáticamente las ofertas consideradas anormalmente bajas en relación con la prestación, con arreglo a un criterio matemático establecido en dicha normativa, sin dejar a las mencionadas entidades adjudicadoras ninguna posibilidad de verificar la composición de esas ofertas, pidiendo precisiones sobre ellas a los licitadores interesados.

No ocurre lo mismo cuando una normativa nacional o local, o incluso la entidad adjudicadora de que se trate, debido a un número excesivamente elevado de ofertas que podría obligar a la entidad adjudicadora a verificar de manera contradictoria un número de ofertas tan elevado que sobrepasaría su capacidad administrativa, o podría poner en peligro la realización del proyecto, a causa del retraso que dicha verificación podría ocasionar, fijan un umbral razonable por encima del cual se aplica la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas.

El *TJCE (Sala 2.ª)*, de 21 de febrero de 2008, C-412/04, «Caso *Comisión contra Italia*», resuelve un recurso por incumplimiento en la transposición del Derecho comunitario de Contratación Pública por parte de la República italiana, en el que, entre otras cuestiones, se hace referencia al concepto de contrato de obra pública.



El *Informe 75/08, de 15 de diciembre de 2008*, publica el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por el que se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas particulares para los contratos de obras ajustados a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación. Este Acuerdo se dicta en aplicación de lo dispuesto por la disposición final primera del Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación. Dicha disposición establece que «para facilitar la tramitación de los correspondientes expedientes, en el plazo de quince días contados desde la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado elaborará y hará público un pliego tipo de cláusulas administrativas que los ayuntamientos interesados podrán utilizar para la preparación de la documentación necesaria para licitar y contratar las obras financiadas con cargo al Fondo de Inversión Local».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con lo establecido en dicha disposición, ha redactado pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares para la contratación de la ejecución de obras mediante la aplicación de los procedimientos abierto y negociado con y sin publicidad, ajustados a lo dispuesto en el mencionado Real Decreto-Ley, así como en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. No ha redactado pliegos para los procedimientos restringido y de diálogo competitivo, por considerar que la complejidad de sus trámites es incompatible con la urgencia que el Real Decreto-Ley citado pretende imprimir a la tramitación.

En la redacción se han tenido en cuenta los fines que se propone el Real Decreto-Ley y se han recogido como criterios de adjudicación y condiciones de ejecución los supuestos de creación de empleo mediante la contratación de mano de obra en situación de desempleo, así como la aplicación del procedimiento de urgencia en todos los contratos que se ejecuten acogiéndose al Fondo especial de financiación que se crea. También se ha establecido el límite cuantitativo a partir del cual es exigible la clasificación, que, en aplicación de la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 9/2008, se refiere a los contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a 350.000 euros.

En el *Informe 29/08, de 2 de diciembre de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal se plantea la «posibilidad de si diversos proyectos relacionados entre sí a ejecutar en una misma finca pueden ser contratados de forma conjunta y, en tal sentido, adjudicados a un mismo contratista». La Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que es posible la contratación conjunta de las obras descritas por guardar relación entre sí, debiendo requerirse la clasificación del contratista respecto de aquellos subgrupos en que resulte procedente, siempre que el



Contratación local

303

importe de la obra contratada sea igual o superior a la cifra que a tal efecto se establece en la LCSP.

El *Informe 41/08, de 2 de diciembre de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal se refiere a «redacción de proyectos. Innecesariedad de visado de colegios profesionales y no vinculación del precio a tarifas oficiales».

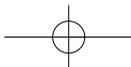
La Ley de Contratos del Sector Público, en su art. 109 dispone que antes de la aprobación del proyecto, cuando la cuantía del contrato de obras sea igual o superior a 350.000 euros, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. En los proyectos de cuantía inferior a la señalada, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, en cuyo caso el informe de supervisión será igualmente preceptivo.

En consecuencia, continúa en vigor el criterio establecido en los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núms. 10/87 y 64/96, de 12 de mayo de 1987 y 18 de diciembre de 1996, respectivamente, en el sentido de que en los proyectos de obras elaborados para las Administraciones públicas no es exigible el visado por el Colegio Profesional correspondiente, siendo suficiente a estos efectos la intervención de la Oficina de Supervisión de Proyectos o la aprobación técnica de la Entidad correspondiente.

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 1244/2008, Interior, de 25 de septiembre de 2008*, informa el expediente de resolución del contrato de obras de sustitución de las tuberías de calefacción del centro penitenciario Madrid 1. Se plantea la resolución del contrato por incumplimiento del contratista al no haberse procedido a la comprobación del replanteo en el plazo previsto en el art. 142 TRLCAP, que constituye causa de resolución en virtud de lo previsto en el art. 149 TRLCAP. Habiendo sido acreditado el incumplimiento del contratista por parte de la Administración, el Consejo de Estado entiende que procede la resolución del contrato con incautación de la garantía constituida.

El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen núm. 888/2008, Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, de 24 de julio de 2008*, informa sobre la reclamación de daños y perjuicios planteada en relación con la ejecución del contrato sobre acondicionamiento del Cabezo de la Cebada, que tenía por objeto acondicionar una obra de longitud de borde litoral de anchura variable.

El contratista solicita la indemnización para compensar los daños producidos por lluvias e inundaciones catastróficas, que considera que constituyen fuerza mayor al amparo de lo dispuesto por el art. 144 TRLCAP. El Consejo de Estado rechaza que esté fundamentada la reclamación de indemnización presentada, ya que las lluvias producidas tenían carácter recurrente y periódico en la zona afectada, por lo que no pueden ser cali-



ficadas como un supuesto de fuerza mayor. En este sentido, el Consejo de Estado aclara que, además, el contratista no había adoptado las medidas necesarias para evitar la producción de los daños.

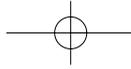
A la misma cuestión se refiere el *Dictamen del Consejo de Estado, núm. 122/2008, Fomento, de 13 de marzo de 2008*, en el que se plantea la reclamación de indemnización por daños catastróficos derivados de inundaciones en relación con la ejecución del contrato de obras del enlace de Virreinas, Autovía A-7, punto kilométrico 241,8 y del enlace entre las Rondas de Málaga (Este-Oeste) y Autovía A-15. En estos casos de fuerza mayor, según reiterada doctrina del Consejo de Estado, no sólo se exonera al contratista de responsabilidad, sino que se genera en el mismo un derecho a compensación con el fin de que no sufra ningún perjuicio por tal motivo. Acreditado el carácter catastrófico de las inundaciones, así como el hecho de que el contratista adoptó todas las medidas posibles para moderar sus efectos, el Consejo de Estado expone su posición favorable a que en este caso proceda el otorgamiento de la correspondiente indemnización al contratista. Sin embargo, siguiendo su doctrina reiterada en esta materia, el Consejo rechaza que puedan formar parte de la mencionada indemnización los gastos generales. El fundamento de este rechazo radica en que la indemnización pretende proteger al contratista de los efectos nocivos producidos por las catástrofes naturales, reintegrándole el mayor coste que supone volver a ejecutar la obra ya hecha, pero no elimina totalmente la aplicación del principio de riesgo y ventura, por lo que los gastos generales no pueden constituir un sobreprecio para el contratista.

Sobre el contrato de obras, tiene interés, *Contratos del sector público: contratos de obras públicas*, de E. MENÉNDEZ GÓMEZ, Pamplona, Aranzadi, 2008.

XV. CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

El *Informe 02/08, de 28 de julio de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se titula «Concesión de obras públicas. Competencia en la tramitación de los estudios de viabilidad. No exigencia de clasificación. Responsabilidad de la construcción de la explotación de las obras objeto de la concesión». El alcalde del ayuntamiento de Colindres, en calidad de Presidente del Consorcio de Infraestructuras Deportivas de Cantabria, solicita un dictamen de la Junta sobre diversas cuestiones relativas a la concesión de obra pública, según la regulación del TRLCAP, pero la Junta responde a estas cuestiones ya a la luz de lo establecido en la LCSP.

La Junta informa en primer lugar acerca de la elaboración del estudio de viabilidad que debe preceder al otorgamiento de una concesión de obra pública, e indica que en este caso debe ser realizado por el Consorcio de Infraestructuras Deportivas de Cantabria. En segundo lugar, aclara que no procede la exigencia de clasificación a la persona o entidad que resulte adjudicataria de la concesión, aún cuando se contemple la ejecución de una obra. Además, en el pliego de cláusulas de la concesión no podrán incluirse los honorarios de redacción del proyecto a cargo del adjudicatario. Por último, la Junta indica que



Contratación local

305

la dirección, control, supervisión y vigilancia de la ejecución de las obras no podrá ser efectuada por el propio concesionario respecto de aquellas obras que él mismo ejecute, pero sí respecto de las que encomiende a un tercero, si bien en tal caso con los requisitos y condiciones que exige la normativa aplicable.

Sobre este contrato tiene interés, «Aspectos más importantes del contrato de concesión de obra pública en la Ley de Contratos del Sector Público», de J. MORCILLO MORENO, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 76, 2008. *Vid.*, también, «Aspectos más importantes del contrato de concesión de obra pública en la Ley de Contratos del Sector Público», de F. PLEITE GUADAÑILLAS, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 81, 2008, p. 27.

XVI. CONTRATO DE SUMINISTROS

La *STJCE Luxemburgo (Gran Sala)*, de 8 de abril de 2008, *Asunto C-337/05, «Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia»*, se refiere a algunas cuestiones relativas al contrato de suministro. La sentencia citada resuelve un recurso en el que la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, al haber seguido una práctica, existente desde hace mucho tiempo y que continúa en vigor, consistente en adjudicar directamente a Agusta SpA contratos para la adquisición de helicópteros de las marcas Agusta y Agusta Bell, destinados a cubrir las necesidades de los distintos cuerpos militares y civiles del Estado italiano, sin haber seguido ningún procedimiento de licitación y, en particular, sin haber seguido los procedimientos previstos en la citada Directiva. El Tribunal condena por incumplimiento a la República italiana y aclara que el procedimiento negociado como forma de adjudicación sólo puede ser aplicado en los casos expresamente tasados, así como que no resulta aplicable la legislación nacional relativa al procedimiento negociado si no tiene apoyo expreso en las Directivas comunitarias.

Sobre esta misma cuestión trata la *STJCE Luxemburgo (Sala 2.^a) de 2 de octubre de 2008, que resuelve el Asunto C-157/06, «Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia»*. De nuevo se plantea un recurso de la Comisión contra Italia en relación con la adjudicación de un contrato de suministro de helicópteros ligeros destinados a cubrir las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos. El Tribunal resuelve que en este caso de nuevo la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y, en concreto, de los arts. 2, apartado 1, letra *b*), 6 y 9 de ésta, al haber adoptado el Decreto del Ministro del Interior núm. 558/A/04/03/RR, de 11 de julio de 2003, por el que se autoriza la inaplicación de la normativa comunitaria en materia de

contratos públicos de suministro para la adquisición de los citados helicópteros ligeros, sin que se dé ninguno de los requisitos que pueden justificar dicha inaplicación.

Sobre un contrato relativo al mismo objeto que los citados en los párrafos anteriores se pronuncia el *Tribunal Supremo español (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª)* en su *Sentencia de 30 de abril de 2008, recurso de casación núm. 320/2007*, que anula la adjudicación de un contrato para suministrar helicópteros al Ejército mediante procedimiento negociado sin publicidad por ser contrario al Derecho comunitario.

La *STJCE (Sala 3.ª)*, de 14 de febrero de 2008, *Asunto C-450/06, «Caso Varec contra Bélgica»*, resuelve una decisión prejudicial sobre la interpretación del art. 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. Esta cuestión se plantea en relación con el procedimiento de adjudicación de un contrato público para el suministro de eslabones de orugas para carros de tipo «Leopardo» por parte del Estado belga.

En esta sentencia se plantea la necesidad de armonizar la protección de los secretos comerciales, reconocida como un principio general por parte del Tribunal de Justicia, por una parte, y, por otra, el mantenimiento de una competencia leal en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, que constituye un interés público, cuya protección se admite en virtud de la jurisprudencia comunitaria.

En consecuencia, el Tribunal establece que en un recurso interpuesto contra una decisión adoptada por una entidad adjudicadora relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, el principio de contradicción no supone para las partes un derecho de acceso ilimitado y absoluto a toda la información relativa al procedimiento de adjudicación de que se trata, que haya sido presentada ante el organismo responsable del procedimiento de recurso. Por el contrario, este derecho de acceso debe ponderarse con el derecho de otros operadores económicos a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales.

La sentencia responde a la cuestión planteada en el sentido de que el art. 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable de los procedimientos de recurso previstos en dicho art. 1, apartado 1, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del art. 234 CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo.

En relación con el contrato de suministros, tiene interés, «El arrendamiento financiero y arrendamiento con y sin opción de compra como modalidades del contrato de suministro», de F. PLEITE GUADAÑILLAS, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 72, 2008, pp. 5 a 10.

XVII. CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

La *STJCE de 17 de julio de 2008 (Sala 2.ª), Asunto C-347/06, resuelve el «Caso ASM Brescia SpA contra Comune di Rodengo Saiano».*

ASM Brescia es concesionaria del servicio público de distribución de gas natural en el territorio del Comune di Rodengo Saiano, en virtud de un contrato celebrado el 27 de febrero de 1984, cuyo plazo de finalización era inicialmente el 31 de diciembre de 2014. Mediante cláusula adicional, el plazo de finalización de dicha concesión fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2029. Mediante la resolución núm. 19 de su consejo municipal, de 19 de julio de 2005, el Comune di Rodengo Saiano fijó el 31 de diciembre de 2005 como fecha de la finalización anticipada de la concesión adjudicada a ASM Brescia con el fin de poder convocar una licitación y designar un nuevo gestor del referido servicio. Asimismo, se reconocía a ASM Brescia, el derecho a un reembolso del valor residual de las amortizaciones, estimado, por un dictamen pericial, en 926.000 euros. ASM Brescia interpuso un recurso contra la antedicha resolución ante el órgano jurisdiccional remitente.

Posteriormente, entró en vigor el Decreto-Ley 273/2005 que prevé, en su art. 23, la prórroga automática del término del periodo transitorio al que se refiere el art. 15, apartado 5, del Decreto legislativo 164/2000, esto es, desde el 31 de diciembre de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2007, así como, en caso de que se cumplan determinados requisitos, la prórroga automática de dicho periodo, desde el 31 de diciembre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2009. El Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, al albergar dudas sobre la conformidad de dicha norma con el Derecho comunitario, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, entre otras, las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. ¿Es compatible con los arts. 43, 49 y 86 CE, apartado 1, así como con los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia, la prórroga automática y general hasta el 31 de diciembre de 2007, de las concesiones de distribución de gas natural vigentes, que se adjudicaron en su origen sin previo procedimiento de licitación?
2. ¿Son compatibles con los arts. 43, 49 y 86 CE, apartado 1, así como con los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia las prórrogas automáticas complementarias hasta el 31 de diciembre de 2009 de las concesiones de distribución de gas natural vigentes, que se adjudicaron en su origen sin procedimiento de licitación?

Para responder a estas cuestiones el Tribunal comienza recordando que una concesión de servicio público, como aquella de que se trata en el litigio principal, no está com-

prendida dentro del ámbito de aplicación de las directivas relativas a las diferentes categorías de contratos públicos. No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado que cuando las autoridades públicas tienen la intención de adjudicar una concesión de esas características están obligadas a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Además, en la medida en que una concesión de esas características presente un interés transfronterizo, su adjudicación, sin transparencia alguna, a una empresa establecida en el Estado miembro de la entidad adjudicadora, constituye una diferencia de trato, en perjuicio de las empresas situadas en otro Estado miembro que puedan estar interesadas en dicha concesión. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otros Estados miembros, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los arts. 43 y 49 CE; el art. 86 CE, apartado 1, se opone a que los Estados miembros mantengan en vigor una normativa nacional contraria a los arts. 43 y 49 CE respecto de las empresas públicas y aquéllas a las que concedan derechos especiales o exclusivos.

En este caso es preciso tener en cuenta que la concesión de que se trata en el litigio principal fue adjudicada en 1984, época en la que el Tribunal de Justicia aún no había declarado que del Derecho comunitario primario se desprendía que los contratos que presentaban un interés transfronterizo cierto, podrían estar sujetos a obligaciones de transparencia cuando concurrieran determinados requisitos. En estas circunstancias, el principio de seguridad jurídica no sólo permite, sino que también exige, que la resolución de una concesión de esas características vaya acompañada de un periodo transitorio que permita a las partes contratantes poner fin a sus relaciones contractuales de forma aceptable, tanto desde el punto de vista de las exigencias del servicio público como desde el punto de vista económico.

En consecuencia, el Tribunal resuelve las cuestiones primera y segunda afirmando que los arts. 43, 49 y 86 CE, apartado 1, no se oponen a que la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, prevea la prolongación, con los requisitos que en ella se indican, de la duración del periodo transitorio tras el cual ha de tener lugar la finalización anticipada de una concesión de distribución de gas natural como aquélla de que se trata en el litigio principal, siempre que dicha prolongación pueda considerarse necesaria para permitir a las partes contratantes poner fin a sus relaciones contractuales de forma aceptable, tanto desde el punto de vista de las exigencias del servicio público como desde el punto de vista económico.

En el *Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, núm. 50/08, de 2 de diciembre de 2008*, se resuelve una consulta planteada en relación con la «determinación de cuáles son los conceptos particulares que deben considerarse incluidos en los genéricos “gastos generales” y “beneficio industrial”». Esta cuestión se plantea en relación con el contrato de gestión de servicios públicos suscrito entre el Consorcio de Aguas Teulada Benitachell y la entidad mercantil «Aquaquest Levante,

S. A.». El fundamento de esta consulta está vinculado con la revisión de las partidas unitarias que componen el precio del contrato.

La Junta Consultiva considera que ante la ausencia de regulación de esta cuestión en los preceptos dedicados al contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP y del Reglamento General de Contratación, la forma más adecuada para determinar el contenido de los conceptos citados debe partir de la documentación contractual; en defecto de ella, deberá aplicarse de forma analógica el Reglamento General, que, aunque no regula de forma directa el contrato de gestión de servicios públicos, sí contiene una regulación que puede ser aplicable por razón de su naturaleza.

El art. 131 del Reglamento establece los conceptos que integran el presupuesto base de licitación, concepto que se identifica, a los efectos que aquí interesan, con el de precio. Según este precepto, el presupuesto estará integrado por el resultado de sumar a los precios de las partidas alzadas y la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario, el importe de los conceptos de gastos generales de estructura que se fijan en los porcentajes indicados en la propia norma y el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Los gastos generales de estructura según el Reglamento son los siguientes: los gastos generales de empresa, los gastos financieros, las cargas fiscales (salvo el Impuesto sobre el Valor Añadido), las tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el coste de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato, así como el beneficio industrial, que se fija en el 6 por 100 del presupuesto de ejecución material.

De lo anterior se deduce que por gastos generales de estructura, tal como los conceptúa el Reglamento en su art. 131, deben entenderse aquéllos que no tienen la consideración de coste (directo o indirecto) del servicio, por cuanto no dependen directamente de la prestación de éste, siendo costes derivados de la actividad general de la empresa contratista. Ello explica que junto a los gastos generales de estructura, pero separadamente de ellos, se enumeren los costes que inciden sobre la propia prestación objeto del contrato y demás derivados de las obligaciones de éste.

Los gastos generales de estructura que, según el art. 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el precio del contrato, deducidos de los conceptos que integran el presupuesto base de licitación, son, en consecuencia, aquéllos que no guardan una relación directa con la ejecución de contrato ni con las obligaciones derivadas del mismo. Tales gastos no pueden ser contemplados en la revisión de las partidas unitarias que componen el precio, como es el caso de las tarifas cobradas por el suministro de agua.

El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª)*, *Sentencia de 19 de febrero de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 256/2005*, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Agrupación de Operadores de Cable, AIE contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2005, de modificación del contrato concesional con «Sogecable, S. A.», para la prestación del servicio público de televisión. El Tribunal considera que la modificación del contrato impuesta

por la Administración en relación con este contrato de gestión de servicios públicos se produce por razones de interés público y es conforme a la legalidad.

El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), Sentencia de 22 de octubre de 2008, recurso de casación núm. 819/2006*, desestima el recurso interpuesto por «Vanyera, S. A.» contra la desestimación presunta de la solicitud a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de que se devolvieran las inversiones efectuadas en el centro penitenciario de Picassent (Valencia), por importe de 300.506,05 euros en cumplimiento de lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas del contrato de gestión de servicios públicos en su día adjudicado, al vencer el plazo de duración de dicho contrato.

El fundamento de la petición del contratista se centra en que en el contrato suscrito no se estableció la facultad de reversión a favor de la Administración de la inversión efectuada para la actualización y mejora del equipamiento de la cocina del centro penitenciario y por haber resultado imposible su amortización por la escasa duración del contrato. El Tribunal mantiene que la ausencia de previsión en los pliegos de la reversión no es relevante, pues en todo caso, la Ley de Contratos es categórica a este respecto y prevalece sobre lo establecido en éstos. Además, la inclusión de estas mejoras fue uno de los elementos decisivos para la adjudicación del contrato.

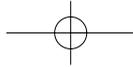
XVIII. CONTRATO DE SERVICIOS

La *STJCE (Sala 3.ª), de 19 de junio de 2008, Asunto, C-454/06, «Caso Presstetext Nachrichtenagentur GmbH contra Austria»*, resuelve una cuestión prejudicial planteada en relación con la interpretación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

En esta sentencia el Tribunal precisa el concepto de modificación de los contratos desde la perspectiva del Derecho comunitario. En este sentido expone que con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato.

La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta

**Contratación local**

311

última interpretación se confirma en el art. 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone restricciones para la adjudicación de servicios complementarios al objeto principal del contrato de servicios, mediante el procedimiento negociado.

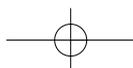
Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del mismo de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

A la luz de estos criterios, el Tribunal entiende que en el caso de esta sentencia no se ha producido una modificación en los términos expuestos. En consecuencia, el Tribunal entiende que el término «adjudicar», empleado en los arts. 3, apartados 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúa asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales. Tampoco se produce una adjudicación en el caso de que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular.

En el *Informe 28/08, de 2 de diciembre de 2008*, de la Junta Consultiva de Contratación administrativa estatal relativo a la «capacidad de la Administración para prorrogar los contratos de servicios según los arts. 23.2 y 279 de la Ley de Contratos del Sector Público», se resuelve la consulta formulada por el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte relativa a la aparente contradicción entre lo dispuesto en el art. 23.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el 279 del mismo texto legal.

El art. 23.2 LCSP admite que el contrato prevea una o varias prórrogas, siempre que sus características permanezcan inalterables por todo el periodo de duración de éstas debiendo ser acordadas por el órgano de contratación y teniendo carácter obligatorio para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario. Por su parte el art. 279 LCSP, al regular la duración del contrato de servicios establece que podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el art. 23.2 LCSP contiene una norma de carácter general que es de aplicación a todos los contratos regulados por ella; por el contrario, el art. 279 LCSP contiene un precepto de carácter especial, aplicable en exclusiva al contrato de servicios, que debe considerarse que deroga la norma general del art. 23 en relación con los contratos de servicios.



Sobre el contrato de servicios, *vid.*, «Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicio en la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público», de L. TOLIVAR ALAS y E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2008, pp. 55 a 88.

XIX. INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS

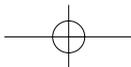
El TJCE (Sala 1.^a), en su Sentencia de 10 de enero de 2008, Asunto C-60/06, «Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Portugal», resuelve el recurso interpuesto por la Comisión contra la República portuguesa por incumplimiento del art. 228 CE, apartado 1, al no haber adoptado las medidas necesarias para garantizar la ejecución de la Sentencia de 14 de octubre de 2004, Comisión/Portugal (C-275/03).

El incumplimiento se produce como consecuencia de que Portugal no ha derogado el Decreto-Ley núm. 48051, de 21 de noviembre de 1967, que subordina a la prueba de la existencia de dolo o culpa, la concesión de una indemnización de daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que adaptan el Derecho nacional.

La República portuguesa alega en su defensa que un reciente cambio de gobierno había provocado un retraso en la adopción de las medidas requeridas para la ejecución de la Sentencia Comisión/Portugal, antes citada. Dicho Estado miembro sostiene, además, que siempre ha tenido la «firme intención» de establecer un régimen de responsabilidad civil de las entidades de Derecho público que se atenga a las exigencias de la Directiva 89/665, pero que dificultades de orden constitucional, le han impedido obtener este resultado; estas dificultades le impidieron obtener la aprobación de un texto definitivo que derogase el Decreto-Ley núm. 48051 y, en consecuencia, ejecutar la Sentencia Comisión/Portugal, antes citada.

El Tribunal afirma que, según reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario y declara la responsabilidad de la República portuguesa derivada del incumplimiento.

La STJCE Luxemburgo (Sala 2.^a), de 3 de abril de 2008, Asunto C-444/06, «Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España», analiza el posible incumplimiento del Reino de España al no incorporar a su normativa la previsión de un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores, así como la falta de regulación de un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración y al permitir que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos. El Tribunal declara el incumplimiento en relación con las dos primeras causas citadas.

**Contratación local**

313

El TJCE (Sala 2.^a), de 21 de febrero de 2008, C-412/04, «Caso Comisión contra Italia», resuelve un recurso por incumplimiento en la transposición del Derecho comunitario de Contratación Pública de la República italiana que, entre otras cuestiones, se hace referencia al concepto de contrato de obra pública. La STJCE Luxemburgo (Gran Sala), de 8 de abril de 2008, Asunto C-337/05, «Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia», se refiere a algunas cuestiones relativas al contrato de suministro. Sobre esta misma cuestión trata la STJCE Luxemburgo (Sala 2.^a), de 2 de octubre de 2008, que resuelve el Asunto C-157/06, «Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia».

XX. OBRAS GENERALES

«¿Por qué una nueva Ley de Contratos?: objetivos, alcance y principales novedades de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público», de J. A. MORENO MOLINA, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 139, 2008, pp. 419-451.

Eficiencia en la gestión de recursos, proyectos y contratos de la Administración Pública, 2 tomos, Madrid, Instituto Universitario «General Gutiérrez Mellado», 2008.

Ecuaciones de los contratos públicos, de R. DROMÍ, Madrid, Ediciones Ciudad Argentina, 2008.

Diccionario de Contratación Pública, Madrid, Iustel Publicaciones, 2008.

Manual de Derecho de la Construcción adaptado a la Ley de Contratos del Sector Público, de F. DÍAZ BARCO, Pamplona, Aranzadi, 2008.

La contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público, Madrid, Civitas, 2008.

Contratos del sector público, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2008.

Derecho Administrativo del siglo XXI, dirigido por E. ORTEGA MARTÍN, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008. Contiene, entre otros estudios, «La externalización de los servicios públicos», de C. LESMES, y «La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas. Especial referencia al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», de C. CHINCHILLA MARÍN.

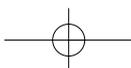
Ley de Contratos del sector público. Trabajos Parlamentarios, edición literaria de A. M.^a REY GÓMEZ, Madrid, Congreso de los Diputados, 2008.

Guía para la aplicación de la Ley de Contratos del sector público, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 2008.

Código de contratación pública, editor literario J. J. TORRES FERNÁNDEZ-NIETO, Pamplona, Aranzadi, 2008.

Contratos del sector público: contratos de obras públicas, de E. MENÉNDEZ GÓMEZ, Pamplona, Aranzadi, 2008.

Manual Práctico de contratación del sector público. Régimen y procedimientos de la Ley de Contratos del sector público, de F. VELÁZQUEZ CURBERO, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.



Ley de Contratos del Sector Público. Concordancia, jurisprudencia, normas complementarias básicas, índice analítico, editor literario, J. L. GIL IBÁÑEZ, Madrid, Colex, 2008.

Comentarios a la Ley 30/2007 de Contratos del sector público, director J. L. VICENTE IGLESIAS, Madrid, La Ley, 2008.

Contratos administrativos. Legislación y jurisprudencia, de Ó. MORENO GIL, Madrid, Civitas, 2008.

Contratación Pública. Comentarios a la Ley de Contratos del sector público, director J. M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 2008.

Contratación administrativa, AAVV, Pamplona, Aranzadi, 2008.

Contratos del sector público. Legislación e informes, editor literario J. M.^a RODRÍGUEZ OLIVERA, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 2008.

Comentarios a la Ley Foral de Contratos públicos (Ley Foral 6/2006 de 9 de junio), Pamplona, Gobierno de Navarra, 2008.

La estructura de los contratos públicos (norma, acto y contrato), de J. L. MEILÁN GIL, Madrid, Iustel Publicaciones, 2008.

Contratación del sector público, Madrid, La Ley, 2008.

Contratación administrativa actualizada y puesta al día conforme a la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con entrada en vigor el 1 de mayo de 2008, de C. TOLOSA TRIBIÑO, Pamplona, DAPP, 2008.

«El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», de J. BERMEJO VERA, *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2008, pp. 115-159.

XXI. OBRAS ESPECÍFICAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL Y COMUNITARIA

La contratación del sector público local. Aspectos prácticos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, de C. LUCENA CAYUELA, Madrid, Tecnos, 2008.

«La LCSP y la Legislación Local», de P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17, 2008, pp. 70 a 89.

«Contratación Pública, Derecho comunitario y entidades locales», de D. BERBEROFF AYUDA, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, 2008, pp. 48 a 63.

Comentarios sobre la contratación pública comunitaria y la Ley de Contratos del sector público, de Á. CANALES GIL y J. A. HUERTA BARAJAS.

«Contratación y urbanismo. Contratación de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización», de Á. MENÉNDEZ REXACK, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, 2008, pp. 17 a 47.

Haciendas locales

Andrés GARCÍA MARTÍNEZ

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Autónoma de Madrid*

Domingo J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS

*Becario FPU-MICINN en el Área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Autónoma de Madrid*

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ

*Becario FPU-MICINN en el Área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Autónoma de Madrid*

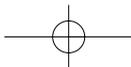
Palabras clave: haciendas locales; presupuestos locales; impuestos locales

Key words: local finance; local budget; local taxes

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES.—III. INGRESOS DE LAS HACIENDAS LOCALES.—1. Ingresos tributarios.—*1.1. Impuestos.*—1.1.1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles.—1.1.2. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.—1.1.3. Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.—1.1.4. Impuesto sobre Actividades Económicas.—1.1.5. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.—1.2. *Tasas.*—1.3. *Contribuciones especiales.*—2. Otros ingresos.—IV. PRESUPUESTOS DE LAS HACIENDAS LOCALES.—V. PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS EN EL ÁMBITO LOCAL.

I. INTRODUCCIÓN

Si en 2007 fue el Informe de la Ponencia de estudio de la financiación local constituida en el seno de la Comisión de Entidades Locales del Senado el encargado de impulsar desde las instituciones el acervo reformista en el ámbito de las haciendas locales, en 2008 dicho acervo ha recibido un nuevo impulso con la publicación del Informe *La Financiación Local en España: Radiografía del presente y propuestas de futuro* [disponible en www.femp.es (último acceso: 13 de marzo de 2009)], elaborado por un grupo de expertos coordinado por el profesor J. SUÁREZ PANDIELLO a instancias de la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante, *Informe FEMP*). Ambos informes van



316 **Andrés García Martínez / Domingo J. Jiménez-Valladolid / César Martínez Sánchez**

a conformar, en nuestra opinión, los cimientos sobre los que se va a erigir la ansiada reforma de la financiación de los entes locales.

Este movimiento reformista se ha visto plasmado en la declaración de intenciones contenida en la disposición adicional 66.^a de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 (BOE de 24 de diciembre de 2008), cuyo tenor es suficientemente revelador [*«El Gobierno continuará con los trabajos y las negociaciones en curso con la FEMP para la reforma del sistema de financiación local (...), con el objetivo de conseguir un acuerdo que permita que el conjunto de dicho sistema garantice a las Entidades Locales la suficiencia financiera en el ejercicio de sus competencias y en la prestación de los servicios públicos»*].

Por ello, no es de extrañar que, como veremos, este espíritu reformista haya calado hondo en la doctrina, la cual, en buena medida, ha centrado sus estudios en el análisis y discusión de las propuestas ofrecidas por los distintos actores institucionales. Junto a ello, aunque en 2008 ha sido escasa en términos cuantitativos, la producción normativa ha tenido una elevada relevancia cualitativa para los entes locales, en particular, por la creación del Fondo Estatal de Inversión Local, previsto en el Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre.

II. PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES

Dentro de este apartado el aspecto que, sin duda, ha despertado mayor interés, ha sido el de la *posición de las haciendas locales en los nuevos Estatutos de Autonomía*. Aun cuando en 2008 no se ha aprobado ni presentado ninguna nueva propuesta de reforma de los actuales Estatutos de Autonomía —de hecho, la tramitación de la propuesta de reforma del Estatuto de Castilla-La Mancha (ref. 127/000009, BOCG de 9 de febrero de 2007) ha quedado paralizada durante gran parte de 2008—, las previsiones contenidas en los Estatutos aprobados en los últimos años y en la citada propuesta han sido objeto de un minucioso análisis por la doctrina científica.

El interés se ha centrado, pues no podía ser de otra forma, en las previsiones contenidas en los arts. 218.2 del Estatuto de Cataluña y 107 de la propuesta de reforma del Estatuto castellano-manchego. Ambos preceptos reconocen la competencia, compartida con el Estado, de las respectivas Comunidades Autónomas (CCAA) en materia de haciendas locales, si bien el Estatuto de Cataluña va más allá al reconocer que tal competencia incluye *«la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales»*. Tal previsión, junto con otras contenidas en los nuevos Estatutos de Autonomía —así, las relativas a la tutela financiera de las entidades locales por las CCAA o a la concesión de subvenciones incondicionadas a las entidades locales—, ha sido analizada en diversos trabajos, entre los cuales, por su interés, destacamos los siguientes: J. MARTÍN FERNÁNDEZ, «La hacienda local en los nuevos Estatutos de Autonomía: una visión panorámica» (*Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 299, 2008, pp. 57-70),

y C. RUIZ HIDALGO, «La financiación de las haciendas locales en los nuevos Estatutos», en *La financiación autonómica en los Estatutos de Autonomía*, A. M. PITA GRANDAL (dir.) (Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 481-494).

Por otro lado, tanto el *Informe FEMP* (pp. 298-299), como la doctrina han analizado las posibilidades de incrementar los recursos de las entidades locales de cara a asegurar su suficiencia financiera. A este respecto, es destacable la aportación de J. MARTÍN FERNÁNDEZ y J. ZORNOZA PÉREZ, «Las haciendas locales: esas grandes olvidadas» (*Papeles de Economía Española*, núm. 115, 2008, pp. 81-100), en la que, además de analizar posibles modificaciones en los actuales tributos municipales, se plantean nuevas posibilidades de financiación a través de nuevos espacios tributarios disponibles para los entes locales. Así, se han señalado *nuevas figuras tributarias* que podrían ser tenidas en cuenta de cara a la eventual reforma de la financiación local, entre las cuales se encuentran ciertos tributos de carácter medioambiental [impuestos sobre contaminación acústica producida por aeropuertos o locales nocturnos o de entrada por barrios céntricos —materia sobre la cual se ha presentado una proposición de Ley (ref. 122/000058, *BOCG* de 23 de abril de 2008) con el objeto de añadir un nuevo apartado en el art. 20.3 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL) en el que se prevea la posibilidad de exigir una tasa por el acceso de vehículos de tracción mecánica a los centros urbanos de municipios de más de 250.000 habitantes—] o relacionados con las actividades turísticas (impuesto sobre estancias en establecimientos hoteleros). Adicionalmente, se han planteado las posibilidades de establecer *recargos municipales sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* (*Informe FEMP*, p. 298) o de crear la figura del tributo autonómico cedido a las entidades locales, cuya incompatibilidad con la actual configuración del sistema de recursos locales ha sido advertida por la doctrina (*cf.* J. MARTÍN FERNÁNDEZ, «La hacienda...», *cit.*, pp. 61-62).

Junto a estas nuevas figuras tributarias, se ha subrayado la necesidad de que las Comunidades Autónomas desarrollen un papel más activo en la realización de la *suficiencia financiera* de los entes locales a través de su participación en los ingresos de aquéllas. A este respecto ha de recordarse la previsión relativa a la creación de fondos de cooperación municipal en algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía [así, a modo de ejemplo, en el Estatuto de Cataluña (art. 219.1), Illes Balears (art. 138.2) o Aragón (art. 114.5)]. Tales fondos habrán de servir como instrumentos para materializar la participación de los entes locales en los ingresos de las Comunidades Autónomas por medio de un sistema de transferencias incondicionadas que asegure, al mismo tiempo, la suficiencia y autonomía financiera de los entes locales. Sobre la configuración de este sistema pueden consultarse el *Informe FEMP* (pp. 300-308) o lo expuesto por C. PRIETO MARÍN y E. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Las participaciones de las entidades locales en los ingresos tributarios de las Comunidades Autónomas» (*Revista de Estudios Locales. CUNAL*, núm. 115, 2008, pp. 40-52).

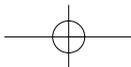
Por su parte, el principio de *autonomía financiera* local ha sido esgrimido por varios municipios de la Comunidad de Madrid en diversos recursos ante el Tribunal

Superior de Justicia (TSJ) de Madrid con el objetivo de que se planteara una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el epígrafe 9.4 del capítulo IX del Título III de la Ley 27/1997, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid [arts. 114.a)-114.g)], en su redacción dada por la Ley 18/2000, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. En dicho epígrafe se regula la «Tasa por la cobertura del servicio de prevención y extinción de incendios y salvamentos de la Comunidad de Madrid». Dicha tasa era exigida por la Comunidad de Madrid, entre otros, a aquellos municipios cuya población fuera superior a los 20.000 habitantes y fueran beneficiarios de tal servicio por no disponer de medios propios para hacerse cargo de tal servicio aun cuando no hubieran solicitado la dispensa en su prestación [art. 31 de la derogada Ley 14/1994 de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por la referida Ley 18/2000].

A este respecto, debe recordarse que, aun cuando la prestación de dicho servicio es competencia municipal [art. 25.2.c) de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)] y tal servicio ha de ser prestado por los municipios cuya población supere los 20.000 habitantes [art. 26.1.c) LRBRL], la propia LRBRL prevé la posibilidad de que los municipios soliciten a la Comunidad Autónoma respectiva la dispensa en la prestación del servicio (art. 26.2 LRBRL) y la posición de garante que corresponde a las diputaciones provinciales en la prestación de estos servicios (arts. 26.3 y 36 LRBRL). Dicha posición fue asumida por la Comunidad de Madrid (disposición transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía madrileño).

Pues bien, entre otros argumentos, los municipios recurrentes plantearon que la exigencia de dicha tasa en los supuestos citados anteriormente vulneraba la autonomía financiera local al materializarse sobre un ámbito de competencia municipal. Sin embargo, tal argumento no ha sido acogido por el TSJ de Madrid en la medida en que dicha tasa dejaría de ser exigida a aquellos municipios que suscribieran un convenio con la Comunidad de Madrid para prestar dicho servicio (art. 31.6 Ley 14/1994) y tal tasa únicamente se exige a aquellos municipios con población superior a 20.000 habitantes «cuando no prestasen o prestasen de forma insuficiente tal servicio pese a estar obligados a ello» [FD 3 D) de la STS de 10 de mayo de 1999 (rec. 9070/1992)]. Por consiguiente, no se aprecia por el Tribunal indicios de una posible vulneración de los arts. 140 y 142 de la Constitución Española (CE) que motivaran el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con la citada normativa¹.

¹ Dichas o análogas argumentaciones se han planteado en hasta 16 sentencias del TSJ de Madrid en 2008 [así en las de 26 de mayo (rec. 2839/2003), de 30 de mayo (recs. 3542/2003 y 3562/2003), de 20 de junio (recs. 81/2004 y 604/2003), de 16 de julio (rec. 469/2003), de 28 de julio (rec. 503/2003), de 12 de septiembre (recs. 55/2004 y 116/2004), de 25 de septiembre (rec. 497/2004), de 26 de septiembre (rec. 556/2004), de 30 de septiembre (recs. 576/2007 y 237/2007), de 9 de octubre (rec. 463/2007), de 10 de octubre (rec. 2532/2004) y 31 de octubre (rec. 2799/2004)].



III. INGRESOS DE LAS HACIENDAS LOCALES

1. Ingresos tributarios

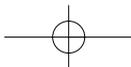
1.1. Impuestos

1.1.1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles

En relación con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) se ha producido durante 2008 una relativa actividad normativa, centrada, fundamentalmente, en la materia catastral. La Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 (BOE de 27 de diciembre de 2007), se ha limitado (art. 70) a establecer la actualización de los valores catastrales, con efectos de 1 de enero de 2008, mediante la aplicación del coeficiente 1,02 y los criterios para proceder a dicha actualización.

La *Dirección General del Catastro* (DGC) ha dictado la *Resolución de 24 de noviembre de 2008*, por la que se aprueba el régimen de funcionamiento de la Oficina Virtual del Catastro y de los Puntos de Información Catastral (BOE de 8 de diciembre de 2008). La norma es de gran importancia debido a los servicios de Administración electrónica que presta la Oficina Virtual del Catastro, cada vez más numerosos y perfeccionados, y a los servicios de información catastral que prestan los cada vez más extendidos Puntos de Información Catastral, especialmente, por poner sólo un ejemplo, los instalados en las propias Notarías. El objeto de la Resolución, por tanto, es el de regular las condiciones de prestación de los servicios que ofrece la Oficina Virtual del Catastro directamente al usuario, así como los prestados a través de los Puntos de Información Catastral instalados en las Administraciones, entidades y corporaciones públicas autorizadas.

Asimismo, la *DGC* ha dictado la *Resolución de 25 de marzo de 2008*, por la que se modifica la estructura, contenido y formato informático del fichero del Padrón Catastral aprobado por Resolución de 22 de diciembre de 2005, con relación a los bienes inmuebles de características especiales (BOE de 5 de abril de 2008). El objeto de esta norma es aprobar la estructura, contenido y formato del fichero informático de remisión del padrón catastral para los bienes rústicos, urbanos y de características especiales (fichero PAD-DGC), que se recoge como anexo a la Resolución y que también tendrá que utilizarse para la remisión de todas las modificaciones jurídicas y alteraciones de valor catastral de los bienes inmuebles (urbanos, rústicos o de características especiales) acordadas que tengan efectos tributarios en el IBI en el propio ejercicio que se produzcan (fichero DOC-DGC). En relación con esta materia el Ministerio de Economía y Hacienda ha aprobado la Orden EHA/821/2008, de 24 de marzo, por la que se establecen las condiciones del suministro de la información relativa a los bienes inmuebles de características especiales objeto de concesión administrativa (BOE de 28 de marzo de 2008). Se establece un sistema telemático para la remisión de esta información, a través de la Oficina Virtual del Catastro, que deberá realizarse durante el mes de enero de cada año y deberá estar referida a todas las variaciones que hayan tenido lugar en el ejercicio anterior, siem-



pre que se mantengan en la fecha del devengo del IBI. La importancia de esta normativa es notoria, pues la correcta aplicación del IBI depende de la adecuada integración y actualización de los bienes que forman parte del padrón catastral.

Para concluir con este sucinto repaso de la actividad normativa relativa al Impuesto, sólo nos resta mencionar la aprobación por parte del Ministerio de Economía y Hacienda de la *Orden EHA/2816/2008, de 1 de octubre, de modificación de la Orden EHA/3188/2006, de 11 de octubre*, por la que se determinan los módulos de valoración a efectos de lo establecido en el art. 30 y en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (BOE de 9 de octubre de 2008). La norma modifica el cuadro de valores contenido en el art. 4.2, así como la redacción del art. 5.2 de la Orden que es objeto de modificación. Asimismo, debe hacerse mención de la Resolución de la Dirección General del Catastro de 21 de julio de 2008, por la que se publica el Convenio celebrado con el Colegio de Abogados de la Rioja (BOE de 20 de agosto de 2008), de colaboración en materia de gestión catastral, y que se encuentra en la línea de los numerosos convenios celebrados en esta materia por la DGC con distintas Administraciones y entidades. El Convenio se suscribe para el desarrollo de actuaciones dirigidas a facilitar a los ciudadanos la consulta y certificación de datos catastrales, así como la presentación de declaraciones ante el Catastro, y para la obtención telemática de los necesarios datos catastrales para la tramitación de las solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En cuanto a la jurisprudencia, merece destacarse la *STS de 30 de mayo de 2008 (rec. 7884/2002)*, que declara sujetas al IBI las instalaciones industriales de una refinería de petróleo. Para el Tribunal, del art. 62.b.1) de la LRHL [actual art. 7.4.b) y 8.2.a) del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario en conexión con el art. 61 TRLRHL] se deduce que el legislador ha querido gravar con el IBI toda clase de construcciones, en sentido amplio, con abstracción de su lugar de ubicación, de su destino, de los materiales que las configuren o de la posibilidad de su traslado. Y se reputan como edificios las instalaciones comerciales e industriales, en la medida en que sean equiparables a los mismos por ser construcciones estables en las que se desarrolle una actividad de las clases citadas, describiéndose, como tales, de una forma enunciativa, aunque no exhaustiva, los diques, tanques y cargadores. Así pues, el conjunto de construcciones que constituyen las instalaciones propias de una refinería de petróleo se subsumen en la tipificación de bienes sujetos al IBI. Por el contrario, las simples máquinas, aparatos o artefactos, que se sitúan dentro de edificios, afectos, por supuesto, a la explotación industrial de que se trata, no están sujetos al IBI.

El Tribunal Supremo (TS) ha declarado la posibilidad de que las Administraciones locales utilicen la vía de solicitar la *responsabilidad patrimonial de la Administración* cuando las deudas tributarias correspondientes al IBI no han podido ser recaudadas debido a una inactividad de la Administración del Estado, bien en vía económico-administrativa, bien en vía de gestión catastral del Impuesto. Así, por ejemplo, en la *STS de 15 de julio de 2008 (rec. 169/2006)*, en relación con una inactividad en materia de ges-

ción catastral y en la *STS de 27 de junio de 2008 (rec. 4568/2004)*, en materia de gestión y revisión económico-administrativa, si bien, en ambas sentencias, finalmente, el Tribunal Supremo no declara la responsabilidad patrimonial de la Administración estatal por concurrir también culpa de la propia Administración local reclamante en la producción del perjuicio económico².

Respecto a las aportaciones doctrinales relativas al IBI, cabe destacar el artículo de C. LÓPEZ GARCÍA, «El sistema de recursos y reclamaciones del Impuesto sobre Bienes Inmuebles» (*Tributos Locales*, núm. 85, 2008, pp. 25-50), en el que se aborda una de las cuestiones que más conflictos genera en la aplicación del impuesto, debido al reparto competencial entre la Administración del Estado y las Administraciones locales, con el consiguiente régimen diferenciado de recursos en vía administrativa. Asimismo, merece destacarse el trabajo de F. DE VICENTE DE LA CASA, «La concurrencia y articulación del Impuesto sobre Bienes Inmuebles con otros tributos que recaen sobre el mismo objeto imponible» (*Revista de Estudios Locales. CUNAL*, núm. 108, marzo de 2008, pp. 39-61)³. En el mismo el autor realiza un repaso del objeto, naturaleza y características del IBI, comparándolo, a continuación, con otros impuestos del sistema. Cabe destacar que en el artículo se presta atención al recargo existente en el Impuesto para las viviendas desocupadas, pero lo cierto es que el autor no parece haber entendido correctamente las tesis doctrinales vertidas sobre el mismo, pese a haber utilizado profusamente los trabajos en las que se exponen.

1.1.2. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras

Aunque en 2008 no ha tenido lugar ninguna novedad legislativa que afecte al Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO), sí hay ciertos aspectos relativos a este tributo que, en nuestra opinión, merecen ser tenidos en cuenta. En primer lugar, han de destacarse las *propuestas de reforma* que sobre esta figura se han planteado en el *Informe FEMP* (pp. 296-297). Estas propuestas afectan a diversos aspectos como son el *hecho imponible* del tributo (con la finalidad de sujetar a gravamen no sólo aquellas obras en que sea necesaria la obtención de licencia municipal para su realización, sino también en supuestos de comunicación o aquellas incluidas en proyectos de urbanización. Igualmente se plantea su exigencia en casos de obras ilegales no susceptibles de posterior legalización), *sujetos pasivos* (alterando la regulación de la figura del sustituto para evitar que el mero hecho de la presentación de solicitud de licencia se erija en presu-

² Sobre esta interesante cuestión nos permitimos remitir al lector al artículo de A. GARCÍA MARTÍNEZ, «Prescripción de tributos de otras Administraciones por inactividad de los Tribunales Económico-Administrativos del Estado y responsabilidad patrimonial de la Administración», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 284, 2006, pp. 45-90.

³ Tenemos que advertir que el mismo trabajo ha sido republicado por su autor en la revista *Tribuna Fiscal*, núm. 211, mayo de 2008, pp. 26-47, con el mismo título, y en la revista *Información Fiscal*, núm. 89, 2008, pp. 47-85, igualmente, con el mismo título.

322 **Andrés García Martínez / Domingo J. Jiménez-Valladolid / César Martínez Sánchez**

puesto para la sustitución o atribuyendo tal condición al propietario del inmueble que no sea considerado dueño de la obra), *base imponible* (permitiendo que la Ordenanza reguladora del impuesto prevea la opción del contribuyente de acudir al método de estimación objetiva para determinar la base imponible tanto en la liquidación provisional, como en la definitiva, de cara a simplificar la gestión del tributo) o el *tipo de gravamen* (permitiendo el establecimiento de tipos diferenciados en función de la tipología o uso de la construcción).

El Tribunal Constitucional (TC), por su lado, ha inadmitido en su *Auto de 28 de abril (ATC 117/2008)* un recurso de amparo contra la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2005. El recurso de amparo tiene como trasfondo la aplicación de una bonificación en el ICIO, aunque en el Auto el TC no examina aspectos directamente relacionados con este tributo, sino con los problemas relacionados con la ejecución de sentencias cuando sobre el mismo objeto han recaído sentencias contradictorias y no se ha excepcionado la litispendencia por las partes en el ulterior proceso.

Por otro lado, el año pasado nos hacíamos eco de la apertura de una *investigación por parte de la Comisión Europea* en relación con la posible incompatibilidad de la exención contenida en el art. IV.1.b) del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre Asuntos Económicos con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado. Dicha investigación ha continuado su tramitación durante el año 2008 como ha manifestado la Comisaria Kroes en su respuesta de 2 de abril a una pregunta parlamentaria formulada por tres eurodiputados de fecha de 18 de febrero (E-0774/2008). Ahora bien, la aplicación de esta exención ha continuado generando polémica. Así, en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid (TEAMM) de 13 de marzo (reclamación económico-administrativa núm. 200/2006/07704) se ha considerado aplicable dicha exención en el supuesto de obras realizadas en un inmueble destinado a servir como asilo de ancianos de titularidad de una congregación católica. En dicha resolución, el TEAMM califica el ICIO como un impuesto real o de producto, de modo que la aplicación de la exención en este tributo únicamente requiere del cumplimiento del requisito subjetivo previsto en el citado art. IV.1.B), con independencia de que en el supuesto de hecho el inmueble sobre el que se realiza la obra gravada se encuentre afectado a una explotación económica.

El TS, en su *Sentencia de 29 de mayo (rec. 6500/2002)*, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre otro de los aspectos controvertidos del ICIO cual es el de la posibilidad de exigir que el sujeto pasivo proceda a autoliquidar el tributo —o, en puridad, a efectuar un ingreso a cuenta— en aquellos supuestos en que no se produzca un acto formal de concesión de licencia. En el supuesto de hecho se examinaba la previsión contenida en el art. 11.3 de la Ordenanza Fiscal reguladora del ICIO para 2001 del Ayuntamiento de Barcelona. En dicho precepto se preveía que en las obras calificadas como «menores», para cuya realización no se preveía un acto formal de concesión de licencia, sino un trámite abreviado resoluble en presencia del interesado, éste tuviera que autoliquidar e ingresar la cuantía correspondiente al ICIO de modo preceptivo para poder

recoger la licencia. El TS afirma la legalidad del precepto cuestionado, pues cuando el art. 103.1 TRLHL señala la concesión de la licencia como presupuesto para la liquidación provisional del ICIO, no excluye aquellos supuestos en que la concesión no se produce de modo expreso, sino tácito y previo a la entrega de la misma.

La doctrina, por su parte, ha dedicado en 2008 un notable esfuerzo al análisis del ICIO, destacando, por su interés, las aportaciones de D. MARÍN-BARNUEVO FABO, «La comprobación y liquidación definitiva en el ICIO» (*Tributos Locales*, núm. 80, 2008, pp. 83-94), y J. M. TOVILLAS MORÁN, «Los sujetos pasivos del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras en el caso de contratos públicos» (*Tributos Locales*, núm. 84, 2008, pp. 11-29).

Por último, señalar otros dos aspectos en cuyo estudio han coincidido tanto la doctrina como los órganos jurisdiccionales en este año. El primero de ellos es el relativo a la definición del hecho imponible, aspecto tratado por M.^a HERNANDO RYDINGS en «Ámbito de aplicación del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras» (*Tributos Locales*, núm. 82, 2008, pp. 81-94) y que ha sido analizado en la STSJ de Galicia de 2 de abril (rec. 15054/2008), en la que se declara la sujeción al ICIO de unas obras al considerarlas no realizadas al amparo de un Proyecto de Urbanización y, por lo tanto, sujetas a la consiguiente solicitud de licencia municipal. El segundo de ellos es el relativo a la determinación de qué elementos han de ser incluidos en la base imponible del ICIO a la hora de cuantificar el coste real y efectivo de la obra, extremo que ha sido analizado, en parte, por J. E. VARONA ALABERN, «Revisión crítica y análisis jurisprudencial del ICIO» [*Tributos Locales*, núm. 77, 2008, pp. 11-39 (pp. 30-32, en relación con este aspecto)], y J. GALÁN RUIZ, «La determinación de la base imponible en el ICIO» [*Tributos Locales*, núm. 78, 2008, pp. 105-119 (pp. 108-109)], y examinado en diversas sentencias de los tribunales inferiores recaídas en 2008⁴.

1.1.3. Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica

El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM) ha sido uno de los tributos que ha sido objeto de mayor discusión en relación con las posibles modificaciones de sus elementos de cara a la reforma de la financiación local. Gran parte de las propuestas han sido recogidas por P. CHICO DE LA CÁMARA y P. M. HERRERA MOLINA, «El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica: análisis sistemático y posibles líneas de reforma» (*Tributos Locales*, núm. 82, 2008, pp. 11-29).

El aspecto que ha gozado tradicionalmente de mayor atención ha sido el de sustituir su actual estructura, primordialmente contributiva, por una *estructura retributiva* basada

⁴ Así, en las Sentencias del TSJ de Galicia de 22 de febrero (rec. 15057/2008), de 2 de abril (rec. 15057/2008), de 8 de abril (rec. 15073/2008), de 9 de abril (rec. 15066/2008), de 11 de junio (rec. 15083/2008), de 9 de julio (rec. 447/2008) y de 16 de julio (rec. 15081/2008); del TSJ de Cataluña de 4 de febrero (rec. 71/2007), y del TSJ de Madrid de 5 de junio (rec. 842/2008).

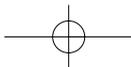
en fines extrafiscales, en concreto, medioambientales. A pesar de que la regulación actual del IVTM ya contempla ciertas bonificaciones potestativas que atienden a la incidencia del vehículo en el medio ambiente (art. 95.6 TRLHL), como ha señalado E. CENCERRADO MILLÁN, «El tratamiento fiscal de los biocombustibles» [*Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 14, 2008, pp. 61-84] (*vid.* pp. 81-82)], aquéllas son insuficientes para poder atender a la citada finalidad extrafiscal e incompatibles con las necesidades financieras de los municipios. A este respecto el *Informe FEMP* (p. 295) propone que sea en el tipo de gravamen de este tributo donde se tengan en cuenta diversos aspectos de cara a reducir el impacto medioambiental de los vehículos a motor.

Además, la propuesta incide, al igual que con anterioridad lo hizo el estudio de la financiación local de la Comisión de Entidades Locales del Senado, en la necesidad de reforzar el *carácter patrimonial* del impuesto, pasando a determinarse la base imponible mediante índices más acordes con la capacidad económica manifestada por el sujeto pasivo. Así, se propone atender a las referencias establecidas en las tablas de valoración aprobadas por el Ministerio de Economía y Hacienda a efectos de otros tributos. No obstante, como ha señalado Á. ACÍN FERRER, «Ante la Reforma de la Ley de Haciendas Locales» [*Revista de Estudios Locales. CUNAL*, núm. 109, 2008, pp. 18-30 (*vid.* pp. 26-27)], tal opción podría plantear serios problemas de practicabilidad para los municipios al devenir en «una permanente modificación de bases imponibles».

Con todo, existe un aspecto cuya modificación es, a nuestro juicio, inaplazable. Nos referimos al relativo a la aparición de «*paraísos fiscales para vehículos*», cuyo germen no es sino el criterio contenido en el art. 97 TRLHL —y su aplicación formalista por los tribunales—, que ha conducido, como ha señalado F. A. VEGA BORREGO, «El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica en el marco de la movilidad, la competitividad y el bienestar de las ciudades» (*Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2008, pp. 229-256), a la «*domicialización*» de las flotas de algunas empresas en municipios que han establecido un tipo de gravamen inferior al previsto en aquél en que se encuentra el domicilio real del sujeto pasivo. En el *Informe FEMP* (p. 295) también se ha contemplado este aspecto, proponiéndose la modificación del criterio previsto en el art. 97 TRLHL, con la finalidad de atribuir el rendimiento del IVTM al municipio en el que efectivamente se realice la actividad.

Por último, también se ha propuesto eliminar el formalismo de los requisitos necesarios para adquirir la cualidad de sujeto pasivo (art. 94 TRLHL —aquella persona a cuyo nombre conste el vehículo en el permiso de circulación—) en favor de una consideración basada en la titularidad real del vehículo, configurándose el actual criterio de titularidad documental como una presunción *iuris tantum*.

En otro orden de cosas, presentan cierto interés dos resoluciones administrativas adoptadas en 2008. La primera a la que nos referiremos es la *Resolución del TEAMM de 13 de marzo (reclamación económico-administrativa núm. 200/2006/08034)*. Dicha resolución analiza la aplicación de la exención prevista en el art. 93.1.e) TRLHL a favor de los vehículos matriculados a nombre de minusválidos y destinados a su uso exclusivo. En



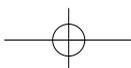
el supuesto de hecho, se denegó el reconocimiento de dicha exención en relación con un vehículo usado de modo exclusivo por una persona con un grado de minusvalía superior al 33 por 100, al constar como cotitular del vehículo, junto a la anterior, una persona sin minusvalía. El TEAMM estima la reclamación al considerar que el requisito de exclusividad se refiere únicamente al uso del vehículo, y no a la titularidad del mismo. Sobre los aspectos relativos a la aplicación de esta exención puede consultarse la aportación de P. CHICO DE LA CÁMARA, M. ALONSO GIL y J. GALÁN RUIZ, «El IVTM y la exención por incapacidad permanente» (*Tributos Locales*, núm. 84, 2008, pp. 87-97).

Por otro lado, en la *Resolución de 16 de abril (V0791-08)*, la *Dirección General de Tributos (DGT)* analiza una consulta planteada en relación con el prorrateo de la cuota del IVTM de un vehículo que ha causado baja temporal voluntaria en el Registro de Tráfico. La DGT señala que a tal baja, al ser consecuencia de la voluntad del sujeto pasivo, no le puede ser aplicable el prorrateo por trimestres de la cuota por el lapso temporal en que dicha situación se prolongó.

1.1.4. Impuesto sobre Actividades Económicas

La medida normativa más importante adoptada en 2008 relativa al Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) ha consistido en la introducción de una bonificación del 50 por 100 en las cuotas correspondientes al año 2008 para las actividades clasificadas en los grupos 721 y 722 de la Sección 1.^a de las Tarifas del Impuesto, aprobadas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre. La medida, de una enorme repercusión en el sector del transporte por carretera, ha sido introducida por el art. 4 de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria (*BOE* de 5 de diciembre de 2008) y se incardina en el paquete de medidas fiscales adoptado por el Gobierno en los últimos meses del año 2008 para hacer frente a los efectos de la crisis económica, en este caso, a los efectos que sobre el rendimiento de la actividad del transporte por carretera ha tenido el fuerte aumento de los precios del petróleo y, consecuentemente, de los carburantes.

Se trata de una bonificación estatal que tiene carácter obligatorio, aplicándose sobre la cuota resultante tras la aplicación, en su caso, de las bonificaciones tanto estatales como municipales previstas en el art. 88 TRLRHL. Respecto a las cuotas del Impuesto liquidadas en 2008 sin la aplicación de esta bonificación, dispone el art. 4.3 de la citada Ley 4/2008, que se entenderán automáticamente reducidas con efectos desde el momento de su liquidación en un 50 por 100, sin necesidad de acto expreso alguno que así lo declare, y sin que, por tal motivo, se altere ni la validez y eficacia ni la situación de exigibilidad de las liquidaciones por la parte no reducida. Si a consecuencia de ello procediera efectuar una devolución al contribuyente, señala el precepto que «se acordará sin más trámite y se ejecutará de forma inmediata».



Desde el punto de vista de la Hacienda local es de destacar que la introducción de esta bonificación ha de dar lugar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 del TRLRHL, a la correspondiente compensación por parte del Estado, a fin de paliar la pérdida recaudatoria que para los municipios y las diputaciones provinciales (que perciben un recargo sobre las cuotas municipales del IAE) les haya ocasionado la aplicación de la bonificación. A tal efecto, prevé el art. 4.2 de la Ley 4/2008 la correspondiente compensación, que se efectuará «con cargo a los Presupuestos Generales del Estado». A tal efecto, respecto a las cuotas municipales, es preceptivo que cada ayuntamiento o diputación afectada presente la correspondiente solicitud al Ministerio de Economía y Hacienda, junto con la documentación por éste requerida. En el caso de las cuotas nacionales y provinciales, la compensación se reconocerá de oficio por parte del citado Ministerio con fundamento en la información suministrada por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT).

Asimismo, cabe mencionar algunas modificaciones introducidas en el Real Decreto Legislativo 1175/1990, que aprueba las Tarifas y la Instrucción del IAE, por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 (BOE de 27 de diciembre de 2007). En primer lugar, el art. 71.1 de esta última Ley modifica el título del epígrafe 251.7 de la Sección 1.ª de las Tarifas, que pasa a denominarse «Fabricación de ácido y anhídrido ftálico y maléico y de ácidos isoftálico y tereftálico». En segundo lugar, el art. 71.2 de la referida Ley de Presupuestos modifica el apartado *b)* de la Regla 17.ªUno.3.c) de la Instrucción para la aplicación de las Tarifas del IAE, referida al reparto de la cuota correspondiente a las centrales nucleares entre los distintos municipios concernidos.

Finalmente, por lo que a la producción normativa se refiere, cabe mencionar la Resolución de 16 de junio de 2008, del Departamento de Recaudación de la AEAT, por la que se modifica el plazo de ingreso en periodo voluntario de los recibos del IAE del ejercicio 2008 relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de las mismas (BOE de 20 de junio de 2008). El nuevo plazo fijado para el ingreso en periodo voluntario de estas cuotas comprende desde el 15 de septiembre al 20 de noviembre de 2008, ambos inclusive.

En cuanto a la jurisprudencia recaída en torno al Impuesto sobre Actividades Económicas, merece destacarse la *STS de 28 de mayo de 2008 (rec. 5082/2002)*, que viene a dar una vuelta de tuerca más a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre el ejercicio del poder tributario de los municipios en el ámbito de este Impuesto a la hora de establecer los índices o coeficientes de situación y la correspondiente categorización de las calles o vías públicas del municipio⁵. El acto administrativo que está en la base del conflicto es el acuerdo adoptado por el pleno del ayuntamiento de Gandía, en sesión de 10 de noviembre de 2000, sobre la aprobación de la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora del Impuesto sobre Actividades Económicas, refiriéndose dicha modificación

⁵ Sobre dicha doctrina jurisprudencial nos permitimos remitir al lector interesado a A. GARCÍA MARTÍNEZ, «El ejercicio del poder tributario municipal en el Impuesto sobre Actividades Económicas», *Tributos Locales*, núm. 58, 2006, pp. 11 y ss.

Haciendas locales

327

a las categorías e índices de situación de las vías públicas y a la clasificación y catalogación de las vías públicas municipales. El TS considera que la nueva categorización de las calles y los nuevos índices de situación aprobados por el municipio a efectos del Impuesto no están suficientemente motivados y, en consecuencia, desestima el recurso planteado por el ayuntamiento contra la STSJ de Valencia que, por esa misma razón, había anulado el acuerdo de modificación de la Ordenanza.

El ayuntamiento justifica la nueva categorización de las calles y los índices de situación asignados a las mismas en la realización de distintos programas de renovación urbana *«que han supuesto la ejecución de inversiones por un importe superior a los cuatro mil millones de pesetas, han contribuido de forma fundamental a incrementar y rejuvenecer la pirámide demográfica de las zonas donde se ha actuado, a la atracción de un número importante de usuarios a los equipamientos dotacionales habilitados en el ámbito de intervención, a la mejora de las condiciones para el desarrollo de las actividades comerciales con un aumento significativo del número de éstas, y al incremento de las actividades de servicios, así como al aumento de los usos turísticos de la zona»*⁶.

Pese a ello, el Tribunal Supremo aprecia la falta de motivación, al considerar que *«se acude a una fórmula genérica de los criterios generales aplicados para proponer la modificación del art. 3 de la Ordenanza existente y modificar las categorías e índices de aplicación de ciertas vías públicas del municipio sin especificar el criterio o dato concreto que determina la modificación al alza de la categoría e índices de situación de cada una de las calles afectadas. Es preciso que figuren los datos de la nueva categoría de la vía pública: los datos urbanísticos (pavimentación y acerado), los de servicios (alumbrado y alcantarillado), los comerciales (existencia de numerosos locales comerciales), los valores catastrales, el valor medio de repercusión catastral, la categoría anterior de la calle y la propuesta de asignación de nueva categoría. Hay que saber el grado de influencia de cada uno de dichos factores en la nueva clasificación de ciertas calles»*⁷.

Para el Tribunal, *«la disposición o el acto administrativo que limite derechos o imponga cargas ha de estar motivado y obvio es que la inclusión de una calle en una categoría u otra del callejero fiscal afecta a los derechos del contribuyente. La motivación no se cumple con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón, con la amplitud necesaria, del proceso lógico y jurídico que determina la decisión, para el debido conocimiento de la misma por los interesados y posterior potencial de defensa de sus derechos e intereses. Por tanto, para la aprobación o modificación de un callejero fiscal complementario de una Ordenanza Fiscal reguladora del Impuesto de Actividades Económicas deben constar en el expediente no sólo la clasificación de las calles y la adscripción de cada una a una concreta categoría, sino también*

⁶ FD 4, que recoge literalmente lo señalado en el documento titulado *Informe del Área de Promoción Económica y Social sobre la modificación de la Ordenanza Fiscal del Impuesto de Actividades Económicas en lo que respecta a la categoría y al índice de situación de determinadas calles y plazas de la ciudad de Gandía* (la cursiva utilizada en el texto es nuestra para destacar lo señalado literalmente en la sentencia, entrecorillado, del resto del texto).

⁷ FD 4 de la Sentencia del Tribunal Supremo referida.

los criterios motivadores de la misma como único medio de poder valorar el actuar administrativo».

Asimismo, adquiere una especial relevancia la *STSJ de Cataluña, de 9 de octubre de 2008 (rec. 198/2005)*⁸, que anula un acto de liquidación del IAE por la actividad de alquiler de locales de negocio con fundamento en que materialmente la STS de 17 de septiembre de 2002, ha declarado la nulidad de los correspondientes epígrafes (861.1 y 862.2) de la Sección 1.ª de las Tarifas del Impuesto (aunque no lo ha hecho formalmente al centrarse la declaración de nulidad en la Ordenanza Fiscal que recogía tales epígrafes), por extralimitación, en este punto, del Real Decreto Legislativo 1175/1990, que aprueba las Tarifas e Instrucción del Impuesto, respecto a las bases de delegación⁹.

Finalmente, queremos concluir con el examen de la jurisprudencia relativa al IAE haciendo referencia a la *STSJ de Castilla y León (Burgos) de 8 de octubre de 2008 (rec. 398/2007)*, en la que el Tribunal equipara la actividad desarrollada por una empresa, en virtud de un contrato administrativo, consistente en la prestación a un ayuntamiento de asistencia técnica, mantenimiento y gestión del sistema de regulación de aparcamientos en la vía pública con la actividad contemplada en el epígrafe 751.2 de la Sección 1.ª de las Tarifas del Impuesto, de «guarda y custodia de vehículos en los denominados aparcamientos subterráneos o parkings». Al no encontrarse la actividad desarrollada por la empresa expresamente contemplada en las Tarifas del Impuesto, el Tribunal, acogiendo la tesis de la Administración tributaria, efectúa la equiparación señalada en aplicación de lo dispuesto en la regla 8.ª de la Instrucción para la aplicación del Impuesto, aprobada junto con las Tarifas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990.

Por lo que respecta a la doctrina administrativa, resulta de interés la *Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 12 de marzo de 2008 (RG 00/02194/2007)*¹⁰, relativa al servicio de telefonía móvil. Señala el Tribunal que la creación de un subepígrafe específico (761.2) para el servicio de telefonía móvil que se desdobra del epígrafe 761 de las Tarifas del IAE con efectos de 1 de enero de 2003, de acuerdo con la disposición adicional cuarta de la Ley 51/2002 que reformó la Ley 39/1988, obliga a tributar por dicho subepígrafe en base a un nuevo elemento tributario, «número de antenas» existente a 31 de diciembre de 2002. No se trata de una variación de elementos tributarios de orden jurídico a que hacen mención los arts. 6 y 10 del Real Decreto 243/1995 de Gestión del IAE, como consecuencia de alteraciones que se hayan producido en los elementos tributarios ya existentes, sino de cuantificar un elemento nuevo, que ya existía el 31 de diciembre de 2002, independiente-

⁸ En el mismo sentido se pronuncia también la STSJ de Cataluña de 19 de junio de 2008 (rec. 1286/2004).

⁹ Para un análisis de la doctrina de la STS de 17 de septiembre de 2002, en la que se basa la STSJ de Cataluña referida para anular el acto de liquidación del IAE, nos permitimos remitir al lector interesado a A. GARCÍA MARTÍNEZ, «El Impuesto sobre Actividades Económicas», en D. MARÍN-BARNUEVO FABO (coord.), *Los Tributos Locales*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2005, pp. 186 y ss.

¹⁰ Esta Resolución está publicada en *Doctrina. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central*, Ministerio de Economía y Hacienda, marzo de 2008, pp. 113, donde se le asigna el número de referencia 120.

mente de que este dato fuera puesto de manifiesto mediante una declaración formal de variación.

Asimismo, merece destacarse la *Resolución del TEAC de 12 de marzo de 2008 (RG 00/04178/2006)*¹¹, de gran importancia para la delimitación de las funciones y competencias que en orden a la aplicación del Impuesto corresponden a los municipios y a la Administración estatal, dado el carácter de impuesto de gestión compartida del IAE. En concreto, el Tribunal afirma la competencia de la Administración gestora del Impuesto, en el caso planteado por un ayuntamiento, para la concesión y denegación de exenciones, por lo que el interesado debe solicitar ante tal Administración, cuando se produzcan las circunstancias contempladas en la Regla 14.^a4) de la Instrucción para la aplicación de las Tarifas del IAE, la concesión de la rebaja de la parte proporcional de la cuota. En el caso planteado la solicitud de esa rebaja estaba motivada por una parada de la actividad industrial y el problema surge porque el contribuyente solicita el correspondiente beneficio fiscal de la Administración estatal, que se declara incompetente.

En cuanto a las aportaciones doctrinales relativas al Impuesto, como ya se ha señalado en referencia a otros impuestos municipales, las mismas han estado muy mediatizadas por el clima de reforma de la Hacienda local que se ha vivido en 2008 y que aún continuamos soportando. Obligada es, por tanto, la referencia al *Informe FEMP*, en el que se proponen dos vías para el IAE, o su total eliminación del sistema tributario con la consiguiente compensación a las Haciendas locales o su sustancial reforma para corregir los defectos de que adolece su actual configuración, obra, como es sabido, de la Ley 51/2002, que con la introducción de la exención para las personas físicas y de la exención para las personas jurídicas o entidades que no rebasen el millón de euros de importe neto de cifra de negocios han colocado al Impuesto en el disparadero de toda clase de tachas de injusticia, sobre todo, a la luz del principio constitucional de igualdad de la imposición, aparte de haber debilitado su potencia recaudatoria, habiendo pasado el mismo de la segunda posición en el ranking de los impuestos locales, atendiendo a los ingresos que proporciona, a la cuarta posición, esto es, a la penúltima, sólo por encima del IIVTNU.

En esta línea se incardina también el artículo doctrinal de F. POVEDA BLANCO, «¿Es posible resucitar el IAE?» (*Papeles de Economía Española*, núm. 115, pp. 119-137), que de las dos vías de reforma para el IAE —su total eliminación con compensación a los municipios o su mantenimiento con una sustancial reforma— se muestra claramente partidario de su mantenimiento, por la importancia de un recurso de este tipo para la Hacienda local. No obstante, efectúa acertadas reflexiones sobre los posibles mecanismos de sustitución del impuesto, entre los que apunta el de la participación en impuestos estatales, especialmente, el Impuesto sobre Sociedades, el IRPF y el IVA (se aumentaría la participación de estos dos últimos impuestos y se extendería a todos los municipios). Asimismo, el *Informe FEMP* hace hincapié en este mecanismo de sustitución del IAE, si

¹¹ Esta Resolución está publicada en *Doctrina. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central*, Ministerio de Economía y Hacienda, marzo de 2008, p. 110, donde se le asigna el número de referencia 119.

bien plantea las dificultades para la territorialización de esta participación en impuestos estatales. En relación con ello, cabe mencionar el artículo de A. GARCÍA MARTÍNEZ, «La participación en el IVA como recurso de la hacienda municipal en Alemania» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, 2008, pp. 110-125), en el que se realiza un análisis de la participación que los municipios alemanes tienen en el IVA, cuyos criterios de reparto entre los municipios son objeto de un exhaustivo examen dado que, además, han sido modificados con efectos a partir del 1 de enero de 2009. Este recurso de los municipios alemanes se introdujo en 1998, precisamente, con la finalidad de compensar a los municipios alemanes por la pérdida recaudatoria que les ocasionó la derogación del Impuesto sobre Actividades Económicas alemán que incidía o recaía sobre el capital de las empresas.

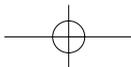
1.1.5. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

El análisis de las novedades acontecidas en el ámbito del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) debe comenzar con la obligada referencia a la actividad jurisprudencial, entre la cual, destacan tres sentencias del TS recaídas en 2008 a las cuales nos referiremos, aun cuando no debe olvidarse la abundancia de resoluciones de los diversos TSJ que han tenido por objeto este tributo¹².

En la primera de ellas, de fecha de *12 de enero (rec. 4/2007)*, se declara improcedente el recurso planteado por el ayuntamiento de Oviedo para que se declarara como doctrina legal del art. 107.2.a) TRLHL que «cuando el terrero de naturaleza urbana o integrado en un bien inmueble de características especiales no tenga determinado valor catastral en el momento del devengo del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los terrenos de Naturaleza Urbana, el ayuntamiento podrá practicar la correspondiente liquidación del mismo cuando el referido valor catastral sea determinado, refiriendo dicho valor al momento del devengo, y con independencia de las notificaciones que proceda realizar de los nuevos valores catastrales, sin que en ningún caso el procedimiento de cobro de la liquidación quede suspendido por las impugnaciones que puedan producirse frente a los actos dictados por la Administración Estatal en materia de gestión catastral»¹³. El TS desestima el recurso al considerar que no cabe aplicar el valor catastral que se determine con posterioridad a la fecha del devengo del IIVTNU de cara al cálculo de su base imponible, es decir, dotar de efectos retroactivos a dicho valor a efectos de la liquidación de la plusvalía, sin que se haya procedido a la notificación individualizada de dicha valoración de

¹² Entre otras cabe señalar tres sentencias del TSJ de Andalucía en que se examinan los requisitos subjetivos para la aplicación de la exención prevista en el art. 105.2.a) TRLHL. En dichas sentencias, de 25 de febrero (rec. 671/2005), de 24 de marzo (rec. 665/2006) y 5 de mayo (rec. 1491/2007), se examina la falta de concurrencia de dichos requisitos en relación con Organismos Públicos estatales distintos de los Organismos Autónomos —en la primera de ellas— y con Empresas Públicas autonómicas —en las dos últimas.

¹³ La cursiva es nuestra para destacar el aspecto novedoso que se trataba de incluir como doctrina legal por parte del ayuntamiento recurrente.



Haciendas locales

331

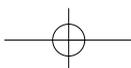
modo previo a la liquidación del impuesto. Dicha STS ha sido comentada por J. CALVO VÉRGEZ, «La necesaria notificación de los valores catastrales de cara a la liquidación del IIVTNU» (*Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 304, 2008, pp. 85-96).

En la segunda STS, de 29 de mayo (rec. 6500/2002), además de los aspectos relativos al ICIO a los que anteriormente hemos aludido, se impugnaba el art. 9.1 de la Ordenanza Fiscal reguladora del IIVTNU para 2001 del Ayuntamiento de Barcelona. Dicho precepto desarrollaba la bonificación prevista en el art. 108.4 TRLHL para los supuestos de transmisiones realizadas a título lucrativo por causa de muerte. El recurrente plantea una posible extralimitación de la Ordenanza Fiscal al condicionar la aplicación de los distintos tipos de bonificación al valor catastral de la vivienda habitual transmitida, cuando el precepto legal que desarrolla no hace referencia a tal valor. El TS desestima tal argumentación, al entender que la propia norma legal reconoce un amplio margen de maniobra para los entes locales en la regulación de los aspectos formales y sustantivos de la bonificación, sin que se considere que las condiciones establecidas en la Ordenanza puedan ser consideradas irracionales o irrazonadas.

Por último, en la STS de 3 de octubre (rec. 76/2006) se declara improcedente un recurso de casación en interés de la Ley en el que se trataba de fijar como doctrina legal del art. 107 TRLHL que «en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre el incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, el valor catastral no debe ser alterado a tales efectos mediante el descuento del importe de ninguna mejora ni inversión efectuados en dicho bien a lo largo del periodo de generación de la plusvalía gravada». El TS señala que, de un lado, no se acredita que la doctrina mantenida en la sentencia recurrida —Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Barcelona, de 31 de julio de 2006 (rec. 643/2005)— pueda considerarse que cause un grave daño para el interés general y, de otro, que la doctrina legal que se buscaba establecer con el recurso de casación supondría incorporar una prevención negativa en el citado precepto, lo cual únicamente puede realizar el legislador.

De otro lado, debemos hacer referencia a las propuestas de modificación de este tributo contenidas en el *Informe FEMP* (pp. 296-297). Se plantean modificaciones en la base imponible del impuesto para acercar la plusvalía gravada a la plusvalía real por medio de la comparación de los valores catastrales en los momentos de la adquisición y posterior transmisión del inmueble o modificar la configuración del impuesto para gravar el incremento real de valor tanto del terreno, como de la construcción. Otros aspectos cuya reforma se proponen son aquéllos relativos a la inclusión entre las operaciones gravadas de aquéllas cuyo periodo de generación sea inferior a un año, con la finalidad de gravar las operaciones manifiestamente más especulativas, o los concernientes a la incorporación de una medida antiabuso similar a la prevista en el art. 108 de la Ley del Mercado de Valores para evitar que mediante la interposición de una persona jurídica cuyos títulos se transmitan se pueda eludir la realización del hecho imponible.

Para concluir, debemos hacer referencia a la publicación de suplemento monográfico sobre este tributo de la *Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras* (suplemento núm. 7, 2008).



332 **Andrés García Martínez / Domingo J. Jiménez-Valladolid / César Martínez Sánchez**

1.2. Tasas

Respecto de esta materia hemos de considerar, en primer lugar, la *STS de 19 de junio de 2008 (rec. 1841/2006)* que se pronuncia sobre la cuestión de ilegalidad formulada respecto de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Oviedo, reguladora de las tasas por ocupación privativa o aprovechamiento especial del suelo, vuelo o subsuelo del dominio público local.

En particular, el litigio versa acerca de la cuantía de la tasa por ocupación de la vía pública con vallas que, según la mercantil recurrente, vulneraba el art. 24 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (entonces vigente), en cuanto *«superaba el valor que tendría en el mercado la utilidad del aprovechamiento»*, al establecer un único precio medio de mercado para toda la ciudad de Oviedo, a pesar de que el estudio económico-financiero contempló distintos valores y diferente rentabilidad de la ocupación en función de la categoría de la calle en que tiene lugar.

Por su parte, el TS acogió los argumentos de la recurrente y apreció que el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia aplicó erróneamente al importe de la tasa por utilización privativa del dominio público el límite establecido para las tasas por prestación de servicios públicos. Así, puesto que había quedado acreditada la *«falta de equivalencia entre el importe de la tasa y el valor que tendría en el mercado»* la utilidad de la ocupación, cumplía reconocer la ilegalidad de la medida. En consecuencia, el TS estimó el recurso interpuesto, teniendo como resultado la anulación de la Ordenanza Fiscal cuestionada.

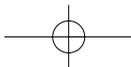
Por otro lado, entre la abundante jurisprudencia referida a la muy conflictiva aplicación de la *tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a las empresas suministradoras de servicios* (cuestión que también nos ocupó en la edición del año anterior), se han producido distintos pronunciamientos judiciales por parte de diversos Tribunales Superiores de Justicia.

En este sentido, ciertas *empresas comercializadoras de energía eléctrica* han pretendido la ilegalidad de las tasas municipales giradas en concepto de aprovechamiento especial del dominio público local, obteniendo todas ellas la desestimación de su petición [vid., como ejemplo, la *STSJ de Andalucía (Sevilla), de 27 de febrero de 2008 (rec. 806/2003)*¹⁴].

Estas sentencias han presentado un esquema de argumentación análogo, basado en la *doctrina sentada por el Tribunal Supremo*¹⁵, que puede resumirse como sigue (vid. FD 4 de la STSJ de Andalucía antes referida): la Ley de Haciendas Locales no exige entre los elementos del hecho imponible de la tasa en cuestión que concurra la condición de propietario por cuya virtud se obtiene el disfrute, la utilización o el aprovechamiento especial del dominio local; en los supuestos del art. 20.3 de la Ley de Haciendas Locales, no

¹⁴ En este mismo sentido se han pronunciado las SSTSJ de Madrid de 4 de abril de 2008 y de 24 de octubre de 2008 (recs. 2212/2003 y 1689/2000, respectivamente).

¹⁵ Por todas, vid. la STS de 21 de noviembre de 2005 (rec. 5174/2002).



se hace depender el hecho imponible del título de propiedad del elemento que ocupa el dominio público local; el hecho imponible no exige la concurrencia de la utilización privativa y el aprovechamiento especial de forma cumulativa, bastando que se dé uno de los presupuestos para que el hecho imponible se produzca; la utilidad del uso o aprovechamiento del dominio público local afecta a todo el sector eléctrico, independientemente de cómo esté organizado y la condición de sujeto pasivo sólo exige que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular; y, por último, la regulación de la base imponible del art. 24.1 párrafo tercero de la Ley de Haciendas Locales se refiere al sistema porcentual para fijar el importe de la tasa tratándose de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, dicha regulación resultaba coherente antes de la liberalización de los servicios públicos pero no en la actualidad, ello no obstante, se podrá discutir la base imponible a aplicar a las nuevas empresas comercializadoras mas no su sujeción a la tasa.

Con idéntico resultado y análoga argumentación, con las peculiaridades propias de cada sector económico, han recaído diversas sentencias denegando las pretensiones de *empresas suministradoras de servicios de telefonía móvil*, que impugnaban las respectivas tasas por aprovechamiento especial del dominio público local [SSTSJ de Cataluña de 26 de junio y de 9 de octubre de 2008 (recs. 941/2007 y 128/2007, respectivamente)].

En particular, lo que podemos destacar de estos pronunciamientos judiciales, en nada novedosos, se refiere a que la exclusión expresa de los servicios de telefonía móvil del régimen especial de cuantificación de la tasa contenido en el art. 24.1.c) TRLHL, no significa la exclusión de estos servicios del régimen general de cuantificación de la tasa establecido por el art. 24.1.a) TRLHL, los cuales estarán sometidos a dicho régimen siempre que se produzca el hecho imponible de la tasa.

Asimismo, las *empresas suministradoras de gas* han corrido idéntica suerte en su intento por impugnar las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, buena muestra de ello es la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 2008 (rec. 86/2008). El TSJ mantiene que la doctrina del TS¹⁶ referente a las empresas suministradoras de energía eléctrica es de aplicación a las distribuidoras gasistas, en el sentido de que, en contra de sus pretensiones, ya se encontraban sujetas a la tasa antes de la entrada en vigor de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, de suerte que la nueva redacción del art. 24.1 introducida por esta norma presenta un efecto simplemente aclaratorio en relación a las empresas comercializadoras.

A propósito de esta cuestión tan polémica y litigiosa, E. ORTIZ CALLE ha aportado un interesante y oportuno estudio de sus aspectos más problemáticos, centrado especialmente en lo que se refiere a la realización del hecho imponible y al régimen especial de cuantificación de esta tasa, en «La tasa por ocupación del dominio público por parte de

¹⁶ Vid. la STS de 10 de mayo de 2005 (rec. 4249/2002).

empresas explotadoras de servicios de suministros: problemas actuales» (*Tributos Locales*, núm. 78, 2008, pp. 85-104).

Otro aspecto, tradicional también en la materia, que ha motivado distintos pronunciamientos judiciales, es el relacionado con la memoria económico financiera relativa al establecimiento de tasas en el ámbito local. Así, los tribunales han anulado diversas tasas locales por carecer de justificación adecuada en la memoria económico financiera [tómese como ejemplo la *STSJ de Madrid de 28 de diciembre de 2007 (rec. 155/06)*]¹⁷.

Acerca de la misma cuestión, aunque con un sentido matizado, se ha pronunciado el TSJ de Canarias en su *Sentencia de 22 de abril de 2008 (rec. 58/2007)*. En este caso, no se trata propiamente del establecimiento *ex novo* de una tasa sino de la introducción de varias *modificaciones en la Ordenanza* ya existente. Así, entiende que no será necesaria una memoria económico financiera que exprese los mismos datos que serían necesarios si se tratase de una nueva tasa y, en consecuencia, ha de considerarse suficiente la remisión que la nueva memoria económica hace a la más exhaustiva que se acompañó en el momento de creación inicial de la tasa que ahora se modifica.

En lo que se refiere a la tasa por ocupación de la vía pública por la instalación de cajeros automáticos, cuestión que ha deparado no poca jurisprudencia en los últimos años, la *STSJ de Madrid de 10 de enero de 2008 (rec. 584/2007)* reitera que la instalación del cajero automático implica una utilización física del dominio público, ya que el cajero no se utiliza con su mera «visión», sino que exige la parada física durante un periodo de tiempo, de manera que no sólo se usa «desde» el dominio público, sino también «en» el dominio público, aunque se encuentre físicamente instalado en la pared del edificio. En definitiva, es conforme a derecho la tasa que grava el aprovechamiento especial de la vía pública por parte de los cajeros automáticos.

Por otro lado, también en materia de tasas, podemos reseñar la *STSJ de Madrid de 12 de junio de 2008 (rec. 435/2008)*, que resuelve el recurso de apelación interpuesto por una fundación encargada de la gestión de un colegio, contra la sentencia dictada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que desestimaba la solicitud de no sujeción de la *tasa municipal por licencia de apertura*.

En particular, la fundación recurrente pretendía la no sujeción a la tasa porque, a su entender, el hecho de carecer de *ánimo de lucro* impide la producción del hecho imponible consistente en la verificación de que las instalaciones o establecimientos industriales o mercantiles reúnen las condiciones de seguridad y sanidad adecuadas. Sin embargo, la Sala no admite esta pretensión puesto que «una cosa es que la *Fundación carezca de ánimo de lucro (...)* y otra distinta es que la *actividad docente no sea lucrativa, pues un colegio es un negocio que se mantiene de que los alumnos pagan por los servicios recibidos y de las ayudas públicas (...)*. Realiza la misma actividad que un colegio privado, si bien los rendimientos que

¹⁷ En sentido análogo se han pronunciado las Sentencias del TSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2008 (rec. 348/2007); del TSJ de Castilla-León de 23 de mayo de 2008 (rec. 79/2007); y del TSJ de Cantabria de 27 de junio de 2008 (rec. 74/2008).

el colegio pueda proporcionar no pueden beneficiar ni al fundador ni a los miembros del Patronato sino que ha de tener el destino que la Ley reserva a los ingresos y bienes de las Fundaciones» (FD 6).

En virtud de este razonamiento, la Sala desestima el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia dictada en instancia y concluyendo la sujeción de la fundación a la tasa en cuestión.

Asimismo, merece nuestra atención la *STSJ de Madrid de 24 de abril de 2008 (rec. 823/2007)*, que resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio del Interior, contra la denegación de la solicitud de exención de la tasa por la prestación del servicio y la realización de la actividad de expedición de licencias de apertura.

En el presente caso la Sala razona que no es de aplicación la exención prevista en el art. 21.2 TRLHL por cuanto la tasa no fue girada por la utilización privativa o por el aprovechamiento especial de bienes o instalaciones de uso público municipal, «*sino por la prestación de servicios o la realización de actividades de la competencia municipal, concretados en la actividad municipal desplegada para verificar si los inmuebles reúnen las condiciones adecuadas» (FD 1).*

En consecuencia, el TSJ desestima el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de instancia y la no exención del Ministerio del Interior respecto de la tasa impugnada.

Por otro lado, merece nuestra atención la *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid, de 23 de septiembre de 2008 (rec. 49/2006)*, que resuelve la impugnación del Decreto del Concejal del Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, por el que se acuerda la ampliación de los límites del servicio de estacionamiento regulado.

Analizando directamente el fondo del asunto, la magistrada entiende que la ampliación del ámbito espacial de aplicación del estacionamiento regulado ha de considerarse como un acto administrativo con contenido normativo y, en consecuencia, de imposible delegación en un concejal (*ex art. 22 LRBRL*). Así, la sentencia determina la nulidad del Decreto impugnado por falta de competencia del órgano que lo dictó y por no haberse seguido para su aprobación el procedimiento adecuado (art. 49 LRBRL).

Para un mayor análisis en relación con los tributos exigidos por las entidades locales por el estacionamiento de vehículos en la vía pública, puede acudir al artículo de P. CHICO DE LA CÁMARA y M. RUIZ GARIJO, «La tasa por estacionamiento de vehículos en la vía pública: reflexiones sobre su pretendida finalidad extrafiscal y otras cuestiones relativas a su gestión» (*Tributos Locales*, núm. 77, 2008, pp. 41-58).

Por último, en lo que se refiere al ámbito de las tasas, hemos de dar noticia de la aportación doctrinal de S. MORENO GONZÁLEZ, quien en «La Tasa por servicio de abastecimiento de agua potable a domicilio: aspectos conflictivos» (*Tributos Locales*, núm. 83, 2008, pp. 39-66), analiza con detalle la naturaleza jurídica y los elementos esenciales de este controvertido tributo.

336 **Andrés García Martínez / Domingo J. Jiménez-Valladolid / César Martínez Sánchez**

1.3. *Contribuciones especiales*

En relación a estos tributos, podemos mencionar, en primer lugar, la *STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2008 (rec. 19/2008)* que resuelve el recurso interpuesto en relación al expediente de imposición y ordenación de contribuciones especiales como consecuencia de la realización de diversas obras de mejoras en ciertas calles del municipio de Esparraguera.

En el supuesto enjuiciado, tiene especial relevancia el alcance que deba darse a la expresión «obras de mejora» a fin de dilucidar si se ha realizado el hecho imponible que se contiene en el art. 28 TRLHL. De entre las posibles interpretaciones que lícitamente pueden barajarse, la Sala, en tanto que el TS no ha sentado jurisprudencia sobre la cuestión, opta por entender que el término «ampliación» que consta en la redacción del artículo antes citado, «comprende tanto la cualitativa —o sea la que extiende el servicio a lugares que antes no disponían de él— como la cuantitativa que implique “un incremento de volumen de la prestación”» (FD 2). En particular, el hecho de que ya se tuvieran previamente determinados servicios puede ser relevante a la hora de fijar el porcentaje de repercusión del coste pero no puede obviar la existencia de un beneficio especial para los sujetos gravados por el tributo. Así, las obras de mejora del caso concreto se incardinan dentro de la expresión «ampliación» y, por ende, constituyen el hecho imponible de las contribuciones especiales.

En consecuencia, el TSJ desestimó el recurso interpuesto, manteniendo la sentencia de instancia y confirmando la legalidad del expediente de imposición y ordenación de contribuciones especiales.

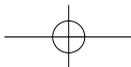
Por otro lado, el TSJ de Cataluña ha tenido ocasión de abordar de nuevo la necesidad de notificación individual de las contribuciones especiales¹⁸. Estos pronunciamientos no hacen sino reiterar la doctrina del Tribunal Supremo en la materia (de la cual dimos noticia en la edición del año anterior), por lo que no merecen mayor comentario.

Por último, en relación con las novedades doctrinales referentes a la materia, podemos reseñar el artículo de J. CALVO VÉRGEZ «En torno al concepto de contribución especial en el Ordenamiento tributario» (*Tributos Locales*, núm. 79, abril 2008, pp. 33-64).

2. **Otros ingresos**

En lo que se refiere a las novedades legislativas que afectan a la materia, es de destacar por su innegable relevancia la aprobación del *Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo* y se aprueban créditos extraor-

¹⁸ Por ejemplo, *vid.* la STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2008 (rec. 51/2008).



Haciendas locales

337

dinarios para atender su financiación. A nuestros efectos, cumple prestar especial atención al Fondo Estatal de Inversión Local (en adelante, el Fondo) que tiene como declarado objetivo la financiación de actuaciones urgentes en el ámbito municipal en materia de inversiones «especialmente generadoras de empleo». El Fondo ha sido creado por importe de ocho mil millones de euros y su gestión la llevará a cabo el Ministerio de Administraciones Públicas¹⁹, a través de la Dirección General de Cooperación Local. El elenco de obras financiadas es muy amplio y comprende la realización de actuaciones que supongan la mejora de los espacios y edificios públicos, las redes de servicios públicos, el medio ambiente, la seguridad vial, la supresión de barreras arquitectónicas y el fomento de la industria y del turismo. Todas aquellas obras que pretendan ser financiadas por el Fondo, habrán de ser de nueva planificación y su ejecución tendrá que ser inmediata, esto es, su licitación deberá comenzar antes de que transcurra un mes desde la publicación de la resolución que las autorice.

El hecho de que la creación de este fondo responda a la necesidad de generar puestos de trabajo a corto plazo, ha motivado que los plazos de tramitación sean muy cortos (algo más de un mes) y que la presentación de las solicitudes haya de realizarse por vía electrónica²⁰. Asimismo, la verificación y aprobación de las solicitudes presenta un carácter perentorio (veinte días para los dos procedimientos).

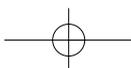
Desde el punto de vista presupuestario, tal y como ha informado el Ministerio de Economía y Hacienda²¹, en los estados de ingresos del presupuesto de la entidad local los recursos del Fondo recibidos deberán incluirse en el capítulo 7, por tratarse de transferencias de capital, y en concreto en el concepto 720, como transferencias de capital de la Administración General del Estado, mientras que, en lo que se refiere a los gastos, las obras financiadas por el Fondo deberán imputarse a los correspondientes créditos del capítulo 6, inversiones reales, mediante la oportuna modificación de crédito, que podrá ser una generación de crédito.

En cuanto a la aplicación real y efectiva de este fondo, finalizado ya el plazo establecido, el Ministerio de Administraciones Públicas ha recibido 30.907 solicitudes prove-

¹⁹ Para atender a la financiación del Fondo se concedió un crédito extraordinario al presupuesto de 2008 de la Sección 22, «Ministerio de Administraciones Públicas»; Servicio 03, «Secretaría de Estado de Cooperación Territorial»; Programa 942A, «Cooperación económica local del Estado»; capítulo 7, «Transferencias de capital»; art. 76, «A Corporaciones Locales»; subconcepto 760.01, «Fondo para financiar a Corporaciones Locales actuaciones urgentes de inversiones generadoras de empleo», por importe de 8.000.000.000 de euros.

²⁰ En este sentido, habrá de utilizarse el modelo oficial aprobado por Resolución de 9 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se aprueba el modelo para la presentación de solicitudes, las condiciones para la tramitación y la justificación de los recursos librados con cargo al Fondo Estatal de Inversión Local creado por el Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación (BOE de 10 de diciembre de 2008).

²¹ Vid. Nota informativa sobre el tratamiento presupuestario de las cantidades recibidas por los ayuntamientos a cuenta del Fondo Estatal de Inversión Local, accesible en www.map.es (último acceso: 23 de marzo de 2009).



338 **Andrés García Martínez / Domingo J. Jiménez-Valladolid / César Martínez Sánchez**

nientes de 8.107 municipios (el 99,94 por 100 del total) por un importe de 7.998.697.303 euros, que representan la práctica totalidad de los ocho mil millones destinados a este Fondo.

Por otro lado, en el ámbito de los ingresos crediticios de las entidades locales, merece nuestra atención la *STS de 30 de enero de 2008 (rec. 41/2003)*, en la que la Administración del Estado impugna la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, de 27 de mayo de 2002, estimatoria del recurso promovido por el ayuntamiento de Madrid contra la resolución del Director General de Coordinación con las Haciendas Locales por la que autorizaba, someténdola a distintas condiciones, la emisión de obligaciones del año 1998 acordada por el Pleno de la corporación.

Recogiendo su propia doctrina anterior²², el Alto Tribunal no ve inconveniente en que la «*autorización se otorgue con determinadas condiciones*», razonando que quien puede lo más, denegar la emisión de obligaciones, puede lo menos (someterla a condición). Igualmente entiende que esta actuación no vulnera la autonomía local toda vez que el ayuntamiento es libre de aceptar o no las condiciones impuestas lo que, a la postre, tendría el mismo efecto que la denegación de la autorización.

No obstante lo anterior, el TS aclara que el órgano encargado de la autorización de la emisión no puede condicionarla «*a su libre antojo*» ni siquiera dicho condicionamiento puede ser genérico sino que, muy al contrario, debía apoyarse en un examen concreto de las circunstancias concurrentes.

Así, en el presente caso, el TS entiende que la imposición de la condición de proveer una cantidad anual del crédito obtenido en 1998 es justificada exclusivamente mediante una apelación genérica al principio de prudencia que resulta, por tanto, insuficiente. De ahí que, a través de un fallo peculiar, estime el recurso interpuesto por la Administración General del Estado en el sentido de que acepta el sometimiento a condición de la autorización y, al mismo tiempo, acoja en parte el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid teniendo como consecuencia la declaración de nulidad de la citada condición.

En lo que se refiere a la participación de los municipios en los tributos del Estado, cumple reseñar las *SSTS de 19 de junio y 24 de junio de 2008 (recs. 8497/2002 y 7256/2002)*, respectivamente) que se refieren a la liquidación definitiva de la participación de los municipios recurrentes en los tributos del Estado correspondiente al ejercicio de 1997.

Aparte de otras cuestiones formales incidentales, el leitmotiv de ambos recursos es la utilización por parte de la Administración estatal de los datos de población de la renovación quinquenal del *padrón municipal* llevada a cabo en 1991 para la liquidación del ejercicio de 1997, frente a la pretensión de los municipios recurrentes de que fuesen utiliza-

²² Entre otras, las SSTS de 19 de enero de 2004 (recs. 9272/1998, 5450/1998 y 11651/1998, respectivamente).

dos los datos poblacionales que aparecían en el padrón aprobado en 1996, lo que, a la postre, les supuso una merma en los ingresos obtenidos puesto que no se tuvo en cuenta el aumento en el número de habitantes que se había producido entre los años 1991 y 1996.

Ambas sentencias, si bien difieren ligeramente en la estructura de su argumentación, traen a colación la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta misma cuestión²³, así como la STC 45/2007, de 1 de marzo, de la que dimos noticia en la edición del año pasado.

En apretada síntesis, el Alto Tribunal niega que la elección de los datos obrantes en el padrón de 1991 pueda ser considerada como arbitraria, puesto que, como ya dijo el TC, «*la norma impugnada no se muestra desprovista de fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución, y posee una finalidad razonable*». Asimismo, el TS descarta que se haya vulnerado el principio de autonomía financiera consagrado en el art. 142 CE, en tanto que el mandato que se dirige al legislador tiene como objeto, independientemente de las opciones legítimas que escoja, que se dote de medios suficientes a las entidades locales para que puedan cumplir cabalmente sus competencias, lo cual se ha respetado en el caso en cuestión, más allá de que pueda discreparse de la decisión adoptada.

En virtud de los argumentos expuestos, en consonancia con los pronunciamientos judiciales anteriores del TS, ambas sentencias desestimaron sendos recursos de casación, confirmando, en consecuencia, el criterio mantenido por los Tribunales Superiores de Justicia.

IV. PRESUPUESTOS DE LAS HACIENDAS LOCALES

Entre las novedades legislativas que afectan a este ámbito, se ha de reseñar la publicación de la *Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales*. Esta Orden Ministerial da cumplimiento al mandato contenido en la disposición adicional sexta del TRLHL, con el fin declarado de que tanto la estructura de los presupuestos de las entidades locales como los criterios de clasificación de sus ingresos y gastos se adapten a los actualmente establecidos para el sector público estatal.

De las modificaciones que introduce esta Orden, cabe destacar la sustitución de la clasificación funcional por una *clasificación por programas*, de suerte que las áreas de gasto sustituyen a los grupos de función, las políticas de gasto a las funciones y los grupos de programas a las subfunciones. Asimismo, se sustituye la denominación «partida presupuestaria» por la de «aplicación presupuestaria» con el objeto de evitar posibles confusiones con la «partida» como nivel de desagregación del subconcepto económico, así como para mantener una definición homogénea con la Ley General Presupuestaria.

²³ Un procedimiento análogo fue resuelto por la STS de 17 de mayo de 2006 (rec. 6464/91).

340 **Andrés García Martínez / Domingo J. Jiménez-Valladolid / César Martínez Sánchez**

Por otro lado, en lo que se refiere a la jurisprudencia recaída sobre la materia en el año 2008, podemos destacar las *SSTS de 18 de febrero (rec. 2189/2003)* y *6 de marzo (rec. 4748/2003)*. En los dos casos, el Alto Tribunal ha resuelto los recursos de casación interpuestos por dos entidades locales contra sendas Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (concretamente los de Canarias y Andalucía) que aceptaban la impugnación de los presupuestos municipales promovida por la Administración General del Estado por incumplimiento del límite de incremento del gasto de personal del 2,1 por 100, establecido por el apartado 2 del artículo de la Ley 65/1997.

Como ya había establecido anteriormente el TS²⁴, y tal y como ordenaba la propia Ley, el incremento salarial debía ser medido en «*términos de homogeneidad*» tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo, por lo que, para la impugnación del presupuesto, no bastaba acreditar la mera diferencia cuantitativa entre el presupuesto anterior y el impugnado. En ese sentido, corresponde al Abogado del Estado la carga de probar que, en condiciones de homogeneidad, existe un aumento excesivo en el presupuesto si bien, por su parte, corresponde a la Administración demandada (los ayuntamientos) acreditar las circunstancias excepcionales que justifiquen un aumento por encima del límite establecido, toda vez que es ella, y sólo ella, la que dispone de la documentación necesaria para probar tal extremo.

En ambos casos, el Tribunal Supremo entendió que no había lugar a los recursos interpuestos a causa de que los ayuntamientos no habían acreditado suficientemente las circunstancias excepcionales que justificaran la superación del límite en el aumento de los gastos de personal impuesto por la norma citada.

Asimismo, merece nuestra atención la *STS de 28 de mayo de 2008 (rec. 6421/2002)*, que se pronuncia acerca del *pago de cantidad para amortiguar las pérdidas del Impuesto sobre Actividades Económicas* producidas en el año 1995.

En el presente caso, el Abogado del Estado pretendía que la existencia de un crédito en los Presupuestos Generales del Estado para el año 1999 «*no se considera título jurídico suficiente para generar el nacimiento de la obligación a cargo del Estado*», así como que «*el hecho de que al estar fijada la consignación en los Presupuestos Generales del Estado para el año 1999, en el presente año 2000 ha perdido virtualidad*».

Sin embargo, el Alto Tribunal afirma que el mencionado crédito no aparece como una «*consignación ordinaria*» sino que se configura como una «*auténtica "obligación legal específica" con elementos subjetivos y objetivos e incluso determinación de la causa y finalidad de lo que no deja de ser una subvención compensatoria*» (FD 5). En consecuencia, la autorización para el gasto no era disponible para la Administración, sino que tiene la obligación de aplicarla en la forma establecida por la ley.

En el mismo sentido, el TS niega que el transcurso del ejercicio 1999 suponga la pérdida de virtualidad del crédito, toda vez que, como hemos visto, dicha partida reviste

²⁴ Entre otras, la *STS de 22 de septiembre de 2005 (rec. 5272/2001)*.

carácter normativo y, por tanto, «*debe ser cumplimentado inexorablemente por la Administración*». Así pues, el recurso de casación es desestimado, confirmándose la sentencia pronunciada por la Audiencia Nacional.

En otro orden de cosas, cumple destacar la *STS de 16 de octubre de 2008 (rec. 4509/2006)*, que resuelve un recurso de casación en materia de responsabilidad contable en juicio de cuentas. En particular, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia impugna la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas que estimó el recurso de apelación interpuesto por el que fuera Consejero de Hacienda de la citada Comunidad Autónoma.

En el presente caso, la reclamación de responsabilidad se centra en el contrato de colaboración que el Consejero, apoderado por el Consejo de Gobierno, suscribió con una mercantil para la gestión de todos los derechos económicos cuya recaudación correspondía a la comunidad autónoma. Especialmente, el litigio se fundó en la inclusión, por parte del Consejero, de las liquidaciones complementarias dentro del contrato de colaboración, a pesar de que no se hiciera mención expresa de éstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas aprobadas por el Consejo de Gobierno y destinadas a regir la antedicha contratación de colaboración.

Recordando su asentada jurisprudencia²⁵, el Alto Tribunal analiza la concurrencia de cada uno de los *elementos que integran la responsabilidad contable*, a saber: que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo caudales públicos; que la acción esté relacionada con las cuentas que el gestor ha de rendir; que dicha acción suponga una vulneración de la norma presupuestaria y contable que atañe al Sector Público; que la acción esté marcada por una nota de subjetividad que se traduzca en dolo, culpa o negligencia grave; y, por último, que exista una relación de causalidad entre la acción y el daño producido.

En definitiva, llevando a cabo una interpretación teleológica y extensiva de las cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas, el TS entiende que la inclusión de las liquidaciones complementarias en el contrato de colaboración es una conducta que puede integrarse dentro de los parámetros de la diligencia que le era exigible, lo cual lleva a desechar en todo caso la apreciación sobre la concurrencia de dolo, culpa o negligencia grave en la actuación del consejero. En consecuencia, la Sala desestima el recurso interpuesto, confirmando así la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

En cuanto a las novedades doctrinales que afectan a la materia presupuestaria en el ámbito local, puede resultar de interés para los operadores jurídicos del ámbito municipal, por su carácter eminentemente práctico, la aportación de M.^a D. GUERRERO MUÑOZ, «Nuevas obligaciones informativas en materia económico-financieras a cargo de las entidades locales. Desde el ejercicio 2007» (*Revista de Estudios Locales. CUNAL*, núm. 111, junio 2008, pp. 40-47). En ella se presenta sistemáticamente el nuevo régi-

²⁵ Entre otras, *vid.* la STS de 29 de diciembre de 2004 (rec. 62/2003).

342 **Andrés García Martínez / Domingo J. Jiménez-Valladolid / César Martínez Sánchez**

men jurídico que han deparado las sucesivas reformas normativas en materia de suministro de información relativa a la actividad presupuestaria de las entidades locales²⁶.

V. PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS EN EL ÁMBITO LOCAL

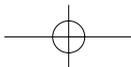
En el ámbito de los procedimientos tributarios corresponde, en primer lugar, hacer referencia a la aprobación del *Real Decreto 1804/2008*, el cual desarrolla algunas de las previsiones de la Ley 36/2006, resultando de interés a estos efectos la regulación de las obligaciones de información de los notarios en las operaciones inmobiliarias y de las empresas de suministros.

La doctrina, por su parte, ha estudiado diversos aspectos relativos a los procedimientos tributarios en el ámbito local. Por su interés y profundidad, debe destacarse el estudio realizado por A. GARCÍA MARTÍNEZ y F. VELASCO CABALLERO, *Régimen Jurídico de la Inspección Tributaria Local* (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008), en el que se examinan el procedimiento tipo de inspección tributaria en la Administración local (capítulo II), los aspectos relativos a la organización y empleo (capítulo III) y a la descentralización funcional en este ámbito (capítulo IV) y, finalmente, los relativos a la externalización de la inspección de los tributos locales (capítulo V). Dicho estudio tiene su origen en un informe solicitado por la Asociación Nacional de Inspectores de Hacienda Pública Local.

En relación con la gestión de los tributos locales, han de reseñarse las aportaciones de C. GARCÍA NOVOA, «La asistencia técnica por empresas privadas en la gestión del ICIO. Una fórmula acorde con el ordenamiento jurídico» (*Tributos Locales*, núm. 79, 2008, pp. 17-31), en el que se plantean las posibilidades de colaboración de las empresas privadas en el ámbito de la gestión tributaria local, y R. A. NAVARRO HERAS, «Problemática en los tributos de gestión compartida: la experiencia del ayuntamiento de Madrid» (*Tributos Locales*, núm. 79, 2008, pp. 65-73), en el que se aporta información relativa a los convenios de colaboración interadministrativa suscritos por el ayuntamiento de Madrid.

La recaudación de los tributos locales también ha centrado parte del trabajo de la doctrina en 2008. A este respecto debe señalarse la obra colectiva dirigida por F. SERRANO ANTÓN, *Recaudación Ejecutiva y Hacienda Local* (Thomson-Civitas, 2008), en la cual, junto a los aspectos generales del procedimiento de recaudación en periodo ejecutivo, se analizan ciertos aspectos inherentes a la realización de estas funciones por parte

²⁶ La autora se refiere en primer lugar a la Orden EHA/468/2007, de 22 de febrero, por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de la liquidación de los presupuestos de las Entidades locales y de la información adicional requerida para la aplicación efectiva del principio de transparencia en el ámbito de la estabilidad presupuestaria (BOE de 6 de marzo de 2007); más adelante a la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas; y, por último, al Real Decreto 1463/2007, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001 General de Estabilidad Presupuestaria.



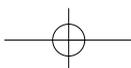
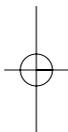
Haciendas locales

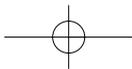
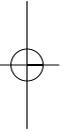
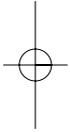
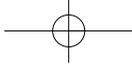
343

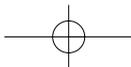
de los órganos de recaudación en las haciendas locales. Otra aportación de cierto interés es la de L. C. HERNANDO OREJANA, «Las actuaciones ejecutivas fuera del término municipal: crítica a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado» (*El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 17, 2008, pp. 2887 y ss.), en que se critica la consideración de las anotaciones preventivas de embargo como «*actuaciones ejecutivas*» a efectos de la aplicación del art. 8.3 TRLHL mantenida por la DGRN.

También se han publicado estudios doctrinales de cierto interés en el ámbito de los procedimientos de revisión tributaria, en concreto, nos referimos a los de J. M.^a CHAMORRO GONZÁLEZ, «El Recurso de Reposición en materia tributaria local. Algunas precisiones» (*Tributos Locales*, núm. 77, 2008, pp. 59-63), en el que se critica la configuración de este recurso en el ámbito local como preceptivo en relación con las multas, consideradas como ingresos públicos, y J. PARRONDO AYMERICH, «La imposición de costas en el procedimiento económico-administrativo municipal de Madrid» (*Tributos Locales*, núm. 80, 2008, pp. 95-103), en el que se estudian los requisitos para la imposición de las «*costas del procedimiento*» en este ámbito y los mecanismos para su cuantificación.

Por último, en lo que respecta a las infracciones y sanciones tributarias, ha de señalarse la *resolución del TEAMM de 7 de febrero (reclamación económico-administrativa núm. 200/2006/03634)*, en la que el órgano considera que el reclamante ha efectuado una interpretación razonable de la norma, resultando en la correspondiente exclusión de culpabilidad. Tal supuesto se planteó en relación con la obligación de presentar autoliquidación por el ICIO en el caso de obras realizadas en virtud de una orden de ejecución municipal. Entiende el TEAMM que sobre este extremo no existe un criterio jurisprudencial uniforme a efectos de equiparar en el ámbito del ICIO dicha orden de ejecución con la obtención de licencia a que se refiere el art. 100 TRLHL.







Medio ambiente urbano

Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

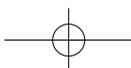
Palabras clave: medio ambiente; entes locales; ruido; energía solar

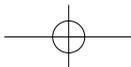
Key words: environment; local governments; noise; solar energy

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. INSTRUMENTOS DE PROGRAMACIÓN Y PLANIFICACIÓN (ÁMBITOS COMUNITARIO, ESTATAL Y AUTONÓMICO).—II. NORMATIVA ESTATAL.—III. NORMATIVA AUTONÓMICA.—IV. NORMATIVA MUNICIPAL.—V. JURISPRUDENCIA.—1. Presentación.—2. Aplicación de la normativa comunitaria al caso de la evaluación ambiental de la autovía urbana de circunvalación de Madrid (M-30).—3. Sentencias en materia de contaminación acústica.—3.1. *Vulneración de los derechos fundamentales a la vida privada, integridad física, intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio por contaminación acústica.*—3.2. *Ordenanza Municipal de Ruido que permite dejar en suspenso temporalmente el nivel de ruido en el interior de las viviendas.*—3.3. *Contenido de los mapas de capacidad acústica.*—3.4. *El caso particular de los ruidos producidos por el Aeropuerto de Barajas.*—4. Sentencias en materia de telefonía móvil.—4.1. *Distribución de competencias en materia de telefonía móvil entre el Estado y Comunidades Autónomas, y Entidades Locales.*—4.2. *Exigencia de un Plan Técnico previo para la autorización de antenas de telefonía móvil.*—4.3. *Inclusión de normas que imponen niveles máximos de emisión radio-eléctrica o que fijan distancias mínimas de situación de las estaciones base de telefonía móvil.*—4.5. *Disposición de antenas como «actividad clasificada».*—4.5.1. *Decisiones judiciales que entienden justificada la exigencia de licencia de actividad clasificada.*—4.5.2. *Decisiones judiciales que no entienden justificada la exigencia de licencia de actividad clasificada.*—5. *Ordenanza Municipal de Captación Solar para Usos Térmicos que establece directamente especificaciones técnicas.*—6. *Relación entre la licencia de actividad clasificada y la licencia de obras.*—VI. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. INTRODUCCIÓN. INSTRUMENTOS DE PROGRAMACIÓN Y PLANIFICACIÓN (ÁMBITOS COMUNITARIO, ESTATAL Y AUTONÓMICO)

Las políticas ambientales tienen el fin principal de que el modelo de vida no provoque una situación de desastre ecológico irreversible, para lo cual se utilizan distintos ins-





trumentos que vayan atenuando los efectos de dicho modelo de vida en el entorno natural. En el ámbito comunitario, ello ha quedado fijado desde la aprobación del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. A partir de ese momento, uno de los objetivos prioritarios de la Unión Europea es transformar el modelo de crecimiento de la comunidad a fin de fomentar el desarrollo sostenible. El camino para la consecución de este desarrollo sostenible se cifra, como quedó consagrado en el «V Programa Comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible (1993-2000)», en *la integración de las exigencias de la protección del medio ambiente en la definición y realización de todas las políticas y acciones de los poderes públicos*. Esto es lo que se ha venido en llamar actualmente cláusula de horizontalidad o transversalidad. Con este objetivo de integración de las exigencias ambientales en todas las políticas, se utilizan diversos instrumentos, entre ellos, los documentos de programación y planificación (estrategias, bases políticas, directrices, programas y planes), para impulsar una gestión sostenible de las distintas políticas que han de acometer los poderes públicos.

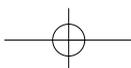
La utilización de estos instrumentos para la aplicación de la cláusula de horizontalidad o transversalidad la encontramos en todos los niveles del Ordenamiento Jurídico: comunitario, estatal, autonómico y local.

En el año 2008 ha de destacarse *en el ámbito comunitario el Informe urbano 2008: Indicadores demográficos, económicos y medioambientales de las ciudades europeas*. El 24 de septiembre de 2008 la Comisión Europea publicó su auditoría urbana para pulsar el estado de salud de 321 ciudades europeas.

Además ha de tenerse en cuenta que con fecha de 9 de julio de 2008 fue aprobado por el Parlamento Europeo *la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una Estrategia temática para el medio ambiente urbano*, de fecha de 13 de septiembre de 2006.

La propuesta de la Comisión subraya que «la diversidad del entorno urbano en cuanto a historia, geografía, clima o condiciones administrativas y jurídicas requiere soluciones hechas a medida y desarrolladas a nivel local» y que «la aplicación del principio de subsidiariedad, según el cual la actuación debe realizarse en el nivel más eficaz, también supone que ésta se inscriba en el plano local». Además, se afirma que debido a la heterogeneidad de las zonas urbanas y las obligaciones vigentes a nivel nacional, regional y local, así como a las dificultades vinculadas al establecimiento de normas comunes, «se decidió que la legislación no es el mejor medio de alcanzar los objetivos de la estrategia», como han confirmado la mayor parte de los Estados miembros y de las administraciones locales.

Esta estrategia se inserta en el *VI Programa de Acción Comunitario en materia de Medio Ambiente (2002-2012)*, que prevé la elaboración y la adopción de siete estrategias temáticas: contaminación atmosférica, medio ambiente marino, uso sostenible de los recursos naturales, prevención y reciclado de residuos, protección del suelo, utilización de plaguicidas y medio ambiente urbano.



Medio ambiente urbano

347

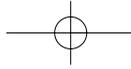
La estrategia temática para el medio ambiente urbano propuesta se articula en torno a las siguientes líneas transversales: orientaciones sobre una gestión integrada del medio ambiente; orientaciones sobre la elaboración de planes para un transporte urbano sostenible por parte de las autoridades locales, con el apoyo de orientaciones técnicas sobre los principales aspectos de los planes de transporte, con los ejemplos de las mejores prácticas que serán publicados por la Comisión en 2006; acciones comunitarias de apoyo al intercambio de las mejores prácticas en la UE; un portal Internet de la Comisión para las autoridades locales destinado a facilitar el acceso a todos los documentos publicados en múltiples sitios destinados a las autoridades locales, en línea con el plan de acción para mejorar la comunicación de la Comisión sobre Europa; formación para poder adquirir las competencias específicas necesarias para adoptar un enfoque integrado de la gestión también a través de programas de intercambio destinados a los funcionarios de los entes locales y de iniciativas del Fondo Social Europeo para mejorar la eficacia de las administraciones públicas a nivel regional y local, y recurso a las demás políticas comunitarias: políticas de cohesión y políticas a favor de la investigación.

Y, por último, ha de reseñarse la *Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2008*, sobre «Hacia una nueva cultura de la movilidad urbana», en la que se afirma que la Unión Europea debería definir una estrategia global sobre movilidad urbana, que conduzca a un uso más racional de coches particulares, y promover la transferencia hacia modos de transporte sostenibles, a fin de apoyar los compromisos adquiridos por la UE para proteger el medio ambiente y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

Tras un año 2007 muy prolífico en el ámbito estatal, en el que se destaca la aprobación por el Estado de importantes documentos de programación y planificación como son: *La Estrategia de Medio Ambiente Urbano de la Red de Redes de Desarrollo Local Sostenible*; *la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia (Horizonte 2007-2012-2020) —EECCEL—*; *el Plan de Medidas Urgentes de la Estrategia de Cambio Climático y Energía Limpia*, y por último, *el Plan Nacional de Calidad de Aguas: Saneamiento y Depuración 2007-2015*. En el año 2008 no hay documentos a reseñar.

En lo que respecta al *ámbito local*, concretamente ha de indicarse el *Plan de Uso Sostenible de la Energía y Prevención del Cambio Climático de la Ciudad de Madrid*, aprobado por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 12 de junio de 2008 (*BO Ayuntamiento de Madrid* de 20 de junio de 2008, núm. 5.825). Este Plan pretende impulsar una nueva cultura energética en la ciudad de Madrid, promoviendo el uso racional y eficiente de la energía y la reducción de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI), en coordinación con otras políticas municipales, que se están desarrollando en pro de la sostenibilidad urbana, y que permitirán contribuir al objetivo nacional de cumplimiento del Protocolo de Kioto.

Además ha de destacarse, como iniciativa dirigida a impulsar una gestión sostenible de las distintas políticas que han de acometer los municipios españoles, el *Primer Encuentro de Gobiernos Locales por la Biodiversidad, celebrado en Jaén el 2 y 3 de julio de 2008*, organizado por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP). En



dicho encuentro se presentó la *Estrategia Local y Sistema de Indicadores para la Conservación e Incremento de la Biodiversidad* y se reafirmó la importancia que tiene la *Red de Gobiernos Locales + Biodiversidad 2010*, creada también en el año 2008 por la FEMP y la Fundación Biodiversidad del Ministerio de Medio Ambiente, Rural y Marino. El objetivo primordial de esta red, que desde la FEMP actúa en territorio nacional, es trabajar en consonancia con la Unión Mundial de la Naturaleza, que ha creado una alianza europea para frenar la pérdida de especies florales y faunísticas. La primera meta marcada para la consecución de estos objetivos es 2010.

Ha de resaltarse también la existencia de otra red en el ámbito de la FEMP —que tiene por origen un acuerdo de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y la FEMP—, que es la *Red Española de Ciudades por el Clima*. Dicha red en abril de 2008 contaba con un total de 201 Municipios. Esta Red de Ciudades por el Clima constituye la sección de la FEMP formada por los Gobiernos locales que están integrando en sus políticas la protección del clima, de acuerdo con los objetivos fijados en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMCC). La red favorece la coordinación de actuaciones entre las distintas administraciones, permitiendo alcanzar mejores resultados en la lucha contra el cambio climático y en la mitigación de sus efectos. Además, articula el protagonismo de los Gobiernos locales en la gestión medioambiental, permitiendo su intervención en la elaboración de normas que abordan problemas globales que exceden el ámbito municipal.

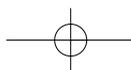
II. NORMATIVA ESTATAL

El año 2007 fue de una importante *producción legislativa*. Se aprobaron la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, del desarrollo sostenible del medio rural.

En cambio el año 2008 ha sido de una importante *producción reglamentaria*. En materia de medio ambiente se ha aprobado una única norma con rango de Ley: el *Real Decreto Legislativo 1/2008*, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos. El resto de normas son reglamentos.

La refundición realizada por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, se limita a la evaluación de impacto ambiental de proyectos y no incluye la evaluación ambiental de planes y programas regulada en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

La evaluación de impacto ambiental de proyectos constituye el instrumento más adecuado para la preservación de los recursos naturales y la defensa del medio ambiente.



Medio ambiente urbano

349

Esta técnica singular, que introduce la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente, se ha venido manifestando como la forma más eficaz para evitar las agresiones contra la naturaleza, proporcionando una mayor fiabilidad y confianza a las decisiones que deban adoptarse, al poder elegir, entre las diferentes alternativas posibles, aquella que mejor salvaguarde los intereses generales desde una perspectiva global e integrada y teniendo en cuenta todos los efectos derivados de la actividad proyectada.

El texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos consta de tres capítulos. El capítulo primero se ocupa de las disposiciones generales, identificando en el art. 1, artículo inédito, como objeto de la norma, de una parte, el establecimiento del régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental de proyectos, y, de otra, la garantía de la integración de los aspectos ambientales en tales proyectos mediante la incorporación de la evaluación de impacto ambiental en el procedimiento de autorización o aprobación de aquél por el órgano sustantivo que en cada caso resulte competente, tal y como ponen de relieve las Directivas comunitarias sobre evaluación de impacto ambiental de las que trae causa la legislación española en la materia. El capítulo II contiene el régimen jurídico de la evaluación ambiental propiamente dicha. Y el capítulo III regula los aspectos relacionados con el control del cumplimiento de las declaraciones de impacto ambiental.

Pasando al estudio de las normas reglamentarias aprobadas a lo largo del año 2008, la primera que se puede señalar es el *Real Decreto 2090/2008, de 22 diciembre*, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre de 2007, de Responsabilidad Medioambiental.

Este Reglamento presenta algunas novedades con respecto a la regulación de la Ley 26/2007. A destacar, el concepto de «estado básico», entendido, conforme a la definición recogida en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, como aquel en el que, de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y los servicios en el momento en que sufrieron el daño. Respecto a esta definición, el Reglamento añade una precisión importante para aclarar que el estado básico debe determinarse en relación con el agente causante del daño y, por tanto, no hace referencia a un estado ideal de conservación del medio receptor, sino a aquel que presentara éste en el momento inmediatamente anterior a la actuación del agente. Serán, por tanto, las variables vinculadas a dicho agente las que habrá que analizar antes y después del daño. Por otro lado, se prevén los supuestos en los que la determinación del estado básico deberá tener en cuenta la posible evolución que hubieran tenido los recursos naturales de no haberse producido el daño: cuando exista información histórica fehaciente que demuestre la tendencia evolutiva de dichos recursos naturales o la previsión de que exista un cambio de uso del suelo en un instrumento de planeamiento con anterioridad a la producción del daño.

Mayor novedad presentan las pautas que se prevén para la determinación de las medidas de reparación complementaria y compensatoria y en cuya elaboración se han tomado como referencia los trabajos y estudios elaborados por la Comisión Europea

sobre la metodología necesaria para aplicar la Directiva 2004/35/CE (Proyecto REMEDE).

En lo referente a la *Vivienda*, se ha aprobado: el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, y Real Decreto 1675/2008, de 17 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre de 2007, que aprueba el documento básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación y modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo de 2006, que aprueba el Código Técnico de la Edificación.

Respecto al Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, ha de destacarse que el Plan que aprueba, en relación con la rehabilitación urbana, asume las recomendaciones establecidas en la Carta de Leipzig sobre Ciudades Europeas Sostenibles (aprobada con ocasión de la Reunión Informal de Ministros sobre Desarrollo Urbano y Cohesión Territorial celebrada en Leipzig el 24/25 de mayo de 2007), y en la Resolución del Parlamento Europeo «El seguimiento de la Agenda Territorial de la UE y de la Carta de Leipzig: Hacia un programa de acción europea para el desarrollo espacial y la cohesión territorial», aprobada el 21 de febrero de 2008.

En lo que se refiere al Real Decreto 1675/2008, de 17 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre de 2007, que aprueba el documento básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación y modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo de 2006, que aprueba el Código Técnico de la Edificación, ha de señalarse que este Reglamento extiende durante seis meses más el periodo de aplicación voluntaria del «DB-HR Protección frente al ruido», de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1371/2007.

En materia de *Residuos*, se han aprobado dos normas: el Real Decreto 106/2008, de 1 de febrero, sobre pilas y acumuladores y la gestión ambiental de sus residuos, y el Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición.

El *Real Decreto 106/2008, de 1 de febrero, sobre pilas y acumuladores y la gestión ambiental de sus residuos*. Este Real Decreto incorpora a nuestro derecho interno la Directiva 2006/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, además de desarrollar las prescripciones establecidas en la Ley 10/1998, de 21 de abril, cumpliendo con el mandato establecido en su disposición final cuarta, para lograr una adecuada gestión ambiental de los residuos de pilas y acumuladores. El ámbito de aplicación de este Real Decreto abarca tanto a las pilas y acumuladores portátiles, es decir, las de consumo doméstico más frecuente, como a las industriales y de automoción, prohibiendo la puesta en el mercado de las que contengan ciertas cantidades de mercurio o de cadmio. Se establece un régimen de obligaciones para la puesta en el mercado de pilas, acumuladores y baterías y se fija un calendario para el cumplimiento de los objetivos de recogida referido tanto a las pilas y acumuladores portátiles como a las de carácter industrial y de automoción.

Medio ambiente urbano

351

La gestión de los residuos de pilas y acumuladores se regula partiendo de la creación de redes de puntos para la recogida selectiva de pilas, acumuladores y baterías usadas, estableciéndose algunas especificaciones especiales para la recogida de las de carácter industrial o de automoción.

En lo referente a las plantas de tratamiento y reciclaje se detallan en el texto las instrucciones técnicas y condiciones a que deberán ajustarse y el régimen jurídico para la autorización de estas instalaciones.

Mención especial merecen las medidas previstas para promover, desde las administraciones públicas, la prevención de la producción de residuos, el fomento de las nuevas tecnologías de tratamiento y reciclaje y de procedimientos de gestión y auditoría ambiental o el de sistemas de calidad y seguridad laboral certificados.

En lo concerniente al *Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición*, ha de subrayarse que el problema ambiental que plantean estos residuos se deriva no sólo del creciente volumen de su generación, sino de su tratamiento, que todavía hoy es insatisfactorio en la mayor parte de los casos. Entre los impactos ambientales que ello provoca, cabe destacar la contaminación de suelos y acuíferos en vertederos incontrolados, el deterioro paisajístico y la eliminación de estos residuos sin aprovechamiento de sus recursos valorizables. Esta grave situación debe corregirse, con el fin de conseguir un desarrollo más sostenible de la actividad constructiva.

Las entidades locales históricamente han desempeñado un papel muy importante en la gestión y tratamiento de este tipo de residuos. La entrada en vigor de este Real Decreto, y de acuerdo con el art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, va a implicar un esfuerzo de adaptación de las ordenanzas municipales a los objetivos del mismo.

El régimen de control de la producción, posesión y gestión de los residuos de construcción y demolición se basa en la necesaria colaboración entre las Comunidades Autónomas y las entidades locales para el cumplimiento de las competencias que, respectivamente, les atribuye la legislación sobre residuos. No obstante, se contempla la posibilidad del establecimiento, en los términos previstos en la legislación de las Comunidades Autónomas, de un mecanismo de control vinculado a la obtención de la licencia de obras, mediante la constitución por parte del productor de una fianza u otra garantía financiera equivalente, que responda del cumplimiento de los requisitos del Real Decreto y, en particular, de la gestión de los residuos de construcción y demolición que se producirán en la obra.

El Real Decreto también establece las condiciones que deberán cumplir, con carácter general, los gestores de residuos de construcción y demolición, así como las exigibles, en particular, para su valorización.

Una de las dificultades por las que en la actualidad no se alcanzan unos niveles satisfactorios de reciclado de residuos de construcción y demolición es el hecho de que en su mayoría se depositan en vertedero a coste muy bajo, sin tratamiento previo y, a menudo,

sin cumplir con los requisitos establecidos en la normativa sobre vertederos. Para corregir esta situación, el Real Decreto prohíbe el depósito sin tratamiento previo y demanda el establecimiento de sistemas de tarifas que desincentiven el depósito en vertedero de residuos valorizables o el de aquellos otros en los que el tratamiento previo se haya limitado a una mera clasificación.

El Real Decreto también establece los criterios mínimos para distinguir cuándo la utilización de residuos inertes en obras de restauración, acondicionamiento o relleno, puede considerarse una operación de valorización y no de eliminación en vertedero.

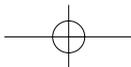
Ya en el ámbito de *Aguas*, ha de resaltarse la aprobación del *Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, que modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico*, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril de 1986.

A través de esta modificación se incorpora al Reglamento del Dominio Público Hidráulico la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, que ya había sido transpuesta en el art. 92 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

Por otro lado, si bien este Real Decreto no es una transposición de la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, sí incorpora los criterios que dicha Directiva establece en lo que se refiere a las zonas inundables. De tal modo aplica «la gestión del riesgo», a la seguridad en materia de presas, embalses y balsas. El nuevo sistema de seguridad descansa sobre dos pilares. En primer lugar, sobre la base de las obligaciones exigidas al titular de la presa o balsa, definidas con precisión en las Normas Técnicas de Seguridad. En segundo lugar, mediante el control de la seguridad como conjunto de actuaciones que debe realizar la administración pública competente para verificar que el titular ha cumplido las exigencias establecidas en las Normas Técnicas de Seguridad.

Por último, ha de reseñarse el *Real Decreto 35/2008, de 18 enero, que modifica el Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas*, aprobado por Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre de 1999. Entre otros aspectos novedosos de este Reglamento ha de resaltarse la regulación del control de áreas contaminadas, con lo que se pretende dar solución al control de terrenos o recursos hidrológicos que, no perteneciendo a instalaciones reguladas por el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, se hayan visto afectados por contaminación radiológica.

En el ámbito organizativo se han aprobado: el *Real Decreto 1424/2008, de 14 agosto, por el que se determina la composición y las funciones de la Comisión Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad*, se dictan las normas que regulan su funcionamiento y se establecen los comités especializados adscritos a la misma; el *Real Decreto 1130/2008, de 4 julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino*; y *Real Decreto 12/2008, de 11 enero, que regula la composición y el funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales*.



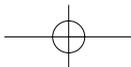
III. NORMATIVA AUTONÓMICA

En el *ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid*, únicamente ha de reseñarse la aprobación del Decreto 2/2008, de 17 de enero de 2008, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Ha de destacarse que se incluye «La Dirección General de Medio Ambiente Urbano», a la que se atribuye, en particular, las siguientes competencias (art. 10): *a)* La elaboración de proyectos y anteproyectos normativos relativos a las competencias de la Dirección General; *b)* La elaboración y el seguimiento de planes y programas relacionados con la protección del medio hídrico, atmosférico, con el cambio climático, así como con la gestión de los residuos y de los suelos contaminados; *c)* La conservación y explotación de las infraestructuras y equipamientos ambientales de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio relacionados con el tratamiento de residuos; *d)* La conservación y explotación de la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire de Madrid, para la evaluación de la calidad atmosférica de la región; *e)* La inspección, control y seguimiento de las actividades con incidencia ambiental en el medio urbano de la Comunidad de Madrid en relación con las competencias de la Dirección General; *f)* La tramitación y resolución de los expedientes administrativos en materia de residuos, aire, agua, ruido y suelos contaminados; *g)* La captación y tratamiento de los datos y variables que caracterizan la calidad ambiental del medio urbano de la Comunidad de Madrid. De la Dirección General de Medio Ambiente Urbano dependerán las siguientes Subdirecciones Generales: La Subdirección General de Calidad Hídrica y Residuos y la Subdirección General de Prevención Ambiental y Calidad Atmosférica (art. 11).

IV. NORMATIVA MUNICIPAL

En años anteriores, el Ayuntamiento de Madrid ha realizado una abundante labor normativa, para adecuar sus normas a las nuevas disposiciones estatales y autonómicas, aprobando ordenanzas de todas las materias sectoriales en el ámbito medioambiental. Por ello, muy pocas novedades normativas se han producido en el año 2008.

Ha de reseñarse la aprobación, con fecha de 10 abril de 2008, por *Acuerdo de la Junta de Gobierno de Medidas de Eficiencia Energética en los Edificios e Instalaciones del Ayuntamiento de Madrid* (BO Ayuntamiento de Madrid, de 25 de abril de 2008, núm. 5809). Del mismo modo ha de tenerse en cuenta el *Inventario de Vías Públicas y Zonas Verdes. Estructura y Organización*, aprobado por *Acuerdo de la Junta de Gobierno*, de 30 de diciembre de 2008 (BO Ayuntamiento de Madrid, de 23 de enero de 2009, núm. 5887). Dicho inventario se inserta como Anexo del Inventario General del Ayuntamiento de Madrid, regulado por el Reglamento del Inventario General del Ayuntamiento de Madrid, aprobado por Acuerdo Plenario de 28 de marzo de 2006. Este inventario de Vías Públicas y Zonas Verdes comprende las calles, parques, jardines y



demás clases de zonas verdes y vías públicas de titularidad municipal existentes en el término municipal de Madrid, así como las concesiones y autorizaciones que se otorguen para la ocupación privativa de las mismas. La aprobación del Inventario de Vías Públicas y Zonas Verdes se producirá durante el primer trimestre siguiente a la finalización de cada año.

V. JURISPRUDENCIA

1. Presentación

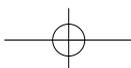
En el año 2008 ha de destacarse en esta materia una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a la evaluación ambiental de la autovía urbana de circunvalación de Madrid (M-30). En lo que concierne al Tribunal Constitucional no existe en materia de Medio Ambiente Urbano ningún pronunciamiento. Y, por último, en lo referente al Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores de Justicia en este sector del Medio Ambiente Urbano la gran mayoría de los pronunciamientos se centran en dos materias: Ruido y Telecomunicaciones.

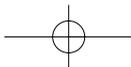
2. Aplicación de la normativa comunitaria al caso de la evaluación ambiental de la autovía urbana de circunvalación de Madrid (M-30)

En la *STJCE (Sala 3.ª) de 25 de julio de 2008, As. C-142/07*, se plantea la necesidad de sometimiento a evaluación ambiental de las obras de reforma y mejora de la M-30 de Madrid en aplicación de la normativa comunitaria (Directivas 85/337/CEE y 91/11/CE). Concluye la sentencia con la necesidad de su sometimiento al procedimiento de evaluación de impacto ambiental por sus propias características, además de afirmar que no pueden fraccionarse los proyectos para evitar el sometimiento al procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

El ayuntamiento de Madrid aprobó quince proyectos que no habían sido precedidos de una evaluación de impacto ambiental por no superar los 5 km de longitud —distancia a partir de la cual la normativa autonómica obliga a la realización de un trámite de impacto ambiental—. Ha de señalarse que en la sentencia se afirma que las mencionadas obras van a suponer un incremento del tráfico en un 25 por 100.

Una de las cuestiones debatidas es la de la calificación jurídica de la infraestructura. Para el Ayuntamiento de Madrid es una «vía urbana», concepto que no se encuentra en las actuaciones expresamente sometidas a evaluación de impacto ambiental en la normativa comunitaria, por lo que no debe someterse a evaluación de impacto ambiental. Este argumento es rechazado por el TJCE, al estimar que es contrario al Derecho comunitario que una actuación quedara sin procedimiento de evaluación de impacto ambiental



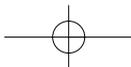
**Medio ambiente urbano**

355

por el mero hecho de que no fuera expresamente mencionada en la normativa aplicable. A estos efectos el Tribunal recuerda que en las directivas se incluyen los conceptos de «autopistas» o «vías rápidas», así como de «nuevas carreteras» con una determinada definición para estas últimas. Y en relación con todo ello se indica expresamente que «se debe precisar, por una parte, que, como sostiene fundadamente la Comisión de las Comunidades Europeas, los conceptos enunciados en los anexos citados son conceptos de Derecho comunitario, a los que ha de darse una interpretación autónoma y, por otra parte, que no cabe excluir que las clases de vías que se mencionan en dichos anexos se localicen tanto en aglomeración urbana como fuera de ella» (*vid.* punto 29). Para la definición de «vía rápida» la Directiva 85/337/CE se remite al Acuerdo europeo de 15 de noviembre de 1975, sobre las principales vías de tráfico internacional, y de ello se deduce que se trata de «una vía reservada a la circulación automovilística, accesible sólo desde accesos o cruces reglamentados, y en la que está especialmente prohibido detenerse o estacionar en la calzada». Indica además el Tribunal que de esa definición no se deduce una exclusión de las vías situadas en las áreas urbanas, por lo que en dicha definición se incluye la M-30. Igualmente para el concepto de autopista habría que partir de lo indicado en el Acuerdo europeo de 1975 mencionado. Por lo que el Tribunal afirma la obligación de sujeción de la M-30 al procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

En lo que se refiere a las obras acometidas, el TJCE establece que el concepto «construcción» regulado en la normativa comunitaria incluye las obras de reforma y mejora. Y aclara el Tribunal, que aún en el caso de que no se considerara que en dicho concepto de «construcción» no se incluyen las obras realizadas en la M-30, no por eso puede afirmarse que las obras de la M-30 se excluirían de la aplicación de la normativa comunitaria, pues entonces debería juzgarse si se trata de actuaciones sometidas a evaluación por tratarse de proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente en virtud de su naturaleza, dimensiones o localización, entre otros —*ex* art. 4.2 Directiva 85/337/CE modificada— (*vid.* punto 38). Junto con lo anterior, el Tribunal rechaza el hecho de que el fraccionamiento de un proyecto pueda llevar como consecuencia la exención de la evaluación del procedimiento ambiental, pues siempre hay que considerar el efecto acumulativo de los distintos proyectos sobre el medio ambiente (*vid.* punto 44).

Esta sentencia que se ha analizado tiene su origen en una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid (mediante Auto de 23 de enero de 2007). En virtud de la sentencia del TJCE, el mencionado Juzgado dictó la Sentencia de 16 de octubre de 2008, que anula la resolución dictada por la concejal del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid, de fecha de 23 de mayo de 2005, por la que se acordó desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo órgano, de 17 de enero de 2005, por la que se resuelve aprobar —sin sometimiento a evaluación de impacto ambiental previa— una serie de proyectos relativos a obras en la M-30. Dicha Sentencia de 16 de octubre de 2008, es susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con ocasión del cual deberá de decidir dicho



Tribunal si aplica en este caso una doctrina aplicada en casos anteriores que acepta un procedimiento sustitutivo en el que con carácter urgente se realice un estudio de impacto ambiental para los tramos ya ejecutados o en curso de ejecución, y una evaluación de impacto ambiental para los que aún no han comenzado a ejecutarse. El Juzgado «desde el máximo respeto y acatamiento del, sin duda, superior criterio del órgano al que está jerárquicamente subordinado», se pronuncia en contra de la aplicación en el presente supuesto de la doctrina del TSJ de Madrid expuesta, y mantiene su criterio de anulación.

3. Sentencias en materia de contaminación acústica

3.1. *Vulneración de los derechos fundamentales a la vida privada, integridad física, intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio por contaminación acústica*

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado de forma reiterada en el sentido de afirmar rotundamente que el ruido puede ocasionar la vulneración de los derechos fundamentales a la vida privada, integridad física, intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (arts. 15 y 18 CE).

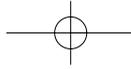
La *STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 235/2008, de 18 de febrero (rec. de apelación núm. 1448/2006, FFDD 6 y 7)*, realiza una pormenorizada recopilación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, y sintetiza la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional por el Tribunal Supremo en los razonamientos, que por su interés, seguidamente reproducimos:

«(...) Como domicilio inviolable ha de identificarse el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima, por lo que el objeto específico de protección en este derecho fundamental es tanto el espacio físico en sí mismo como lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita.

Este derecho fundamental ha adquirido una dimensión positiva, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad.

Habida cuenta que el texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegurar la protección del derecho fundamental de que se viene hablando no sólo frente a las injerencias de terceras personas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada.

El ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente de permanente perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos (como lo acreditan las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental).

**Medio ambiente urbano**

357

Ciertos daños ambientales, en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio.

Debe merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la vida personal y familiar, en el ámbito domiciliario, una exposición prolongada a determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, en la medida que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de acciones y omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida».

Y a continuación, la sentencia precisa otra cuestión, en orden a las medidas adoptadas por el ayuntamiento:

«A la hora de valorar si se ha producido en este caso la vulneración de los mencionados derechos fundamentales debemos comenzar recordando algunas de las consideraciones que hicimos en nuestra sentencia ya citada de 12 de marzo de 2007 (casación 340/03). Decíamos en aquella ocasión que ...una cosa es admitir, conforme a la doctrina recogida en la STC 119/2001 y en las sentencias de esta Sala de 10 de abril y 29 de mayo de 2003, que ciertos daños ambientales, en casos de especial gravedad, y aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de la vida privada y familiar privándola del disfrute de su domicilio, y admitir también que la exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido objetivamente calificables como evitables e insoportables sea merecedora de protección por la posible afectación de aquellos derechos, y otra muy distinta es afirmar que la vulneración de tales derechos fundamentales se produce por la no adopción de la medida concreta solicitada por los denunciantes (...). Porque, en efecto, no cabe descartar que frente a la denuncia de ruidos excesivos el Ayuntamiento reaccione adoptando medidas de diferente signo y ampare así los derechos de los ciudadanos por vías diferentes a la solicitada por los reclamantes (...).».

De igual modo, la *STS de 2 junio de 2008 (rec. de casación núm. 10130/2003, FD 3)*, afirma:

«La inmisión en el domicilio de ruidos por encima de los niveles establecidos supone una lesión del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario en la medida que impida o dificulte gravemente el libre desarrollo de la personalidad. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que puede suponer la lesión del derecho a la integridad física y moral del art. 15 de la Constitución (SSTC 16/2004 y 191/2003). Vulneraciones que son imputables a los poderes públicos que con su acción u omisión han dado lugar o no han impedido esa contaminación».

En el mismo sentido, se manifiesta la *STS de 25 de marzo de 2008 (rec. de casación núm. 148/2007, FD 6)*, que en orden a la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración literalmente argumenta:

«Finalmente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 10 de abril de 2003 y 23 de febrero y 24 de abril de 2004, declara que el ruido puede llegar a represen-

tar un factor psicopatógeno y puede ser una fuente de permanente perturbación en la calidad de vida, que puede atentar o poner en peligro la salud de las personas y la inviolabilidad del domicilio, pero siempre que los ruidos sean evitables e insoportables. Esos ruidos son los causantes del daño susceptible de indemnización y están representados por la imposibilidad de utilizar el domicilio habitual y la correlativa necesidad de buscar otro distinto para evitar las molestias; o, cuando se continúe en el propio, por la incomodidad o sufrimiento moral y físico experimentado en la vida personal.

No es necesario, en consecuencia, y para que surja la obligación de indemnizar por parte de la administración demandada, la acreditación de la existencia de cualquier tipo de enfermedad producida por el ruido, lo cual serviría para incrementar en dicho caso el importe de la indemnización a fijar por esta Sala dependiendo de la enfermedad sufrida y tiempo de curación, siendo suficiente la acreditación de un ruido continuado y la incomodidad o sufrimiento experimentado, hechos que entendemos que han quedado suficientemente probados de la documental aportada por los recurrentes y de la prueba practicada en el presente recurso Contencioso-Administrativo».

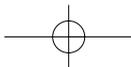
En sentido similar téngase en cuenta las siguientes sentencias: *STS de 22 de julio de 2008 (rec. de casación núm. 337/2006)*; *STSJ de Cataluña núm. 66/2008, de 29 de enero (rec. de apelación núm. 123/2007)*; *STSJ de Cataluña núm. 8/2008, de 16 de enero (rec. de apelación núm. 102/2007)*; *STSJ de Andalucía (Sevilla), de 9 de enero de 2008 (rec. de apelación núm. 542/2007)*.

3.2. Ordenanza Municipal de Ruido que permite dejar en suspenso temporalmente el nivel de ruido en el interior de las viviendas

La *STSJ del Principado de Asturias núm. 1157/2008, de 30 de septiembre de 2008 (rec. contencioso-administrativo núm. 637/2006, FD 4)*, afirma que la Ordenanza Municipal en cuanto autoriza a suspender provisionalmente los objetivos de calidad acústica en el interior de las viviendas, por la organización de actos de especial proyección oficial, cultural, religiosa o de naturaleza análoga, no supone una vulneración de la Ley 37/2003, del Ruido o de los principios generales del derecho o no se puede interpretar como una actuación contraria o con desviación de poder:

«(...) puesto que (...) se contempla la suspensión provisional de los objetivos de calidad acústica, con motivo o por razón, lo que viene a ser lo mismo, de la organización de actos de especial proyección oficial, cultural, religiosa o de naturaleza análoga, atribuyendo, respectivamente, a las Administraciones Públicas la Ley, y a la Alcaldía las Ordenanzas, la posibilidad de adoptar, previa valoración de la incidencia acústica, las medidas necesarias que dejen en suspenso temporalmente el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica que sean de aplicación a aquéllas, según la ley, y los niveles señalados en el art. 8, tanto en el exterior o como en el interior de las viviendas, según la Ordenanza.

Las únicas divergencias que se aprecian entre la Ley (Ley 37/2003, del Ruido) y la Ordenanza, son la referencia que la Ley hace a “determinadas áreas acústicas”, que no se

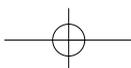


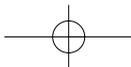
contiene en la Ordenanza, lo que carece de trascendencia en tanto no se determine que puedan existir áreas acústicas en las que no pueda suspenderse provisionalmente los niveles máximos admitidos de emisión sonora, así como la referencia que la Ordenanza hace a su alteración tanto en el exterior como en el interior de las viviendas no recogida en la Ley, mas si ésta autoriza la suspensión provisional de los objetivos de calidad acústica, se entiende que ello podrá afectar tanto al exterior como al interior de las viviendas al no establecer la necesidad de adoptar medidas paliativas que pudieran mitigar tales efectos en el interior de las viviendas, teniendo en cuenta siempre que se trata de una suspensión de carácter provisional que obedece a la organización de determinados actos de especial proyección y que deberá adoptarse previa valoración de la incidencia acústica en el lugar donde se produzca el evento de carácter especial».

3.3. Contenido de los Mapas de capacidad acústica

La STSJ de Cataluña núm. 73/2008, de 25 de enero (*rec. contencioso-administrativo núm. 584/2007*), parte del presupuesto de que, de acuerdo con el art. 9 de la Ley 16/2002, de protección contra la contaminación acústica de Cataluña, el mapa de capacidad acústica «debe incluir la información siguiente: *a)* la inmisión al ruido calculada o medida; *b)* los modelos de cálculo utilizados; *c)* los datos de entrada para el cálculo del ruido; *d)* la afectación de los sectores expuestos al ruido; *e)* las zonas de sensibilidad acústica atribuidas; *f)* los valores límite de inmisión y los valores de atención atribuidos a cada zona de sensibilidad acústica».

En cambio, afirma que la Ordenanza impugnada está huérfana «(...) de toda documentación o información previa que permita analizar y valorar su resultado. En la respuesta que dio el ingeniero municipal a las alegaciones al acuerdo de aprobación inicial (fols. 76 a 80), al contestar a la primera (fol. 77) se pone de manifiesto que el mapa se ha elaborado adoptando para la zona A de alta sensibilidad acústica los valores guía de inmisión exterior máximos admisibles a las actividades de segunda categoría en el art. 269 del vigente Plan General de Martorelles de 8 de julio de 1987; y, por otro lado, atendiendo a las medidas sonométricas de inmisión exterior que se habían realizado en distintos puntos de los viales del casco urbano, para obtener un catastro sónico para la Auditoría Ambiental de Martorelles realizada por la Diputación de Barcelona en el año 2002-2003, para la aprobación de la Agenda 21 Local (...). Los mapas de capacidad acústica no deben responder sólo a teóricas indicaciones urbanísticas sino a la realidad existente en el territorio en cuestión y a la voluntad de incidir sobre la misma; además un mapa elaborado en el año 2004 no puede partir de medidas de inmisión tomadas sólo en distintos puntos de viales del casco urbano dos años antes, amén de que la auditoría mencionada por el técnico no forma parte del expediente administrativo, por lo que no ha podido ser valorada; en consecuencia, resulta insuficiente, a los efectos de los requisitos exigidos en los arts. 9 de la Ley indicada y de la propia Ordenanza, la información que puede obtenerse del mapa impugnado (...)». Por lo que la sentencia declara nulo de pleno derecho dicho mapa de capacidad acústica.





3.4. *El caso particular de los ruidos producidos por el Aeropuerto de Barajas*

Aunque no pueden situarse en el campo del Derecho local, no puede dejar de mencionarse —por su indudable importancia en materia de ruido— una serie de sentencias que se han vertido en el año 2008, referidas a la contaminación acústica derivada de la actividad del Aeropuerto de Barajas.

La *STS de 13 de octubre de 2008 (rec. de casación núm. 1553/2006, FFDD 7, 9 y 11)*, en aplicación de la doctrina asentada en esta materia expuesta anteriormente, estima que debe prosperar la tesis de los denunciantes sobre la vulneración de su derecho a la intimidad domiciliaria. En cambio declara que no procede acoger que se haya vulnerado el derecho a la vida y a la integridad física y moral de los vecinos, ya que no se han presentado pruebas suficientes que demuestren que éstos han padecido trastornos de salud.

A pesar de que también quede fuera del ámbito de este estudio, asimismo es digna de resaltar la *STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 1315/2008, de 9 de julio (rec. contencioso-administrativo núm. 831/2005)*, en la que se analizan los presupuestos para que los niveles acústicos de los ruidos de la actividad aeroportuaria, puedan dar lugar a la adopción de medidas compensatorias excepcionales previstas en las normas.

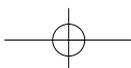
Por último, ha de mencionarse también en esta materia la *STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 1016/2008, de 4 de junio (rec. contencioso-administrativo núm. 671/2005)*.

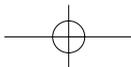
4. Sentencias en materia de telefonía móvil

En primer lugar se analizará la jurisprudencia en esta materia en orden a la distribución competencial, para seguidamente estudiar las sentencias que analizan la legalidad en concreto de las determinaciones que se incluyen en las normas municipales en materia de telefonía móvil. En lo que se refiere a este último análisis ha de señalarse que los Tribunales fiscalizan la legalidad de los preceptos de las Ordenanzas cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

4.1. *Distribución de competencias en materia de telefonía móvil entre el Estado y Comunidades Autónomas, y Entidades Locales*

La *STSJ de Galicia núm. 82/2008, de 14 de febrero (rec. contencioso-administrativo núm. 4223/2005, FD 2)*, reitera la jurisprudencia asentada desde las SSTs de 24 de enero de 2000 (rec. casación 114/1994) y de 18 de junio de 2001 (rec. casación 8603/1994), argumentando lo que sigue:





«1.º) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales. Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativos a obras e instalaciones en edificios [art. 4.1.a) LRBRL y 5 RSCL], tendente a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos [art. 25.2.a)], ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas [art. 25.2.b)], protección civil, prevención y extinción de incendios [art. 25.2.c)], ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística [art. 25.2.d)], protección del medio ambiente [art. 25.2.f)], patrimonio histórico-artístico [art. 25.2.e)], y protección de la salubridad pública [art. 25.2.f)]. 2.º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no pueden entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas».

4.2. *Exigencia de un Plan Técnico previo para la autorización de antenas de telefonía móvil*

La STS de 18 de junio de 1998 (rec. casación núm. 6661/1992, FD 10), fue la sentencia que sentó las pautas que las posteriores sentencias del Alto Tribunal y de los Tribunales Superiores de Justicia van a recoger a la hora de analizar si es ajustado al Ordenamiento Jurídico que una Ordenanza recoja la exigencia de un Plan Técnico previo para la autorización de antenas de telefonía móvil.

Dicha sentencia parte de las finalidades que persigue dicho Plan Técnico:

1. Garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas.
2. La pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano.

Y seguidamente afirma que estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que justifican la intervención del Municipio en este campo. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e incluso apruebe el Ayuntamiento. Ahora bien, a continuación aclara que esta facultad de intervención no es incondicionada, sino que debe llevarse a cabo garantizando la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias, mediante la exigencia de que el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el, a la sazón, Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

En esta misma línea, la *STSJ de Galicia núm. 82/2008, de 14 de febrero (rec. contencioso-administrativo núm. 4223/2005, FD 3)*, establece:

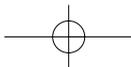
«Nada se puede cuestionar a la voluntad expresada de compatibilizar la funcionalidad de los elementos y equipos que requiere la instalación de un servicio de calidad con la preservación del paisaje urbano y natural, minimizando la ocupación y el impacto de su implantación. La protección del paisaje y la minimización del impacto visual encuentra su apoyo en la legislación medioambiental y urbanística, que constituye una materia estrechamente relacionada con la protección de los intereses municipales. En la medida que responde a esa voluntad de compatibilizar la calidad del servicio con la preservación del paisaje urbano y natural, tampoco merece crítica alguna. Partiendo de lo hasta aquí expuesto no se aprecia incorrección en las determinaciones de la Ordenanza respecto a la exigencia sobre previa aprobación del Plan de implantación, siendo de significar que la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003, expresa lo siguiente: “C) La exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso apruebe el ayuntamiento”. Obviamente, la normativa sectorial reguladora de los aspectos técnicos debe ser observada, pero ello es perfectamente compatible con las previsiones examinadas de la Ordenanza, entendidas las mismas con la finalidad que les es propia en el ámbito competencial de la Administración local y cuando las posibles circunstancias materiales diversas que vayan surgiendo con posterioridad serían susceptibles de justificar los oportunos planteamientos formales en solicitud de las modificaciones que fueran procedentes. En la misma línea, es plenamente asumible el contenido en el que se recogen suficientes y razonables opciones que permitirían una adecuada compatibilización entre las razones urbanísticas, medioambientales y paisajísticas y las necesidades de las operadoras».

En el mismo sentido, *vid.* la *STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 275/2008, de 9 de marzo (rec. contencioso-administrativo núm. 1307/2004, FD 6)* y la *STSJ de Cataluña núm. 383/2008, de 13 de mayo (rec. contencioso-administrativo núm. 1260/2003)*.

4.3. *Inclusión de la exigencia de que las infraestructuras de radiocomunicaciones utilicen la mejor tecnología*

Se afirma por una jurisprudencia consolidada que dicha exigencia entra de lleno dentro de las atribuciones urbanísticas que tiene el Ayuntamiento por lo que se reputan ajustadas a Derecho, ejemplo de ello es la *STSJ de Galicia núm. 83/2008, de 14 de febrero (rec. contencioso-administrativo núm. 4230/2005, FD 9)*:

«En cuanto se combate que las empresas deberán utilizar la mejor tecnología que sea compatible con la minimización del impacto visual y medioambiental, no cabe acoger esta



Medio ambiente urbano

363

impugnación porque, según dice la STS de 15 de diciembre de 2003, reiterando el criterio de la STS de 18 de junio de 2001, “la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por las normas reglamentarias y, en concreto por las Ordenanzas municipales, es no sólo posible y constitucionalmente lícito sino habitual e inevitable, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia”. Y dicha resolución añade: “Tampoco puede compartirse que se introduzcan criterios subjetivos que comporten una inadmisibles discrecionalidad, ya que los términos utilizados por la Ordenanza responden a supuestos de discrecionalidad impropia o técnica”».

En el mismo sentido téngase en cuenta la *STSJ de Galicia núm. 82/2008, de 14 de febrero (rec. contencioso-administrativo núm. 4223/2005, FD 3)*; la *STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 593/2008, de 9 de junio (rec. contencioso-administrativo núm. 111/2006, FD 8)*; y la *STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 593/2008, de 9 de junio (rec. contencioso-administrativo núm. 111/2006, FD 8)*.

4.4. *Inclusión de normas que imponen niveles máximos de emisión radio-eléctrica o que fijan distancias mínimas de situación de las estaciones base de telefonía móvil*

Es una realidad que en la normativa municipal reguladora del establecimiento de estaciones base de telefonía móvil proliferen la introducción de normas que imponen niveles máximos de emisión radio-eléctrica o fijan distancias mínimas de situación de las estaciones.

En lo que se refiere al establecimiento de niveles máximos de emisión radio-eléctrica la jurisprudencia lo califica de medida normativa de naturaleza medio-ambiental y como tal de forma unánime se pronuncia, declarando dichas normas no ajustadas al ordenamiento jurídico por tratarse de normas adicionales de protección, que en caso alguno consideran que puedan ser competencia de los ayuntamientos.

Así, la *STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 275/2008, de 9 de marzo (rec. contencioso-administrativo núm. 1307/2004)*, expresamente establece: «(...) entrando en el estudio de los límites de distancias y densidad de potencia del artículo... de la Ordenanza, resulta desacertada su impugnación por la parte demandante por ser plenamente ajustado a Derecho, lo que resulta ser una invocación de la exigibilidad en materia de exposición humana a los campos electromagnéticos de la reglamentación prevista en el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, lo que constituye una correcta remisión a la normativa aplicable, por cierto, de carácter estatal, y sin que se disponga medida alguna que contradiga o modifique la regulación de tal reglamentación sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas (...)».

Dicha unanimidad jurisprudencial no se da en lo que respecta a la fijación de distancias mínimas de situación de las estaciones. En lo referente a este punto existen resoluciones contradictorias en cuanto a la consideración de la fijación de distancias como una

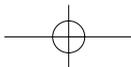
cuestión urbanística o medio-ambiental. Sólo en el primer caso se entiende ajustado a derecho la fijación de distancias mínimas. Éste es el supuesto de la *STSJ de la Comunidad Valenciana* núm. 593/2008, de 9 de junio (*rec. contencioso-administrativo* núm. 111/2006, *FD 8*), que argumenta como sigue:

«(...) parece razonable que se establezca una regulación sobre la ubicación de los emplazamientos de las antenas de telefonía móvil, pues la naturaleza y usos urbanísticos de los terrenos de un municipio es una competencia básica de los Ayuntamientos, en lo que viene a ser la ordenación racional de su territorio, máxime si se trata de espacios o bienes protegidos o de minimizar los impactos visuales sobre los mismos. La necesidad de dicha regulación se hace más evidente si se atiende al efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19/CE, de la Comisión de 13 de marzo, y en la Ley 11/1998). Y ello no vulnera el derecho que tienen las empresas operadoras, consecuencia de la explotación de servicios de telecomunicación, a la ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata [arts. 17 LOT/87, art. 138.b) del TRLS de 1992 y 43 y ss. Ley del Suelo de 1998]. Ya ello cabe añadir que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados no invalida los citados preceptos pues, en todo caso, en la eventual revisión jurisdiccional de los actos dictados en aplicación de dichas normas puede precisarse el alcance de dichos conceptos».

En sentido idéntico, *vid. STSJ de Galicia* núm. 270/2008, de 3 de abril (*rec. contencioso-administrativo* núm. 5581/2002, *FD 5*), y *STSJ de la Comunidad Valenciana* núm. 275/2008, de 9 de marzo (*rec. contencioso-administrativo* núm. 1307/2004).

Por el contrario, la *STSJ de Galicia* núm. 82/2008, de 14 de febrero (*rec. contencioso-administrativo* núm. 4223/2005, *FD 4*), se incluye en el grupo de sentencias que no admiten la legalidad de la fijación por una Ordenanza de las distancias mínimas:

«No procede sin embargo aceptar las distancias adicionales de protección recogidas en el Anexo I de la Ordenanza. Hemos de reproducir aquí lo expresado en la sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 2005, dictada en el recurso núm. 4708/2002. Decimos en ella que “El art. 42.3 de la Ley General de Sanidad dispone que los ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios: a) Control sanitario del medio ambiente, contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales; b) control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones; c) control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos. Pero el art. 40 de la misma Ley establece que será la Administración del Estado la que determinará, con carácter general, los métodos de análisis y medición y los requisitos técnicos y condiciones mínimas en materia de control sanitario del medio ambiente. En cumplimiento de lo previsto en el art. 62 de la Ley 11/1998 se dictó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, que aprobó el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico,



restricciones a las emisiones radioeléctricas, posteriormente desarrolladas en la Orden CTE 23/2002, de 11 de enero. En consecuencia los Ayuntamientos pueden exigir, en ejercicio de sus competencias en materia de salud, que se cumplan los requisitos determinados en esta normativa, pero no establecer ellos esos requisitos”. Ello conduce a la anulación del Anexo I de la Ordenanza».

En el mismo sentido, téngase en cuenta las *SSTSJ de Andalucía (Granada)*, núm. 534/2008, de 28 de julio (*rec. contencioso-administrativo* núm. 1188/2003, FD 4), y núm. 416/2008, de 31 de marzo (*rec. contencioso-administrativo* núm. 698/2004, FD 3).

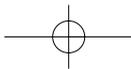
4.5. Disposición de antenas como «actividad clasificada»

Una de las cuestiones que se han planteado como más polémicas ha sido la previsión contenida en muchas Ordenanzas Municipales de exigir a las operadoras de telefonía móvil una «licencia de actividad» como molesta, nociva, insalubre o peligrosa por cada una de las antenas instaladas; frente a esta realidad nos encontramos con dos tipos de pronunciamientos por parte de los Tribunales de Justicia. Aquellos que entienden ajustada al Ordenamiento Jurídico la exigencia de dicha licencia y los que en ningún caso atribuyen a los Ayuntamientos potestad normativa para incluir dicha exigencia de licencia de actividad clasificada.

4.5.1. Decisiones judiciales que entienden justificada la exigencia de licencia de actividad clasificada

La *STSJ de Galicia* núm. 82/2008, de 14 de febrero (*rec. contencioso-administrativo* núm. 4223/2005, FD 6), se incluye en el grupo de sentencias que entienden justificada la exigencia de licencia de actividad clasificada y reconocen, sobre todo, por razones de seguridad, competencia municipal en la materia:

«La consideración como actividad clasificada del funcionamiento de las instalaciones a las que se refiere la Ordenanza litigiosa corresponde a su naturaleza potencialmente peligrosa, que queda clara en la normativa vigente. La Exposición de Motivos del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, dice que el Reglamento que se aprueba por él tiene, entre otros objetivos, el de adoptar medidas de protección sanitaria de la población; que para ello se establecen unos límites de exposición del público en general a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas, acordes con las recomendaciones europeas, y que para garantizar esta protección se establecen unas restricciones básicas y unos niveles de referencia que deberán cumplir las instalaciones afectadas por este Real Decreto; la exigencia sobre obtención de previa autorización en conexión con lo previsto sobre actividades calificadas se presenta no sólo razonable sino obligada, ante la conveniencia de garantizar la adopción de las medidas correctoras que fueran convenientes para asegurar en lo posible la seguridad de las personas en relación con unas actividades e instalaciones cuyo potencial generador de riesgo sigue siendo debatido, lo que precisamente



revela como elemental precaución la de procurar la participación en el expediente de la Administración y organismos competentes en la determinación de las medidas técnicas correctoras que en cada caso procedan».

En el mismo sentido, ha de tenerse también en cuenta la *STSJ de la Comunidad Valenciana* núm. 593/2008, de 9 de junio (*rec. contencioso-administrativo* núm. 111/2006, FD 7), que afirma: «En cuanto a la licencia de actividades clasificadas habrá que estar a lo que dispongan si existen las leyes y los reglamentos de las Comunidades Autónomas. Sólo en caso de que tal normativa no exista podrá llevarse a cabo la regulación de la totalidad del tema (es decir, el carácter molesto o nocivo de las instalaciones) por los ayuntamientos afectados». En sentido idéntico téngase en cuenta, asimismo, la *STSJ de Andalucía (Málaga)* núm. 2335/2008, de 17 de septiembre (*rec. contencioso-administrativo* núm. 733/2002, FD 3).

4.5.2. Decisiones judiciales que no entienden justificada la exigencia de licencia de actividad clasificada

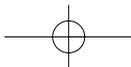
Puede afirmarse que es ésta hoy por hoy la doctrina jurisprudencial mayoritaria en los Tribunales Superiores de Justicia. Esta doctrina afirma que no puede entenderse la disposición de las antenas como «actividad clasificada», pues no consta acreditación objetiva de su carácter nocivo o peligroso para la salud pública que justifique su consideración como actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas y ampare la exigencia de licencia. A este juicio añaden razones de índole competencial y razones de dinámica de la propia licencia de actividad que impediría a los municipios exigir tal licencia.

En este grupo de sentencias se incluye la *STSJ de la Comunidad Valenciana* núm. 593/2008, de 9 de junio (*rec. contencioso-administrativo* núm. 111/2006, FD 8).

5. Ordenanza Municipal de Captación Solar para Usos Térmicos que establece directamente especificaciones técnicas

La *STSJ de la Comunidad Valenciana* núm. 586/2008, de 12 de mayo (*rec. de apelación* núm. 1024/2006, FFDD 5 y 6), se adentra en la cuestión de determinar si la LBRL constituye suficiente base jurídica para fundamentar la aprobación por el ayuntamiento de Valencia de una Ordenanza que establece directamente especificaciones técnicas aplicables a las instalaciones destinadas a garantizar el empleo de energía solar en los edificios del Municipio de Valencia, en aspectos como la regulación de las condiciones de seguridad, calidad o eficiencia energética de los productos que deben instalarse. Y ello en la medida en que, como se verá a continuación, no existe en la legislación sectorial una habilitación expresa de la potestad normativa local en esta materia. Concluyendo lo que sigue:

«(...) el hecho de que se admita la competencia normativa local para exigir el empleo de energía solar en los edificios no significa necesariamente que los ayuntamientos



puedan regular los requisitos técnicos aplicables a las instalaciones o productos asociados. A este respecto conviene tener presente que la definición de las condiciones técnicas de la edificación, que incluye aspectos como la seguridad o las exigencias de eficiencia energética de las instalaciones térmicas se enmarca, en gran medida, en la política industrial así como en la relativa al régimen energético; ámbitos en los que únicamente se reconocen expresamente competencias normativas a las Administraciones estatal y autonómica. Es cierto que algunos de los aspectos regulados en la Ordenanza corresponden al ámbito de competencias propio de los entes locales, como las ordenanzas municipales de edificación conforme a la legislación urbanística, esto es, los aspectos morfológicos y ornamentales de las construcciones [art. 15 de la derogada Ley 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística Valenciana (LRAU)]; o, conforme a la vigente Ley 16/2005, urbanística valenciana (LUV), las condiciones de “edificabilidad, altura, número de plantas, retranqueos, volúmenes y otros análogos” [art. 37.1.g)], como, por ejemplo, las exigencias relativas al impacto paisajístico de las instalaciones que establece la Ordenanza recurrida (art. 14). Sin embargo, y, en concreto los aspectos técnicos que regulan los preceptos anteriormente citados de la Ordenanza exceden de dicho ámbito».

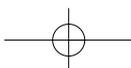
6. Relación entre la licencia de actividad clasificada y la licencia de obras

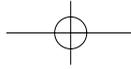
La *STSJ de Madrid, de 26 de febrero de 2008 (rec. de apelación núm. 965/2007, FD 5)*, analiza de forma detallada las relaciones entre la licencia de apertura de actividades clasificadas y la licencia de obras desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, determinando en lo que se refiere a su orden y prelación que «(...) no obstante la indiscutible interdependencia de las licencias de obra y de actividades, con lo dispuesto en el art. 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (...) lo único que se trata de evitar, en cuanto concebido en beneficio del Administrado, es la producción de autorizaciones que resultasen estériles y la realización de las obras correlativamente inútiles con el consiguiente perjuicio que para el particular deriva de ello, si no llega a conseguirse la licencia de apertura, por lo que la inobservancia de dicha norma en cuanto al orden temporal de ambas licencias, no genera la nulidad de lo actuado porque el citado precepto no significa que no se pueda otorgar la licencia de obras sin el previo otorgamiento de la actividad».

VI. NOTA BIBLIOGRÁFICA

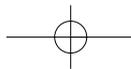
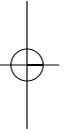
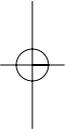
En lo que se refiere a las monografías publicadas en el año 2008, ha de tenerse en cuenta el libro *Derecho a un medio ambiente adecuado*, coordinado por A. EMBID IRUJO, del que destacamos el trabajo de I. JIMÉNEZ COMPAIRED, «Cogestión del tráfico urbano y derecho al medio ambiente: acciones públicas e instrumentos económicos» (pp. 129 a 220).

En lo que se refiere a las revistas, además de tenerse en cuenta las revistas especializadas en medio ambiente, han de tenerse en cuenta, los artículos siguientes:





- BALLINA DÍAZ, D.: «Marco normativo de la protección contra la contaminación acústica: posibilidades municipales de actuación. Especial atención a la Comunidad Autónoma de Galicia», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 22, 2008, pp. 3714-3724.
- GRAJAL BLANCO, M.: «Las instalaciones de telecomunicación en un municipio desde el punto de vista del impacto urbanístico», *Revista del Instituto Universitario de Urbanística de la Universidad de Valladolid*, núm. 11, 2008, pp. 133-153.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: «Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006: valoración general», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 16, 2008, pp. 49-60.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C.: «Relaciones entre la ordenación urbanística y la protección del paisaje», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 243, 2008, pp. 165-195.
- QUINTANA LÓPEZ, T. A.: «Las competencias de las corporaciones locales en materia de protección ambiental. Referencia a Castilla y León», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17, 2008, pp. 7-19.
- RIEGO ARTIGAS, P. del: «La Agenda 21 Local. Una institución tergiversada», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 22, 2008, pp. 3697-3706.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S.: «La ordenación y protección del medio rural en el Derecho urbanístico de Galicia», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 243, 2008, pp. 51-86.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B.: «El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 242, 2008, pp. 177-232.



Ordenación del territorio y urbanismo

Sofía SIMOU

*Becaria FPI del CIEDA-CIEMAT-MICINN
Doctorada en el Área de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid*

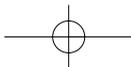
Palabras clave: planeamiento urbanístico; licencias; propiedad

Key words: urban planning; licences; property

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES NORMATIVAS.—1. Novedades legislativas.—1.1. *Ámbito estatal.*—1.2. *Ámbito autonómico.*—2. Novedades reglamentarias y programáticas.—III. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA.—1. Planeamiento urbanístico.—1.1. *Procedimiento Administrativo e impugnabilidad de los planes.*—1.2. *Reclasificación del suelo y motivación.*—1.3. *Modificación, revisión y corrección de errores de los planes.*—1.4. *Consulta popular para la aprobación inicial del plan.*—1.5. *Aprobación de planes por silencio administrativo.*—1.6. *Calificación del suelo.*—1.7. *Conflicto entre planes.*—2. Ejecución del planeamiento.—2.1. *Delimitación de las unidades de ejecución.*—2.2. *Sistemas generales.*—2.3. *Expropiación forzosa y determinación del justiprecio.*—2.4. *Delegaciones intersubjetivas en materia urbanística y determinación de los sistemas de ejecución urbanística.*—3. Estatuto de la propiedad del suelo.—3.1. *Prevalencia de la legislación básica estatal frente a vacíos legales autonómicos.*—3.2. *Propiedad del suelo y licencias urbanísticas.*—4. Disciplina urbanística.—4.1. *Nulidad por desviación de poder e ilicitud.*—4.2. *Relación entre las licencias de actividad y obras. La comunicación previa como medida sustitutiva de la licencia urbanística. Otorgamiento de licencias por silencio administrativo.*—4.3. *Criterios jurisprudenciales para la suspensión de licencias de obras.*—4.4. *Procedimiento administrativo-acceso domiciliario en ejecución de actos administrativos.*—5. Patrimonio público del suelo.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la ordenación del territorio y el urbanismo, el año 2008 se ha caracterizado por la promulgación del tercer Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en adelante, TRLS), aprobado en la historia contemporánea del Derecho urbanístico —siendo el primero aprobado en 1976 por el Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril, y el segundo en 1992 por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio—. Ésta es la quinta Ley de Suelo en cincuenta años, lo que se ha criticado en parte por J. GONZÁLEZ BERENGUER, en la recensión del libro de J. CASTELAO RODRIGUEZ, Á. MENÉNDEZ REXACH y J. A. CHINCHILLA PEINADO *et al.*, «Ley de Suelo.



Comentario Sistemático de la Ley 8/2007», Madrid, El Consultor, 2007, publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 239, 2008. Aparte de esta aparente novedad normativa —el adjetivo «aparente» se debe al hecho de que realmente lo que hace el texto refundido es reiterar el contenido de la Ley de Suelo aprobada el año anterior (Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo)— durante este año apenas se hayan producido modificaciones sustanciales en la normativa autonómica o estatal. No obstante, hay que, por un lado, destacar algunas de las regulaciones novedosas del TRLS 2008 en comparación con la antigua Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), y, por otro lado, presentar las escasas novedades normativas a nivel autonómico. Finalmente y al mismo tiempo que el análisis de la normativa, se procede a la exposición de los estudios doctrinales más relevantes y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sentada en el año 2008.

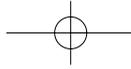
II. NOVEDADES NORMATIVAS

1. Novedades legislativas

1.1. *Ámbito estatal*

En el ámbito estatal, la situación urbanística se ha visto marcada —como mencionamos anteriormente— por la aprobación del TRLS. Como ya es sabido, en materia de urbanismo, el Estado no ostenta competencias. Éstas se atribuyen a las Comunidades Autónomas (en virtud de sus Estatutos de Autonomía conforme al art. 148.3 CE) y a los municipios de acuerdo con el principio de la autonomía local [arts. 140 CE y 25.d) Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, LBRL]. Sin embargo, encontrando el fundamento legal en otros títulos competenciales como el aseguramiento de las condiciones básicas de igualdad para todos los españoles (art. 149.1.1 CE) o la competencia básica en materia de medio ambiente, entre otras, el Estado puede incidir en la ordenación del suelo.

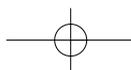
El TRLS, fruto del ejercicio de estas competencias estatales, tiene, conforme al Dictamen del Consejo del Estado 1736/2007, dos efectos distintos: uno derogatorio y otro actualizador. Deroga expresamente la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, incorporando, sin ninguna alteración, el contenido de sus disposiciones en el nuevo texto e intentando mantener, en la medida de lo posible, el mismo articulado. Cabe destacar aquí que la Ley 8/2007, de Suelo, había derogado, expresamente, la LRSV y algunos de los preceptos del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992, salvados por la STC 61/1997, de 20 de marzo. Por esta razón, el nuevo TRLS deroga los preceptos del Texto de 1992 declarados constitucionales que no habían sido derogados por ninguna ley anterior, incorporando algunos de éstos en el nuevo texto y dejando formalmente excluidos otros (arts. 168.2, 135.5, 219.3, 243.1).



En cuanto a su contenido, el TRLS de 2008 constituye una propuesta legislativa novedosa en comparación con la anterior LRSV de 1998. El enfoque del texto es claramente ambiental, manejando el suelo como un recurso natural escaso y no renovable. La nueva Ley —esto es, la Ley 8/2007, de Suelo, que ha quedado derogada pero, plenamente integrada en el TRLS— en palabras de M. VAQUER CABALLERÍA (en el libro de L. PAREJO ALFONSO y G. ROGER FERNÁNDEZ, *Comentarios al texto refundido de la Ley del Suelo*, Iustel, 2009, p. 45) no está concebida sólo en clave de economía inmobiliaria sino que se preocupa más ampliamente por la economía urbana. El TRLS enuncia y configura el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible como un principio jurídico (arts. 2, 10, 12, 13, 15). El nuevo texto adopta diversas medidas para hacer los mercados más transparentes y eficientes y acabar con la especulación, como prescribe la Constitución en su art. 47. En efecto, refuerza las funciones públicas notarial y registral, promueve la publicidad y la participación de la iniciativa privada y, finalmente, establece un nuevo régimen de valoraciones basado no en las expectativas futuras sino en las realidades existentes.

El nuevo sistema de valoraciones que enuncia el TRLS parte de tres premisas. En primer lugar, desvincula la clasificación del suelo de su valoración. Convierte en pasado la clasificación tripartita del suelo y consagra dos situaciones básicas del suelo que derivan de la observación empírica: la situación básica del suelo rural y del suelo urbanizado. En segundo lugar, la nueva ley reconoce la plusvalía, no desde el momento de la adopción de una decisión administrativa que clasifique o no el suelo, sino desde el momento de su transformación real. Conforme a esto, únicamente cuando se urbanice el suelo, aumenta su valor. Hasta que no se dé esta condición el suelo se valora como rural para acabar así con la especulación que, sobre todo, tiene lugar en el momento de la sectorización del suelo y en la clasificación del suelo, de no urbanizable o rural a suelo urbanizable. En tercer lugar, y contrariamente a lo establecido en la anterior LRSV, en el suelo rural la comparación como método de valoración se abandona (en el suelo urbanizado se mantiene), puesto que las transacciones en este tipo de suelo son muy escasas en el territorio español y, por lo tanto, la muestra no es ni grande ni homogénea, ni muy representativa para determinar si es éste el método adecuado.

De otro lado, y para integrar de manera más eficaz y horizontal el principio de desarrollo sostenible en la actividad urbanística, el TRLS establece una serie de principios destinados a condicionar, positivamente, la ordenación urbanística. Es el caso de la movilidad, la eficiencia energética, la prevención y la protección contra la contaminación, la limitación de sus consecuencias para la salud y el medio ambiente y la accesibilidad universal. Además, el TRLS establece como criterios para la transformación del suelo, su idoneidad y su suficiencia, contrariamente a la LRSV, que establecía únicamente como criterio la incompatibilidad del suelo con su transformación. Para el TRLS todo suelo rural tiene valores ecológicos. Sin embargo, hay que ponderar estos valores con las necesidades sociales, para juzgar si una parte de este suelo debe necesariamente ser transformada para servir a intereses superiores.

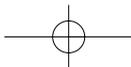


Finalmente, el TRLS establece que la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas tiene que ser entre el 5 y el 15 por 100 cuando antes era entre el 0 y el 10 por 100 y que la reserva mínima del suelo destinado a la construcción de viviendas protegidas es del 30 por 100. Sin embargo, J. CASTELAO RODRÍGUEZ y los demás autores del libro citado anteriormente ponen de relieve que la nueva ley apenas trata del tiempo, sobre todo en la lucha contra la especulación. En cualquier caso, la doctrina está más o menos de acuerdo en una cosa: que ésta no es una ley urbanística sino realmente una ley del suelo.

La verdad es que esta ley también es fruto de la demanda europea en la política del suelo desde el momento de la elaboración del famoso informe Brundtland (1987) y de la Estrategia Territorial Europea de 1999 hasta la adopción de la más reciente Estrategia temática en Medio Ambiente Urbano [Comunicación de la Comisión, COM (2004) 60] y el sexto programa de Acción de la Comunidad europea en materia de Medio Ambiente (Decisión 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de julio de 2002).

También hay que destacar que el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid ha aprobado la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra el TRLS, al considerar que la normativa estatal invade diversas competencias exclusivas del gobierno regional y atenta contra el derecho a la propiedad privada. Se piensa que limita la libertad legislativa de las Comunidades Autónomas y las competencias municipales relativas al desarrollo de los planeamientos urbanísticos. Más concretamente, en primer lugar, el gobierno de la CAM considera que la modificación del régimen de valoración del suelo, al rebajar la reserva obligatoria del suelo para vivienda protegida a un 30 por 100, frente a la obligación del 50 por 100 de pisos de protección que fija la ley madrileña para los nuevos desarrollos urbanísticos, invade la competencia autonómica para regular estos aspectos. En segundo lugar, en opinión de la CAM el nuevo texto de la Ley de Suelo perjudica a los propietarios del suelo, al dar preferencia a terceros —no propietarios— para la realización de obras de urbanización. En tercer lugar, el gobierno de la Comunidad sostiene que las expropiaciones se realizarán sin compensaciones justas proponiendo precios inferiores a los del mercado, perjudicando de esta forma también a los propietarios. En cuarto lugar, en cuanto se impone a las administraciones autonómica y municipal un sistema público de información al ciudadano sobre suelo y urbanismo, se produce otra invasión competencial porque existen ya sistemas de participación e información ciudadana. Finalmente, para el gobierno regional, la norma estatal determina el destino de los patrimonios públicos de suelo, limitando la capacidad de decisión de las Comunidades Autónomas y los ayuntamientos sobre el uso de sus terrenos y condicionando su voluntad, lo que vulnera sus competencias.

Junto a la bibliografía que se irá exponiendo a lo largo de este estudio, relativa a cada sector de la actividad urbanística, hay que destacar los distintos esfuerzos bibliográficos que se han sucedido este año para interpretar de forma más completa el TRLS y los problemas generales del Derecho urbanístico español. Aunque algunos de estos libros y

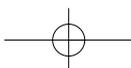


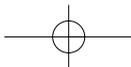
artículos se refieren todavía a la Ley 8/2007, de suelo, siguen teniendo el mismo valor jurídico e interpretativo, puesto que esta ley ha sido, como mencionamos anteriormente, en su totalidad integrada en el nuevo TRLS de 2008. En primer lugar, destaca el libro de J. GONZÁLEZ PEREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*, 2.ª ed., Civitas, 2008. En este libro hay que subrayar el minucioso análisis del art. 16 del TRLS, que regula los deberes de la promoción de las actuaciones urbanísticas, y la profunda labor interpretativa que recorre todo el texto.

Por otro lado, el libro de J. OLMO ALONSO (coord.), *El derecho urbanístico del siglo XXI. Urbanismo y estado de las autonomías: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Reus, 2008, constituye, indudablemente, una referencia merecedora de lectura, tanto por los autores especialistas en la materia del urbanismo que lo han redactado como por los problemas que trata de resolver. Entre otros estudios, el libro contiene un capítulo escrito por D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, titulado «Incidencia del medio ambiente y el desarrollo sostenible en el urbanismo y la edificación: de la política de la Unión Europea al código técnico de la edificación y la nueva ley de suelo y otro referente a la autonomía local en el proceso de la acción urbanística», redactado por J. LÓPEZ PELLICER y T. NAVARRO CABALLERO.

De otro lado, hay que referirse al artículo del magistrado E. HINOJOSA MARTÍNEZ, «La Ley de Suelo de 2007, su habilitación competencial y su incidencia sobre la legislación de la comunidad autónoma de Andalucía», en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 241, 2008, pp. 103-154. En este artículo de gran extensión, el autor pasa revista inicialmente a la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias más importantes del Tribunal Constitucional en materia de suelo (SSTC 61/1997, de 20 de marzo; 164/2001, de 11 de julio; 54/2002, de 27 de febrero; 178/2004, de 21 de octubre, y 365/2006, de 21 de diciembre). A continuación, pone de relieve las condiciones básicas de la igualdad en relación con el suelo, concretando el carácter público de la ordenación del suelo, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, el ejercicio de la acción popular, la iniciativa privada en la urbanización y el régimen urbanístico de la propiedad del suelo. En el mismo artículo se interpretan, por un lado, los preceptos de la nueva Ley de Suelo que integran el principio de desarrollo sostenible y, por otro lado, se articula de forma concisa el sistema competencial, entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales en materia de suelo. Una visión más general del Derecho urbanístico se ofrece por, R. ESTÉVEZ GOYTRE en el libro, *Manual de Derecho urbanístico. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Comares, 2008, que es una buena sugerencia de lectura para tener una visión completa de los problemas del Derecho urbanístico.

También hay que mencionar algunos estudios elaborados en este año referentes a la nueva regulación del suelo. Aunque todos tratan del mismo tema, el estilo y los conocimientos personales de cada autor hacen irrepetibles sus interpretaciones: J. DÍAZ LEMA, *Nuevo derecho del suelo. Comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo*, Marcial Pons, 2008; F. ENERIZ OLAECHEA y J. BELTRÁN AGUIRRE, *Comentarios a la Ley de Suelo*, Thomson, 2008; J. ALLI ARANGUREN y J. ALLI TURRILLAS, *Estudio sistemático del TRLS*, Dykinson,



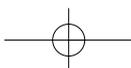


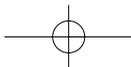
2008. Especial mención merece el libro colectivo *El nuevo régimen jurídico del suelo*, Iustel, 2008, donde se agrupan cinco trabajos, publicados inicialmente en soporte electrónico en el núm. 15 de la *Revista General de Derecho Administrativo* que edita Iustel, dedicado monográficamente a la nueva Ley estatal de Suelo, que han realizado expertos destacados en el Derecho urbanístico: los profesores Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Luciano Parejo Alfonso, Ángel Menéndez Rexach, José María Baño León y Marcos Vaquer Caballería, que constituyen referentes indiscutibles en el urbanismo español.

1.2. *Ámbito autonómico*

Trasladándonos al ámbito autonómico, la situación urbanística y territorial, en la mayoría de las Comunidades Autónomas, no ha sufrido grandes cambios. Quizá sea en la Comunidad Autónoma de Castilla y León donde se han registrado las mayores alteraciones legislativas con la promulgación de la *Ley 3/2008, de 17 de junio, de aprobación de las Directrices Esenciales de Ordenación del Territorio de Castilla y León*, con la aprobación de la *Ley 4/2008, de 15 de septiembre, de Medidas sobre Urbanismo y Suelo*, y en la medida en que puede incidir en la ordenación del territorio y en la elaboración del planeamiento la *Ley 10/2008, de 9 de diciembre, de Carreteras*. La primera ley tiene como objetivo la ordenación conjunta de la Comunidad mediante la definición de un modelo territorial sostenible y equilibrado en el espacio y el tiempo que pueda servir a la vez como marco de referencia para los demás instrumentos de ordenación del territorio, así como de orientación general para la política territorial de la Junta de Castilla y León. En resumidas cuentas, la nueva ley, junto a otros documentos, como el Plan de Desarrollo Regional o la Estrategia de Desarrollo Sostenible y las Directrices de Ordenación del Territorio de Castilla y León, pretende servir para avanzar hacia el equilibrio territorial autonómico. La segunda ley, promulgada por el gobierno de la Comunidad Autónoma, ha venido a actualizar, por un lado, algunos de los contenidos de urbanismo de Castilla y León y, por otro lado, a adaptarse a la legislación básica del Estado en materia de suelo. Al mismo tiempo, la ley pretende apoyar la política de vivienda y el sector de la construcción, que actualmente están sufriendo grandes complicaciones. Todo lo anterior se pretende conseguir a través del reforzamiento de los instrumentos de apoyo a la política de vivienda, la mejora de la calidad de vida, la garantía del acceso a la información y la mejora de los mecanismos de coordinación administrativa mediante la simplificación de la normativa para hacerla ágil y eficaz (preámbulo II).

En la Comunidad Autónoma de Galicia las grandes novedades que pueden desplegar efectos, directos o indirectos, en el sector urbanístico y territorial han sido la aprobación de la *Ley 6/2008 de 19 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo*, por la que se modifica la *Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural* y la promulgación de la *Ley 18/2008, de 29 de diciembre, de Vivienda*. La primera Ley ha sido aprobada para actualizar y perfeccionar





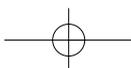
la Ley 9/2002 y su posterior modificación (por la Ley 15/2004, de 29 de diciembre). La segunda ley sustituye la Ley 47/2003, de 29 de julio, de Vivienda, para afrontar la regulación de la intervención de la Administración pública en el fenómeno constructivo y para regular, por primera vez, con rango de ley, el régimen jurídico de las viviendas protegidas.

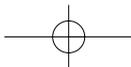
En Navarra ha tenido lugar este año una modificación puntual en el ámbito urbanístico aprobada por la *Ley Foral 4/2008, de 25 de marzo*, por la que se modifica el apartado 2 de la disposición transitoria sexta de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo. En concreto, la modificación prevé que, al contrario de lo que estaba establecido en la Ley foral 35/2002, las Normas Urbanísticas Comarcales aprobadas definitivamente por Decreto Foral 80/1999, de 22 de marzo, mantendrán su vigencia hasta la aprobación del correspondiente Plan de Ordenación Territorial que incluya el ámbito geográfico de aquéllas.

2. Novedades reglamentarias y programáticas

Aparte de las novedades legislativas autonómicas, durante el año 2008 se han aprobado otro tipo de normas de rango reglamentario o de carácter programático. En primer lugar, en la *Comunidad de Madrid* se ha aprobado el *Decreto 92/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno*, por el que se regulan las modificaciones puntuales no sustanciales del Planeamiento Urbanístico. El objeto del presente Decreto, conforme a su art. 1, es definir y regular un procedimiento especial para la tramitación de las modificaciones puntuales no sustanciales de instrumentos de planeamiento urbanístico a las que se refiere el art. 57.f) de la Ley 9/2001, del Suelo, de la Comunidad de Madrid. A estos efectos, el decreto enuncia los requisitos que deben cumplir las modificaciones para que se consideren como puntuales y no sustanciales de planeamiento, siempre que tengan escasa entidad y un alcance fundamentalmente local.

En octubre de 2008, el gobierno de la Comunidad de Madrid aprobó el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) del Parque Nacional de Guadarrama, que contempla 76.650 hectáreas protegidas. Con este instrumento territorial, el gobierno regional preserva el 10 por 100 del territorio total de la región e incrementa en más de 1.000 hectáreas la zona de mayor protección respecto al proyecto inicial. La Comunidad de Madrid se ha visto obligada a revisar la zonificación y los usos propuestos por el texto del PORN, reservando los usos tradicionales, después de que el Estado aprobase la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Finalmente, en el territorio de la Comunidad de Madrid y más concretamente en la ciudad de Madrid, se ha creado, este año, el Plan Director de Disciplina Urbanística (que incluye un total de 25 medidas) cuyo principal objetivo es fortalecer las medidas de protección de la legalidad mediante la aplicación del control y de la disciplina urba-



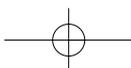


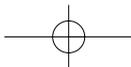
nística de manera uniforme. De esta forma, se espera el incremento del control de la legalidad urbanística y la potenciación de los mecanismos de prevención y, en su caso, de sanción ante los actos que no dispongan de las preceptivas licencias o no se ajusten a las condiciones establecidas en ellas.

En Galicia, aparte de la promulgación de las leyes autonómicas anteriormente expuestas, se ha aprobado también el *Decreto 278/2008, de 4 de diciembre, por el que se regula la integración en las escalas de inspección e subinspección urbanística* creadas por la disposición adicional segunda de la Ley 15/2004, de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. Por otra parte, en Extremadura, se ha dictado la *Orden de 18 de julio de 2008 por la que se desarrolla el Plan de Vivienda y Suelo* de la Comunidad Autónoma de Extremadura aprobado mediante *Decreto 33/2006, de 21 de febrero*. Finalmente, la Comunidad Valenciana aprobó el *Decreto 106/2008, de 18 de julio*, del Consell, de modificación del Decreto 131/2007, de 27 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional de la Conselleria de medio ambiente, agua, urbanismo y vivienda.

En el año 2008, concretamente en el sector urbanístico y territorial, se ha apreciado una importante actividad normativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía caracterizada por la aprobación de una serie de órdenes y decretos destinados a fomentar las políticas de vivienda y de suelo. En primer lugar, se ha dictado la *Orden de 8 de julio de 2008*, por la que se regula la concesión de ayudas a los ayuntamientos para la financiación de actuaciones en materia de urbanismo. En segundo lugar, el 10 de noviembre de 2008 se ha dictado la Orden de desarrollo y tramitación de las actuaciones en materia de vivienda y suelo del *Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012*; y el día siguiente, por Orden de 11 de noviembre de 2008, se aprobó el *Plan General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda* para el cuatrienio 2009-2012. Sin embargo, dada la situación actual de la economía y de la construcción, la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó el *Decreto 11/2008, de 22 de enero*, por el que se desarrollan procedimientos dirigidos a poner suelo urbanizado en el mercado con destino preferente a la construcción de viviendas protegidas. Finalmente, mediante la aprobación del *Decreto 525/2008, de 16 de diciembre*, se reguló el ejercicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

Para finalizar, hay que subrayar la aprobación de la *Resolución de 21 de febrero de 2008 del Parlamento Europeo* sobre «el seguimiento de la Agenda Territorial de la Unión Europea y de la Carta de Leipzig; hacia un programa de acción europea para el desarrollo espacial y la cohesión territorial». Esta resolución recomienda a los Estados miembros que favorezcan el desarrollo del centro de las ciudades más que el de su periferia, es decir, que den prioridad a la reutilización o el destino a nuevos usos de las edificaciones existentes antes de utilizar nuevas superficies, a través, sobre todo, de una gestión sostenible del suelo.





III. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

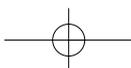
1. Planeamiento urbanístico

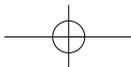
En el ámbito del planeamiento urbanístico, hay que destacar el artículo de A. SÁNCHEZ BLANCO, «El plan general de ordenación urbanística de Marbella: la superación del desgobierno organizado, normalización jurídica e integración en los planes de ordenación territorial», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 306, 2008, pp. 9-30, que se ocupa de las patologías jurídicas e institucionales que ha provocado el modelo de desgobierno en esta ciudad en relación con las exigencias del Estado de Derecho. Por otra parte, con respecto a varios aspectos relativos a la modificación, revisión, publicidad, audiencia pública, impugnabilidad y motivación del planeamiento urbanístico hay que destacar los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid durante el año 2008.

1.1. Procedimiento administrativo e impugnabilidad de los planes

En cuanto a la posibilidad de someter los planes urbanísticos a recursos administrativos, el *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 3187/2006, de casación)* tuvo la posibilidad de pronunciarse una vez más en su *Sentencia de 19 de marzo de 2008*. Más concretamente, en este caso el Tribunal Supremo casaba el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimaba un recurso de súplica contra otro Auto dictado en un recurso Contencioso-Administrativo interpuesto frente a un acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona, por el que se dio conformidad al Texto Refundido del Plan de Ordenación Urbanística Municipal de Esparraguera. En la Sentencia se reitera la jurisprudencia consolidada según la cual los planes urbanísticos son disposiciones de carácter general y, como tales, contra ellos no cabe recurso en vía administrativa [STS de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1928)], dado que las disposiciones generales o normas reglamentarias, con su mero pronunciamiento y necesaria publicación, agotan la vía administrativa. Según el Tribunal el principio de seguridad jurídica y el carácter reglamentario del acuerdo impugnado, desde la perspectiva jurisdiccional, obligan a confirmar la falta de necesidad de interponer contra ellos recurso administrativo a tal fin, siendo posible —y obligada, en su caso— su directa impugnación en la vía jurisdiccional (FFJJ 4 y 5).

En la misma línea, debemos subrayar que existen varias sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos Contencioso-Administrativos contra disposiciones generales de naturaleza directa o indirectamente urbanística, como es el caso de la *Sentencia del mismo Tribunal, de 10 de junio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 3031/2004, de casación)*. En este caso se impugnaba el Decreto 4/2001, de 12 de enero, del Gobierno de Canarias, por el que se acordaba la formulación de Directrices de Ordenación General y del Turismo de Canarias. En efecto,





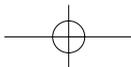
el Tribunal Supremo consideró que la medida suspensiva contenida en el Decreto impugnado se trataba de una medida suspensiva adoptada por el Gobierno de Canarias con un doble alcance, afectar tanto a los Planes Insulares y a los instrumentos de planeamiento urbanístico, como al otorgamiento de licencias, y con una doble limitación: espacial, en cuanto a las islas afectadas, y material, al referirse tan sólo a las determinaciones relativas a los usos turísticos del suelo y a las zonas turísticas. El Tribunal Supremo, finalmente, desestimó el recurso de casación presentado por el gobierno de Canarias contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que declaraba nulo el decreto, por valorar que al aprobar esta norma el gobierno incurrió en desviación de poder.

1.2. *Reclasificación del suelo y motivación*

Un asunto muy importante, propio del planeamiento urbanístico, es la reclasificación del suelo. Sobre este tema y principalmente sobre la exigencia imperativa de la motivación de la reclasificación se ha pronunciado el *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 349/2004, de casación) en la Sentencia de 5 de febrero de 2008*. En esta ocasión, el Tribunal Supremo casa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears que desestimó el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto frente al acuerdo del Pleno del Consejo Insular de Mallorca, desestimatorio del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo, que aprobó definitivamente la Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del Municipio de Marratxí (Mallorca). La sentencia recuerda su reiterada jurisprudencia conforme a la cual el cambio de clasificación de un suelo rústico a suelo urbanizable ha de basarse en una motivación concreta. En el caso de que no se justifique en absoluto, y ni siquiera se mencionen cuáles son las razones actuales contrarias a la permanencia de aquellos valores rústicos, frutales, agrícolas o de inadecuación para el desarrollo urbano, que llevaron al planificador a proteger especialmente este espacio (FFJJ 4 y 5), la reclasificación resulta inadmisibles, como sucedió en este caso.

1.3. *Modificación, revisión y corrección de errores de los planes*

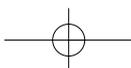
El Tribunal Supremo ha tenido que afrontar este año distintos recursos que han tratado de resolver cuestiones concretas relativas a la modificación, la corrección de errores y la revisión de los planes urbanísticos. Más concretamente, en la muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, *Sección 5.ª, recurso 2161/2007, de casación) de 29 de diciembre de 2008*, la Sala 3.ª desestima un recurso de casación contra dos Autos dictados en la pieza de medidas cautelares, en los que se acordó la suspensión de la ejecución del acuerdo del Pleno del ayuntamiento de Almuñécar, por el que se aprobaba definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Almuñécar. En esta ocasión, el Tribunal, a raíz de la suspensión del acuerdo por el que se aprobaba la modificación puntual del plan general, pone de

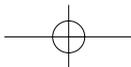


relieve la prudencia con la que se debe hacer uso del principio *fumus boni iuris* al administrar la justicia preventiva o cautelar. El Tribunal establece que si hay indicios, incluso *prima facie*, de que el objeto del recurso está basado en hechos y en preceptos ordenada y coherentemente expuestos con apariencia de buen Derecho, entonces se debe acordar la suspensión del acto (FJ 5).

Otro pronunciamiento del Tribunal Supremo relativo a aspectos problemáticos de la revisión de los planes se encuentra en la *Sentencia de 30 de junio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 4178/04, de casación)*. En esta sentencia se casaba una resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimaba parcialmente el recurso Contencioso-Administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, que aprobaba definitivamente la Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de El Escorial y el Catálogo Complementario de Bienes a proteger, declarando su ineficacia jurídica por falta de su publicación íntegra en el *BOCM*, desestimando las restantes causas anulatorias de impugnación. La recurrente en el recurso de casación consideró que el recurso en primera instancia debería haber sido estimado en su totalidad por falta de motivación del Acuerdo y porque el Convenio Urbanístico de Colaboración celebrado entre el ayuntamiento y la recurrente no había sido integrado en el instrumento del planeamiento como estaba previsto. En este punto, el Tribunal afirma que el Convenio no comprometía ni podía comprometer el resultado final del procedimiento de Revisión de las Normas Subsidiarias. A raíz de las consideraciones ya expuestas sobre la indisponibilidad de las potestades de planeamiento por vía convencional se añade en este caso la circunstancia ya señalada de que se trata de un instrumento cuya aprobación definitiva no corresponde a la administración municipal, que es la que suscribe el Convenio, sino a la Comunidad Autónoma de Madrid.

Pues bien, otra Sentencia muy interesante del *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 4610/2004, de casación)* para los ayuntamientos es la de *26 de junio de 2008*. En esta sentencia, el Tribunal recuerda algunos aspectos del principio de la autonomía local en el urbanismo para examinar la posibilidad de que la Administración autonómica introduzca modificaciones a la hora de aprobar de forma definitiva los instrumentos de planeamiento urbanístico. La sentencia hace referencia a la doctrina jurisprudencial sobre el principio de autonomía local, concluyendo que las posibilidades de control de las Comunidades Autónomas cuando, con motivo de la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias pretendan introducir modificaciones no previstas originariamente en la aprobación inicial y provisional del plan, han de ser limitadas por elementales exigencias derivadas del citado principio de autonomía local (FJ 3). A juicio del Tribunal, aunque el control autonómico en cuestiones de estricta legalidad es pleno, en las decisiones discrecionales únicamente opera cuando se ven afectadas materias que incidan sobre intereses supralocales, vinculándose con un modelo territorial superior al municipal. Únicamente en este caso se permite la intervención de la Administración autonómica corrigiendo, modificando o sustituyendo las determinaciones discrecionales del plan, establecidas en la fase municipal del procedimiento (FJ 4).





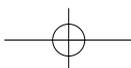
Por su parte, la *Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1.ª, recurso 108/2005, de apelación)*, en la *Sentencia de 31 de enero de 2008* ha tratado de un presunto asunto de errores materiales, aritméticos y de hecho en el planeamiento urbanístico. En este caso, el Tribunal estimó el recurso de apelación formulado por la entidad «MOTEMA, S. A.», contra el acuerdo de 29 de diciembre de 2004 del Pleno del ayuntamiento de Alcorcón, mediante el que, al amparo de lo dispuesto en el art. 105 de la Ley 30/1992, se aprobó rectificar los errores materiales, de hecho y aritméticos apreciados en el Plan Parcial de Ensanche Sur, Sectores núms. 1, 2 y 3, del Plan General de Ordenación Urbana. En esta sentencia, el Tribunal procedió a una distinción entre una rectificación de errores materiales y aritméticos del plan parcial y alteraciones que implican razonamientos y decisiones de carácter jurídico. En el primer caso, la situación se puede resolver eludiendo el procedimiento legalmente establecido para la modificación de las determinaciones del plan parcial, pero en el segundo, si se da el supuesto, como en este caso concreto, el acuerdo adolece de nulidad radical.

Finalmente, la *Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª, recurso 688/2005 de apelación) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 10 de julio de 2008*, se ocupa de resolver un recurso que presenta complicaciones en cuanto a la vigencia e impugnabilidad de las normas urbanísticas y la necesidad de nuevos trámites de información pública y motivación en relación con las modificaciones introducidas en el procedimiento de elaboración. En este caso, la Sala se pronuncia, en concreto, sobre la eficacia de la publicación de las normas urbanísticas, que como *conditio iuris* de su vigencia, exige que la misma comprenda o incluya no sólo la resolución aprobatoria sino también el articulado normativo de dichos instrumentos. Conforme a lo dispuesto por el Tribunal el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo computa desde que se completa la publicación requerida para la eficacia del Plan General. En esta sentencia, también se recuerda la doctrina sobre la innecesariedad de nuevos trámites de información pública ante modificaciones no sustanciales en el texto de la norma, así como sobre el grado de motivación exigible a tal efecto.

Cabe subrayar aquí el artículo de Á. MENÉNDEZ REXACH, «La revisión parcial del planeamiento general», en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 245, 2008, pp. 11-38. En este trabajo se pone de manifiesto la revisión parcial del planeamiento general en la legislación autonómica, estatal y en la jurisprudencia. Concretamente, por lo que se refiere al TRLS, el autor interpreta que el art. 15.6 del TRLS da cobertura a la revisión parcial aunque no lo haga expresamente con esta terminología.

1.4. Consulta popular para la aprobación inicial del plan

En cuanto a la posibilidad de celebrar consulta popular sobre la aprobación inicial del Plan General de Ordenación Urbanística del municipio, la *Sala 3.ª del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, recurso 474/2006, de casación)*



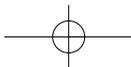
en la *Sentencia de 23 septiembre de 2008*, reconoció este derecho, al ser conforme con el ejercicio de una competencia municipal propia determinada específicamente por la Ley sectorial urbanística de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, quedan excluidos de esta consulta los asuntos que, aunque tienen carácter local y tratan de una materia de especial relevancia para los intereses de los vecinos, afectan a competencias exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas o a aquellas competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas atribuidas por delegación a los entes locales.

1.5. *Aprobación de planes por silencio administrativo*

Otro aspecto importante del planeamiento urbanístico es la posibilidad de inadmisión a trámite de planes parciales de iniciativa particular y su aprobación por silencio administrativo positivo. La *Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1.ª, recurso 1243/2005, de apelación)*, en la *Sentencia de 29 de mayo de 2008*, señaló que, aunque la normativa permite admitir a trámite una iniciativa de subsanación de defectos, éstos han de ser meramente formales. En efecto, si los motivos de incumplimiento o de disconformidad con la Ley o con el planeamiento urbanístico afectan al contenido sustantivo del Plan Parcial puede optarse por la posibilidad legal de rechazar la propuesta privada *ab initio*, dado que la corrección no habría sido en este caso mera rectificación o complemento en el orden formal de la documentación presentada, sino un cambio sustancial del proyecto en términos tan amplios y esenciales de su legalidad que el nuevo habría de ser otro distinto al inicialmente presentado (FJ 3). Por otro lado, el Tribunal no acepta la posibilidad de entender el Plan parcial como aprobado inicialmente por silencio administrativo porque, a su juicio, la institución del silencio positivo no opera de forma automática por el simple transcurso de los plazos legales sino que, junto a dicho requisito, se precisa también que el contenido de la petición sea acorde con el ordenamiento jurídico. No cabe, por tanto, obtener por vía de silencio lo que no fuese pertinente otorgar con arreglo a derecho mediante resolución expresa (FJ 4).

1.6. *Calificación del suelo*

La calificación del suelo por el planeamiento urbanístico constituye, sin duda alguna, una técnica que puede desplegar diversas consecuencias jurídicas. Una de ellas puede ser la valoración del suelo dependiendo del uso característico que le atribuye el plan. Sin embargo, el *Tribunal Supremo* en la *Sentencia de 25 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, recurso 3912/2005)* ha establecido que cuando el planeamiento califica el uso del suelo, no puede vincularlo al régimen de las viviendas de protección oficial. Este último pertenece, según la Sala 3.ª, al ámbito de la actividad de fomento y no al ámbito del urbanismo. El planeamiento general puede y debe determinar el contenido urbanístico del derecho de propiedad, pero eso no se



extiende a otras limitaciones de distinta naturaleza de ese mismo derecho, como son las inherentes al régimen de las viviendas de protección oficial. Este régimen no se refiere al uso del suelo, sino a «la construcción, financiación, enajenación y uso arrendaticio de los inmuebles». Por tanto, el Tribunal concluye que el uso dotado al suelo de vivienda de protección oficial no es aplicable para la valoración de la finca expropiada a los recurrentes (FJ 5).

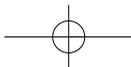
1.7. *Conflicto entre planes*

Cerrando la exposición de la jurisprudencia más relevante de este año en el área del planeamiento urbanístico, hay que destacar por su precisión y su carácter aclaratorio la Sentencia de 30 de julio de 2008 del Tribunal Supremo (*Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 5598/2004, de casación*). En esta sentencia el Tribunal deja muy clara la subordinación y el carácter complementario de los Estudios de Detalle frente al plan al que complementan cuyas disposiciones hay que respetar siempre. Según el Tribunal, el Estudio de Detalle es un instrumento interpretativo en la aplicación de las disposiciones ya pormenorizadas y concretadas en los planes, que incurriría en ilegalidad si se excediera de esta función complementaria y subordinada. Por tanto, una presunta modificación por el Estudio de Detalle de la determinación que establece la tipología edificatoria en un instrumento del planeamiento general resulta inadmisibles y nula.

2. **Ejecución del planeamiento**

2.1. *Delimitación de las unidades de ejecución*

La delimitación de las unidades de ejecución, necesaria para la ejecución del planeamiento urbanístico, no es siempre fácil de realizar. Éste es un hecho que deriva de la diferencia que, frecuentemente, se observa entre la realidad fáctica y la previsión en los planes de la delimitación espacial de las unidades de ejecución. El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 2923/2004, de casación)* en su *Sentencia de 4 de junio de 2008*, resolvió un recurso de casación contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), que había estimado parcialmente un recurso contra unos acuerdos del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del ayuntamiento de Sevilla, por los que se aprobó definitivamente el Proyecto de Compensación de la unidad de ejecución y la modificación de la delimitación de la unidad de ejecución. La Sala 3.ª del Tribunal Supremo, que finalmente desestimó el recurso de casación, abordó la cuestión de la modificación de la delimitación de la unidad de ejecución rechazando, en primer término, la pretendida vulneración del art. 9.3 de la Constitución Española, en su vertiente de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos.

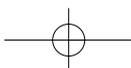


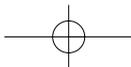
Según el Tribunal, no era cierto que no existiera justificación para llevar a cabo la modificación de la delimitación de la unidad de ejecución, puesto que para él, una cosa es la constatable realidad fáctica existente en la Unidad urbanística y la reducción superficial producida en la misma, y otra diferente la determinación de las causas de que tal reducción deriva. El Tribunal explicó que cualquier actuación urbanística a desarrollar en la unidad de ejecución tenía que partir de un nuevo replanteamiento o adaptación de la realidad física existente, siendo ésta la justificación motivadora de la actuación de reducción superficial. Concluyendo, la Sala afirma que tal actuación urbanística viene determinada por lo establecido en el art. 103.3 del mencionado Reglamento de Gestión Urbanística, según el cual, «en caso de discordancia entre los títulos y la realidad física de la finca, prevalecerá ésta sobre aquellos en el expediente de reparcelación». Así que la finalidad de la actuación *a priori*, no era llevar a cabo una reducción de la superficie de la finca aportada por la demandante, sino adaptar las dimensiones de la Unidad de Ejecución a su auténtica realidad fáctica, posiblemente como consecuencia de las obras del sistema general de supresión de intersecciones a nivel de la Autovía N-IV en sus puntos kilométricos 547 a 555,1 (tramo Bellavista-Dos Hermanas) (FJ 5).

2.2. Sistemas generales

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 5186/2004, de casación)* la cuestión de si, en el marco del sistema de la compensación, corresponde al propietario un aprovechamiento urbanístico como consecuencia de los terrenos de titularidad destinados al sistema general ferroviario en igualdad de condiciones que al resto de propietarios del sector. En esta sentencia, incluida en el estudio de reciente jurisprudencia sobre gestión urbanística (F. BENGOTXEA ARRIETA, en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 246, 2008, p. 47), el Tribunal entiende que la sentencia de primera instancia incurrió en error al considerar que la titular del suelo destinado al sistema general ferroviario adquirido por expropiación carece de derecho a aprovechamiento alguno. Esta afirmación por el Tribunal de primera instancia conculcó el principio recogido en el art. 5 de la entonces en vigor Ley 6/1998, de 13 de abril, de reparto equitativo de los beneficios y cargas. La delimitación de las unidades de actuación en dos zonas del mismo sector hizo imposible la distribución justa de aquéllos al dejar a la titular de un suelo computado para la obtención de aprovechamiento lucrativo sin participación alguna en éste (FJ 4).

Por otro lado, en cuanto al proyecto de compensación, el Tribunal procedió a su anulación por considerar que al ayuntamiento se le habían adjudicado aprovechamientos superiores a los que le corresponderían por haberse apropiado del que pertenecía al sistema general ferroviario, que fue computado a efectos de calcular el aprovechamiento del sector, mientras que a la recurrente se le privó del aprovechamiento correspondiente al suelo destinado a ese sistema general ferroviario.



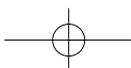


Finalmente, es curioso, como destaca también F. BENGOTXEA ARRIETA (*op. cit.*, p. 52) y como apunta el Alto Tribunal, que se haya dotado al sistema general ferroviario de aprovechamiento urbanístico cuando lo lógico sería no adscribirlo a ningún sector, puesto que el sistema general ya existía y no se había alterado su uso y su destino público.

2.3. Expropiación forzosa y determinación del justiprecio

En el año 2008, igual que en los años anteriores, el Tribunal Supremo se ha enfrentado a decenas de recursos referentes a conflictos generados por el sistema de la expropiación forzosa y sobre todo por la determinación del justiprecio. Las sentencias más completas y novedosas que han tratado de este asunto este año son las siguientes. En primer lugar, la *Sentencia de 15 de diciembre de 2008 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, recurso 5506/2005, de casación)* resuelve un recurso de casación sobre el justiprecio de una finca expropiada, incluida en una unidad de ejecución y clasificada como suelo urbanizable por el Plan General de Ordenación Urbana de Gijón. La Sala confirma la sentencia de primera instancia en cuanto que el momento que debe servir como punto de referencia para la determinación del justiprecio y el hecho de la atribución de un uso característico al suelo, como es la construcción de viviendas de protección oficial, no pueden tenerse en cuenta para la determinación del justiprecio. Con respecto al primer punto, se expone que las valoraciones expropiatorias han de referirse al momento en el que arranca el expediente de justiprecio. Éste es el momento en el que habrá de tenerse en cuenta la clasificación del suelo y la situación de los bienes expropiados. Con respecto al segundo punto, para la determinación del justiprecio hay que tener en cuenta el precio de la vivienda en el mercado libre y no en el mercado de las viviendas de protección oficial. Únicamente, conforme a lo establecido por el Tribunal, se puede acudir al método residual y tener en cuenta el precio de estas últimas, cuando no hay fuentes ciertas y seguras, debidamente contrastadas que permitan determinar el precio del mercado. Finalmente, el *dies a quo* para calcular los intereses de demora en la determinación del justiprecio en la expropiación ordinaria, se fija cuando hayan pasado seis meses desde el acuerdo de necesidad de ocupación (FJ 2).

En segundo lugar, de las *Sentencias de 3 de marzo, de 26 de noviembre y de 23 de junio de 2008 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, recursos 605/05, 631/05 y 2933/2005, de casación)* deducimos dos afirmaciones jurisprudenciales importantes en cuanto a la ejecución de sistemas generales por el sistema de expropiación forzosa y en cuanto a la ejecución de sentencias. Por un lado, según el Alto Tribunal, los Autos recaídos en ejecución de sentencia han de ser siempre congruentes con las sentencias y no establecer cosa distinta inmotivada e injustificadamente. Por otro lado, para determinar el justiprecio de las fincas destinadas a la ejecución de sistemas generales hay que examinar el aprovechamiento que corresponde a las parcelas más representativas del entorno, en donde se ubican los terrenos expropiados y no tomar como punto de referen-



cia otras fincas en localizaciones y circunstancias diferentes (*recurso 2305/2002, Sentencia de 25 de marzo de 2008, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, FJ 4*).

En tercer lugar, en relación con el derecho de reversión de los expropiados cuando desaparece la *causa expropriandi*, el *Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, recurso 915/2005 de casación)* ha confirmado la sentencia dictada en primera instancia que denegaba este derecho. El razonamiento es sencillo. La sentencia establece que si al momento de la solicitud de reversión de las fincas expropiadas, éstas ya aparecen vinculadas de nuevo a un fin dotacional público distinto del principal, entonces no se puede ejercer el derecho de reversión. En efecto, a pesar de que el uso público concreto cambia, la utilidad pública permanece, aunque revestida de otro uso, lo que conduce a la denegación del ejercicio del derecho de reversión.

La problemática relacionada con la fijación del justiprecio y con el sistema de expropiación forzosa se ha trasladado, también, a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. *El día 25 de marzo de 2008, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó (núm. de sentencias 30580, 30581, 30582) tres sentencias* que pueden servir como parámetro de interpretación y orientación a la hora de fijar el justiprecio de la expropiación. En la primera, el Tribunal resolvió un caso en el que una pequeña parte de la finca de la recurrente había sido expropiada. La Sala, aunque estimó el recurso de casación en cuanto a algunos aspectos, no aceptó la alegación de que la vivienda situada en la parte de la finca no expropiada hubiera perdido valor, para aumentar así el justiprecio de la parte que se expropió. El Tribunal argumenta que no se ha producido una prueba efectiva de la realidad, y que tampoco existe base material o fáctica que permita identificar los perjuicios exactos que sufrió la propiedad restante. Por otro lado, y para reforzar su argumento, el Tribunal alega que, en todo caso, debería haber una posible compensación de tales perjuicios con otros efectos beneficiosos derivados de la ejecución de las obras que justificaron el ejercicio de la expropiación, tales como los mejores accesos o la ampliación de las zonas verdes. En el mismo sentido, tampoco aceptó que se añadiese al justiprecio el importe señalado como consecuencia de la pretendida depreciación por la pérdida de cincuenta metros cuadrados de jardín (algo más de un 9 por 100 en relación con la total superficie de la finca).

En el segundo de los recursos presentados, el Tribunal hace una interpretación amplia del concepto de la malla urbana, más o menos criticada por la doctrina [J. CHINCHILLA PEINADO, «Las infraestructuras estatales o autonómicas viarias que crean ciudad en las áreas metropolitanas. ¿Una clarificación definitiva o una solución de equidad (arbitrariedad)? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre la M-45 y la R-2», en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 246, 2008, pp. 97 y ss.]. Llega a la conclusión de que si se viene a decir que la M-50 es una vía urbana, que permite los desplazamientos no radiales del área periurbana, los mismos argumentos sirven para la M-45, cuya última finalidad es mejorar la ciudad en todos sus aspectos y en su inserción comparativa con las redes de transporte de las ciudades europeas, ofre-

ciendo una vía de desarrollo económico y urbano a varios municipios madrileños. Ahora bien, aunque los efectos de esta vía se proyecten sobre distintos municipios, eso no afecta a su consideración de sistema general en los términos que se han estudiado. Por tanto, a juicio del Tribunal, nos hallamos ante una vía de transporte eminentemente urbana por sus propósitos, que además excluye de forma expresa la condición de vía interurbana. Es por ello que el suelo expropiado con estas características, a efectos de la determinación del justiprecio, debe ser valorado como urbanizable, con independencia de lo que establezca al respecto el planeamiento, ya que discurre por ellos una infraestructura constitutiva de un sistema general integrado en la malla urbana de Madrid y otros municipios.

En la misma línea de la jurisprudencia sentada en el tercero de los recursos presentado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se deduce que los suelos destinados a sistemas generales, que sirven intereses municipales, aunque se clasifiquen como suelo no urbanizable, deben valorarse como suelo urbanizable por el hecho de que crean ciudad. Sin embargo, no sucede exactamente lo mismo con las vías de comunicación —interurbanas y las que comunican grandes áreas metropolitanas— porque en estos casos no se sirve a intereses únicamente municipales. En las vías interurbanas los criterios para su clasificación y valoración, a efectos de la determinación del justiprecio, están estrechamente vinculados, además, a su constancia en el planeamiento. Por tanto, en este caso, sólo si las vías de comunicación —contrariamente a las vías urbanas—, están establecidas como suelo urbanizable en los instrumentos de planeamiento, se pueden valorar como tales (FFJJ 3 y 4).

Las ideas extraídas por estas sentencias han sido en parte confirmadas por el *Tribunal Supremo en sus Sentencias de 18 de julio de 2008, 21 de julio de 2008 y 12 de septiembre de 2008 (recursos 5259/2007, 610/2008 y 5757/2007, de casación)*. En estas Sentencias el Alto Tribunal ha confirmado que las vías M-45, de titularidad autonómica, y la R-2 en el tramo que presta servicio al aeropuerto, de titularidad estatal, son sistemas generales del área Metropolitana de Madrid y por tanto, a efectos de valoración, aunque estén clasificadas por el planeamiento como suelo no urbanizable deben ser atendidas como si fueran suelo urbanizable.

2.4. Delegaciones intersubjetivas en materia urbanística y determinación de los sistemas de ejecución urbanística

Por lo que se refiere a la posibilidad de delegación de facultades en materia urbanística, este año ha sido el *Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso 336/2006, de apelación)*, en su *Sentencia de 23 de mayo de 2008*, quien ha tenido que resolver un caso relevante. Se planteaba un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Propietarios incluidos en el Sector Buenavista del Plan General de Ordenación Urbana de Getafe, contra el acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Madrid de 21 de enero de 2006, por el que se aprobó definitivamente el Plan Parcial del Sector PP-3 «Buenavista» por considerar este último nulo

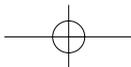
al ser aprobado por la Comunidad de Madrid y por haber fijado como sistema de ejecución el de expropiación, en vez del sistema de compensación.

El Tribunal, invocando un amplio abanico de disposiciones pertenecientes a la normativa estatal de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen local, así como a la normativa autonómica en materia urbanística, confirma la posibilidad de delegación intersubjetiva por parte del ayuntamiento a favor de la Comunidad de Madrid de la competencia para la aprobación definitiva de planes parciales, sin que para ello sea óbice el art. 13.2. b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (FJ 2). Por otro lado, el Tribunal admite la competencia de la Administración autonómica para configurar entre los distintos sistemas de ejecución urbanística, así como su facultad discrecional para optar por el que estime oportuno en cada caso, pero habiendo procedido primero a la ponderación de los distintos intereses y haber motivado suficientemente su decisión (FJ 3).

3. Estatuto de la propiedad del suelo

3.1. Prevalencia de la legislación básica frente a vacíos legales autonómicos

El estatuto de la propiedad del suelo se configura por la determinación de los derechos que ostentan y las obligaciones que soportan los propietarios. En cuanto al régimen urbanístico de la propiedad del suelo en la nueva Ley destaca la referencia a este tema por el magistrado E. HINOJOSA MARTÍNEZ, en el artículo «La Ley de Suelo de 2007, su habilitación competencial y su incidencia sobre la legislación de la comunidad autónoma de Andalucía», en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 241, 2008, pp. 127-132. Uno de estos deberes impuestos a los propietarios, como es sabido, es la cesión de un porcentaje del aprovechamiento urbanístico en suelo urbano al ayuntamiento. El *Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 7021/2004, de casación)* casó una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Corporación municipal contra el acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Barcelona por el que se aprobó definitivamente el Plan Especial del Puerto de Badalona. La publicidad del plan estaba, entonces, supeditada a la aprobación de un texto refundido que, finalmente, con tres prescripciones, suprimía la exigencia, principalmente impuesta, de la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento medio en suelo urbano carente de urbanización consolidada. La cesión del 10 por 100, en este tipo de suelo, del aprovechamiento era obligatoria en virtud de lo dispuesto en el art. 14.2.c) de la entonces en vigor Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. El art. 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, tenía el carácter de legislación básica (disposición final única). Sin embargo, en la normativa autonómica no se preveía la subclasificación del suelo urbano



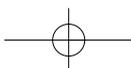
no consolidado por la urbanización. Un asunto similar se ha tratado por el *Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de enero de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 615/2004, de casación)*, no obstante, se expone la Sentencia de noviembre de 2008 por ser más completa y clarificadora.

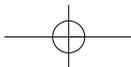
Pues bien, la Sala que abordó esta cuestión estableció que no cabe considerar que los deberes que el art. 14.2 de la LRSV impone a los propietarios de suelo urbano que carezca de urbanización consolidada —y, en particular el deber de cesión del 10 por 100 del aprovechamiento [art. 14.2.c)]— no son aplicables en la Comunidad Autónoma con el argumento de que el ordenamiento urbanístico autonómico vigente en Cataluña no prevé este tipo de suelo. Más bien al contrario, a juicio del Tribunal, debe afirmarse que aquel deber resulta de aplicación teniendo en cuenta que se trata de un precepto básico para el estatuto del derecho de la propiedad. Por ello, la efectividad de las determinaciones contenidas en una norma a la que expresamente se reconoce la consideración de básica no puede quedar supeditada a que el ordenamiento urbanístico autonómico regule la subclasificación del suelo urbano carente de urbanización, ya que se trata de una circunstancia de hecho determinante de unos deberes impuestos legalmente a los propietarios de suelo urbano, de manera que la ordenación de las clases de suelo prevista en el ordenamiento urbanístico autonómico de Cataluña no puede condicionar el cumplimiento de la norma básica contenida en el art. 14 de la Ley 6/1998, del Suelo y Valoraciones que, es aplicable desde su entrada en vigor al suelo urbano (FJ 3).

Para el Tribunal, en caso de discordancia entre lo dispuesto en el texto refundido de disposiciones legales vigentes en una Comunidad Autónoma en materia urbanística, que no contempla la cesión del aprovechamiento urbanístico, y lo establecido en la ley básica, que impone tal deber, hay que conferir prevalencia a este precepto estatal, de acuerdo con lo previsto en el art. 149.3 CE. Esto se deduce del hecho que se trata de una norma básica en una materia, como es concretamente la de los deberes de los propietarios de suelo urbano, de competencia exclusiva del Estado, cuyo cumplimiento no se puede eludir aunque en el ordenamiento urbanístico autonómico no se encuentre regulada la subclasificación del suelo urbano no consolidado por la urbanización (FJ 4).

3.2. Propiedad del suelo y licencias urbanísticas

La imposición de deberes en el ejercicio del derecho de la propiedad es una fuente frecuente de conflictos ante los Tribunales. En efecto, el *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 6808/2003) en su Sentencia de 4 de febrero de 2008*, casó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimaba el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno del ayuntamiento en el que se decidía denegar la licencia para la realización de una obra de construcción de cierre en la finca y el acuerdo de la Comisión de Gobierno en la que se acordó la interrupción del procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas y de actividad que se estaban tramitando y estimaba parcialmente el recurso contra el acuerdo del Pleno





del ayuntamiento en el que se disponía suspender el otorgamiento de licencias de edificación y de actividad destinadas a uso ganadero en suelo no urbanizable.

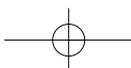
La recurrente impugnó esta sentencia por considerar que la denegación de la licencia para cerrar su finca vaciaba de contenido su derecho de propiedad enunciado en el art. 33 CE. El Alto Tribunal recuerda, en primer lugar, la motivación de la sentencia recurrida que, en sus FFJJ 3 y 4, reconoció la facultad del legislador de delimitar el derecho de la propiedad conforme a su función social. En definitiva, a juicio del Tribunal, lo que la Administración municipal planteaba engarzaba con la incorporación de la función social como contenido propio del derecho de propiedad, función social que el legislador, y también el urbanístico, puede concretar y definir al incorporar el interés público específico que ha de cumplir el suelo. Por ello destaca que la competencia urbanística en relación con el régimen del suelo debe ejercerse en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad. El Tribunal de primera instancia consideró, y el Alto Tribunal de alguna manera confirmó, que es en el suelo no urbanizable donde la función social que la CE ha elevado a rango constitucional tiene una mayor perspectiva medioambiental, en consonancia con lo dispuesto en el art. 45 del texto constitucional, sin que ello haya de implicar una desnaturalización del contenido propio del derecho de propiedad. Por todas estas razones, no se revelaba irrazonable, en suelo no urbanizable, la denegación del cierre en cuanto nada impedía que la propiedad se marcara con hitos y mojones a efectos de evitar la intromisión de terceros y que el Plan no negaba la posibilidad de vallar, sino que la restringía a los supuestos en los que pudiese exigirse una mayor protección.

Sin embargo, el Alto Tribunal, aunque parece estar acorde con esa solución, anula la sentencia por considerar que éste era un límite a la propiedad que iba más allá de lo que podía establecer un plan urbanístico y, por tanto, para aplicarse necesitaba un respaldo o cobertura legal. Eso sí, aunque el Tribunal anula la sentencia, no deduce una automática concesión de la licencia puesto que es posible que el límite al derecho de la propiedad esté amparado por otros preceptos legales (FFJJ 3 y 4).

4. Disciplina urbanística

4.1. Nulidad por desviación de poder e ilicitud

Cada año llegan a los Tribunales decenas de casos relativos a la preservación de la disciplina urbanística. En esta batalla de mantenimiento de la legalidad en la actividad urbanística el Tribunal Supremo ha tenido que anular frecuentemente disposiciones de carácter reglamentario o convenios firmados por las Administraciones. El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 32/2005, de casación en interés de ley)*, en su Sentencia de 10 junio de 2008, declaró la nulidad, por desviación del poder, del Decreto de 24 de mayo de 2001, del concejal delegado de urbanismo del ayuntamiento de Níjar, por el que se disponía la ejecución forzosa por los Servicios Técnicos Municipales de



las obras necesarias para el restablecimiento de la seguridad en un inmueble, por incumplimiento de su propietario. El razonamiento del Tribunal puso de manifiesto la equivocación del ayuntamiento al entender que tiene potestad, en virtud de la competencia que tiene atribuida en materia de disciplina urbanística y no sancionadora, para requerir al copropietario o comunero que considere oportuno y no a todos ellos cuando, conoce su existencia, el cumplimiento de los deberes inherentes de la propiedad (FJ 2).

De otro lado, el mismo *Tribunal (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 5877/2004, de casación) en su Sentencia de 7 de octubre de 2008*, confirmó la sentencia que anulaba un convenio urbanístico entre el ayuntamiento y un particular. La razón por la que tal convenio merecía ser anulado se explica en el FJ 2. A juicio del Tribunal, el ejercicio del *ius variandi* de la Administración local no legitima ni ampara a ésta para, una vez cometida y consumada una ilegalidad urbanística por la ejecución de una obra sin licencia y por la iniciación de la actividad sin la preceptiva autorización, convenir con el infractor. La Sala pone de manifiesto que es completamente ilícito el convenio urbanístico mediante el cual se acuerda que el pago del exceso de aprovechamiento en la construcción llevada a cabo implica que la administración tenga que modificar las ordenanzas urbanísticas para legalizar dicha construcción con independencia del curso de los procedimientos de disciplina urbanística incoados para restaurar la legalidad urbanística conculcada. Todo esto es consecuencia de la finalidad del planeamiento urbanístico, que debe ejercerse en interés público y no para legalizar la edificación levantada en contra de las determinaciones urbanísticas.

Una buena recomendación bibliográfica con respecto al régimen aplicable a los convenios urbanísticos después de la promulgación del TRLS de 2008 y de la Ley 30/2007, de 30 de septiembre, de Contratos del Sector Público, es el libro de M. A. SENDÍN GARCÍA, *Régimen jurídico de los convenios urbanísticos*, Comares, 2008, que está totalmente adaptado a la nueva legislación.

4.2. *Relación entre las licencias de actividad y obras. La comunicación previa como medida sustitutiva de la licencia urbanística. Otorgamiento de licencias por silencio administrativo*

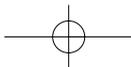
A continuación, hay que referirse a los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo y luego del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuanto tratan de resolver con bastante claridad y concisión las relaciones entre las distintas licencias, a efectos de la disciplina urbanística. En estas sentencias se pone de relieve la importancia del orden temporal en el otorgamiento de las diferentes licencias y la supeditación de su vigencia a este orden. El *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 761/2004, de casación), en la Sentencia de 25 de enero de 2008*, casa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que desestimaba el recurso interpuesto frente al acuerdo de la Comisión de Gobierno del ayuntamiento de Alfoz que denegaba el otorgamiento de licencia definitiva de obras de una estación de servicio.

En primer lugar, pone de manifiesto la autonomía, independencia y sustantividad propia de las licencias de obras y las de actividad o funcionamiento, sin perjuicio de que muchas veces se vean interrelacionadas. En segundo lugar, pone de relieve que las licencias de obras y las de actividad son diferentes en su naturaleza y finalidad, puesto que las primeras tienden a comprobar la adecuación del correspondiente proyecto al planeamiento urbanístico, mientras que las segundas tienen como fin acreditar si los locales o instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad exigibles. Finalmente, el Tribunal establece que, al ser las licencias figuras que responden a distinta finalidad, no se puede aprovechar el trámite de la licencia de instalación o de apertura para tratar de solucionar los problemas de ilegalidad o de falta de legalización de las obras, que tienen su propio cauce procedimental. Ahora bien, aunque el Tribunal insiste en que la licencia de apertura debe ser previa o cuando menos simultánea a la de obras, ello no significa que la alteración de la precedencia en el orden de otorgamiento de esas licencias implique sin más la nulidad de la licencia de obras concedida antes de haberse obtenido la de apertura. Para la manifestación de la nulidad hay que examinar cada una de ellas conforme a los criterios propios, que por lo que se refiere a la licencia de obras son los de la normativa urbanística que resulte aplicable (FJ 5).

Trasladándonos, ahora, al *Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso 965/2007, de apelación, Sentencia de 26 de febrero de 2008)*, y en la misma línea que la anterior sentencia del Supremo, el Tribunal tuvo que resolver un recurso donde se hacía necesaria la aclaración conceptual de las licencias de obras y de las licencias de actividades clasificadas. El Tribunal estimó el recurso de apelación formulado frente a la resolución por la que se denegaba la concesión de licencia urbanística municipal para la implantación de actividad sin obra.

La Sala, previo análisis minucioso de las relaciones entre la licencia de apertura de actividades clasificadas y la licencia de obras, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, se dedica específicamente al orden y prelación de estas licencias. El Tribunal pone de manifiesto que, aunque exista entre las distintas licencias una indiscutible interdependencia, acorde con lo dispuesto en el art. 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 27 de junio de 1955, lo que se trata de evitar, dando preferencia a la licencia de apertura o de actividad, en cuanto concebido en beneficio del administrado, es la producción de autorizaciones que resultasen estériles. En concreto, se trata de eludir, si no llega a conseguirse la licencia de apertura, la realización de las obras correlativamente inútiles con el consiguiente perjuicio que para el particular deriva de ello. Por tanto, la inobservancia de dicha norma en cuanto al orden temporal de ambas licencias, no genera la nulidad de lo actuado porque el citado precepto no significa que no se pueda otorgar la licencia de obras sin el previo otorgamiento de la actividad (FJ 5). Por otra parte, en la misma sentencia se considera improcedente, por el Tribunal, la denegación de licencias urbanísticas municipales a locales inferiores a 500 metros cuadrados por incumplimiento de la reglamentación en materia de accesibilidad.

Otro tema muy trascendental relativo a las licencias urbanísticas es su sustitución por la técnica de la comunicación previa para evitar la burocracia urbanística. Sin embargo,

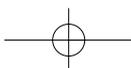


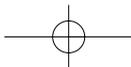
a raíz de, entre otras, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 921/2007, de apelación), de 24 de enero de 2008*, se ha puesto de relieve el reducido alcance de esta técnica al ser aplicada sólo a obras de muy menor importancia. En esta sentencia se juzgaba un muro de dimensiones medianas destinado a ser construido por encima de otro muro. El Tribunal entendió que esta construcción no está amparada por una actuación comunicada, puesto que requiere la previa obtención de licencia al exigir su ejecución proyecto de obras de edificación conforme al art. 2.2 de la Ley de 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Pues bien, este asunto se trata de manera muy detallada en el artículo de J. CHINICHILLA PEINADO, «El control municipal de los actos de uso del suelo y edificación a través de la figura de la comunicación previa como alternativa a la licencia urbanística. Análisis de la regulación legal y municipal y de la aplicación judicial», en la *Revista de Derecho Urbanístico y de Medio Ambiente*, núm. 242, 2008, pp. 13-85.

Es importante en este punto, también, destacar el artículo de R. ORTEGA MONTORO, «Silencio administrativo y licencias urbanísticas: lo que expresamente dice (y no calla) el refundidor estatal del suelo de 2008», en el *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 18/2008, pp. 3060-3073, donde se plantean varios aspectos de la posibilidad de obtener licencias urbanísticas *contra legem* por acto presunto. La cuestión de obtención de licencias por silencio administrativo positivo, como dice el autor, se complica más en el ámbito urbanístico por la frecuente pasividad de la administración y su actuación indolente para cumplir plazos a la hora de otorgar o denegar licencias. En fin, el autor procede a una interpretación del art. 8.1. *b*) del nuevo TRLS para dar respuesta a esta problemática.

4.3. Criterios jurisprudenciales para la suspensión de licencias de obras

En cuanto a los criterios jurisprudenciales para la adopción de la medida cautelar de suspensión de licencias de obras, el *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso 11506/2004, de casación)* se ha pronunciado en la *Sentencia de 10 de abril de 2008*, poniendo de manifiesto que el criterio que sirve para la adopción de tales medidas es la conducta genérica que ha demostrado el ayuntamiento. En tal sentencia, el Tribunal confirma los Autos dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía decretando la suspensión cautelar de licencia de obra. La Sala 3.ª valida la referida suspensión cautelar de la licencia otorgada por el ayuntamiento de Marbella, poniendo de relieve que desde la perspectiva del *periculum in mora*, el análisis de esta medida cautelar no puede tenerse en cuenta de forma aislada e individualizada, como si fuera la única licencia concedida por el ayuntamiento de Marbella, cuando la realidad deducida de las actuaciones pone de manifiesto que se trata de una actuación generalizada de la Corporación, permitiendo un genérico proceso de edificaciones pendientes de legalización con base en una futura e hipotética revisión del planeamiento. Este modo de obrar implica una alteración y perversión del





Ordenación del territorio y urbanismo

393

sistema urbanístico que impide que las licencias urbanísticas de obras desempeñen la función y cometido para el que fueron concebidas por el legislador, y que no es otro que el mecanismo de un control a desempeñar por la Administración local de que lo que se construye y edifica se ajusta a la legalidad vigente (FJ 7).

4.4. Procedimiento administrativo-acceso domiciliario en ejecución de actos administrativos

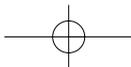
Finalmente, cabe destacar aquí, por los efectos frecuentes y prácticos, que puede tener el acceso domiciliario en ejecución de actos administrativos, la *Sentencia de 29 de enero de 2008, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso 930/2007, de apelación)*. En esta sentencia el Tribunal desestima el recurso de apelación formulado frente a la resolución estimatoria del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid, en relación con el procedimiento de entrada en domicilio 15/2006. La Sala recuerda, en primer lugar, la doctrina constitucional existente relativa a los deberes del juez que autoriza la entrada al domicilio. Según ésta no corresponde al Juzgado el control de legalidad de la actuación administrativa que sirve de soporte a la ejecución para la que se autoriza la entrada en un domicilio, sino, únicamente corresponde al juez el deber de comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene, *prima facie*, una apariencia de legalidad (*fumus boni iuris*), que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, por otra parte, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (FJ 4).

5. Patrimonio público del suelo

En cuanto al nuevo régimen impuesto por el TRLS a la regulación del patrimonio público del suelo, este año destaca el trabajo elaborado por F. DELGADO PIQUERAS, «Novedades del Régimen Básico de los patrimonios públicos del suelo», en la *Revista de Derecho Urbanístico y de Medio Ambiente*, núm. 240, 2008. En este artículo el autor inicialmente recuerda la jurisprudencia más relevante al tema y a continuación concreta algunos de los problemas que presenta frecuentemente esta figura. El autor se refiere a la falta de consignación del 5 por 100 con destino al patrimonio municipal del suelo, cuyos fondos no pueden gastarse en costear otras actuaciones, a las reservas para ampliación del patrimonio municipal, a los convenios para transmisión de aprovechamiento a cambio de obras de urbanización, a la enajenación de parcelas a favor de sociedades públicas urbanísticas, al precio máximo y a la inscripción en el Registro de la Propiedad. Por otro lado, en este artículo se pone de manifiesto la regulación del TRLS en cuanto a las formas de adquisición y de enajenación de los bienes que integran estos patrimonios cuya regu-

lación corresponde a las Comunidades Autónomas. En fin, el autor concluye que la nueva Ley de Suelo resulta más respetuosa con la doctrina constitucional en materia de patrimonios públicos al no entrar a regular las cuestiones ya censuradas por el Tribunal Constitución.

Finalmente, es de particular importancia destacar la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso 4291/2005, de casación) de 3 de julio de 2008*, en cuanto confirma la sentencia dictada en primera instancia que anulaba el Acuerdo del Pleno del ayuntamiento de Majadahonda que aprobó definitivamente los Presupuestos Generales de la Corporación Municipal para el año 2002, en lo referido a la financiación de unas inversiones con los recursos del patrimonio municipal del suelo. El Alto Tribunal pone de manifiesto que los bienes de patrimonio municipal del suelo constituyen un patrimonio separado de los restantes bienes municipales, y los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos se destinan a la conservación y ampliación del mismo. Según el Tribunal, esta afirmación no puede tener otra interpretación distinta de la imposibilidad de que los ayuntamientos conviertan el Patrimonio Municipal del Suelo en fuente de financiación de cualesquiera necesidades municipales. Además, en esta sentencia el Tribunal recuerda que este precepto, en lo esencial, se reproduce en el art. 38 del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo. En fin, el Tribunal estima que una interpretación tan consolidada impide que pueda prosperar una pretensión municipal de que la compra de un edificio para el Servicio Municipal de Hacienda con lo obtenido de la venta de las parcelas del patrimonio municipal del suelo encaje con las disposiciones relevantes de la legislación urbanística.



Ordenación del tráfico de vehículos y personas

Tomás CANO CAMPOS
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

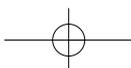
Palabras clave: tráfico urbano; ordenanzas de circulación; procedimiento sancionador

Key words: urban traffic; by-laws; sanction proceedings

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ORDENANZAS MUNICIPALES DE CIRCULACIÓN.—1. La competencia de los municipios para regular mediante Ordenanza el uso de las vías urbanas y su finalidad.—2. Algunos ejemplos de Ordenanzas aprobadas.—3. La competencia del Pleno para ejercer la potestad normativa municipal.—4. La derogación de una Ordenanza de circulación determina la pérdida del objeto del proceso aunque la nueva reproduzca algunos de los preceptos previamente impugnados.—III. ORDENACIÓN Y CONTROL DEL TRÁFICO. AGENTES DE MOVILIDAD.—IV. RÉGIMEN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES.—1. Tipificación indirecta o por remisión en las Ordenanzas de circulación.—2. El incumplimiento del deber de identificar al conductor.—V. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.—1. El problema del domicilio de las notificaciones: notificación edictal y derecho de defensa.—2. El nuevo régimen de notificaciones en el proyecto de reforma de la LTSV.—3. Plazo de caducidad del procedimiento administrativo sancionador.—VI. INMOVILIZACIÓN Y RETIRADA DE VEHÍCULOS.—1. Las ordenanzas fiscales regulando la tasa por la adopción de tales medidas.—2. Las modificaciones en el proyecto de Ley de reforma de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial.

I. INTRODUCCIÓN

La circulación con vehículos de motor ha adquirido en las últimas décadas un crecimiento espectacular. El parque de vehículos de la Unión Europea pasó en apenas treinta años (de 1970 a 2000) de 62,5 a 175 millones de automóviles. En nuestro país hay actualmente más de 30 millones de vehículos de motor (en 2007 se matricularon 2.350.101 vehículos) y más de 25 millones de conductores (en 2007 la cifra oficial, según la DGT, era de 24.712.280). Ello ha reportado indudables beneficios a la sociedad particularmente en las áreas urbanas, dada la forma de vida concentrada de nuestras ciudades y los desplazamientos de personas y de mercancías que en ellas tienen lugar. El tráfico, y el transporte en general, constituye así una pieza central en el funcionamiento



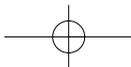
cotidiano de las ciudades, de modo que su adecuada regulación y prestación no sólo influye decisivamente en la libertad de circulación de los individuos, sino que se erige también en un elemento imprescindible para una adecuada vertebración territorial conectando los lugares de residencia, trabajo, ocio, etc., y, en definitiva, para mejorar la calidad de vida y el bienestar de los ciudadanos en su medio natural de vida: los asentamientos urbanos.

Pero el incremento y la importancia del tráfico urbano ha venido acompañada de numerosos problemas sociales y ambientales (accidentes, deterioro de la salud como consecuencia de los elementos que los vehículos de motor emiten a la atmósfera, congestión, marginación de los medios de locomoción no motorizados, agotamiento de fuentes de energía no renovables, contaminación atmosférica y acústica, ocupación de suelo y segregación espacial, degradación estética de las ciudades, etc.). Tales circunstancias explican el importante papel en el fenómeno que los municipios están llamados a desempeñar en el ámbito urbano, tal y como revelan los antecedentes históricos en la materia, y confirma hoy tanto la regulación general del régimen local como nuestra normativa específica reguladora del tráfico al reconocerles un importante número de competencias en el sector.

El art. 25.2. *b*) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) dispone así que el municipio, en los términos que en este caso disponga la legislación del Estado, por ser éste el competente en la materia (art. 149.121.ª CE), ejercerá competencias en la «ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas». La concreción de tales competencias ha sido efectuada por el art. 7 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante LTSV) que atribuye a los municipios la ordenación y el control del tráfico en las vías urbanas de su titularidad; su vigilancia por medio de agentes propios; la denuncia de las infracciones que se cometan en dichas vías y la sanción de las mismas; la regulación mediante ordenanza de los usos de las vías urbanas; la inmovilización, retirada y depósito de vehículos en los supuestos previstos legalmente; la autorización de pruebas deportivas cuando discurran íntegra y exclusivamente por el casco urbano; la realización de los test de alcoholemia y de detección de sustancias estupefacientes o similares y el cierre de las vías urbanas al tráfico cuando sea necesario. La Ley 1/2006, de 13 de marzo, por el que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona y la Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y régimen especial de Madrid, establecen algunas competencias más en dicho sector para tales municipios.

La incidencia que las novedades normativas, las resoluciones jurisprudenciales y los estudios doctrinales han tenido durante el año 2008 sobre estas competencias ha sido, como es lógico, muy desigual.

En el plano normativo las competencias de los municipios no han sido objeto de modificación alguna, aunque a finales de año el Gobierno ha presentado un importante *Proyecto de Ley de reforma de la LTSV* (publicado en el *Boletín General de la Cortes*



Ordenación del tráfico de vehículos y personas

397

Generales, de 5 de diciembre de 2008), que cambia considerablemente el régimen sancionador, en particular el procedimiento administrativo, y las medidas de inmovilización y retirada de vehículos. Ello presenta una importancia práctica considerable para los municipios, sobre todo en lo referente a la identificación del conductor y al domicilio de las notificaciones, aspectos en los que tales entes se topan con numerosos e importantes problemas que les han llevado a algunos (en particular al de Madrid) a la adopción de algunas prácticas que el TC ha reputado contrarias a la CE. Desde la vertiente normativa sí que cabe destacar, en cualquier caso, la aprobación o modificación de algunas Ordenanzas de Circulación por parte de los municipios, así como la adopción de acuerdos de ampliación de las denominadas zonas azules al margen de tales Ordenanzas que los Tribunales han declarado contrarios al ordenamiento jurídico.

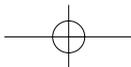
La jurisprudencia se ha ocupado fundamentalmente de los problemas que plantean las infracciones en las que, por no poder ser notificadas en el acto, el titular del vehículo debe identificar primero al conductor infractor (que son la inmensa mayoría), así como las dificultades que plantea la notificación personal en el domicilio que consta en los Registros de la Dirección General de Tráfico, cuestiones de las que por su importancia durante 2008 nos ocuparemos con cierto detenimiento.

En el plano doctrinal, no han aparecido publicaciones relevantes sobre la cuestión, a diferencia de las aparecidas en años anteriores (*Los Ayuntamientos y el Tráfico*, Madrid, Iustel, 2006; «Las competencias municipales de ordenación del tráfico de vehículos y de personas», en AAVV, *Las competencias locales*, Madrid, Marcial Pons, 2007). Pero los días 24 y 25 de junio de 2008, se celebró en el paraninfo de la Universidad de Castilla-La Mancha (en Ciudad Real) el *I Foro Nacional de Derecho de la Circulación*, organizado por la Dirección General de Tráfico y dicha Universidad, en el que, entre otras, tuvieron lugar dos importantes ponencias por responsables locales sobre la problemática del procedimiento sancionador de tráfico en el ámbito municipal.

II. ORDENANZAS MUNICIPALES DE CIRCULACIÓN

1. La competencia de los municipios para regular mediante Ordenanza el uso de las vías urbanas y su finalidad

La LRBRL, como es sabido, reconoce a los municipios, en su condición de poderes públicos de carácter territorial, un conjunto de potestades administrativas, entre las que destaca la normativa o reglamentaria como corolario de la autonomía de que gozan tales entes (art. 4). En el ámbito del tráfico rodado, continuando así una larga tradición, dicha potestad ha sido reconocida de forma expresa por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en lo sucesivo LTSV) al disponer que es competencia de los municipios la regulación de los usos de las vías urbanas mediante ordenanza municipal de circulación, o de movilidad, según la terminología uti-



lizada por otros municipios como el de Madrid. El art. 7. *b*) de la LTSV lo explicita en estos términos, señalando la finalidad que los municipios deben perseguir con la aprobación de tales normas:

«Se atribuyen a los municipios, en el ámbito de esta Ley, las siguientes competencias:
[...]

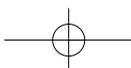
b) La regulación, mediante Ordenanza Municipal de Circulación, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios, con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles, así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos, prestando especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad que tienen reducida su movilidad y que utilizan vehículos, todo ello con el fin de favorecer su integración social».

La regulación del uso de las vías urbanas mediante las correspondientes ordenanzas de circulación o movilidad debe hacer compatible, como puede verse, «la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios, con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles». Estos son los tres usos relacionados con la circulación vial de que son susceptibles las vías urbanas. En efecto, en dicho ámbito, las vías públicas no están destinadas y afectadas, como es fácil comprobar, únicamente a la circulación rodada, sino también al estacionamiento de vehículos y al tránsito peatonal. La necesidad de hacer compatibles tales usos entre sí se traduce en la posibilidad de que los municipios adopten una serie de medidas tales como la creación de áreas peatonales, zonas de tráfico limitado o áreas de estacionamiento con restricción horaria.

Las leyes que regulan el régimen especial de Barcelona y Madrid precisan, certeramente, que tales ordenanzas deben «armonizar los distintos usos, incluidos el peatonal, el de circulación y el de estacionamiento, el deportivo y el lúdico, y hacerlos compatibles de forma equilibrada con la garantía de la seguridad vial, la movilidad y fluidez del tráfico, la protección del medio ambiente y la protección de la integridad de los espacios públicos y privados» (arts. 18 y 38 respectivamente). Tales preceptos añaden que las ordenanzas «establecerán los límites a partir de los cuales se considerará prohibida la emisión de perturbaciones electromagnéticas, ruidos, gases, etc., así como los mecanismos para su control». Las precisiones referidas son importantes pues explicitan otros usos de las vías urbanas (distintos a los relacionados con la movilidad) y, sobre todo, se precisan los intereses implicados en el fenómeno del tráfico que justifican determinadas prohibiciones o restricciones a los medios de locomoción motorizados.

2. Algunos ejemplos de Ordenanzas aprobadas

Durante el año 2008 son muchos los municipios que han procedido a aprobar nuevas Ordenanzas de Circulación o a modificar las ya vigentes. Lógicamente, dar aquí cuenta de todas y cada una de las normas aprobadas o reformadas no es posible, ni nece-



Ordenación del tráfico de vehículos y personas

399

sario. Pero sí cabe destacar las preocupaciones esenciales que afloran en la aprobación o modificación de tales normas.

Se aprecia en muchas de ellas la necesidad de regular el uso de monopatines, patines, bicicletas y quads (*Ordenanza de Circulación de Parla, de Zamora, modificación de la Ordenanza de Circulación de Valencia*). En ellas se hace especial hincapié en la prohibición de circular con patinetes, monopatines o similares por las aceras y zonas peatonales de uso público, salvo en lugares especialmente destinados al efecto. También se establece la necesidad de que el municipio acote espacios y realice instalaciones donde utilizar tales vehículos, sin causar las molestias que actualmente se causan a los demás usuarios de las vías urbanas.

En algunos municipios, como el de Zaragoza, el Observatorio de la Bicicleta ha propuesto a los grupos políticos del ayuntamiento la aprobación de una *Ordenanza Municipal de Circulación de Peatones y Ciclistas*, cuyas novedades más importantes son la creación de calles con prioridad para las bicicletas o de vías ciclistas en sentido contrario al tráfico motorizado, semáforos específicos para bicicletas cuya indicación pueda ser diferente a la de los vehículos de motor para ajustarse a las distintas necesidades de las bicicletas, etc. En otros, como el de Sevilla, una *Ordenanza de Circulación de Peatones y Ciclistas* fue aprobada en 2007 (21 de septiembre), pero algunos de sus preceptos fueron impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa por una empresa que explotaba un parking en la zona declarada de acceso restringido a los vehículos por la Ordenanza. La STSJ de Andalucía (Sala de Sevilla) de 20 de noviembre de 2008, estima parcialmente el recurso y declara la nulidad de algunos de sus preceptos. La sentencia es importante porque aclara que el establecimiento de zonas restringidas a determinados vehículos es parte de la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas, competencia municipal reconocida en el art. 25.2. b) LRBRL, distinta de la competencia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, en cuyo ejercicio goza de una gran autonomía no limitada por su propia actividad normativa en urbanismo y concretada en el Plan General de Ordenación Urbana, el cual no goza de superior rango jerárquico por el hecho de que la aprobación definitiva del mismo corresponda a la Junta de Andalucía, y al que el demandante consideraba que la Ordenanza contradecía. La regulación que dicha Ordenanza no puede contradecir es la prevista en la LTSV o en el Reglamento General de Circulación, cuyo art. 93 dispone, en efecto, que «en ningún caso podrán las ordenanzas municipales oponerse, alterar, desvirtuar o inducir a confusión con los preceptos de este Reglamento». En la medida en que algunos de los preceptos de la Ordenanza contradicen lo dispuesto en la normativa reguladora del tráfico, por ejemplo, la definición de «itinerarios ciclistas señalizados en zonas peatonales» y los arts. 40 y 41 de la misma, que permiten la circulación de bicicletas por las áreas peatonales, se opone a la definición de «zona peatonal» (Anexo núm. 56 LTSV) y al art. 121.5 del Reglamento General de Circulación, que prohíbe la circulación en tales zonas de todo tipo de vehículos, la sentencia estima parcialmente el recurso y declara la nulidad de esos y otros preceptos de la norma municipal.

Algunos municipios, como el de Ordizia (Guipúzcoa), han aprobado *Ordenanzas específicas para la circulación en el centro histórico de la ciudad*, con la finalidad esencial de limitar el tráfico motorizado en dicho ámbito, sin perjuicio de hacer frente a las necesidades de los residentes, de los usuarios de los servicios públicos y de las actividades que tienen lugar en los locales del centro.

También son de destacar las *Ordenanzas que establecen o regulan las zonas de estacionamiento con limitación horaria* (tradicionalmente conocida como zona azul), que en algunos municipios se han aprobado por primera vez y en otros han sido objeto de importantes modificaciones, casi todas ellas en el sentido de ampliar tales zonas. Destacan así las Ordenanzas de Ciudad Real, Motril, Ordizia, Manzanares, etc.

3. La competencia del Pleno para ejercer la potestad normativa municipal

La forma de Ordenanza (y por tanto la competencia del Pleno) que debe revestir el ejercicio de las potestades normativas de los municipios en materia de tráfico, como en cualquier otra, es clara e indudable, por lo que debe ser descartada la posibilidad de que los alcaldes dicten con carácter general —salvo el supuesto previsto en el art. 21.1.j) LBRL— bandos en la materia. A finales de los ochenta algunos de tales bandos —como el de Madrid— fueron anulados por tal motivo. Tampoco cabe que se establezcan o amplíen zonas de estacionamiento limitado o de tráfico peatonal con dichos instrumentos normativos o con otros diversos a las ordenanzas como los Decretos o Resoluciones de los concejales competentes en la materia, ni, por consiguiente, que la Ordenanza delegue en otros órganos el establecimiento o ampliación de tales zonas

De ello se ha ocupado la Sentencia núm. 253/2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid, de 23 de septiembre de 2008, que resuelve un recurso contencioso-administrativo contra el Decreto del Concejal de Gobierno de Seguridad y Servicios del ayuntamiento de Madrid, 16 de febrero de 2006, por el que se acordaba la ampliación de los límites del servicio de estacionamiento regulado (en concreto a los distritos de Carabanchel, Fuencarral-El Pardo y Hortaleza). Dicho Decreto fue dictado al amparo del art. 63.2 de la Ordenanza de Movilidad de 26 de septiembre de 2005, según el cual «el alcalde o el órgano en que delegue fijará los límites de la zona de estacionamiento regulado, dentro del término municipal, previa señalización oportuna y la publicación del correspondiente anuncio en el *Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma*», autorización que los recurrentes también consideran nula por contraria a la LRBRL que atribuiría dicha competencia al Pleno.

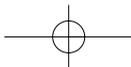
La sentencia señala que la conformidad o no a Derecho del acuerdo o decreto impugnado depende de la naturaleza normativa o no del mismo, lo que, a su vez, condiciona el órgano competente para su adopción y el procedimiento que para ello ha de seguirse, no debiendo olvidarse que, según la LRBRL, el ejercicio de la potestad reglamentaria compete al Pleno del ayuntamiento, no pudiendo delegarse y debiendo seguirse en su ejercicio el art. 49 de dicha Ley. Pues bien, como quiera —dice el Juzgado— que

el referido Decreto está fijando el ámbito espacial del Servicio de Estacionamiento Regulado (SER), dicha fijación determina también los sujetos pasivos a los que va a afectar, de modo que en realidad se está habilitando «la aplicabilidad en un determinado espacio, de todo un conjunto de limitaciones, quedando definidos al mismo tiempo, por referencia, los sujetos pasivos a los que va a afectar, que serán los residentes en la zona, en primer término». Pero es más, dice la sentencia, «las razones que justifican la implantación de este tipo de servicio están íntimamente relacionadas con las circunstancias específicas de las zonas concretas donde van a aplicarse. Los municipios que han puesto en práctica este o similares sistemas de regulación del estacionamiento nunca los han establecido de forma aleatoria. Porque la bondad de este tipo de regulación depende de la preexistencia de determinadas necesidades que aconsejan la rotación del estacionamiento. Y estas necesidades se aprecian en función de las zonas específicas en donde se proyecta la implantación del sistema, que permite evaluar si está o no indicado», de modo que lo que se erige como fundamento del propio servicio, no puede considerarse un aspecto menor. Por ello, concluye la sentencia, «la relevancia de la delimitación espacial, cuando, como en este caso, se está procediendo a la ampliación, determina que el contenido del acto administrativo impugnado se considere propiamente normativo y, por tanto, de imposible delegación, de conformidad con lo establecido en el art. 22 LRBRL, procediendo declarar su nulidad, por falta de competencia del órgano que lo dicta, y defecto de forma en el procedimiento, al no haberse seguido el determinado por el art. 49 y concordantes de la Ley de Bases de Régimen Local».

La sentencia aclara que, sin embargo, no procede declarar la nulidad del referido art. 63.2 de la Ordenanza de Movilidad de 26 de septiembre de 2005, porque cabe una interpretación de dicho precepto de conformidad con la LRBRL, «sin más que considerar que la ordenanza remitía a un momento posterior la definición específica de las calles y barrios incluidos, sobre los que ya existía de hecho el servicio de estacionamiento regulado», es decir, cabe entender que la delegación se refiere a la fijación de los límites de la zona de estacionamiento regulado, no necesariamente a la ampliación o modificación de su ámbito, por lo que no cabe reproche jurídico alguno a que «el alcalde o la persona en quien él delegara fijara los límites del Servicio de Estacionamiento Regulado, dentro de los límites ya existentes, enumerando de forma detallada las calles y barrios a los que afecta».

4. La derogación de una Ordenanza de circulación determina la pérdida del objeto del proceso aunque la nueva reproduzca algunos de los preceptos previamente impugnados

Así lo señala la STS de 12 de diciembre de 2008 (Ar. 7334), que resuelve un recurso de casación interpuesto por el ayuntamiento de Madrid contra la STSJ de Madrid, de 13 de enero de 2005. Esta última sentencia declaró la nulidad de determinados preceptos de la Ordenanza Municipal de la Villa de Madrid de 30 de julio de 1998, estimando así par-



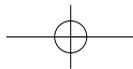
cialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Viandantes a Pie. Pero dicha Ordenanza fue expresamente derogada por la actualmente vigente de 26 de septiembre de 2005, razón por la que el TS acordó por providencia oír a las partes, por término de diez días, acerca de si el recurso de casación había perdido por tal razón su objeto. Tanto el ayuntamiento como la asociación recurrente entienden que no se ha producido la pérdida del objeto del proceso por cuanto que los dos preceptos anulados por el TSJ de Madrid mantienen su redacción en la nueva Ordenanza de Movilidad.

El TS, recordando su jurisprudencia sobre el particular, señala que siendo el recurso directo contra reglamentos un instrumento procesal que tiene por finalidad la de eliminar del ordenamiento jurídico las normas emanadas de los titulares de la potestad reglamentaria cuando sean contrarias a Derecho, y la de resolver acerca de las pretensiones individualizadas que pudieran derivarse de una determinada relación jurídica entre el recurrente singular y la Administración, «aquel recurso pierde su objeto cuando, al tiempo de dictar sentencia, la norma reglamentaria ha sido ya eliminada, por cualquier otro medio, del propio ordenamiento jurídico», salvo en aquellos supuestos en los que se «mantiene la aplicación de la norma derogada a hechos acaecidos con posterioridad a su pérdida de vigencia», pues en tal caso «un hipotético fallo anulatorio del reglamento impugnado responde a su finalidad». El TS reconoce que hay pronunciamientos suyos anteriores en los que se considera, sin embargo, que el proceso no pierde su objeto cuando la norma derogatoria reproduce el contenido de la norma derogada, pero no obstante considera que, pese a esa diversidad de criterios, concurren dos razones concluyentes para entender que el recurso en cuestión ha perdido su objeto: una de carácter general, otra específica del concreto caso planteado.

En cuanto a la primera, cuando no se alegue la referida «ultraactividad de la disposición general derogada, ni tampoco pendan procesos judiciales que hayan de enjuiciar anteriores actos de aplicación de la misma, y sí sólo que los preceptos tal vez ilegales de ella han sido reproducidos en la posterior disposición general derogatoria, entonces el pronunciamiento jurisdiccional referido a la impugnación directa de aquélla deja de ser tal; deja de participar de la naturaleza jurídica propia de los pronunciamientos encomendados a los órganos jurisdiccionales», pues un pronunciamiento respecto de una disposición general impugnada y derogada sería «una especie de respuesta histórica que no cumpliría la función de obligar a la expulsión del ordenamiento jurídico de lo que ya ha sido expulsado de éste» y, además, «sería para aquello que no puede enjuiciar, esto es, para la disposición general derogatoria no impugnada, una especie de dictamen carente de fuerza obligatoria y de la eficacia a que se refiere el art. 118 de la Constitución; pues si fuera contrario a la legalidad de la disposición derogada, podría dejar de ser atendido por el titular de la potestad reglamentaria que reiteró su parecer en la disposición derogada; y si no lo fuera, no impediría accionar de nuevo contra esta última».

En relación al concreto caso planteado, ha de señalarse —dice el TS— que las normas jurídicas de superior rango con las que la Sala de instancia hubo de contrastar la Ordenanza de Circulación impugnada fueron a su vez modificadas con posterioridad a la aprobación de la Ordenanza (1998), en concreto la LTSV (modificada en 2001) y el





Ordenación del tráfico de vehículos y personas

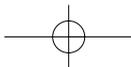
403

Reglamento General de Circulación (objeto de modificación en 2003), de modo «que la inutilidad de un pronunciamiento jurisdiccional sobre la Ordenanza derogada de 1998 se acrecienta en la medida en que los parámetros de contraste para la Ordenanza de 2005 no tienen necesariamente que arrojar las mismas conclusiones que los que habían de utilizarse para aquélla».

III. ORDENACIÓN Y CONTROL DEL TRÁFICO: AGENTES DE MOVILIDAD

El art. 7 de la LTSV también atribuye a los municipios «la ordenación y el control del tráfico en las vías urbanas de su titularidad, así como su vigilancia por medio de agentes propios y la denuncia de las infracciones que se comentan en dichas vías». Entre las medidas de ordenación, control y vigilancia del tráfico también puede incluirse la realización de las pruebas de alcoholemia [que prevé expresamente el art. 7.e) de la LTSV], así como el cierre al tráfico de las vías urbanas cuando sea necesario. Las leyes especiales de Barcelona y Madrid (arts. 19 y 40, respectivamente) también incluyen en lo que denominan ordenación (o regulación), control y vigilancia del tráfico otras medidas tales como la adopción de medidas de estacionamiento limitado, con la finalidad de garantizar los aparcamientos; la aprobación de planes de seguridad vial y movilidad; la adopción de las medidas necesarias para la concesión de la tarjeta de aparcamiento para discapacitados; las medidas de inmovilización y retirada de vehículos, o la autorización de pruebas deportivas cuando discurran íntegra y exclusivamente por el caso urbano y el cierre de las vías urbanas al tráfico cuando sea necesario, medidas que el art. 7 LTSV contempla de forma independiente, razón por la que nos ocuparemos de algunas de ellas en los siguientes apartados de este informe sectorial.

En relación a la ordenación, control y vigilancia del tráfico no se han producido novedades significativas durante el año 2008. Si acaso conviene destacar la *progresiva implantación de los Agentes de Movilidad en el municipio de Madrid*, por cuanto que en este municipio algunas de esas funciones las ejerce dicho Cuerpo, pudiendo crearse cuerpos similares en los municipios de gran población. En efecto, según el art. 53.1.b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los Cuerpos de Policía Local son los encargados de «ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el caso urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación», mientras que el apartado 3 de ese mismo precepto (añadido por la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial) se dispone ahora que: «En los municipios de gran población (*vid.* el art. 121 LRBRL) podrán crearse, por el Pleno de la Corporación, Cuerpos de funcionarios para el ejercicio exclusivo de las funciones previstas en el párrafo b) del apartado 1. Dichos funcionarios no se integrarán en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en el ejercicio de esas funciones tendrán la consideración de agentes de la autoridad subordinados a los miembros de los respectivos Cuerpos de Policía Local». El art. 25 de la Ley de régimen especial para Barcelona y el



art. 45 de la Ley de capitalidad y régimen especial de Madrid, establecen expresamente la posibilidad de crear un cuerpo de funcionarios «para el ejercicio de las funciones de ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido por las normas de circulación».

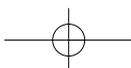
El único municipio en el que hasta ahora, y hasta donde sabemos, se ha creado un Cuerpo tal es en Madrid, por *acuerdo del Pleno del ayuntamiento de 27 de enero de 2004*. Ese mismo año la Junta de Gobierno aprobó la creación de una plantilla de 700 plazas, creándose en julio de ese mismo año, como experiencia piloto 150 plazas de agentes interinos, a través de una bolsa especial de trabajo para quienes superaron las últimas pruebas selectivas de la Policía Municipal pero no obtuvieron plaza. Su *Reglamento* se aprobó en 2007. En 2008 se crearon 121 plazas, que todavía no se han resuelto. A fecha de 31 de diciembre de 2008 la plantilla del Cuerpo de Agentes de Movilidad es de 679 efectivos.

IV. RÉGIMEN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

1. Tipificación indirecta o por remisión en las Ordenanzas de circulación

La deficiente tipificación de las infracciones y sanciones, desde el punto de vista de la técnica normativa, de algunas Ordenanzas ha generado pleitos y problemas que, probablemente, una más correcta tipificación hubiera evitado. En efecto, algunas Ordenanzas recurren a tipificaciones indirectas o por remisión, con una estructura normativa ciertamente compleja que, aunque el TC no ha condenado desde la perspectiva del mandato de tipicidad, no resulta la más adecuada desde el punto de vista de la política punitiva o sancionadora. Veamos primero algún problema que se ha planteado y resuelto en 2008 y después nos referiremos a dicha técnica y a la posibilidad, y aun necesidad, de su superación por otra mucho más sencilla y tradicional: la tipificación directa.

a) El ayuntamiento de Laxe (A Coruña) impuso a un vecino una sanción de 72 euros por «estacionar sobre la acera», pero fue recurrida por entender que se vulneraba, entre otros, el principio de tipicidad, pues la conducta sancionada no estaba tipificada en el precepto de la Ordenanza que supuestamente se le aplica, el art. 39.2.1 de la misma. Tras la desestimación del recurso por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de A Coruña, se interpone recurso de amparo, que deniega el TC en su Sentencia 113/2008. Dicha alegación, que no era la única, venía motivada por la peculiar forma de tipificar las infracciones que utilizaba dicha Ordenanza. En efecto, la Ordenanza presenta una estructura peculiar formada por un doble listado de artículos, el propio y el del Anexo I. El primer listado consta de 67 artículos y una disposición final, remitiendo su art. 65 para la cuantía de las multas a la LTSV, y tras describir los marcos de tales cuantías en función de si la infracción es leve, grave o muy grave, señala dicho precepto que como Anexo I a dicha Ordenanza figura un cuadro de infracciones y sanciones. Dicho Anexo figura a continuación de la Ordenanza en forma de tabla. Cada fila presenta el número de



Ordenación del tráfico de vehículos y personas

405

un artículo, al que le sigue la calificación de la gravedad de la infracción, el contenido de la misma («hecho denunciado») y la multa que le corresponde. Las filas están ordenadas en función del número del artículo, comenzando por el 9 y terminando por el 58.

El TC, tras recordar que el derecho a la legalidad sancionadora no sólo se vulnera «con la sanción de una conducta atípica, no razonablemente subsumible en ningún tipo de infracción, sino también con la sanción de un hecho típico que, sin embargo, no es subsumible en el concreto tipo aplicado por la autoridad sancionadora», pues «la seguridad jurídica del ciudadano, que es uno de los valores que sustenta el principio de legalidad en el ámbito sancionador, sufriría de un modo intolerable si el mismo pudiera ser sancionado sin expresión de la norma infringida o por la infracción de una norma diferente a la que se comunica como infringida en la resolución sancionadora», señala que, a pesar de la peculiar estructura de la Ordenanza de Circulación de Laxe, no cabe concluir que la resolución sancionadora no exprese el tipo de infracción aplicado o que le generara una inseguridad jurídica relevante. Pues, en su opinión, a pesar de esa peculiar estructura, «resultaba “razonablemente deducible”, de un modo “sencillo” e “incontrovertido”, que el tipo de infracción que se estaba sancionando era el que figuraba en el Anexo en la tabla de infracciones y sanciones, precedido de la dicción “art. 39.2.1”. La facilidad de esta conclusión proviene tanto de que el art. 39.2.1 no podía corresponder al articulado de la Ordenanza, por razones de número (no existe un art. 39.2.1) y de contenido (el art. 39 de la Ordenanza nada tiene que ver con el hecho denunciado), como de que el hecho denunciado (“Estacionar sobre la acera”) y la sanción impuesta (72 euros) respondían exactamente al contenido del art. 39.2.1 del segundo articulado (el propio del Anexo I y su tabla de infracciones)».

El TC considera que el enjuiciamiento constitucional debe centrarse en la vulneración por parte de la Administración del derecho a la tipicidad sancionadora, vulneración que no concurre en tal caso, por lo que nada cabe decir respecto de la técnica de tipificación de la Ordenanza con una relación de normas en su articulado y con un artículo que remite para las sanciones a un cuadro de infracciones y sanciones que figuran en un Anexo y que se refieren a la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y, ocasionalmente, al Reglamento General de Circulación.

b) Como quiera que son muchas las Ordenanzas de Circulación que acuden, con unas u otras variantes, a la técnica de la tipificación indirecta o por remisión, resulta pertinente que nos detengamos un momento en ella y en las alternativas a la misma. La utilización de normas de remisión en la tipificación de las infracciones (o en la determinación de las sanciones) no vulnera el principio de legalidad dentro de los límites analizados. Como ha señalado en otras ocasiones el TC, si es posible prever con suficiente grado de certeza y precisión las infracciones y las sanciones correspondientes no se vulnera el mandato de determinación, por lo que estamos más bien ante un problema de técnica legislativa. Pero aunque la utilización de la técnica de la remisión sea constitucionalmente admisible, no es en modo alguno la única viable: ni siquiera es la que ofrece mayor seguridad jurídica al ciudadano, ni la que resulta más eficaz desde el punto de vista

de la política sancionadora. Pues frente a ella, la única alternativa posible y viable no es, como a veces se ha señalado, la reproducción, en el apartado de infracciones y sanciones, de los mandatos y prohibiciones ya contenidos en otra parte del mismo texto, con la advertencia añadida de que su contravención constituye infracción y que será objeto de una determinada sanción. Estas no son las dos únicas formas posibles de proceder, pues hay otra tan simple y tradicional como la siguiente: advertir o indicar inmediatamente después de cada mandato o prohibición que su incumplimiento será objeto de una determinada sanción, que era precisamente la técnica que utilizaba el viejo Código de la Circulación de 1934.

Esta forma directa de tipificar las infracciones y determinar las sanciones ofrece, en efecto, una mayor seguridad jurídica al ciudadano, al que se le exige de realizar una auténtica exploración y búsqueda por el articulado de la ley u ordenanza o incluso, cuando la remisión es a otras normas distintas, por el resto del ordenamiento, para conocer el ámbito de lo prohibido y las consecuencias jurídicas que acarrea su trasgresión. Puede resultar, además, mucho más eficaz desde el punto de vista de la política sancionadora. En primer lugar, porque con ella el legislador selecciona (o debiera seleccionar) los comportamientos que verdaderamente merecen un reproche sancionador, mientras que con la remisión, en su afán por evitar la omisión de algún comportamiento merecedor de sanción, todo se califica de infracción. El ciudadano, en segundo lugar, sabe de forma inmediata que el mandato o prohibición que establece cada norma lleva aparejada una amenaza de sanción, es decir, el mensaje prescriptivo y el mensaje sancionador aparecen conjuntamente y así son interiorizados por el destinatario de la norma. Con la remisión, por el contrario, ambos mensajes se escinden, y aunque el ciudadano, cuando se enfrenta a una norma prescriptiva, puede intuir que su mandato o prohibición llevará aparejada alguna sanción, para tener un conocimiento exacto de ello debe examinar el resto de la norma cuando no de una parte considerable del ordenamiento.

2. El incumplimiento del deber de identificar al conductor

a) Una de las infracciones que mayores problemas está ocasionando en el ámbito municipal es el incumplimiento por parte del titular del vehículo del deber de identificar al conductor, deber que prevé el art. 72.3 LTSV a tenor del cual: «El titular o arrendatario del vehículo con el que se haya cometido la infracción, debidamente requerido para ello, tiene el deber de identificar *verazmente* al conductor responsable de la infracción. Si incumpliera esta obligación en el trámite procedimental oportuno, sin causa justificada, será sancionado pecuniariamente como autor de la infracción muy grave prevista en el art. 65.5.i)». Los problemas que dicho deber de identificación genera en el ámbito urbano se deben a que la infracción de tráfico por excelencia en dicho ámbito es el estacionamiento indebido, lo que implica que el infractor, en la mayoría de los casos, no está presente en el momento en que se formula la denuncia y hay que requerir al titular del vehículo para que identifique al conductor. También hay que tener en cuenta,

Ordenación del tráfico de vehículos y personas

407

además, las infracciones de las que se tiene conocimiento a través de medios de captación y reproducción de imágenes (cada vez más abundantes en los grandes municipios), como aquellas otras que las presencia el agente de la autoridad pero la detención del vehículo no se produce en el acto por razones de intensidad de la circulación, factores meteorológicos adversos, etc. (art. 77.1 LTSV).

Esta circunstancia fue puesta de manifiesto por la ponencia que, con el título «La reforma del procedimiento administrativo sancionador en materia de tráfico. Una visión desde la gestión local», presentó J. REY SEGURA (Jefe del Departamento de Recursos de Multas de Circulación de la Dirección General de Movilidad del ayuntamiento de Madrid) en el *I Foro Nacional de Derecho de la Circulación*, ya referido. En ella se ponía de manifiesto que en 2007 se efectuaron 4.347.887 denuncias de tráfico. Los agentes de la autoridad formularon alrededor del 30 por 100, de las cuales sólo el 7,28 por 100 fueron notificadas en el acto. El 70 por 100 restante son denuncias voluntarias que formulan los empleados de la empresa que prestan el Servicio de Estacionamiento Regulado (SER), que lógicamente no se notifican en el acto. En 2008, el número de denuncias, según los datos facilitados por el propio ayuntamiento, se ha reducido a 3.639.234. Pero de las realizadas por la Policía Municipal sólo un 7,70 por 100 se han realizado en el acto (en concreto 51.862), mientras que de las realizadas por los Agentes de Movilidad se notificaron en el acto el 8,32 por 100 (28.407). Lo que significa que de esos 3.639.234 de denuncias, sólo se notificaron en el acto menos de 80.000; el resto requirieron la identificación por parte del titular del vehículo del conductor infractor.

b) Ante la inevitable picaresca que dicho deber genera, el ayuntamiento de Madrid ha exigido la aportación del número del permiso de conducción del responsable, pero la STC 111/2004 consideró que no se podía sancionar al titular del vehículo si no se aportaba esa información por cuanto que dicho incumplimiento no se puede subsumir en el correspondiente tipo de infracción. Ese mismo ayuntamiento ha exigido más recientemente la necesidad de que el titular del vehículo aporte pruebas que demuestren que el conductor residente en el extranjero que identifica como responsable de la infracción (práctica ésta muy habitual) ha estado realmente en la ciudad en el momento de cometerse la infracción. Esto último fue admitido por algún Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, en concreto por el núm. 1 de Madrid en su Sentencia de 11 de febrero de ese año, pues aunque en la generalidad de los casos puede ser suficiente para cumplir la exigencia de identificar verazmente al conductor facilitar su identidad, «en otros, como el que nos ocupa, en el que se imputa la infracción a una persona residente en el extranjero, el deber probatorio —pues, en definitiva, de eso se trata con la obligación normativa— debe extenderse, junto a la información sobre la identidad, a acreditar, al menos indiciariamente, que la comisión del hecho imputado fue posible porque dicha persona se encontraba en esa fecha en el lugar de la comisión, lo que no constituye ni una prueba diabólica, ni imposible; basta con una copia del pasaporte o visado, en su caso, incluso de un documento bancario de cambio de moneda, en fin, por cualquier medio».

c) Pero el TC, en su Sentencia 54/2008, no lo ha entendido así en ese mismo supuesto, en el que ciertamente el titular del vehículo parece que cumple perfectamente

los requisitos de identificación que la LTSV exige. El ayuntamiento de Madrid, en efecto, notificó al demandante de amparo la denuncia de que un vehículo de su propiedad se encontraba estacionado sin distintivo que lo autorizara en lugar habilitado para el estacionamiento con limitación horaria (zona SER), informándole que, de no ser el conductor responsable de la infracción, estaba obligado a identificar a la persona que lo conducía, a cuyo efecto debía cumplimentar el apartado correspondiente del escrito remitido, con la advertencia de que ante la omisión de cualquiera de los datos requeridos, por ser imprescindibles para la inequívoca identificación del conductor, incurriría en la responsabilidad prevista en el art. 72.3 LSV como autor de una infracción muy grave sancionada con 301 euros. El demandante de amparo cumplimentó todos los espacios del apartado referido a la persona que conducía el vehículo, un ciudadano de nacionalidad francesa, residente en Francia, aportando su nombre y dos apellidos, su número de permiso de conducir, su domicilio, población, provincia y código postal. Pero el ayuntamiento le requirió para que aportase también fotocopia del permiso de conducir, así como prueba acreditativa de que el conductor identificado era el que conducía el vehículo en el momento de la denuncia. El demandante de amparo en sus escrito de alegaciones manifestó que le había solicitado fotocopia de la autorización administrativa para conducir, pero que se había negado a ello por tratarse de un documento personal, si bien le había comunicado que reconocía la infracción cometida y que estaba dispuesto a hacer frente al pago de la multa en cuanto fuese requerido por el ayuntamiento.

El ayuntamiento de Madrid, sin embargo, incoó expediente sancionador al titular del vehículo por considerar que los datos aportados eran insuficientes para considerar cumplido el deber que al titular impone el art. 72.3 LSV. El titular presentó alegaciones negando que hubiera incumplido la obligación de identificar al conductor del vehículo, pues había facilitado todos los datos para su identificación; que, por las razones ya expuestas, no podía aportar copia del permiso de conducir del conductor; y que, según había podido constatar tras ponerse en contacto con éste, el ayuntamiento no se había dirigido al conductor para notificarle la supuesta infracción de tráfico. El ayuntamiento, por Resolución de 16 de junio de 2004, impuso al demandante de amparo una sanción de 301 euros por incumplir la obligación de identificar en tiempo y forma al conductor responsable de la infracción, ya que, «no sólo no ha acreditado que la persona identificada como conductor (no residente en el territorio nacional) era la que conducía el vehículo, ni siquiera ha demostrado que estuviese en esta capital el día de la denuncia, de forma que la información en su momento facilitada no se ajusta a las exigencias legales que de forma concreta e inequívoca imponen el deber de identificar al conductor responsable».

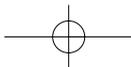
El demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución, que fue desestimado por la Sentencia núm. 66/2005, de 11 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Madrid, a la que nos hemos referido más arriba. Contra ella recurre en amparo ante el TC alegando la vulneración del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE). Hay que tener en cuenta que la redacción del art. 72.3 LTSV en el momento de producirse los hechos difería lige-

Ordenación del tráfico de vehículos y personas

409

ramente de la actual (introducida por la Ley 17/2005), pues disponía que: «El titular del vehículo, debidamente requerido para ello, tiene el deber de identificar al conductor responsable de la infracción y si incumpliere esta obligación en el trámite procedimental oportuno sin causa justificada, será sancionado pecuniariamente como autor de falta grave, cuya sanción se impondrá en su máxima cuantía. En los mismos términos responderá el titular del vehículo cuando no sea posible notificar la denuncia del conductor que aquél identifique, por causa imputable a dicho titular».

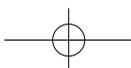
El TC considera que «no existe en el expediente administrativo constancia de actuación por parte de la Administración tendente a comunicar con quien el demandante de amparo identificó como conductor responsable de la infracción, del que aportó el nombre, los dos apellidos, el número de permiso de conducir y su domicilio, ni, en consecuencia, que hubiera resultado frustrado el intento de comunicación con dicha persona a pesar de los datos facilitados por el recurrente en amparo. Las circunstancias concurrentes en este caso, de un lado, la identificación por parte del demandante de amparo de la persona que conducía su vehículo en el momento de la infracción en los términos en los que la ha llevado a cabo, y, de otro lado, la inactividad administrativa en orden a comunicar con la persona identificada, ponen de manifiesto que la motivación de las resoluciones administrativa y judicial impugnadas, al exigir al recurrente que acreditase la presencia en Madrid del conductor de su vehículo en las fechas en las que se cometió la infracción, así como que era en realidad el conductor, no responde a una argumentación lógica ni razonable que permita subsumir la conducta del recurrente en el tipo aplicado. En efecto, ni la norma exigía expresamente que se facilitaran estos concretos datos, aun tratándose de una persona residente en el extranjero, ni, conforme al modelo de argumentación aceptados en la comunidad jurídica, cabe extraer tal exigencia de la misma, una vez que se había indicado a la Administración el nombre, los dos apellidos, el número de permiso de conducir y el domicilio del conductor, lo que, en principio y sin que las circunstancias concurrentes permitan presumir otra cosa, dada la inactividad de la Administración, parece, por una parte, que supone una respuesta congruente con el deber de identificar a una persona impuesto por el art. 72.3 LSV y, por otra, que es suficiente con la finalidad de la exigencia legal, que es la de permitir a la Administración dirigir eventualmente contra esa persona un procedimiento sancionador (STC 197/1995, FJ 7)». Considera el TC, siguiendo la tesis del Ministerio Fiscal, que «en este caso la actuación del recurrente en amparo ha sido congruente, en principio, con la obligación legal de identificar al conductor supuestamente responsable de la infracción de tráfico, y la inactividad de la Administración, que ni siquiera ha intentado dirigir el procedimiento sancionador contra éste, no hace sino abundar en lo irrazonable que resultaría a tenor del art. 72.3 LSV imputar al titular del vehículo que no se dirija el procedimiento sancionador por dicha infracción contra la persona que ha identificado como conductor, sin que pueda inferirse en modo alguno de aquel precepto legal un distinto régimen en la obligación de identificar al conductor responsable de la infracción en función de que resida o no en el extranjero. Aunque esta última circunstancia —la residencia del conductor identificado en el extranjero— supone ciertamente un esfuerzo adicional para la

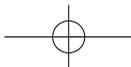


Administración al tener que cursar la notificación del expediente sancionador en el extranjero, no puede soslayarse este inconveniente en el caso que nos ocupa, en el cual el que la persona identificada como conductor reside en Francia, con la directa imputación al titular del vehículo del incumplimiento del deber legal de identificar al conductor responsable de la infracción de tráfico sin que por la Administración se hubiera desplegado la más mínima actividad tendente a aquella notificación».

Por ello, concluye el TC, «ni en la resolución administrativa sancionadora ni en la sentencia que la confirma cabe discernir un fundamento razonable para subsumir en este caso la conducta del recurrente en amparo —la falta de acreditación de que quien identificó como conductor de su vehículo se encontraba en Madrid en la fecha de comisión de la infracción y que era quien realmente lo conducía— en la infracción tipificada en el art. 72.3 LSV por la que ha resultado sancionado, lo que revela en este caso una aplicación extensiva de la norma contraria al principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE)».

d) Esta misma infracción de no identificar al conductor ha dado lugar a que algunas resoluciones de los municipios hayan sido anuladas por infringir el deber de motivación y el principio de proporcionalidad en la imposición de la correspondiente sanción. Así, por ejemplo, la Sentencia 20/2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Salamanca, de 28 de enero de 2008, resuelve un recurso interpuesto contra la resolución del ayuntamiento de Medina del Campo por la que se imponía al titular de un vehículo una multa de 1.500 euros por no identificar al conductor responsable de la infracción. Junto a otros motivos que son desestimados, el recurrente esgrime la falta de motivación de la resolución, pues se limita a fijar el hecho y la correlativa imposición de la sanción sin razonamiento de ningún tipo, y la infracción del principio de proporcionalidad, pues se impone la sanción que el tipo prevé en su grado máximo (de 301 a 1.500 euros, de acuerdo con el art. 67.2 LTSV). El Juzgado considera que aunque la resolución es sucinta y breve, al utilizarse modelos estereotipados, cumple el mínimo de motivación exigido en cuanto a la fijación de los hechos que motivan la sanción, expresando la infracción cometida, el sujeto infractor, el tipo infringido y la sanción impuesta, conociendo de sobra la recurrente los hechos por los que se les ha sancionado. Sin embargo, señala el Juzgado, «teniendo en cuenta que no aparece en la resolución impugnada ninguna motivación o fundamentación que exprese la razón que ha llevado a la autoridad administrativa a imponer a la recurrente la sanción en su grado máximo de 1.500 euros, no expresándose en la resolución cuáles sean las circunstancias que han motivado aplicar ese grado máximo, [...] se entiende que tal falta de motivación en cuanto a la graduación de la sanción origina indefensión a la recurrente, que se la ha impedido combatir los criterios en que se basa la Administración para imponer aquella sanción, por desconocer los mismos, lo cual impide también el control judicial [...], resultando preciso en estos casos que la Administración exprese las concretas razones por las que decide imponer el referido grado máximo ponderando las circunstancias concurrentes». Por todo ello, el Juzgado anula parcialmente la resolución recurrida y rebaja la sanción impuesta a la mínima legal de 301 euros.





Ordenación del tráfico de vehículos y personas

411

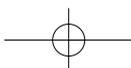
e) El proyecto de Ley por el que se modifica la LTSV (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 12-1 de 5 de diciembre de 2008) es consciente de la problemática que encierra la infracción de no identificar al conductor responsable, por lo que modifica sustancialmente este tipo de infracción y la sanción, hoy insuficiente en términos preventivos, que acarrea su comisión. Dicho Proyecto introduce un nuevo art. 9 bis donde se establece la obligación del titular del vehículo de: «a) Facilitar a la Administración la identificación del conductor del vehículo en el momento de ser cometida una infracción. Los datos facilitados deben incluir el número del permiso o licencia de conducción que permita la identificación en el Registro de Conductores e Infractores. Si el conductor no figura inscrito en el Registro de Conductores e Infractores, el titular deberá disponer de copia de la autorización administrativa que le habilite a conducir en España y facilitarla a la Administración cuando le sea requerida. b) Impedir que el vehículo sea conducido por quien carezca de la autorización administrativa correspondiente». El precepto precisa que el titular podrá comunicar al Registro de Vehículos de la Dirección General de Tráfico «el conductor habitual del mismo en los términos establecidos en el apartado 1 bis del Anexo I» (que señala que conductor habitual es la persona que contando con permiso o licencia de conducción ha sido designada por el titular del vehículo, previo su consentimiento, por ser aquella que de manera usual o con mayor frecuencia conduce dicho vehículo), en cuyo caso «el titular quedará exonerado de las obligaciones anteriores, que se trasladarán al conductor habitual». Por su parte el art. 65.5.i) tipifica el incumplimiento por el titular o arrendatario de identificar verazmente al conductor responsable de la infracción como infracción muy grave.

En la actualidad la sanción por la comisión de esa infracción es sólo de tipo pecuniario (de 301 a 1.500 euros) según el art. 67.2 de la LTSV. Esa circunstancia, unida a que lo habitual es que se imponga la sanción en su grado mínimo, lleva a que la mayoría de las personas no identifiquen o lo hagan mal, pues en este caso la sanción es menor ya que la que corresponde por la infracción realmente cometida por el conductor suele llevar aparejada la suspensión del permiso y la pérdida de puntos. Consciente de ello, el Proyecto de Ley de reforma de la LTSV prevé ahora que la multa por dicha infracción será el doble de la prevista por la infracción originaria que la motivó, si es leve, y el triple, si la infracción es grave o muy grave. Si es muy grave, además, se impondrá la suspensión del permiso de circulación del vehículo por un periodo de dos meses [art. 67.3.a)].

V. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. El problema del domicilio de las notificaciones: notificación edictal y derecho de defensa

a) El domicilio de las notificaciones de las actuaciones y resoluciones sancionadoras constituye otro de los graves problemas con los que se enfrentan los gestores municipales, fundamentalmente en los grandes municipios. El verdadero «talón de Aquiles» en



la gestión de las multas, según manifiesta J. REY SEGURA en su ponencia al *I Foro Nacional de Derecho de la Circulación*. En el año 2008 han sido varios los pronunciamientos jurisprudenciales, sobre todo del TC, que se han ocupado de esta espinosa cuestión, generalmente con resoluciones condenando el actuar de la Administración Municipal.

Conviene recordar que el art. 78 de la LTSV dispone al respecto lo siguiente: «A efectos de notificaciones, se considerará domicilio del conductor y del titular del vehículo aquel que los interesados hayan expresamente indicado y, en su defecto, el que figure en los Registros de Conductores e Infractores, y en el de Vehículos, respectivamente. Tanto los titulares de vehículos como de permisos para conducir están obligados a comunicar los cambios de domicilio». El incumplimiento de esta última obligación no se tipifica expresamente como infracción grave o muy grave, por lo que debe entenderse que constituye una infracción leve en virtud de lo dispuesto por el art. 65.3 LTSV: «Son infracciones leves las cometidas contra las normas contenidas en esta Ley y en los Reglamentos que la desarrollen que no se califiquen expresamente como graves o muy graves en los apartados siguientes». Sin embargo, se trata de una infracción que ni siquiera se suele sancionar, por lo que, como vamos a ver, dada la jurisprudencia en la materia, la relevancia del precepto es más bien escasa.

Algunas sentencias de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, anuladas en 2008 por el TC, han considerado ajustada a Derecho la notificación edictal cuando la personal no ha sido posible en el domicilio que consta en los Registros de Tráfico. Es el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 23 de Madrid, de 21 de octubre de 2004, que desestimó el recurso interpuesto contra varias sanciones del ayuntamiento de Madrid argumentando que la notificación edictal llevada a cabo por éste fue correcta, ya que se intentaron realizar todas las notificaciones personales en el domicilio que figura en el Registro de Vehículos, existiendo una obligación establecida por ley de comunicar los cambios de domicilio a dicho Registro, lo que no se efectuó por el recurrente en el presente caso. En opinión del Juzgado, el ayuntamiento de Madrid cumplió con la obligación formal de dirigir las diversas notificaciones a que daban lugar los procedimientos sancionadores al domicilio de la empresa recurrente que consta en el Registro de Vehículos, siendo dicha empresa la que incumplió su obligación, como titular del vehículo, de notificar a dicho Registro el cambio de domicilio.

b) Pero según la jurisprudencia constitucional vulnera el derecho de defensa el intento de notificación en el domicilio que consta en los Registros de Tráfico pero se conocen (o pueden conocer) otros donde se notifica la providencia de apremio.

La STC 32/2008, que resuelve un recurso de amparo contra la referida Sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 23 de Madrid, señala que los derechos de defensa y a ser informado de la acusación en el procedimiento administrativo sancionador que derivan del art. 24 de la Constitución requieren que el «implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma

Ordenación del tráfico de vehículos y personas

413

de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar a lo que su derecho convenga», razón por la cual debe intentarse el emplazamiento o citación personal siempre que sea factible, de modo el emplazamiento edictal constituye «un remedio último de carácter supletorio y excepcional, que requiere el agotamiento previo de las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma». Más concretamente aún, en lo que se refiere a la notificación edictal de las personas jurídicas (en el caso concreto se había impuesto a una empresa sanciones por valor superior a 9.000 euros por no identificar al conductor responsable de la infracción) en los procedimientos sancionadores en materia de tráfico, el TC recuerda que ya tiene establecido que «incluso en los casos en que resulte frustrada la posibilidad de notificación personal en el domicilio que figure en el Registro de Vehículos, corresponde a la diligencia mínima exigible a la Administración sancionadora, antes de acudir a la vía edictal, el intentar la notificación en el domicilio social que aparezca inscrito en el Registro Mercantil y al que, con la mayor normalidad, se dirigen después las actuaciones en vía ejecutiva administrativa». En el caso planteado, las notificaciones personales se remitieron al domicilio que constaba en el Registro de vehículos, pero el mismo ya no era del de la empresa, quien ya tenía un domicilio social distinto, desde hacía más de dos años, que constaba en el Registro Mercantil y en los censos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, y al que se dirigieron las providencias de apremio.

El TC entiende que, aunque el ayuntamiento cumplió la obligación formal de dirigir las notificaciones al domicilio que constaba en el Registro de vehículos, «una vez frustradas las posibilidades de notificación personal a la entidad recurrente por ser ignorado su paradero en ese domicilio, la Administración sancionadora no podía limitarse a proceder a la notificación edictal sin desplegar una mínima actividad indagatoria en oficinas y registros públicos para intentar determinar un domicilio alternativo en que pudiera ser notificada personalmente. Ello le hubiera llevado, sin mayor esfuerzo, a una correcta determinación del domicilio social de la recurrente, tal como se verifica con aparente normalidad con la que en vía de ejecución se accedió a dichos datos para la notificación de la providencia de apremio». Razón por la cual declara la nulidad de las sanciones impuestas y de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 24 de Madrid.

c) La reciente STC 128/2008, de 27 de octubre, vuelve a reiterar su jurisprudencia sobre la vulneración del derecho de defensa cuando la Administración notifica la comisión de una infracción en el domicilio que consta en el Registro de conductores o de vehículos (art. 78 LTSV) cuando la Administración conoce o tiene posibilidad de conocer el domicilio real del infractor.

En este caso, el ayuntamiento de Granada había intentado la notificación de un requerimiento para que el titular del vehículo con el que se había cometido la infracción identificara al conductor al domicilio que constaba en el Registro de vehículos, pero la

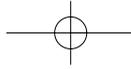
misma fue devuelta haciéndose constar, incluso, que la dirección era incorrecta por cuanto que el número no existía. Tras ello se inició contra el titular un procedimiento sancionador por no identificar al conductor, cuya notificación se intentó por dos veces en dicho domicilio, siendo devuelta en ambos casos con la indicación de que el domicilio era desconocido, lo que provocó la notificación edictal. Tras los trámites pertinentes se dictó providencia de apremio que se notificó en otro domicilio, el que realmente tenía el denunciado. Éste recurrió alegando indefensión, pero el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Granada desestimó su recurso contencioso-administrativo. El TC, sin embargo, en la referida sentencia otorga el amparo solicitado.

El TC, en línea con su jurisprudencia anterior (SSTC 226/2007, 32/2008, entre otras), recuerda que: «por lo que se refiere a supuestos de notificación edictal en procedimientos sancionadores en materia de Tráfico este Tribunal ya ha puesto de manifiesto que, incluso en los casos en que resulte frustrada la posibilidad de notificación personal en el domicilio que figure en el Registro de vehículos, corresponde a la diligencia mínima exigible a la Administración sancionadora, antes de acudir a la vía edictal, el intentar la notificación en el domicilio que aparezca en otros registros públicos y al que, con la mayor normalidad, se dirigen después las actuaciones en vía ejecutiva administrativa». En el presente caso, dice el TC, «si bien el ayuntamiento de Granada procedió a realizar las diversas notificaciones dentro del procedimiento sancionador en el domicilio del recurrente que figuraba en el Registro de vehículos, sin embargo, más allá de ello, una vez frustradas las posibilidades de notificación personal, la Administración sancionadora no podía limitarse a proceder a la notificación edictal sin desplegar una mínima actividad indagatoria en oficinas y registros públicos para intentar determinar un domicilio de notificaciones alternativo en que pudiera ser notificada personalmente. Ello le hubiera llevado, sin mayor esfuerzo, a una correcta determinación del domicilio del recurrente, tal como se verifica con la aparente normalidad con la que en vía de ejecución se accedió a dichos datos para la notificación de la providencia de apremio».

2. El nuevo régimen de notificaciones en el proyecto de reforma de la LTSV

El Proyecto de Ley de reforma de la LTSV introduce un cambio radical en materia de notificaciones que, al apartarse tan abiertamente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, incluye en ésta una nueva disposición octava bis del siguiente tenor: «Los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones por infracciones en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, se registrarán por lo dispuesto en su legislación específica y, supletoriamente, por lo dispuesto en esta Ley».

El proyecto de reforma crea el domicilio y dirección electrónica vial (DEV) y el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA). El proyecto, en efecto, introduce un art. 59 bis, en el que se reitera la obligación de todo titular de una autorización adminis-



Ordenación del tráfico de vehículos y personas

415

trativa para conducir (permiso de conducción) o circular (permiso de circulación) de comunicar su domicilio a los Registros de la Dirección General de Tráfico, domicilio en el que se efectuarán las notificaciones, añadiendo que «los ayuntamientos y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria podrán comunicar a la Dirección General de Tráfico los nuevos domicilios de que tengan constancia». Pero el precepto añade que «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la Dirección General de Tráfico asignará además a todo titular de una autorización administrativa de circulación de vehículo, y con carácter previo a su obtención una dirección electrónica vial (DEV). Esta dirección se asignará automáticamente a todas las autorizaciones de que disponga su titular en los Registros de Vehículos y de Conductores». La dirección se asignará también al arrendatario a largo plazo. Ahora bien, si el titular de la autorización es una persona física sólo se le asignará una dirección electrónica vial cuando lo solicite voluntariamente, en cuyo caso todas las notificaciones se practicarán en dicha dirección. En dicha dirección se practicarán, también, todos los avisos e incidencias relacionadas con las autorizaciones administrativas previstas en la LTSV.

Según el nuevo art. 77 las notificaciones a que dé lugar el procedimiento administrativo sancionador se realizarán en la dirección electrónica vial, pero si el denunciado no la tuviere se llevará a cabo en el domicilio que haya indicado o en el que figure en los Registros de la Dirección General de Tráfico. El sistema de notificación en la DEV permitirá acreditar la fecha y hora en la que se produzca la puesta a disposición del denunciado del acto objeto de notificación, así como el acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada. Cuando exista constancia de la recepción de la notificación en dicha dirección y transcurran diez días sin que se acceda a su contenido, se entenderá que ha sido rechazada, salvo que de oficio o a instancia del interesado se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo, se hará constar, dándose por no practicada. Si está el interesado y la rechaza, se tendrá por efectuado el trámite continuándose el procedimiento.

Las notificaciones que no puedan efectuarse en la DEV o en el domicilio indicado se practicarán en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA). Pasados quince días desde que la notificación se hubiese publicado se entenderá que ha sido practicada, dándose por cumplido dicho trámite y continuándose el procedimiento. La gestión de dicho Tablón corresponde a la Dirección General de Tráfico y la práctica de la notificación en el mismo se realizará en los términos que determine una Orden del Ministerio del Interior.

El Proyecto de Ley prevé una disposición transitoria para los municipios. Así la disposición transitoria segunda, párrafo 2, señala que: «Las Administraciones locales con competencias en materia de tráfico [los municipios] vendrán obligadas a efectuar las notificaciones telemáticas a la dirección electrónica vial en el plazo de dos años a

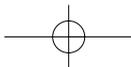
partir de la entrada en vigor de la presente ley. Durante ese plazo de tiempo, los titulares de vehículos aunque tengan asignada una dirección electrónica vial (DEV) podrán seguir recibiendo en su domicilio, conforme a lo dispuesto en el art. 59 bis.1, las notificaciones practicadas por las Administraciones locales con competencias en materia de tráfico».

3. Plazo de caducidad del procedimiento administrativo sancionador

Paradójicamente también ha planteado problemas el plazo de caducidad establecido en la normativa reguladora del tráfico. Como es sabido, el art. 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa de los procedimientos será el que fije la norma reguladora del mismo. Si no se fija plazo, se prevé uno supletorio de tres meses. Si el plazo se quiere que sea mayor de seis meses debe preverlo expresamente una norma con rango de ley o exigirlo así la normativa comunitaria europea. La redacción originaria de la LTSV preveía un plazo para resolver y notificar los procedimientos sancionadores en dicho ámbito de seis meses, pero el art. 82 donde se preveía fue modificado por la Ley 19/2001 y amplió el plazo a un año.

El ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife impuso una sanción de tráfico de 210,35 euros por estacionar un vehículo obstaculizando gravemente la circulación, pero el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santa Cruz declaró su nulidad por haber sido impuesta tras haber transcurrido más de seis meses (pero menos de un año). El ayuntamiento interpuso ante el TS recurso de casación en interés de ley interesando como doctrina legal que la caducidad del procedimiento en materia de tráfico se produce por el transcurso de un año y no de seis meses como declara la sentencia recurrida. Aunque el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal se oponen a la estimación del recurso por considerar que la doctrina es errónea pero de ella no se derivan graves daños para el interés general (no se trata de una actuación repetida, sino de un caso aislado), el TS estima el recurso al considerar que sí concurre tal presupuesto: «la doctrina —dice el Tribunal— es gravemente dañosa para el interés general por contravenir la aplicación de las normas que prescribe el Código Civil y reducir *contra legem* el plazo de caducidad establecido para los procedimientos sancionadores en materia de tráfico, y esas circunstancias, abonadas tanto por la evidente, cierta y adecuada preocupación que en materia de circulación de vehículos y de sus consecuencias existe, como por el hecho de que para esa materia tenga atribuida la competencia los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, que es el órgano jurisdiccional que dictó la resolución aquí impugnada». En consecuencia procede estimar el recurso y fijar como doctrina legal la siguiente:

«Conforme al art. 82 del Real Decreto Legislativo 339/1990, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad



Ordenación del tráfico de vehículos y personas

417

Vial, en su redacción dada por la Ley 19/2001, en el procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial se produce la caducidad si no hubiera recaído resolución sancionadora transcurrido un año desde la iniciación del procedimiento».

VI. INMOVILIZACIÓN Y RETIRADA DE VEHÍCULOS

1. Las ordenanzas fiscales regulando la tasa por la adopción de tales medidas

Otras de las importantes competencias que ejercen los municipios en materia de tráfico rodado es la inmovilización y retirada de vehículos. El art. 7 de la LTSV dispone en su letra c) que corresponde a los municipios:

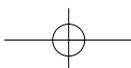
«La inmovilización de los vehículos en vías urbanas cuando no se hallen provistos de título que habilite el estacionamiento en zonas limitadas en tiempo o excedan de la autorización concedida hasta que se logre la identificación de su conductor.

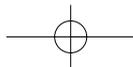
La retirada de los vehículos de las vías urbanas y el posterior depósito de aquéllos cuando obstaculicen o dificulten la circulación o supongan un peligro para ésta o se encuentren incorrectamente aparcados en las zonas de estacionamiento restringido, en las condiciones previstas para la inmovilización en este mismo artículo.

Igualmente la retirada de vehículos en las vías interurbanas y el posterior depósito de éstos, en los casos y condiciones que reglamentariamente se determinen».

Los arts. 71 y 72 de la LTSV prevén con carácter general los supuestos en los cuales procede la adopción de unas y otras medidas respectivamente. Los arts. 21 y 22 de la Ley de régimen especial de Barcelona y el art. 41 de la Ley de capitalidad y régimen especial de Madrid prevén algunos supuestos adicionales a los previstos con carácter general en tales supuestos.

Durante el año 2008 no se han realizado reformas normativas de importancia que modifiquen el régimen de tales medidas. Lo que los municipios han hecho es aprobar o modificar (actualizando las tasas) las distintas Ordenanzas fiscales por las que se regulan las tasas por la prestación del servicio de inmovilización y retirada de vehículos de las vías urbanas. Pueden citarse algunos ejemplos: *aprobación de la ordenanza fiscal del ayuntamiento de Sevilla (aprobación por el Pleno el día 19 de diciembre de 2008, y que entrará en vigor el 1 de enero de 2009); aprobación de la Ordenanza del ayuntamiento de Granada (publicada en el Boletín Oficial de la Provincia núm. 250, de 31 de diciembre de 2008); aprobación de la Ordenanza fiscal de A Coruña (aprobada por el Pleno Municipal del día 19 de diciembre de 2008, con efectos a partir del 1 de enero de 2009); modificación de la Ordenanza de la tasa por retirada de vehículo del ayuntamiento de Madrid de 9 de octubre de 2001 (Acuerdo del Pleno de 22 de diciembre de 2008); modificación del Anexo de la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por de retirada y depósito de vehículos del ayuntamiento de San Sebastián (Acuerdo del Pleno de 31 de octubre de 2008; Boletín Oficial de Guipúzcoa de 26 de diciembre de 2008); etc.*



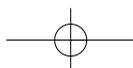


2. Las modificaciones en el proyecto de Ley de reforma de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial

En cualquier caso, el Proyecto de Ley de reforma de la LTSV, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 5 de diciembre de 2008, sí que introduce algunas novedades que, de prosperar (se habla de que la Ley entrará en vigor antes del verano de 2009), incidirán en las actuales competencias municipales en la materia, pues se introducen algunos supuestos nuevos de inmovilización y retirada y depósito, y se prevé una discutible medida de prohibición de uso del vehículo en determinados supuestos.

Junto a los actuales supuestos de inmovilización (riesgo grave para la circulación, las personas o los bienes; negativa a efectuar las pruebas de alcoholemia o de detección de sustancias estupefacientes o similares; no hallarse provisto del correspondiente seguro obligatorio; carencia de título en las zonas de estacionamiento con limitación horaria o exceso en el tiempo; contaminación excesiva; reformas de importancia no autorizadas; exceso en los tiempos de conducción o minoración de los tiempos de descanso; ocupación en más de un 50 por 100 del vehículo; circulación sin autorización válida; incumplimiento de la ITV; infractor que no acredita su residencia habitual en España y no garantiza el importe de la sanción), se incluyen otros nuevos supuestos. En concreto, la inmovilización también procede cuando: el conductor o pasajero no hacen uso del casco de protección siendo obligatorio; existan indicios racionales que pongan de manifiesto la posible manipulación en los instrumentos de control; se detecte que el vehículo está dotado de mecanismos o sistemas encaminados a eludir la vigilancia de los Agentes de tráfico y de los medios de control a través de captación de imágenes; cometida una infracción se compruebe que el denunciado no ha abonado dos o más sanciones por infracciones graves o muy graves firmes en vía administrativa; se produzca el incumplimiento de la prohibición de uso del vehículo previsto en el art. 87 (al que luego aludiremos).

La retirada y depósito sufre menos cambios. En la actualidad procede en los siguientes casos: peligro y graves perturbaciones a la circulación; cuando se deteriore el patrimonio público y también cuando pueda presumirse racionalmente su abandono; en caso de accidente que impida continuar la marcha; cuando haya sido inmovilizado por deficiencias del mismo; cuando se inmoviliza el vehículo y se niega la garantía del pago de la sanción; cuando un vehículo permanezca estacionado en lugares habilitados por la autoridad municipal como de estacionamiento con limitación horaria sin colocar el distintivo que lo autoriza, o cuando se rebase el doble de tiempo abonado conforme a lo establecido en la ordenanza municipal; cuando un vehículo permanezca estacionado en los carriles o partes de las vías reservados exclusivamente para la circulación o para el servicio de determinados usuarios; cuando procediendo legalmente la inmovilización del vehículo no hubiere lugar adecuado para practicar la misma sin obstaculizar la circulación de vehículos o personas; por el incumplimiento de la obligación de suscribir el seguro obligatorio. Como novedad se introduce la posibilidad de retirar el vehículo y depositarlo en el lugar que se designe cuando se inmovilice por las causas previstas en el



Ordenación del tráfico de vehículos y personas

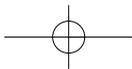
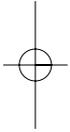
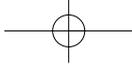
419

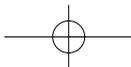
art. 84 (que es el que en el proyecto prevé los supuestos de inmovilización) y no cesen las causas que motivaron la inmovilización.

El proyecto también prevé una importante novedad en orden al pago de los gastos que originan tales medidas. Tales gastos corresponderán no sólo al titular, como ahora establece la ley, sino que podrán corresponder también, según el caso concreto, al arrendatario a largo plazo o al conductor habitual. En la actualidad, los arts. 70.4 y 71.2 prevén como requisito previo a levantar la medida de inmovilización o retirada, respectivamente, el abono de los gastos o la garantía de su pago, pero el proyecto sólo prevé el abono de los mismos (arts. 84.4 y 85.2).

El art. 87 del Proyecto de Ley de modificación de la LTSV prevé una medida hasta ahora desconocida y que, de mantenerse finalmente, puede generar algunos problemas dada su confusa naturaleza jurídica. Según dicho precepto la comisión de una infracción muy grave consistente en exceso de velocidad (no todo exceso, lógicamente, se tipifica como infracción muy grave), conducción habiendo ingerido alcohol por encima de lo permitido o bajo la influencia de estupefacientes, psicotrópicos o estimulantes, negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o detección de tales sustancias o conducción temeraria o circulación en sentido contrario, «implicará la prohibición del uso del vehículo por el infractor en tanto no se dicte la correspondiente resolución sancionadora o no se produzca el abono de la sanción». El incumplimiento de esa obligación, además de la correspondiente sanción, dará lugar a la inmovilización y depósito del vehículo. Dicho precepto se ubica dentro del capítulo IV, relativo a las medidas sancionadoras y otras medidas, del Título V (régimen sancionador), que comienza con el art. 83 en el que, bajo el rótulo de medidas provisionales, se señala en el apartado 1 que los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico, como consecuencia de presuntas infracciones a lo dispuesto en esta ley, podrán adoptar medidas provisionales «en garantía de la seguridad vial». Es decir, que la prohibición de uso del vehículo por el infractor parece configurarse como una medida de garantía de la seguridad vial, ya que no parece que se trate de una medida provisional para asegurar la eficacia de la resolución sancionadora final. Primero, porque dichas medidas, a las que alude el apartado 2 del art. 83, las adopta el «órgano competente que haya ordenado la incoación del procedimiento sancionador»; y segundo, y sobre todo, porque no se ve muy bien cómo puede asegurarse la eficacia de las sanciones con las que puede concluir el procedimiento sancionador mediante la prohibición del uso del vehículo con el que se ha cometido la infracción. Pero es que tampoco queda claro cómo puede garantizarse la seguridad vial, si eso es lo que se persigue, prohibiendo el uso del vehículo con el que se ha cometido la infracción (¿y de otro vehículo distinto?), y ¿por qué sólo está en peligro dicha seguridad hasta que se dicte resolución sancionadora o se produzca el abono de la sanción?

La reforma es de un enorme calado, con novedades importantes que, sin duda, redundarán en la seguridad vial en general, y en el ámbito urbano en particular, pero en su versión originaria plantea algunos interrogantes que esperamos queden despejados a lo largo de su tramitación parlamentaria.





Servicios públicos y actividad económica de los municipios

Julia ORTEGA BERNARDO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid*

Palabras clave: servicios públicos; iniciativa económica; gobierno local

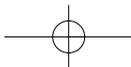
Key words: public services; economic initiative; local government

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES RELATIVAS A LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y A LA DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS CORPORACIONES LOCALES.—1. La necesaria atención al marco que proporciona el Derecho comunitario.—2. La declaración por ley del servicio público frente a la exigencia de un procedimiento administrativo municipal para el ejercicio de una actividad económica.—3. La distinción de las actividades declaradas como servicio público de las simples actividades económicas a efectos de la aplicación del derecho de la competencia.—4. Requisitos de la prestación del servicio público en un ámbito territorial distinto: la prestación de servicios públicos locales con organización jurídico-privada perteneciente a un municipio diferente a aquél en el que se realiza dicha prestación.—III. ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA PARA LA ORDENACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.—IV. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.—1. Gestión mediante sociedad de capital íntegramente público.—2. Gestión indirecta de los servicios públicos.—V. NOVEDADES SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS CORPORACIONES LOCALES EN LOS DISTINTOS SECTORES DE ACTIVIDAD.—1. En la gestión de los residuos urbanos.

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe sobre las cuestiones más relevantes que han tenido lugar a lo largo de 2008 en materia de servicios públicos y actividad económica de los municipios pone de manifiesto, como se expondrá a continuación, que se trata de una materia que sigue siendo objeto de estudio y tratamiento por parte de nuestra doctrina más autorizada, y aunque su litigiosidad ha disminuido, se siguen produciendo pronunciamientos judiciales en torno a los problemas que plantea su implantación y regulación.





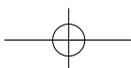
II. CUESTIONES RELATIVAS A LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y A LA DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS CORPORACIONES LOCALES

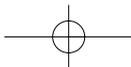
1. La necesaria atención al marco que proporciona el Derecho comunitario

La séptima edición de la fundamental obra de F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, publicada en el año 2008, apuesta por un formato más claro y de lectura más accesible, suprimiendo las notas a pie de página y, por tanto, las referencias bibliográficas, que se pueden consultar en la lista final de autores que este volumen incorpora. El nuevo cambio metodológico y formal permite que la exposición resulte más sencilla —al eliminar los comentarios y las remisiones a autores y a sus opiniones, los cuales, sin duda, presentan mucho interés para el jurista teórico, que puede siempre consultar ediciones anteriores—, y facilita la consulta a los juristas prácticos, a los gestores y técnicos municipales.

Entre las principales novedades de contenido destaca, sin duda, junto a esa tendencia a que la exposición y los razonamientos sean más claros y directos, la necesaria actualización derivada de la constante evolución del Derecho europeo, en relación a cuestiones fundamentales en materia de servicios públicos y actividad económica de las Corporaciones locales. Esta atención al Derecho comunitario se aprecia no sólo por la incorporación de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales —así, por ejemplo, sobre la cuestión de la compatibilidad de las ayudas públicas con el Derecho comunitario en el ámbito del servicio de correos—, o cuando se refieren las últimas novedades legislativas —como la Ley española de 3 de abril de 2007, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones y las empresas públicas—, sino también cuando se toma en consideración el Derecho europeo para reformular las cuestiones clave en el ámbito de los servicios públicos locales. Así, por ejemplo, cuando se refiere a los límites a la competencia de las Comunidades Autónomas para declarar, con base en el art. 128.2 CE, por ley la reserva de recursos y servicios esenciales, junto a las prohibiciones que proceden de la Constitución, también se alude a aquellas que derivan del mismo Derecho comunitario.

Sobre esta cuestión relativa a la conexión entre los servicios públicos locales y el Derecho comunitario se centró el *Seminario Internacional* que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid los días 27 y 28 de noviembre de 2008, en la que se dieron cita profesores de Derecho administrativo de reconocido prestigio, expertos en estas cuestiones, junto con jóvenes investigadores, técnicos de las Administraciones locales y estudiantes de las distintas licenciaturas que se cursan en la facultad. Bajo el título de «Servicios públicos locales en la Unión Europea» el seminario reunió ponencias en las que se llevó a cabo un estudio del impacto del Derecho comunitario, señaladamente, las relativas al Derecho de la competencia y Administración local a cargo del profesor BAÑO LEÓN; o la delimitación de los servicios públicos locales y las prestaciones sociales, en sentido estricto, de los municipios, impartida por el profesor





RODRÍGUEZ DE SANTIAGO; o en la que se abordó, por parte del profesor SENDÍN GARCÍA, la distinción entre servicios públicos y servicios económicos de interés general. En este seminario, la profesora MALARET GARCÍA, experta en estas cuestiones, impartió una ponencia sobre la evolución histórica y al contexto comunitario de las categorías de servicio público y de actividad económica de las Corporaciones locales. Referencias a este ámbito en otros países europeos se tuvieron gracias a las conferencias impartidas por el profesor PIPERATA (Universidad SPISA, de Bolonia), para el caso italiano, y al profesor BIRKINSHAW (Universidad de Hull), en relación con los servicios públicos locales en el Reino Unido.

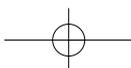
2. La declaración por ley del servicio público frente a la exigencia de un procedimiento administrativo municipal para el ejercicio de una actividad económica

Entre las novedades que introduce el libro sobre *La gestión de los servicios públicos locales* en su séptima edición también se encuentra el planteamiento de una nueva cuestión: la relativa a si resulta de aplicación el procedimiento previsto en el art. 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, para iniciar simples actividades económicas, a los casos en los que se trata de decidir la organización, normalmente en régimen jurídico-privado, de actividades declaradas como servicio público local. El profesor SOSA WAGNER sostiene que sí¹, y de este modo considera acertado el fallo contenido en la STS de 1 de febrero de 2002, que anuló la creación de una sociedad mercantil para la prestación del servicio público de recogida de basuras por no haberse seguido el procedimiento del art. 86.1 en el que quedara acreditada la conveniencia y oportunidad de la medida, y ello «por el carácter excepcional que supone la creación por la entidad local de una empresa sujeta al Derecho mercantil, con la consiguiente sustracción a los principios de Derecho público, cualquiera que sea la significación de las actividades de interés público a que dedique la actividad». Aunque también reconoce este autor que existe jurisprudencia posterior de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en otros casos², en los que de fondo se dirimía la misma cuestión sobre la que se ha pronunciado el TS en sentido contrario.

A pesar de que pueda considerarse que resulta muy conveniente que toda decisión de intervención pública en la economía bajo formas jurídico-privadas, en la medida que puede afectar a la libertad de empresa y de mercado, deba motivarse —como ocurre en

¹ F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, 7.ª ed., pp. 45 y 95 (en relación con la decisión de gestionar el servicio directamente, por medio de la constitución de una entidad pública empresarial local).

² La STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre (Ar. 70235) viene a exonerar del citado procedimiento a un consorcio constituido por la Diputación de Alicante y nueve municipios para la recogida de residuos, por considerar que se trata de un servicio público —aunque sobre todo lo justifica en que el servicio en este caso es de carácter obligatorio—. Asimismo la STSJ de Canarias de 9 de noviembre de 2004 (Ar. 306394) sostiene que no le es aplicable a la prestación municipal del servicio público de suministro de aguas, el expediente previsto en la LRBRL por el que se acredita la conveniencia y oportunidad de la medida.



otros Estados europeos (en Derecho local alemán, se exige la formalización de un expediente que sirva de fundamento a este tipo de decisión municipal)—, creo, como expuse en su momento³, que esta solución jurisprudencial no es correcta. No está prevista en nuestro ordenamiento jurídico la exigencia de un procedimiento que acredite la conveniencia y oportunidad con los mismos trámites cuando se inicia una actividad económica por el municipio, que cuando se adopta una decisión municipal en relación con la forma de organizar la gestión de las actividades consideradas «servicios públicos», bajo cualquiera de las formas jurídicas por las que opte el Pleno [art. 22.2.f) en relación con el art. 85.2 LRBRL], y es que la trascendencia de la decisión no es la misma, si se atiende a la diversa naturaleza y al diferente régimen jurídico de las actividades económicas municipales y de las declaradas servicio público.

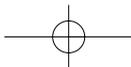
No obstante, esta afirmación de que en nuestro Derecho no se exige un procedimiento para la implantación de un servicio público por parte de los municipios debe ser matizada en relación con lo que disponga en la legislación autonómica aprobada en materia de régimen local. Así, en este punto, ha de tenerse en cuenta, por ejemplo, lo dispuesto en el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, aprobado por Decreto de la Generalidad de Cataluña 179/1995, de 13 de junio. En relación a esta cuestión se pronuncia la STS de 8 de julio de 2008 (Ar. 4323), en un supuesto en el que la Generalidad de Cataluña impugna el funcionamiento *de facto* del servicio de prevención, extinción de incendios y salvamento de un municipio, el cual se había puesto en marcha sin haberse adoptado previamente por el Pleno de la Corporación un acuerdo formal de aprobación del servicio. En este caso el Tribunal Supremo entiende que la actuación de la Administración local puede calificarse como una «vía de hecho», a efectos de la aplicación del art. 30 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. No entra en el fondo del asunto este Tribunal. Al entender que se trata de una cuestión autonómica, objeto de la competencia del Tribunal Superior de Justicia, retrotrae las actuaciones judiciales, para que dicho Tribunal pueda pronunciarse en cuanto al fondo.

3. La distinción de las actividades declaradas como servicio público de las simples actividades económicas a efectos de la aplicación del derecho de la competencia

Sobre la delimitación de las actividades económicas locales con respecto a las actividades que constituyen servicio público a efectos de la aplicación del derecho de la competencia se pronuncia con detenimiento en esta séptima edición de su monografía sobre *La gestión de los servicios públicos locales*, SOSA WAGNER⁴. Concretamente se refiere a esta

³ J. ORTEGA BERNARDO, «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios», *Revista de Administración Pública*, núm. 169, 2006, pp. 55-98.

⁴ F. SOSA WAGNER, 2008, pp. 140-141.



cuestión cuando trata de encontrar solución al problema, que ya se había planteado en anteriores ediciones de su obra, relativo a si se aplican a las sociedades de capital íntegramente local las previsiones contenidas en el derecho de la competencia. Para resolver este interrogante añade a lo ya afirmado en antiguas ediciones, la cita de pronunciamientos posteriores del Tribunal de Defensa de la Competencia y del Tribunal Supremo, e incluso del orden judicial civil, que basan la aplicación del derecho de la competencia en la existencia de una actividad económica que se presta con sujeción a las reglas del mercado. Para ello resulta crucial la distinción entre servicio público y actividad económica en el ámbito local. A este punto también se hizo referencia en el *Anuario de Derecho Municipal de 2007* (pp. 266-268).

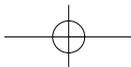
4. Requisitos de la prestación del servicio público en un ámbito territorial distinto: la prestación de servicios públicos locales con organización jurídico-privada perteneciente a un municipio diferente a aquél en el que se realiza dicha prestación

En relación con esta cuestión, cabe apreciar un cambio en las tesis sostenidas por SOSA WAGNER. En la sexta edición de su imprescindible obra sobre la gestión de los servicios públicos locales, consideraba (p. 54) que era perfectamente posible celebrar un convenio de colaboración entre Administraciones públicas, con fundamento en el art. 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local y en el principio de libertad de pactos, en virtud del cual se trasladara la gestión de un servicio público a una empresa cuyas acciones pertenecieran a la Administración local con la que se celebra el convenio. En esta nueva edición, se retoma el problema⁵, haciendo referencia a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y a posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo. En concreto, se citan las sentencias de 22 de abril de 2005 y 27 de abril de 2006, en las que se ratifican las anteriores autonómicas y en las que se desecha ya cualquier valoración positiva de esta práctica administrativa, que se ha declarado ilegal por el Tribunal Supremo, al considerar que conculca los principios de concurrencia y publicidad en la contratación pública.

III. ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA PARA LA ORDENACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Sobre esta cuestión se pronuncia la *STSJ de Valencia de 4 de enero de 2008 (Ar. 252)*, en la que se impugna el reglamento de un ayuntamiento sobre el funcionamiento del servicio de abastecimiento y distribución de agua potable. De la sentencia se deriva que la

⁵ F. SOSA WAGNER, 2008, pp. 47-48.



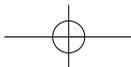
Administración municipal puede ejercer su potestad reglamentaria sobre la ordenación y desenvolvimiento de un servicio público, de acuerdo con los arts. 4.1.a) y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen local, también los casos en que dicho servicio se preste indirectamente mediante concesión y con arreglo a las cláusulas del título concesional. De esta manera la alteración de las condiciones de prestación del servicio llevada a cabo por un Reglamento con posterioridad es perfectamente viable, aunque pueda implicar, en su caso, la obligación de indemnizar al contratista e incluso a terceros, en el supuesto de que les irrogase perjuicios antijurídicos. En el supuesto concreto del servicio de abastecimiento y distribución de agua potable un reglamento puede llegar a regular las condiciones del servicio que afectan a la relación entre el sujeto que presta dicho servicio, en el caso de autos un concesionario, y los particulares destinatarios del mismo, empresas promotoras de viviendas u otros peticionarios del servicio.

IV. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

En relación a las formas de gestión de los servicios públicos locales, el nuevo libro del profesor SOSA WAGNER actualiza la exposición de las formas de gestión tomando en consideración reciente jurisprudencia y la nueva legislación autonómica que afecta a este ámbito —así por ejemplo, en materia de fundaciones (pp. 103 y 105-106)—, pero, sobre todo, da cuenta de cómo afecta a las distintas formas de gestión de los servicios públicos locales la nueva legislación de contratos del sector público. De esta manera analiza la aplicación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público a cada una de las formas de gestión establecidas en la legislación de régimen local. Así en el caso de la gestión directa por entidad pública empresarial (pp. 98-99), en el supuesto de las fundaciones (p. 129), y en el caso de gestión mediante sociedad de capital íntegramente público (pp. 138 y 146-147).

1. Gestión mediante sociedad de capital íntegramente público

En este caso, el profesor SOSA WAGNER, en la nueva edición de su libro, da cuenta de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la forma de concurso o subasta para la enajenación de acciones de una sociedad municipal íntegramente pública (pp. 159-160). Se detiene en analizar pormenorizadamente las funciones de los Estatutos de estas sociedades (pp. 167-168) y los problemas relativos a la designación de los miembros del Consejo de Administración y su solución en sede judicial (p. 171-172), o el régimen jurídico de los bienes patrimoniales aportados a la sociedad (p. 178), y afirma que los tribunales declaran que las cesiones onerosas de bienes patrimoniales de titularidad local exigen un procedimiento público y que las cesiones gratuitas de dichos bienes sólo son admisibles cuando el destinatario es una Administración pública o una entidad sin ánimo de lucro.



Servicios públicos y actividad económica de los municipios

427

También se refiere a que estas sociedades siguen sujetas a los impuestos correspondientes, puesto que el Texto Refundido de 5 de marzo de 2004 no reconoce exención a favor de las mismas.

Por último, como novedad en relación con esta forma de gestión, en esta última edición de 2008 da cuenta de la jurisprudencia comunitaria recaída sobre el asunto de la contratación doméstica, y que ha influido de manera determinante en la redacción del art. 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en su párrafo sexto, puesto en conexión con el art. 4.1 letra *n*). Concretamente se hace referencia a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2005, en el asunto Brixen (C 458/03) —en la que se niega la existencia de un control, entre la Administración adjudicataria y el ente al que resulta adjudicado el contrato, análogo al ejercido sobre los propios servicios, y se declara la vulneración de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, igualdad de trato y no discriminación, así como los principios de libre mercado y competencia—; la Sentencia de 11 de mayo de 2006, en el asunto del holding AGESP (C-340/04) —en la que se profundizó en las dos exigencias de la doctrina TECKAL de «existencia de un control análogo al existente sobre los propios organismos» y de que «la actividad que se realizase fuese esencialmente en beneficio de las Administraciones que la controlan»—; y por último a la Sentencia de 6 de abril de 2006 sobre el ayuntamiento de Bari, y la Sentencia de 19 de abril de 2007, referida a la empresa española TRAGSA. También expone, en esta línea, aunque ya enlazando con la cuestión de las sociedades mixtas, en las que hay una participación de capital privado y que normalmente no superan el requisito del control análogo, la sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/03), y la de 10 de noviembre de 2005 (asunto C-29/04).

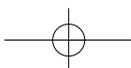
2. Gestión indirecta de los servicios públicos

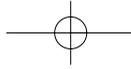
En relación con la gestión indirecta de los servicios públicos, la nueva edición del libro de SOSA WAGNER no introduce ninguna modificación en el esquema establecido en pasadas ediciones. Ahora bien, el contenido varía, porque se trata ahora de aplicar la nueva legislación de contratos, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a las tradicionales formas de gestión indirecta.

V. NOVEDADES SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS Y ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS CORPORACIONES LOCALES EN LOS DISTINTOS SECTORES DE ACTIVIDAD

1. En la gestión de los residuos urbanos

En relación con este sector, dos nuevas leyes, la de residuos de *Galicia*, Ley 10/2008, de 18 de noviembre, y la Ley 9/2008 catalana de residuos, modifican la anterior regulación



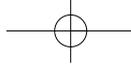


vigente en estas Comunidades sobre la misma materia e inciden en competencias locales tradicionalmente configuradas como servicios públicos.

Con respecto a la legislación gallega, la Ley sobre residuos aprobada en esta Comunidad resulta más respetuosa con las competencias locales que la anterior legislación autonómica ya derogada. Concretamente, se atribuye —como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta el tenor literal de la Ley 10/1998, básica de residuos en su art. 4— a las entidades locales competencia para prestar el servicio público de recogida y tratamiento de residuos, concretamente, al menos, en sus fases de recogida, transporte y eliminación. Pero asimismo, como viene siendo habitual en esta Comunidad Autónoma desde la anterior Ley 10/1997, de 22 de agosto, de residuos, se reconoce la competencia en relación con las últimas fases de la gestión a SOGAMA empresa de la Comunidad Autónoma de Galicia. La anterior legislación de residuos gallega planteaba en este punto problemas de constitucionalidad, pues asignaba a esta sociedad la actividad de eliminación y privaba de ellas expresamente a los municipios (art. 29 en relación con el art. 26.4 de la Ley 10/1997), en contra de lo dispuesto en la legislación básica del Estado en este ámbito: Ley 10/1998. Una interpretación conforme con el texto constitucional del antiguo texto legal gallego no parecía posible. Posteriormente, el plan de residuos urbanos de Galicia —aprobado por el Consejo de Gobierno de dicha Comunidad el 24 de septiembre de 1998—, intentó, a pesar de que el marco legal se dedujera otra cosa, relativizar el desapoderamiento llevado a cabo en relación con las tradicionales competencias municipales, manifestado expresamente que correspondía a SOGAMA la gestión de los residuos sólidos urbanos de aquellos Ayuntamientos que hubieran decidido integrarse en la opción presentada por esta empresa en materia de basuras. De esta forma, este instrumento de planeamiento autonómico consideraba que SOGAMA sólo podía hacerse cargo de los residuos a partir de su entrega «voluntaria» por los municipios, lo que se verificaba mediante su depósito en las estaciones de transferencia —o plantas de almacenaje provisional de residuos—. Con el nuevo texto legal aprobado en materia de residuos la Comunidad Autónoma gallega ha superado esta posible tacha de inconstitucionalidad. La literalidad de la ley [art. 5.a) de la *Ley gallega 10/2008*] sitúa las competencias locales dentro del respeto al marco dispuesto por la legislación básica del Estado en esta materia, conforme exige la Constitución Española en este sector medioambiental *ex art. 149.1.23.a*

Otra de las novedades de la Ley gallega de residuos en relación con las competencias sobre el servicio público de gestión de residuos consiste en desarrollar la legislación básica del Estado, en relación con los planes locales. En concreto, los arts. 24 a 27 de la Ley regulan el contenido, la revisión y la duración de dichos planes, así como su conexión con el Plan autonómico de residuos. En este punto la regulación del legislador gallego ha sido muy respetuosa con las competencias locales. Nada se dice del contenido de estos planes, salvo lo relativo a ciertos elementos que lógicamente han de estar presentes y que constituyen un contenido mínimo de este tipo de planes sectoriales. Puede reprocharse a esta regulación autonómica que quizá sea una ocasión perdida para establecer la relación entre dichos planes sectoriales y las Ordenanzas municipales en materia de residuos,

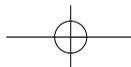
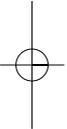
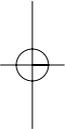


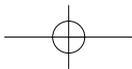
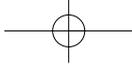
**Servicios públicos y actividad económica de los municipios**

429

para esclarecer que se trata de dos instrumentos complementarios en esta materia, y que los primeros pueden servir de fundamento a la reglamentación del servicio que apruebe el municipio.

Por su parte la *Ley 9/2008, de 10 de julio, de residuos de Cataluña*, establece la recogida selectiva de los residuos municipales en todo el territorio autonómico, reforzando así uno de los objetivos esenciales de la legislación sobre residuos. Para posibilitar el cumplimiento de este mandato referido a este servicio público local, la nueva legislación catalana dispone que los entes locales consignen los créditos necesarios en sus presupuestos para garantizar la financiación de la recogida selectiva de los residuos municipales. De esta manera, se amplían las posibilidades de actuación a través del Fondo de gestión de residuos, que a partir de esta nueva ley puede utilizarse como instrumento de cooperación de la Generalidad con la gestión de otros residuos distintos a los municipales, una vez que ha quedado garantizada la financiación de las infraestructuras de gestión de los residuos municipales.





Bienes públicos y expropiación forzosa

Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

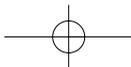
Palabras clave: dominio público; expropiación

Key words: state domain; eminent domain; compulsory purchase

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BIENES PÚBLICOS.—1. Concesión de uso del dominio público y cesión temporal a terceros.—2. Desafectación y control jurisdiccional de su motivación.—3. Recuperación de oficio de bienes públicos y acciones civiles.—4. Disposiciones de bienes. Interpretación de las cláusulas del contrato de enajenación. Enajenación de bienes de sociedades mercantiles. Parcelas sobrantes.—5. Permuta por obra futura: principio de concurrencia y desviación de poder.—6. Reversión de bienes cedidos gratuitamente.—III. EXPROPIACIÓN FORZOSA.—1. Relación de bienes y derechos afectados. Identificación de los titulares.—2. Declaración de urgencia contenida en la aprobación de planes y proyectos. Motivación e información pública.—3. Expropiación parcial.—4. Criterios de valoración.—5. Hojas de aprecio.—6. Presunción de acierto de la Resolución del Jurado de Expropiación.—7. Intereses de demora.—8. Consignación y ocupación.—9. Retasación.—10. Reversión.—11. Vía de hecho.—12. Ocupación temporal.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2008, la regulación de los bienes públicos no ha contado con ninguna incidencia normativa significativa, ni a nivel legislativo estatal o de la Comunidad Autónoma, ni a nivel local, dado que las Ordenanzas aprobadas inciden, fundamentalmente, en la determinación de las tasas o precios públicos a satisfacer por la utilización de tales bienes públicos, siendo objeto de análisis en el correspondiente Informe sectorial. La misma situación se produce en el ámbito de la regulación de la expropiación forzosa. Por el contrario, la jurisprudencia sí aporta novedades en el tratamiento de estas materias.



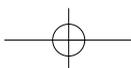
II. BIENES PÚBLICOS

1. Concesión de uso del dominio público y cesión temporal a terceros

La STS de 6 de mayo de 2008 (*recurso de casación núm. 3230/2007*), incide sobre la naturaleza de los aparcamientos construidos y gestionados por empresas privadas sobre bienes de dominio público a través de la correspondiente concesión. A tal efecto, la sentencia precisa que, en el supuesto objeto de controversia, independientemente de que la Corporación local, por medio del concesionario de las obras de construcción y explotación, cediese la parcela de terreno calificada como dotaciones locales para la construcción del aparcamiento, lo hacía en el ámbito de una financiación de una obra pública mediante la concesión de dominio público, lo que implica que al finalizar la concesión, todas las instalaciones revierten al ayuntamiento. Desde esas premisas, el Tribunal considera válida la modificación del Reglamento de Régimen Interior efectuada por la Corporación local, respecto a la transmisión en régimen de rotación de las plazas de aparcamiento a los residentes por un plazo de 75 años (el mismo plazo de vigencia de la concesión) y un precio determinado, al incluirse expresamente que también las sucesivas transmisiones de las plazas de aparcamiento efectuadas por terceros tendrían limitado su precio, instituyéndose un derecho de adquisición preferente a favor del propio ayuntamiento. Para el Tribunal Supremo, dicha regulación no comporta una modificación de las características del servicio establecidas en el correspondiente contrato a tenor de lo fijado en el Pliego de licitación ni de las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. Tampoco afecta al régimen financiero del contrato de concesión de obra de construcción de un aparcamiento subterráneo, zona de equipamiento y adecuación de la plaza superior y la posterior gestión del servicio respecto del cual la Administración hubiere de restablecer el equilibrio económico. Simplemente comporta, a juicio del Tribunal, una mayor clarificación de las condiciones esenciales ya fijadas en el Pliego de condiciones que regía la contratación administrativa en cuanto a titulares y transmisiones. Y ello porque las plazas «adquiridas» por los residentes suponen simplemente la adquisición de «un derecho de uso temporal de una plaza de aparcamiento que no implicaba transmisión de propiedad al desarrollarse en el ámbito de una concesión de uso temporal de un espacio de dominio público». En consecuencia, el valor de la concesión de uso temporal debe fijarse ineludiblemente por la Administración concedente, dado que no se trata de una transacción que pueda efectuarse libremente en el mercado al ser indisponible por el vendedor el precio marcado. Y tal valor subsiste a lo largo de la vigencia del periodo de uso temporal, por lo que resulta implícito a la concesión la exclusión de cualquier veleidad especulativa propia de la compraventa de fincas de titularidad privada donde sí rigen las leyes del mercado.

2. Desafectación y control jurisdiccional de su motivación

La exigencia de que se acredite por la Administración Local la oportunidad de la desafectación en el correspondiente expediente administrativo, en los términos del art. 8.1



del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, es configurada por la *STSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 22 de febrero de 2008 (recurso de apelación núm. 197/2007)*, como facultad discrecional en cuyo control los órganos jurisdiccionales no pueden sustituir el criterio de oportunidad de la Administración por su propio criterio de oportunidad, sin perjuicio del control frente a posibles arbitrariedades. Desde esta auto restricción, la sentencia considera que concurre la oportunidad en la previa desafectación de un camino público y su posterior permuta por otros terrenos pertenecientes a una mercantil, dado que «...no se perjudica el acceso a la finca de la actora, ni tampoco se perjudica para un futuro los aprovechamientos urbanísticos que corresponden a dicha finca, y por el contrario con la desafectación solicitada y la posterior modificación del trazado del camino se permite la continuidad física de las nuevas propiedades adquiridas por la mercantil..., y además se habilita que todas las propiedades adquiridas constituyan un suelo comunicado, sin interposición alguna con las actuales instalaciones industriales de la mercantil, ello lógicamente va a permitir llevar a efecto y poder materializar la ampliación de tales instalaciones para las que se le ha reconocido tanto la autorización de uso excepcional del suelo como su evidente interés social por lo beneficioso que puede ser para la creación de puestos de trabajo. Todos estos datos revelan y acreditan de una forma cierta y veraz que concurren las circunstancias objetivas necesarias para poder concluir que existe el requisito de la oportunidad que ha llevado al ayuntamiento de Aranda de Duero a acceder al cambio de calificación jurídica de los terrenos...».

3. Recuperación de oficio de bienes públicos y acciones civiles

La *STSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 5 de septiembre de 2008 (recurso de apelación núm. 78/2004)*, reitera los requisitos jurisprudenciales exigidos para proceder a la recuperación de oficio regulada en los arts. 82.a) LBRL y 70 RBEL, y que pueden sintetizarse en la constancia de la condición demanial del bien que se trata de investigar y recuperar por la administración aunque no sea necesario la acreditación de la plena titularidad demanial de aquéllos, la acreditación de una posesión pública anterior con destino a un uso público y la existencia de una usurpación reciente. En el caso concreto, ante la falta de una prueba suficiente de la titularidad pública del camino, estima el recurso de apelación interpuesto por el particular, afirmando que el ayuntamiento debería, en vez de acudir a esta facultad de recuperación de oficio, haber ejercitado ante los tribunales civiles las correspondientes acciones civiles en reclamación de la retirada de las puertas por considerar que se habían erigido en un camino de dominio público. Lo relevante de la sentencia son las afirmaciones referidas a la «naturaleza» de la recuperación de oficio. Se afirma en primer lugar, y por referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la misma constituye en realidad un interdicto administrativo (*interdictum propium*) de ejercicio obligatorio. Desde esa consideración precisa correctamente que ni el procedimiento de recuperación de oficio supone una declaración de propiedad a favor de la Administración, dado que ello, en su caso, será discutido ante la Jurisdicción Civil,

teniendo la postura que adopte la jurisdicción contencioso-administrativo carácter simplemente prejudicial. Es más, ésta no podrá incorporar al fallo declaraciones relativas a la inexistencia de la titularidad pública del bien o al derecho de particular de realizar cualquier construcción en su propiedad. Y en segundo lugar, que la misma no constituye una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración. En otro plano, y desde la perspectiva procedimental, la sentencia afirma que la Administración no queda vinculada por la decisión de archivar un previo procedimiento de recuperación de oficio si obtiene nuevos elementos probatorios, bien sea acerca de la titularidad del bien, sea sobre su usurpación. En tal supuesto, no será necesario proceder a revisar de oficio el acuerdo por el que se archivaron las previas actuaciones, dado que éste ni contiene un pronunciamiento favorable para el presunto usurpador ni tampoco recogía un pronunciamiento que pudiera resultar lesivo a los intereses públicos. Además, la sentencia correctamente precisa que la fundamentación del acuerdo de recuperación de oficio sólo puede vincularse a la usurpación y al carácter público del bien, excluyendo la vulneración de cualquier legislación sectorial. En concreto, rechaza que pueda fundamentar dicho procedimiento la existencia de una infracción urbanística consistente en la falta de previa licencia municipal para la instalación de las puertas que cierran el camino público.

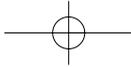
A su vez, la *STS de 21 de mayo de 2008 (recurso de casación en Interés de Ley núm. 28/2004)*, rechaza que la prueba por parte municipal de la titularidad del bien sobre el que proyecta la potestad de recuperación de oficio pueda consistir únicamente en su inscripción en el Inventario de Bienes Municipales regulado en los arts. 17 y ss., RBEL. Por el contrario, correctamente el Tribunal Supremo rechaza que la inscripción en dicho Inventario tenga carácter constitutivo o sea el único medio de prueba. Tratándose de vías públicas procedentes del deber de entrega en actuaciones de transformación urbanística, art. 16.1.a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, no es en absoluto su inclusión en el Inventario Municipal lo que determina su condición de bienes de dominio público. Es la aprobación definitiva del instrumento de gestión que implique la reparcelación la que determinará la entrega *ex lege* del bien al municipio. Cuestión distinta, como precisa la *STSJ de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 25 de febrero de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 157/2001)*, es que dicha inscripción o su falta constituya un simple indicio.

En este mismo contexto, tras afirmar que la decisión de incorporar el bien en el Inventario de Bienes supone, no el acuerdo de iniciar el procedimiento de recuperación de oficio, sino su resolución, la *STSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 25 de abril de 2008 (recurso de apelación núm. 215/2007)*, por lo que al haber sido adoptado sin la previa audiencia de los propietarios colindantes determina su anulabilidad, realiza unas precisiones sobre el valor probatorio que a efectos del procedimiento de recuperación de oficio pueden tener unas previas sentencias del orden civil que declaren la falta de propiedad privada de unos determinados sujetos respecto de un callejón y que se oponen a la recuperación de oficio del bien, si bien no se pronuncian sobre la propiedad que pudiera corresponder a los propietarios privados del otro lado del callejón respecto del que ahora el

ayuntamiento ha concluido el procedimiento de recuperación de oficio. Para el Tribunal Superior, a la vista de tales pronunciamientos civiles, todo intento del sujeto privado de pretender que se reconozca a la misma la titularidad y propiedad del callejón está condenado al fracaso, por cuanto que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ni siquiera a título prejudicial, puede ya entrar a valorar si el sujeto privado es o no propietario del callejón cuando ya un pronunciamiento realizado por la Jurisdicción Civil, que es la competente, no ha reconocido dicha propiedad. Lo que sí podrá cuestionarse por el sujeto privado y ser valorado con efectos meramente prejudiciales (pero no con efectos de cosa juzgada), bajo la cobertura del art. 4.1 de la Ley de la Jurisdicción, por el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo es la titularidad de dicho bien por parte del ayuntamiento, si el callejón estaba o no destinado al uso público y si la «presunta usurpación» al uso público de dicho callejón realizada por tales sujetos privados ha sido o es reciente. Y aquí el Tribunal considera improcedente la recuperación de oficio efectuada por el ayuntamiento, dado que no ha quedado acreditado que dicho callejón estuviera abierto al uso público, sino todo lo contrario, dado que ha estado tapiado y luego cerrado al público desde hace muchos años. En consecuencia, los problemas jurídicos que atañen respecto de dicho callejón y que afectan a su naturaleza y titularidad deberán ser resueltos por la Jurisdicción Civil, y ello porque las dos sentencias civiles ya dictadas no dilucidaron totalmente el problema, ya que si bien se dijo en dichas sentencias quien no era el titular y propietario del callejón, sin embargo queda pendiente de resolver también en vía civil y con efectos de cosa juzgada la verdadera titularidad de dicho bien.

Por el contrario, aún cuando no exista propiamente un procedimiento que articule la recuperación de oficio de un bien que concluya con una resolución en tal sentido, sino simplemente una resolución ordenando el desmontaje de un muro y una valla que cierran una calleja en un plazo determinado con advertencia de proceder a su ejecución subsidiaria, la *STSJ de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 25 de febrero de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 157/2001)*, parte de su válida tramitación al no haber sido cuestionado por el sujeto privado afectado por la recuperación de oficio. No obstante, anula dicha recuperación de oficio al no haberse acreditado por el ayuntamiento la posesión pública, dado que la calleja sólo sirve de acceso a la propiedad del actor y a la del vecino; en la documentación aportada a las actuaciones, entre los dos propietarios de los fundos a los que da la calleja, se ha venido a lo largo del tiempo manteniendo la titularidad del demandante y de quienes el mismo trae causa; las casas vecinas y que pertenecen a quienes denuncian la apropiación del actor, no tienen huecos abiertos sobre el lugar, lo que induce a pensar en la propiedad del mismo por la aplicación de la doctrina de los arts. 582 y concordantes del Código Civil; ha de considerarse que todas ellas son circunstancias que indican, clara y rotundamente, que no se ha demostrado de modo cumplido y acabado que la administración actora haya poseído el bien cuya recuperación ha actuado.

La *STS de 2 de abril de 2008 (recurso de casación núm. 1659/2004)*, fija con precisión la competencia del alcalde para acordar la recuperación de oficio de los bienes públicos municipales. Ciertamente, el art. 71.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales dispone que la recuperación en vía administrativa «requerirá acuerdo previo de

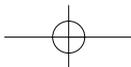


la Corporación». Aquí no puede identificarse Corporación y Pleno. La Corporación es la organización territorial, como se infiere para el Tribunal Supremo del art. 22.2.j) de la Ley de Bases de Régimen Local, cuando dice que corresponderá al Pleno «la defensa de la Corporación en materias de competencia plenaria», distinguiendo la persona jurídica (la Corporación) y el órgano (el Pleno). Desde esta premisa correctamente el Tribunal Supremo afirma que cuando el Reglamento de Bienes exige «acuerdo previo de la Corporación» no está atribuyendo la competencia a un órgano concreto dentro de la Corporación, para lo cual haya que acudir a los arts. 21 y 22 LBRL, en el primero de los cuales se atribuyen al alcalde «aquellas competencias que la legislación del Estado (...) asigne al municipio y no atribuya a otros órganos municipales», art. 21.1.s). Éste es el título de atribución a los alcaldes de la competencia para ordenar la recuperación de oficio de bienes en vía administrativa, y no el del art. 21.1.k) («el ejercicio de acciones judiciales y administrativas»); el ejercicio de una acción administrativa es cosa distinta a la recuperación de oficio, pues alude necesariamente a la comparecencia ante otras Administraciones en defensa de intereses municipales, sin lo cual no puede decirse que haya «ejercicio de acción administrativa», lo que es distinto al puro ejercicio de potestades municipales (*v. gr.*, tributaria, de disciplina urbanística, de seguridad vial, expropiatoria, etc.); en todos estos supuestos existe ejercicio de competencias administrativas pero no ejercicio de acciones administrativas.

No resulta necesario que la Administración ejercite su potestad de recuperación de oficio ante la solicitud de un particular, adquirente de una parcela en virtud de una previa subasta pública, de que se le reintegre por el ayuntamiento la superficie ocupada por un vial y una zona verde, amparándose en el art. 38 de la Ley Hipotecaria. Por el contrario, como precisa la *STSJ de Andalucía (Sala de Sevilla) de 8 de febrero de 2008 (recurso de apelación núm. 265/2006)*, debe considerarse que dicho art. 38 de la Ley Hipotecaria incorpora una presunción *iuris tantum*, por lo que admite la prueba en contrario mediante la demostración de que el contenido registral no se corresponde con la realidad acaecida en el mundo extra registral, máxime cuando se ha producido la adquisición en subasta pública, lo que entraña la adquisición de una finca como cuerpo cierto, con unos límites predeterminados que no tienen por qué coincidir con los límites registrales. Ante esta tesitura, considera el órgano jurisdiccional que la Administración válidamente ha incorporado los bienes al dominio público en virtud de la ejecución del planeamiento urbanístico, debiendo ser el recurrente quién debería haber probado que dicha adquisición se realizó al margen de los procedimientos urbanísticos.

4. Disposiciones de bienes. Interpretación de las cláusulas del contrato de enajenación. Enajenación de bienes de sociedades mercantiles. Parcelas sobrantes

En los procedimientos de enajenación, la *STSJ de Navarra de 30 de junio de 2008 (recurso de apelación núm. 127/2008)*, reitera el principio general de la vinculación del



adjudicatario al pliego que rigió la subasta de un bien integrante del Patrimonio Municipal del Suelo. En el caso debatido, la Sala precisa que si bien el art. 228.2.a) de la Ley Foral 35/2002, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, establece dos sistemas de disposición de tales bienes, concurso y subasta, precisando que este último será obligatorio cuando el destino de los bienes sea el de usos comerciales o residenciales de vivienda libre, ello no excluye que por la Administración municipal pueda utilizarse tal procedimiento en los demás supuestos. Desde ese planteamiento, confirma la interpretación literal del Pliego que exige que todas las viviendas construidas sobre la parcela enajenada tengan, como máximo, el precio de venta de las viviendas libres tasadas fijadas por el Gobierno Foral y que los garajes deban ser enajenados a los adquirentes de las viviendas y no a terceros.

La enajenación de bienes propios de las sociedades de titularidad íntegramente municipal está sometida al respeto de los principios de publicidad y concurrencia. Si bien la interpretación de esta cláusula no es clara, para la *STSJ de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 25 de enero de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 653/2002)*, el principio de publicidad no se satisface simplemente con la inserción de dos anuncios en periódicos de ámbito provincial, donde escuetamente se refería la enajenación sin precisar los caracteres básicos del Pliego de Cláusulas, lo que implica igualmente una vulneración del principio de concurrencia, al no poder ser suficientemente conocida la enajenación.

El art. 115.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales permite la enajenación directa de los bienes municipales que tengan la consideración de parcelas sobrantes, por ser porciones de terreno propiedad de las entidades locales que por su reducida extensión, forma irregular o emplazamiento, no fueran susceptibles de uso adecuado. Ahora bien, la *STSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 17 de marzo de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 1617/2000)*, precisa que aún cuando exista un terreno municipal que de hecho pueda considerarse parcela sobrante en atención a sus características físicas, sólo podrá procederse a enajenarlo directamente si previa y formalmente se ha tramitado el expediente administrativo que conlleva la declaración del terreno como parcela sobrante.

5. Permuta por obra futura: principio de concurrencia y desviación de poder

Con toda precisión, la *STS de 5 de febrero de 2008 (recurso de casación núm. 773/2003)*, plantea la problemática que rodea a la figura de la permuta por obra futura y los riesgos de desviación de poder que encierra en cuanto técnica que puede adoptarse para eludir ilegalmente la licitación pública en la enajenación de bienes o en la ejecución de obras públicas. En el supuesto concreto, el Tribunal Supremo considera que la actuación del ayuntamiento de Marbella ha estado investida, en el momento de la elección del contrato de permuta por obra futura, de manifiesta desviación de poder, puesto que la finalidad realmente perseguida ha sido adjudicar la realización de unas obras públicas a una entidad concreta, con posterior cesión a la misma de parte de lo edificado. Con la elección contractual indebidamente elegida, se consiguió eludir la regla

general de la subasta para la realización de obras públicas, adjudicando la misma —de forma directa— a la entidad recurrida, lo que supuso el claro apartamiento de potestades regladas por parte de la Administración municipal. Y llega a esa conclusión a partir del siguiente razonamiento: «...Existe un dato especialmente significativo del que debemos deducir —junto a otros colaterales o complementarios— por vía indiciaria la desviada decisión municipal: La inexistencia de dato alguno objetivo para elegir como contratante permutante a la entidad codemandada en la instancia y ahora recurrida. El ayuntamiento, propietario de un estratégico solar en el centro de la ciudad, una vez desafectado el mismo del destino con el que era considerado en el patrimonio municipal y calificado el citado inmueble como bien patrimonial, decide proceder a su enajenación al objeto de conseguir, a cambio del mismo, determinados locales para uso municipal (concretamente un salón de plenos). Si bien se observa, la elección de la recurrida como permutante ya se había producido en fecha de 21 de abril de 1993, cuando el alcalde suscribe un convenio con dicha entidad, teniendo entonces el inmueble la consideración de bien de dominio público no enajenable y sin haberse, ni siquiera, llevado a cabo la valoración del mismo; dicha decisión —con la consiguiente elección de la recurrida como permutante— no sería avalada por el Pleno del ayuntamiento hasta el día 17 de diciembre de 1993, cuando las obras llevaban seis meses de realización. A tal efecto, se trata de justificar la existencia de un previo expediente que avalara la necesidad de la permuta, pero tal planteamiento no puede ser considerado de recibo en el ámbito del presente recurso e implica un olvido de las garantías jurídicas que el ordenamiento jurídico impone al funcionamiento de las Administraciones públicas. Lo más significativo es que no existe dato alguno objetivo que justifique la concreta elección de la recurrente que, no se olvide, no es la propietaria de los terrenos, sino todo lo contrario. En la permuta, y más en el ámbito de los intereses públicos, la razón de ser de su viabilidad jurídica viene determinada por la concreta necesidad pública de un determinado bien de titularidad ajena al patrimonio municipal, pero, en el supuesto de autos, ninguna razón objetiva, experiencia técnica, habilidad específica o calificación profesional avalan la elección de la recurrida para la suscripción de un contrato de permuta, como no fuera la arbitraria voluntad municipal de que fuera ella —y no otra— la entidad a la que habría de permutarse el inmueble municipal a cambio, en parte, de la realización de unas obras y el abono de unas cantidades que, en principio, no se presentan como contraprestaciones contractuales personalísimas, específicas o genuinas sólo realizables por la entidad recurrida; más al contrario, las mismas se presentan como prestaciones objetivamente ejecutables por cualquier entidad dedicada a la actividad constructora, a la que se podría —y debería— haber elegido a través de un mecanismo contractual más objetivo que la particular elección llevada a cabo utilizando —con desviación de poder— el expediente contractual de la permuta...».

6. Reversión de bienes cedidos gratuitamente

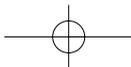
La *STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2008 (recurso de apelación núm. 14/2007)*, precisa que la determinación de la procedencia de la acción de reversión

ejercitada por la Administración local debe basarse en un efectivo incumplimiento de la condición modal impuesta en el acuerdo de cesión. Y ello no se produce en el supuesto objeto del pleito respecto de una finca que había sido cedida al entonces Organismo Autónomo Correos y Telégrafos con destino a la construcción de un edificio para la prestación de sus servicios de correos y telecomunicaciones, debiendo procederse a implantar la edificación en un plazo máximo de cinco años y mantenerse el destino durante los treinta años siguientes. Para el Tribunal no se produce dicho incumplimiento ya que el local ha estado destinado a almacén. Lo relevante es que la sentencia precisa que, incluso aún cuando el edificio hubiese estado desocupado no se habría producido un incumplimiento de la condición impuesta, puesto que ello «...no impide que se pueda aprovechar o hacer uso del mismo más tarde, o en un momento posterior...». Desde esta línea argumental, el incumplimiento sólo podrá apreciarse si «...si se destinase a una finalidad distinta de la de los servicios de Correos que fue la causa determinante de la cesión...». En su desarrollo argumental, la sentencia precisa, reiterando la construcción elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que esta cesión gratuita debe configurarse como una donación con carga modal de mantenimiento del destino. Una vez producido el incumplimiento por el cesionario, la Administración cedente debe ejercer su acción de reversión, conforme a la STS de 21 de febrero de 2006 (recurso de casación núm. 6037/2002), en atención a ese carácter de donación modal —con todas las matizaciones que se quieran—, en el plazo de años contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho determinante del incumplimiento y posibilidad de ejercitar la acción, por aplicación analógica del art. 1.299 del Código Civil (en atención a la similitud con las acciones rescisorias y resolutorias), siendo dicho plazo igualmente de prescripción. Ahora bien, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha asume el cambio de criterio fijado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2006 anteriormente citada, y señala que la obligación de mantenimiento de la carga modal no está sometido a plazo alguno, dejando sin efecto la previsión del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, permitiéndose así que, declarada la prescripción de la acción de reversión, si con posterioridad se produce un incumplimiento del destino será procedente ejercer nuevamente la acción.

III. EXPROPIACIÓN FORZOSA

1. Relación de bienes y derechos afectados. Identificación de los titulares

En cuanto a la determinación del sujeto expropiado, tratándose de bienes inmuebles, en primer lugar se reputa dueño o titular de derechos sobre los mismos a quien resulte serlo conforme al Registro de la Propiedad. Sólo en su defecto, esto es, subsidiariamente, merece esa condición quien la acredite en virtud de registros administrativos y en último lugar, a falta también de los mismos, a quien notoria y públicamente se le tenga por tal. Ahora bien, existiendo sujetos que acrediten una misma titularidad a través de los distin-



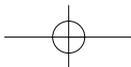
tos medios anteriormente expuestos, la *STS de 1 de diciembre de 2008 (recurso de casación núm. 3910/2005)*, debe darse por existente el derecho que figure inscrito mientras no exista contradicción; derecho que, de haber oposición, puede ser destruido, pero no en un recurso contencioso-administrativo sino en un proceso civil en el que se ventile la cuestión. De modo que si aparece otro título susceptible de enmendar al primero, se ha de proceder a la consignación del justiprecio, sin que deba pronunciarse, aún siquiera con carácter prejudicial, el órgano contencioso-administrativo. Ciertamente, y en los términos de la *STSJ de Madrid de 26 de junio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 2949/2003)* no es el Catastro el medio preferente para la identificación de las titularidades que resultaren afectadas como consecuencia de un proceso expropiatorio, sino que lo es precisamente el Registro de la Propiedad. Por ello, si no aparece inscrita en el Registro de la Propiedad una determinada finca, habiendo sido el mismo consultado por la Administración expropiante, no podrá imponerse la existencia de una titularidad catastral sin previamente haber modificado la realidad registral.

Cuando sobre los bienes objeto de expropiación existan arrendatarios, éstos deberán ser incluidos en la relación de titulares afectados por la Administración expropiante si los mismos constan inscritos en los registros fiscales. Y a estos efectos, la *STS de 9 de diciembre de 2008 (recurso de casación núm. 4240/2005)*, considera como tal registro fiscal el Padrón Municipal del Impuesto de Actividades Económicas. Lo que resulta irrelevante a efectos de la inclusión en tal relación de afectados es que el desempeño de la correspondiente actividad económica por el arrendatario carezca de los títulos administrativos exigibles, puesto que su ausencia dará lugar a la imposición de las correspondientes sanciones, pero no permite excluir su consideración como sujetos afectados por la expropiación.

Si surgen disputas relativas a la cabida del bien expropiado, la jurisdicción contencioso-administrativa será competente para su determinación, siquiera sea a título prejudicial, puesto que la titularidad dominical puede ser objeto de declaración prejudicial cuando no constituye la cuestión litigiosa en sí misma, sino que está íntimamente relacionada con una cuestión de carácter administrativo cuya resolución exige pronunciarse sobre aquélla, en casos en los que existan dudas sobre la titularidad pública o privada del terreno, o sobre el verdadero dueño de los bienes sujetos a expropiación forzosa, cuando no existan títulos acreditativos, entre otros supuestos análogos, como recuerda la *STSJ de Canarias (Sala de Las Palmas) de 28 de mayo de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 318/2005)*, sin perjuicio de que la decisión que se pronuncie, dado su carácter prejudicial, no produzca efecto fuera del proceso en que se dicte y pueda ser revisada por la Jurisdicción Civil.

2. Declaración de urgencia contenida en la aprobación de planes y proyectos. Motivación e información pública

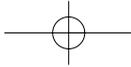
La *STS de 20 de octubre de 2008 (recurso de casación núm. 1536/2005)*, fija la posición de la declaración de utilidad pública en nuestro sistema constitucional y su determinación general por Ley, en los siguientes términos: «...en nuestro ordenamiento jurí-



dico, el ejercicio de la potestad expropiatoria, en cuanto afecta a un derecho constitucionalmente protegido, el de propiedad (art. 33, apartado 1, de la Constitución), debe ejercitarse a través de un procedimiento en el que, previa declaración de la causa legitimadora de la operación expropiatoria, se identifique el objeto a expropiar, se cuantifique el justiprecio y se proceda al pago y a la toma de posesión (*vid.* la STC 37/1987). Aquella declaración compete al legislador, pues, no en vano, el art. 33, apartado 3, de la Constitución remite el ejercicio de la potestad expropiatoria a lo dispuesto en las leyes (STC 166/1986, F. 13A), debiendo hacerlo caso por caso (arts. 11, 12 y 13 de la Ley de Expropiación Forzosa). Esta exigencia no obsta, sin embargo, a que, para categorías determinadas de bienes, se admitan las declaraciones implícitas en la aprobación de los correspondientes planes de obras y servicios, así como las declaraciones genéricas, necesitadas de un acto administrativo ulterior de expreso reconocimiento para comprobar que en el caso concreto concurre la *causa expropriandi* (art. 10 de la Ley de Expropiación Forzosa). Otra cautela del procedimiento expropiatorio radica en la fijación y en el pago del precio expropiatorio, y aunque la garantía constitucional no exige que sea anterior a la privación singular que la expropiación comporta (STC 166/1986, F. 13B), el legislador ha querido que tal constituya la pauta normal, diseñando un procedimiento general en el que, tras concretar en bienes específicos la causa de la expropiación mediante la declaración de la necesidad de la ocupación, los tasa y valora para proceder, a continuación, al pago del justiprecio y a la toma de posesión, no antes (art. 51 de la Ley de Expropiación Forzosa). Sólo por excepción, el siguiente artículo admite la dispensa de la regla general del previo pago en los casos urgentes debidamente justificados. Así, pues, tanto las declaraciones implícitas o tácitas de la utilidad pública o del interés social de un determinado proyecto, como la tramitación de la expropiación por el procedimiento de urgencia, constituyen singularidades de las reglas generales contempladas por el legislador, por lo que, necesariamente, han de ser objeto de una interpretación estricta, que no se compece con exégesis tendentes a aplicar la dispensa, de forma extensiva y analógica, a supuestos distintos de los estrictamente contemplados por el legislador [para el procedimiento de urgencia, *vid.* las Sentencias de la antigua Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1983 (apelación 16/82) y de esta Sección 6.^a de la actual Sala 3.^a de 22 de diciembre de 1997 (recurso contencioso-administrativo 782/96, F. 9)...».

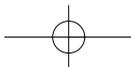
Desde ese planteamiento, la sentencia rechaza que las expropiaciones para la construcción de un ramal ferroviario para acceder a un polígono industrial (y en concreto a una determinada empresa) pueda ejecutarse simplemente por la aprobación del proyecto por el ente gestor de las infraestructuras ferroviarias, dado que no puede equipararse a la implantación de una línea ferroviaria de interés general. El Tribunal exige aquí tramitar el procedimiento por la vía ordinaria.

Ahora bien, cuando la declaración de utilidad pública y la urgencia en la necesidad de ocupación viene anudada a la aprobación de un Proyecto de Obras por determinación del legislador (p. ej., en materia de carreteras, en materia de infraestructuras ferroviarias), la concreta resolución que aprueba un determinado Proyecto no requiere incluir una especial motivación sobre la utilidad pública o la necesidad de urgente ocupación. Por el



contrario, en los términos fijados por la *STS de 21 de octubre de 2008 (recurso de casación núm. 11245/2004)*, en estos casos, es el legislador el que valora y entiende que es procedente la urgencia de la ocupación, atribuyendo dicha declaración al acto de aprobación del correspondiente proyecto, por lo que no se está en el caso de un acuerdo específico de declaración de urgencia y la consiguiente motivación o justificación, a que se refiere la parte cuando invoca los arts. 52 de la LEF y 56 de su Reglamento, sino que la valoración de la urgencia y su declaración se justifica por la previsión en tal sentido del legislador que la impone como una consecuencia de la aprobación del proyecto, sin perjuicio de que pueda cuestionarse la legalidad de dicho proyecto y hacer valer frente al mismo los medios de impugnación pertinentes.

En todo caso, cuando conforme a la legislación aplicable, la aprobación de un proyecto de infraestructura lleve aparejada la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación, el citado Proyecto debe ser sometido necesariamente al trámite de información pública a los efectos de la Ley de Expropiación Forzosa, esto es, a efectos de discutir la necesidad de ocupación de los terrenos y el trazado, sin que dicha función pueda ser suplida por la información pública del sometimiento del proyecto a los trámites de evaluación ambiental. La falta de esa información pública determina la nulidad del expediente expropiatorio y, consiguientemente, la comisión de una vía de hecho, como precisa la *STS de 15 de octubre de 2008 (recurso de casación núm. 2671/2007)*. Pero en dicho supuesto, cuando la expropiación se ha realizado a través de la figura del beneficiario que ejecuta la infraestructura viaria y procede a su explotación en régimen de concesión, la pregunta que surge es la determinación del sujeto obligado de la indemnización correspondiente a la comisión de la vía de hecho. A este respecto, por ejemplo, la *STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de mayo de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 600/2004)* fija con precisión el sujeto obligado al pago, la Administración expropiante y no el beneficiario, a pesar de que éste es el sujeto obligado a pagar la indemnización expropiatorio por determinación legal. Y ello conforme al siguiente razonamiento: «...El Abogado del Estado discute a quién corresponde realizar el abono de ese 25 por 100 adicional, y señala que debe ser abonado por el concesionario de la autovía, HENARSA. A favor de esta postura argumenta de dos formas. Por un lado, cita el art. 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje en régimen de concesión, que establece que “En el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto”. Por otro, señala que es carga del concesionario la elaboración en debida forma del proyecto de trazado, en el que se debe incluir la relación de bienes y derechos, y, dice, si se estima que es necesario, antes de la aprobación del proyecto, el sometimiento a información pública, su omisión será defecto del proyecto achacable al concesionario, encargado de su tramitación, correspondiendo a la Administración sólo su aprobación final. Estos argumentos no son admisibles. Con carácter general cabe decir que la encargada de tramitar regularmente el procedimiento es la titular del mismo, esto es, la

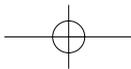


Administración expropiante (difícilmente cabe entender que un particular sea titular y dueño de un procedimiento administrativo), la cual, como entidad sujeta a la Ley y al Derecho (art. 103 de la Constitución), está obligada, y tiene la capacidad, para velar porque tal procedimiento se tramite con escrupuloso respeto a la legalidad. Aparte de ello, cabe señalar que, en cuanto al mencionado art. 17.2 de la Ley 8/1972, éste se refiere a «las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones», lo cual alude claramente a las indemnizaciones propias de la expropiación, no a una que, justamente, se genera porque en vez de expropiación regular hay una ocupación ilegal. En cuanto al segundo argumento del Abogado del Estado, tampoco puede aceptarse. Según hemos visto, hay que entender que la ley exime de la información pública cuando ésta haya tenido lugar en el procedimiento de aprobación del proyecto, pero, *a sensu contrario*, la impone cuando ello no haya sido así. O bien la Administración debió, antes de aprobar el proyecto, obligar a realizar en el seno del mismo la información pública, o, si ésta no había tenido lugar, practicarla ordinariamente en el procedimiento expropiatorio. Desde el punto de vista de la expropiación, el proyecto no tiene ningún defecto porque no haya habido más información pública que la de la Ley de Carreteras (la relativa al estudio informativo y anteproyecto, en relación con la concepción global de la carretera); la realización de la información pública en el proyecto exime de su realización en el trámite de expropiación, pero su omisión la impone, y en cualquier caso ello es algo que debe controlar la Administración. En consecuencia, el abono del 25 por 100 mencionado corresponde a la Administración...».

Al margen de los supuestos donde por determinación legal se establece la urgencia en la ocupación, la misma puede ser adoptada por el órgano autonómico competente o por el Consejo de Ministros en los términos del art. 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, pero en ese caso debe justificarse expresamente y de forma suficiente las razones que imponen dicha urgencia, así como proceder a la ocupación con carácter inmediato, dando lugar al inicio de la ejecución de las obras o a la prestación del servicio, dado que en caso contrario deberá procederse a la anulación de la declaración de urgencia, *STSJ de Extremadura de 22 de abril de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 1274/2005)*. Por el contrario, cuanto se trata de una ocupación urgente en el ámbito urbanístico derivada de la adopción en el sistema de expropiación de la figura de la tasación conjunta, a tenor de la *STSJ de Madrid de 20 de mayo de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 144/2003)*, no requiere justificar la necesidad de la urgente ocupación que lleva implícito, dado que aquí la ocupación de la Administración requiere el previo pago de la totalidad del valor fijado por el Proyecto.

3. Expropiación parcial

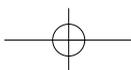
Ante una expropiación parcial, si la propiedad no solicita la expropiación total o la indemnización por demérito, no puede en vía casacional alegar la existencia de expectativas urbanísticas limitadas por la expropiación parcial, *STS de 21 de octubre de 2008 (recurso de casación núm. 1056/2005)*.



4. Criterios de valoración

En la sistemática de la Ley 6/1998, los criterios de valoración del suelo no urbanizable no eran alternativos, sino que, como reconoce la *STS de 9 de diciembre de 2008 (recurso de casación núm. 4494/2005)*, el método de comparación resulta preferente, reservándose para el método de capitalización de rentas un papel secundario para cuando se carezca de valores compatibles que permitan considerar el de comparación. De la citada sentencia puede inferirse que no resulta válido como término de comparación una transacción realizada con posterioridad a la fecha a la que deba referirse la valoración expropiatoria, ni siquiera mediante el correspondiente ajuste, así como tampoco aquellas transacciones referidas a terrenos que no se encuentren próximos al que debe ser objeto de valoración. Lo realmente sorprendente es que el Tribunal Supremo acepta como término de comparación una transacción realizada seis años antes de la fecha de valoración, mediante la solución de equidad de actualizar aquel valor por referencia a la escritura posterior que dice no tomar en cuenta. A la hora de determinar la procedencia de aplicar el método de comparación, la *STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 330/2004)*, rechaza que puedan ser tomados en cuenta mandatos de compra y de venta de parcelas, y ello porque permiten acreditar la analogía, dado que no se identifica si los diferentes polígonos en que se ubican las fincas que se pretende comparar se encuentran próximos entre sí, la distancia que puedan guardar respecto de zonas habitadas, o el uso al que pueden ser dedicadas. Además las ofertas, tanto de compra como de venta, sólo recogen precios máximos o mínimos pero no sirven para dar fe de precios reales al no referirse a operaciones consumadas

Además, el criterio de libertad estimativa del art. 43 de la Ley de Expropiación Forzosa no resultaba aplicable bajo la vigencia de la Ley 6/1998, ya que su art. 23 precisaba con toda rotundidad que a los efectos de expropiación, las valoraciones del suelo se efectuarán con arreglo a los criterios establecidos en la presente Ley, cualquiera que sea la finalidad que le motive y la legislación, urbanística o de otro carácter, que la legitime. Desde esa premisa, la *STS de 29 de octubre de 2008 (recurso de casación núm. 1409/2005)*, precisa que, aún cuando el objetivo de la Ley 6/1998 fue valorar el suelo de acuerdo con su valor real conforme a su Exposición de Motivos, ello no permitía acudir al art. 43 de la Ley de Expropiación Forzosa, sino que debía determinarse el valor conforme al método determinado y concreto fijado por la Ley 6/1998 que resultase de aplicación en función de la clase de suelo. Si se estima elemento válido de comparación los mutuos acuerdos fijados por la Administración expropiante o el beneficiario dentro del mismo proceso expropiatorio para la ejecución de una gran infraestructura viaria por la *STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de julio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 818/2004)*, cuando éstos son un número significativo. El argumento es racional: tal número de acuerdos es indicativo de que las razones por las que llegaron al acuerdo en el justiprecio no son otras que la correspondencia de ese valor con el de mercado; es contrario a la lógica que tal número de propietarios se hayan conformado con un valor tan inferior al ofrecido por el Jurado, lo que sirve al Tribunal como elemento de convicción para desestimar la valo-



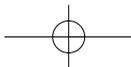
Bienes públicos y expropiación forzosa

445

ración superior del Jurado. Igualmente se estima término válido de comparación, *STSJ de Navarra de 30 de junio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 702/2006)*, el valor fijado por el propio Tribunal para una finca del mismo proyecto expropiatorio con idéntica clasificación, sin perjuicio de su actualización si el inicio de la pieza separada de justiprecio no coincide en ambos casos.

Cuando proceda la aplicación del método de capitalización de rentas, en la sistemática de la Ley 6/1998, tal y como precisa la *STSJ de Asturias de 30 de junio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 879/2005)*, reiterando la doctrina del Tribunal Supremo, «la capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo deberá referirse al tipo de explotación que efectivamente se lleve a cabo en la finca expropiada y no a la que se podría obtener con una explotación adecuada».

En cuanto a la valoración de expectativas urbanísticas en el suelo no urbanizable o urbanizable no sectorizado, la *STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de julio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 833/2004)*, precisa que «...la negativa a valorar expectativas urbanísticas (siempre que estén acreditadas como factor que realmente incrementa el valor del suelo) supone negarse a valorar un elemento realmente concurrente en el valor del bien, esto es, supone la afirmación expresa y consciente de que no se pagará por el bien su valor real, esto es, lo que el interesado habría podido obtener libremente en el mercado, sino un valor puramente ficticio. Tomando como referencia la exposición de motivos de la Ley 6/1998, de 13 de abril, supone afirmar que el valor que se establezca no va a “reflejar con la mayor exactitud posible el valor real que el mercado asigna a cada tipo de suelo”; supone que, conscientemente, se opta por una “fórmula artificiosa” que “contradice la realidad del valor del bien” y que “puede constituir una fuente interminable de conflictos”; supone adoptar conscientemente una fórmula que “proyecte una sombra de injusticia”, que “reste credibilidad a la Administración” y que, nada menos, “contribuya a deslegitimar su actuación”; y, en fin, supone renunciar expresa y voluntariamente a aplicar el que según el legislador es “el único valor que puede reclamar para sí el calificativo de justo”, valor que es el que “exige inexcusablemente toda operación expropiatoria”. Por otro lado, debe también tomarse en consideración que el art. 33.3 de la Constitución establece como garantía expropiatoria el abono de una indemnización, y que el concepto de indemnización, por definición, viene ligado al del mantenimiento de la “indemnidad”...». Desde estas premisas se indemnizan aquellas expectativas que reúnan dos características: «...1.º Tratarse de incrementos de valor del suelo en el mercado que resulten probados y acreditados debidamente, y no meras hipótesis de revalorizaciones futuras que no afectan concretamente al valor del terreno en la fecha a que haya que referir la valoración; esto es, no meras hipótesis que, por no ser compartida por la mayoría de los operadores económicos, no suponen incremento actual del valor; pero sí cabe tomar en cuenta hipótesis que, por ser generalmente admitidas como probables, sí generan dicho incremento, y en ello consiste, precisamente, el concepto de expectativa urbanística... incrementos de valor que sean reales, actuales y comprobados a la fecha de valoración; sencillamente, el suelo ya vale más en ese momento, aunque sea sobre la base de hipótesis futuras, y por ello se plantea la posibilidad de tomar en consideración tal cir-



cunstancia, no como elucubración, sino como circunstancia cierta, aunque fundada en una hipótesis generalmente compartida. La hipótesis de futuro, si está fundada en previsiones reales —se cumplan o no finalmente—, provoca un efecto actual y no hipotético de incremento del valor de mercado del suelo. Incluso aunque la expectativa finalmente se frustrase, pudo provocar un incremento de valor durante un tiempo más o menos largo, que pudo afectar a la fecha de la expropiación. Lo actual es el incremento de valor, aunque se funde en una posibilidad futura percibida como más o menos probable por el mercado (en función del grado de probabilidad el incremento de valor será también mayor o menor, por lo común). Pues bien, reiteramos, cuando hablamos de expectativas urbanísticas nos referimos en cualquier caso a tales incrementos actuales comprobados, y no a cálculos más o menos fantasiosos que no redundan en un incremento real del valor de mercado en la fecha a considerar; y 2.º Nos referimos a expectativas que derivan del proceso ordinario de crecimiento urbano, y no a las que derivan de la infraestructura que provoca la expropiación (art. 36 de la Ley de Expropiación Forzosa)...». Ahora bien, en todo caso, la indemnización de expectativas debe ser solicitada por el propietario, bien en su hoja de aprecio, bien en su demanda contencioso-administrativa, aunque en este último caso sin sobrepasar el límite cuantitativo fijado en la hoja de aprecio, al que se haya vinculado, *STSJ de Madrid de 24 de junio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 653/2004)*.

La valoración del suelo urbanizable se efectúa por el art. 27 de la Ley 6/1998 por referencia al valor catastral, siempre y cuando la ponencia se encuentre vigente. Frente a una interpretación doctrinal que propugnaba la pérdida de vigencia tanto formal, transcurso de más de diez años, como material por inadecuación al valor real de mercado, la *STS de 22 de septiembre de 2008 (recurso de casación núm. 11275/2004)*, rechaza esta segunda posibilidad, ya que ello «...supondría aceptar que cabe apartarse del método de valoración legalmente previsto cuando éste arroje un resultado alejado del valor que se tiene por real, que es exactamente lo contemplado por el art. 43 LEF...». Evidentemente, el art. 43 es inaplicable al tener que efectuar la valoración conforme a la legislación urbanística. Ciertamente, el Tribunal Supremo añade otra consideración de relevancia para excluir esta posible pérdida de vigencia material: ¿cuán grande habría de ser la desviación del valor del mercado para tener a las ponencias catastrales por inaplicables? Es evidente que este interrogante no tendría respuesta fácil en ausencia de una intervención del legislador.

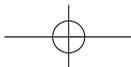
Cuando se trata de valorar como suelo urbanizable suelo que formalmente aparece clasificado como no urbanizable por constituir un sistema general, existen dos métodos de valoración, bien el método residual (deductivo) del art. 27 de la Ley 6/1998 o el método objetivo de creación jurisprudencial del valor de la vivienda de protección pública. El sistema objetivo resulta ser el más idóneo cuando no existe certeza suficiente de una realidad comercial de transacciones de terrenos en el mismo ámbito que conduzca a la aplicación del método residual. Por el contrario, si existe dicha certeza de transacciones comerciales, debe acudir a ellas para fijar el valor por el método residual, como precisa la *STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 860/2001)*. Ahora bien, lo que no puede efectuarse es fijar el valor por el método

residual a partir del precio de venta de las viviendas de protección oficial, *STS de 6 de octubre de 2008 (recurso de casación núm. 6168/2007)*. Por el contrario, una vez fijado el valor por la fórmula jurisprudencial, el valor deberá proyectarse sobre el aprovechamiento que corresponda a la vivienda libre.

Una práctica seguida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuando se enfrenta a expropiaciones de terrenos para infraestructuras que se proyectan sobre gran número de terrenos, consiste en extender los resultados de una prueba pericial insaculada efectuada en un proceso determinado referida a una concreta y singular finca al resto de terrenos afectados por el proyecto expropiatorio, con el fin no declarado de conseguir un valor unitario que respete criterios de igualdad. Ahora bien, dicha práctica no está exenta de objeciones. De una parte, como precisa, por ejemplo, la *STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 599/2004)*, «...a tratarse del mismo proyecto, son fincas diferentes, y por tanto, no puede efectuarse un traslado de datos y valoraciones técnicas en bloque, como se pretende, pues cada finca tiene sus propias características, en especial elementos y circunstancias valorados por el Jurat que diferencian cada finca de las demás, como es por ejemplo la proximidad a suelo urbano o la clasificación de los terrenos colindantes...».

Igualmente, resulta una práctica frecuente en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid acudir a la experiencia obtenida en otros procesos expropiatorios referidos al mismo proyecto expropiatorio, incluso cuando los terrenos no se encuentran en el mismo término municipal. Lo sorprendente es que el propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid critica un comportamiento similar cuando el órgano de valoración es el Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de la Comunidad de Madrid. Ciertamente, deben rechazarse sistemas de valoración que acuden, en palabras de la *STSJ de Galicia de 25 de junio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 8457/2005)*, al «...conocimiento que se tiene de los territorios afectados y considerando la secuencia histórica de las resoluciones de este Jurado, resultan unos módulos para cada obra y para ayuntamiento, que son de aplicación a las distintas explotaciones agrarias». Incurre así la resolución impugnada en «criterios generales y abstractos, más o menos convencionales y estereotipados —verdaderas cláusulas de estilo— y escasamente matizados en relación con el caso concreto, a los cuales se les atribuye la cualidad de ser una verdad interinamente mantenida y, debe añadirse, difícilmente comprensible en cuanto fundamento de la valoración efectuada», siendo cierta a esta Sala «la imposibilidad de poder conocer la valoración de un bien llevado a cabo de acuerdo con unos módulos de los que nada se conoce ni los elementos que lo forman, ni los parámetros y variables que se han tenido en cuenta en su fijación, impidiendo así que puedan ser atacados y superados por la demandante...».

En la valoración del suelo urbano debe estarse a los criterios establecidos por la Ley 6/1998, sin que sea procedente acudir al valor pagado por el sujeto expropiado en fechas recientes a la de la expropiación para adquirir el bien expropiado, dado que en la compraventa privada pueden influir factores ajenos que propicien un valor superior o inferior, alejado del valor real perseguido por el legislador, a tenor de la *STS de 7 de julio de 2008 (recurso de casación núm. 3335/2005)*.



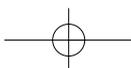
En cuanto a la valoración de los frutos y cosechas pendientes, la *STS de 8 de octubre de 2008 (recurso de casación núm. 4516/2004)*, precisa que de conformidad con lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Expropiación Forzosa, la valoración de los bienes expropiados ha de referirse al momento de inicio del expediente de justiprecio, entendiéndose que éste se inicia cuando se notifica al expropiado el acuerdo de iniciación de gestiones para llegar a un mutuo acuerdo o cuando recibe el oficio de la Administración, interesándole que formule hoja de aprecio. La Ley de Expropiación Forzosa establece los mecanismos legales compensatorios del retraso en la fijación del justiprecio o en su pago, posibilitando, en último término, la retasación de los bienes, mas sin posibilidad de exigir una indemnización independiente del justiprecio establecido a consecuencia de supuestos perjuicios producidos con posterioridad al momento de inicio del expediente de justiprecio, si bien en la hoja de aprecio habrá de introducir excepcionalmente una petición de indemnización como consecuencia de la falta de percepción por el interesado de las cosechas que se encontraran pendientes en aquel momento de referencia para la fijación del justiprecio, en que su valor queda definitivamente establecido. Por ello, debe procederse a la compensación indemnizatoria para los frutos o rendimientos de la finca anteriores a la fecha de inicio del expediente de justiprecio, ya que esos daños quedan fuera del justiprecio y deben ser indemnizados por vía de responsabilidad patrimonial. Pero una vez iniciado el expediente expropiatorio, las indemnizaciones procedentes habrían de incluirse en el justiprecio que se fijase en aplicación del art. 36 de la Ley de Expropiación Forzosa, sin que exista derecho a ser indemnizado por los frutos o rendimientos de la finca de que se vea privado el propietario nacidos u ocasionados con posterioridad al inicio del expediente de justiprecio.

5. Hojas de aprecio

Ciertamente la jurisprudencia considera que las hojas de aprecio constituyen declaraciones de voluntad de las partes que las vinculan (límite máximo y límite mínimo) en cuanto al resultado valorativo del bien, sin que puedan modificar la cantidad global cifrada en las mismas (no así las concretas partidas que pueden sufrir variaciones entre la fase administrativa y la contencioso-administrativa). Ahora bien, si la Hoja de Aprecio de la Administración contiene un evidente error material (se ofrece un valor para un suelo no urbanizable que corresponde a un suelo urbanizable), es correcto la remisión de una nueva hoja de aprecio que no incurra en dicho error sin que se encuentre vinculada por la primera Hoja de Aprecio, *STSJ de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 29 de mayo de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 524/2003)*.

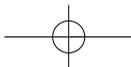
6. Presunción de acierto de la Resolución del Jurado de Expropiación

Cuando los Jurados Provinciales actúan en ejercicio de su función valorativa, debe estimarse suficiente un razonamiento sucinto, siempre que contenga los elementos ade-



cuados para deducir la existencia de un juicio lógico, como puntualiza, por ejemplo, la *STSJ de Asturias de 30 de junio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 879/2005)*. Y aquí, como recuerda, por ejemplo, la *STSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 26 de septiembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 591/1999)*, la presunción de acierto que ha de reconocerse a las valoraciones técnicas de la Administración y, más concretamente, a las procedentes de los Jurados de Expropiación puede ser superada cuando la motivación de los acuerdos impugnados no es suficiente o cuando incurren en errores manifiestos, e incluso a tenor de lo informado en los autos por el perito judicial, cuya opinión, a pesar de todo, debe ser valorada con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero), lo que permite en casos concretos descartar dicha opinión de acuerdo precisamente con tales reglas.

Frente a esta doctrina, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por ejemplo, en la *Sentencia de 21 de octubre de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 331/ 2004)*, rechaza que la misma pueda aplicarse al Jurado Territorial de Expropiación Forzosa, órgano autonómico cuya composición originaria responde a un predominio de funcionarios de la Comunidad. Para el Tribunal Superior, a pesar de la confirmación de la constitucionalidad de dicho órgano y de su composición, «...los actos administrativos, como son los acuerdos del Jurado, gozan de la presunción de legalidad que es sobradamente conocida y que obliga a la existencia de un pronunciamiento judicial para su remoción, tenga ésta efectos desde su dictado o desde su propia declaración. Ahora bien, la presunción jurisprudencial sobre los actos del Jurado va mucho más allá puesto que alcanza al “acierto” de sus decisiones, lo que implica una presunción sobre la decisión de aplicación de un concepto jurídico indeterminado como es el justiprecio. Sin embargo, dicha extensión de la presunción que excede con mucho de la legalidad, puesto que el justiprecio no es una consecuencia estricta de ésta, salvo en lo que se refiere al procedimiento, no se hace de forma estrictamente teórica, lo que carecería de sentido, sino que se basa, y así sea, dice reiteradamente, en su especial composición de equilibrio de intereses, que así lo convierte en un órgano prácticamente arbitral. Se trataba de la composición establecida en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. Por ello, una vez establecido que la composición del Jurado Territorial de Madrid por las normas a la sazón vigente son perfectamente legítimas, hemos de decir que no existe razón alguna para que a dicho Jurado le sea aplicable la presunción de acierto fundada en una composición diferente, ya que la Sala no aprecia que en dicha composición se den iguales factores que los que se tornaron para establecer la presunción de acierto. Por tanto, el acuerdo es un documento administrativo más de los que integran el expediente y ha de ser comparado a efectos probatorios con el resto de las pruebas sin que ocupe una posición privilegiada en relación con éstas que determine un esfuerzo especial para romper el privilegio de su presunción de acierto, que en todo caso, repetimos, está supeditada al juicio que merezca a estos efectos la composición del Jurado que, por cierto, es en la actualidad sustancialmente distinta a la que produjo el acuerdo impugnado y ello por decisión del legislador de la propia demandada...». Obviamente esta línea jurisprudencial, con la



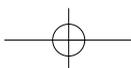
actual composición del Jurado Territorial deviene inaplicable, al ser su composición estrictamente paritaria.

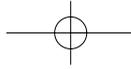
Ciertamente la presunción de acierto de las resoluciones de los Jurados determina que no sea necesaria una motivación detallada y extensa, pero sí, en todo caso, una motivación basada en las concretas circunstancias del supuesto de hecho, no siendo suficiente referencias genéricas susceptibles de aplicación a cualquier finca, puesto que en tal caso, el valor fijado por el Jurado responderá únicamente a un criterio voluntarista, incurriendo en un déficit de motivación, como señala la *STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de julio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 818/2004)*. En todo caso debe tenerse presente que el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la propiedad o por la Administración expropiante/beneficiario no puede limitarse a mostrar la discrepancia con el justiprecio fijado por el Jurado, pero sin referir la misma a puntos concretos. Por el contrario, como precisa la *STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 374/2004)*, si bien los límites de la pretensión vienen fijados por la hoja de aprecio, la demanda debe exponer e hilar los argumentos que permitan al órgano judicial analizar dónde radicó el error del órgano tasador, lo cual «...no puede deferirse al resultado de una prueba pericial, dada la necesidad de analizar las pruebas en relación con los concretos y precisos argumentos de las pretensiones ejercitadas que deben alegarse en el escrito de demanda...».

7. Intereses de demora

Ante una expropiación urgente el *dies a quo*, a efectos del cómputo de los intereses por demora en la tramitación y pago del justiprecio, es el siguiente a la fecha de la efectiva ocupación de los bienes o derechos, a tenor del art. 52.8 de la Ley de Expropiación Forzosa, siendo el *dies ad quem* la fecha en que el justiprecio determinado definitivamente en vía administrativa se paga, deposita o consigna eficazmente. No existe, por tanto, solución de continuidad entre los intereses del art. 56 —demora en la fijación— y 57 —demora en el pago— de la Ley de Expropiación Forzosa. Pero como reitera la *STS de 9 de diciembre de 2008 (recurso de casación núm. 1317/2005)*, ello es así salvo que la ocupación tuviese lugar después de transcurridos seis meses de la declaración de urgencia, pues al entenderse cumplido con ella el trámite de declaración de necesidad de ocupación —art. 52.1 de la Ley de Expropiación—, el *dies a quo* será el siguiente a aquel en que se cumplan los seis meses de la declaración de urgencia, a menos que ésta no contuviese la relación de bienes o derechos expropiables.

Superada ya una previa jurisprudencia, hoy se admite sin problemas la figura de los intereses de demora. En concreto, la *STSJ de Madrid de 24 de junio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 3370/2003)*, señala al respecto que «...los intereses de demora en la tramitación y pago del justiprecio constituyen, una vez abonado éste, una deuda de cantidad líquida, que, de no pagarse, genera, conforme a lo dispuesto por el art. 1.101 del Código Civil, una obligación de indemnizar daños y perjuicios si se





Bienes públicos y expropiación forzosa

451

hubiese incurrido en mora, cuya indemnización, al tratarse de una obligación dineraria, ha de consistir, salvo pacto en contrario, en el interés legal, de acuerdo con el art. 1.108 del Código Civil y esa misma jurisprudencia declara que se incurre en mora desde que el acreedor exige judicial o extrajudicialmente el abono de los intereses una vez satisfecho el justiprecio...».

8. Consignación y ocupación

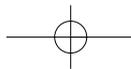
El simple depósito del justiprecio en la Caja General de Depósitos no tiene efectos liberatorios, sino consta el ofrecimiento real y cierto de pago al expropiado ni que éste haya rehusado el mismo, *STS de 9 de diciembre de 2008 (recurso de casación núm. 1317/2005)*.

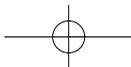
En cuanto a la actividad material de ocupación, en los procedimientos ordinarios no cabe que el sujeto expropiado recurra frente al acta de ocupación alegando como motivo la nulidad del expediente expropiatorio cuando previamente su recurso frente al acuerdo de necesidad de ocupación y de fijación del justiprecio fue desestimado. Y ello porque, *STS de 23 de abril de 2008 (recurso de casación núm. 6881/2004)*, tales actuaciones son meramente instrumentales de los previos actos administrativos.

9. Retasación

Conceptualmente, la retasación se configura, por ejemplo, *STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 208/2004)*, como «...una nueva valoración que tiene su fundamento en la caducidad de la previamente establecida por el transcurso de dos años desde que fue señalada administrativamente sin haberse efectuado su pago al expropiado o consignado eficazmente su importe. Constituye, por tanto, a todos los efectos, otra valoración distinta de la anterior, con la que no guarda más conexión que la de estar referida o comprender los mismos bienes o derechos expropiados, pues en la retasación lo único que varía es la evaluación de los bienes expropiados para adecuarla a los precios vigentes en el momento de solicitarla, manteniéndose la condición física y material de los bienes expropiados que se tuvo en cuenta cuando los mismos se valoraron por primera vez. Se trata, pues, de una nueva valoración que comprende y alcanza a la totalidad de los bienes y derechos que fueron en su momento objeto del justiprecio, que se entiende caducado por ministerio de la Ley, en virtud de lo previsto en el art. 58 LEF...». En consecuencia, origina un nuevo expediente de justiprecio referido a los mismos bienes o derechos con el único matiz del momento o tiempo al que la nueva valoración ha de contraerse, que será el día en que la retasación se solicite.

La *STS de 9 de diciembre de 2008 (recurso de casación núm. 4454/2005)*, expresamente rechaza que la solicitud de retasación de un bien expropiado pueda ser configurada como una manifestación del derecho de petición, sino como ejercicio de un dere-



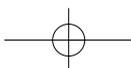


cho reconocido legalmente. Consecuentemente, el Tribunal Supremo reconoce que el silencio de la Administración expropiante ante dicha solicitud debe entenderse estimada por silencio positivo, en los términos del art. 43 de la Ley 30/1992. Pero ello no significa que el valor del bien en retasación sea el contenido en la Hoja de aprecio del sujeto expropiado que debe acompañar a su solicitud de retasación, no existiendo aquí una aceptación tácita de dicha Hoja de aprecio por parte de la Administración. El silencio positivo aquí impone a la Administración el deber de continuar el procedimiento de retasación, remitiendo inmediatamente el expediente —en el estado en que se halle— al Jurado de Expropiación a fin de que éste haga una nueva valoración de la finca expropiada.

Obviamente, no procede la retasación si, como precisa la *STS de 8 de abril de 2008 (recurso de casación núm. 3999/2004)*, se produce la aceptación del pago sin reservas. Aquí prima el principio de autonomía de la voluntad, por lo que no será admisible la retasación, aun concurriendo los requisitos para ello, cuando los actos propios del expropiado manifiesten una voluntad de acomodación al quantum de la valoración, aceptando ésta sin manifestaciones de las que pudiera deducirse disconformidad con la subsistencia de tal valoración.

Aquí la problemática más interesante se anuda con la figura de la consignación. Si la Administración inicialmente reconoció la titularidad del sujeto expropiado pero, a la hora de hacer efectivo el justiprecio fijado por el Jurado discute la titularidad del bien, consignando el justiprecio, ello no enerva la figura de la retasación al no haberse puesto a disposición del sujeto expropiado tal cantidad, *STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 208/2004)*.

Cuestión distinta se produce cuando está impugnado el acuerdo del Jurado por la Administración expropiante o el beneficiario, lo que procede es la consignación. Por ello, y en consecuencia, si bien no procede exigir el pago del justiprecio al estar pendiente recurso contencioso administrativo contra el acuerdo de su aplicación, sí procede la consignación. Pero ante el incumplimiento de dicha obligación de consignación, como pone de relieve la *STSJ de Madrid de 26 de junio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 2969/2003)*, no procede llevar a efecto esta exigencia por la vía de premio, al no tratarse de una cantidad líquida. Las consecuencias derivadas del impago o consignación son las específicamente contempladas en la Ley de Expropiación Forzosa: los intereses de demora y, fundamentalmente, la retasación del justiprecio. En todo caso, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid reitera la configuración tradicional de la reversión en los siguientes términos: «...dicha retasación deberá realizarse atendiendo a la realidad valorativa en la fecha en que se lleve a cabo la misma, debiendo examinarse todos los factores que concurran en ese momento, habiéndose de contemplar las variaciones cualitativas que en su día influyeron en la fijación del justo precio, según la normativa urbanística vigente en dicho momento. Por otra parte, la valoración de los bienes y derechos expropiados se realizará atendiendo el estado físico o material de los mismos contemplado cuando se justipreciaron originariamente, pero referidos a las pautas de valoración exis-



tentes en el momento de reiniciarse el expediente de justiprecio, que aquí ha de entenderse referido a la fecha de solicitud de la retasación...».

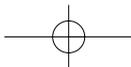
10. Reversión

Ha de insistir en la legitimación de un único heredero, como miembro de la comunidad hereditaria, aun cuando el caudal hereditario permanezca indiviso, para el ejercicio de acciones en beneficio de la comunidad. Y ello porque debe entenderse que se actúa en beneficio de la comunidad cuando no conste la oposición o discrepancia de determinados comuneros o cotitulares del bien o derecho en su día expropiado, ya que el ejercicio por uno o varios del derecho de reversión es suficiente para resolver sobre su procedencia y, en su caso, dar lugar al mismo, pues la acción de recuperación del objeto expropiado comporta beneficios para la comunidad, como reitera la *STS de 24 de septiembre de 2008 (recurso de casación núm. 454/2005)*, si bien debe tenerse presente que no es suficiente para el ejercicio del derecho de reversión, la aceptación por parte de la Administración de la condición de parientes de la primitiva propietaria, sino que es necesario, además, la acreditación de la condición de heredero.

El cumplimiento parcial del fin expropiatorio, ejecución de una presa para puesta en regadío de una determinada zona, cuando se ha ejecutado la obra pública no excluye el derecho de reversión, *STS de 23 de junio de 2008 (recurso de casación núm. 10712/ 2004)*. Y ante una solicitud de reversión por inejecución de la obra, no existe plazo máximo para su solicitud.

En cuanto a la desafectación tácita como causa de reversión, la *STS de 7 de julio de 2008 (recurso de casación núm. 2039/2005)*, rechaza la existencia de la misma en relación a la Estación de Chamartín como consecuencia de la aprobación de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 y la existencia de un previo y un posterior convenio entre RENFE y una mercantil privada para proceder al desarrollo urbanístico del entorno de la Estación. La argumentación se fundamenta en un doble orden de consideraciones. En primer lugar, la revisión del Plan General remite la concreción de la ordenación del ámbito a un posterior Plan Especial de Reforma Interior (hoy Plan Parcial de Reforma Interior), manteniéndose la afectación al servicio ferroviario de determinados terrenos y no de otros, sin que dicha distinción se haya realizado hasta el momento o haya sido probada por los recurrentes. En segundo lugar, la revisión del Plan General no ha sido aprobada por la Administración expropiante, única legitimada para determinar la desafectación del bien. Esto es, el acuerdo expreso de desafectación sólo puede dictarse por la Administración expropiante y la desafectación tácita no puede deducirse de la Revisión del PGOUM realizada por una Administración distinta de la expropiante.

En cuanto al valor de la reversión, la tardanza en la tramitación del expediente de fijación del justiprecio «reversional» imputable exclusivamente a la Administración por el extravío del expediente (en el caso concreto por un periodo superior a ocho años) no

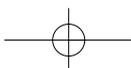
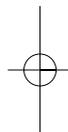
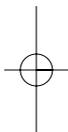


puede perjudicar al reversionista, por lo que, como precisa la *STSJ de Madrid de 24 de junio de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 1019/2004)*, en tal caso la fecha de valoración a la que debe estarse es la que correspondería de haberse tramitado diligentemente el expediente por la Administración y no la posterior tras la reanudación del expediente.

11. Vía de hecho

La novedad radica aquí en la precisión efectuada por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la *Sentencia de 15 de octubre de 2008 (recurso de casación núm. 2671/2007)*, donde se fija como criterio que el reconocimiento de indemnización en caso de vía de hecho equivalente al 25 por 100 del justiprecio fijado por el Jurado sólo debe producirse cuando se interesa la revisión del acuerdo del Jurado. Por el contrario, conforme a lo dispuesto en el art. 105.2 de la Ley de la Jurisdicción, lo procedente en términos estrictamente jurídicos sería la compensación, de haberse realizado ya la obra sobre el terreno expropiado, del derecho al expropiado a obtener la devolución de la finca de que se ve privada ilegalmente y que se sustituye por una indemnización, referida naturalmente a la fecha en que dicha imposibilidad se aprecia por el Tribunal.

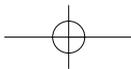
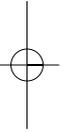
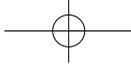
En la misma línea, la *STS de 17 de septiembre de 2008 (recurso de casación núm. 450/2005)*, precisa que la anulación de los actos administrativos por los que se aprueba el planeamiento urbanístico del que trae causa la expropiación, deja sin efecto ni valor alguno las declaraciones de utilidad pública y necesidad de ocupación, desapareciendo la *causa expropriandi* y acarreando todo ello la nulidad del procedimiento expropiatorio, incluida la determinación del justiprecio. La inexistencia de la *causa expropriandi*, aunque haya sido sobrevenida, determina la nulidad de las actuaciones seguidas en el expediente expropiatorio y, con ello, del acuerdo del Jurado señalando el justiprecio, puesto que anulado judicialmente el plan que legitimaba la expropiación, ésta queda automáticamente invalidada por inexistencia sobrevenida de su causa. Ahora bien, una cosa es la indemnización procedente a consecuencia de la privación, en virtud del instituto expropiatorio, de bienes y derechos, y otra cosa diferente es el reconocimiento del derecho a indemnización por la vía de hecho cometida por la Administración a consecuencia de la anulación de la actuación expropiatoria derivada de la nulidad de la resolución administrativa que declaró la utilidad pública que legitimaba dicha expropiación, cuya nulidad conlleva, en esencia, la devolución de las fincas de que se ha visto privado ilegítimamente el expropiado en vía de hecho, y que solamente cabe sustituir, ante la imposibilidad material de devolución por haberse realizado la obra que motivó la expropiación, por una indemnización al amparo de lo dispuesto en el art. 105 de la Ley de la Jurisdicción. Por ello y aún cuando existe doctrina de la Sala que, en función de lo pretendido en vía jurisdiccional, accede, aún en el supuesto de vía de hecho, a fijar la indemnización en la valoración del justiprecio por el Jurado incrementada en una cantidad, es lo cierto que en el presente caso no podía atenderse a la pretensión del recurrente, que



argumenta la necesidad de fijar el justiprecio más una indemnización del 25 por 100 por la privación por vía de hecho, por cuanto que, para ello, sería necesario acreditar la imposibilidad de devolución de las fincas, puesto que la indemnización es simplemente sustitutoria de dicha devolución y no puede declararse cuando no se ha acreditado la imposibilidad de dicha devolución, existiendo simplemente, como en el presente caso ocurre, una improcedente actuación administrativa que determina la nulidad de la *causa expropiandi* y con ello la improcedencia de la determinación del justiprecio como compensación de una inexistente expropiación y todo ello sin perjuicio, naturalmente, del derecho de la parte para pretender, en su caso, la indemnización a que se refiere el art. 105 de la Ley de la Jurisdicción.

12. Ocupación temporal

El problema que se plantea en la práctica es la prueba de la superficie realmente ocupada con carácter temporal por la Administración. Ante la dificultad de la misma, el reparto de la carga de la prueba, cuando el sujeto expropiado no esté conforme con la superficie considera ocupada por la Administración, responde a las siguientes reglas, como precisa la *STS de 13 de octubre de 2008 (recurso de casación núm. 1481/2005)*: el particular únicamente debe probar que la superficie ocupada es mayor que la alegada por la Administración, sin que pueda exigírsele en todo caso identificar la concreta extensión afectada. La prueba de la concreta extensión recae en la Administración, sin que su silencio pueda ser suficiente. De producirse dicho silencio por la Administración, el órgano jurisdiccional no podrá rechazar la pretensión del particular. Deberá, en los términos previstos por el art. 60 de la Ley Jurisdiccional, hacer uso de la facultad que le reconoce el legislador para decretar de oficio la práctica de pruebas o acordar su realización para mejor proveer.



Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial¹

Luis MEDINA ALCOZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Palabras clave: responsabilidad civil; responsabilidad patrimonial; causalidad; prueba; jurisdicción contencioso-administrativa; legitimación

Key words: liability; public liability; causation; proof; judicial review; acces to judicial review

SUMARIO: I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—1. La legitimación del Estado y las Comunidades Autónomas para impugnar actos locales.—2. La legitimación del concejal para impugnar los actos de su corporación.—3. La legitimación de las entidades locales y de sus asociaciones para impugnar actos de otras entidades territoriales.—4. Otras cuestiones.—II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.—1. El Tratado de Responsabilidad Civil de Fernando Reglero Campos.—2. El título de impugnación.—3. El nexos causal y su prueba.—4. La acción de regreso de la Administración contra el empleado público causante del daño.

I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. La legitimación del Estado y las Comunidades Autónomas para impugnar actos locales

La STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, de 29 de septiembre de 2008, ha aplicado una relevante y novedosa doctrina en cuanto al alcance de la expresión «en el ámbito de sus respectivas competencias» empleada por el art. 65 LBRL para acotar los supuestos en que el

¹ Trabajo realizado en el marco de los Proyectos I+D del Ministerio de Educación y Ciencia con referencias SEJ 2006-10322 y SEJ 2007-64055, integrados en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid (ref. 931089) sobre «Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa».

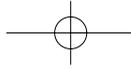
Estado y las Comunidades Autónomas pueden impugnar los actos locales que infringen el ordenamiento jurídico.

El Pleno del ayuntamiento de Torrelavega aprobó el 3 de enero 2003 el convenio colectivo sobre condiciones de trabajo del personal laboral. El Delegado del Gobierno en Cantabria lo impugnó ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que dictó Sentencia de 12 de diciembre de 2003 anulando varias cláusulas referentes al personal funcional [5.3, 7.1 y 2, 10, 11, 15, 23, 37.c)] y laboral (3.3). El ayuntamiento formalizó recurso de casación contra la citada sentencia alegando, entre otros motivos, que el Delegado del Gobierno carece de competencia para recurrir las cláusulas 10 y 11 relativas a las vacaciones, los permisos y las licencias del personal municipal. A juicio de la recurrente, tales cláusulas abordan una materia regida primariamente, no por la legislación estatal, sino por la autonómica (en particular, por el art. 58 de la Ley 4/1993 de la Función Pública de Cantabria); y el Delegado del Gobierno carece de legitimación para impugnarlas habida cuenta de que, de acuerdo con el art. 65 LBRL, la Administración del Estado sólo puede recurrir los actos locales que inciden en el ámbito de sus competencias. El Tribunal Supremo estimó este motivo, casando en este punto la sentencia y sustituyéndola por otra declarativa de la inadmisibilidad del recurso en cuanto a las cláusulas 10 y 11 del convenio colectivo.

En realidad, el criterio del Tribunal Supremo no es nuevo. Ya la STS, Sala 3.^a, de 12 de julio de 1991, Ar. 5591, entendía que el art. 65 LBRL «no atribuye la legitimación para impugnar los actos o acuerdos de las entidades locales que infrinjan el ordenamiento jurídico, indistintamente el Estado o las Comunidades Autónomas, sino exclusivamente a uno u otras, dentro del “ámbito de sus respectivas competencias”». No obstante, la interpretación hasta al momento prevalente no ha ido precisamente en esta dirección. El Tribunal Supremo venía definiendo una lectura amplia y flexible del art. 65 basada en el principio *pro actione* y en la dificultad intrínseca de distinguir las infracciones que afectan a las competencias estatales de las que inciden en las autonómicas (*vid.* SSTS, Sala 3.^a, 12 de marzo de 1990, Ar. 3404; 9 de julio de 2001, Ar. 8755). Tanto es así que ha llegado a reconocer la legitimación de la Administración del Estado en materias de regulación fundamentalmente autonómica, como el empleo de lenguas cooficiales (STS, Sala 3.^a, de 13 de noviembre de 2000, Ar. 10348). Consecuentemente, la sentencia citada, al recuperar la doctrina de la STS de 12 de julio de 1991, viene a modificar una jurisprudencia consolidada tendente a ampliar los casos de legitimación del Estado y las Comunidades Autónomas para impugnar actos locales².

Sin duda, la interpretación restrictiva establecida en la sentencia comentada parece más consecuente con la autonomía local y con la doctrina del Tribunal Constitucional que insiste en la prohibición de controles de legalidad genéricos e indeterminados (STC 4/1981, de 2 de febrero). Pero no debería extremarse ni perderse de vista la tendencia fle-

² La profesora E. CARBONELL PORRAS ha realizado un valioso análisis de esta cuestión con estudio de las sentencias citadas en su comentario al art. 65 LBRL incluido en *Comentarios a la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local*, M. REBOLLO PUIG (dir.) y M. IZQUIERDO CARRASCO (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 1557-1564.



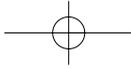
xibilizadora precedente, pues distinguir netamente las competencias estatales de las autonómicas a los efectos de la legitimación no deja de ser una tarea artificiosa en un contexto caracterizado por la complejidad de los intereses públicos y el constante entrecruzamiento de las competencias de los diferentes niveles territoriales.

2. La legitimación del concejal para impugnar los actos de su corporación

Los Tribunales siguen sin aplicar un criterio uniforme en cuanto a los supuestos en que los mandatarios locales pueden impugnar los actos de su corporación. No me refiero a los recursos interpuestos por concejales o diputados provinciales para hacer valer los derechos e intereses que la legislación de régimen local les atribuye en cuanto tales. Tampoco a los que el representante local formula como cualquier vecino, basándose en un derecho o interés legítimo o ejerciendo una acción popular. Me refiero a la legitimación especial prevista en el art. 63 LBRL que permite al representante local recurrir para hacer valer únicamente un interés general en el buen funcionamiento de la corporación.

La jurisprudencia (tanto ordinaria como constitucional) no discute que los concejales y diputados provinciales disponen de esta legitimación especial para recurrir los acuerdos de los órganos de los que no forman parte [Alcaldía, Presidencia provincial y Junta de Gobierno (la antigua Comisión de Gobierno), cuando en ella no se integra el representante local recurrente]. Pero hay relevantes discrepancias sobre el alcance de esa legitimación especial cuando el recurrente forma parte del órgano colegiado que dictó el acto (Pleno o Junta de Gobierno, cuando en ella se integra el concejal o diputado litigante). Hay dos posiciones antitéticas: 1) nunca hay legitimación, salvo cuando el mandatario local recurrente votó en contra, y 2) siempre hay legitimación, salvo cuando el mandatario local recurrente votó a favor. Consecuentemente, los concejales o diputados provinciales ausentes o abstencionistas en la deliberación carecen o disponen de legitimación según que se aplique uno u otro criterio.

La primera tesis es tradicional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La segunda fue introducida, no sin ambigüedades, por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 173/2004, de 18 de octubre, y 108/2006, de 3 de abril (ref. Ar.: RTC 2004/173 y 2006/108) y confirmada en el Auto 147/2007, de 27 de febrero (ref. Ar.: RTC 2007/147). La primera tiene su (claro) fundamento en: 1) el art. 20.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que niega la legitimación para impugnar los actos de una Administración a quienes forman parte de ella; y 2) el art. 63.1.b) LBRL, que establece una única excepción cuando el representante local hubiera votado en contra. La segunda posición tiene una (vidriosa) justificación en: a) el art. 24 CE, que, según el Tribunal Constitucional, obliga a ampliar las posibilidades impugnatorias hasta ahora reconocidas a los representantes locales; y b) una «interpretación conjunta» (?) de los arts. 20.1.a) LJCA y 63.1 LBRL reveladora —supuestamente— de un «principio de legitimación de los miembros representantes populares de las corporaciones locales» que «resulta matizado en el caso de que los actos propios de dicho representante durante el proceso de formación de voluntad del órgano que dictó el acto de que



se trate contradigan palmariamente la posterior actividad impugnatoria». Algunos de los pasajes de la STC 173/2004 pueden dar a entender que la nueva doctrina constitucional rechaza también la legitimación del mandatario local que se abstuvo en la votación del acuerdo que recurre. Así, cuando «los actos propios de dichos representantes durante el proceso de formación de voluntad del órgano que dictó el acto de que se trate contradigan palmariamente la posterior actividad impugnatoria, cosa que se produciría cuando *no se hubiese puesto objeción alguna al acuerdo* o cuando, incluso, se hubiera votado a favor de su adopción»³.

Pues bien, durante el año 2008, el Tribunal Supremo se ha resistido a modificar su jurisprudencia constante y no menciona siquiera esa doctrina constitucional reciente que, sin cuestionar la constitucionalidad de los arts. 20.1.a) LJCA y 63.1 LBRL, amplía asombrosamente los supuestos de legitimación de concejales y diputados provinciales para recurrir los actos de su corporación. Así, la *STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 30 de junio de 2008, Ar. 6707*, en relación con la impugnación por un concejal del ayuntamiento de Villanueva (Extremadura) de dos Acuerdos de la Comisión de Gobierno que desestiman los recursos de reposición formulados contra las bases de la convocatoria de concurso-oposición para la provisión de plazas de auxiliar de la Administración, aparejador o arquitecto técnico y operario del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria.

La sentencia de instancia (de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Extremadura de 9 de julio de 2003) acepta el argumento de la parte recurrida de que un Grupo Municipal carece de legitimación para impugnar actos locales. Pero esta falta de legitimación «no impide reconocérsela a los concejales de manera individual, lo que permite al recurrente comparecer en el proceso». Y al respecto, dice que «el recurrente no es miembro de la Comisión Municipal de Gobierno, por lo que al no estar integrado en dicho órgano resulta imposible la exigencia de este requisito [haber votado en contra], no siéndole indiferente los actos administrativos impugnados, en atención a los intereses generales y públicos de la Corporación a la que pertenece y de los ciudadanos a los que representa con la finalidad de salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad». Se admite así el recurso, anulándose después la convocatoria.

Formulado recurso de casación por la representación del ayuntamiento implicado, el Tribunal Supremo dictó el pronunciamiento indicado, que confirma la sentencia *a qua*. Declara, en cuanto al fondo, que «la valoración de la experiencia previa que se tiene en la Administración, en idénticas plazas, valorando más la de quienes han prestado sus servicios en la misma no tiene justificación alguna, y revela no sólo una vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, sino incluso un *fumus* de desviación de poder y de intento de favorecer en el proceso selectivo a quienes ya estaban con anterioridad en la Administración, y ello con independencia de la cuantía de la discriminación». Pero, previamente, en cuanto a la admisibilidad del recurso, el Tribunal confirma el criterio de la Sala de instancia sobre la base de su propia jurisprudencia, no sobre la del Tribunal Constitucional. Ciertamente, las posiciones de los dos Altos tribunales son coincidentes en cuanto a la legitimación del concejal para recurrir el acto dictado por el órgano del que no forma parte, como ocurre en el caso enjuiciado. Pero el

³ La cursiva es mía.

razonamiento de la sentencia permite entrever que la instancia casacional sigue defendiendo la falta de legitimación del mandatario que se abstuvo o que no estuvo presente en la votación: «Esta Sala no puede sino ratificar esta tesis mantenida por la sentencia, y que tiene soporte en la sentencia de esta Sala de 18 de octubre de 2004, que sostiene que aquellos concejales que no formen parte de la Comisión que toma el acuerdo están legitimados para impugnarlo, pues como se dice en esa resolución no tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local, únicamente, cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negarse la de quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios, y más aún cuando es idéntico, en uno y otro caso, el interés en el correcto funcionamiento de la corporación que subyace en el título legitimador que ahora se examina, tesis que coincide con la sentencia de esta misma Sala de 1 de diciembre de 2003. A ello podría añadirse que, cuando la Ley restringe la legitimación de los concejales para recurrir a aquéllos que hubieran votado en contra, no está sino aplicando el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, por lo que si habiendo tenido la oportunidad de oponerse al acto se consiente mediante la abstención o se vota a favor es lógico que esa legitimación genérica que se otorga a los concejales para impugnar los actos de las Administraciones locales se vea limitada, pero no cuando el concejal no se ha podido oponer por no formar parte del órgano correspondiente».

No es de extrañar que esta nueva pugna entre los Tribunales Supremo y Constitucional esté propiciando que los Tribunales Superiores de Justicia, según que adopten la tesis restrictiva y tradicional del primero o la ampliadora y más reciente del segundo, nieguen o reconozcan a los mandatarios locales legitimación para recurrir los actos cuya aprobación no apoyaron por ausencia o abstención. Así, el *TSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª)*, en la *Sentencia de 171/2008, de 6 de mayo, Ar. 260859*, se sitúa en línea con la tesis «casacional» para negar esa legitimación, aunque pretende apoyarse también en la jurisprudencia constitucional. Y el *TSJ Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª)* la reconoce en la *Sentencia 23/2008, de 10 de enero, Ar. 299*, apoyándose en la tesis «constitucional».

La primera sentencia, del TSJ Islas Canarias, se refiere a los presupuestos aprobados por el Pleno del ayuntamiento de Candelaria sin la oposición del concejal recurrente, que no votó en contra ni manifestó discrepancia alguna, y declara: «Abstenerse de mostrar una opinión contraria a un concreto acuerdo municipal en el acto de formación de voluntad y luego pretender su impugnación en vía jurisdiccional por la vía de la legitimación especial recogida en el art. 63.1. b) LBRL, tras el rechazo de una petición de revisión de los actos administrativos, bajo el argumento de que el acto impugnado lesiona la legalidad, puede comportar no sólo un abuso de derecho sino metajurídicamente una desconsideración hacia los votantes mediante cuyo voto el componente del órgano colegiado pudo acceder a la condición de miembro del ente local. Una racional exégesis de la norma exige que tal actitud deba exteriorizarse primero en el seno del órgano colegiado, en el que se integra el discrepante ejerciendo su derecho de participación política, para luego, en su caso, acudir a su impugnación jurisdiccional por la vía de la legitimación especial apoyada justamente en esa voluntad contraria a la mayoritaria expresada en el interior del órgano

que representa la voluntad popular en el municipio como es el Pleno. Lo que acabamos de decir no significa negar el derecho de los concejales a abstenerse de expresar su opinión en la adopción de un concreto acuerdo. De lo que se trata es de concretar las facultades conferidas por el art. 63.1.b) LBRL. Y entendemos que no ofrece cobertura para su utilización cuando tendiendo la posibilidad o el derecho de manifestar la voluntad contraria frente a un concreto acuerdo no se expresa la postura sino que se oculta esa posición mediante la abstención». En el caso, «el hoy recurrente, concejal del ayuntamiento, hizo dejación de la legitimación de la que está investido como tal, y de la defensa de los derechos e intereses de sus convecinos cuando, celebrándose sesión para la aprobación inicial de los presupuestos, se abstuvo, pero quiso posteriormente ampararse en su condición de vecino de la localidad para presentar alegaciones contra los mismos en el plazo de alegaciones abierto como consecuencia de la publicación en el *Boletín Oficial de la Provincia*». Después desestima el recurso invocando el pasaje de la STC 173/2004 que razona la falta de legitimación del mandatario local que *no hubiese puesto objeción alguna al acuerdo*.

La segunda sentencia, del TSJ Cantabria, se refiere a la impugnación de varias Ordenanzas fiscales por el Pleno del ayuntamiento de Reocín sin la oposición del concejal recurrente, que no votó en contra. Estima que «no concurre la causa de inadmisibilidad invocada, ya que el Tribunal Constitucional ha declarado en sus Sentencias 173/2004 y 108/2006 que el art. 63.1.b) LBRL atribuye a los miembros de las Corporaciones locales, por el solo hecho de serlo, una legitimación concreta *ex lege* que sólo desaparece cuando se produce la excepción prevista en la norma, que el concejal en cuestión hubiese votado a favor del acto que pretende impugnar». Admitido el recurso, se estima después, anulándose las Ordenanzas mencionadas por «falta absoluta de publicidad».

3. La legitimación de las entidades locales y de sus asociaciones para impugnar actos de otras entidades territoriales

Hay novedades jurisprudenciales y doctrinales en relación con la legitimación de las Entidades locales y de sus asociaciones para impugnar actos de otros entes territoriales, en particular, la STS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 17 de diciembre de 2008, Ar. 2009/234; la STC, Sala 1.^a, 85/2008, de 21 de julio, RTC 2008/85, y una valiosa contribución de la Catedrática de la Universidad Complutense, E. CARBONELL PORRAS (incluida en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, L. MARTÍN REBOLLO (coord.), vol. II, Zaragoza, Justicia Aragón, 2008, pp. 1395-1426) que lleva el título «Los intereses legítimos colectivos en el proceso contencioso-administrativo: aproximación a una noción confusa».

La STS mencionada resuelve el recurso contencioso-administrativo formulado por la Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares (AMAC) contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de junio de 2006 por el que se aprueban los Planes Directores correspondientes a los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las Centrales Nucleares.

El Abogado del Estado se opone a la admisibilidad del recurso por dos motivos: no todos los entes locales agrupados en la asociación resultan afectados por los Planes, no

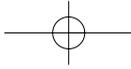
habiéndose acreditado que varios de los municipios se encuentran dentro de un círculo de diez kilómetros con centro en alguna de las centrales nucleares; y, en todo caso, la instauración y el funcionamiento de los Planes de Seguridad Nuclear no es competencia de las corporaciones locales. El Tribunal rechaza esta causa de inadmisión, en primer lugar, porque los municipios agrupados en la Asociación demandante son precisamente aquéllos que tienen parte de su término municipal dentro de un círculo de diez kilómetros con centro en una central nuclear (art. 5 de los Estatutos), a quienes no se puede negar la condición de afectados por los Planes Directores correspondientes a los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las centrales nucleares. Se añade, en segundo lugar, que «resulta injustificable que la Administración discuta la legitimación o el carácter de afectados por estos Planes Directores cuando, como ha quedado probado, se lo ha reconocido en el trámite para la aprobación del Plan Básico de Emergencia Nuclear (PLABEN), que ha sido objeto de impugnación en otro proceso seguido ante esta misma Sala bajo el núm. 103/2003, resuelto recientemente por nuestra Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2008». Por lo demás, el Tribunal Supremo estima el recurso, apreciando un defecto invalidante: la falta de audiencia a la Asociación durante la elaboración de los Planes.

La STC 85/2008 otorgó el amparo al ayuntamiento de Lena (Asturias) por entender que el TSJ Asturias violó su derecho a la tutela judicial efectiva al inadmitir su recurso contra la aprehensión que el ayuntamiento de Quirós realizó de varias caballerizas.

El TSJ considera que, al pertenecer las caballerizas a concretos vecinos de Lena, el Ayuntamiento de esta localidad carece de un interés justificativo de su legitimación. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, el ayuntamiento «ostenta un interés legítimo en el mantenimiento del orden público en su territorio, y por ello cabe entender que, al impugnar una vía de hecho consistente en determinados “prindajes”, el interés del municipio recurrente no se limita exclusivamente a la cesación de dicha actuación concreta, sino que, más allá del fallo, se persigue la obtención de una resolución judicial sobre el fondo de la cuestión que contribuya a solucionar los continuos problemas que afectan a la mayoría de sus vecinos».

El trabajo de CARBONELL PORRAS realiza una verdadera construcción dogmática firmemente anclada en la legislación general [Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), LJCA] y sectorial (medio ambiente, consumidores y usuarios, colegios profesionales, inmigración, igualdad) y en la jurisprudencia en torno a la legitimación para recurrir en la jurisdicción contencioso-administrativa de grupos, asociaciones y corporaciones.

El trabajo insiste en la diferencia entre la *legitimación indirecta representativa* de las asociaciones, grupos o corporaciones para activar un proceso contencioso-administrativo; y la *legitimación directa colectiva* de que a veces disponen estas organizaciones. La primera se refiere al ejercicio colectivo por parte de estas personas jurídicas de derechos o *intereses legítimos individuales*. La segunda se corresponde con el ejercicio de *intereses legítimos colectivos*. La primera puede estar prevista en la Ley, aunque no debe estarlo necesariamente: nada impide a los titulares de derechos o intereses legítimos organizarse para defenderse colectivamente, creando una asociación para que actúe en el proceso contencioso-administrativo. La segunda debe estar necesariamente prevista en la Ley: la legitimación colec-



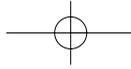
tiva debe configurarla el legislador, al que corresponde la tarea política de determinar qué valores y principios merecen una protección cualificada; en ningún caso puede depender de la voluntad asociativa de los ciudadanos. El interés legítimo individual ejercido colectivamente no es sino el interés legítimo clásico u ordinario a que hace referencia el art. 19 LJCA. El interés legítimo colectivo representa, en cambio, una categoría intermedia entre el interés legítimo ordinario, que da acceso a la jurisdicción; y el interés simple en la legalidad y el buen funcionamiento de la Administración, que no abre la vía judicial: es un interés que trasciende a los ciudadanos concretos, pero que permite el acceso a la jurisdicción, aunque sólo a las organizaciones legalmente habilitadas.

Con estas bases, puede afirmarse, en línea con la STS citada, que las federaciones y asociaciones de Entidades locales tienen legitimación para recurrir los actos que afectan a la esfera de derechos e intereses de sus asociados, sin que, por lo demás, sea preciso que cada uno de ellos se oponga a la medida de que se trate. Y puede sostenerse, quizá, que, junto a esta legitimación, pueden hacer valer un interés legítimo colectivo cuando no pueda fácilmente entreeverse que la medida discutida afecte a esa esfera de derechos e intereses de los Entes locales representados. Esto porque es posible que la LBRL satisfaga el requisito de la habilitación legal al disponer que «las Entidades locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes». Ocurre que, en la práctica, la mayor parte de los recursos formulados por estas asociaciones se refieren a casos en que los Entes locales asociados habrían podido recurrir individualmente haciendo valer un derecho o interés legítimo ordinario. Se trata, pues, de supuestos de ejercicio colectivo de derechos o intereses legítimos individuales, más que de acciones de defensa de intereses legítimos colectivos.

4. Otras cuestiones

En relación con el *dies ad quem* del plazo para recurrir destaca la STS, Sala 3.^a, de 21 de octubre de 2008, dictada en el recurso 2239/2004.

El 22 de diciembre de 2000 la Administración notificó al interesado la resolución desestimatoria del recurso de reposición que había formulado. El Juzgado de Instrucción núm. 33 de Madrid, en funciones de guardia, rechazó el escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo que aquél intentó presentar el 22 de febrero de 2001. Al día siguiente, el interesado presentó tal escrito, junto con la certificación acreditativa del intento de presentación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que lo inadmitió por extemporáneo en Sentencia de 16 de enero de 2004. Interpuesto recurso de casación, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo dictó la Sentencia de 21 de octubre de 2008 estimando el recurso bajo el entendimiento de que la presentación del recurso se había producido dentro del plazo legal de dos meses. Esto por entender que resulta aplicable el art. 133.1 LEC, que dispone: «Cuando la presentación de un escrito está sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial». La Sala se apoya en la disposición final primera de LJCA y en el art. 4 LEC, que permiten la aplicación supletoria de las normas del proceso civil en el orden contencioso-administrativo: la presentación de escritos de término (cuando no es



posible efectuarla en la Secretaría del órgano judicial o en la oficina del servicio) carece de regulación en la LJCA, por lo que puede realizarse en la forma prevista en el art. 135.1 LEC. Por lo demás, «tal criterio se confirma por la doctrina del Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como las 243/2006, 343 y 348/2006, ambas de 11 de diciembre, en las que se argumenta y declara que las interpretaciones contrarias al mismo no superan el canon de razonabilidad aplicable en cuanto privan al interesado de la posibilidad de disponer de la integridad del plazo o término establecido por la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. En estas circunstancias y constando en las actuaciones [...] la presentación de dicho escrito de interposición en la Sala de instancia el [...] 23 de febrero de 2001, habiéndose notificado la resolución el 22 de diciembre de 2000, ha de entenderse presentado dentro de plazo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...], y al no entenderlo así la Sala de instancia incurrió en una infracción».

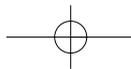
La interpretación propuesta es sin duda plausible. Con ella el Tribunal supera definitivamente una jurisprudencia contradictoria sobre la aplicación del art. 135.1 LEC en la jurisdicción contencioso-administrativa. Téngase en cuenta que a partir de las 15:00 del día de vencimiento no pueden presentarse escritos procesales, dado el horario de apertura de los Registros de juzgados y tribunales (9:00-15:00) y dada la vigente prohibición de presentación en juzgados de guardia (art. 133.2 LEC). De este modo, se recorta materialmente el plazo, pese a que rige el principio general de que el día de vencimiento expira a las veinticuatro horas (art. 133.1 LEC). Por eso la prolongación del plazo hasta las 15:00 del día siguiente al de vencimiento no debe interpretarse como una concesión graciosa, sino como una regla enteramente consecuente con el principio del art. 133.1 LEC y el derecho a la tutela judicial efectiva.

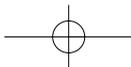
En cuanto a la ejecución de sentencias, el profesor R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN ha publicado una interesante monografía con el sello de la editorial Thomson/Civitas (Cizur Menor): *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*. El trabajo se centra en las causas de no ejecución de las sentencias contencioso-administrativas, escuetamente reguladas por la LJCA. A tal efecto, expone el estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y analiza alguno de los casos más controvertidos: imposibilidad de ejecución de sentencias como consecuencia de un cambio normativo, de la existencia de terceros de buena fe o de la construcción de una obra pública.

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. El Tratado de Responsabilidad Civil de Fernando Reglero Campos

En materia de Derecho de daños, la aportación doctrinal más significativa es sin lugar a dudas el *Tratado de Responsabilidad Civil* de tres tomos publicado el pasado curso en la colección «Nuevos clásicos» de Thomson/Aranzadi (Cizur Menor). Todos los autores son catedráticos y profesores titulares de Universidad, la mayor parte de Derecho



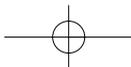


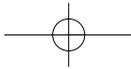
civil, aunque alguno de Derecho administrativo. Han trabajado bajo la coordinación *real* de L. F. REGLERO CAMPOS, Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha que sufrió un accidente fatal de espeleología en Cuenca justo cuando estaba ultimando la obra. El *Tratado* es un testimonio del buen hacer de este profesor, al que desde aquí quiero rendir un sentido homenaje: gracias a él, disponemos ya en España de un verdadero tratado que constituye con toda probabilidad la mejor y más completa obra española consagrada al instituto de la responsabilidad por daños.

Se trata de una cuarta edición, pero representa, en realidad, una obra nueva: pasa de uno a tres volúmenes e incluye múltiples temas nuevos y una revisión de todos los inicialmente tratados. Un aspecto muy destacable es que el daño constituye el objeto del primero de los capítulos dedicados a los elementos de la responsabilidad civil. El daño es la fuente y la medida de la responsabilidad civil o patrimonial, pero los trabajos académicos suelen analizarlo después de (y con menos intensidad que) el resto de elementos (hecho ilícito, nexo causal y título de imputación). Además, el estudio del sistema legal de valoración del daño corporal recibe un capítulo de la parte general en lugar de un epígrafe del capítulo de la parte especial sobre el automóvil. Se trata de un criterio verdaderamente acertado: es hora ya de que adjudiquemos a la cuantificación del daño la misma importancia que a la imputación (a la culpa, en particular), que tanto ha interesado e interesa a los académicos; y, a estos efectos, hay que tener en cuenta que el sistema de valoración es, de hecho, un sistema general que utilizan todos los órdenes jurisdiccionales (singularmente el contencioso-administrativo) además del Consejo de Estado y de varios de sus equivalentes autonómicos (después me referiré a algunos dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha que emplean el baremo). Igualmente relevante es que el capítulo sobre la causalidad no se limite al análisis de los criterios de restricción con que negar la responsabilidad en casos de causas probadas (teorías de la causalidad adecuada o de la imputación objetiva). Se aborda también el estudio de los criterios de ampliación con que afirmar esa responsabilidad en ausencia de prueba patente del nexo causal (singularmente, la teoría de la pérdida de oportunidad, a la que luego me referiré). Con esto se aborda una de las cuestiones más espinosas y apasionantes del moderno Derecho de daños que, por lo general, no ha recibido atención suficiente en los estudios generales. Por lo demás, la parte especial es verdaderamente completa e incluye un capítulo muy detallado sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

2. El título de imputación

En 2008 la jurisprudencia ha seguido defendiendo la concepción *panobjetiva* de la responsabilidad patrimonial: sigue siendo habitual que los primeros fundamentos jurídicos de las sentencias afirmen que los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas son sólo la existencia de un daño antijurídico y de relación material de causa a efecto entre éste y el funcionamiento del servicio público. Pero, y al





igual que en años anteriores, esas sentencias, aunque no adjudican *formalmente* relevancia a la culpa ni, en general, a los criterios jurídicos de imputación, suelen analizar lo sucedido y condenan al resarcimiento del daño sólo después de comprobar que concurre uno de tales criterios.

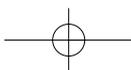
Uno de tantos ejemplos es la *STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) núm. 1211, 2008, de 21 de julio, Ar. 30253*, en relación con el atropello de un niño de siete años por un remolque durante el desarrollo de las fiestas patronales de Molvizar. Afirma que para que surja la «responsabilidad directa y objetiva» de la Administración, de conformidad con la Ley 30/1992, los requisitos exigibles son sólo el daño y el nexo causal. Pero condena a la Administración por no adoptar «medidas de protección pertinentes, como pudieran ser las referentes a la colocación de vallas que delimitaran el camino de la cabalgata», lo que es tanto como fundamentar la responsabilidad en un título de imputación: la culpa.

Así pues, aunque los Tribunales declaran que la responsabilidad patrimonial es puramente objetiva, no reconocen el derecho resarcitorio sino en presencia de un título jurídico de imputación que se enmascara tras el requisito de la antijuridicidad (considerando antijurídico el daño cuando hay culpa, movilización de un riesgo específico, sacrificio especial o incumplimiento) o el de la causalidad (apreciándola cuando hay culpa, desencadenamiento de un riesgo específico, sacrificio especial o incumplimiento).

La *culpa* ha funcionado como título de imputación en múltiples pronunciamientos de 2008. Pueden citarse las *SSTSJ Madrid e Islas Canarias (Las Palmas), Salas de lo Contencioso-Administrativo (Secciones 2.ª y 1.ª), núms. 430/2008, de 28 de febrero y 62/2008, de 4 de enero, Ar. 165846 y 323*, respectivamente. La primera condena al ayuntamiento de Majadahonda por «la falta grave de diligencia como es cortar metal con un radial, con profusión de chispas, al aire libre junto a una zona llena de hierba seca en pleno mes de julio, lo que previsiblemente conlleva un alto riesgo de incendio, que no valoraron los operarios». La segunda condena al ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana por no haber evitado o paliado los daños derivados del desbordamiento de un barranco a causa de lluvias, pues debió construir instalaciones de desagüe así como vigilar y controlar el cauce del barranco.

El *riesgo específico* ha funcionado como título de imputación en la *STSJ Castilla y León (Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), núm. 573/2008, de 16 de abril, Ar. 215916*, en relación con los daños ocasionados al vehículo del recurrente por un toro escapado e incontrolado del encierro organizado por el ayuntamiento de Aldeamayor de San Martín. El Tribunal aprecia que, de conformidad con la legislación taurina, la Administración responsable tiene la obligación de procurar la integridad de los participantes y, en el caso, el actor ni siquiera ostenta la condición de participante, por lo que debe indemnizarsele. A mi juicio, es éste un supuesto de responsabilidad por riesgo habida cuenta de que, aunque el ayuntamiento hubiera extremado las medidas de seguridad, si el toro escapado produce daños a los no participantes, debe responder, salvo que acredite la intervención de una fuerza mayor extraña al riesgo desplegado.

El *sacrificio especial* ha funcionado como título de imputación en la *SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 5 de noviembre de 2008, Ar. 366783*, que reconoce el derecho a indemnización de los daños económicos y personales derivados del cierre



cautelar de una discoteca durante tres años con ocasión de la tramitación de un procedimiento que finalizó con una sanción posteriormente anulada en virtud de un recurso de reposición. A mi juicio, se trata de un supuesto de responsabilidad basada en el sacrificio especial habida cuenta de que procede reparar el daño aun en el caso de que la medida cautelar fuera correctamente adoptada.

El *incumplimiento* ha funcionado como título de imputación en la *STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 27 de mayo de 2008, Ar. 5538*, que indemniza algunos de los daños derivados de la anulación (vía recurso de reposición interpuesto por un tercero) de la licencia para la reforma de garaje: «es claro que la anulación de la licencia ha determinado la modificación del acceso de los vehículos a las plazas de aparcamiento del edificio [...] por lo que ha de indemnizarse el coste de las obras precisas para ello». Aunque el Tribunal no lo diga, es claro que el fundamento de esta responsabilidad se halla en el incumplimiento del principio de confianza legítima. El acto de otorgamiento de la licencia ilegal generó un estado de confianza en el marco del cual el particular llevó a cabo unos actos de disposición (gastos e inversiones para la realización de las obras) que habría dejado de realizar de haber sabido desde el principio que la autorización no podía adoptarse. De ahí que, con base en el principio de confianza, puedan indemnizarse los daños aparejados a los actos de disposición realizados desde que la Administración produjo el acto generador de confianza (el otorgamiento) hasta el momento en que se vio obligada por imperativo del principio de legalidad a adoptar el acto defraudador (la anulación).

3. El nexo causal y su prueba

En relación con el nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad patrimonial se han producido en 2008 interesantes novedades doctrinales y jurisprudenciales. Me refiero, en particular, a la aceptación progresiva de un expediente teórico que sirve para indemnizar en supuestos en que falta la prueba patente del nexo causal: la doctrina de la pérdida de oportunidad.

La teoría general de la causalidad obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un solo sujeto: sobre el agente dañoso, cuando, ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba para afirmar un nexo causal dudoso, y ordena la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima, cuando el órgano judicial mantiene ese estándar ordinario y niega el nexo causal y la responsabilidad. Es el principio del «todo o nada». La teoría de la pérdida de oportunidad altera este planteamiento, pues distribuye el peso de la incertidumbre causal entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo. De este modo, se brinda una solución equilibrada que pretende acomodarse a una sensibilidad judicial a la que repugna la liberación del agente dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le conmine a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de los Entes locales la doctrina de la pérdida de oportunidad está llamada a tener un amplio juego en el sector de los contratos públicos: en casos de irregularidad en la adjudicación, cuando no puede tenerse por cierto el nexo causal porque hay sólo una probabilidad seria (no alta) de que el licita-

dor perjudicado hubiera obtenido el contrato de haber actuado el Ente local conforme a Derecho.

Pues bien, el *Tratado de Responsabilidad Civil* mencionado aborda los perfiles teóricos de la figura dentro del volumen I (Parte General) en el Capítulo dedicado al nexos causal, que firman los profesores L. F. REGLERO CAMPOS y L. MEDINA ALCOZ. A su vez, la catedrática de Derecho civil de la Universidad del País Vasco C. I. ASÚA GONZÁLEZ ha publicado una monografía que analiza críticamente la jurisprudencia de los Tribunales y pone de relieve cómo a menudo el expediente se utiliza, no para indemnizar en casos de falta de demostración del nexos causal, sino para reducir las compensaciones que deberían corresponder en su totalidad por existencia de suficiente prueba (*Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2008, 235 pp.).

En cuanto a la jurisprudencia, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo viene aplicando la teoría de manera subrepticia y no muy precisa en casos de ausencia de consentimiento informado.

Expresiva de esta tendencia es la *STS, Sala 3.^a, de 1 de febrero de 2008, Ar. 1349*, en relación con intervención a una paciente aquejada de cáncer de mama que no evitó la paroplejía. Estima demostrado que la paciente fue informada de los riesgos aparejados a la intervención, pero no de los posibles tratamientos alternativos; tratamientos que, al parecer, eran más seguros. Además, no se informó de que la intervención en ningún caso podía evitar la paroplejía y la paciente se sometió a ella precisamente para tratar de evitarla. Todo ello determina que deba resarcirse a la víctima, no el empeoramiento de su salud (pues no es seguro que un tratamiento alternativo hubiera podido evitarlo), sino la pérdida de la oportunidad de optar por un tratamiento alternativo, fijando la indemnización en 60.101,21 euros. De este modo y ante la imposibilidad de afirmar el nexos causal, el Tribunal afirma una responsabilidad cuya medida no se corresponde con el valor total del daño personal padecido.

A mi juicio, se trata de una doctrina correcta, aunque debería distinguirse el inequívoco daño moral derivado de la violación del derecho del paciente a autodeterminarse de la pérdida de oportunidad, que es la teoría que sirve para indemnizar parcialmente un daño cuya conexión causal es dudosa. Parece, pues, más acertado que a la partida de daño moral se sume la de pérdida de oportunidad, sin confundirse.

Pero en 2008 la Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha aplicado abiertamente la doctrina en otras sentencias, situando su jurisprudencia en línea con la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que viene empleándola desde 2003.

Lo ha hecho en dos asuntos: 1) la *STS, Sala 3.^a, de 7 de julio de 2008*, se refiere a un submarinista que sufre un accidente de descompresión en Cullera. Este tipo de contingencia exige actuar con la máxima celeridad introduciendo al afectado en una cámara hiperbárica, de modo que, a mayor demora, mayor riesgo de que el tratamiento resulte ineficaz. En Valencia no había una cámara hiperbárica, por lo que hubo que trasladar al buceador a un hospital barcelonés. El problema fue que el traslado no se hizo en helicóptero, sino en ambulancia, y que ésta salió casi cuatro horas después de que el paciente

ingresara en el hospital «La fe» de Valencia. El tratamiento fue ineficaz quedando el paciente postrado en silla de ruedas. 2) La STS, Sala 3.^a, de 26 de junio de 2008, se refiere a un error de diagnóstico: ante la sospecha de enfermedad tuberculosa, se indicaron determinadas medicinas. La paciente no sufría tuberculosis y tenía una predisposición individual a padecer toxicidad por esas medicinas. Se suspendió el tratamiento, pero la paciente ya había desarrollado una neuritis óptica bilateral con disminución de agudeza visual.

En ambos casos el Tribunal afirma que la actuación de la Administración sanitaria no se ajustó al estándar exigible de calidad: en el primero, por la ausencia de cámara hiperbárica en una zona de costa como es Valencia, la no utilización de helicóptero para el traslado y el retraso de la salida de la ambulancia. En el segundo, por la falta de pruebas encaminadas a verificar el diagnóstico de tuberculosis y, en todo caso, por la no indicación de las vitaminas que hubieran podido contrarrestar los efectos de las medicinas antituberculosas. A su vez, en los dos supuestos se descarta que exista la prueba del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño (la paraplejia y la neuritis) porque es posible que éste hubiera seguido produciéndose, aunque la Administración hubiera actuado correctamente (transportando rápidamente al buceador a Barcelona; y diagnosticando adecuadamente la dolencia o, al menos, aconsejando la toma de esas medicinas que contrarrestan los efectos de las antituberculosas). Por eso condenan a abonar en concepto de pérdida de oportunidad unas cantidades (90.000 euros y 30.000 euros) notablemente inferiores a las pretendidas por los recurrentes (123.604 euros y ¿?). En el primer caso se afirma: «aquel principio (de reparación integral) no demanda el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que no soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener un resultado distinto, más propicio y benigno». En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo declara en esta misma línea: «no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que de haberse administrado vitamina B6, los resultados hubieran podido ser otros».

Hay que valorar positivamente estas sentencias, pues hacen suyo un expediente que, aunque difícilmente compatible con la teoría clásica de la causalidad, puede servir para proporcionar soluciones equilibradas en supuestos en que no parece justo que se condene a la Administración a reparar totalmente un daño que pudo no haber causado; ni que se obligue a la víctima a pechar totalmente con un perjuicio que pudo no haber padecido. Y resulta comprensible que a tal efecto el Tribunal se acoja al artificio de afirmar que el concepto indemnizado es un daño en sí mismo, distinto del perjuicio *real*, como si la posibilidad de curación fuera un bien integrado en el patrimonio personal de la víctima. Pero es altamente criticable que cuando el Tribunal recobra la instancia y valora el daño deje de acogerse a criterios de racionalidad con que cuantificarlo, estableciendo las indemnizaciones de manera global y a ojo. También que abuse por defecto de la doctrina de la pérdida de oportunidad para rebajar indemnizaciones que, en rigor, deberían ser totales por haber suficientes elementos de juicio para tener por demostrado el nexo causal. De hecho, este uso abusivo se ha producido, posiblemente, en las dos sentencias referidas.

En la primera el Tribunal hace suyo un informe según el cual se recupera globalmente el 71,5 por 100 de los accidentados disbáricos sometidos a tratamiento durante las primeras seis horas. Y si esto es así, pudo perfectamente afirmarse la prueba de la causalidad, pues el umbral de certeza se sitúa en cifras cercanas a ese porcentaje; o pudo, en todo caso, concederse el 71,5 por 100 del valor de los perjuicios padecidos.

En el segundo pronunciamiento parece que no hay duda de que la medicina tuberculosa generó la neuritis óptica, pudiéndose afirmar el nexo causal. Lo dudoso es, probablemente, que la Administración infringiera la *lex artis* al aplicar un protocolo establecido y no indicar las vitaminas que contrarrestan los efectos adversos de la medicina tuberculosa en el escasísimo número de pacientes en que tales pueden manifestarse. De hecho, la sentencia *a qua* no tuvo problema en afirmar el nexo causal, pero liberó a la Administración por entender que había actuado correctamente.

En este punto son realmente destacables los *dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*. Así, el núm. 91/2008, de 29 de abril, en relación con la reclamación administrativa de un paciente cuyo cáncer de pulmón fue tardíamente diagnosticado e intervenido, lo que «le restó probabilidades de sobrevivir a tan grave dolencia». También el *Dictamen núm. 199/2008*, de 1 de octubre, en relación con la reclamación administrativa por una incorrecta interpretación de síntomas: la paciente fue diagnosticada de gastritis crónica astral y padecía, en realidad, cáncer gástrico.

En ambos casos se aconseja la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, recogiendo el párrafo siguiente: «Creación jurisprudencial que sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de una posibilidad de curación, de manera que del estudio de la casuística jurisprudencial se puede concluir que sería suficiente la existencia de la posibilidad de que la intervención médica hubiera podido evitar el daño para que nazca el derecho a reclamar una indemnización; todo ello en la hipótesis de que un tratamiento más acorde a la *lex artis* hubiera podido producir un resultado final distinto y más favorable (Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2003, Ar. 264821)».

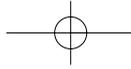
Lo más destacable es que este órgano consultivo se esfuerza, de un lado, en valorar el daño personal y sus consecuencias económicas utilizando al efecto los criterios del sistema legal de valoración incluido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; y, de otro, en proyectar sobre esta valoración un porcentaje que expresa de manera aproximada las probabilidades de curación.

El primer dictamen señala: «la indemnización debe ir referida a la oportunidad y no al daño real. En consecuencia, la indemnización debe ser necesariamente inferior a la que correspondería por éste y, en todo caso, proporcional a las expectativas de éxito (de curación o de supervivencia) de la oportunidad que se perdió. Partiendo de la dificultad de la determinación en cifras de lo que ha supuesto esa pérdida en las posibilidades de sanación, o simplemente, de supervivencia, la propuesta de resolución la ha estimado en un 30 por 100 sobre la indemnización procedente, ya que entiende que, “no todos los daños alegados por la parte reclamante derivan del retraso del diagnóstico y tratamiento del tumor, sino de su propia patología”. Porcentaje en el que se valora el daño consistente en

la pérdida de oportunidad que este Consejo considera adecuado. Difícil es, sin duda, también determinar sobre qué concepto cuantitativo se aplica el anterior porcentaje. La propuesta de resolución —al igual que hizo el Consejo en dictámenes tales como el 142/2005 y 34/2006— toma como referencia la cantidad que, según el baremo del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor de 29 de octubre de 2004, señala para causa de muerte, y que, por aplicación del antecitado 30 por 100, se cifra en 29.766,81 euros. A juicio de este Consejo con relación a la indicada cantidad deben realizarse las siguientes presiones: *a)* El momento al que habría que referir el cálculo de la cuantía no sería el año 2007, como se hace en la propuesta de resolución, sino el año 2006, que fue en el que se produjeron las actuaciones sanitarias por las que se indemniza, y, por tanto, la valoración debe realizarse utilizando la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 3 de febrero de 2006, con lo que la cantidad a tener en cuenta por cónyuge no sería la figurada en la propuesta de 99.222,70 euros, sino 96.614,12 euros. Aplicando a esta cantidad el porcentaje del 30 por 100 ya indicado, la indemnización ascendería a 28.984,23 euros. *b)* Tal cantidad debería ser incrementada en un 10 por 100 por aplicación del factor de corrección previsto en la tabla IV del indicado baremo, por tratarse de un paciente de sesenta y cuatro años al ocurrir los hechos por los que se le indemniza, lo que haría un total de 31.882,66 euros. En la expresada indemnización deben considerarse incluidos los daños morales, conforme señala expresamente el baremo que se ha utilizado para cuantificarla, y debe ser objeto de actualización conforme a lo previsto en el art. 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

En el segundo caso, la propuesta de resolución cuantificó la probabilidad causal en un 45 por 100, pero el Consejo no considera que esta cifra se ajuste a «las verdaderas posibilidades que la paciente hubiera tenido de curarse si el mal hubiera sido detectado cuando se realizó la gastroscopia. Así, a la vista del informe de la inspección, se concluye que, si el análisis histológico se hubiera realizado cuando se efectuó la gastroscopia para confirmar el diagnóstico o bien detectar el cáncer, éste se hubiera descubierto precozmente, lo que habría favorecido que la paciente tuviera un 95 por 100 de probabilidades de sobrevivir a los cinco años». En función de esta probabilidad y en las reglas del baremo, establece cantidades separadas para el viudo (94.261, 565 euros) y cada hijo menor (39.275, 6.505 euros). Y a estas cantidades añade los ingresos de la fallecida que, al no haberse concretado su alcance, se cifran en un 10 por 100, «según criterio reiteradamente señalado por este Consejo en sus dictámenes». Y, por último, para alcanzar la «plena indemnidad del perjuicio causado», se ordena la actualización de la indemnización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de acuerdo con el art. 141.3 de la Ley 30/1992.

Hay en estos dictámenes algún aspecto criticable. Así, el segundo de ellos no tiene por cierto el nexo causal ante un 95 por 100 de probabilidad de que lo haya: la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en supuestos en que la probabilidad causal supera un umbral mínimo de seriedad sin llegar al máximo de certeza; y este último se sobrepasa claramente en el caso. A su vez, los dos informes aplican el incremento del 10 por 100 en concepto de lucro cesante una vez proyectada la probabilidad causal sobre el valor de los daños personales (calculados de conformidad con el sistema legal de cuantificación para accidentes de circulación). Aunque no afecta al resultado final, lo estrictamente correcto sería calcular primero el valor de los daños padecidos (tanto personales como

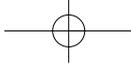


económicos) y multiplicar después la cantidad resultante por el porcentaje de probabilidad. Porque la incertidumbre causal afecta a todos los daños, de uno y otro tipo. Pero, en todo caso, si estas críticas pueden realizarse, es por la ciertamente encomiable voluntad del Consejo de vertebrar y razonar sus soluciones indemnizatorias. Cuando la determinación del alcance de la responsabilidad se ventila con soluciones globales y no muy razonadas, como ocurre habitualmente en la jurisprudencia española, resulta difícil o imposible el análisis crítico que concrete su grado de acierto o corrección. Ahí radica la maravilla institucional de la vertebración y de la motivación, pues son éstas las que permiten la discusión. Son garantías metodológicas con las que, a la postre, resulta más fácil asegurar la justicia de la decisión. Por lo demás, las críticas formuladas no deben ocultar el muy correcto manejo de la teoría de la oportunidad, afirmándose claramente su ámbito de aplicación (casos de incertidumbre causal) y su contenido (una regla de responsabilidad proporcional que exige valorar de manera aproximada el porcentaje de probabilidad causal para multiplicarlo por el importe de los daños padecidos).

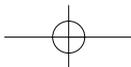
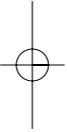
4. La acción de regreso de la Administración contra el empleado público causante del daño

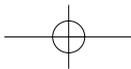
Hasta ahora la doctrina ha valorado positivamente el régimen de responsabilidad restringida (sólo si hay dolo o culpa grave) de los empleados públicos frente a la Administración repara el daño al particular (art. 145 de la Ley 30/1992). Se dice que este sistema, por un lado, facilita la ejecución de las tareas públicas, evitando las actitudes excesivamente cautelosas y defensivas que adoptaría un funcionariado sobre el que pesara la amenaza de una amplia responsabilidad; y, por otro, propicia un clima de mayor compromiso, impidiendo la absoluta irresponsabilidad del empleado público y la consecuente injusticia de que la Hacienda pública y, por tanto, los contribuyentes soporten las consecuencias lesivas de las irregularidades más groseras. Pero es bien sabido que la Administración no ejerce la acción de regreso contra sus funcionarios, y ello pese a que la reforma de la Ley 4/1999 ha pretendido configurarla, al menos en alguna medida, como obligatoria.

El profesor de la Universidad de Valencia, G. DOMÉNECH PASCUAL en un reciente artículo publicado en la revista electrónica *Indret 2/2008* («Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», 20 pp.) ha intentado explicar por qué *de facto* la Administración deja de ejercer la acción de repetición a la vez que proponer la eliminación *de iure*, pura y simplemente, de este mecanismo, distanciándose de la posición doctrinal hasta ahora dominante. Se trata de una explicación y de una propuesta basados en un análisis económico del Derecho, lo que es sin duda una virtud habida cuenta de que, en España, lo habitual es que los autores que manejan esta metodología se limiten a dar cuenta de los resultados producidos por analistas norteamericanos. Podrá discutirse la relevancia excluyente que algunos autores asignan a esta metodología, pero no la necesidad de tomarla en consideración.



A juicio de este autor, si con toda normalidad la Administración repercutiera en sus funcionarios las indemnizaciones pagadas en hipótesis de dolo o culpa grave, es posible que cayera en picado la demanda de empleo público: «sólo los más incompetentes, los más insensatos, los peor informados o los más deshonestos estarían dispuestos a ocupar determinados puestos en el sector público». Los «capaces, razonables, bien informados y honrados» no lo estarían salvo que se elevaran sus retribuciones para que pudieran contratar un seguro que cubriese sus responsabilidades frente al ejercicio de la acción de regreso. Pues bien «a la Administración que pretende incorporar y mantener empleados de un nivel de calidad aceptable, le sale más barato asumir directamente el coste de los daños causados negligentemente por aquéllos que subirles el sueldo para que puedan pagarse un seguro». Por eso este autor aboga por eliminar la acción de regreso. Entiende, además, que el mantenimiento de este «bonito florero» contribuye a generar un clima de desconfianza hacia el Derecho, pues esto es lo que ocurre al constatarse que hay normas sistemáticamente incumplidas, sin que se produzca ningún género de efecto.





Empleo público

María DE SANDE PÉREZ-BEDMAR

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

Palabras clave: funcionarios; miembros no electos; agentes locales

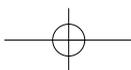
Key words: civil servants; non-elected members; officers

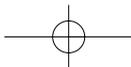
SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DESARROLLO DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO (EBEP) EN EL ÁMBITO LOCAL.—1. Problemas de delimitación de competencias en materia de ordenación del empleo público local.—2. El, por el momento, escaso recurso a la negociación colectiva como instrumento de desarrollo del EBEP.—3. Elaboración de estudios para la aplicación del EBEP.—III. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RELATIVOS A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO LOCAL.—1. A vueltas con el nombramiento de personal eventual.—2. Utilización irregular de la contratación temporal y facultades de organización de las entidades locales.—3. Cuestiones anexas a la contratación laboral temporal: diferencias entre becas y contrato de trabajo.—IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA JORNADA DE TRABAJO DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

I. INTRODUCCIÓN

El indudable reforzamiento de las capacidades autoorganizativas de las entidades locales a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), debería permitir a estas administraciones territoriales una más cómoda dirección objetiva de su empleo público. Ciertamente, éste es un ámbito en el que cabe la iniciativa de las Comunidades Autónomas, pero, en este momento y con el texto legal vigente, está reconocida la iniciativa local a través de la reglamentación y la ordenanza, siempre dentro del respeto a la reserva de ley *ex art.* 103.3 CE.

No obstante lo anterior, se observa un lento proceso de puesta en marcha de los mecanismos necesarios para la realización efectiva de tales posibilidades. Ello es en parte comprensible debido a la actual coyuntura económica que impone la adopción de políticas encaminadas a la resolución de los problemas que se van planteando en variados campos y no favorece la planificación, la reflexión y el debate de mecanismos de gestión del empleo con la vista puesta en el medio o largo plazo.





II. DESARROLLO DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO (EBEP) EN EL ÁMBITO LOCAL

1. Problemas de delimitación de competencias en materia de ordenación del empleo público local

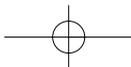
No debe dejarse de hacer una mención a los problemas que en materia de desarrollo están planteados a raíz de la entrada en vigor del EBEP. Con especial referencia al marco normativo del empleo público local se presentan innumerables cuestiones aún no resueltas que se han ido evidenciando a lo largo de este año 2008. Se plantean dificultades en la gestión de los recursos precisamente porque la aplicación efectiva de la nueva normativa no es fácil, comenzando por poder saber qué es derecho vigente, qué ha resultado derogado..., etc. En principio contamos con una aparente permanencia o continuidad del sistema, pero en el nuevo contexto que inauguró el texto legal es clara, como decimos, la existencia de un reforzamiento de la autonomía local y de las potestades organizativas de los ayuntamientos dentro de una más flexible gestión de sus recursos humanos.

La cuestión planteada a lo largo de estos meses es si los ayuntamientos pueden, sin más, sin esperar al legislador autonómico, poner en marcha sistema de evaluación del desempeño, sistemas reguladores de una dirección pública o relativos a los directivos públicos, o regular sistemas propios de provisión de puestos de trabajo de concurso y de libre designación, por poner diferentes ejemplos. Sobre estas cuestiones puede verse: R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Marco competencial de la Generalitat en materia de empleo público y estructura y ordenación del empleo público desde la perspectiva local», publicado en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80, 2008, pp. 145 y ss.

En todo caso, se trata de una cuestión abierta sobre la que se podría aventurar una, cautelosa, pero afirmativa respuesta: Las Corporaciones Locales tienen margen para efectuar un desarrollo propio del EBEP. La otra cuestión, importante igualmente, es la referente al procedimiento para hacerlo, es decir, ¿mediante la potestad autoorganizativa reconocida a estas entidades o a través de sistemas de negociación colectiva? No es algo que deba quedar a la unilateral decisión de las administraciones locales, al menos no si entendemos aplicables las previsiones del EBEP que llama a la negociación colectiva como vehículo de desarrollo de lo establecido en su articulado. Pero aquí, la vaguedad de la técnica legislativa empleada vuelve a poner de manifiesto problemas de serio calado.

2. El, por el momento, escaso recurso a la negociación colectiva como instrumento de desarrollo del EBEP

Así pues, hay que tener en cuenta la llamada a la negociación colectiva como vehículo de desarrollo de lo dispuesto en el EBEP. No obstante, tampoco en este aspecto se observa por el momento en el ámbito local un verdadero diálogo social encaminado a la implantación o la puesta en marcha del potencial que encierra en principio el texto esta-



Empleo público

477

tutario. Ciertamente, no se trataría ya de una negociación centrada en el incremento de derechos de los empleados públicos, esto es, no se trata de una negociación volcada en determinadas reivindicaciones económicas o de otro tipo, sino que, sin dejar olvidado este campo, tradicional y transitado en exceso, se adentre la negociación colectiva en materia de gestión concertada, o dialogada, o compartida, del empleo público; sobre todo en materias que encierran un alto valor estratégico, tales como la implantación de planes de evaluación del desempeño, el estatuto del directivo, el diseño de la carrera..., etc. Si no se pone en marcha un diálogo fructífero en el marco de la negociación colectiva, se corre el riesgo de perder la oportunidad de que la negociación colectiva sea el instrumento utilizado para consensuar y legitimar un cambio, necesario, por otra parte, en la gestión de los recursos humanos. Y las consecuencias de esta pérdida se traducirán en que las administraciones locales derivarán su iniciativa bajo las competencias de autoorganización unilateral, dejando vacío de contenido el fin perseguido desde el EBEP.

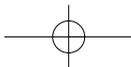
Sobre el régimen jurídico aplicable a esta negociación colectiva son interesantes las reflexiones de R. ROQUETA BUJ, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos locales tras el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Revista de Administración Local y Autónoma*, núm. 307, 2008, pp. 9 y ss. De entre todos los variados aspectos que trata la autora en su artículo destacan dos, como los más relevantes. Por una parte, el referido a la estructura negocial, y en segundo lugar el ámbito material de negociación en el marco local.

Acerca de la estructura negocial, es sabido que el EBEP establece la constitución de una Mesa General Común de negociación del personal funcionario y laboral en cada entidad local, además prevé la constitución de una Mesa General del personal funcionario y la posibilidad de establecer Mesas Sectoriales en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos.

Parte de la doctrina ha objetado, por considerar que puede multiplicar en exceso la constitución de mesas de negociación local, el que la Ley estableciera el ámbito local como unidad de negociación, pero lo cierto es que así es como ha quedado establecido y ello guarda, en mi opinión, coherencia con un modelo ya descrito que persigue ampliar el ámbito de actuación local en esta materia.

En todo caso, el EBEP también ha previsto la posibilidad de establecer una negociación supramunicipal para todas las entidades locales de una Comunidad Autónoma, como también se cuenta con la posibilidad de adhesión a un Pacto o Acuerdo de otra unidad de negociación, ambas alternativas corrigen en parte los riesgos de una excesiva atomización si se trata de entidades municipales de pequeña dimensión.

En cuanto al ámbito objetivo de la negociación colectiva en empleo público local, el punto de partida lo señalaba el EBEP al establecer (art. 37.1) que las materias recogidas dentro del ámbito objetivo de la negociación serían objeto de negociación, efectivamente, pero *en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en su caso*. Así pues, el texto legal



es poco claro y es necesario concretarlo atendiendo a los aspectos que son competencia del Estado, los que son competencia de las Comunidades Autónomas y los que entrarían dentro del poder de ordenanza municipal, siendo estos últimos los que podrían ser objeto de negociación en las mesas del ámbito local. Ello lleva a algunos autores, como la citada más arriba, a la conclusión de que el poder negocial en el ámbito local es residual, pues sólo podrá operar en aspectos en los que no se ha actuado por el poder normativo estatal o autonómico.

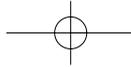
No obstante, ello supondría admitir que el EBEP no ha cambiado en nada el panorama anterior a su entrada en vigor y ello se compadece mal con los objetivos perseguidos. En consecuencia, hay que suponer que el EBEP está previendo la existencia de un marco material de competencias más amplio; si se admiten mayores facultades autoorganizativas a las entidades locales hay que admitir la posibilidad de que el contenido de determinadas materias sea susceptible de negociación con los representantes de los empleados. Otra cuestión es que exista una voluntad de hacerlo de este modo, lo cual, de momento, no parece estar claro.

3. Elaboración de estudios para la aplicación del EBEP

La mencionada ampliación del espacio normativo de las administraciones públicas locales con el fin de que las mismas puedan definir un modelo propio de función pública no se ha dejado pasar, dada la oportunidad que representa para reflexionar sobre el modelo mismo, y esto es lo que se ha emprendido desde algunos ayuntamientos como el de Madrid, que ha valorado el escenario y entendido que la adaptación al EBEP es complicada dadas las referencias asistemáticas del EBEP y el insuficiente o escaso reconocimiento a la posición institucional de las entidades locales en materia de empleo público. En consecuencia, ha optado por prepararse para ello y ha creado un grupo de trabajo para reflexionar sobre el alcance y la capacidad normativa de la ciudad de Madrid para desarrollar el Estatuto y concretar las distintas alternativas que se pueden plantear en el momento del establecimiento de su propio modelo de empleo público.

Fruto de este trabajo es el *Estudio sobre el Estatuto Básico del Empleado Público*, publicado por la Dirección General de Organización de Régimen Jurídico, el Instituto de Formación y Estudios del Gobierno Local de Madrid y el Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública en la Editorial Thomson Aranzadi en 2008. Se trata de una aportación de interés por cuanto expresa el trabajo y las reflexiones de un grupo de profesionales pertenecientes a la Administración y a la Universidad y apunta las líneas que se pretenden seguir en el desarrollo y concreción del modelo de empleo público del ayuntamiento de Madrid.

El citado estudio está estructurado en once capítulos, y cada uno de ellos guarda la misma organización, realizando en primer lugar una exposición de cada uno de los elementos más importantes introducidos por el EBEP; se incorporan después las propuestas que se han considerado oportunas y una referencia concreta a la capacidad del ayun-

**Empleo público**

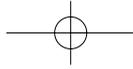
479

tamiento en los diferentes aspectos temáticos planteados. Por su claridad expositiva y su calidad, es un documento importante a estos efectos.

III. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RELATIVOS A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO LOCAL**1. A vueltas con el nombramiento de personal eventual**

La *STSJ Extremadura de 4 de marzo de 2008 (recurso de suplicación núm. 62/ 2008)*, resuelve el supuesto planteado por quien trabajó para un ayuntamiento demandado con un contrato temporal por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos en trabajos de albañilería. Cuando finalizó el contrato, se acordó por el Pleno del ayuntamiento, en la aprobación del presupuesto general ordinario, la previsión de contratación del actor como personal eventual de gabinete. Por resolución del alcalde se confirmó posteriormente el nombramiento del actor como personal eventual, para ocupar el puesto de trabajo de confianza y/o asesoramiento especial de oficial de obra. Al mismo día siguiente de la citada resolución se celebró contrato hasta el final de la legislatura para la realización de las tareas propias de categoría como oficial de obra. Cuando acabó la legislatura del gobierno local en cuestión, se le comunicó al trabajador la finalización de su contrato y éste demandó al ayuntamiento. El Juzgado de lo Social que conoció de la demanda, sin entrar en el fondo del asunto estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción. Dicha sentencia se recurrió en suplicación frente al Tribunal Superior de Justicia.

En su sentencia, la Sala de lo Social del TSJ expresa el reconocimiento de que el actor, efectivamente, ostentaba nombramiento como personal eventual para ocupar un puesto de trabajo de confianza o asesoramiento especial de oficial de obra. Así pues, lo acordado por el ayuntamiento era eso mismo, pero, según considera probado la Sala, aquello que fue acordado acabó siendo un contrato de naturaleza laboral de duración determinada en la modalidad de obra o servicio determinado para prestar servicios como oficial de obra. En este contrato se identificaba la obra o servicio como «tareas propias de categoría durante la legislatura actual» y se remitía a la regulación de dicho tipo contractual en la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el contrato, haciendo constar que no existía pactado convenio colectivo. En consecuencia, frente a lo que el Pleno del ayuntamiento acordó, lo cierto es que las partes formalizaron un contrato laboral, quedando confirmada la naturaleza laboral de la relación, además, por los actos posteriores efectuados en el devenir del contrato o en la ejecución del mismo. Todo ello no permite considerar, a juicio del Tribunal, que exista un nombramiento administrativo para cargo de confianza, por mucho que sus retribuciones se hayan satisfecho con cargo a la dotación presupuestaria para ello prevista, porque el consentimiento que las partes finalmente otorgaron lo fue para un contrato de trabajo de naturaleza temporal. En virtud de lo



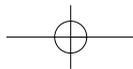
argumentado, la Sala considera competente por razón de la materia a la jurisdicción social y en consecuencia anula la sentencia recurrida para que el juzgador de instancia con libertad de criterio entre a conocer sobre el fondo de la pretensión del demandante.

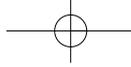
Es interesante este supuesto, ya que afecta a variados aspectos. Por un lado se presenta la cuestión de la discordancia entre lo que fue acordado por el órgano facultado para ello, en este caso el Pleno del ayuntamiento, que en uso de facultades atribuidas legalmente efectúa un nombramiento administrativo para cargo de confianza, y la realización posterior consentida por las partes de un contrato de trabajo de carácter temporal y sometido a la legislación laboral. Por otro lado, llama la atención del supuesto la singularidad de las funciones de confianza que en principio se le iban a atribuir al ahora demandante, toda vez que esas funciones de confianza o asesoramiento especial, como miembro del gabinete, por ejemplo de un órgano administrativo suelen revestir perfiles diferentes de los expuestos en el presente caso.

El personal eventual al servicio de las administraciones públicas se ha situado en el punto de intersección de dos importantes vectores del empleo público: el mérito y la confianza política. Las peculiares características de estos empleados que se incorporan al empleo público mediante un sistema de ingreso diferente del ordinario en este ámbito y para ejercer funciones calificadas de «confianza», explican que se trate de una categoría de profesionales que frecuentemente ha estado rodeada de polémica. Esto es evidente, sobre todo en referencia a la figura del personal eventual en las Corporaciones locales, ámbito en el que ha sido usual el nombramiento de personal eventual para desempeñar funciones directivas.

En el supuesto presente, no parecen ser de contenido directivo las funciones que se le atribuyen en el acuerdo del Pleno que autoriza el nombramiento para cargo de confianza, y ello es, a mi juicio, una muestra más de la considerable confusión que provoca la diversidad de clases de personal en el empleo público y de regímenes jurídicos reguladores de cada una de esas clases. Esta confusión se hace evidente también en una vertiente terminológica, ya que incluso es usual utilizar indistintamente, y sin efectuar mayores precisiones, términos como «empleado», «funcionario», «personal», «personal eventual», «interino»..., cuando la precisión en los conceptos resulta extremadamente necesaria para la correcta y clara descripción de cada uno de los regímenes existentes en este ámbito. Esta dificultad es una lógica consecuencia de la pluralidad de personal que puede prestar servicios para una Administración pública, sin que se observe en la práctica una clara distribución del lugar destinado a cada uno, posiblemente debido a la carencia de un marco regulador homogéneo y seguro.

El art. 12 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, regula la figura del personal eventual y lo define como aquel que, «en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin». La principal novedad que se ha introducido en esta regulación es que cada administración, en este caso las Corporaciones locales, dentro de





Empleo público

481

los márgenes que les sean aplicables, deben especificar el número máximo de puestos que pueden ser desempeñados por personal eventual y qué funciones pueden desempeñar. No parece que en el supuesto presente sean las funciones previstas las propias de esta categoría de empleados, sino que más bien se trata de cometidos que se corresponden mejor con la figura del trabajador asalariado. Hay que esperar a ver cuál es la resolución del juez de lo social en su sentencia, pero en principio parece que la utilización de la figura del personal de confianza no era adecuada en este caso.

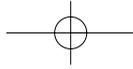
2. Utilización irregular de la contratación temporal y facultades de organización de las entidades locales

Por su parte, la *Sala de lo Social del TSJ de Cantabria en sentencia de 9 de mayo de 2008 (núm. de recurso 353/2008)* se detiene sobre la realización de contratos temporales por las entidades locales y los problemas que plantean en su adaptación a las singularidades de un entorno público. En concreto en la sentencia en cuestión se examina el supuesto de un despido improcedente como consecuencia de la extinción de un contrato de duración determinada, de un contrato para obra o servicio. En la sentencia se analizan los requisitos para su validez, pero sobre todo lo más interesante de esta sentencia es el análisis de la utilización de la contratación temporal y la reglamentaria provisión de la plaza hasta ese momento cubierta por el trabajador temporal. Éste es el asunto de fondo planteado en este caso y vuelve a poner de manifiesto las complejidades que encierra la aplicación del derecho del trabajo al ámbito del Derecho administrativo.

El supuesto de hecho es el siguiente: una trabajadora había sido contratada para prestar servicios en un ayuntamiento de Cantabria, en Campoo de Yuso, como auxiliar administrativo. La relación laboral se suscribió mediante un contrato de obra o servicio en el que se señalaba como objeto del contrato *necesidades del servicio*. Por otra parte, en la relación de puestos de trabajo del ayuntamiento constaba una plaza vacante de funcionario de la Escala de Administración General, Subescala Auxiliar; la trabajadora pasó a desempeñar dicha plaza.

Por Decreto de la Alcaldía se aprobó la oferta de empleo público en la que se contenía la citada plaza. Mediante providencia del alcalde se convocaron pruebas selectivas para la cobertura de esa plaza, y una vez celebradas dichas pruebas, resultó seleccionado uno de los candidatos, el cual obtuvo el nombramiento mediante Decreto de la Alcaldía. Igualmente, se dictó Decreto de la Alcaldía acordando extinguir la relación laboral que mantenía la trabajadora con el ayuntamiento, en atención a la provisión reglamentaria de la plaza que venía ocupando.

En la instancia, la sentencia estimó la demanda de la trabajadora por entender que su contrato temporal era en realidad un contrato indefinido. De contrario, la entidad demandada argumenta que no ha existido despido sino extinción de la relación laboral por provisión reglamentaria de la plaza. El Tribunal se detiene sobre todo en su argumen-



tación jurídica a estudiar los requisitos necesarios para la validez del contrato de obra o servicio determinado. A este respecto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurran conjuntamente los dos requisitos de este tipo contractual: *a)* que la obra o servicio que constituya el objeto del contrato presenta autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa, y *b)* que se especifique con claridad y precisión dentro del contrato la obra o servicio que constituye su objeto.

Como consecuencia de la aplicación de esta doctrina al supuesto de hecho planteado, la sentencia concluye que no se expresó el objeto con claridad, toda vez que se hizo una mera referencia a las necesidades del servicio, por tanto se aprecia vaguedad e imprecisión, pues la expresión empleada utiliza términos de tal vaguedad que permiten cubrir cualquier actividad en cualquier lugar, sin especificar si se trataba de labores permanentes de ayuntamiento. En consecuencia, el Tribunal concluye que se trata de una actividad indefinida y el cese un despido improcedente.

Hasta aquí la argumentación, más centrada como advertíamos al principio en la interpretación y aplicación de la norma laboral, pero en el presente supuesto, precisamente por tratarse de una entidad local, se perciben otras aristas de cierto calado como lo es el dato de la existencia de un proceso de cobertura reglamentaria de una plaza que estaba ocupando la trabajadora. Eso por una parte, pero por otro lado es de notar también el hecho de que se trataba de una plaza funcional cubierto con personal laboral. A estos efectos, destaca, y sorprende, que la única referencia a esta circunstancia tan relevante sea sólo la afirmación de que no consta que el ayuntamiento de Campoo de Yuso creara, antes de la contratación de la trabajadora, una plaza de Auxiliar de Administración General. De hecho, tras tan lacónica referencia, el Tribunal concluye que no resultará aplicable la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la extinción del contrato por ocupación de la plaza a través de los trámites reglamentarios.

Debido a la parca referencia en este preciso aspecto, no tenemos los datos suficientes para estimar con precisión el alcance de la situación, en todo caso, se trata de una cuestión importante. Ya es conocida la doctrina del Tribunal por la cual, la declaración de las irregularidades en la contratación laboral temporal en el ámbito del empleo público determina la consideración del trabajador como indefinido no fijo de plantilla, ello supone que su permanencia en la relación laboral será un hecho mientras no se determine la cobertura reglamentaria de plaza vacante. Son muchos los aspectos que en este punto se plantean porque por una parte la Administración tendría que tener la obligación de proceder a la convocatoria de la plaza, algo a lo que no está obligada por ningún precepto normativo; así, a pesar de que el puesto esté creado y figure incluido en la correspondiente Relación de Puestos de trabajo, la decisión acerca de la conveniencia de su cobertura encierra una considerable discrecionalidad, por otra parte, la OEP no tiene por qué incluir todas las vacantes (a excepción de aquellas que se hallan desempeñadas en ese momento por personal interino); en fin, todos estos elementos permiten concluir que la Administración en cuestión no resulta obligada a disponer las medidas necesarias

Empleo público

483

para la cobertura, y cuando menos habrá que entender que se trata de una materia que entra de lleno dentro de sus facultades de gestión de la plantilla.

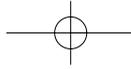
3. Cuestiones anexas a la contratación laboral temporal: diferencias entre becas y contratos de trabajo

Es una cuestión recurrente, también en las entidades locales, la dificultad planteada en la práctica a la hora de diferenciar entre becas y contratos de trabajo; es ésta una materia que ha suscitado análisis doctrinales diversos, pronunciamientos judiciales [*STS de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de marzo de 2008 (recurso de suplicación núm. 102/2008)*] y de la que se han ocupado a través de consultas revistas especializadas en el ámbito local desde un punto de vista práctico (*vid.*, por ejemplo, *El Consultor*, 7, 2008, sección consultas, pp. 1301 y ss.). Es claro que la jurisprudencia social ha establecido de forma indubitada el tratamiento de las características definidoras del contrato de trabajo, y ya es clara en materia de indicios para examinar los presupuestos de la ajenidad y la dependencia como elementos clave a la hora de determinar la existencia de una relación laboral frente a otras formas posibles de prestación de servicios [*STS de 22 de julio de 2008 (recurso de casación para la Unificación de Doctrina núm. 3334/2007)*].

El rasgo fundamental de la beca es la formación del becario, y esa formación que se incorpora al beneficiario de la misma se obtiene a través de la realización de determinados cometidos o actividades en el ámbito organizativo de la institución que la financia y la promueve. Pero no se trata de incorporar al ciclo productivo de tal institución el resultado o los frutos de dicha actividad. Por el contrario, deberá considerarse relación laboral si la actividad encomendada no va enderezada a su propia formación sino a la satisfacción de necesidades administrativas o de gestión de la entidad local que concedió la beca. En esta cuestión, no basta atenerse a la denominación que le hayan dado las partes, sino que más allá de esto lo realmente relevante a efectos de su calificación jurídica es saber a quién aprovecha o beneficia la situación descrita. Así pues, es necesario examinar las actividades realizadas y valorar en cada caso dónde está el mayor interés o beneficio principal, si en el supuesto becario o en el ayuntamiento en cuestión.

IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA JORNADA DE TRABAJO DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

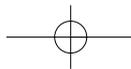
En referencia a la jornada de trabajo de los empleados públicos locales, el art. 47 EBEP establece que las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos y que la jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o parcial. Se trata de un precepto entera y plenamente aplicable de conformidad con lo dispuesto en la disposición final cuarta, relativa a la entrada en vigor del Estatuto Básico, que establece que hasta que se dicten las normas reglamentarias de desarrollo se mantenen-

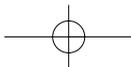


drán en vigor en cada administración pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de los recursos humanos; así pues, será de aplicación lo previsto en el art. 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que la jornada del personal funcionario será en cómputo anual la misma que la establecida para el personal funcionario de la Administración Civil del Estado.

Se debe tener en cuenta a este respecto que lo aplicable a los funcionarios de la Administración Local es la jornada anual, puesto que corresponde a cada Administración; dentro de la potestad de autoorganización de los servicios, la distribución de la jornada anual, así como la fijación de las jornadas diarias. Además, es necesario puntualizar que el EBEP incluye el horario de trabajo entre las materias que es obligatorio negociar colectivamente con las representaciones sindicales de los empleados públicos. Así pues, una cuestión es la jornada anual y otra es la distribución de la misma y la posibilidad de determinar horarios diferentes a los del Estado con respecto a los funcionarios públicos locales.

Vid., sobre esta cuestión, la colaboración de M.^a S. GONZÁLEZ DE MENDOZA VILLACÉ, «Jornada, vacaciones, permisos y licencias de los empleados públicos locales», publicado por *El Consultor*, núm. 18, 2008, pp. 3036 y ss. Según se expone, la normativa vigente no establece con carácter general un horario igual para todas las corporaciones locales, cada una en función de su potestad de autoorganización será la que lo establezca. El órgano competente será el alcalde, pero conviene recordar aquí también que se trata de una materia que debe ser objeto de negociación con la representación de los funcionarios.





Responsabilidad penal y ayuntamientos

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

Fiscal (Fiscalía Provincial de Granada. Sección de Medio Ambiente y Urbanismo)

Palabras clave: urbanismo; corrupción; delitos

Key words: urban planning; corruption; criminal law

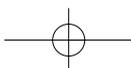
SUMARIO: I. ACTIVIDAD MUNICIPAL Y CORRUPCIÓN URBANÍSTICA.—1. Introducción: los procesos en curso por posibles tramas locales de corrupción urbanística.—2. Aportaciones doctrinales en materia de lucha contra la corrupción urbanística.—3. Urbanización extensiva y actuaciones de «funcionarios locales corruptos»: el informe *Auken* de 10 de diciembre.—II. JURISPRUDENCIA PENAL RELACIONADA CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL.—1. Delitos de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos.—2. Malversación de caudales públicos.—3. Delitos contra los derechos cívicos.—4. Otros delitos relacionados con la actividad municipal: negociaciones prohibidas a funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función, violación de secretos e infidelidad en la custodia de documentos.—5. Atentados contra cargos públicos municipales.—6. Algunos supuestos de responsabilidad criminal relacionados con la actuación de agentes de los cuerpos locales de policía.

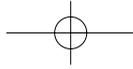
I. ACTIVIDAD MUNICIPAL Y CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

1. Introducción: los procesos en curso por posibles tramas locales de corrupción urbanística

Los grandes procesos relativos a posibles tramas municipales de corrupción urbanística han seguido su curso durante el año 2008. Estas causas, de indudable complejidad, siguen sumidas en una fase instructora que parece no ver su fin. Afortunadamente, mientras se tramitan estos «macroprocesos»¹ se celebran vistas orales y se dictan sentencias,

¹ Que se conocen normalmente con el nombre de la investigación policial que les dio origen —como acredita que el proceso paradigmático entre los de este tipo siga identificándose públicamente con la denominación de *Operación Malaya*—. Fenómeno éste que es probablemente preferible al que se produce en otras causas que carecen de un «tirón» mediático tan continuado, en las que la investigación judicial no tiene otra forma de identificación posible que la utilización convencional del nombre de la propia localidad afectada.





muchas de ellas condenatorias, por delitos urbanísticos de objeto más claro y reducido. La tramitación simultánea de estas pequeñas investigaciones, mucho menos conocidas, ha permitido que algunas de las personas imputadas en las causas más mediáticas cumplan penas de prisión sin necesidad de esperar al resultado de la lenta investigación de las grandes «tramas». En cualquier caso, respecto de éstas ni se ha dictado sentencia ni se ha celebrado el juicio oral. Por este motivo, el imprescindible respeto a los derechos de los imputados, y singularmente a la presunción de inocencia —con la consiguiente obligación extraprocetal de evitar los denominados «juicios paralelos»—, hace absolutamente improcedente cualquier comentario sobre sus incidencias. Lo más prudente y razonable sigue siendo esperar a que se dicte la primera sentencia sobre el fondo, para dar cuenta entonces de su contenido y de las cuestiones de interés que se planteen. Por tanto, me limitaré a señalar que en el año 2008 se ha iniciado la instrucción judicial de nuevas causas penales por posibles tramas de corrupción municipal, habiendo tenido especial resonancia la que investiga la actuación de cargos públicos del ayuntamiento de Estepona.

No obstante, la relevancia jurídica del problema, que trasciende a los concretos procesos en curso, hace necesaria una breve referencia a las aportaciones doctrinales que se han realizado en 2008 al estudio de la utilización delictiva de las potestades urbanísticas locales. Por otra parte, no cabe duda de que la alarma generada trasciende nuestras fronteras. Así lo pone de relieve que el 10 de diciembre se presentara a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo un durísimo informe sobre el fenómeno de «urbanización extensiva» de la costa española, que menciona expresamente la actuación ilegal de «funcionarios locales corruptos» como una de las principales causas del problema medioambiental y social generado. El informe llega a proponer la retirada de los fondos comunitarios que España recibe de la Unión Europea hasta tanto no se solucione la situación de desorden urbanístico y corrupción que describe.

2. Aportaciones doctrinales en materia de lucha contra la corrupción urbanística

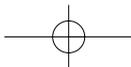
En el año 2008 se han realizado publicaciones de interés sobre los remedios estrictamente jurídicos que pueden contribuir a evitar la comisión de los delitos relacionados con el urbanismo. Es el caso del artículo de J. F. LÓPEZ DE HONTANAR SÁNCHEZ titulado «El mecanismo del silencio positivo en la concesión de las licencias, ¿es una vacuna contra la corrupción urbanística?» (*Revista Práctica Jurídica*, núm. 74, septiembre, 2008). El autor estudia la interpretación de los requisitos del silencio positivo que viene realizando la Sección 2.^a del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desde el año 2004 con la convicción de que puede contribuir a prevenir la comisión de infracciones penales. Desde luego, el fenómeno del silencio administrativo positivo —y el amplio juego que tiene en ámbitos tan significativos como el urbanístico— ha obligado a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a admitir —desde el pleno no jurisdiccional de 1997 en el

que se adoptó un acuerdo al afecto— la posibilidad de cometer el delito de prevaricación en «comisión por omisión» de forma que no se privilegie la conducta más hábil —desde el punto de vista criminal— de la autoridad administrativa que, en lugar de dictar la resolución arbitraria, se limita a dejar transcurrir el plazo previsto para resolver, consiguiendo así idéntica lesión del bien jurídico protegido. La clarificación de los supuestos en que opera el silencio, como garantía del administrado, y la delimitación exhaustiva de los requisitos que han de cumplirse para obtenerlo, pueden contribuir decisivamente a reducir el margen de elusión pasiva de los mandatos legales vinculantes. Y, a la inversa, puede evitar que las autoridades y funcionarios municipales renuentes a conceder las licencias legalmente procedentes sin la previa percepción de diversas liberalidades ejerzan una presión efectiva sobre los promotores afectados.

Un examen completo de los distintos factores que inciden en la manipulación de las potestades municipales relacionadas con la utilización del suelo puede encontrarse en el artículo publicado en el núm. 45 de *La Ley Penal* (pp. 66 a 91) por N. SANZ MULAS con un título contundente: «Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)». Es singularmente destacable la atención pormenorizada que la autora dedica a los distintos fenómenos criminógenos que han llevado a la situación actual, con singular mención del absoluto debilitamiento de la vinculación a la Ley en el ejercicio de potestades urbanísticas regladas —como la de restablecimiento de la legalidad conculcada.

La perspectiva criminológica tiene una rigurosísima y profunda manifestación en el prolijo estudio de la corrupción urbanística que vienen desarrollando los investigadores del Instituto Andaluz de Criminología de la Universidad de Málaga. En 2008 se ha recogido otro valioso fruto de la enjundiosa tarea realizada por los miembros de esta institución. Se trata del artículo «La corrupción urbanística. Estrategias de análisis» publicado por J. L. Díez Ripollés y A. Gómez Céspedes en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (núm. 12, 2008, ejemplar dedicado a «Urbanismo y corrupción» coordinado por Á. Menéndez Rexach). En esta misma publicación se han incluido otros dos estudios igualmente destacables. Por una parte, L. Pozuelo Pérez ha abordado con carácter general el análisis de los diversos mecanismos de reacción penal frente a la criminalidad ligada al urbanismo («La respuesta penal a la delincuencia urbanística», pp. 71 a 98). Por otra parte, destaca la singular perspectiva del trabajo denominado «Medidas contra la corrupción urbanística: la visión del promotor», realizado por S. Liñana Ribera y M. Liedo Álvarez (pp. 207 a 218).

Tampoco han faltado estudios atentos a una de las cuestiones prácticas más relevantes —que tendrá un especial protagonismo en los juicios orales a celebrar por las más sonadas investigaciones por prevaricaciones, cohechos y malversaciones relacionadas con el uso de las potestades urbanísticas—: la prueba. A esta cuestión se refiere el artículo «Del indicio a la prueba en la corrupción urbanística», de J. C. Allí Aranguren que se publicó el año pasado en *Auditoria Pública: revista de los órganos autónomos de control externo* (núm. 46, pp. 85 a 96).



3. Urbanización extensiva y actuaciones de «funcionarios locales corruptos»: el informe *Auken*, de 10 de diciembre

El pasado 10 de diciembre se presentó el «Proyecto de Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho Comunitario» (ponencia de M. AUKEN, y más conocido como *Informe Auken*). El texto deja muy mal parados a los ayuntamientos españoles y, en lo que aquí nos interesa, se refiere a los procesos penales por corrupción urbanística en curso en los que están imputados «funcionarios locales corruptos». Así, se expresa en la letra «L» de los «considerandos» del informe:

«La inquietud acerca del desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente y el suministro y la calidad de las aguas, así como con respecto a los procedimientos de contratación pública, por lo general *en relación con las deficiencias en el control de los procesos de urbanización por parte de las autoridades de las comunidades autónomas y locales en España*».

La letra «M» destaca a continuación la reciente reacción de las autoridades judiciales españolas —aunque constata la excesiva lentitud de los procesos en curso:

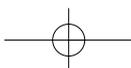
«Existen cada vez más pruebas de que las autoridades judiciales en España han empezado a reaccionar ante el reto que supone la urbanización excesiva en muchas zonas costeras, en particular mediante la investigación y la imputación de cargos contra funcionarios locales corruptos, quienes, por sus acciones, han facilitado desarrollos urbanísticos no reglamentados sin precedentes en detrimento de los derechos de los ciudadanos europeos, que han conllevado daños irreparables a la biodiversidad y a la integridad medioambiental de muchas regiones de España».

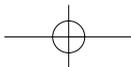
En la letra «V», se añade que las investigaciones realizadas por la Comisión de Peticiones han revelado que:

«Con frecuencia, muchas autoridades locales y regionales malinterpretan gravemente estos objetivos (no sólo en las regiones costeras) a la hora de proponer o acordar programas urbanísticos extensos; [...] la mayoría de los planes urbanísticos denunciados por las peticiones conllevan la reclasificación de suelo rural a suelo urbanizable, para el provecho económico considerable del agente urbanizador y el promotor; [...] hay muchos casos de terrenos protegidos, o terrenos que deberían protegerse en vista de su vulnerable biodiversidad, que se desclasifican y reclasifican, o no se clasifican en absoluto, precisamente para permitir la urbanización de la zona en cuestión».

En la letra «Y» se estima que la causa principal de esta lacra se encuentra en la «conducta especulativa de algunas autoridades locales y miembros del sector de la construcción»:

«Las islas y las zonas mediterráneas de España han sufrido una *destrucción masiva en la última década*, ya que el cemento y el hormigón han saturado esas regiones, de tal forma que han afectado no sólo al frágil medio ambiente costero, la mayor parte del cual está nominalmente protegido [...], sino también la actividad social y cultural de muchas zonas, lo que constituye una *pérdida trágica e irreparable de su identidad y legado culturales, así como de su*





integridad medioambiental, y todo ello principalmente por la avaricia y la conducta especulativa de algunas autoridades locales y miembros del sector de la construcción que han conseguido sacar beneficios masivos de esas actividades, la mayoría de los cuales se han exportado».

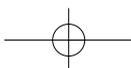
II. JURISPRUDENCIA PENAL RELACIONADA CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL

1. Delitos de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos

El año 2008 nos ha permitido observar en una sola *sentencia* —*núm. 189, de 25 de abril (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, Ponente: Julián Sánchez Melgar, RJ 1855)* relativa a la posible prevaricación de un alcalde y un arquitecto municipal— el interesantísimo contraste de las dos perspectivas que pugnan en la Sala 2.ª del Tribunal Supremo sobre la interpretación del tipo objetivo del delito de prevaricación. En este caso, el criterio de la mayoría se inclina por la interpretación tradicional, que exige la flagrancia de la ilegalidad cometida —y que fusiona así con discutible acierto los elementos subjetivos y objetivos de la conducta en un único requisito, de forma que la contradicción con el Derecho siempre ha de ser tan «grosera» que no pueda pasar desapercibida para nadie—. En cambio, el voto particular que acompaña a la resolución se decanta por la nueva perspectiva —que separa analíticamente los elementos objetivos y subjetivos para reconstruir la racionalidad del autor en las circunstancias del caso concreto.

En el supuesto resuelto, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona había absuelto de los delitos de prevaricación imputados a los dos acusados. Uno de ellos, de profesión arquitecto, había sido elegido alcalde de la localidad de Palau de Plegamans. El otro ejercía las funciones de arquitecto municipal. El primero —como miembro de la Comisión de Gobierno— había votado a favor de la concesión de cuatro licencias para la ampliación y mejora de varias viviendas. Contaba para ello con el informe favorable del segundo acusado. Los proyectos de obras estaban firmados por el propio alcalde, que los había elaborado en el ejercicio privado de su profesión. Las licencias fueron concedidas a pesar de que la Generalitat había suspendido la vigencia del Plan Parcial de desarrollo del sector. Por efecto de esta suspensión, el suelo afectado tenía el carácter de suelo urbanizable no programado, estando pendiente aún la aprobación de un proyecto de reparcelación. En el pleito contencioso-administrativo paralelo, el Tribunal Supremo había declarado que una de las licencias afectadas, aun siendo ilegal, no era gravemente contraria al ordenamiento urbanístico ya que gran parte del Plan Parcial había sido ejecutado de facto. A la vista de este pronunciamiento, el tribunal penal estimó que no se podía atribuir a los acusados una ilegalidad flagrante y clamorosa, existiendo más bien una «dudosa» ilegalidad administrativa, sin relevancia en el ámbito criminal.

El Ministerio Fiscal recurrió en casación la sentencia absolutoria de instancia y el Tribunal Supremo desestimó el recurso en la resolución que comentamos. Descarta en primer lugar la Sala 2.ª la concurrencia del elemento objetivo del tipo —la «resolución



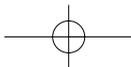
arbitraria»—. Estima que, vista la opinión que la ilegalidad cometida merece a la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en la sentencia contencioso-administrativa, no podemos estar ante una ilegalidad grosera, patente o clamorosa. Por este motivo, centran los magistrados sus razonamientos en la infracción consciente del deber de abstención por parte del alcalde de la localidad —al haberse declarado probada la intervención profesional privada en calidad de arquitecto y el posterior voto favorable a las solicitudes de licencia—. El Tribunal Supremo descarta que la sola infracción del deber de abstención sea determinante del delito de prevaricación. Afirma la sentencia que:

«Es meridiano el deber de abstención del alcalde al conocer sobre la resolución administrativa que pueda conceder o denegar una licencia municipal de obras de la que previamente ha sido firmante en concepto de arquitecto privado, es lo cierto que ello no originaría más que la nulidad (formal) de la resolución administrativa, por infracción de tal deber de abstención, pero *no supondría la ilegalidad de su concesión en términos de ilegalidad material de la misma*, que ha de ser enjuiciada en términos de ajuste de lo resuelto con el ordenamiento jurídico. Resolver de otra forma supone la persecución penal de una autoridad municipal sin la clara constancia y existencia del elemento normativo del tipo, que es la ilegalidad patente de la resolución administrativa, al punto que debe ostentar el carácter de arbitraria, pero con perspectiva de fondo de la cuestión resuelta administrativamente. Dicho de otra forma: *cualquier infracción de las normas de abstención, supondría la comisión de un delito de prevaricación, lo que se compadece mal con la consideración del Derecho penal como "última ratio", máxime en esta materia donde el control jurisdiccional del Derecho administrativo debe ser lo ordinario, y el control penal, lo excepcional*».

Del criterio de la mayoría discrepa, sin embargo, el magistrado José Antonio Martín Pallín en un interesante voto particular. Pone de manifiesto el magistrado que el criterio de la mayoría se aparta de la nueva tendencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual ya no se examina la arbitrariedad de la resolución en relación con la flagrancia de la contradicción con el Derecho —pues la autoridad que quiere vulnerarlo suele buscar con habilidad algún tipo de cobertura interpretativa con la que conseguir el efecto deseado—. Entiende además que con la perspectiva tradicional quedaban sin sanción penal conductas en las que se infringía conscientemente el precepto aplicable sin más intención que sustituir la voluntad de la Ley por la personal del aplicador. Valora el magistrado discrepante esta evolución del modo que sigue:

«La antigua percepción jurisprudencial de que la prevaricación sólo existía cuando exigía que la ilegalidad o la injusticia fuese patente, clamorosa, indiscutible e incluso se llegó a decir que esperpéntica, *no era más que un juego de palabras evasivo para evitar supuestos en los que la decisión podía ser discutible pero no encajaba en la racionalidad y contenido de la norma*. Posteriormente una evolución positiva de la anterior concepción nos ha llevado a que la esencia de la ilegalidad, injusticia y arbitrariedad radica en la *insuperable contradicción con el Derecho de tal manera que la vulneración a sabiendas de la norma es clara*».

De ahí que haya de examinarse separadamente —para evitar una arbitraria confusión de lo subjetivo y lo objetivo— la ilegalidad objetiva de la resolución adoptada del cono-

**Responsabilidad penal y ayuntamientos**

491

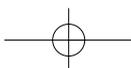
cimiento de esa ilegalidad por parte de la autoridad y funcionario público responsables. En el plano objetivo, el magistrado estima que en el caso enjuiciado se había infringido claramente el art. 104 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico. Se habían concedido las licencias de obras sin previa adopción del acuerdo aprobatorio de la reparcelación. La suspensión de las licencias que se produce desde el inicio del expediente de reparcelación hasta la aprobación de ésta abarca también, según recuerda el autor del voto, las licencias de reforma de edificaciones preexistentes. En el plano subjetivo, el magistrado valora la cualificación profesional de los dos acusados, arquitectos de profesión. Sus especiales conocimientos incluían, sin duda, la imposibilidad de conceder las licencias sin la previa reparcelación, dado que se trataba de suelo urbanizable no programado.

Entiende el voto particular que en la racionalidad de los acusados la resolución era indudablemente arbitraria, en cuanto que la solución que podían entender como ajustada a Derecho era la de denegar las licencias. Por eso la intención que guiaba su actuación era la sustitución de la voluntad de la Ley por la propia. El magistrado discrepante opina que «[a]nte todas estas circunstancias nos encontramos frente a una decisión, por parte de los acusados, manifiestamente ilegal, contraria al ordenamiento y arbitraria, que debió ser calificada como delito de prevaricación».

Finalmente, resulta llamativo que en este supuesto no se planteara por la acusación la aplicación subsidiaria del art. 441 CP, relativo justamente a la violación consciente de las incompatibilidades que afectan a una autoridad o funcionario público. Este precepto ya ha dado pie a varios pronunciamientos condenatorios de Audiencias Provinciales en supuestos muy similares al que nos ocupa. Sin embargo, también es cierto que no faltan los pronunciamientos contrarios. Sin ir más lejos en el año 2008 encontramos la SAP de Toledo —Sección 1.ª— núm. 22, de 10 de abril (JUR 296360), que descarta la comisión de este delito a pesar de que se considera probado que el acusado, como concejal, había intervenido y votado en los plenos y comisiones de gobierno en los que se habían aprobado licencias a favor de su empleador, cambios de titularidad del bar de la gasolinera de que el acusado era encargado, y una modificación de las Normas Subsidiarias que beneficiaba a su madre y a su empleador.

No menos interesante es el caso debatido y resuelto por la *Sala 2.ª del Tribunal Supremo en la Sentencia 773, de 19 de noviembre (Sección 1.ª, Ponente: Ramos Gancedo, RJ 7271)*. En concreto, la resolución se plantea si puede constituir un delito de prevaricación administrativa la decisión del alcalde de levantar la sesión de un pleno extraordinario que acaba de iniciarse —y en la que debe debatirse la supuesta comisión de un delito de malversación por su parte—. La perspectiva jurídica utilizada es, esta vez, la más moderna y adecuada al texto del art. 404 CP, pues deslinda el requisito objetivo de la «resolución arbitraria» y el subjetivo del conocimiento de la injusticia.

El asunto tratado está íntimamente ligado a la previa comisión de un delito de malversación. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Málaga consideró acreditado que el alcalde de Gaucín, aprovechando la ausencia por vacaciones del secretario-interventor



y teniendo la intención de disponer para sí mismo de fondos municipales, había ordenado el libramiento de mandamientos de pago en concepto de adquisición de terrenos «de gran interés municipal» en la Sierra del Hacho, emitiendo para ello los correspondientes cheques contra dos cuentas bancarias del ayuntamiento y disponiendo por este sistema de unos 200.000 euros. Al comprobar con posterioridad el secretario-interventor los movimientos bancarios correspondientes, y al no obtener explicación alguna del alcalde, denunció el desfase presupuestario ante la Fiscalía. El acusado consiguió reunir las cantidades que aún debía y devolverlas a la Corporación. Cuatro concejales de la oposición solicitaron la celebración de un pleno extraordinario para que el alcalde y el tesorero dieran explicaciones. Sin embargo, el alcalde se negó a convocar el pleno, haciéndolo en su lugar la secretaria en funciones, que fijó fecha para su celebración. Llegada ésta, el acusado habló durante diez minutos y acto seguido levantó la sesión impidiendo que pudiera debatirse el orden del día previsto y ordenando a la Policía Local que desalojara el salón de plenos. El tribunal provincial condenó al acusado por un delito continuado de malversación de caudales públicos y un delito de prevaricación.

La sentencia de casación considera que la aplicación del tipo penal de malversación continuada —conforme a los arts. 74 y 433 del texto punitivo— es correcta pues se corresponde con la «berroqueña rotundidad y contundencia de los hechos probados». El Tribunal Supremo estima irrelevante que existiera una consignación presupuestaria para la adquisición de terrenos municipales, pues se trataba de una mera excusa con la que justificar el libramiento de los mandamientos de pago. Señala la resolución que el acusado guardaba después el dinero en su domicilio y no existía expediente administrativo alguno para llevar a efecto la supuesta compra ni conocimiento de esta ficticia operación por parte de la Comisión de Gobierno Local. Descarta el Alto Tribunal que pudieran dedicarse las cantidades sustraídas a otras finalidades públicas, puesto que no existe ninguna justificación documental de esas supuestas actuaciones. Además, del hecho de que el acusado acudiera a terceras personas para proceder a la devolución del dinero «se infiere racionalmente que hubo de gastarlo en necesidades o asuntos propios ajenos a la función pública». Considera finalmente que la devolución de las cantidades ilícitamente apropiadas no puede justificar la aplicación de la atenuante de reparación del daño puesto que ya fue motivo determinante de la aplicación de un específico subtipo atenuado de malversación.

Se extiende la sentencia con mayor detenimiento en la aplicación al supuesto fáctico de los elementos del delito de prevaricación. La sentencia se adscribe a la más moderna —y jurídicamente más sólida— tesis jurisprudencial sobre este tipo delictivo, que ya no se hace depender del dato de la «fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el Derecho» derivada del carácter «patente» o «grosero» de la ilegalidad cometida. El elemento objetivo exigido por el tipo del art. 404 CP es la «resolución arbitraria». El Tribunal Supremo interpreta que este requisito debe relacionarse con la proscripción constitucional del ejercicio arbitrario del poder. Según expresa la sentencia:

«Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico *sino*,

pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución —por no tener su autor competencia legal para dictarla—, o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis».

En este sentido, entiende la Sala 2.^a que lo importante no son los adjetivos con los que se describe la ilegalidad cometida sino la sustancia de ésta y, por ello, «los supuestos de hecho en los que esos adjetivos se han utilizado». La resolución arbitraria no se identifica, pues, con toda resolución jurídicamente incorrecta y tampoco necesariamente con los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo. La «resolución arbitraria» que constituye en tipo objetivo del delito de prevaricación existe «cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal *sin ningún fundamento*, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte en un asunto administrativo». En tales casos se vulnera el bien jurídico protegido. Sólo cuando se da este requisito objetivo se puede examinar la concurrencia del tipo subjetivo y dilucidar, por tanto, si la resolución arbitraria se ha dictado a sabiendas de su injusticia.

Los requisitos de la conducta son, por tanto, los que claramente expresa la sentencia estudiada en el párrafo que a continuación se transcribe:

«Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; *en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el Derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;* en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que *la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del Derecho*».

Estima la Sala de lo Penal que estos requisitos se dan en la conducta del alcalde acusado. Es especialmente contundente al catalogar como prevaricadora la acción de éste de levantar la sesión del pleno «apenas iniciada»:

«[...] impidiendo el debate y la adopción de eventuales resoluciones por el pleno del Consistorio, sobre una cuestión de indudable gravedad, frustrando de manera obscena los derechos de los legítimos representantes del pueblo, y todo ello con la finalidad personalísima de evitar la polémica sobre una conducta precedente del acusado de contornos delictivos ejecutada en perjuicio de los intereses municipales, llegando en su desmesura a actuar *manu militari* contra los concejales con escandalosa arbitrariedad y abuso de poder ordenando su desalojo por la policía; esta sucesión de acciones, decimos, son *[sic]* irregulares, ilegales y más que injustas, inicuas, que integran sobradamente el tipo delictivo que, con todo acierto, aplicó el tribunal sentenciador».

Confirma, por tanto, el Tribunal Supremo la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Málaga.

El comportamiento arbitrario de un alcalde en un pleno extraordinario también ha motivado una condena por prevaricación en la *SAP de Las Palmas —Sección 2.ª— núm. 53, de 18 de abril (JUR 244455)*. En este caso, el alcalde, conociendo que dos de los concejales que habían pedido la convocatoria de un pleno extraordinario no habían sido debidamente notificados, decidió proceder a su celebración urgente —sin motivo suficiente—, impidiendo así a las dos afectadas participar en la sesión. El tribunal provincial considera que:

«En este caso tenía que constarle necesariamente al acusado que es arbitrario convocar como urgente un pleno extraordinario que se le había solicitado tan sólo dos horas antes, sin comprobar que el motivo de la urgencia estaba o no justificado. [...] Pero es que además de no estar justificada la urgencia de la convocatoria, en el pleno, antes de proceder a votar la ratificación de esta urgencia, se puso en su conocimiento por parte del señor secretario que dos de los concejales que habían solicitado el pleno, no estaban convocadas porque no se les había notificado».

El tribunal estima que es indiferente que el resultado de la votación no hubiera variado de haber asistido al acto las dos concejales afectadas, pues lo esencial es que se impidió a éstas de forma arbitraria el ejercicio de su derecho a la participación política recogido en el art. 23 CE. Impone la Audiencia la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público electo o de designación política.

Condena por delito de prevaricación al alcalde de la localidad de Torredonjimeno la *SAP de Jaén —Sección 3.ª— núm. 14, de 25 de enero (ARP 379)*. Se da por probado que el acusado, en el ejercicio de sus funciones, ordenó la demolición del edificio de viajeros de la estación de ferrocarril de la localidad, perteneciente a RENFE, decisión que se ejecutó al día siguiente. Señala la resolución que «la decisión se adoptó sin declarar previamente la ruina del citado edificio, y sin concurrir causa alguna que justificase la necesidad o conveniencia para el interés público». Además, «la orden de demolición no se puso en conocimiento de los titulares del edificio, que se vieron impedidos de ejercitar sus derechos sobre la conservación de la construcción». La resolución deduce de la prueba practicada que el edificio afectado no se encontraba en estado de ruina inminente, con peligro para la seguridad pública o la integridad del patrimonio protegido, por lo que no era posible la aplicación de las medidas urgentes —como el apuntalamiento de la edificación— del art. 159.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre (de Ordenación Urbanística de Andalucía), ni mucho menos la declaración de ruina legal prevista en el art. 157 de esta disposición.

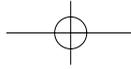
En cualquier caso, constata la sentencia que la declaración de tal situación de ruina habría exigido la tramitación de un procedimiento administrativo del que se prescindió enteramente —muy singularmente del imprescindible trámite de audiencia al interesado—. Tampoco considera la sentencia que existiera una situación fáctica asimilable a la fuerza mayor que permitiera la aplicación el art. 21.j) de la Ley de Bases de Régimen

Local —que faculta al alcalde, bajo su responsabilidad, a adoptar medidas urgentes necesarias en caso de catástrofe o infortunio, dando cuenta inmediata al pleno—. Y tampoco amparaba la actuación del acusado el art. 72 LRJ-PAC, puesto que la demolición no puede conceptuarse como una mera medida provisional, puesto que causa inevitablemente al afectado perjuicios de imposible o difícil reparación. Se impone por ello al alcalde acusado la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público, así como la obligación de indemnizar a RENFE en la cantidad de 34.058 euros por los daños derivados de la demolición, y al ayuntamiento de Torredonjimeno en la de 8.648,71 euros por los gastos ocasionados con la ejecución de la medida.

De la posible comisión de un delito de prevaricación en comisión por omisión se ocupa la *SAP de Madrid —Sección 5.ª— núm. 30, de 8 de abril (ARP 344)*. El tribunal provincial considera probado que el Interventor Municipal del ayuntamiento de Galapagar se subrogó en la titularidad de una licencia de obras, solicitando, una vez concluidas, la correspondiente licencia de ocupación. Esta petición fue informada desfavorablemente por el arquitecto técnico municipal, puesto que las obras se habían excedido de los límites de la autorización, por lo que debía solicitarse una nueva licencia en cuanto al exceso. No obstante, el expediente no recibió impulso alguno y quedó paralizada su tramitación. De esta forma, el funcionario municipal obtuvo la licencia solicitada.

La Audiencia dicta sentencia absolutoria por todos los delitos que venían imputados. En cuanto al delito de tráfico de influencias atribuido al Interventor Municipal, la Sala considera que no se ha practicado prueba bastante (exigiendo que ésta sea «contundente, clara y fiable») para acreditar la realización de la acción típica de este delito, que es la de «influir», prevalidándose el autor de su condición de funcionario del ente público, para el aseguramiento de un beneficio económico. Recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que la influencia se ejerza mediante un «acto concluyente, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo de manera que la resolución o actuación sea debida a la presión ejercida». Esto no puede confundirse con «la mera recomendación, insinuación o sugerencia sutil o difusa». Los magistrados analizan las pruebas testificales practicadas y llegan a la conclusión de que no hay datos que avalen el ejercicio de una verdadera presión moral con prevalimiento de la condición de funcionario público, por lo que descartan la concurrencia de este delito.

En cuanto al tipo de prevaricación imputado al alcalde, la sentencia reconoce la posibilidad de cometerlo «por omisión» conforme a la doctrina imperante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras el Pleno no jurisdiccional de 30 de junio de 1997 —motivado sobre todo por el amplio juego dado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al silencio positivo—. A estos efectos se precisa la concurrencia en la conducta de la autoridad o funcionario público de tres elementos: *a)* la equivalencia —conforme al art. 11 CP— de la no evitación del resultado a su causación, *b)* que el resultado no evitado sea típico, *c)* que se haya infringido un especial deber jurídico de evitar ese resultado en su posición de garante. La Audiencia madrileña vuelve a fundamentar la absolución en no

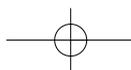


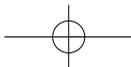
ser la prueba practicada «contundente, clara y fiable». Descarta la suficiencia de la declaración del arquitecto técnico municipal —que decía haber entregado el expediente con el informe desfavorable al alcalde, sin que le diera después trámite alguno— ante las contradicciones del testigo y su enemistad con el acusado.

Por último, la sentencia tampoco estima probada la comisión de una infidelidad en la custodia de documentos. Vuelve la resolución a echar de menos una prueba «contundente, clara y fiable» de la ocultación del expediente instruido para paralizar su trámite, remitiéndose nuevamente a las lagunas y contradicciones atribuidas a las testificales inculminatorias.

Confirma otro pronunciamiento absolutorio por delito de prevaricación la *SAP de Sevilla —Sección 1ª— núm. 75, de 11 de febrero (ARP 546)*. En este caso se presenta además un interesante problema de delimitación del delito del art. 404 del texto punitivo respecto del previsto en el art. 541 de la misma disposición normativa —relativo al castigo de la expropiación ilegal—. El Juzgado de lo Penal había absuelto al teniente de alcalde Delegado de Urbanismo y al Delegado de Interior del municipio de Écija de los delitos de prevaricación y expropiación ilegal imputados. Conforme a los hechos declarados probados, el ayuntamiento había acordado obras relativas a la realización de un bulevar que implicaban la retirada de la terraza y la demolición de la marquesina del negocio del denunciante. Éste dirigió dos escritos a la Corporación, mostrando su disconformidad. Los escritos no fueron contestados por el ente público, que ejecutó por simple vía de hecho el desmontaje de la terraza y la demolición de la marquesina. Así lo hizo la Policía Local con el auxilio de varios obreros, en virtud de una orden verbal. Esto supuso, evidentemente, la ocupación de facto de los terrenos —si bien una posterior sentencia contencioso-administrativa acordó reponer en sus derechos al perjudicado—. El Juzgado de lo Penal consideró que, ciertamente, se había acordado la eliminación del negocio del recurrente omitiendo todo procedimiento tendente a la expropiación de los derechos de éste sobre los terrenos afectados. No obstante, estimó que no se había probado con la suficiente claridad la identidad de la persona que había dado la orden verbal al efecto.

En su sentencia de apelación, la Audiencia Provincial de Sevilla recalca que la absolución acordada por el Juzgado de lo Penal obedece a las dudas relativas a la identidad del concreto funcionario que dio la orden controvertida. El pronunciamiento absolutorio no obedece, por tanto, a la valoración legal de los hechos, que serían en todo caso constitutivos de delito. A pesar de esta inicial constatación, los magistrados realizan un doble examen del asunto. En primer lugar, determinan cuál es el tipo legal realmente aplicable a los hechos declarados probados. En segundo lugar, analizan si la valoración probatoria que condujo a la absolución es fruto de una crítica razonable de la prueba personal —lo que no sería revisable en segunda instancia conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional— o a un error en la inferencia lógica del juicio probatorio de acuerdo con los datos objetivos que obran en la causa y a los propios «hechos-base» que se dan por probados.





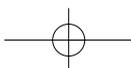
Responsabilidad penal y ayuntamientos

497

En lo relativo a la primera cuestión, señala el tribunal provincial que lo fundamental en el tipo de expropiación ilegal del art. 541 CP no es tanto el incumplimiento de los requisitos y trámites del procedimiento expropiatorio como el hecho de que la expropiación efectuada no esté amparada en uno de los supuestos contemplados en las leyes. Ha de tratarse de una «expropiación o confiscación de la propiedad privada, fuera de todo cauce legal y sin causa justificada de utilidad pública o interés social». Esto es, no toda irregularidad de procedimiento determina la presencia del tipo penal; ha de atentarse frontalmente contra la garantía constitucional de la propiedad, como se desprende de la ubicación sistemática de la infracción entre los delitos contra la Constitución. Por tanto, en los supuestos en que concurre verdaderamente una causa de utilidad pública o interés social que puede justificar la expropiación acometida, la mera vía de hecho no puede subsumirse en el tipo criminal del art. 541 CP. En tal caso podemos estar ante un delito de prevaricación por omisión de trámites esenciales pero no ante un tipo de expropiación ilegal.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, la Sala sevillana recuerda que las obras a ejecutar tenían por objeto la realización de un proyecto de urbanización tramitado con todas las formalidades legales, como acreditaba en el caso concreto una sentencia contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Existía, por tanto, un instrumento urbanístico que, conforme al art. 8.2 de la Ley del Suelo (8/2007) y el art. 160 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) implicaba la declaración de utilidad pública de las expropiaciones precisas para proceder a su ejecución. De ahí que, existiendo causa de utilidad pública, toda la carga criminal de los hechos deba ser llevada, según expone pulcramente el tribunal, a la posible prevaricación por la omisión de todo el procedimiento expropiatorio respecto a los concretos terrenos afectados. No existe, por tanto, el específico delito del art. 541 CP porque la expropiación llevada a efecto sí estaba amparada en uno de los casos admitidos por las leyes.

Centrado, por tanto, el posible delito concurrente, la Sala de la capital andaluza considera que «no cabe duda que la decisión de los funcionarios con capacidad de decisión en el ayuntamiento de ocupar unos terrenos sin expediente expropiatorio alguno *sí puede calificarse de resolución arbitraria constitutiva de un delito de prevaricación del art. 404 CP*». Expone la sentencia que el propio Tribunal Supremo —al menos en dos supuestos— ha considerado que la ocupación de terrenos al margen de todo procedimiento expropiatorio y constando la oposición del titular «desborda de manera clamorosa la legalidad, incluso constitucional» y puede subsumirse en el delito indicado. A pesar de esto, la Audiencia insiste en que la razón esencial de la absolución de instancia fue la falta de prueba de la identidad de los funcionarios que ordenaron la ocupación de los terrenos. La imposibilidad —derivada de una doctrina reiterada del Tribunal Constitucional— de revisar en apelación la prueba personal que ha llevado en instancia a una sentencia absolutoria —puesto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contempla la celebración de nueva vista— impide la anulación del pronunciamiento absolutorio. No se trata tampoco en este caso —recogiendo la resolución provincial las matizaciones que ha realizado el propio Tribunal Constitucional a su doctrina— de reconstruir las inferen-

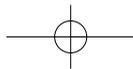


cias lógicas derivadas de «hechos-base» declarados probados por la propia sentencia de instancia. Se hace necesaria una nueva valoración de los testimonios de los policías locales actuantes, lo que está vedado al tribunal de apelación por la falta de intermediación. Habiendo valorado la juzgadora de instancia de forma razonable las contradicciones existentes entre las declaraciones sumariales y las del juicio oral prestadas por los agentes, no hay posibilidad de atacar el fallo absolutorio.

La lectura de esta SAP de Sevilla es muy recomendable. La calidad de los argumentos y la profundidad del análisis —notas a las que nos tienen, por cierto, bien acostumbrados varios magistrados de este tribunal provincial, entre ellos el Ponente de la sentencia estudiada, Miguel Carmona Ruano— no suele ser habitual, desafortunadamente, en los pronunciamientos de apelación de otras muchas Audiencias Provinciales. En algunos casos, la fundamentación jurídica en segunda instancia brilla por su ausencia, quizá por la mística fuente de conocimiento que otorga a los magistrados provinciales saberse el último tribunal en conocer del asunto —conforme a un obsoleto y absurdo sistema de recursos que excluye la casación en la inmensa mayoría de los supuestos delictivos—. Es seguro que otras Audiencias se habrían limitado a despachar el asunto con una sentencia «modelo» que rechazase de plano entrar en la valoración de la prueba personal en segunda instancia, sin afrontar el análisis de los delitos concurrentes —y, por tanto, de los elementos típicos necesitados de prueba, como ineludible presupuesto para decidir si estamos realmente ante un problema probatorio o ante una indebida selección de los requisitos del tipo aplicable— y sin examinar —lo que es obligado a la luz de una doctrina constitucional que suele exponerse sesgadamente— si estamos ante una verdadera revisión de la valoración de la prueba personal o, más bien, ante una incorrecta inferencia lógica, de acuerdo con los datos objetivos obrantes en la causa y los «hechos-base» declarados probados, que puede ser sustituida en apelación sin merma alguna de los derechos fundamentales del acusado.

Similar fue el caso resuelto por la *Audiencia Provincial de Las Palmas en el Auto núm. 600, de 26 de septiembre*, que confirmó el archivo decretado por el Juzgado de Instrucción. Se investigaba un posible delito de expropiación ilegal por la indebida ocupación por parte del ayuntamiento de Telde de terrenos necesarios para la ampliación de una carretera. El tribunal provincial considera que la actuación administrativa, aun prescindiendo del procedimiento aplicable, se fundaba en una causa de utilidad pública y que había existido una actuación informal de negociación con el propietario, razones por las que descarta la presencia del tipo penal del art. 541 CP. En este caso no se plantea, sin embargo, la posible presencia de un delito de prevaricación por la omisión de los trámites esenciales de procedimiento.

En cambio, la *Audiencia Provincial de Las Palmas, en su Sentencia núm. 49, de 19 de febrero (JUR 191147)*, condena precisamente por delito de prevaricación al alcalde y concejal de obras públicas que ordenaron el derribo de un bordillo para la protección de un parterre realizado por una ciudadana. El derribo se acordó y ejecutó antes de tramitar la petición de licencia realizada por la afectada y aun antes del propio expediente sobre la



suspensión de las obras y la reposición de la realidad física alterada, con omisión de todo el procedimiento aplicable. Y esto a pesar de las advertencias del secretario de la Corporación sobre la necesidad de tramitar un expediente y la imposibilidad de una demolición directa previa.

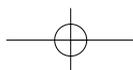
Pero en el ámbito de los tribunales provinciales quizá despunte sobre las demás resoluciones que tratan delitos de prevaricación la *SAP de Madrid —Sección 4.ª—, núm. 60, de 7 de mayo (JUR 186857)*. La resolución enjuicia las posibles conductas criminales relacionadas con el proceso de enajenación parcial de los títulos de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios, que atravesaba una difícil situación económica al comienzo de la década de los noventa del pasado siglo. La sentencia contiene un muy prolijo relato fáctico. Éste se apoya en una extensa y detallada motivación de los hechos probados, ejercicio destacable de explicitación del «juicio al hecho» — eminentemente jurídico— que no resulta habitual en la labor judicial y es absolutamente esencial en casos tan complejos como el estudiado. La sentencia condena al que fuera primer teniente de alcalde de la Corporación por delito de prevaricación en relación a la omisión deliberada de cuantas actuaciones se señalaron como necesarias por los órganos técnicos del ayuntamiento en la adjudicación del concurso. Además, siendo el acusado la autoridad garante de la regularidad del proceso de adjudicación, considera la sentencia que hizo caso omiso de la advertencia de los órganos técnicos sobre la verdadera oferta de la empresa seleccionada —que no era realmente la que figuraba en ella—, y sobre el incumplimiento de condiciones sustanciales impuestas —como la asunción de las deudas contraídas con los funcionarios, que finalmente le fueron condonadas a la entidad beneficiaria en claro detrimento del interés municipal—. A pesar de esto, el acusado propuso como adjudicataria a la empresa en cuestión, causando un grave perjuicio a los intereses públicos según estima la sentencia. Consideran los magistrados que el carácter no vinculante del informe de la Intervención General no excluye la actuación prevaricadora, pues su contenido dejaba bien clara la incompatibilidad de la opción seguida por el acusado con el interés general. Se reconoce, no obstante, una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, puesto que los hechos enjuiciados acaecieron en 1992. Esto supone la imposición de una pena realmente nimia de dos años y un día de suspensión de cargo público.

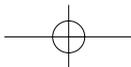
2. Malversación de caudales públicos

En materia de malversación de caudales públicos hemos de dar noticia de varias sentencias del Tribunal Supremo relacionadas con la actividad municipal.

La primera es la *Sentencia de la Sala de lo Penal —Sección 1.ª— núm. 44, de 5 de febrero (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater, RJ 1723)*.

La Audiencia Provincial de Vizcaya, en una resolución de la que dimos noticia en el informe del año pasado, había condenado al alcalde y a la secretaria interventora —una interina, que hasta entonces había desempeñado simples funciones de auxiliar administrativo— del ayuntamiento de Anteiglesia de Mallabia. Ambos acusados habían abierto dos

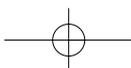




cuentas —cuya existencia habían ocultado al resto de la Corporación— en una entidad de crédito a nombre del ayuntamiento, atribuyéndose indistintamente facultades de disposición. A través de dichas cuentas el alcalde percibía cantidades de dinero procedentes de la Comunidad de Propietarios de un polígono industrial —que realizaba los ingresos con intención de afrontar los gastos públicos relativos a la urbanización de dicho polígono—. Esta actividad urbanizadora —cuya gestión, por otra parte, se realizaba completamente al margen de la normativa aplicable— era, en realidad, una mera cobertura del enriquecimiento personal de los acusados, que se aprovechaban de la creencia de los propietarios en que realmente estaban sufragando gastos ligados a la transformación de los terrenos. Los acusados falsificaban facturas relativas a operaciones ficticias del proceso urbanizador, apoderándose para sí de las cantidades correspondientes. No obstante, como narran los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, las elecciones municipales del año 1995 trajeron consigo un cambio en el gobierno en la Corporación. Ante la mala situación financiera detectada, el ayuntamiento renovado pidió la intervención del Tribunal Vasco de Cuentas. Éste detectó pagos efectuados sin justificación suficiente de gasto por la cuantía de 9.862.210 pesetas; también observó pagos justificados con documentación ficticia por importe directo de 7.239.723 pesetas y, finalmente, detectó reintegros en metálico en cuentas del alcalde saliente por importe de 3.352.691 pesetas. En total los condenados se habían apoderado de 65.107.361 pesetas (391.303,12 euros).

La Audiencia Provincial de Vizcaya condenó a cada uno de los acusados a las penas de siete años de prisión y quince años de inhabilitación absoluta, con la correspondiente obligación civil de indemnizar al ayuntamiento de Anteiglesia de Mallabia en la cantidad malversada, con el interés legal del art. 576 LEC más las costas de las acusaciones particulares. Las defensas de los condenados recurrieron en casación. Al margen de los motivos procesales invocados, los recurrentes alegaban la infracción del art. 432 CP, discutiendo la aplicabilidad del tipo de malversación. En este punto, hay que recordar que la malversación de caudales públicos es un delito que, por razones objetivas o subjetivas, tiene otros tipos subsidiarios que pueden resultar menos gravosos para el penado. De esta forma, como «delito especial propio», la falta de la condición subjetiva de «funcionario público» conduce a la aplicación de otros tipos generales de entre los delitos contra el patrimonio, fundamentalmente los de hurto, apropiación indebida y estafa —en función de la existencia o no de una recepción inicial por título legítimo—. A su vez, la imposible conceptualización del importe defraudado como «caudal público» puede llevar también al castigo ordinario de los hechos como un delito contra el patrimonio.

En el caso enjuiciado las defensas entendían que las cantidades recibidas por los acusados, en cuanto procedentes de los miembros de la Comunidad de Propietarios, no eran caudales públicos. Recibiéndose de particulares y defraudándose el interés privado de éstos, concurriría a lo más un delito de estafa —puesto que el acto de disposición patrimonial había sido fruto de un engaño—. De hecho, según argüían las defensas, la existencia de las cuentas se había ocultado a los órganos municipales, que nunca habían tenido verdadera relación con el dinero defraudado. No se trataría, por tanto, de «caudales públicos», puesto que el dinero nunca se integró en el patrimonio municipal.



El Tribunal Supremo rechaza el argumento de los recurrentes recordando el carácter teleológico que el concepto de «caudales públicos» tiene en el art. 432 del texto punitivo. Con este tipo, el legislador penal no pretende únicamente proteger el patrimonio del ente sino también «la confianza del público en el manejo honesto de los fondos confiados al Estado y, en particular, a sus servicios públicos». Con esa perspectiva finalista, el caudal público existe desde que la autoridad o el funcionario lo tiene en su poder con motivo de las funciones inherentes a su cargo, sin necesidad de una efectiva incorporación al patrimonio de la entidad. En el caso resuelto, siendo el ayuntamiento el titular nominal de las cuentas abiertas por los condenados, «los particulares que hacían los ingresos confiaban en la institución pública y era ésta la que los recibía». Por tanto, para la Sala 2.^a, «el carácter público de los caudales distraídos está fuera de toda duda».

Se discutía igualmente en el recurso de casación la existencia del «daño o entorpecimiento al servicio público» apreciado por la Audiencia y determinante de la aplicación de la modalidad agravada de malversación. En este sentido, y en primer lugar, la opinión de las defensas era la misma: al no provenir los caudales de las arcas municipales, sino de particulares, no podría hablarse de daño al servicio público municipal, que siguió funcionando con normalidad al margen de las operaciones clandestinas de los acusados. No obstante, el argumento es rechazado en casación con idéntica perspectiva teleológica. A juicio de la Sala 2.^a, el daño al servicio público también concurre cuando se sustraen las cantidades recibidas en nombre del ente público a la información, control y fiscalización de éste. En segundo lugar, la Sala señala que la agravación del apartado 2 del art. 432 puede apreciarse en atención al «daño moral» en la confianza pública, que se suma a la importancia de la cantidad malversada —aunque ésta, en principio, no supere la cuantía que permite por sí sola la subsunción en el subtipo agravado.

No obstante, el Tribunal termina casando la sentencia de instancia con importantes efectos prácticos sobre la pena. Aprecia la Sala de lo Penal una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas; esto lleva a que la nueva sentencia rebaje sustancialmente la condena, siendo la definitivamente impuesta de tres años y seis meses de prisión y de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años, manteniéndose el resto de pronunciamientos.

La segunda sentencia de la *Sala de lo Penal Tribunal Supremo* sobre malversación de caudales públicos en el seno de una actividad municipal es la *núm. 252 —Sección 1.^a—, de 22 de mayo (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, RJ 4175)*.

La Audiencia Provincial de Valencia había condenado por un delito de malversación de caudales públicos y otro de simulación de delito al responsable externo —en virtud de un contrato de adjudicación de servicios— de la recaudación municipal del ayuntamiento de Puçol. Con ocasión de esta función, el acusado había dejado de ingresar múltiples abonos de impuestos municipales realizados en ventanilla, apoderándose de las cantidades correspondientes. Al manifestar la tesorera municipal la necesidad de formular un inventario de los recibos cobrados y de los pendientes, el acusado ideó un plan para evitar ser descubierto. Así, la noche posterior al día fijado para efectuar el inventario —del que el acusado pudo librarse con el pretexto de preparar la documentación—

hizo desaparecer los recibos no ingresados en las cuentas municipales. La mañana siguiente denunció ante la Guardia Civil que personas desconocidas habían entrado y registrado su oficina. Esto le permitió eludir el control municipal de los recibos, puesto que tenía que reordenar la documentación tras el ficticio delito sufrido. Aunque parte de la documentación fue encontrada por un particular junto a una carretera, acabó llegando a manos del propio acusado por el conducto de un bienintencionado policía local.

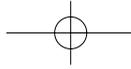
Conseguido su propósito, el recaudador presentó unos listados en los que aparecían como impagados recibos que habían sido cobrados a los contribuyentes. El ayuntamiento tuvo que aceptar los listados ante la imposibilidad de realizar cualquier comprobación, puesto que el acusado afirmaba que los recibos pendientes de pago habían sido sustraídos. Sin embargo, con posterioridad pudo comprobarse —a través de los recibos presentados por los contribuyentes a los que se exigió la repetición del pago— que las cantidades habían sido previamente abonadas. Pudo descubrirse así que el acusado se había apoderado ilícitamente de 154.233,17 euros.

La Audiencia impuso las penas de cuatro años de prisión y de siete años de inhabilitación absoluta por el delito de malversación, además de 2.700 euros de multa (nueve meses, con una cuota diaria de diez euros) por la simulación de delito.

La condena de instancia se confirma íntegramente en trámite de casación por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en la aludida Sentencia de 22 de mayo. Frente a las alegaciones de fondo del recurrente, el Alto Tribunal recuerda que el concepto penal de «funcionario público» es autónomo y que, además, es más amplio que el estrictamente administrativo. En la rama criminal, lo fundamental es «la participación en el ejercicio de funciones públicas», cualquiera que sea el título determinante de esa participación, refiriéndose expresamente el art. 24 del texto punitivo al desempeño de estas funciones en virtud de contrato. De ahí que el concepto de «funcionario» sea plenamente aplicable a un recaudador externo de tributos municipales designado mediante un contrato de adjudicación de servicios.

Recordando su jurisprudencia anterior, la Sala advierte que son fondos públicos las cantidades que se recaudan «tan pronto como el recaudador los percibe, pues ya comienza su obligación de ingreso en las arcas consistoriales». Es más, también tienen este concepto «los recibos devengados y formalizados que incorporan un derecho al cobro». Para que la apropiación de los fondos se produzca basta la falta de ingreso del recaudador, sin que la acusación se vea forzada a la prueba «diabólica» de acreditar que todas las cantidades fueron empleadas por el acusado en provecho propio.

Con estos argumentos, el Tribunal Supremo confirma íntegramente la condena —también en lo relativo a la simulación de delito—. Del criterio de la mayoría disiente el voto particular del magistrado Luciano Varela Castro, si bien la discrepancia se contrae a la posible violación de derechos fundamentales procesales y a la aplicabilidad del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, por lo que huelga aquí comentar su contenido.



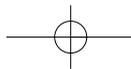
Distinto es el supuesto resuelto por la misma *sala y sección del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 106, de 16 de abril (Ponente: Bacigalupo Zapater, RJ 2176)*. En este caso era un ayuntamiento el que se alzaba en casación frente a una sentencia absolutoria por delitos de malversación, fraude y exacciones ilegales. Estaban acusados de estas infracciones penales el alcalde y un concejal del ayuntamiento de Aras (Navarra). La sentencia de instancia consideró probado que durante la legislatura en que habían desempeñado estos cargos se realizaron gastos de envergadura en conceptos como telefonía, limpieza, material, fiestas, viajes... Observó igualmente la existencia de un pago en cheque sin justificar y otras anomalías relacionadas con la adjudicación de un centro cívico y con la solicitud de ayudas comunitarias; no estimó, sin embargo, la concurrencia de los elementos que integran las infracciones imputadas y dictó sentencia absolutoria. La resolución del Alto Tribunal confirma este pronunciamiento, destacando la insuficiencia de los elementos probados para justificar cualquier subsunción en un tipo penal.

Por su parte, la *Audiencia Provincial de Sevilla —Sección 7.ª— ha descartado en su Auto núm. 362, de 1 de julio (JUR 16513)*, que la utilización de una sección de una gaceta de información municipal para defender al alcalde de las críticas de la oposición pueda constituir un delito de malversación del art. 433 del texto punitivo.

3. Delitos contra los derechos cívicos

En este concreto ámbito delictivo ha de destacarse la *STS —Sala de lo Penal, Sección 1.ª— núm. 443, de 1 de julio (RJ 5480, Ponente: Monterde Ferrer)*, que condena a un alcalde por un delito contra los derechos cívicos de tres concejales de la oposición y por tres delitos de coacciones.

La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres había reputado al acusado autor de un delito contra los derechos cívicos de las personas, de un delito de prevaricación y de tres delitos de detención ilegal. Según los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, el acusado, en el año 2003, en su condición de alcalde de la localidad de Alcollarín, impidió sistemáticamente a tres concejales de la oposición la realización de su labor, denegándoles la posibilidad de constituirse en grupo político, negándose igualmente a proporcionarles un lugar dentro del propio ayuntamiento en el que pudieran desempeñar sus funciones. Tampoco les concedió una simple mesa, por lo que los tres ediles se vieron obligados a trabajar en el pasillo, aprovechando un banco y utilizando unas sillas a modo de escritorio —mobiliario que, sin embargo, fue inmediatamente retirado por el acusado—. Tampoco accedió éste a que pudieran trabajar en el salón de plenos, normalmente desocupado, y lo cerró con un candado para impedir su uso. El acusado ordenó por escrito que se cerrara el ayuntamiento tan pronto como llegaran a él los concejales de la oposición y dictó una resolución en la que disponía que a éstos sólo se les permitiera trabajar de nueve a diez horas en la Casa de la Cultura —edificio cercano al ayuntamiento pero carente de medios de atención al público.



Encontrándose los tres concejales en el ayuntamiento la mañana del día 16 de julio, el alcalde les ordenó que se marcharan de allí, a lo que éstos se negaron, llamando aquél a la Guardia Civil para desalojarles —alegando para ello una alteración del orden público—. Finalmente, los tres ediles se marcharon voluntariamente del edificio. Sin embargo, la mañana del 11 de agosto el acusado recibió la visita de unos vecinos de una pedanía del municipio. Los concejales de la oposición entregaron a éstos una tarjeta con su número de teléfono. El alcalde, molesto por este hecho, ordenó a todos los presentes que salieran del ayuntamiento, a lo que los tres ediles se negaron. Ante esto, el acusado hizo salir del ayuntamiento a los vecinos y a la secretaria, encerrando en su interior a los tres concejales, que llamaron a la Guardia Civil para que los sacara de allí. No obstante, esto no fue necesario, al volver más tarde el acusado —una vez que se habían marchado los vecinos de la pedanía— y desechar la puerta. Los concejales permanecieron en el edificio hasta la llegada de los agentes.

El Tribunal Supremo casa la sentencia y absuelve al acusado de los delitos de detención ilegal. Estima que no concurre el tipo objetivo del art. 167 del texto punitivo, ya que no hubo verdadera privación de libertad deambulatoria. Considera la Sala que no se produjo el encierro más que el tiempo que los concejales solían estar en el interior de las dependencias municipales y que ellos mismos habían manifestado su intención de permanecer allí. Además, el Tribunal emplea el curioso argumento —en la que, a mi juicio, es una errónea conceptualización del dolo (como simple querer directo) impropia de un tribunal de tan alta posición en la organización judicial— de entender que la intención del alcalde no era privar a los concejales de libertad, sino impedir el contacto de éstos con los vecinos —por eso habría abierto la puerta una vez que éstos, tras tomar un café, se hubieron marchado.

La Sala 2.^a advierte, sin embargo, que los hechos no deben quedar impunes, y que estamos ante tres delitos de coacciones, en la modalidad típica de «impedir con violencia lo que la Ley no prohíbe». El alcalde había impedido por la fuerza —cerrando la puerta del ayuntamiento— el legítimo contacto de los concejales afectados con los vecinos de la pedanía. La legitimidad del acto impedido, que es evidente por sí misma, la apoya la sentencia en varios preceptos de la normativa vigente sobre la organización y funcionamiento municipal —de discutible relación con el asunto— con los que llega a la conclusión —sin duda, afortunada— de que entre las funciones del alcalde no está el impedir a los concejales la realización de su labor.

Se estima igualmente el recurso de casación interpuesto en lo relativo al delito de prevaricación. Los argumentos de la resolución son confusos. Por una parte, parece discutir la valoración de prueba realizada en la sentencia de instancia en relación al contenido de las resoluciones y órdenes del alcalde sobre el cierre de las dependencias municipales. Sin embargo, la resolución expresa esta discrepancia muy veladamente, dados los términos en que ha de moverse un tribunal de casación. Por otra parte, parece descartar la arbitrariedad de las resoluciones adoptadas con un argumento totalmente ajeno al contenido de éstas: que no fueron recurridas por los dos concejales afectados. Finalmente, la resolución

da a entender que los cierres acordados y la habilitación exclusiva de la Casa de la Cultura —durante una hora de la mañana— para la actividad de los concejales era parte del impedimento del ejercicio de los derechos cívicos de éstos —sin explicar por qué resuelve esta posible concurrencia de infracciones como un simple concurso de normas con aplicación de la más levemente penada; de hecho más tarde afirma la misma sentencia que el tipo aplicable en caso de solapamiento es el de prevaricación.

Sí que confirma el Alto Tribunal la condena por el delito contra los derechos cívicos, al entender que la conducta del alcalde supuso una obstaculización «porfiada» del derecho de los concejales afectados a su participación política, en interpretación combinada de los arts. 23 y 140 de la Constitución. Recuerda la Sala que es normal que la oposición sea «molesta» para quienes detentan el poder, pero que esto no legitima «la utilización abusiva de las facultades de gobierno para entorpecer y obstaculizar su función».

En consecuencia, la sentencia mantiene la condena a las penas de dos años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público por el delito contra los derechos cívicos, pero casa la sentencia de la Audiencia en lo relativo a la prevaricación. La segunda sentencia condena al acusado como autor de tres delitos de coacciones, imponiéndole por cada uno de ellos la pena de seis meses de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de alcalde de la localidad.

A pesar de los defectos técnicos y la confusa exposición de los argumentos de la sentencia comentada, lo cierto es que la solución final parece más ponderada y acorde con la significación real de los hechos, que, en cualquier caso, han recibido el merecido reproche penal.

4. Otros delitos relacionados con la actividad municipal: negociaciones prohibidas a funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función, violación de secretos e infidelidad en la custodia de documentos

De interés resulta la *SAP de Pontevedra —Sección 2.ª— núm. 18, de 11 de junio (ARP 634)*. El tribunal provincial considera probado que el acusado, como concejal delegado de Protección Civil prometió un trabajo a una ex empleada del ayuntamiento, citándose con ella para cenar y solicitándole después favores sexuales a los que condicionó indirectamente su futura contratación como empleada del consistorio, siendo rechazada la proposición por parte de la víctima. La Audiencia descarta que estos hechos puedan ser subsumidos en el tipo del art. 443.1 CP. Señala el tribunal que este delito se consuma con la simple solicitud sexual, sin necesidad de que se lleve a efecto. No obstante, siguiendo la redacción del tipo y la doctrina del Tribunal Supremo, es preciso que la víctima tenga pretensiones pendientes de resolución por parte del acusado o sobre las que éste tenga que emitir informe o elevar consulta. Ésta es la «situación ambiental de presión para la víctima y/o superioridad o abuso del sujeto agente» que se exige en el precepto. Los magistrados consideran que no existía ya relación laboral de la víctima con el

ayuntamiento ni tampoco un asunto pendiente de resolución. Por otra parte, desde la fecha de los hechos hasta el tiempo en que el acusado fue apartado de su cargo no se produjo ninguna convocatoria de plaza de personal en la que la víctima pudiera estar interesada. Por otra parte, se considera probado que el sistema de selección de personal del ayuntamiento se articulaba a través de un tribunal que evaluaba a los candidatos cualificados aportados por el INEM, teniendo facultades de decisión el propio alcalde, sin que se probara cualquier tipo de capacidad de influjo del acusado en el ejercicio de tales facultades selectivas. Considera, por tanto, la Sala que no se ha acreditado la existencia de la situación ambiental de presión ni de la pendencia de asunto en el que el acusado pudiera influir realmente.

Por otra parte, el pronunciamiento de la Audiencia también es absolutorio en cuanto al delito de abusos sexuales imputado, por los diversos tocamientos no consentidos que la noche de los hechos hizo el acusado a la víctima, que igualmente se declaran probados, considerando tal comportamiento constitutivo de una falta de vejación injusta.

A las graves irregularidades relativas a un proceso selectivo para cubrir plazas de bomberos se refiere la *SAP de Granada —Sección 2.ª— núm. 177, de 19 de marzo (JUR 363866)*. La peculiaridad —casi filmica— del supuesto de hecho enjuiciado justifica que nos ocupemos detalladamente de éste. En concreto se trata de la cobertura, en virtud de convocatoria efectuada en fecha 15 de enero de 2002, de dieciséis plazas de bombero mediante concurso oposición. El segundo ejercicio de los tres que componía la fase de oposición era un cuestionario con respuestas alternativas o *tipo test*. De los doscientos exámenes corregidos sólo superaron la prueba los correspondientes a los diecinueve bomberos interinos. Proliferaron las reclamaciones y uno de los examinadores (técnico bombero al que se identifica como *Al.*) —que, ante los rumores de irregularidades que habían rodeado a las convocatorias anteriores, ya había presentado sus preguntas en un sobre cerrado con la exigencia de que fuera sellado y custodiado por el secretario del tribunal—, dudando de la transparencia del proceso, propuso al resto anular el examen con el pretexto de su excesiva dificultad técnica. La idea fue descartada por los demás examinadores, puesto que no se había violado ninguna de las bases de la convocatoria. No obstante, decidieron validar 24 de las 100 preguntas del *test* cualquiera que hubiera sido la respuesta del opositor. *Al.* se negó a firmar el acta de la reunión, para que quedara así constancia de su desacuerdo.

Con posterioridad a este incidente, durante el proceso de corrección de este ejercicio, se descubrió que el examen de un opositor que tenía la condición de bombero interino del ayuntamiento de Granada presentaba anomalías. Algunas de las respuestas estaban enmendadas, de forma que la opción finalmente elegida resultaba ser la correcta. Curiosamente la nueva respuesta estaba seleccionada con un bolígrafo de tinta distinta a la del resto del examen. Sin estas respuestas enmendadas, el opositor habría resultado suspenso. Se detectaron más anomalías en otros exámenes. En estas circunstancias, las sospechas de *Al.* iban en aumento, recelando de dos de los miembros del tribunal que, como técnicos bomberos, trabajaban diariamente con los interinos. Llegó así al convenci-

miento de que éstos habían filtrado las preguntas que les correspondía formular individualmente dentro del *test*. De hecho, comprobó que los pocos opositores aprobados habían respondido correctamente las cuestiones elaboradas por sus dos compañeros de tribunal y que, en cambio, habían fallado las que él mismo había formulado. Así, tras salir de una de las reuniones del tribunal preguntó a sus dos compañeros si eran ciertas sus sospechas, no contestando éstos a su pregunta. Ante esta circunstancia, y visto que no había conseguido la anulación del examen, decidió buscar pruebas de las irregularidades cometidas. Para ello, fingió ante sus dos compañeros que compartía la actitud de beneficiar a los interinos, pero siempre que se hiciera con todos éstos, llegando al pacto de filtrar las preguntas y respuestas del tercer ejercicio, que consistía en un caso práctico. Uno de los dos técnicos examinadores (*J.*) y el mismo *Al.* llegaron a citarse en el parque de bomberos con los interinos aspirantes a las plazas, garantizándoles que todos tendrían anticipadamente las preguntas y respuestas, y recomendando al único de ellos que había suspendido (*L. A.*) que pidiera la revisión de su ejercicio.

J. y *Al.* —que, como técnicos bomberos, eran los que debían confeccionar el tercer ejercicio— se citaron para elaborar las preguntas, llevando el segundo una grabadora a efectos de obtener pruebas del fraude cometido por sus compañeros. En la reunión se habló de las preguntas del examen y de cómo iban a ser filtradas. En cuanto al interino que había resultado suspenso, consideraron la posibilidad de validar otras tres o cuatro respuestas, de forma que resultaran beneficiadas varias personas más para no levantar sospechas de favoritismo. No obstante, *J.* optó por modificar el examen del interino afectado, ante el riesgo que suponía que éste les denunciara si resultaba suspenso. En el curso de la reunión, *J.* presentó un folio mecanografiado con las veintiuna preguntas —de un total de treinta— que iban a ser filtradas a los interinos. Éstas llegaron a los bomberos interinos a través de *J.* Por su parte, *Al.* se puso hábilmente en contacto con *L. A.* —el único interino que había suspendido— y, facilitándole las preguntas, le convenció de que acudiera el día anterior al examen a un Notario. *Al.* le explicó que el Notario recogería las preguntas en un acta y así *L. A.* podría denunciar el fraude para el caso de que no prosperase su pretensión de revisar el examen. De este modo, según le dijo *Al.*, podría llegar a anular el proceso selectivo y tener una segunda opción de aprobarlo. *Al.* consiguió así una copia del documento notarial y, con ello, una nueva prueba del fraude. La revisión de *L. A.* no prosperó. El tercer ejercicio tuvo lugar conforme a lo pactado. Realizadas las demás pruebas y computados los méritos, catorce de los interinos obtuvieron definitivamente plaza.

Tras esto, *Al.* se puso en contacto con otros miembros del tribunal y compañeros de sindicato, poniendo en su conocimiento que tenía pruebas del fraude y que pretendía denunciarlo, y pidiendo para ello una reunión con el alcalde. Este encuentro tuvo lugar y el alcalde le recomendó que presentara una denuncia ante la Fiscalía, cosa que finalmente hizo, anulando el ayuntamiento el resultado del proceso selectivo. No obstante, *Al.* fue también imputado y, a la postre, como vamos a ver, condenado. De hecho, en su denuncia ante la Fiscalía no había dado todos los datos relativos a su participación en los hechos ni había aportado la grabación de la conversación con *J.*

La Audiencia de Granada considera que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de revelación de secretos en la modalidad cualificada por el grave daño a la causa pública originado con la divulgación (art. 417.1.II CP), infracción que considera cometida por *J.* y *Al.* Esta subsunción legal, que la sentencia explica detalladamente, no fue discutida por las defensas, que hicieron todas sus alegaciones en lo relativo a la prueba de los hechos. Para la Sala es evidente el deber de guardar sigilo sobre el contenido de los exámenes de acceso a la función pública, a efectos de asegurar el correcto desarrollo del proceso selectivo conforme a los criterios de mérito y capacidad señalados por el art. 103 CE. También resulta obvio, para la sentencia, el grave daño causado con la divulgación, pues «fluye con naturalidad de las consecuencias mismas de los hechos, el desprestigio del ayuntamiento de Granada en los procesos selectivos de su personal funcional y las consecuencias jurídico-administrativas derivadas» (la anulación del proceso y retroacción del mismo) y esto «por no hablar del perjuicio que han sufrido por los opositores que de buena fe concurren a esa convocatoria».

El tribunal provincial examina detalladamente la prueba incriminatoria, fundamentalmente la propia declaración del coacusado *Al.* y la del testigo *L. A.*, sumadas a la grabación de voz y el acta notarial. Pero lo más interesante es que la responsabilidad criminal que resulta de su eficacia incriminadora alcanza al propio «topo» (pues así le llama la resolución) que participó en los hechos con la sola intención de destapar la trama (*Al.*). Estima el tribunal que, una vez obtenida la grabación, debió este acusado poner de manifiesto las irregularidades, poniendo fin a éstas; en lugar de actuar de esta forma, contribuyó a desencadenar un riesgo para el bien jurídico protegido que no podía él mismo controlar, con graves consecuencias para el bien público. De hecho, el acusado realizó el resto de actos típicos que conducían a la consumación del delito. En opinión de la Sala, «en su afán desmedido por anular un proceso selectivo a su modo de ver injusto, no sólo consintió sino que él mismo realizó actos directos de revelación», al entregarle el examen a *L. A.*, engañando a éste y traicionando su confianza con el solo fin de obtener una nueva prueba del fraude (el acta notarial). El tribunal descarta que la conducta del acusado pueda estar asistida de cualquier causa de justificación; no obstante, le reconoce una atenuante analógica en relación con la de confesión prevista en el núm. 4 del art. 21 del texto punitivo. A pesar de esto le condena a las mismas penas que impone al otro acusado (*J.*), quedando ambos sujetos a la obligación solidaria de indemnizar al ayuntamiento en la cuantía de los perjuicios irrogados.

5. Atentados contra cargos públicos municipales

Merece la pena mencionar la *SAP —Sección 1.ª— de Guipúzcoa núm. 289, de 29 de octubre (ARP 656)*. Los hechos tuvieron lugar el 6 de septiembre de 2007 en la salida de la Ermita de la Virgen del Sagrario de la localidad de Lizartza. La acusada se encontraba en un grupo de unas veinte personas que portaban «ikurriñas» y exhibían carteles reclamando el traslado de presos vascos a «Euskal Herria». Según los «hechos probados», la

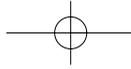
acusada y el resto del grupo habían acudido a la salida de la novena que se celebraba en la ermita para protestar por la presencia en la localidad de los concejales asistentes al acto religioso. Al salir éstos, los manifestantes comenzaron a increparles diciéndoles «*txakurras*, fascistas, fuera de aquí». Los manifestantes formaron un tumulto alrededor de los concejales y se aproximaron a éstos en actitud agresiva. Utilizaron los mástiles de las banderas que portaban para golpear el vehículo de la concejal afectada —que finalmente pudo introducirse en él con el auxilio de sus escoltas—. Cuando la edil trataba de acceder al automóvil, la acusada trató de agredirla con el palo de la pancarta que llevaba, no consiguiendo su propósito por la intervención del escolta, que pudo desviar el golpe de forma que sólo rozó en la ceja a la concejal.

La sentencia considera que estamos ante un acometimiento directo constitutivo de delito de atentado. La acusada tenía la intención de golpear a la concejal con el palo de la pancarta, según se derivaba inequívocamente de las diversas declaraciones testimoniales practicadas. Conocía el cargo público que ostentaba la víctima y realizaba la agresión precisamente en atención a esta cualidad. Estima la Sala que es irrelevante que la celebración de la novena no fuera un acto oficial; también es una modalidad típica del delito de atentado la realización de la agresión en atención a la condición de autoridad de la persona afectada. No se aplica, sin embargo, el subtipo agravado consistente en la utilización de medio peligroso, al carecer el tribunal de datos suficientes sobre las características del palo utilizado. Impone por ello la pena privativa de libertad mínima del art. 551.2, que es de cuatro años de prisión, y la de multa de nueve meses, con una cuota diaria de diez euros. La condena incluye las costas de la acusación particular.

6. Algunos supuestos de responsabilidad criminal relacionados con la actuación de agentes de los cuerpos locales de policía

La ilícita actuación de algunos agentes de los cuerpos de policía local ha llevado al Tribunal Supremo a confirmar en 2008 varios pronunciamientos condenatorios de las Audiencias Provinciales. Estos casos de excesos policiales no sólo dan lugar a la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de las administraciones municipales correspondientes sino que, sobre todo, dañan seriamente el prestigio de estos entes.

Es llamativo el caso resuelto en casación por la *STS 923, de 29 de diciembre (Ponente: Marchena Gómez, JUR 58882)*. Conforme a los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial de Barcelona, el acusado se había visto involucrado en un «leve incidente de tráfico» mientras conducía su vehículo particular. A raíz de este hecho, aprovechando su trabajo como agente de la Guardia Urbana de la capital catalana, se dedicó a perjudicar sistemáticamente al conductor del vehículo con el que había tenido el incidente, sometiéndole a un «acoso constante» a través de reiteradas denuncias contra su vehículo. Todas las multas tenían por causa el estacionamiento en la acera en un polígono industrial en el que existía una situación fáctica de «permisividad» ante esta infracción. De hecho, el acusado no denunciaba a ningún otro vehículo de entre los muchos que



estacionaban diariamente de la misma forma. Igualmente quedó probado que el acusado había efectuado dos denuncias falsas, al estar el automóvil en cuestión en la fecha indicada en el boletín en otro lugar distinto. La Audiencia condenó por dos delitos continuados, uno de falsedad y otro de coacciones.

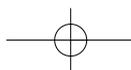
El Tribunal Supremo revoca la condena por coacciones impuesta al policía local. La Audiencia había estimado que los hechos podían ser subsumidos en el art. 172 CP, puesto que con la incesante imposición de sanciones a la víctima se le estaba impidiendo llevar a cabo un comportamiento que, en cambio, estaba permitido para el resto de los vecinos. Con ello no se buscaba sino restringir la libertad del afectado en venganza por un «nimio incidente previo». El tribunal de casación no comparte este criterio y lo expresa además en términos contundentes. Según su parecer, el tipo citado sólo es aplicable a quien «sin estar legítimamente autorizado para ello» impide a otro hacer «lo que la Ley no prohíbe». No ocurre así en el presente caso. Al aparcar sobre la acera, el denunciante infringía una norma reguladora del estacionamiento de vehículos en la vía pública prevista en el art. 94 del Reglamento de Circulación. No es aceptable, dice la Sala 2.^a, que el tribunal *a quo* haga prevalecer los meros usos sociales de los vecinos, más o menos tolerados, frente a tan clara disposición normativa, pues «nuestro sistema jurídico no conoce tan extravagante fuente del Derecho, sobre todo, cuando de lo que se trata es de dejar sin efecto un Real Decreto mediante un acuerdo entre no se sabe qué vecinos, qué regidor y de qué distrito». Por tanto, las conductas objeto de denuncia no estaban amparadas por la Ley; antes bien, se trataba de «conductas de estacionamiento prohibido que, como tales, habían de ser sancionadas». Añade el tribunal que la mera tolerancia administrativa no elimina la ilicitud del comportamiento:

«La tolerancia de las autoridades administrativas respecto de una conducta antijurídica no puede nunca actuar como fuente de legitimación. Dicho con otras palabras “permitir” no es lo mismo que “conferir derecho a”. De ahí que quiebre uno de los elementos indispensables para la subsunción del hecho en el delito de coacciones».

Ahora bien, esto no quiere decir que la concreta conducta del agente acusado no sea penalmente reprochable. La arbitraria selección de la persona multada en virtud de una «rencilla personal» puede ser, según la sentencia comentada, constitutiva de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 del texto punitivo, aunque el principio acusatorio impide a la Sala 2.^a abordar la aplicación de esta calificación normativa.

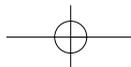
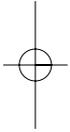
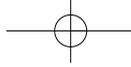
En cambio, el tribunal de casación considera jurídicamente correcta la subsunción realizada en el delito de falsedad en documento público respecto a las dos denuncias inventadas por el agente. Se trata de una falsedad en la narración de los hechos del art. 390.1.4.º CP realizada en documento oficial —el boletín de denuncia—. Por ello, la segunda sentencia dictada por el alto tribunal mantiene la condena a cuatro años y seis meses de prisión y a quince meses de multa, con una cuota diaria de doce euros, por el delito continuado de falsedad documental.

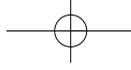
Por otra parte, también en 2008 el Tribunal Supremo ha confirmado varias condenas de instancia contra agentes de policía municipal por excesos en el uso de la violencia



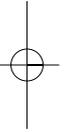
física no amparados en la eximente de cumplimiento de un deber (*vid.*, por ejemplo, la *Sentencia 467, de 16 de julio* —Sala 2.^a, Sección 1.^a, RJ 5237, Ponente: Andrés Ibáñez—). Particularmente interesante es el supuesto examinado por el Alto Tribunal en la *Sentencia 467, de 16 de julio* (Sala 2.^a, Sección 1.^a, RJ 36, Ponente: Puerta Luis). Del asunto había conocido en instancia la Audiencia Provincial de Granada. Varias dotaciones del Cuerpo de Policía local habían realizado una actuación motivada por el exceso de ruidos que generaba una fiesta privada. Terminada la actuación —en el curso de la cual uno de los participantes había tenido una actitud despectiva y hasta agresiva hacia los agentes— dos de ellos volvieron a entrar y sacaron por la fuerza a la persona con la que habían discutido, reduciéndola a golpes, esposándola e inmovilizándola con el auxilio de otros tres agentes, causándole entre todos ellos, entre otras lesiones, una herida inciso contusa que precisó para la curación de la práctica de cuatro puntos de sutura. El tribunal provincial había condenado a los cinco agentes por delito de lesiones imponiendo a cada uno de ellos la pena de diez meses de multa, con una cuota diaria de doce euros. El Tribunal Supremo confirma la condena en la resolución citada y descarta la aplicación de la eximente —completa o incompleta— de cumplimiento de un deber. Aunque la presencia inicial de los agentes estuvo motivada por una actuación relacionada con el ejercicio de sus funciones, ésta ya había cesado al realizarse la agresión, que estaba fundada exclusivamente en un ánimo vindicativo totalmente ajeno a cualquier deber legal de los funcionarios condenados. Además, ni había necesidad de utilizar la violencia ni ésta podía entenderse proporcionada a las circunstancias del caso concreto.

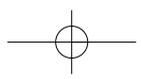
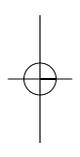
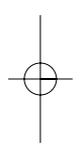
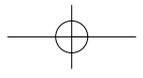
Mejor suerte corrieron en casación los agentes condenados por la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso finalmente resuelto por la *STS (Sala 2.^a, Sección 1.^a, RJ 6079, Ponente: Marchena Gómez) núm. 588, de 26 de septiembre*. La Audiencia consideró que había quedado acreditado que un agente de Policía Local de la localidad de Sant Adrià de Besos había zarandeado, arrojado al suelo y golpeado a un ciudadano —que se negaba a identificarse y que previamente había solicitado al funcionario que le facilitara su número profesional a efectos de denunciarle por un incidente de tráfico ocurrido el día anterior—. Se había impuesto al acusado la pena de seis meses de prisión por delito de lesiones. El Tribunal Supremo casa esta vez la sentencia por los defectos argumentales de que adolece el juicio probatorio contenido en ella, hasta el punto de afectar a la propia «razonabilidad del discurso» y con ello al derecho a la presunción de inocencia. Por ello procede a la absolución del acusado.





INFORMES DE AYUNTAMIENTOS





Enajenación de aparcamientos subterráneos, para residentes, en régimen de concesión administrativa y actuaciones a realizar por el ayuntamiento

Ayuntamiento de Alcobendas¹

El punto de partida de la cuestión planteada se encuentra en la posibilidad de que una Administración, en este caso local, segregue el subsuelo público, lo desafecte y posteriormente lo privatice. Lo expuesto debe conjugarse con la naturaleza jurídica de la concesión existente.

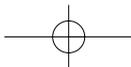
El ayuntamiento de Alcobendas ha adjudicado «quince» aparcamientos subterráneos para residentes en régimen de concesión administrativa. Las características de los Pliegos de Condiciones objeto de las adjudicaciones, son similares: construcción y posterior explotación, mediante concesión, por un plazo de 75 años.

Los supuestos que nos ocupan conllevan la existencia, no sólo de dos sujetos en la relación administrativa: «Administración concedente» y «Concesionario», sino de un tercero, «el Usuario de las plazas de aparcamiento», quien a su vez mantiene una relación amparada en el derecho privado con el adjudicatario de la concesión.

Nos encontramos con la ejecución de los aparcamientos y su puesta en funcionamiento. Las preguntas que se han de contestar son: ¿es posible la enajenación de los mismos? ¿Y cómo se ha de llevar a cabo?

En el suelo público, el subsuelo tiene el mismo carácter de bien demanial. La posibilidad de permitir la diferenciación de uso y de naturaleza jurídica ha sido consagrada por el Tribunal Supremo en sentencias de fecha 1 de diciembre de 1987 y 20 de julio de 1990, por las que se permite la segregación del suelo respecto del subsuelo, y por ende, la alteración de la calificación jurídica del mismo, para considerarlo como bien patrimonial, así como las sentencias de 14 de mayo y 30 de noviembre de 2002 del mismo Tribunal, inscribiendo dicha finca «como una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo de carácter público», como ha manifestado la Dirección General de Registros y Notariados en las Resoluciones de fechas 13 de mayo de 1987 y sobre todo, en la emitida el 5 de abril de 2002. Se admite la inscripción de un complejo

¹ El presente informe ha sido elaborado por Alfredo Fernández Martínez, Director de Coordinación de los Servicios Jurídicos del ayuntamiento de Alcobendas.



subterráneo privado bajo suelo público, sobre la base de la no contradicción con el planeamiento.

La existencia de un régimen jurídico detallado del subsuelo que lo diferencia del suelo estableciendo unos límites de profundidad que separen el suelo de la superficie del subsuelo, es la única forma de que a nivel de subsuelo sus linderos no coincidan con el suelo, con la posibilidad de inscripción separada y de derecho de propiedad inherente del subsuelo.

El reconocimiento del subsuelo como objeto de regulación se recoge por nuestra normativa autonómica, Ley 9/2001, de 5 de julio, al establecer en su art. 2.1: «a los efectos de la ordenación urbanística del suelo se entiende comprendida la superficie del terreno, así como el vuelo y el subsuelo, tanto en su estado natural como transformado».

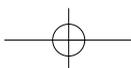
Dentro de la normativa estatal, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, en la ordenación urbanística se incluye no sólo la transformación y el control de la utilización del suelo, sino también, en el apartado 2.º del art. 8, el subsuelo y el vuelo.

La posibilidad de delimitar jurídicamente el subsuelo como un objeto jurídico independiente, diferenciado de la finca superior, para ser objeto de dominio y aplicarle, en este caso, a los aparcamientos subterráneos el concepto de «complejo inmobiliario», viene marcado, como ha manifestado la Resolución favorable de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002, por la «concepción del dominio, no como un derecho ilimitado y unitario, en el que sólo por vía de ley cabe restricciones a su contenido, sino que por el contrario la *función social de la propiedad* delimita intrínsecamente su extensión (art. 33 de la Constitución)», por lo que se prioriza el concepto de función social frente a los derechos del propietario.

El punto de conexión entre el suelo y el subsuelo es lo que determina el otorgamiento del complejo inmobiliario, debiéndose de especificar los elementos comunes e incluso si no hubiere elementos comunes, la Ley 8/1999, de 6 de abril, Ley de Propiedad Horizontal, considera aplicable el régimen de propiedad horizontal propio de los complejos inmobiliarios (art. 24), cuando existan servicios generales, mediante la regulación en los estatutos de dicho complejo, estableciendo una cuota de participación para cada elemento, todo ello con el fin de adecuar el sostenimiento de servicios, cargas y tributos no imputables individualmente a las fincas.

Es evidente que en nuestro ordenamiento nada impide la enajenación de edificios en el subsuelo utilizando la forma expuesta, siempre que se compatibilice el uso público del suelo con el destino privativo de edificaciones existentes en el subsuelo.

Para poder llegar a una conclusión afirmativa, se han de realizar diferentes actuaciones administrativas:



Enajenación de aparcamientos subterráneos, para residentes, en régimen de concesión... 517**I**

Expediente administrativo en el que se incluya informe justificativo por el que se manifieste la existencia de razones de oportunidad para la transformación del régimen de concesión existente, vinculadas al propio interés público, a un régimen de propiedad privada:

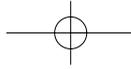
- a) La adquisición de la propiedad es un elemento dinamizador que ayudará a resolver el posible problema de las plazas sin ceder.
- b) Y sobre todo el interés público en la conservación del aparcamiento. Sin duda alguna, dado que la titularidad de la concesión le corresponde a la Administración, tanto los usuarios como los concesionarios pueden no preocuparse excesivamente de la conservación de dicho inmueble, con lo que el deterioro de las instalaciones puede ser progresivo a medida que se acerque el plazo de vencimiento de las concesiones. Las medidas que pudiera poner en marcha el ayuntamiento para el mantenimiento y conservación irán en aumento a medida que se acerque el vencimiento de la concesión.
- c) El cambio de régimen de concesión a bien patrimonial, se hace en beneficio de los usuarios de las plazas de aparcamiento.
- d) Las concesiones se otorgan por un plazo largo, de 75 años, por lo que la disponibilidad del subsuelo se encuentra dilatada por el citado plazo.
- e) Por otro lado, el vencimiento de las concesiones conllevará a la reposición de las mismas a un estado satisfactorio, con la premisa de volver a adjudicar nuevas concesiones y la dilatación de la disponibilidad del subsuelo.

II

La conclusión de dicho expediente conlleva a que el ayuntamiento se plantea la posibilidad de variar la fórmula jurídica de explotación, extinguiendo anticipadamente las concesiones actualmente existentes, con el consentimiento de los concesionarios, mediante formalización de convenios con éstos, de manera que sea opcional para los cesionarios la continuación en el régimen de cesión temporal o la de acceso a la propiedad.

III

Informe jurídico en el que se especifique la posibilidad de enajenar espacios o volúmenes subterráneos o partes del subsuelo urbano bajo el terreno de dominio público dedicados a aparcamientos en régimen de concesión para transformarlos en aparcamientos privados, previa extinción de la concesión por mutuo acuerdo y segregación como finca o propiedad independiente de dichos volúmenes subterráneos, previa desafectación del dominio público y su inscripción como bienes patrimoniales en el Registro de la



518

Ayuntamiento de Alcobendas

Propiedad, con garantía de cesión de los derechos de cesión temporales adquiridos sobre las plazas correspondientes.

IV

Acuerdo del órgano competente municipal relativo al «inicio de actuaciones administrativas para transmisión de aparcamientos subterráneos para residentes». En dicho acuerdo se especificarán los trámites para transformar jurídicamente las actuales concesiones administrativas de aparcamientos subterráneos para residentes por el de propiedad, previo convenio con los concesionarios, cambio de la calificación jurídica del subsuelo, transformándolos en bienes patrimoniales, con la modificación del Plan General Municipal de Alcobendas, al objeto de prever la existencia de aparcamientos privados en el subsuelo de plazas y viarios públicos, inscripción registral, y una vez realizados los trámites anteriores, en una segunda fase, se procederá a la transmisión de las plazas de aparcamiento, que se podrán llevar a cabo mediante la intermediación del anterior concesionario, estableciendo las garantías necesarias del destino del suelo público bajo el que existe el aparcamiento, así como el mantenimiento, conservación, construcción o modificación de las redes de servicios públicos urbanos, al amparo del art. 3.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, o mediante la adjudicación del ayuntamiento a los usuarios, conforme al derecho de adquisición preferente.

V

Los trámites se realizarán de oficio por el ayuntamiento en aquellos estacionamientos subterráneos en los que los titulares de plazas de aparcamiento sean concesionarios directos de la propia Administración municipal.

En cambio, los trámites se realizarán a instancia de las empresas concesionarias en los estacionamientos subterráneos donde existe un régimen de cesión temporal convenido directamente entre la sociedad concesionaria y el usuario.

VI

A partir de ese momento hay que distinguir dos fases: transformación del régimen de concesión por el de propiedad y la venta posterior de las plazas de garaje, de conformidad con las siguientes condiciones:

1. La transformación del régimen de concesión por el de propiedad, es decir, la fase inicial, no puede llevar aparejada ningún tipo de contraprestación económica por parte de los titulares de plazas de aparcamiento, bien como concesionarios directos de la

Enajenación de aparcamientos subterráneos, para residentes, en régimen de concesión... 519

Administración municipal, bien como cesionarios temporales de uso. Si bien debe establecerse la salvedad de los gastos que correspondan a escrituración, impuestos e inscripción en el Registro de la Propiedad, que son legalmente repercutibles a los interesados. En todo caso, debemos partir del principio de la conveniencia de que este conjunto de operaciones no supongan coste alguno para el ayuntamiento.

2. Voluntariedad de los titulares de plazas de aparcamiento de acceso al régimen de propiedad. Esta premisa esencial debe plantearse sobre la base de que el acceso a la titularidad de la propiedad por los interesados no puede ser obligatoria.

3. Suscripción de convenio con las sociedades concesionarias en el que se refleje las cláusulas de la transmisión, tales como precio, obras necesarias, en su caso, garantías para el cumplimiento de las condiciones de la transmisión, desafectación, instalación de redes de servicios públicos y formalización documental.

4. La *segunda fase a afrontar*, dentro de este capítulo, es la transmisión de las plazas de aparcamiento. En este sentido existen dos postulados, por un lado la transmisión del régimen de propiedad a la concesionaria, para que ésta a su vez proceda a formalizar las adjudicaciones a los distintos interesados, solución que no me aparece la adecuada, y por otro la adjudicación directa del ayuntamiento a los usuarios, que es la solución por la que me decanto abiertamente. La primera de las soluciones anunciadas no goza de mi preferencia, habida cuenta que supondría a la postre que quedaría en manos de un tercero (la concesionaria) la labor de la adjudicación de los usuarios, y que quedaría fuera del control municipal, con los consiguientes problemas que de ello se pudieran derivar, especialmente los de índole técnico, en casos como fallecimiento de usuarios, posibles adjudicaciones a herederos, etc., que son aspectos que no sabrían resolver pacíficamente las concesionarias, por requerir conocimientos que se escapan a su control. Todo ello, sin perjuicio de que pudieran aquéllas albergar la tentación de eludir algunas adjudicaciones a los usuarios, habida cuenta que si hubiera plazas vacantes serían ellos los titulares de las mismas, lo que les supondría obtener un patrimonio valorado económicamente de forma sencilla.

Sea como fuere, lo que resulta verdaderamente importante en este caso es concretar y determinar los precios de enajenación de las distintas plazas de aparcamiento, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una «cesión de uso» por un periodo determinado, por lo que se deberá de analizar expediente por expediente, para incluir el precio del suelo en la enajenación, ya que los usuarios únicamente han abonado una cantidad relativa al uso, para lo cual estimo que el mismo debe establecerse en todo caso sobre la base de las siguientes condiciones:

— Las sociedades concesionarias no podrán alterar los precios máximos ofertados en las proposiciones de las concesiones otorgadas o, en su caso, los fijados en los convenios correspondientes, salvo el incremento del IPC, anual índice general. La revisión de precios tendrá lugar cuando haya transcurrido un año desde la declaración de comprobación a la que se refieren los correspondientes Pliegos de Condiciones que rigen las concesiones otorgadas, y se establecerá por diferencia de índices anuales entre la fecha de la citada declaración y la de la transmisión.

— Los actuales titulares de plazas que accedan al régimen de propiedad y para posteriores transmisiones, no podrán superar el precio máximo abonado en régimen de concesión o cesión temporal de uso, incrementado en el IPC, anual índice general; a tal fin deberán poner en conocimiento de la Administración municipal la nueva transmisión y solicitar el precio máximo de venta. Igual obligación afectará a futuros transmitentes que no parten de la condición de concesionarios o cesionarios de uso.

5. Las sociedades concesionarias y los titulares de plazas u otros transmitentes posteriores quedan obligados a pactar a favor del ayuntamiento los derechos de tanteo y retracto con sujeción al siguiente régimen:

— Los derechos de tanteo tendrán una vigencia de cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de compraventa o enajenación.

— El ayuntamiento ejercerá los derechos de tanteo y retracto por, como máximo, el precio máximo de venta establecido conforme a los criterios citados anteriormente.

— El derecho de tanteo se podrá ejercitar en el plazo de sesenta días naturales, a contar desde el siguiente a aquél en que se notifique de forma fehaciente por la sociedad concesionaria, concesionario titular u otros futuros transmitentes al ayuntamiento la decisión de vender o dar en pago la plaza, el precio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del que pretende adquirir la plaza.

— El derecho de retracto procederá cuando no se hubiera hecho la notificación de tanteo prevista en este apartado, se omitiere en ella cualquiera de los requisitos exigidos o resultare superior el precio efectivo de la transmisión o menos onerosas las restantes condiciones de ésta. Y podrá ejercerse dentro de los sesenta días naturales, contados desde que el ayuntamiento tenga notificación fehaciente de la transmisión o conocimiento formal y directo de la misma.

6. La Administración Municipal podrá resolver los acuerdos de enajenación celebrados con vulneración del cumplimiento de los requisitos establecidos anteriormente o en los supuestos de falsedad en los documentos, y dicha resolución producirá los siguientes efectos:

— Adquisición por parte del ayuntamiento de la titularidad dominical de la plaza de estacionamiento.

— Reintegro del precio máximo de la plaza al adquirente minorado en un 20 por 100.

7. Será objeto de transmisión el subsuelo correspondiente al espacio urbano en el que se ubican los estacionamientos subterráneos para vehículos, con todas sus obras, e instalaciones interiores, muros, forjados y cimentaciones, así como los accesos, quedando como zona de uso y dominio público la urbanización superior y el espacio existente entre ésta y el estacionamiento subterráneo en el que se ubican las redes de servicios o de futura implantación.

Alcobendas, a 17 de marzo de 2009

Enajenación de Patrimonio Municipal de Suelo en forma de permuta

*Ayuntamiento de Getafe*¹

Informe de secretaría general en relación con la permuta como forma de enajenación del patrimonio público del suelo. El presente informe se emite a solicitud del concejal Delegado de Urbanismo y Patrimonio.

I. LOS PATRIMONIOS MUNICIPALES DE SUELO: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La legislación española sobre régimen del suelo, desde 1956, ha destacado la importancia de los patrimonios municipales de suelo, cuya constitución y ampliación se ha propuesto estimular, como instrumento regulador del mercado inmobiliario. La Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1956, afirmaba textualmente que:

«Si ideal en la empresa urbanística pudiera ser que todo el suelo necesario para la expansión de las poblaciones fuera de propiedad pública, mediante justa adquisición, para ofrecerle, una vez urbanizado, a quienes desearan edificar, la solución, sin embargo, no es viable en España. Requeriría fondos extraordinariamente cuantiosos, que no pueden ser desviados de otros objetivos nacionales, y causaría graves quebrantos a la propiedad y a la iniciativa privadas.

No obstante, si la adquisición de la totalidad de las superficies afectadas por el planeamiento escapa a los medios económicos del Estado, de los municipios y de las provincias, e incluso determinaría otros efectos perjudiciales, es, en cambio, asequible a las Corporaciones locales adquirir paulatinamente terrenos que puedan servir como reguladores del precio, en el mercado de solares. Considerándolo así, la Ley prevé la constitución de “patrimonios municipales del suelo”, con carácter obligatorio para los Municipios de población superior a 50.000 habitantes».

La Ley de 2 de mayo de 1975, por la que se aprobó la primera gran reforma de la de 1956, al hacer el diagnóstico de la situación urbanística española y de las razones justificativas de la propia reforma, señalaba que la Ley del Suelo de 1956 basó su política antiespeculativa fundamentalmente en la capacidad de los patrimonios públicos del suelo para ser utilizados como reguladores del mercado, así como en la normativa sobre enajenación forzosa de solares sin edificar. Sin embargo, «la insuficiencia de estos instrumen-

¹ La autora de este informe es Concepción Muñoz Yllera, Secretaria General del Ayuntamiento de Getafe.

tos, tal y como han sido concebidos, no ofrece lugar a dudas». Pese a ello, el legislador de 1975 insistió en las posibilidades de estos patrimonios públicos, especialmente en cuanto a la aplicación del derecho de superficie:

«Desde la perspectiva de los patrimonios públicos de suelo, el derecho de superficie puede y debe ser un instrumento mediante el que, cada vez más, se procure que el derecho de propiedad sobre el suelo urbano, una vez que entre en la esfera patrimonial de la Administración, no salga de la titularidad pública; el incremento no sólo en el espacio, sino en el tiempo, de los patrimonios públicos de suelo, debe seguir siendo pieza clave de la política urbanística» (Exposición de Motivos VIII, párrafo 2.º).

La misma tendencia se consolida con la Ley 8/1990, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, cuyos preceptos fueron incorporados al Texto Refundido de 1992. La Exposición de Motivos de dicha Ley zanja, por un lado, las dudas que se habían suscitado sobre la posibilidad de acudir a la expropiación de suelo no urbanizable para su incorporación al patrimonio municipal de suelo, y, por otro, introduce un elemento cualitativo en la configuración de estos patrimonios al acotar el destino que ha de darse a sus pertenencias:

«La potenciación de los patrimonios municipales de suelo no tiene alcance meramente cuantitativo, sino cualitativo, en cuanto al destino que a los mismos ha de darse. En efecto, en el momento que se decida su urbanización, los terrenos integrados en estos patrimonios quedan vinculados primordialmente a la construcción de viviendas de protección oficial y otras finalidades de interés social, pues no sería justo ni coherente con el contenido del art. 47 de la Constitución que las entidades locales utilicen los terrenos de su propiedad con miras puramente lucrativas, contribuyendo a incrementar las tensiones especulativas en vez de atenuarlas» (Preámbulo, VII, párrafo 3.º).

II. LA NUEVA LEY DE SUELO, 8/2007 DE 28 DE MAYO

Contiene diversas medidas de garantía del cumplimiento de la función social de la propiedad inmobiliaria.

En la exposición de motivos establece: «Toda capacidad conlleva una responsabilidad que esta Ley se ocupa de articular al servicio del interés general a lo largo de todo su cuerpo: desde la responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de los plazos máximos en los procedimientos de ordenación urbanística, a la posibilidad de sustituir forzosamente al propietario incumplidor de los plazos de ejecución, el mayor rigor en la determinación de los destinos de los patrimonios públicos de suelo o las medidas arbitradas para asegurar que se cumple ese destino aun cuando se enajenen los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo».

La Ley dedica el capítulo II de su Título V a su regulación.

a) Finalidad: Regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística (art. 33).

Enajenación de Patrimonio Municipal de Suelo en forma de permuta

523

b) Patrimonio separado: Se mantiene esta consideración de patrimonio separado respecto de los restantes bienes de la entidad local en los siguientes términos:

«2. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo constituyen un patrimonio separado y los ingresos obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que los integran o la sustitución por dinero a que se refiere la letra *b)* del apartado 1 del art. 16, se destinarán a la conservación, administración y ampliación del mismo, siempre que solo se financien gastos de capital y no se infrinja la legislación que les sea aplicable, o a los usos propios de su destino».

c) Destino: La construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública podrán ser destinadas también a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan «los instrumentos de ordenación urbanística, sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural».

El legislador estatal prevé ahora un doble destino:

a) Conservación, administración y ampliación del propio patrimonio.

b) Usos propios de su destino:

— Construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

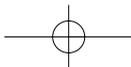
— Otros usos de interés social: urbanísticos, de protección o mejora de espacios naturales, de protección o mejora de los bienes inmuebles del patrimonio cultural.

III. DIFERENCIAS CON SU PRECEDENTE 280.1 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA DE 20 DE JUNIO DE 1992

Los dos fines genéricos no se sitúan en pie de igualdad porque el destino a vivienda protegida aparece como ordinario o primario, mientras que otros usos de interés social aparecen en segundo plano y sólo se admiten cuando así lo prevea la legislación en la materia. Su concreción no corresponde al legislador estatal. El planeamiento podrá preverlo, justificadamente.

Queda claro en la redacción del art. 34.1 que la admisibilidad del destino efectivo a otros usos de interés social precisa la concurrencia de los requisitos: *a)* que la legislación autonómica haya especificado el uso a estos efectos, *b)* que el planeamiento urbanístico lo prevea o al menos lo permita.

La afectación de los patrimonios públicos de suelo a determinados fines pone de relieve que estos bienes pueden ser fuente de renta para la entidad local como cualquier bien patrimonial, pero no es esa la finalidad primordial de su existencia sino su afectación a la realización de fines públicos: viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y otros usos de interés social determinados en la legislación autonómica.



IV. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: LEY 9/2001, DE 17 DE JULIO, DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Dentro del Título IV de la Ley, denominado Intervención en el uso del suelo en la edificación y en el mercado inmobiliario, el capítulo V: Instrumentos de incidencia en el mercado inmobiliario, se regula en la sección 1.^a los patrimonios públicos de suelo.

El art. 173 regula la constitución y naturaleza en los siguientes términos: «La Comunidad de Madrid y los municipios deberán constituir, mantener y gestionar sus respectivos patrimonios públicos de suelo con la finalidad de crear reservas de suelo para actuaciones públicas y facilitar el cumplimiento de los fines de la ordenación urbanística».

El apartado 2 le da el carácter de patrimonio separado del restante patrimonio de la Administración titular, quedando vinculado a sus fines específicos. A los efectos del régimen aplicable a los actos de disposición, los bienes integrantes del patrimonio público de suelo se considerarán como bienes patrimoniales.

El art. 176 regula el destino en los siguientes términos: «Los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo, una vez incorporados al proceso urbanizador o edificatorio, se destinarán, de conformidad con las técnicas y los procedimientos establecidos en la presente Ley, a cualquiera de los siguientes fines:

- a) Construcción, rehabilitación o mejora de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o de integración social, en el marco de las políticas o programas establecidos por las Administraciones públicas.
- b) Conservación o mejora del medio ambiente o la protección del patrimonio histórico-artístico.
- c) Actuaciones públicas para la obtención de terrenos y ejecución, en su caso, de las redes de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos.
- d) Actuaciones declaradas de interés social.
- e) Conservación y ampliación de los patrimonios públicos de suelo.
- f) A la propia gestión urbanística, con cualquiera de las siguientes finalidades:
 1. Incidir en el mercado inmobiliario, preparando y enajenando suelo edificable.
 2. Pagar en especie, mediante permuta, suelo destinado a redes públicas.
 3. Compensar, cuando proceda, a quienes resulten con defecto de aprovechamiento, como consecuencia de operaciones de equidistribución o de la imposición de limitaciones singulares.

En relación con el apartado d) hemos de puntualizar que el legislador estatal ya ha acotado, como hemos expuesto, cuáles son los usos de interés social, por lo que entendemos no puede destinarse a otros distintos.

En relación con el apartado f) 2.º, se observa la concreción de la permuta sólo para el supuesto de obtención de suelo destinado a redes públicas.



Enajenación de Patrimonio Municipal de Suelo en forma de permuta

525

En el art. 178 se regula la disposición de los bienes de los patrimonios públicos de suelo. Dicho artículo prevé cinco formas de enajenación siendo el apartado *e*) Permutados por terrenos destinados a infraestructuras, equipamientos y servicios públicos.

Como hemos expuesto hasta el momento, la constitución y gestión del patrimonio es un instrumento al servicio de la planificación y gestión urbanística, siendo necesaria la llevanza de un Registro de Explotación como preceptúa el art. 177:

- «1. Las Administraciones públicas titulares de patrimonios públicos de suelo llevarán un Registro de Explotación de éstos.
2. En el Registro de Explotación deberá hacerse constar en todo caso:
 - a*) Los bienes integrantes del correspondiente patrimonio público de suelo.
 - b*) Los depósitos e ingresos en metálico.
 - c*) Las enajenaciones, permutas y adquisiciones de bienes.
 - d*) El destino final de los bienes.
3. A la liquidación de las cuentas de los presupuestos anuales se deberá acompañar un informe de gestión de la explotación del patrimonio público de suelo, que será objeto de control en los mismos términos que aquélla».

V

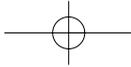
En los expedientes de permuta planteados, permuta del local de la calle Daoiz, núm. 16, a cambio de entrega de 7.225,44 m², en el desarrollo industrial «Los Olivos-3» y parcela de 1.221 m² de uso terciario en el polígono industrial de San Marcos; y permuta del local situado en la calle Cuestas Bajas, núm. 4 y 6, a cambio de 1.994 m² de suelo en el desarrollo industrial «Los Olivos-3», así como parcela de 4.360 m² con uso industrial-almacén en el polígono industrial San Marcos, se dan las siguientes circunstancias:

— No se adecuan a la Ley 9/2001, que únicamente la contempla, como hemos señalado para el supuesto de suelo destinado a redes públicas, entre las formas de enajenación por terrenos afectos a un destino y no por locales calificados, por otra parte, de comerciales.

— La permuta con independencia de lo señalado en el párrafo anterior, constituye una excepción al régimen general de enajenación, debiendo, por tanto, en su caso, precisarse y acreditarse razones concretas no como conveniencia sino como necesidad. Todos los vecinos de la localidad podrían proponer al ayuntamiento la adquisición de locales.

— Tampoco se adecuan las permutas planteadas a las finalidades y destino previstas en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, citada en ese sentido, no se acredita en los expedientes en que instrumentos de ordenación urbanística se prevén dichas operaciones y si son viables.

— La valoración efectuada por ambos propietarios no es objeto de comprobación municipal.



— Se incluyen en el caso del local de la calle Daoiz, núm. 16, unos costes de acondicionamiento de 1.248.000 euros que ha realizado el propietario sin más explicaciones.

— Problemática de la permuta de cosa futura: Se plantea cosa presente: permuta del local de la calle Daoiz, núm. 16 y del local situado en la calle Cuestas Bajas, núms. 4 y 6, por cosa presente, parcelas en el polígono industrial San Marcos y parcelas en el futuro suelo industrial de Los Olivos-3. La cosa futura ha de ser perfectamente cierta y determinada, cuestión que no se da en los presentes expedientes, según se contiene en el informe de 15 de febrero de 2008, suscrito por el Jefe de los Servicios Técnicos.

VI

Puede acudir a la compraventa, que, según se contiene en el art. 5.3 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, es un contrato privado de la Administración. En consecuencia su régimen jurídico se encuentra regulado en el art. 9 de dicho texto: «...Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas (...)».

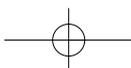
El art. 11.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales establece: «La adquisición de bienes a título oneroso exigirá el cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales. Tratándose de inmuebles se exigirá, además, informe previo pericial (...)».

Se produce un nuevo reenvío a la legislación contractual: «Art. 75. Utilización de los procedimientos y formas de adjudicación.

1. Los órganos de contratación utilizarán normalmente la subasta y el concurso como formas de adjudicación. El procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato.

2. En todo caso, deberá justificarse en el expediente la elección del procedimiento y forma utilizados»; y el art. 182.c) permite utilizar el procedimiento negociado sin publicidad cuando concurra, entre otras circunstancias, la siguiente: «Cuando, a causa de su especificidad técnicas o artística, o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, tan sólo pueda encomendarse la fabricación o suministro del producto en cuestión a un único proveedor».

Getafe, a 27 de febrero de 2008



Publicación de la declaración de bienes patrimoniales y las causas de posible incompatibilidad de los concejales en la página «web» del ayuntamiento

*Ayuntamiento de Getafe*¹

Informe de Secretaría General en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 3.a) del texto articulado aprobado por Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por haberlo solicitado los diez concejales integrantes del grupo político del PP; en relación con la proposición conjunta de los grupos políticos del PSOE e IU sobre publicación de la declaración de bienes patrimoniales y las causas de posible incompatibilidad y de actividades de todos los miembros de la corporación municipal en la página web del ayuntamiento.

I. LEGISLACIÓN APLICABLE

1. Art. 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.
2. Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal.
3. Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal.

II. OTROS FUNDAMENTOS

1. Borrador de anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local en versión de 22-11-2005.
2. Borrador de Reglamento Orgánico del Pleno del ayuntamiento de Getafe.
3. Informe de la Agencia Española de Protección de Datos de 2 de agosto de 2007.

¹ La autora de este informe es Concepción Muñoz Yllera, Secretaria General del Ayuntamiento de Getafe.

III. EXPOSICIÓN

1. El art. 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, fue modificado en su apartado 7 por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, quedando en los siguientes términos:

«Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos.

Formularán asimismo declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades.

Tales declaraciones, efectuadas en los modelos aprobados por los plenos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho.

Las declaraciones anuales de bienes y actividades serán publicadas con carácter anual, y en todo caso en el momento de la finalización del mandato, en los términos que fije el Estatuto municipal.

Tales declaraciones se inscribirán en los siguientes Registros de Intereses, que tendrán carácter público:

a) La declaración sobre causas de posible incompatibilidad y actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, se inscribirá en el Registro de Actividades constituido en cada Entidad local.

b) La declaración sobre bienes y derechos patrimoniales se inscribirá en el Registro de Bienes Patrimoniales de cada Entidad local, en los términos que establezca su respectivo estatuto.

Los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local respecto a los que, en virtud de su cargo, resulte amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, la de sus familiares, socios, empleados o personas con quienes tuvieran relación económica o profesional podrán realizar la declaración de sus bienes y derechos patrimoniales ante el Secretario o la Secretaria de la Diputación Provincial o, en su caso, ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. Tales declaraciones se inscribirán en el Registro Especial de Bienes Patrimoniales, creado a estos efectos en aquellas instituciones.

En este supuesto, aportarán al Secretario o Secretaria de su respectiva entidad mera certificación simple y sucinta, acreditativa de haber cumplimentado sus declaraciones, y que éstas están inscritas en el Registro Especial de Intereses a que se refiere el párrafo anterior, que sea expedida por el funcionario encargado del mismo».

2. Alcance y contenido de la modificación:

— En la anterior regulación sólo tenía carácter público el Registro de Actividades, requiriéndose para el acceso al Registro de Bienes Patrimoniales acreditar un interés legítimo directo. En la actualidad ambos registros, el de actividades y el de bienes, son públicos.

Publicación de la declaración de bienes patrimoniales y las causas de posible...

529

— Se amplía el contenido del registro de bienes patrimoniales debiendo incluirse: participación en sociedades de todo tipo, con información de sociedades por aquellas participadas, así como liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades.

— Fechas en que han de presentarse las declaraciones: Se añade a lo anteriormente legislado: antes de la toma de posesión, con ocasión del cese o cuando se modifiquen las circunstancias de hecho, la publicación anual en los términos que fije el Estatuto municipal.

3. Asimismo se incluye en la Ley 7/1985 anteriormente citada, una nueva disposición adicional decimoquinta: «Régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los directivos locales y otro personal al servicio de las Entidades locales». Esta cuestión no se analiza en el presente informe por no estar contemplada en la proposición presentada por PSOE e IU, ni solicitada por el Grupo del PP.

4. El art. 25 del Borrador de Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local establece:

«1. En la esfera de sus competencias, las entidades locales aprueban sus Estatutos, las Ordenanzas y los Decretos de organización y los de emergencia, que en ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes.

2. El Estatuto local es una disposición normativa aprobada por acuerdo del pleno de la Asamblea correspondiente, que tiene por objeto la regulación de su organización y funcionamiento, de los órganos complementarios, los órganos y procedimientos de participación ciudadana y los principios y criterios esenciales de los órganos integrados en el ámbito del ejecutivo local (...).

5. Tratamiento de los datos de carácter personal:

a) Los Registros de Intereses son ficheros según la definición que de los mismos hace el art. 5 de la Ley Orgánica 15/1999.

b) De conformidad con el art. 11.2 de dicha Ley y 10.2.a) del Reglamento de desarrollo, no es preciso consentimiento del interesado para la comunicación de los datos a un tercero cuando la cesión esté autorizada en una ley.

En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos emitió informe al respecto el 2 de agosto de 2007, en el que concluía:

«(...) En consecuencia, dado el contenido otorgado a la Ley del Suelo, tras la modificación operada por la Ley de Bases de Régimen Local, el acceso a dicha información es público y los datos a incluir son los previstos en la misma norma, sin que por ello se vulnere la Ley Orgánica 15/1999, pues como anteriormente se señaló la cesión está amparada en una Ley».

6. Medidas a adoptar:

Para dar cumplimiento a esta nueva regulación es necesario:

a) Someter a aprobación del ayuntamiento Pleno nuevos modelos de declaraciones que recojan las referidas modificaciones y sustituyan a los vigentes.

b) Incluir en el borrador de Reglamento Orgánico del Pleno que se encuentra pendiente de tramitación, las novedades legislativas señaladas y determinar: lugar, modo,

plazo, condiciones técnicas y contenido de la publicación, sometiéndolo a la aprobación contenida en el art. 123.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. Deberá estudiarse y determinarse si se da publicidad a las declaraciones completas de actividades y causas de posible incompatibilidad o si la publicidad se realiza omitiendo aquellos datos que resulten irrelevantes para la finalidad pretendida por la Ley y teniendo en cuenta lo preceptuado en el art. 4 de la Ley 15/1999:

«1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido».

Asimismo, deberá establecerse el plazo o duración de la publicidad. A tal efecto se señala como indicativo por su analogía lo preceptuado en el art. 39.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General que señala respecto a la utilización de datos del Censo Electoral que éstos se exponen al público durante ocho días.

c) Llevar a cabo la creación del fichero correspondiente con el procedimiento establecido en la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal de la Comunidad de Madrid.

d) Crear y regular el Registro de Intereses del personal directivo del ayuntamiento de Getafe.

7. Si tras la lectura del presente informe se plantea por los proponentes, Grupos PSOE e IU, no dilatar el cumplimiento de la publicación anual de las declaraciones hasta tanto se apruebe el Reglamento Orgánico, con independencia de que con carácter previo deben aprobarse por el ayuntamiento Pleno los nuevos modelos de declaraciones, deberá modificarse la proposición conteniendo: lugar, modo, plazo, condiciones técnicas y contenido de la publicación, y el acuerdo plenario requerirá para su adopción el cumplimiento de las exigencias establecidas para la aprobación de los reglamentos de naturaleza orgánica, art. 123.2 de la LBRL:

— Aprobación inicial por el ayuntamiento Pleno previo informe preceptivo de la Secretaría General y con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros del Pleno —Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.

— Resolución de las mismas y aprobación definitiva por el Pleno, surtiendo efectos definitivos el acuerdo en el caso de que no se presentaran.

Getafe, a 27 de junio de 2008

Cierre de vías públicas y limitación de circulación de vehículos en los supuestos de superación de los niveles de contaminación atmosférica legalmente permitidos

*Ayuntamiento de Madrid*¹

I. ANTECEDENTES

En el año 2005 el ayuntamiento de Madrid aprobó la Estrategia Local de Calidad del Aire de Madrid, mediante la cual se establecen las actuaciones a desarrollar por el ayuntamiento de Madrid y otras instituciones de la ciudad, durante el periodo 2006-2010, con el objeto de reducir los niveles de concentración de contaminantes en la atmósfera y mejorar los niveles de calidad del aire en la ciudad.

Dicho Plan también tiene por objeto cumplir con la normativa comunitaria y estatal, que determina unos valores límite de obligado cumplimiento en diferentes fechas para cada contaminante², estableciendo márgenes de tolerancia que se reducen paulatinamente hasta coincidir en el tiempo con los valores límite. Conforme a esta legislación, cuando se superan los valores límite de los contaminantes incrementados en su margen de tolerancia, las autoridades competentes deben adoptar planes de actuación que permitan situarse por debajo del valor límite en la fecha de su entrada en vigor³.

¹ El autor de este informe es Ignacio Florida, Subdirector General de la Dirección General de Organización y Régimen Jurídico del Ayuntamiento de Madrid.

² Algunos de estos valores son ya exigibles desde 2005, otros lo serán a partir de 2010 y otros son exigibles de manera permanente.

³ El actual marco legislativo en materia de calidad del aire viene establecido por la Directiva 96/62/CE, de 27 de septiembre, sobre evaluación y gestión de aire ambiente y su posterior desarrollo mediante normas específicas para diferentes contaminantes. Estas normas incluyen la Directiva 1999/30/CE, de 22 de abril, relativa a los valores límite para el dióxido de azufre (SO₂), el dióxido de nitrógeno (NO₂), los óxidos de nitrógeno (NO_x), las partículas (PM₁₀) y el plomo (Pb), y la Directiva 2000/69/CE, de 16 de noviembre, sobre los valores límite para el benceno (C₆H₆) y el monóxido de carbono (CO). Ambas se han incorporado al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto 1073/2002. Por otro lado, la Directiva 2002/3/CE, de 12 de febrero, relativa al ozono (O₃) en el aire ambiente, ha sido transpuesta a través del Real Decreto 1796/2003, de 26 de diciembre. Por último, ha de citarse también la Directiva 2004/107/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004 relativa al arsénico, el cadmio, el mercurio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aire ambiente.

Una de las propuestas incluidas en la Estrategia Local de Calidad del Aire de Madrid consiste, precisamente, en el establecimiento de zonas de emisión baja (ZEB) que tiene por objeto definir una zona de la trama urbana en la que se limita el acceso de aquellos vehículos que, por su tecnología, tienen mayores tasas de emisión⁴. La propuesta contenida en dicho documento⁵ parte del análisis de cuatro posibles zonas de limitación de la circulación y realiza un análisis detallado de los distintos tipos de vehículos afectados en función de la normativa de emisión de gases vigente en su fecha de matriculación, de los distintos tipos de limitaciones a establecer y de los mecanismos a implantar para controlar el acceso a la ZEB⁶.

El presente informe tiene por objeto el análisis de si tales medidas (limitación de la circulación como consecuencia de la superación de niveles de contaminación o como consecuencia de la aprobación de una ZEB) pueden adoptarse mediante un Decreto del alcalde o requieren de la aprobación de una Ordenanza por el Pleno municipal.

II. COMPETENCIAS DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID

La competencia del ayuntamiento de Madrid para acordar el cierre al tráfico de determinadas vías públicas no es objeto de discusión, al estar ampliamente reconocida por las diferentes normas reguladoras de las competencias municipales.

Con carácter general, los arts. 25.2.f) y 26.1.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), atribuyen a todos los municipios competencias en

⁴ En España no existe ninguna experiencia similar de creación de zonas a las que se restringe el acceso, por razones ambientales, de determinados tipos de vehículos, teniendo que recurrir a otros países para encontrar actuaciones similares a las que esta medida supone. Desde 1996, tres ciudades suecas (Estocolmo, Goteborg y Malmö) prohibieron el acceso a vehículos de más de catorce años de antigüedad y vehículos pesados que no cumplieran con la norma Euro II. En el caso de Londres, dichas medidas se han implantado a partir de 2003. También algunas ciudades italianas han tenido que tomar medidas ante los graves problemas de contaminación. Milán, Roma y otras poblaciones del Norte de Italia prohibieron a partir del 15 de enero de 2005 la entrada a todos los vehículos (excepto los alimentados por propano, metano, híbridos, tracción eléctrica, automóviles con catalizadores de última generación, permitiendo igualmente circular a taxis, ambulancias, automóviles oficiales, los de personas con movilidad reducida y residentes). En Roma la prohibición de circular se estableció entre las 10 y las 18 horas, mientras que en Milán fue de 10 a 19 horas. En el caso de Roma, no es la primera medida que se toma, ya que ciertas zonas de la ciudad están cortadas totalmente al tráfico y por otras únicamente se puede circular en caso de contar con un distintivo en el vehículo.

⁵ Pp. 88 y ss. de la Estrategia Local de Calidad del Aire de la Ciudad de Madrid 2006-2010. www.mambiente.munimadrid.es/opencms/opencms/calaire/publicaciones/estrategia.html.

⁶ En este sentido, se propone la creación de un distintivo que indicaría el año de fabricación del vehículo, que se colocaría en la luneta delantera del mismo. El control del acceso a la ZEB se realizaría mediante una combinación de sistemas automatizados y la actuación del Cuerpo de Agentes de Movilidad. Tales sistemas automatizados se basan en sistemas de identificación de matrículas. Los datos registrados por los sistemas de control de acceso se cotejarían posteriormente con la base de datos en la que figuren todos los vehículos que hayan obtenido el distintivo y, en función del resultado de dicho cotejo, se permitiría o no el acceso a la ZEB. Asimismo, sería posible un segundo nivel de control a través del Servicio de Estacionamiento Regulado (SER), ya que los vehículos que no tengan autorizado el acceso a la ZEB tampoco podrían aparcar en la zona del SER, y si lo hicieran podrían ser objeto de sanción.

Cierre de vías públicas y limitación de circulación de vehículos en los supuestos...

533

materia de protección del medio ambiente, extendiéndose la potestad normativa municipal también a la regulación de la protección medioambiental en el término municipal, dentro de los límites, lógicamente, que se establezcan en la legislación estatal y autonómica sobre la materia⁷.

La competencia para acordar el cierre de vías públicas a la circulación de vehículos se encuentra igualmente recogida en la normativa estatal en materia de tráfico, si bien en este caso la medida de cierre de las vías no se adopta con el objeto de proteger el medio ambiente, sino por razones de seguridad o de fluidez de la circulación⁸.

Con carácter particular, la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (LCREM), establece la posibilidad de que el ayuntamiento de Madrid pueda establecer limitaciones al tráfico.

El art. 39.1 LCREM dispone con carácter general que «El ayuntamiento de Madrid regulará los distintos usos de las vías y los espacios públicos urbanos de tránsito y circulación de personas, animales y vehículos, así como dicho tránsito y circulación, con la finalidad de armonizar los distintos usos, incluidos el peatonal, el de circulación, el de estacionamiento, el deportivo y el lúdico, y hacerlos compatibles de forma equilibrada con la garantía de la seguridad vial, la movilidad y fluidez del tráfico, la protección del medio ambiente y la protección de la integridad de los espacios públicos y privados».

Dichas limitaciones pueden establecerse bien para garantizar la seguridad y fluidez del tráfico, bien por motivos medioambientales.

Respecto de las limitaciones por motivos de tráfico, el art. 40.a) LCREM atribuye al ayuntamiento la competencia para «La regulación y el control de cualesquiera de los usos de que sean susceptibles las vías y los espacios abiertos al tránsito de personas, animales y toda clase de vehículos y del tráfico y la circulación por ellos, garantizando, en todo caso, los derechos fundamentales de las personas⁹».

⁷ Así lo afirma E. ALONSO GARCÍA, «Existe una potestad normativa ambiental genérica en manos de las CCLL. Su núcleo fundamental, desde luego, puede ser el desarrollo del campo dejado a las actividades locales por la legislación ambiental autonómica y/o estatal en materia de medio ambiente. Sin embargo, esta potestad normativa puede ir más allá, pudiéndose utilizar para regular todo aquello que no lo haya sido por legislación de Administraciones con autonomía superior a la local, e incluso para decidir modelos ambientales que supongan estándares de protección mayores que los regionales o nacionales». S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2003, p. 1828.

⁸ El art. 7.f) del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, establece como competencia municipal la de «El cierre de vías urbanas cuando sea necesario». Dicho artículo es desarrollado por los arts. 37 y 39 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación, que permiten a los Municipios acordar el cierre de vías o la limitación del tráfico en determinadas vías, pero siempre por motivos de seguridad o fluidez del tráfico. No obstante, el apartado 7 del citado art. 39 dispone que «las restricciones a la circulación reguladas en este artículo son independientes y no excluyen las que establezcan otras autoridades con arreglo a sus específicas competencias», de forma que el propio Reglamento reconoce la posibilidad de que puedan establecerse otras limitaciones por motivos distintos, entre ellos, los de carácter medioambiental.

⁹ A continuación, dicho apartado señala que «La regulación comprende la señalización correspondiente; la limitación y, en su caso, restricción o prohibición de la circulación y el estacionamiento, cuando proceda de

En cuanto a las limitaciones por motivos de protección medioambiental, el art. 39.3.a) LCREM permite que el ayuntamiento regule mediante Ordenanza, de acuerdo con lo que establezca la legislación estatal y autonómica aplicable «Los límites por encima de los cuales se prohíbe la emisión de perturbaciones electromagnéticas, ruidos, gases y otros contaminantes en o sobre las vías y los espacios públicos urbanos»¹⁰. De esta forma, viene a reconocerse la posibilidad de que Madrid, por la especial incidencia de la contaminación en la gran ciudad, pueda establecer una protección adicional o superior de su ambiente frente a tales agresiones.

Mientras que el art. 41.4 LCREM establece que «Cuando así lo demande la seguridad vial y la efectividad de la ordenación del uso de las vías y los espacios públicos, el ayuntamiento de Madrid, en los términos regulados por Ordenanza Municipal, puede adoptar, observando el principio de proporcionalidad, las siguientes medidas: (...) 4.ª La limitación de la circulación de determinados vehículos, la suspensión de la misma y el cierre de vías urbanas cuando sea necesario para preservar la seguridad, el medio ambiente o la protección del patrimonio, de acuerdo con la legislación aplicable».

Como se ve, la denominación de «medida cautelar» parece hacer hincapié en el carácter instrumental de la medida, ya que tiene como fundamento la protección de determinados bienes jurídicos distintos del tráfico o la seguridad vial en sí mismos considerados, si bien tal medida ha de estar necesariamente prevista en una Ordenanza municipal¹¹,

acuerdo con el ordenamiento jurídico; la imposición de la exhibición en lugar visible de distintivo o, en su caso, la instalación de un mecanismo sustitutivo para la acreditación del cumplimiento de la obligación legal de aseguramiento, de la autorización de acceso a zonas restringidas y el pago del Impuesto de Vehículos de Tracción Mecánica, y el establecimiento de medidas de discriminación positiva por razón de discapacidad».

¹⁰ Más adelante, el art. 41.1.b) LCREM configura como un supuesto de inmovilización de vehículos la «Superación de los niveles máximos permitidos de emisión de gases, humos y ruidos permitidos por las ordenanzas municipales según el tipo de vehículo, hasta tanto no sean subsanadas las causas del incumplimiento de dichos niveles».

¹¹ Como señala T. NAVALPOTRO BALLESTEROS, «Se antoja necesario distinguir esta potestad de la competencia de ordenación de las vías limitando, restringiendo o prohibiendo la circulación y el estacionamiento [art. 40, párrafo segundo, apartado a), LCREM], sobre la base de ser ésta una competencia normativa, en tanto que el art. 41 de la ley se refiere al ejercicio de competencias ejecutivas, en aplicación de la legislación protectora de la seguridad, el medio ambiente o el patrimonio. Ahora bien, en la medida en que estas últimas, por lo que tienen de limitación de los derechos de los particulares y por su aplicabilidad general, habrán de ser reguladas en las Ordenanzas municipales, se difumina la distinción, que quizás haya de concretarse en el carácter de ejecución de la normativa general que conlleva la adopción de la equívocamente llamada medida cautelar», *Comentarios a la Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid*, A. TRONCOSO REIGADA (dir.), Madrid, Thomson Aranzadi, 2006, p. 719. M. MEDINA GUERRERO, precisa que «a la vista de que algunas de tales intervenciones entrañan clara afectación de derechos tales como la libertad de circulación o el de propiedad, debe considerarse un acierto que la LCREM comience precisamente su art. 41 acotando el marco dentro del cual podrán acordarse legítimamente las reiteradas medidas, descolando la mención expresa al principio de proporcionalidad en cuanto “límite de los límites” de los derechos. En efecto, de acuerdo con dicha disposición, las mismas podrán adoptarse, “observando el principio de proporcionalidad” y “en los términos regulados por Ordenanza municipal”, en el caso de que “así lo demande la seguridad vial y la efectividad de la ordenación del uso de las vías y los espacios públicos”». L. PAREJO ALFONSO, J. BRAVO RIVERA y C. PRIETO ROMERO (coords.), *Estudios sobre la Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid*, Madrid, Bosch, 2006, p. 243. En el mismo sentido, NAVALPOTRO BALLESTERO, *op. cit.*, p. 681.

Cierre de vías públicas y limitación de circulación de vehículos en los supuestos...

535

por lo que no existe la posibilidad de adoptarla directamente sin una regulación municipal previa¹².

III. REGULACIÓN EN LAS ORDENANZAS MUNICIPALES

Las competencias establecidas en la LCREM en materia de limitación a la circulación de vehículos por motivos de fluidez del tráfico, seguridad vial y protección medioambiental se encuentran reflejadas en las dos Ordenanzas municipales que regulan estas materias: la Ordenanza de Movilidad para la Ciudad de Madrid, de 26 de septiembre de 2005 (OM), y la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano, de 24 de julio de 1985 (OGPMAU).

1. Ordenanza de Movilidad para la Ciudad de Madrid

El art. 88 OM faculta a la Junta de Gobierno u órgano en que delegue para prohibir o limitar la circulación y el estacionamiento de vehículos para establecer zonas peatonales o cuando existan «razones basadas en la seguridad vial, la movilidad y fluidez del tráfico, la protección del medio ambiente, la seguridad ciudadana y la protección de la integridad de los espacios públicos y privados». Para la adopción de estas medidas el citado art. exige que se proceda previamente a establecer la señalización oportuna y la publicación del correspondiente anuncio en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, añadiéndose a continuación que las limitaciones acordadas no afectarán a una serie de vehículos¹³.

¹² Sobre el carácter cautelar de estas medidas L. MORELL OCAÑA considera que «Efectivamente, la medida cautelar es propia de un procedimiento administrativo o judicial ya iniciado; de ahí que tienda a asegurar la futura ejecución de la resolución de la sentencia o Resolución que se adopte. Es igualmente la función que establece el art. 72 LAP (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) en su apartado 1 cuando establece la atribución del órgano encargado del procedimiento administrativo, para adoptar las medidas oportunas para asegurar tal eficacia de la resolución que pudiera recaer. Sin embargo, el propio art. 72.2 proporciona una noción más amplia de las medidas provisionales que puede adoptar la Administración, incluso al margen del procedimiento o antes de que el mismo haya sido iniciado. Estas medidas provisionales no están mirando a la resolución definitiva sino a la protección provisional de los intereses implicados; a la vista de esos intereses, antes de la iniciación del procedimiento puede la Administración aceptar una medida provisional que luego habrá de ser confirmada, modificada o levantada en el acuerdo de iniciación del procedimiento. Éste es, en realidad, el verdadero instrumental de que dispone la LTSV (Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial) en los arts. 71 y 72 y ha de salvarse la calificación equívoca de medidas cautelares. Estas medidas no tienen por objeto, al menos como único objetivo, asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. Es, además, una medida de control sobre las actividades ciudadanas adoptadas, precisamente a la vista de los intereses implicados», Madrid: *Comentarios al articulado de la Ley de Régimen Especial y de Capitalidad, Navarra*, Thomson-Civitas, 2007, p. 505.

¹³ «1. Servicios de extinción de incendios, salvamento, policía, agentes de movilidad, ambulancias y sanitarios y en general, los que sean precisos para la prestación de servicios públicos. 2. Los que salgan de un garaje

La redacción señalada del art. 88 de la OM proviene de la modificación de la Ordenanza adoptada mediante Acuerdo plenario de 20 de diciembre de 2007. Dicha modificación tuvo por objeto adaptar la redacción del art. 88 a las previsiones de la LCREM. En su redacción anterior a la modificación, el art. 88 de la OM, de conformidad con lo establecido en la legislación de tráfico, únicamente permitía establecer limitaciones y prohibiciones a la circulación y el estacionamiento «cuando existan razones que aconsejen reservar total o parcialmente una vía pública como peatonal», pero no hacía referencia alguna a la posibilidad de establecer dichas limitaciones por motivos medioambientales, de seguridad o de protección del patrimonio.

Tras la modificación operada, las medidas a adoptar por la Junta de Gobierno pueden identificarse con las medidas cautelares que genéricamente se prevén en el art. 41.4 LCREM, de forma que la OM ha concretado las previsiones de la LCREM estableciendo los supuestos en los que procede adoptar las medidas cautelares, los requisitos exigidos para ello (previa señalización y publicación en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*) y los vehículos que no pueden verse afectados en ningún caso por tales prohibiciones.

De esta forma, sería posible que la Junta de Gobierno, y como una de las medidas cautelares previstas en el art. 41.4 LCREM, estableciese limitaciones a la circulación por motivos medioambientales. No obstante, ello requeriría en todo caso del cumplimiento de los requisitos que para ello exige la OM (previa señalización, publicación en el *BOCM*), y tales limitaciones no podrían afectar a los vehículos indicados en la misma.

Tales medidas cautelares tendrían, no obstante, por su propia naturaleza un carácter provisional, una duración temporal limitada. Por ello, en el caso de que lo que se pretenda sea establecer limitaciones con vocación de permanencia y estabilidad en el tiempo como, por ejemplo, el establecimiento de una ZEB y la prohibición o limitación de la circulación dentro de la misma, se considera que la competencia del ayuntamiento provendría no del art. 41.4 LCREM (medidas cautelares), sino de la competencia general que el art. 39 atribuye al ayuntamiento de Madrid para ordenación local del tráfico y la garantía de su compatibilidad con la protección del medio ambiente. Por tal motivo, el establecimiento de la ZEB debería ser regulado mediante una Ordenanza municipal¹⁴ en que estableciese su delimitación y las distintas prohibiciones y limitaciones que dentro de la misma podrían adoptarse, de forma semejante a como la OM regula en su Título V las Zonas de Estacionamiento Regulado¹⁵.

situado en la zona o se dirijan a él y los que salgan de una zona de estacionamiento autorizado dentro de la zona peatonal. 3. Los que recojan o lleven enfermos o personas de movilidad reducida a un inmueble de la zona. 4. Los de transporte público regular de viajeros. En las vías declaradas peatonales podrán colocarse en los accesos elementos de protección de la calzada siempre que se respete el acceso a la propiedad y el paso de vehículos de urgencia. Los elementos serán acordes con el entorno arquitectónico de la zona».

¹⁴ Podría servir a tal efecto la propia Ordenanza de Movilidad, regulando la ZEB a través de una modificación de la misma.

¹⁵ No obstante, como se prevé en la propia Estrategia Local del Aire, las limitaciones a establecer en la ZEB no serían absolutamente rígidas, sino que la propia Ordenanza podría prever su modulación en atención a los

Asimismo, si se considerase oportuno establecer algún tipo de tributo para acceder al interior de la ZEB, su exacción y regulación debería ser establecida a través de la correspondiente Ordenanza fiscal, conforme dispone el art. 15 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 (TRLRHL)¹⁶.

2. Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano

El art. 74 OGPMAU contiene una regulación detallada de las medidas a adoptar en los supuestos de superación de los niveles de contaminación permitidos. Así, en su apartado primero dispone que «Cuando, a la vista de los valores suministrados por el sistema de Vigilancia de la Contaminación Atmosférica, previa valoración de la información proporcionada por el Sistema de Predicción, se hayan alcanzado, o se considere previsible alcanzar, niveles de inmisión superiores a los tipificados en el Anexo I-4¹⁷ como umbrales de alerta, se declarará por el alcalde la situación de alerta atmosférica, previa propuesta de los servicios competentes¹⁸».

En tales casos, el art. 75 OGPMAU señala que a la declaración de alerta atmosférica se incorporará un listado de medidas a adoptar, que se recogen en el Anexo I-5¹⁹ de la Ordenanza, entre las que se recogen distintos tipos de limitaciones a la circulación de vehículos. No obstante, el propio art. 75.1 OGPMAU permite que «En caso de que la situación lo aconseje, se podrá establecer alguna medida no recogida en el aludido anexo».

distintos niveles de contaminación que se pudieran producir, de forma que «A medida que se registren mayores niveles de inmisión se incrementarían las restricciones, de manera que se limite el tráfico en una franja horaria mayor, o a grupos que anteriormente no estaban regulados y se endurezcan las restricciones impuestas a los vehículos que actualmente ya se encuentran regulados».

¹⁶ «Salvo en los supuestos previstos en el art. 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 éstos».

¹⁷ Este Anexo de la OGPMAU establece con detalle cuáles son los niveles máximos de contaminantes permitidos en el término municipal del Madrid.

¹⁸ El apartado segundo de este artículo indica que «Dada la extensión y las diferentes características urbanas del municipio, la declaración podrá afectar total o parcialmente a su término municipal. A este fin, se establecerán ocho áreas (definidas en el Anexo I-4 bis), en las que se integrarán las distintas estaciones de la Red del Sistema de Vigilancia. Consecuentemente, la situación podrá afectar a una o más áreas».

¹⁹ En este Anexo se prevén medidas respecto de los generadores de calor, las industrias y actividades y los vehículos a motor. Respecto de estos últimos se establecen como medidas posibles: limitaciones en la circulación; limitaciones en los horarios de carga y descarga; limitaciones de aparcamiento; restricciones a la circulación de los vehículos privados; limitaciones de autobuses en líneas coincidentes con el metro; restricciones en la entrada de vehículos procedentes de fuera del Término Municipal; limitaciones de tráfico en determinadas zonas, en función del grado de contaminación en cada una de ellas; establecimiento de una red de vías prioritarias de circulación rápida en las que no se podrá estacionar; limitaciones en el reparto de mercancías. Quedan exceptuados de las medidas que se pudieran imponer: los vehículos sanitarios, los de minusválidos, los de bomberos, los de la policía, los del ejército, los de los servicios de urgencia y los de mantenimiento de los servicios públicos.

Junto a ello, ha de destacarse que mediante Decreto del alcalde de 28 de septiembre de 2004 se crea la Comisión Local de Alerta Atmosférica, como un órgano colegiado de asesoramiento, coordinación y control²⁰, que tiene por objeto, según el art. 2 del mismo, «coordinar, valorar, proponer y protocolizar la adopción de las medidas tendentes a evitar la superación de los umbrales de alerta a la población, así como de aquellas otras que resulten necesarias para paliar los efectos de la superación de dichos umbrales». Se trata, por tanto, de un órgano que tiene por objeto el asesoramiento al alcalde a la hora de adoptar las medidas previstas en el Anexo I-5 de la OGPMAU.

IV. DECRETOS DEL ALCALDE POR LOS QUE SE DECLARA LA SITUACIÓN DE ALERTA ATMOSFÉRICA

Como se ha analizado anteriormente, la OM atribuye a la Junta de Gobierno, como medida cautelar previamente regulada en una Ordenanza, la posibilidad de acordar medidas de limitación del tráfico. Por el contrario, la OGPMAU atribuye dicha posibilidad al alcalde, en los supuestos en los que se produzca la situación de alerta atmosférica, si bien no aclara si la adopción de estas medidas por parte del alcalde tiene el carácter de «medida cautelar» u otro distinto.

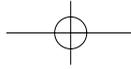
La atribución que ambas Ordenanzas hacen a un órgano u otro de esta competencia plantea la duda acerca del carácter normativo o no del Decreto del alcalde por el que se declara la situación de alerta atmosférica. En el caso de la OM, como se analizó, la propia LCREM exige que las medidas cautelares de limitación del tráfico estén previamente reguladas en una Ordenanza. En el caso de la OGPMAU, la propia Ordenanza regula detalladamente las medidas a adoptar, pero dicha regulación no responde a ninguna exigencia previa establecida en una norma con rango de Ley, de hecho, la propia Ordenanza señala que independientemente de lo regulado en la misma, el alcalde podrá adoptar cualquier otra medida no recogida en el Anexo I-5.

En realidad, las medidas recogidas en el Anexo I-5 de la OGPMAU no pueden calificarse de «medidas cautelares» en el sentido de los arts. 41.4 LCREM y 88 OM, ni tampoco es casual que la OGPMAU atribuya la adopción de estas medidas al alcalde, y no a la Junta de Gobierno, debido a que la verdadera naturaleza jurídica de este tipo de Decreto ha de encontrarse en las medidas extraordinarias que puede adoptar el alcalde en supuestos de urgencia.

Dicha posibilidad se reconoce con carácter general para cualquier municipio en el art. 21.1.1.m) LBRL²¹. Con carácter particular para el ayuntamiento de Madrid el

²⁰ Art. 76.2 del Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid de 31 de mayo de 2004.

²¹ Este art. señala que es competencia del alcalde «Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno».



Cierre de vías públicas y limitación de circulación de vehículos en los supuestos...

539

art. 14.3.f) LCREM establece como competencia del alcalde de Madrid la de «Adoptar las medidas necesarias y adecuadas en casos de extraordinaria y urgente necesidad, dando cuenta inmediata al Pleno».

Existe una práctica unanimidad, tanto en la doctrina²² como en la jurisprudencia²³, acerca de la imposibilidad de que el alcalde, a través de los bandos, pueda ejercer potestades reglamentarias. La potestad reglamentaria en el ámbito municipal, la posibilidad de aprobar Ordenanzas y Reglamentos, queda reservada al Pleno municipal, sin que el alcalde pueda por la vía de los bandos aprobar normas de carácter reglamentario.

No obstante, ha de precisarse que también existe unanimidad en la doctrina²⁴ y la jurisprudencia²⁵ en torno a la posibilidad de que el alcalde, en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad, pueda dictar verdaderas disposiciones administrativas de carácter normativo.

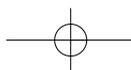
Los actos por los que el alcalde adopta tales medidas pueden revestir la forma de bando o de decreto y no son actos administrativos de alcance general o dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas, sino que verdaderamente tienen carácter norma-

²² J. L. RIVERO YSERN, considera que: «A nuestro modo de ver, el Derecho vigente no ofrece cobertura legal a una potestad normativa general en manos del alcalde. De un lado, la LBRL únicamente contiene la referencia nominal al Bando, pero sin ofrecer el más mínimo apoyo a una potestad normativa del alcalde. De hecho, cuando la LBRL se preocupa de regular el procedimiento de elaboración —art. 49— únicamente se refiere a las Ordenanzas, y no parece que una potestad administrativa del calibre de la reglamentaria deba presumirse. Además, a los argumentos jurídicos positivos debe añadirse que, si bien el argumento del carácter representativo del Pleno puede relativizarse en órganos más reducidos, no cabe eludir el carácter participativo y contradictorio del procedimiento de elaboración de las Ordenanzas por el Pleno», *Manual de Derecho Local*, Madrid, Thomson Aranzadi, 5.ª ed., 2003, p. 77. En el mismo sentido se manifiesta E. SÁNCHEZ GOYANES, *La potestad normativa del municipio español*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2000, pp. 263 y ss., y los autores citados en dicho libro (A. EMBID IRUJO, L. MORELL OCAÑA, J. GONZÁLEZ PÉREZ, J. CASTELAO RODRÍGUEZ, Á. BALLESTEROS FERNÁNDEZ y J. L. RIVERO YSERN).

²³ Pueden verse en este sentido las SSTS de 30 de octubre de 2004 (RJ 2004/5010), 28 de diciembre de 1977 (RJ 11978/473), 28 de enero de 1986 (RJ 1986/1128), 13 de julio de 1987 (RJ 1987/6893), 28 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6711), 9 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9796) o la STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2001 (RJCA 2001/1124).

²⁴ «Con todo, puede entenderse que el Derecho vigente permite dos supuestos de potestad normativa de los alcaldes. Bandos de necesidad. Este supuesto tendría fundamento explícito en la LBRL —art. 21.1.j) y art. 41 ROF—, cuando retomando casi al pie de la letra facultades ya previstas en la legislación anterior, reconoce al alcalde la competencia para “adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o infortunios públicos, las medidas necesarias y adecuadas, dando cuenta inmediata al Pleno”. Y entre dichas medidas podrían situarse las medidas de carácter normativo». J. L. RIVERO YSERN, *op. cit.*, p. 77. En el mismo sentido, S. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 520, y F. SOSA WAGNER, *Manual de Derecho Local*, Navarra, Thomson Aranzadi, 8.ª ed., 2004, p. 148.

²⁵ La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de enjuiciar en diversas ocasiones bandos de este tipo, declarando su conformidad a derecho. Pueden citarse, entre otras, las SSTS de 13 de octubre de 1989, RJ 1989/7362 (Bando por el que se adoptan medidas de corte de suministro de agua en casos de sequía), 5 de diciembre de 2001, RJ 2002/1147 (Decreto del alcalde por el que se dispone el cierre cautelar de un camping con motivo de lluvias torrenciales) o 21 de octubre de 2003, RJ 2003/7627 (Decreto del alcalde por el que se ordena la paralización inmediata de una planta de obtención de ácido sulfúrico como consecuencia de la producción de emisiones de materias contaminantes).



tivo²⁶, dado que implican limitaciones de derechos (fundamentalmente el de circulación del art. 19 de la Constitución Española, en el caso que nos ocupa) con carácter imperativo y con vocación de cierta permanencia, reuniendo por tanto las condiciones de generalidad, estabilidad y fijación de derechos y obligaciones para los ciudadanos (características propias de las normas reglamentarias) y respondiendo así a lo que la doctrina administrativista viene tradicionalmente denominando como «Reglamentos de necesidad»²⁷.

1. Límites

No obstante, la posibilidad de que el alcalde adopte este tipo de decretos o bandos no es ilimitada, sino que requiere de dos presupuestos habilitantes:

— En primer lugar, la existencia de una situación de urgencia. Sobre su apreciación, señala la jurisprudencia que es necesaria la «existencia de elementos de juicio suficientes para entender razonablemente, nunca de manera caprichosa o arbitraria, que para atajar aquellas situaciones de catástrofe, infortunio o grave riesgo es necesaria y adecuada la concreta medida cautelar que se adopta»²⁸. Como señala MORELL OCAÑA²⁹, la adopción de este tipo de medidas sólo será posible «cuando no pueda esperarse a la actuación de las autoridades normalmente competentes para afrontar tales riesgos», si bien no puede exigirse que la medida adoptada «se limite temporalmente al preciso instante de la ocurrencia material de dichos infortunios (...). Una catástrofe de considerables magnitudes, originante de cuantiosos daños personales y materiales, puede requerir medidas inmediatas que paralicen una actividad turística o industrial con carácter preventivo, sin que las circunstancias del momento permitan apreciar si es dable o no continuar con su ejercicio o prolongar el riesgo de nuevos sucesos desgraciados»³⁰. Finalmente, la situación de

²⁶ Sobre la distinción entre los actos administrativos que tienen por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos y los Reglamentos, señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, que «no obstante la generalidad de estos actos, y aun de su posible carácter preceptivo, no estamos en presencia de Reglamentos verdaderos. La razón es la misma que venimos exponiendo: tales actos, no obstante la generalidad de su contenido, no se integran en el ordenamiento jurídico; éste sigue siendo el mismo antes y después de que esos actos se produzcan o se cumplan; son actos aplicativos del ordenamiento y no innovadores del mismo». E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 11.ª ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 187.

²⁷ Sobre los Reglamentos de necesidad, señala GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 215 y ss., que «pueden justificarse en función de un estado de necesidad, de una situación de emergencia, cuya excepcionalidad coloca en primer plano el viejo principio *salus populi suprema lex esto*, por encima, incluso, del propio principio de primacía de la Ley que, en tales casos, queda transitoriamente excepcionado. (...) En todos estos supuestos excepcionales las autoridades gubernativas civiles o militares están genéricamente habilitadas para actuar en contra de lo prescrito por las Leyes formales o para oponerse a lo que éstas dispongan. De este modo, más que contradecirse las Leyes formales, se excepcionan durante el tiempo que duren las situaciones de emergencia que se trata de afrontar».

²⁸ STS de 21 de octubre de 2003 (RJ 2003/7627)

²⁹ *El Régimen Local Español*, Civitas, 1988, pp. 216-219.

³⁰ STS de 5 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1147).

urgencia es «incompatible con la exigencia en todo caso de que a la adopción de la medida precedan unas comprobaciones con el alcance y con el resultado que la parte exige en su motivo de casación, esto es, unas comprobaciones previas que atribuyan indubitadamente la causa de la catástrofe, del infortunio público o del grave riesgo de una u otro al destinatario o a la actividad destinataria de la medida cautelar». Basta con la «existencia de elementos de juicio suficientes para entender razonablemente, nunca de manera caprichosa o arbitraria, que para atajar aquellas situaciones de catástrofe, infortunio o grave riesgo es necesaria y adecuada la concreta medida cautelar que se adopta».

— En segundo lugar, el carácter temporal de la medida a adoptar. Las medidas adoptadas por el alcalde no pueden tener una duración ilimitada; por el contrario, si es una situación de urgencia lo que las motiva, desaparecida la urgencia cesa el efecto de las medidas adoptadas. Como señala la STC 33/1982, de 8 de junio, «no cabe excluir la posibilidad de que en aras de la protección de los ciudadanos la Seguridad Pública requiera tomar medidas para atajar riesgos de la salud pública, cuando estas medidas vengan impuestas por razones de necesidad y urgencia, de forma que no pueda esperarse a la actuación de las autoridades normalmente competentes para afrontar tales riesgos. Pero para respetar el orden normal de las competencias es preciso no sólo que esas medidas se justifiquen por su urgencia y necesidad, sino que se adopten en forma que no sustituyan más que en lo indispensable la intervención de las autoridades competentes para la acción sanitaria o ayuden y complementen a la actividad de éstas». En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA indica que «Justificados, precisamente, por las circunstancias excepcionales que tratan de resolver, pierden todo sentido cuando estas circunstancias desaparecen. Restablecida la normalidad, no es necesario siquiera proceder a su derogación formal y expresa para que tal derogación se estime producida. Obvio es concluir que fuera de esas situaciones de estado de necesidad el Reglamento no sólo no puede contradecir a la Ley, sino que está estrictamente vinculado y subordinado a ésta»³¹.

2. Diferencias entre las medidas de la OGPMAU y la OM

Puede verse, por tanto, cómo el Decreto del alcalde por el que se declara la situación de alerta atmosférica y se adoptan las medidas previstas en el Anexo I-5 de la OGPMAU, tiene su origen en una situación de urgencia (superación de los niveles de contaminación legalmente permitidos), tiene un carácter preventivo (pretende evitar los efectos nocivos en la salud que ocasiona una alta concentración de contaminantes en la atmósfera), tiene una duración temporalmente limitada (en el sentido de que una vez que los niveles de contaminación bajen por debajo de los máximos legales, las medidas adoptadas quedarían sin efecto) y goza de las características propias de las normas reglamentarias (generalidad, estabilidad y fijación de derechos y obligaciones para los ciudadanos), por lo que, según lo indicado anteriormente, reúne las características propias de un verdadero Reglamento de necesidad.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 216.

El hecho de que las medidas a adoptar por el alcalde se encuentren previamente reguladas en la OGPMMAU no altera la naturaleza jurídica de las mismas, ya que aunque tal Ordenanza no existiera, el alcalde podría adoptar exactamente las mismas medidas acogiéndose al art. 14.3.f) LCREM y, en cualquier caso, como la propia OGPMMAU reconoce, el alcalde puede adoptar cualquier otro tipo de medida que estime oportuna, incluso no prevista en la propia OGPMMAU.

Podemos decir, por tanto, que las medidas previstas en el Anexo I-5 OGPMMAU son adoptadas por el alcalde como auténticos Reglamentos de necesidad, si bien, el hecho de que se encuentren previstas en la propia OGPMMAU, tanto los supuestos en los que procede la adopción de las medidas como las posibles medidas a adoptar, ha de interpretarse como una forma de «objetivar» en cierto modo la adopción de medidas extraordinarias por el alcalde en los supuestos de urgencia por elevada contaminación, precisando tanto unos límites a partir de los cuales se considera que se produce la situación de extraordinaria y urgente necesidad, como un catálogo de posibles medidas a adoptar. No obstante, como ya se ha indicado, ello no enerva la posibilidad de que ante una situación de este tipo el alcalde pueda, al amparo del art. 14.3.f) LCREM, adoptar cualquier otra medida que estime oportuna.

Ésta es la principal diferencia entre las medidas de la OGPMMAU y las de la OM, además de que las previstas en esta última requieren de su publicación en el *BOCM*, de previa señalización y no pueden afectar a determinados tipos de vehículos.

En cualquier caso, como se ve, las previsiones contenidas en la OGPMMAU y las medidas que pueda adoptar el alcalde con base en las mismas en caso de elevada contaminación atmosférica, tendrían un carácter marcadamente temporal y perderían su eficacia una vez los niveles de contaminación descendieran por debajo de los límites previstos en la propia Ordenanza, por lo que no serían un instrumento válido para implantar una ZEB, que requeriría de una regulación con vocación de permanencia en el tiempo, con independencia de la superación puntual o no de los niveles de contaminación en un momento determinado.

Lo mismo puede decirse respecto de la posibilidad de exigir tributos para acceder a la ZEB mediante este tipo de Reglamentos de excepción. El carácter normativo de estos Decretos del alcalde no puede extenderse hasta permitir acordar la exacción y regulación de un tributo [competencias del Pleno según los arts. 15 TRLRHL y 11.1.d) y b) LCREM], ya que, como se indicó, la posibilidad de adoptar estas medidas se justifica en razones de extraordinaria urgencia y necesidad, pudiendo mantenerse la medida durante el tiempo mínimo indispensable. Por ello, el establecimiento de un tributo por esta vía, aún por razones de fiscalidad medioambiental, no tendría por objeto estrictamente la eliminación de la situación de urgencia (sino también una finalidad recaudatoria), tendría una duración temporal limitada y no podría considerarse como una medida proporcionada a la urgencia manifestada, implicando una invasión de las competencias del Pleno difícilmente justificable³².

³² Respecto de este supuesto cabe citar la STS de 13 de julio de 1987 (RJ 1987/6893), en la que el Tribunal Supremo enjuicia la legalidad de un bando del alcalde de Madrid de 18 de noviembre de 1980, por el cual se

Cierre de vías públicas y limitación de circulación de vehículos en los supuestos...

543

Por todo ello, tal y como se indicó respecto de las medidas previstas en la OM, lo aconsejable sería que tanto la ZEB como la hipotética tasa por acceder a la misma fuesen reguladas mediante las correspondientes Ordenanzas, quedando las previsiones de la OGPMU como un catálogo de medidas posibles, no limitativas, a adoptar por el alcalde en los supuestos de superación de los niveles de contaminación legalmente previstos.

V. CONCLUSIONES

— El ayuntamiento de Madrid puede, al amparo de lo previsto en los arts. 14.3.f) 39.1 y 41.4 LCREM imponer limitaciones a la circulación de vehículos en el caso de elevados niveles de contaminación ambiental.

— Las previsiones genéricas de la LCREM han sido concretadas en los arts. 88 OM y 74 OGPMU, que permiten a la Junta de Gobierno (como medida cautelar) y al alcalde (como disposición reglamentaria «de necesidad») establecer tales limitaciones.

— Las limitaciones que pueda acordar la Junta de Gobierno quedan sujetas a los límites establecidos en el art. 88 OM (señalización previa, publicación en *BOCM*, no pueden afectar a cualquier tipo de vehículo).

— Por el contrario, las limitaciones que pueda acordar el alcalde, aun sujetas en principio a las previsiones de la OGPMU, no están sujetas a límite alguno, más allá de los límites genéricos exigibles a cualquier medida extraordinaria y urgente que pueda

limitaba la duración del estacionamiento en determinadas zonas y se exigía para obtener el distintivo que habilitaba a estacionar en las mismas «justificar haber abonado el Impuesto Municipal de Circulación, relativo al último periodo impositivo». El Tribunal anula el bando al considerar que «Ninguna duda existe respecto de la competencia municipal para la ordenación de la circulación de vehículos de motor dentro del marco de las vías urbanas, en la actualidad terminantemente declarada en el art. 25.2. b) de la Ley de Bases del Régimen Local ya citada. Pero lo que ahora ha de destacarse es que la finalidad a la que debe atender dicha potestad es, en lo fundamental, la de procurar la seguridad y fluidez del tráfico. Y desde luego no es finalidad «fijada» por el ordenamiento jurídico para dicha potestad la de recaudar impuestos. (...) Cierto que hay en el bando una regulación de la prestación del servicio de vigilancia, pero es claro que la finalidad dominante en el mismo, como expresa con gracejo su entrecuillado preámbulo, es la ordenación del tráfico de vehículos de motor. Así las cosas, será de señalar que la parte apelante, en su escrito de alegaciones, indica que «la exigencia de justificar el pago del Impuesto de Circulación viene dada por una razón fundamental de un principio de coherencia tributaria». Pero tal coherencia, en definitiva, consiste en exigir el pago de un impuesto —no de una tasa— para poder ejercitar facultades establecidas en una determinada ordenación del estacionamiento de vehículos. En tal sentido la exigencia litigiosa aparece teñida de una finalidad recaudatoria que trasciende del ámbito de la pura regulación del tráfico para penetrar en el terreno tributario. (...) Ha de concluirse, pues, que la discutida exigencia aparece viciada de desviación de poder —art. 83.3 de la Ley Jurisdiccional—, ya que esta figura es de legalidad estricta y no de moralidad administrativa: cabe perfectamente, y éste es el supuesto litigioso, que se persiga una finalidad de interés público, no inconfesable, y que a pesar de ello se produzca el mencionado vicio en la medida en que aquella finalidad no sea la acuñada por el ordenamiento jurídico para la potestad actuada. (...) El impago del Impuesto de Circulación puede y debe desencadenar la puesta en marcha de la vía de apremio —arts. 737 de la Ley de Régimen Local de 1955, a la sazón, y hoy arts. 106.3 de la Ley de Bases y 194 del Texto Refundido de 18 de abril de 1986, en relación con el art. 129 de la Ley General Tributaria—. Pero no cabe que dicho impago además y por vía de adición pueda impedir el aparcamiento indefinido previsto en el Bando litigioso».

adoptar el alcalde con base en el art. 14.3.f) LCREM (existencia de una verdadera situación de urgencia, proporcionalidad de las medidas adoptadas y duración de las mismas supeditada a la duración de dicha situación). Dentro del catálogo de posibles medidas a adoptar para las situaciones de alerta atmosférica causados por los vehículos a motor, el Anexo I-5 de la OGPMAU señala las siguientes:

- Limitaciones en la circulación.
- Limitaciones en los horarios de carga y descarga.
- Limitaciones de aparcamiento.
- Restricciones a la circulación de los vehículos privados.
- Limitaciones de autobuses en líneas coincidentes con el metro.
- Restricciones en la entrada de vehículos procedentes de fuera del Término Municipal.
- Limitaciones de tráfico en determinadas zonas, en función del grado de contaminación en cada una de ellas.
- Establecimiento de una red de vías prioritarias de circulación rápida en las que no se podrá estacionar.
- Limitaciones en el reparto de mercancías.

Quedan exceptuados de las medidas que se pudieran imponer: los vehículos sanitarios, los de minusválidos, los de bomberos, los de la policía, los del ejército, los de los servicios de urgencia y los de mantenimiento de los servicios públicos.

— En cualquier caso, aquellas limitaciones que pretendan imponerse con vocación de generalidad y permanencia en el tiempo, como la delimitación de una ZEB o la exigencia de un tributo por acceder a la misma, no pueden encontrar amparo en las limitaciones que puedan adoptar el alcalde o la Junta de Gobierno con base en los arts. 14.3.f) LCREM, 88 OM y 74 OGPMAU, bien como medidas cautelares, bien como Reglamentos de necesidad, siendo preciso su regulación por el Pleno municipal mediante la aprobación de la correspondiente Ordenanza.

Madrid, a 3 de diciembre de 2008

Suspensión de licencias por modificación del planeamiento

*Ayuntamiento de Madrid*¹

Por el concejal presidente de la Junta Municipal del Distrito de Carabanchel se solicita informe facultativo a la Asesoría Jurídica sobre el criterio a seguir en el alcance de la suspensión del otorgamiento de licencias, realizada como consecuencia de la modificación del planeamiento, en relación con las solicitudes en tramitación que no hayan sido resueltas con anterioridad al acuerdo de suspensión publicado el 25 de octubre de 2006.

Examinada la citada petición, así como la normativa de general y pertinente aplicación, procede emitir el siguiente informe:

I. ANTECEDENTES

1. Por acuerdo del Excmo. ayuntamiento Pleno de 26 de julio de 2006, se aprueba inicialmente la modificación puntual de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, relativa a la compartimentación de edificios industriales (Edificios Industriales Multiempresariales) en parcelas de uso cualificado industrial, acuerdo que es objeto de publicación el 31 de agosto de 2006.

2. Por acuerdo del Excmo. Ayuntamiento de Madrid de 17 de octubre de 2006, publicado en fecha 25 de octubre de 2006, se procede la subsanación del error material detectado en el acuerdo de fecha 26 de julio de 2006, consistente en:

- En primer lugar, si bien en el primer punto del acuerdo de 26 de julio de 2006 sí se hace referencia a parcelas de uso cualificado industrial o industrial en coexistencia con terciario de oficinas, es en el segundo punto del citado acuerdo donde se produce el error, al regular la suspensión del otorgamiento de licencias para solicitudes de edificios industriales multiempresariales en parcelas de uso cualificado industrial, donde también debe incluir el industrial en coexistencia con terciario de oficinas.

- En segundo lugar se debe hacer mención expresa a la suspensión en el otorgamiento de licencias de los ámbitos afectados por la norma zonal 9.

¹ El presente informe ha sido redactado por Adelina Sánchez Rodríguez, Letrada del Ayuntamiento de Madrid.

3. En fecha 10 de octubre de 2006 el Jefe del Departamento Jurídico de la Junta Municipal de Carabanchel dirige consulta a la Dirección General de Coordinación Territorial sobre qué alcance tiene la suspensión del otorgamiento de licencias operada por la aprobación inicial de la modificación del PGOUM respecto de los procedimientos en que se han superado los plazos máximos de resolución establecidos en la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias (tres meses) y que son conformes con la actual ordenación vigente pero resultarían incompatibles con el futuro nuevo planeamiento.

4. Con fecha 20 de diciembre de 2006 se emite informe por el Departamento Jurídico de la Subdirección General de Régimen Jurídico y Control de Edificaciones de la Dirección General de Gestión Urbanística del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras, en la que se recogen dos conclusiones:

- Los efectos de la suspensión del otorgamiento de licencias en parcelas de uso cualificado industrial o industrial en coexistencia con terciario o de oficinas se producen con carácter general a partir del 31 de agosto de 2006, fecha en la que fue publicado el acuerdo de 26 de julio de 2006, sin embargo en parcelas de uso cualificado industrial en coexistencia con terciario de oficinas ubicadas en ámbitos regulados por la Norma Zonal 9, la suspensión del otorgamiento de licencias regirá a partir del 25 de octubre de 2006, fecha en la que se publica el acuerdo de 27 de septiembre de 2006.

- La suspensión del otorgamiento de licencias no alcanzará a aquellas solicitudes que en la fecha de producirse los efectos de la suspensión hayan sido obtenidas por silencio administrativo, considerando como tales aquellas que resultaren conformes con el planeamiento actual, todo ello en aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias del Tribunal Supremo como la de 30 de mayo de 1997 o 28 de enero de 2000.

5. El 27 de marzo de 2007 se emite nuevo informe por el Departamento Jurídico de la Subdirección General de Régimen Jurídico y Control de Edificaciones de la Dirección General de Gestión Urbanística del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras, en contestación a la consulta formulada por «Zinco Asesoría, S. L.» al objeto de determinar si la solicitud de licencia formulada por la misma para la finca sita en la calle Secoya, s/n, resulta afectada por la suspensión del otorgamiento de licencias que comporta la aprobación inicial de la modificación puntual del PGOU, finca situada en el ámbito de aplicación de la norma zonal 9.

En dicho informe se concluye que dicha solicitud de licencia, en aplicación de jurisprudencia reiterada (STS 30 mayo de 1997 o 28 de enero de 2000) no resulta afectada por la suspensión del otorgamiento de licencias, pues se formula con documentación completa por el interesado tres meses antes de que la publicación de la suspensión conforme a derecho es eficaz, aun cuando pudiera entenderse que no se ha obtenido por silencio en la fecha en que se produce la suspensión.

6. Nuevamente el 9 de julio de 2007 se formula consulta por el distrito de Carabanchel, sobre la posible discrepancia entre los informes emitidos con fecha 20 de diciembre de 2006 y 27 de marzo de 2007 por el Departamento Jurídico de la

Suspensión de licencias por modificación del planeamiento

547

Subdirección General de Régimen Jurídico y Control de Edificaciones de la Dirección General de Gestión Urbanística del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras.

7. En contestación a dicha consulta se emite informe por el Servicio de Coordinación de Urbanismo y Medio Ambiente de la Dirección General de Coordinación Territorial del área de Coordinación Territorial con fecha 4 de septiembre de 2007, en el que se concluye, a efectos de dicha consulta, que:

- Lo relevante y determinante es si se ha producido el transcurso del plazo máximo para resolver con anterioridad a la publicación del acuerdo de suspensión, teniendo en cuenta las interrupciones legales procedentes.
- Los efectos del silencio serán los que correspondan atendiendo a la conformidad o disconformidad de lo proyectado con el ordenamiento jurídico en vigor. En ambos casos se considera que finaliza el procedimiento.
- Si el silencio es negativo, en la medida en que la Administración no queda vinculado por el mismo, sólo tendría sentido la aplicación de la suspensión en los casos en que ésta va a resolver en sentido positivo posteriormente.

8. Finalmente, y en lo que interesa al presente informe, se emite por el Departamento Jurídico de la Subdirección General de Régimen Jurídico y Control de Edificaciones de la Dirección General de Gestión Urbanística del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras un tercer informe de fecha 14 de septiembre de 2007 en aclaración de los informes de fecha 20 de diciembre de 2006 y 27 de marzo de 2007, emitidos por el mismo Departamento. En dicho informe, sintéticamente se concluye que:

- Lo determinante para la aplicación o no de los efectos de la suspensión es la fecha en que la solicitud de licencia cuenta con documentación completa y que los requerimientos de subsanación de deficiencias sólo pueden ser considerados si se realizan dentro del plazo establecido para poder ser efectuados (un mes desde la presentación de la solicitud conforme a la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid).
- El silencio administrativo de carácter negativo no tiene la virtualidad de finalizar el procedimiento, en tanto en cuanto subsiste la obligación de la Administración de resolver.
- En consecuencia, no es el hecho de que, si el silencio es negativo, deba considerarse finalizado el procedimiento lo que determina la no aplicación de la suspensión, sino el hecho de que para que entre en juego la figura del silencio administrativo, es requisito que la solicitud cuente con la documentación completa.

II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CONCESIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS

Previo al análisis concreto de la cuestión planteada consideramos que es imprescindible referirse al problema de la normativa aplicable en materia de concesión de licencias urbanísticas, que adelantamos, está íntimamente conectada con el objeto de la consulta.

En este sentido, existe una consolidada doctrina jurisprudencial a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1981 (Sala de Revisión) según la cual, a la hora de determinar la ordenación urbanística aplicable a la concesión de licencias, deben distinguirse dos supuestos distintos, según que la resolución del procedimiento se produzca dentro o fuera de plazo legal para resolver: si la resolución se dicta en plazo la normativa aplicable será la vigente en el momento de la resolución, mientras que si ésta es dictada fuera del mismo, habrá de estarse al planeamiento vigente en el momento de la solicitud.

Así, la precitada Sentencia de 15 de abril de 1981 (RJ 1981/1850) en su segundo considerando expresamente señala:

«CDO.: Que la esencial diferenciación entre las situaciones relativas a la concesión de licencias de nuevas construcciones, al verificarse el cambio de ordenación, está determinada por la actuación de la Administración o su falta de pronunciamiento sobre lo solicitado, dentro de los plazos que está obligada a observar, por las normas aplicables, que en la concesión de esta clase de licencias están impuestas por el art. 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956/85 y NDL 22516) en relación con el 56 de la L. Pro. Adm. (RCL 1958/1258, 1469 y 1504; RCL 1959/585 y NDL 24708); si la Administración resuelve dentro de los plazos señalados por dicha norma, cumpliendo así la obligación que tiene frente al administrado de actuar conforme a Ley y Reglamento, sin dilaciones que pueden, y de hecho causan perjuicios a quienes solicitan su intervención obligatoria en sus actividades, la normativa aplicable para la concesión o denegación de la licencia es la vigente en el momento de dictarse la resolución, pues una vez aprobados definitivamente los planes de ordenación urbana y sus ordenanzas y publicados en la forma que se exige por la Ley, su observancia es obligatoria tanto para la Administración como para los administrados, sin que se puedan conceder dispensaciones, como está regulado en los arts. 44, 45.1, y 47.1.2 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y 56 (RCL 1956/773, 867 y NDL 30144), 57.1.3 y 58.1.2 del texto refundido de 9 de abril de 1976 (RCL 1976/1192 y NDL 30298, nota), que tampoco permiten conceder licencias que no se ajusten a la nueva ordenación; pero si la Administración, infringiendo el deber de resolver las solicitudes en los plazos marcados, deja transcurrir el tiempo sin actuar conforme a la normativa aplicable en esos momentos, la doctrina anterior no cabe aplicarla, pues sería tanto como permitir unas suspensiones en la concesión de licencias, suspensiones indefinidas no autorizadas, y en perjuicio de los administrados y de la marcha de las ordenaciones urbanísticas; por lo que en esos casos, la norma aplicable será la vigente en el momento de la presentación de la solicitud».

En el mismo sentido la STS de 22 de julio de 1995 (RJ 1995/6182), fundamento tercero:

«TERCERO. Pero esta última sentencia, apelada en su día por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por el ayuntamiento de Ávila y por el PSOE ha sido revocada por este Tribunal Supremo, en fecha 15 del presente mes, en la que hemos estimado que el Plan General de Ordenación Urbana de Ávila de 1986 es ajustado al ordenamiento jurídico; lo que consecuentemente significa que era el ordenamiento aplicable cuando fue solicitada la licencia en cuestión. En todo caso, en modo alguno es aceptable que un solicitante de licencia de obras pueda elegir a su gusto, o por su conveniencia, el Plan General que haya de ser aplicable a su petición, ya que, según copiosa doctrina jurisprudencial, la

Suspensión de licencias por modificación del planeamiento

549

normativa aplicable a la concesión de licencias está determinada por la fecha del acuerdo correspondiente, de suerte que si éste se produce dentro del plazo reglamentariamente establecido es la que está vigente en su fecha, mientras que si se produce extemporáneamente, es la que se encuentra en vigor al tiempo de la solicitud; criterio con el que se armonizan las exigencias del interés público y las garantías del administrado atendiendo a las demandas de aquél y a garantizar los derechos de éste frente a las consecuencias de una dilación administrativa [Sentencias de 23 de febrero, 2 y 29 de junio de 1993 (RJ 1993/851, RJ 1993/4512 y RJ 1993/4894), etc.]. Con lo dicho queda incluso descartada la hipótesis de una aplicación del Plan de 1964 ni de sus modificaciones posteriores».

O la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1998 (RJ 1998/1202) en su fundamento primero:

«PRIMERO. Esta Sala ha declarado reiteradamente [Sentencias de 22 de octubre de 1996 (RJ 1996/7591), 6 de febrero de 1995 (RJ 1995/1072) y 20 de febrero de 1990 (RJ 1990/1331), y las que en esta última se citan, entre otras muchas], que cuando a lo largo de la tramitación de un expediente para la concesión de una licencia de obras se produce una modificación del planeamiento urbanístico, es aplicable el nuevo régimen si la Administración se pronuncia dentro del plazo de tres meses, que es el plazo máximo en que, conforme el art. 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, el administrado debe obtener una respuesta a su petición, pero que ha de aplicarse el régimen vigente en el día en que aquel formuló su solicitud, si la Administración no ha resuelto en los plazos indicados».

O a mayor abundamiento la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 11 de junio de 1996 (RJCA 1996/948), fundamento tercero:

«TERCERO. Atendiendo a la fecha de solicitud de la licencia, el 3 de septiembre de 1993, y teniendo en cuenta que según el art. 247.3 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio (LCAT 1990/266), por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en Cataluña en materia de urbanismo, en relación con el art. 9.1.5.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RCL 1956/85 y NDL 22516), las licencias de nueva construcción deben resolverse en el plazo de dos meses, la Resolución desestimatoria de 21 de octubre de 1993 se había emitido dentro de plazo, por lo que el planeamiento aplicable era, no el vigente en el momento de la presentación de la solicitud, sino en el momento de la resolución, ya que, según copiosa doctrina jurisprudencial [SSTS de 22 de julio de 1995 (RJ 1995/6182), 23 de febrero de 1993 (RJ 1993/851), 2 de junio de 1993 (RJ 1993/4512), 29 de junio de 1993 (RJ 1993/4984), etc.]. La normativa aplicable a la concesión de licencias es la determinada por la fecha del acuerdo correspondiente, de suerte que si éste se produce dentro del plazo reglamentariamente establecido en la que está vigente en su fecha, mientras que sólo si se produce extemporáneamente sería la que se encontrase en vigor al tiempo de su solicitud, criterio con el que se armonizan las exigencias del interés público y las garantías del administrado frente a las consecuencias de una posible dilación administrativa. En su virtud, sin que resulte procedente abundar en mayores consideraciones, la desestimación de la licencia solicitada lo fue dentro del plazo reglamentariamente previsto, por lo que podía perfectamente ampararse en el ordenamiento urbanístico vigente en el momento de la resolución, el 21 de octubre de 1993, resultante de la aprobación defini-

tiva y con plena ejecutividad según el Acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Barcelona de 22 septiembre 1993, de la Primera Revisión de las Normas Subsidiarias de Suria».

Y más recientemente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 28 de febrero de 2007 (JUR 2007/323232) fundamento segundo:

«SEGUNDO. Así que la estimación del recurso deriva de entender aplicable, a este caso, el Plan de 1977. Para ello la Sentencia impugnada, después de aclarar que “es preciso determinar cuál es la norma aplicable”, razona que desde el 22 de octubre de 1998 en que se solicita la licencia hasta el 5 de noviembre de 1998 en que se suspende su tramitación; y desde el 5 de noviembre de 2000 hasta la aprobación definitiva de la revisión del PGOU, 14 de febrero de 2001), estuvo vigente el referido PGOU de 1977. Continúa diciendo que respecto de esta última norma, la edificación amplía las previsiones urbanísticas. Así las cosas cita la Sentencia apelada la jurisprudencia contenida en la STS de 10 de febrero de 1988, según la cual “cuando a lo largo de la tramitación de un expediente para la concesión de una licencia de obra se produce una modificación del planeamiento urbanístico, es aplicable el nuevo régimen si la Administración se pronuncia dentro del plazo de tres meses, que es el plazo máximo en que, conforme al art. 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, el administrado debe obtener una respuesta a su petición, pero que ha de aplicarse el régimen vigente en el día en que aquél formuló su solicitud, si la Administración no ha resuelto en los plazos indicados”.

La sentencia estima el recurso por considerar otorgada la licencia por silencio positivo, para ello considera que la Administración autonómica no se pronunció dentro del plazo establecido por la Ley, pues le consta, igualmente a la Sala, que no se promovió hasta el 31 de julio de 2001, seis meses después de la solicitud. Como dice la Sentencia apelada “esta demora en la resolución determina que la normativa a tomar en consideración sea la vigente cuando se formula la solicitud”. Concluyéndose que es la de 1997. La vigencia de ese PGOU determina, según los razonamientos ofrecidos por la Sentencia de instancia, que esta Sala hace suyos, la concesión de la autorización por silencio positivo.

En orden a estos razonamientos la Sentencia de instancia debe ser confirmada».

Como se desprende de los razonamientos jurisprudenciales expuestos, el fundamento último del criterio adoptado en orden a determinar la normativa aplicable a la concesión de licencias urbanísticas, como expresamente se encarga de resaltar la citada STS de 22 de julio de 1995, es «armonizar las exigencias del interés público y las garantías del administrado atendiendo a las demandas de aquél y a garantizar los derechos de éste frente a las consecuencias de una dilación administrativa».

III. OBJETO DE LA CONSULTA

1. Sentado lo anterior, pasamos a referirnos a la concreta consulta formulada por el concejal Presidente de la Junta Municipal del Distrito de Carabanchel, que se plantea en los siguientes términos:

«Se solicita informe aclaratorio sobre el criterio a seguir en el alcance de la suspensión del otorgamiento de licencias, realizada como consecuencia de la modificación del planea-

Suspensión de licencias por modificación del planeamiento

551

miento, en relación con las solicitudes en tramitación que no hayan sido resueltas con anterioridad al acuerdo de suspensión publicado el 25 de octubre de 2006».

Se centra, por tanto, la cuestión exclusivamente en aquellas solicitudes en tramitación y no resueltas cuando entró en vigor la suspensión operada por la Modificación Puntual del PGOU de Madrid de 1997.

Así, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial más arriba analizada, debemos distinguir dos supuestos:

- Aquellos procedimientos en los que al producirse la suspensión del otorgamiento de licencias la Administración todavía se encuentra dentro del plazo legal para resolver.
- Aquellos procedimientos en los que al entrar en vigor la suspensión del otorgamiento de licencias ya ha transcurrido el plazo legal para su resolución sin que haya recaído ésta de modo expreso.

2. Respecto del primero de los supuestos planteados, es decir, *cuando a la entrada en vigor de la suspensión todavía no ha concluido el plazo legal para resolver*, no ofrece duda el hecho de que tales procedimientos quedarán afectados por la misma, aun cuando la solicitud es anterior a la suspensión, y ello porque, como señala reiterada jurisprudencia (STS de 30 de mayo de 1997 o 20 de enero de 2000, entre otras citadas por los Informes del Departamento Jurídico de la Subdirección General de Régimen Jurídico y Control de Edificaciones de la Dirección General de Gestión Urbanística del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras) la suspensión es «una medida cautelar encaminada a asegurar la efectividad de un planeamiento futuro; trata de impedir que se produzcan aprovechamientos del suelo que, pese a ser conformes con la ordenación en vigor vayan a dificultar la realización efectiva de un Plan nuevo, evitando así que éste nazca como un mero dibujo muerto.

De acuerdo con tal finalidad, los efectos de la suspensión han de ser la no tramitación ni resolución de ninguna solicitud de licencia mientras subsista la medida cautelar, quedando afectadas por ello no sólo las peticiones formuladas después de la publicación de la suspensión, sino también las anteriores».

Igualmente clara aparece la cuestión en las STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2001 y especialmente en la de 12 de abril del mismo año, al señalar que:

«b) Los efectos de la suspensión han de ser la no tramitación ni resolución de ninguna solicitud de otorgamiento de licencia de parcelación de terrenos, edificación o derribo respecto al previsto con carácter general en el art. 40 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, o del otorgamiento de las licencias de parcelación, edificación, reforma, rehabilitación, derribo, instalación de actividades o de usos concretos respecto al régimen previsto en el art. 68.5 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, mientras subsista la medida cautelar, quedando afectadas por ello no sólo las peticiones formuladas después de la publicación de la suspensión sino también las anteriores.

El art. 121.1 del Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio —vigente y aplicable a Cataluña por haber sido asumido por

el derecho autonómico urbanístico de Cataluña sin alteración ni modificación alguna—, dispone expresamente la interrupción del procedimiento para las solicitudes de licencias formuladas con anterioridad a la fecha de la adopción de la medida. Esta extensión de los efectos de la suspensión es la que demanda el interés público.

Visto de otra manera, la efectividad del nuevo planeamiento, a cuyo servicio está articulada la suspensión de licencias, no puede quedar al albur de que el ayuntamiento, estando en plazo para resolver las peticiones de licencias, y producido ya el acuerdo de suspensión de licencias, ignore su propio acto y aplique el viejo planeamiento —si resuelve antes de la publicación de la suspensión—, o suspendiese su otorgamiento —si resuelve después de dicha publicación—. Si el ayuntamiento está en plazo para resolver la solicitud y éste es el dato fundamental, debe esperar para resolver el expediente a que la suspensión de licencias esté publicada, y entonces dictar una resolución interrumpiendo el procedimiento de su otorgamiento con fundamento en el art. 121.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico».

En consecuencia, *habiendo actuado la Administración dentro de los plazos legales*, encontrándose el procedimiento en plena tramitación, y dado que de conformidad con la jurisprudencia reseñada al comienzo, la normativa aplicable en este caso al otorgamiento de la licencia será siempre la vigente al tiempo de la resolución del mismo, quedará éste afectado plenamente por la suspensión. Otra solución haría perder a la misma su finalidad como medida cautelar.

3. Cuestión diferente es el supuesto en el *que la Administración no ha actuado dentro de los plazos legales para resolver*.

En este caso, y según la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, la normativa aplicable para determinar la concesión o denegación de la licencia será siempre, como ya hemos analizado, la vigente en el momento de solicitud, con independencia del sentido del silencio administrativo.

Coherentemente con dicha doctrina, la jurisprudencia, al referirse a los efectos de la suspensión respecto del otorgamiento de licencias, excluye de éstos precisamente a aquellos procedimientos en los que la Administración agota el plazo legal para resolver y notificar sin dictar resolución expresa. En este sentido las sentencias recogidas por los Informes del Departamento Jurídico de la Subdirección General de Régimen Jurídico y Control de Edificaciones de la Dirección General de Gestión Urbanística del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras de 20 de diciembre de 2006 y de 27 de marzo de 2007, de 30 de mayo de 1997, o 28 de enero de 2000, doctrina aplicada más recientemente por la igualmente citada en el Informe del Departamento Jurídico de la Subdirección General de Régimen Jurídico y Control de Edificaciones de la Dirección General de Gestión Urbanística del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras de 14 de septiembre de 2007, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de marzo de 2004, según la cual después de reconocer la eficacia de la suspensión respecto de solicitudes de licencias anteriores a la publicación del acuerdo, cuando la Administración se encuentra dentro del plazo legal para resolver, añade que:

Suspensión de licencias por modificación del planeamiento

553

«d) Ahora bien, otra cosa es detener la atención en la situación jurídica creada desde el momento de la adopción del correspondiente Acuerdo hasta su publicación. Temática que es precisamente la que se suscita en la presente apelación».

Pues bien, en línea con la doctrina jurisprudencial expuesta precedentemente y sin que sea dable equiparar supuestos claramente diferenciados, debe advertirse que con anterioridad a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, inclusive posteriormente pero con anterioridad al Decreto 179/1995, de 13 de junio —es decir vigente el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955—, era doctrina pacífica la que sentaba que en garantía de los correspondientes interesados procedía modular las consecuencias de la afección producida por el art. 121.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico a aquellas solicitudes de otorgamiento de licencia anteriores a la publicación del correspondiente acuerdo de suspensión.

Y así se establecía la necesidad de excluir de los efectos del art. 121.1 del Reglamento de Planeamiento los casos en que en el momento de publicación de la suspensión hubiera transcurrido ya el lapso de tiempo necesario para que se hubiera podido producir el silencio administrativo positivo, dado que la suspensión en cuestión no podía tener virtualidad suficiente para revocar actos declarativos de derechos.

Y también procedía excluir de la suspensión, aunque no se hubiera formulado denuncia de mora por el interesado, en los casos en los que la Administración se hubiera retrasado indebidamente en su obligación de resolver en forma expresa sobre solicitudes que igualmente no fueran contrarias a la ley o al planeamiento, habida cuenta que teniendo la Administración el deber de resolver sobre las peticiones que se le dirigen podía ocurrir que del administrado confiando en que la Administración cumpliera dicho deber, se hubiera abstenido de acudir a la denuncia de la mora. No siendo razonable hacer de peor condición a este administrado confiado que al más avisado que formuló aquella denuncia.

La conclusión a la que se llegaba era que la suspensión del otorgamiento de licencias surtía sus efectos interruptores sobre todas las peticiones de otorgamiento de las correspondientes licencias formuladas con anterioridad, salvo:

— Sobre las que hubieran podido dar lugar a la obtención de licencia por silencio administrativo positivo.

— Y aquéllas que habiendo sido presentadas al menos tres meses antes de la publicación de la suspensión, aunque no se hubiera producido respecto de las mismas el efecto del silencio positivo —tres meses respecto a obras mayores atendido el régimen del art. 9.1.5 y 7 del Reglamento de Servicios como plazo de retraso necesario para apreciar tal efecto.

«e) Llegados a las alturas del presente caso en que por razones temporales no resulta aplicable el nuevo régimen del silencio administrativo establecido por la Ley 4/1999, de 13 de enero, pero sí el régimen disciplinado por el Decreto 179/1995, de 13 de junio, procede seguir reiterando que en unidad de criterio y doctrina que si bien la suspensión del otorgamiento de licencias afecta a las solicitudes de otorgamiento de licencia anteriores y,

desde luego, posteriores a la publicación del correspondiente acuerdo de suspensión en el ámbito temporal que le sea propio, esa suspensión de licencias e interrupción de los procedimientos no alcanza ni a las solicitudes de otorgamiento de licencias con anterioridad a la publicación del acuerdo de suspensión que hubieran podido dar lugar a la obtención de licencia por silencio administrativo positivo, ni a las que la Administración se hubiera retrasado indebidamente en su obligación de resolver en forma expresa sobre solicitudes que no fueran contrarias a la ley o al planeamiento, dado el régimen establecido para las mismas en el derecho urbanístico y/o de actividades autonómico».

En este sentido es especialmente clarificadora la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1989, que conecta precisamente ambos aspectos, legislación aplicable y efectos de la suspensión:

«SEGUNDO. La licencia urbanística es un acto administrativo de autorización por cuya virtud se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público urbanístico, tal como han quedado plasmadas en la ordenación vigente: si es ésta la que determina el contenido del derecho de propiedad —art. 76 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (RCL 1976/1192 y ApNDL 13889)— es claro que este derecho ha de ejercitarse “dentro de los límites y con cumplimiento de los deberes” establecidos por el ordenamiento urbanístico. Licencia la examinada de naturaleza rigurosamente reglada, constituye un acto debido en cuanto que necesariamente debe otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable —art. 178.2 del Texto Refundido—. Va de suyo que esta ordenación ha de estar vigente, lo que dada la naturaleza normativa de los planes exige no sólo que haya culminado su tramitación a través de la aprobación definitiva sino que se haya producido su publicación —arts. 9.º3 de la Constitución (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875) y 44 y 56 del Texto Refundido de la Ley del Suelo—. Implica lo expuesto que no resulta viable una denegación de la licencia amparándose en una ordenación futura que precisamente por futura no es todavía un mandato jurídico dotado ya de eficacia social organizadora.

TERCERO. La doctrina expuesta ha de ser precisada o matizada en un doble sentido: A) El control preventivo de la actuación proyectada por el administrado que es la función de la licencia urbanística exige un cierto lapso de tiempo para la tramitación del procedimiento necesario —art. 178.3 del Texto Refundido— y es claro que a lo largo de su curso puede producirse una modificación de la ordenación urbanística. A este respecto el criterio consolidado de la jurisprudencia, armonizando las exigencias del interés público y la garantía del administrado —ésta es la entraña del Derecho Administrativo—, es el de que la ordenación aplicable es la del momento de la resolución si ésta se dicta dentro del plazo previsto en el art. 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956/885 y NDL 22516), con lo que se atiende a la cristalización más reciente de las demandas del interés público urbanístico, y la del momento de la solicitud si la decisión se produce fuera de aquel plazo, con lo que se garantiza al administrado frente a las consecuencias de una dilación administrativa dado que ningún perjuicio debe sufrir aquél como consecuencia de que la Administración vulnere los plazos legales para resolver de las peticiones de licencias. B) Pero al propio tiempo y para asegurar la virtualidad de la ordenación futura la Administración ha sido habilitada para acordar la suspensión del otorgamiento de licencias —art. 27 del Texto Refundido—; no se trata de anticipar la vigencia

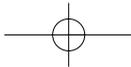
Suspensión de licencias por modificación del planeamiento

555

de una ordenación futura sino de impedir a virtud de un *contrarius actus* la aplicación de la actual, lo que justifica que por su trascendencia normativa el acuerdo de suspensión sea susceptible de impugnación indirecta —Sentencia de 7 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8637)—. Más concretamente y en lo que ahora importa será de destacar que si bien el acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias extiende sus efectos interruptivos a las solicitudes presentadas con anterioridad —art. 121.1 del Reglamento de Planeamiento (RCL 1978/1965 y ApNDL 13921)—, tal eficacia queda restringida a las instancias formuladas dentro de los tres meses que precedieron a la publicación del acuerdo de suspensión sin afectar por tanto a las solicitudes de mayor antigüedad —Sentencia de 15 de abril de 1988 (RJ 1988/3079)».

En consecuencia, entendemos que esta doctrina excluye de los efectos de la suspensión todos los supuestos en los que el plazo legal para resolver y notificar ya ha expirado y no se ha dictado resolución expresa, independientemente del sentido del silencio, pues aun cuando la jurisprudencia contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo citadas de 30 de mayo de 1997 o 28 de enero de 2000 se refería a supuestos concretos en los que el administrado reclamaba la adquisición de la licencia por silencio administrativo positivo, excluyendo los efectos incluso en caso de falta de denuncia de mora, lo cierto es que el fundamento de la exclusión de los efectos de la suspensión no puede ser otro que el hecho de que el otorgamiento de la licencia deberá ser resuelto siempre en este caso con arreglo a la normativa vigente al tiempo de la solicitud, lo que hace totalmente ineficaz la suspensión, y éste resulta igualmente aplicable al supuesto en que el sentido del silencio deba ser desestimatorio, ya que el mismo, además exigiría una resolución expresa por parte de la Administración motivando que la licencia resulta improcedente de acuerdo con la normativa aplicable.

Por todo ello coincidimos con el Departamento Jurídico de la Subdirección General de Régimen Jurídico y Control de Edificaciones de la Dirección General de Gestión Urbanística del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras, en que el caso del procedimiento ordinario de otorgamiento de licencias, siendo el plazo máximo para resolver de tres meses de conformidad con el art. 9.1 apartados 5.º y 7.º del RSCL de 17 de junio de 1955 en conexión con el art. 154.5.ª de la LSCM 9/2001, de 17 de julio, y el art. 46.1 de la Ordenanza municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas de 23 de diciembre de 2004, las solicitudes presentadas con documentación completa hasta tres meses antes de la fecha de publicación del acuerdo de suspensión no quedarían afectadas por la suspensión del otorgamiento de licencias, salvedad hecha respecto de los supuestos en que concurra una interrupción legal del procedimiento que prolongase el plazo legal para resolver y notificar más allá de la fecha en que produce efectos la suspensión en cuyo caso, y estando la Administración dentro del plazo legal para resolver y notificar, como ya hemos analizado, sí quedaría afectado, el procedimiento por la suspensión.



556

Ayuntamiento de Madrid

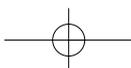
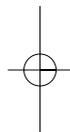
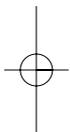
IV. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La suspensión del otorgamiento de licencias afectará a aquellas solicitudes de licencia que se encontraren en tramitación y dentro del plazo legal para su tramitación y resolución al momento de comenzar a surtir efectos ésta, teniendo en cuenta las interrupciones legales que pudieran producirse en el mismo, aun cuando la solicitud se hubiese formulado con anterioridad a dicho momento.

2. En cambio, conforme a los razonamientos expuestos, consideramos que la suspensión no afectará a aquellas solicitudes cuyo plazo de resolución y notificación ya hubiese concluido al tiempo de entrar en vigor la suspensión.

Madrid, a 9 de abril de 2008



Acceso de los concejales a la información municipal

*Ayuntamiento de Majadahonda*¹

I. ANTECEDENTES

Los Sres. concejales del Grupo Municipal Socialista y los Sres. concejales no adscritos D. _____ y D. _____, presentaron con fecha 4 de diciembre de 2008 escrito solicitando Informe de esta Secretaría General sobre el derecho de información y acceso a los datos o expediente si se hubiera instruido en relación con una inspección por parte de la Hacienda Pública del Estado sobre la gestión económica y patrimonial del ayuntamiento en relación con las Declaraciones del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

Había precedido solicitud del portavoz del Grupo Municipal Socialista para examinar el expediente municipal relativo a la inspección de Hacienda, solicitud que ha sido denegada por el Sr. alcalde por los siguientes motivos:

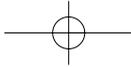
Que «en este momento aún está abierto el periodo que tiene el ayuntamiento para presentar alegaciones ante la Agencia Tributaria, por lo que todavía el expediente no está concluso y podría entorpecerse, más allá de lo razonable, la labor de los Servicios Económicos Municipales en la defensa de los legítimos derechos de este ayuntamiento».

El art. 54 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece que será necesario el informe del Secretario en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de sus miembros.

El escrito se suscribe por los siete concejales pertenecientes al Grupo Municipal Socialista y por los señores no adscritos anteriormente mencionados, en total nueve concejales del total de veinticinco que de hecho y de derecho integran la Corporación Municipal. Se cumple pues el requisito del tercio de los concejales legalmente exigido.

En cumplimiento del citado deber legal se emite el siguiente informe con base en los siguientes

¹ El presente informe ha sido elaborado por Eulalio Ávila Cano, Secretario General del Ayuntamiento.



II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Legislación aplicable:

- a) Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 arts. 23.1 y 105.b).
- b) Arts. 22 y 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
- c) Arts. 14 a 16, 104 y siguientes y 230 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.
- d) Art. 57.1.c) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
- e) Arts. 35 a 46 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- f) Arts. 21 a 24 del Reglamento Orgánico del ayuntamiento de Majadahonda, aprobado en sesión del ayuntamiento Pleno de fecha 6 de julio de 2005.
- g) Es aplicable, igualmente numerosa jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, cuyas sentencias se recogen en el cuerpo del Informe.

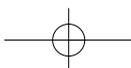
Segundo. En la Ley de Bases del Régimen Local se contiene una regulación específica, aunque sumaria; su art. 77 establece que todos los miembros de las corporaciones locales tienen derecho a obtener del alcalde o presidente de la Junta de Gobierno Local cuantos antecedentes, datos o informes obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

De otra parte, la solicitud del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelto motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquel en que se hubiese presentado. En el presente caso el Sr. alcalde deniega el acceso a la información mediante el escrito correspondiente, aduciendo los dos motivos que se expresan en los antecedentes del presente informe.

En consecuencia el objeto del informe ha de consistir fundamentalmente en el análisis de la motivación que sirve de base a la denegación del acceso a los datos o al expediente, en su caso.

Tercero. El Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las entidades locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante el Reglamento), contiene una ordenación pormenorizada de este derecho, en su configuración como elemento del derecho fundamental de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.

Las modalidades de acceso. En el Reglamento de Organización se diferencian con nitidez dos formas diferentes de instrumentalizar el acceso a los documentos por parte de los miembros de las Corporaciones locales: de un lado, el régimen general, que siguen todas aquellas pretensiones de acceso que no puedan subsumirse en la otra modalidad, y de otro lado, el procedimiento simplificado aplicable a un concreto ámbito de supuestos tasados por la propia norma.



Acceso de los concejales a la información municipal

559

La diferencia entre ambos supuestos, no es otra que la necesidad de obtener o no la previa autorización por parte del alcalde o de la Comisión de Gobierno (Junta de Gobierno).

En el procedimiento simplificado el art. 15 del Reglamento impone a los servicios administrativos de la Corporación la obligación de facilitar la información solicitada en cuatro supuestos que fija expresamente:

1. Cuando se trate de acceso de los miembros de la Corporación que ostenten delegaciones o responsabilidades de gestión, a la información propia de las mismas.
2. Cuando se trate de acceso de los miembros de la Corporación a la información y documentación correspondientes a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte.
3. Cuando se trate de acceso de cualquier miembro de la Corporación a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal.
4. Cuando se trate de acceso de los miembros de la Corporación a la información o documentos de la entidad local que sean de libre acceso para los ciudadanos (art. 230 ROF).

El Reglamento establece una importante información o documentación a la que los miembros de la Corporación tienen derecho a acceder libremente.

Para los supuestos ajenos a los así definidos, el art. 14 del Reglamento reconoce igualmente el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos de la Corporación, pero subordinando su ejercicio a la obtención de la previa autorización por el alcalde o presidente, en su caso, de la Comisión de Gobierno.

El Reglamento establece un régimen de silencio positivo para la concesión de la autorización, de tal manera que si transcurridos cinco días desde la petición no se recibiese respuesta expresa, se entenderá concedida por silencio administrativo positivo, con lo que ello significa.

Cuarto. El Reglamento Orgánico del ayuntamiento de Majadahonda, por su parte, recoge lo siguiente:

«Art. 21.1. Todos los concejales tienen derecho a obtener del alcalde, Junta de Gobierno Local o concejales-delegados el acceso a todos los antecedentes, datos e informaciones que, obrando en las dependencias municipales, resulten precisos para el desarrollo de su función.

2. La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquél en que se hubiese presentado. Si en dicho plazo no se dictase resolución expresa, la solicitud se entenderá concedida por silencio administrativo.

Art. 22. No obstante a lo dispuesto en los apartados anteriores, los servicios administrativos municipales estarán obligados a facilitar la información sin necesidad de que el concejal acredite estar autorizado en los siguientes casos:

— Cuando se trate del acceso de los concejales que ostenten delegaciones o responsabilidades de gestión a la información propia de las mismas.

— Cuando se trate del acceso de cualquier concejal a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal.

Art. 23.1. La consulta y examen de los expedientes, libros y documentación, en general, se regirán por las siguientes normas:

2. La consulta general de cualquier expediente o archivos documentales deberá realizarse en el archivo general o dependencia en que se encuentre. La obtención de copias se limitará a los casos que se referirá el siguiente artículo.

3. En ningún caso los expedientes, libros o documentación podrán salir de las correspondientes dependencias u oficinas municipales.

4. La consulta de los libros de actas y resoluciones deberá efectuarse en la Secretaría General.

5. El examen de los expedientes sometidos a sesión podrá hacerse en el lugar que se encuentren de manifiesto a partir de la convocatoria. Se deberá tener en cuenta que los libros de actas, resoluciones o expedientes no podrán salir de las dependencias municipales en las que estuvieran depositados o expuestos. Con el fin de garantizar la custodia de los expedientes, los concejales y el personal de los grupos políticos se responsabilizarán de los expedientes depositados para su consulta.

6. En el ejercicio de su derecho a la información, los concejales podrán estar representados por el personal de carácter eventual adscrito a los grupos políticos, debidamente acreditados mediante escrito dirigido a la Alcaldía.

Art. 24.1. Con carácter general, solamente se podrán obtener copias en los siguientes casos:

— Cuando se trate de resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal.

— Cuando se trate de expedientes jurídicamente conclusos.

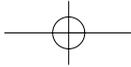
— Cuando se trate de información o documentación de libre acceso para los ciudadanos.

— Cuando se trate del acceso de cualquier concejal a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal.

2. Asimismo, la solicitud de fotocopias de la documentación no recogida en el apartado anterior deberá ser autorizada expresamente por la Alcaldía-Presidencia, que se realizará por escrito y deberá resolverse motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquel en que se hubiera presentado. Si en dicho plazo no se dictase resolución expresa, la solicitud se entenderá concedida por silencio administrativo».

Quinto. La motivación de la resolución y la instrumentación del ejercicio del derecho.

En los supuestos en que, para ejercer el derecho de acceso, es preciso obtener la previa autorización, el Reglamento impone la obligación de que la resolución de la petición se efectúe de forma motivada (art. 14.3), señalando que en todo caso la denegación del acceso a la documentación informativa habrá de hacerse a través de resolución o acuerdo



Acceso de los concejales a la información municipal

561

motivado, con lo que no hace otra cosa que explicitar las exigencias generales del art. 54 de la Ley 30/1992, de aplicación al ámbito local, en la medida en que la resolución denegatoria afecta o limita, en principio el ejercicio de un derecho.

El Reglamento de Organización se preocupa de sentar algunas bases esenciales de actuación cuando se ejerce este derecho por los miembros de la Corporación municipal. En particular en su art. 16 se establecen las siguientes reglas:

«La consulta de los documentos en cuestión puede hacerse bien en el archivo o dependencia donde se encuentren físicamente, bien mediante entrega de los mismos o de copia de ellos al interesado. En el primero de los casos señalados la consulta puede hacerse en el archivo general o en la dependencia en que se encuentren, o bien en las salas o despachos reservados a los miembros de la Corporación, a elección del interesado, salvo en los supuestos de examen de expedientes sometidos a sesión, en cuyo caso únicamente puede hacerse en el lugar donde se encuentren de manifiesto a partir de la convocatoria».

En el segundo de los casos señalados, la posibilidad de obtener copias de los documentos se limita «a los casos citados de acceso libre de los concejales a la información», añadiéndose que será posible también obtener copias cuando así lo autorice expresamente el presidente de la Comisión de Gobierno.

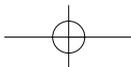
Introduce aquí el Reglamento una potestad discrecional a favor del presidente, que deberá obviamente, someterse a los principios de control que conoce nuestro Derecho.

Este régimen privilegiado (silencio positivo, sin estar resuelto el expediente) de acceso se encuentra justificado en la medida en que su titular desempeña funciones representativas públicas. Por esta razón, el Reglamento se ha preocupado de establecer una suerte de determinaciones importantes en lo que se refiere al destino que tales representantes pueden legalmente dar la información que han obtenido por este cauce específico. En particular, su art. 16.3 establece «el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original y copia, para su estudio».

Sexto. Limitación de acceso a la información.

El Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas ocasiones que los derechos fundamentales no tienen un alcance ilimitado, sino que, por el contrario, en la determinación de su alcance es preciso manejar la existencia de límites, derivados de la propia Constitución. Así, el art. 105. b) señala que el derecho de acceso a los registros y archivos administrativos no alcanza a «lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

En cuanto a la seguridad y defensa del Estado, afecta fundamentalmente a la Administración del Estado, en atención a que este Título competencial le corresponde de forma exclusiva (art. 149.1, apartados 4 y 29, entre otros), por lo que esta limitación no tiene relevancia en el ámbito local.



En lo que respecta a la averiguación de los delitos, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya respecto a la pertinencia constitucional del secreto sumarial, como excepción al principio de publicidad que reconoce el art. 120 de la Constitución en relación con las actuaciones judiciales, en su Sentencia 13/85, de 31 de enero, en la que justificó esta excepción en la medida en que lo que se persigue es «impedir tal conocimiento, y ello en aras de alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo antes aludido, una segura represión del delito». El Tribunal, no obstante, se cuidó de diferenciar la existencia del secreto de sumario con una «materia reservada», pues «el secreto de sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social.../... sean arrebatados a la libertad de información».

No toda actividad tendente a averiguar la comisión de delitos debe significar, necesariamente, que la Administración deba mantener el secreto; existen supuestos en los que intereses públicos superiores exigen informar a los ciudadanos de circunstancias concurrentes.

Finalmente, en cuanto a la intimidad de las personas, en el ámbito de los datos depositados en las diferentes Administraciones Públicas, en las diversas formas, existe una auténtica historia personal y privada de cada uno de los ciudadanos.

Por ello, en todas las normas ordenadoras del régimen de estas informaciones (Ley General Tributaria, Ley de la Función Estadística Pública, etc.) se contemplan previsiones expresas respecto al mantenimiento del secreto, en la medida en que el mismo tiende a proteger la esfera de intimidad de los ciudadanos.

La técnica de protección de la intimidad, y en los mismos términos del derecho al honor, que emplea nuestra legislación no es de carácter absoluto, sino que también se encuentra limitada temporalmente, cuando transcurran veinticinco años desde el fallecimiento de la persona física afectada o cincuenta años contados a partir de las fechas de los documentos [art. 57.1.c) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español].

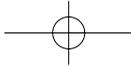
Por su parte, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dedica los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 del art. 37 a este aspecto, incluyendo una cláusula de limitación del ejercicio del derecho de acceso para aquellos supuestos en los que prevalezcan razones de interés público, cuando existan intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley (apartado 4, art. 37).

Séptimo. Doctrina Jurisprudencial.

Existe numerosa jurisprudencia al respecto. Cabe destacar, entre otras y a título de ejemplo, las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Sentencia de 9-2-1995. Recurso de casación 2.514/1992

Se analiza el supuesto de unos concejales que, a partir de la convocatoria de Pleno extraordinario y urgente, tuvieron a su disposición los correspondientes expedientes para



Acceso de los concejales a la información municipal

563

su examen y estudio, pero que no obtuvieron de la Secretaría *fotocopias de todos los expedientes* completos de la sesión, por lo que impugnan los acuerdos adoptados, solicitando su nulidad.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, desestimatoria del recurso, en la que, aun considerando irregular que no se hubiera proporcionado tal documentación, valora las circunstancias del caso y advierte que la interpretación correcta del precepto, art. 84 ROF, «debe atender a que se eviten conductas abusivas en la solicitud de copias que puedan paralizar la actividad municipal. Por ello la norma se refiere, como principio general, a documentos concretos y salvo en circunstancias muy concretas excluye copias de todo el expediente» (fundamento tercero).

Expresa el Tribunal que «con arreglo a cánones de proporcionalidad y de acuerdo con la doctrina general del art. 48.2 de la LPA, *una irregularidad como la apreciada no ostenta siempre relevancia suficiente para determinar la anulación de los acuerdos...*».

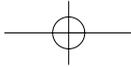
2. Sentencia de 28-5-1997. Recurso de casación 4.383/1994

La Sala desestima recurso de un ayuntamiento, contra sentencia que reconoció el derecho de un concejal a la consulta de determinados documentos —expresados en distintas peticiones— y entre éstos, el Libro General de ingresos y gastos de los años 1992 y 1993 y los arqueos de los meses de enero y febrero de 1993; los libros de registro de entradas y salidas de los años 1992 y 1993; las actas de las sesiones de la Comisión de Gobierno de 1991 y los comprobantes, facturas y justificantes de las dietas por comisiones de servicio y por gastos de viaje percibidos por el alcalde y los concejales, desde el 15 de junio de 1991 hasta el 30 de abril de 1993.

El Alto Tribunal (fundamento tercero) sostiene que «...si bien es cierto que la Ley vincula el derecho a la información de los concejales a que su utilización tenga por finalidad el desarrollo de su función, sin embargo ni ésta queda limitada al estudio de los asuntos que figuren en el orden del día de los órganos de gobierno ni desde luego es ajena a la misma el examen de la documentación que considere precisa para preparar sus intervenciones o procurar que se introduzcan nuevas cuestiones a debate, siendo *carga de la Corporación* probar que la finalidad perseguida no sea otra que obstruir su funcionamiento, elemento objetivo que no se puede considerar suficientemente acreditado porque la documentación que pretenda examinar tenga un cierto volumen...».

3. Sentencia de 17-11-1997. Recurso de casación 472/1995

Se confirma la sentencia recurrida, que reconoció el derecho de acceso de un Grupo Municipal a información de los expedientes tratados en la Comisión de Gobierno, así como de la documentación referente a los mismos.



El Tribunal Supremo, asumiendo los argumentos de la Sentencia impugnada, expresa lo siguiente (fundamento primero):

«Se razona en la sentencia que el art. 77 de la Ley 7/1985, desarrollado en los arts. 14 y 15 del Reglamento de Organización..., es plasmación de un concreto aspecto del derecho a acceder a funciones y cargos públicos del art. 23.2 CE, derecho directamente conexiónado con el establecido en el apartado 1 del propio art. 23, afirmando que “si los representantes elegidos por sufragio universal encuentran cortapisas para el desarrollo ordinario de su función, no sólo se vulnera directamente el derecho de los mismos al ejercicio de sus misiones de representación política, sino que también, siquiera sea de manera indirecta, se elevan obstáculos improcedentes a la plena efectividad del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, piedra angular de nuestro sistema democrático”.

Se destaca la función de fiscalización y control de los órganos de gobierno por parte de los representantes electos, establecida en el art. 22.2.a) de la Ley 7/1985, como función del Pleno para cuyo desarrollo “es imprescindible el acceso a la correspondiente documentación cuando los representantes electos no forman parte del órgano decisor pero sí de otro más amplio entre cuyos cometidos se encuentra, justamente, el de controlar y fiscalizar la actuación del primero”.

4. Sentencia de 5-11-1999. Recurso de casación 7.993/1995

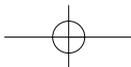
La Sala de instancia desestimó recurso de unos concejales contra denegación por el alcalde de petición de acceso a «cuantos documentos, datos e informaciones obrasen en la Corporación relacionados con las transferencias corrientes y de capital realizadas a la mercantil... y, en particular: Mandamientos de pago (fase ADOP) efectuados a... durante el periodo 1 de diciembre de 1993 a 4 de noviembre de 1994». Se afirmaba en la sentencia que la expresión «para el desarrollo de su función», contenida en el art. 77 de la Ley 7/1985, «no exime a los solicitantes de dar una explicación de la razón de la necesidad, que no se produce en el caso de autos, en que se limitan a pedir los datos sin más razones...».

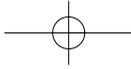
El Supremo anula la Sentencia, por cuanto la petición de unos documentos concretos y determinados, referentes... a unos pagos efectuados por el ayuntamiento del que los recurrentes forman parte como concejales, ha de reputarse «precisa para el desarrollo de su función».

5. Sentencia de 25-4-2000. Recurso de casación 557/1996

El Tribunal Supremo ratifica la sentencia de instancia, estimatoria del recurso de unos concejales contra denegación de petición de acceso a documentos concretos y determinados, relacionados con tres acuerdos de la Comisión de Gobierno.

Los argumentos esgrimidos en la Sentencia son similares a los contenidos en la comentada anteriormente.



**Acceso de los concejales a la información municipal**

565

6. Sentencia de 27-11-2000. Recurso de casación 4.666/1996

Es ésta, igualmente sobre petición de documentos concretos y determinados, la Sala es más contundente al señalar, reiterando sentencia anterior de la misma Sala, que «la legislación vigente no exige que los concejales solicitantes de una información tengan que explicitar o fundamentar la finalidad de sus peticiones. La razón de la solicitud de una información se debe entender implícita en el ejercicio de sus funciones por parte de los concejales, a quienes corresponde el control y fiscalización de los órganos de gobierno de la Corporación [art. 22.2.a) de la Ley 7/1985], lo que implica que éstos no tengan por qué dar una razón formal de todas sus actividades de control, más aún cuando no es infrecuente que pueda convenirles “no decir” para qué quieren la información, a fin de no desvelar sus estrategias de actuación política» (fundamento tercero).

7. Sentencia de 20-12-2000. Recurso de casación 5.122/1996

Se refiere a solicitud de «expedición de copias de diversos documentos correspondientes al expediente de aprobación de la cuenta general de 1992» (FD 1.º).

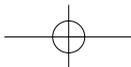
El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el ayuntamiento.

8. Sentencia de 16-3-2001. Recurso de casación 8.496/1996

La cuestión examinada es la relativa a petición de *fotocopias*, de acuerdos y documentos de una Diputación Provincial, *de forma indiscriminada*.

El diputado, portavoz de un determinado Grupo Político, solicita «a) el Arqueo de Caja que diariamente elabora la Tesorería de la Diputación. b) Registro de entrada y salida de documentos, diariamente. c) Fotocopia de todas las Resoluciones que se adopten por esa Presidencia, así como de las que, llegado el caso y por su delegación, se pudieran realizar por cualesquiera de los vicepresidentes o diputados delegados designados en el momento en que se produzca su numeración, o bien una vez a la semana».

La Sala de instancia invoca el art. 77 de la Ley 7/1985 y el 84 del ROF, según el cual cualquier miembro de la Corporación podrá examinar y obtener copia de los «documentos concretos relativos a los asuntos incluidos en el orden del día y que deban servir de base al debate», concluyendo que «no dándose tales condicionamientos en la solicitud del recurrente, al referirse genérica y globalmente a las resoluciones que en un futuro se dicten... la negativa de la Presidencia de la Corporación... no puede calificarse como una vulneración del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, consagrado en el art. 23 de la Constitución, y en su consecuencia, es procedente desestimar el recurso».



El Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el diputado, tras citar la doctrina jurisprudencial por la que se viene entendiendo que «el derecho de información derivado del art. 23.2 de la Constitución no incluye, como contenido propio del derecho fundamental, el derecho a la obtención de fotocopias, y lo mismo ha de entenderse para las copias legitimadas...».

En síntesis, mantiene el Tribunal que no existe norma que consagre el derecho de los concejales a obtener, *de modo indiscriminado*, copias legitimadas o fotocopias de los documentos que integran expedientes completos. La petición debe ser concreta y no genérica.

9. *Sentencia de 27-9-2002. Recurso de casación 4.941/1998*

Se reitera la doctrina contenida en la Sentencia anteriormente indicada.

10. *Sentencia de 11-10-2002. Recurso de casación 8.687/1998*

Dos peticiones formulan los concejales ante la Alcaldía: la de consulta del Libro de Resoluciones y decretos del ayuntamiento «en cada momento» que se estime necesario efectuarla (antecedente segundo) y el acceso a determinados expedientes de contratación laboral.

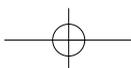
Respecto a la primera, ante la escasez de medios personales (antecedente primero), el alcalde concreta el ámbito de la información a las resoluciones que estuviesen pendientes de dar cuenta al Pleno, con su alcance temporal (los miércoles, de 18 a 20 horas) y en presencia de un funcionario. La razón de la limitación «es que en todas las sesiones ordinarias del Pleno de la Corporación, se da cuenta a los señores concejales de todos los Decretos del alcalde producidos desde la última sesión plenaria...» (fundamento décimo).

La segunda petición —acceso a los expedientes de contratación laboral— se deniega por cuanto en su momento estuvieron a disposición de los concejales los expedientes, no encontrándose justificada una nueva puesta a disposición sin motivación alguna (antecedente primero).

El Supremo, estimando justificadas ambas resoluciones (fundamento décimo), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el ayuntamiento.

11. *Sentencia 29-4-2003. Recurso de casación 2.166/2000*

En este supuesto la concejal presentó dos escritos, de igual fecha, solicitando en uno *fotocopias* de las actas de las Comisiones de Gobierno, desde 1 de enero al 30 de abril de



Acceso de los concejales a la información municipal

567

1998, y en el otro, fotocopias de todos los Decretos y Resoluciones de la Alcaldía durante el mes de abril de 1998. En ambos casos, el ayuntamiento la requirió para que consultara el correspondiente libro y señalara lo que específicamente fuera de su interés para «ordenar así su xerocopia». En un momento posterior a la interposición del recurso, ante el Tribunal de instancia, manifestó la concejal que sólo le interesaban las fotocopias de cinco resoluciones, que le fueron expedidas por la Alcaldía.

La Sala, *a quo*, toma en consideración los alegatos del ayuntamiento, «sobre que no hubo una denegación a las solicitudes de información sino una puesta de manifiesto a la recurrente de los libros municipales para que los consultase y extrajese cuantos datos y antecedentes se contenían en los mismos, y también una *concesión expresa del derecho a obtener fotocopias a expensas* de que, previo el examen de esos libros, la actora delimitara los concretos documentos de su utilidad». También toma en cuenta que, tras la consulta de los libros y delimitación de los decretos de interés, se le hubieran facilitado las fotocopias.

El Tribunal Supremo confirma la Sentencia que desestimó recurso interpuesto por la concejal.

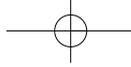
Octavo. El hecho de que el expediente no esté concluso no es obstáculo para denegar el acceso a la información, como se expresa en la jurisprudencia citada, y el hecho de que podría entorpecerse más allá de lo razonable la labor de los servicios económicos municipales, en la defensa de los legítimos derechos de este ayuntamiento, no queda suficientemente acreditado, teniendo en cuenta que la carga de la prueba de dicho entorpecimiento corresponde, en este caso, a la Alcaldía al constituir según la misma uno de los motivos en que se basa la denegación del acceso a la información y suponer una limitación al principio de transparencia en la actuación administrativa que cabe inferir de lo dispuesto en los arts. 105.*b*) y 23.1 de la Constitución Española, así como a los derechos en ellos establecidos, y que ya se han mencionado en el presente informe.

A la vista de todo lo expuesto, podemos establecer las siguientes:

III. CONCLUSIONES

Primera. El derecho de acceso a la información municipal por parte de los concejales es una manifestación del derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, recogido en el art. 23.1 de nuestra Constitución Española.

Segunda. A la vista de la normativa y de la Jurisprudencia recogida en el presente informe, así como de lo expresado en el FJ 8.º del presente informe, el secretario que suscribe considera que la motivación a que se refiere el señor alcalde en su escrito de fecha 27 de noviembre de 2006 y que ha servido de base para la denegación del acceso a la documentación correspondiente a la inspección de la Agencia Tributaria sobre las decla-



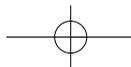
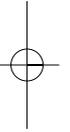
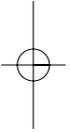
568

Ayuntamiento de Majadahonda

raciones del Impuesto del Valor Añadido efectuadas por el ayuntamiento, no es suficiente para fundamentar, con arreglo al ordenamiento jurídico, la limitación del derecho de acceso que asiste al concejal solicitante, con relación a los datos o expediente relativos a la citada inspección tributaria.

Es cuanto tiene el honor de informar el secretario que suscribe, en cumplimiento de su deber.

Majadahonda, a 18 de diciembre de 2008



Cesión a consorcio de una concesión de servicio público de campo de golf

*Ayuntamiento de Majadahonda*¹

I. ANTECEDENTES

El 13 de abril de 2008 se emite informe-propuesta de resolución por la técnico que suscribe y el secretario general con el siguiente contenido:

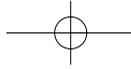
El 20 de abril de 2004 el Pleno de la Corporación aprobó inicialmente el Convenio de Colaboración, la forma de gestión del servicio, la constitución y los estatutos del Consorcio deportivo de la Zona Noroeste de Madrid, integrado por los municipios de Majadahonda, Boadilla del Monte y Pozuelo de Alarcón.

Tras la resolución de las alegaciones presentadas durante el periodo de información pública al que se sometió el citado acuerdo, se aprobaron definitivamente tanto la constitución del consorcio como los estatutos que regirán su funcionamiento con algunas modificaciones respecto de lo aprobado inicialmente.

En cumplimiento de lo estipulado en el Convenio de Colaboración que sienta las bases para la creación del consorcio, cada una de las administraciones intervinientes se compromete a someter a la aprobación de sus respectivos órganos competentes, la aportación de distintos bienes y derechos (Base 4.^a). Concretamente, el ayuntamiento de Majadahonda aportará la actual concesión administrativa del Campo de Golf «Las Rejas», así como la adscripción de los terrenos que son objeto de la misma, adscripción que provisionalmente se aprobó por el Pleno de este ayuntamiento el 20 de abril de 2004.

Se han incorporado al expediente informe de intervención sobre valoración de la concesión; certificación registral de hipoteca; reportaje fotográfico de los bienes a adscribir; informe del Arquitecto sobre la existencia de licencia de las instalaciones afincadas en la concesión administrativa; informe de intervención sobre liquidación de contrato, e informe de Infraestructuras sobre concesión de uso del dominio público de la parcela núm. 31 del polígono 8 del catastro.

¹ El presente informe ha sido elaborado por Eulalio Ávila Cano, Secretario General del Ayuntamiento de Majadahonda, y Yolanda Salazar Corredor, Técnico de Administración General.



1. Legislación aplicable

— Arts. 25.1, 25.2.m), 47.2.h) y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en la redacción dada por la Ley 11/1999, de 21 de abril), modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno Local.

— Art. 7.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000.

— Arts. 1.203, 1.212, 1.526 y 1.528 del Código Civil.

2. Consideraciones jurídicas

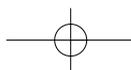
El art. 25.1 de la Ley 7/1985 establece que el municipio para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades de su comunidad vecinal. En virtud del art. 25.2.m) de la misma norma, ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de actividades o instalaciones culturales y deportivas.

En la búsqueda de estos intereses, tal y como dispone el art. 87 de la Ley 7/1985, las entidades locales pueden constituir consorcios con otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las administraciones públicas. Con base a este precepto, el ayuntamiento de Majadahonda se consorcia con los ayuntamientos de Boadilla del Monte y Pozuelo de Alarcón para la prestación de servicio público de golf, pactando que cada municipio aportará a la figura consorcial terrenos, así como, en el caso de Majadahonda, la concesión del servicio público existente en la actualidad.

Para la ejecución de lo estipulado en el Convenio que sienta las bases para la creación del consorcio, es decir, por lo que a Majadahonda afecta, la cesión del contrato de concesión de gestión del servicio público del campo de golf, no existe previsión legal en la normativa reguladora de la contratación administrativa, por lo que debemos acudir al Derecho privado, tal y como dispone el art. 7 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas.

El art. 1.203 del Código Civil señala que las obligaciones pueden modificarse, entre otras causas, subrogando a un tercero en los derechos del acreedor, lo que produce una novación subjetiva. Con la subrogación se transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas (art. 1.212 Cc). También comprende la cesión de todos los derechos accesorios como la *fianza*, hipoteca, prenda o privilegio (art. 1.528 Cc).

No cabe olvidar que hasta que se liquide el contrato por parte de este ayuntamiento y se inscriba en el Registro de la Propiedad la cesión del contrato al Consorcio, la garan-



Cesión a consorcio de una concesión de servicio público de campo de golf

571

tía que el contratista tiene constituida para responder de la ejecución del contrato no puede ser devuelta ni transferida. Por tanto, es de reseñar que si el Consorcio comienza a prestar sus servicios próximamente deberá exigir al concesionario una garantía definitiva que responda del cumplimiento del contrato, ya que la garantía actual queda retenida a resultas de la liquidación del contrato.

Por otro lado, según informa la intervención en el día de la fecha está pendiente la aprobación de una revisión de precios, ya que se desconoce si las tarifas exigidas por el concesionario a los usuarios han sido las realmente aprobadas por el ayuntamiento, con las revisiones aprobadas y propuestas por el concesionario.

En el momento de la elaboración del presente informe, el informe de la Intervención municipal se está elaborando, con lo cual la propuesta de resolución que a continuación se formula está sujeta al contenido del citado informe.

El órgano competente para la aprobación de este acuerdo es el Pleno de la Corporación, por mayoría absoluta del número legal de miembros, según el art. 47.2.b) de la Ley 7/1985, ya que se transfiere una actividad a otra Administración Pública.

En cuanto a la concesión administrativa del uso del dominio público de la parcela núm. 31 del polígono 8 del catastro, por la que pagamos anualmente a la Demarcación de Carreteras del Estado en Madrid 520 euros (durante 25 años: 2003-2028), dado que el campo de golf aprovecha esta extensión destinada a banda de protección de la carretera M-50, el Jefe del Servicio de Infraestructuras considera que debe repercutirse en el concesionario del citado campo de golf.

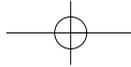
La citada propuesta de resolución debe ser sometida a información pública por plazo de quince días en lo referente a la cesión de la concesión, toda vez que ésta tiene la consideración de bien inmueble, trámite al que obliga el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales para formalizar cesiones en este tipo de bienes [art. 110.1.f)].

II. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

1. Adscribir definitivamente al Consorcio los terrenos que son objeto de la concesión administrativa para la construcción, explotación y conservación de campos de golf y que a continuación se relacionan, así como los edificios e instalaciones existentes sobre los mismos también relacionados:

Parcelas

— Parcela zona verde Sistema General. Ficha de Inventario núm. 484. Con la calificación de demanial uso público. Linda al norte con P. V10; RO13, V111, RO14, 02/07, MS11 y Calle Albe; al sur con término municipal de Boadilla del Monte; al este con V-7, Urbanización Monte Claro y Manzana S-11 y al oeste con Parcela 0-2/0-7 y



viario. Tiene una superficie de solar de 300.000 m². Adjudicada en el documento compensatorio del Área de Oportunidad, en ejecución del Convenio Urbanístico para el desarrollo del Área Oportunidad Majadahonda-Sur, protocolizado por acta ante el notario don José María Suárez Sánchez-Ventura el día 13-12-1996, con el núm. 2748/96 de su protocolo. Sobre esta parcela se ha establecido concesión administrativa para la explotación del campo de golf, de la que resultó adjudicataria «Soto Once, S. L.», por plazo de 50 años a contar desde el 28-01-1999. Está inscrita en el Registro de la Propiedad al tomo 2.477, folio 219, libro 524, finca núm. 25.529.

— Parcela 0-12 de naturaleza patrimonial. Inscrita en el Inventario en ficha núm. 466. Uso docente. Situada en el Área de Oportunidad. Linda al norte con la Avda. La Oliva; al sur con calle Isaac Albéniz; al este con calle Velázquez y al oeste con calle Joaquín Rodrigo. Adjudicación en el documento compensatorio del Área de Oportunidad en ejecución del convenio urbanístico para el desarrollo del Área de Oportunidad Majadahonda-Sur, protocolizado por acta ante el notario José María Suárez Sánchez-Ventura el día 13-12-1996, con el núm. 2748/96 de su protocolo. Sobre esta parcela se asienta la concesión administrativa de gestión indirecta del campo municipal de golf, adjudicada a «Soto Once, S. L.» por plazo de 50 años desde el 28-1-1999. Está inscrita en el registro de la propiedad al tomo 2.473, folio 197, libro 524, finca núm. 25.511. Tiene una superficie de solar de 13.154 m². Pueden edificarse 6.572,78 m².

Edificios

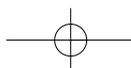
— Edificio de la Casa Club distribuido en dos plantas. Planta principal con 307,44 m², donde están ubicados los servicios de atención al cliente y el despacho de los tickets de los distintos servicios, la Tienda de Golf y la Cafetería-Restaurante. Planta baja, que alberga a los vestuarios, duchas, etc., del golf, y las oficinas de la concesionaria, cuya superficie alcanza los 3.494,9 m². El edificio completo tiene una superficie construida de 656,93 m².

— Caseta de control de entrada al recinto del golf, dotada de barrera de control, ocupa una superficie de 6 m².

— Cancha de prácticas-Escuela, con dos terrazas para el lanzamiento de bolas, sustentadas por pilares de hierro, la primera situada en la cota cero del terreno y la segunda elevada. Ocupan un espacio de seiscientos cuarenta y ocho con 28/100 m².

— Cerramiento de Seguridad del Campo de Tiro-Prácticas, consistente en dos hileras de redes situadas a la derecha e izquierda del campo de tiro, con altura de 12 a 32 metros, ancladas y soportadas por torres de acero reforzadas.

Parcela 0-12 de una superficie total de 13.146,67 m² en la que existen: Edificio todavía en construcción, a punto de entrega, destinado a la explotación de una moderna estación de hidroterapia y servicios complementarios, que ocupa una superficie de 2.097,12 m² en planta y 5.063,32 m² de construcción. Pistas de pádel y tenis: en una superficie de 5.142 m², hay construida una instalación de los deportes arriba indicados,



Cesión a consorcio de una concesión de servicio público de campo de golf

573

consistente en catorce pistas, todas iluminadas, diez de las cuales son de pádel y cuatro de tenis, rodeadas de un entorno ajardinado.

2. Incorporar al Inventario municipal de Bienes y Derechos los edificios descritos anteriormente.

3. Transferir al Consorcio deportivo de la Zona Noroeste la actividad y la titularidad del contrato de concesión administrativa para la construcción, explotación y conservación del campo de golf, haciendo constar expresamente que sobre la misma el ayuntamiento de Majadahonda ha autorizado dos hipotecas, en fechas 11-5-1999 y 5-5-2005.

4. Tanto los bienes adscritos como los edificios e instalaciones presentes o futuros que se construyan sobre los terrenos cedidos, así como la titularidad del contrato de concesión, revertirán automáticamente al ayuntamiento en el momento de la disolución del Consorcio, de la separación del ayuntamiento de Majadahonda del mismo, por mutuo acuerdo, por las causas previstas en los estatutos del Consorcio, o cuando por cualquier motivo dejen de estar afectos a la prestación del servicio público que redunden en beneficio de los habitantes de este término municipal.

5. La adscripción de bienes y la cesión tanto de la actividad del campo de golf como de la titularidad del contrato de concesión administrativa se harán efectivas desde su inscripción en el Registro de la Propiedad, al amparo de lo dispuesto en el art. 1.526 del Código Civil.

6. Deberá practicarse la liquidación del contrato con el ayuntamiento de Majadahonda a fecha de efectos de la cesión, transfiriéndose, en su caso, las garantías prestadas por el concesionario al Consorcio, una vez aprobada la referida liquidación.

Del resultado de dicha liquidación y de cualquier otro concepto a favor del ayuntamiento de Majadahonda responderá el actual concesionario de manera preferente con la garantía constituida ante este ayuntamiento, que no será transferida ni devuelta hasta el abono total de estos conceptos.

7. La adscripción y cesión efectuadas deberán ser aceptadas por el Consorcio con mención expresa de todos los condicionamientos recogidos en esta Propuesta de Resolución.

8. Repercutir en el Consorcio 520 euros anuales en concepto de concesión administrativa del uso del dominio público de la parcela núm. 31 del polígono 8 del catastro, que el ayuntamiento paga actualmente a la Demarcación de Carreteras del Estado en Madrid (durante 25 años: 2003-2028), dado que el campo de golf aprovecha esta extensión destinada a banda de protección de la carretera M-50, con las posibles modificaciones que se operen en esa cantidad durante los años que dure ésta y el aprovechamiento siga siendo del concesionario. Ello sin perjuicio de que el Consorcio, a su vez, repercuta tal cantidad en el concesionario.

Lo que somete, previo dictamen de la correspondiente Comisión Informativa, a la aprobación del Pleno de la Corporación.

1. La citada propuesta fue sometida a información pública por plazo de quince días mediante anuncio insertado en el suplemento del *Boletín Oficial de la Comunidad de*

Madrid de 19 de mayo de 2008, en la parte referida a la cesión de la concesión (apartado tercero de la parte dispositiva de la propuesta anteriormente transcrita), ya que tal concesión tiene la consideración de bien inmueble, siendo la información pública un trámite exigido por el art. 110.1.f) del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, para la cesión de este tipo de bienes.

2. Finalizado el periodo de quince días de información pública, no se presentaron reclamaciones o alegaciones, tal y como certifica el secretario general del ayuntamiento, el 10 de junio de 2008, certificado obrante en el expediente.

3. Solicitado informe a la Intervención municipal sobre liquidación del contrato de concesión con el ayuntamiento a fecha efectos de la cesión (momento en el que se inscriba ésta en el Registro de la Propiedad), como se proponía en el apartado sexto de la propuesta de 13 de abril de 2008, este informe recae el 27 de junio de 2008, estableciéndose las siguientes consideraciones:

- Canon de explotación: en la actualidad están practicadas y debidamente notificadas todas las liquidaciones correspondientes a los pagos trimestrales, incluidas las que afectan al segundo trimestre de 2008. La fecha límite de pago de las del segundo trimestre es el 10 de julio de 2008, por lo que todavía están en periodo de recaudación voluntaria.

Por ello, si antes de la fecha de celebración del Pleno en el que se apruebe la presente propuesta, no se emitiese el correspondiente informe de Intervención en el que conste el pago de la deuda, deberán reclamarse.

- Canon del 5 por 100 de los beneficios declarados a Hacienda:

Ejercicio 2002. Existe liquidación 920/2008/5 por importe de 23.597,89 euros, de los que la empresa ha satisfecho 5.336,48 euros, recurriendo en reposición el resto. No obstante, mediante Decreto de Alcaldía núm. 1415/08, de fecha 1 de julio de 2008, se ha desestimado el citado recurso, por lo que resta por satisfacer 18.261,41 euros.

Ejercicio 2003. Existe propuesta de resolución del Tesorero con la conformidad de la Intervención, en la que calcula este importe en 16.176,20 euros, importe que se ha satisfecho.

Ejercicios 2007 y 2008. Dado que el 5 por 100 de los beneficios se calculan sobre la base de la declaración a Hacienda del Impuesto de Sociedades y que el plazo para presentar tal declaración no concluye hasta el 25 de julio del ejercicio siguiente al declarado, tenemos que hoy por hoy no se puede determinar la cuantía correspondiente a estos periodos.

Respecto al 2008, debemos señalar que tanto la cesión de la titularidad del contrato de concesión de campo de golf del ayuntamiento al Consorcio, como la cesión de la actividad misma, no serán efectivas hasta la inscripción de tal circunstancia en el Registro de la Propiedad, al amparo de lo dispuesto en el art. 1.526 del Código Civil.

Esto motiva que hasta que la inscripción se produzca el canon se seguirá devengando a favor del ayuntamiento respondiendo las garantías depositadas del resultado de la actividad.

Cesión a consorcio de una concesión de servicio público de campo de golf

575

5. Finalmente, existe un informe del Jefe de Infraestructuras en el que pone de manifiesto la existencia de unas facturas emitidas por el Canal de Isabel II a cargo del ayuntamiento relativas al suministro de aguas residuales procedentes de la EDAR el Plantío, cuyo objeto es exclusivamente el agua utilizada para el riego de las instalaciones del Campo de Golf.

El motivo de que el Canal facture al ayuntamiento es la existencia de un Convenio suscrito entre ambas partes. No obstante estas facturas deben reclamarse al concesionario tal y como informa la TAG de Servicios el 14 de abril de 2008, dado que es la consecuencia derivada del art. 27 del Pliego de Condiciones jurídicas, técnicas y económicas que rigen en el presente contrato.

Concretamente, en este precepto se establece que «el concesionario sufragará por su cuenta directa y exclusiva los gastos tanto ordinarios como extraordinarios que originen las instalaciones, por razón de tributos, *suministros*, servicios y cuantos se deriven de su explotación, incluyendo, en el supuesto de que se apruebe el proyecto redactado por cuenta del concesionario y presentado por éste, los honorarios de dicho proyecto y de las direcciones facultativas».

Las cantidades que según Intervención ha abonado por este concepto el ayuntamiento ascienden a 56.820,48 euros, quedando pendiente de pago 136.049,51 euros, a fecha 30 de septiembre de 2007. Se desconoce si se ha reclamado el pago de la totalidad al concesionario, en caso negativo hay que reclamar no sólo estas cantidades sino todas las que se devenguen hasta la cesión del contrato.

Una vez se produzca la cesión del contrato la Intervención entiende que se deberá buscar la fórmula adecuada para que no se facture al ayuntamiento el suministro de las aguas que el Consorcio consume por cualquier concepto, toda vez que será una entidad con personalidad jurídica propia la titular de la actividad.

1. Legislación aplicable

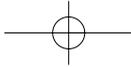
— Arts. 25.1, 25.2.m), 47.2.h) y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en la redacción dada por la Ley 11/1999, de 21 de abril), modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno Local.

— Art. 7.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000.

— Arts. 1.203, 1.212, 1.526 y 1.528 del Código Civil.

— Art. 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000.

— Art. 27 del Pliego de Condiciones.



576

Ayuntamiento de Majadahonda

2. Consideraciones jurídicas

Nos remitimos a las ya recogidas en las páginas 2 y 3 de la presente Propuesta.

3. Propuesta de resolución

1. Adscribir definitivamente al Consorcio los terrenos que son objeto de la concesión administrativa para la construcción, explotación y conservación de campos de golf y que a continuación se relacionan, así como los edificios e instalaciones existentes sobre los mismos también relacionados:

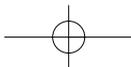
Parcelas

— Parcela zona verde Sistema General. Ficha de Inventario núm. 484. Con la calificación de demanial uso público. Linda al norte con P. V10; RO13, V111, RO14, 02/07, MS11 y calle Albe; al sur con término municipal de Boadilla del Monte; al este con V-7, Urbanización Monte Claro y Manzana S-11 y al oeste con Parcela 0-2/0-7 y viario. Tiene una superficie de solar de 300.000 m². Adjudicada en el documento compensatorio del Área de Oportunidad, en ejecución del Convenio Urbanístico para el desarrollo del Área Oportunidad Majadahonda-Sur, protocolizado por acta ante el notario don José María Suárez Sánchez-Ventura el día 13-12-1996, con el núm. 2748/96 de su protocolo. Sobre esta parcela se ha establecido concesión administrativa para la explotación del campo de golf, de la que resultó adjudicataria «Soto Once, S. L., por plazo de 50 años a contar desde el 28-1-1999. Está inscrita en el Registro de la Propiedad al tomo 2.477, folio 219, libro 524, finca núm. 25.529.

— Parcela 0-12 de naturaleza patrimonial. Inscrita en el Inventario en ficha núm. 466. Uso docente. Situada en el Área de Oportunidad. Linda al norte con la Avda. La Oliva; al sur con calle Isaac Albéniz; al este con calle Velázquez y al oeste con calle Joaquín Rodrigo. Adjudicación en el documento compensatorio del Área de Oportunidad en ejecución del convenio urbanístico para el desarrollo del Área de Oportunidad Majadahonda-Sur, protocolizado por acta ante el notario José María Suárez Sánchez-Ventura el día 13-12-1996, con el núm. 2748/96 de su protocolo. Sobre esta parcela se asienta la concesión administrativa de gestión indirecta del campo municipal de golf, adjudicada a «Soto Once, S. L.», por plazo de 50 años desde el 28-1-1999. Está inscrita en el Registro de la Propiedad al tomo 2.473, folio 197, libro 524, finca núm. 25.511. Tiene una superficie de solar de 13.154 m². Pueden edificarse 6.572,78 m².

Edificios

— Edificio de la Casa Club distribuido en dos plantas. Planta principal con 307,44 m², donde están ubicados los servicios de atención al cliente y el despacho de los



Cesión a consorcio de una concesión de servicio público de campo de golf

577

tickets de los distintos servicios, la Tienda de Golf y la Cafetería-Restaurante. Planta baja, que alberga a los vestuarios, duchas, etc. del golf, y las oficinas de la concesionaria, cuya superficie alcanza los 3.494,9 m². El edificio completo tiene una superficie construida de 656,93 m².

— Caseta de control de entrada al recinto del golf, dotada de barrera de control, ocupa una superficie de 6 m².

— Cancha de prácticas-Escuela, con dos terrazas para el lanzamiento de bolas, sustentadas por pilares de hierro, la primera situada en la cota cero del terreno y la segunda elevada. Ocupan un espacio de seiscientos cuarenta y ocho con 28/100 m².

— Cerramiento de Seguridad del Campo de Tiro-Prácticas, consistente en dos hileras de redes situadas a la derecha e izquierda del campo de tiro, con altura de 12 a 32 metros, ancladas y soportadas por torres de acero reforzadas.

— Parcela 0-12 de una superficie total de 13.146,67 m² en la que existen: Edificio todavía en construcción, a punto de entrega, destinado a la explotación de una moderna estación de hidroterapia y servicios complementarios, que ocupa una superficie de 2.097,12 m² en planta y 5.063,32 m² de construcción. Pistas de pádel y tenis: en una superficie de 5.142 m², hay construida una instalación de los deportes arriba indicados, consistente en catorce pistas, todas iluminadas, diez de las cuales son de pádel y cuatro de tenis, rodeadas de un entorno ajardinado.

2. Incorporar al Inventario municipal de Bienes y Derechos los edificios descritos anteriormente.

3. Transferir al Consorcio deportivo de la Zona Noroeste la actividad y la titularidad del contrato de concesión administrativa para la construcción, explotación y conservación del campo de golf, haciendo constar expresamente que sobre la misma el ayuntamiento de Majadahonda ha autorizado dos hipotecas, en fechas 11-5-1999 y 5-5-2005.

4. Tanto los bienes adscritos como los edificios e instalaciones presentes o futuros que se construyan sobre los terrenos cedidos, así como la titularidad del contrato de concesión, revertirán automáticamente al ayuntamiento en el momento de la disolución del Consorcio, de la separación del ayuntamiento de Majadahonda del mismo, por mutuo acuerdo, por las causas previstas en los estatutos del Consorcio, o cuando por cualquier motivo dejen de estar afectos a la prestación del servicio público que redunden en beneficio de los habitantes de este término municipal.

5. La adscripción de bienes y la cesión tanto de la actividad del campo de golf como de la titularidad del contrato de concesión administrativa se harán efectivas desde su inscripción en el Registro de la Propiedad, al amparo de lo dispuesto en el art. 1.526 del Código Civil.

6. Deberá practicarse la liquidación del contrato con el ayuntamiento de Majadahonda a fecha de efectos de la cesión, en los términos reflejados en el Informe de Intervención de 27 de junio de 2008, recogido en el antecedente cuarto, de la presente propuesta, transfiriéndose, en su caso, las garantías prestadas por el concesionario al Consorcio, una vez aprobada e ingresada la referida liquidación.

578

Ayuntamiento de Majadahonda

Cantidades determinadas en el informe de Intervención:

- Canon del 5 por 100 de los beneficios declarados a Hacienda corresponde al ejercicio 2002: 18.261.41 euros.
- Facturas del Canal Isabel II en concepto de suministro de aguas residuales con destino al riego de sus instalaciones: 192.869,99 euros.
- 520 euros anuales en concepto de concesión administrativa del uso del dominio público de la Parcela 31 del Polígono 8 del Catastro.

Cantidades indeterminadas a concretar según lo dispuesto en el informe de Intervención:

- Canon de explotación: todas las cantidades hasta el segundo trimestre de 2008 están notificadas, pero no existirá confirmación del ingreso hasta finales de julio de 2008.
- Canon de explotación: desde el tercer trimestre de 2008 hasta que se inscriba la cesión en el Registro de la Propiedad.
- Canon del 5 por 100 de los beneficios de los ejercicios 2007, 2008, y hasta que se inscriba la cesión en el Registro de la Propiedad, momento en el que se formaliza éste.
- Cantidades que facture el Canal de Isabel II en concepto de suministro de aguas residuales procedentes de la EDAR El Plantío con destino a riego de sus instalaciones hasta que se estudie la fórmula de transferencia al Consorcio.

Del resultado de dicha liquidación y de cualquier otro concepto a favor del ayuntamiento de Majadahonda responderá el actual concesionario de manera preferente con la garantía constituida ante este ayuntamiento, que no será transferida ni devuelta hasta el abono total de estos conceptos.

7. La adscripción y cesión efectuadas deberán ser aceptadas por el Consorcio con mención expresa de todos los condicionamientos recogidos en esta Propuesta de Resolución.

8. Estudiar la fórmula para que cuando se inscriba la cesión del contrato al Consorcio, el Canal facture al Consorcio en vez de al ayuntamiento, sin perjuicio de que posteriormente sea el concesionario el que se haga cargo de estas facturas.

Lo que somete, previo dictamen de la correspondiente Comisión Informativa, a la aprobación del Pleno de la Corporación.

Majadahonda, a 1 de julio de 2008

Renuncia del alcalde

*Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón*¹

En la página web de este ayuntamiento, el día de hoy, aparece publicada una nota del Gabinete de Prensa y Comunicación de la que resulta que don ... ha efectuado una declaración que concluye anunciando que presenta su dimisión como alcalde de Pozuelo de Alarcón.

Ante tales hechos, la que suscribe, a los efectos de los arts. 122.5 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, en relación con el art. 43 del Reglamento Orgánico del Pleno, y aunque no se ha solicitado informe que permita calificar a éste de preceptivo, tiene el honor, en cumplimiento del apartado 2.e) del citado art. 43, de emitir el siguiente

INFORME

Durante el mandato corporativo se pueden producir cambios respecto de los concejales, perdiéndose la condición de concejal con posterioridad a la toma de posesión y antes del agotamiento de su mandato en los términos del art. 182.1 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General con carácter general aunque es el art. 9 del ROFRJEL el que establece las causas concretas para la pérdida de la condición de concejal.

La pérdida de la condición de alcalde durante el mandato también puede producirse aunque con distinto tratamiento que el previsto para los concejales, ya que éstos son parte de los órganos colegiados y el alcalde es un órgano en sí mismo. La LOREG regula la pérdida del cargo de alcalde durante el mandato por destitución, mediante la moción de censura, el cese automático derivado de una cuestión de confianza y se refiere a la vacante de la Alcaldía por otras circunstancias distintas de las expresadas que tienen que referirse al fallecimiento o incapacitación declarada por decisión judicial firme o anulación de la proclamación por decisión judicial no susceptible de recurso y a la renuncia al cargo de alcalde.

La regulación contenida en las disposiciones aplicables es la siguiente:

El art. 73.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril establece que: «La determinación del número de miembros de las Corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la

¹ Este informe ha sido redactado por Elvira M. C. García García, Secretaria General del Pleno del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón.

duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán en la legislación electoral».

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, regula el mandato de las Corporaciones municipales en los arts. 194 y ss. A la elección de alcalde dedica el capítulo IX del Título III conteniendo los supuestos de destitución y cese derivados de la moción de censura y de la cuestión de confianza —arts. 197 y 197 bis— para establecer en el art. 198 que salvo para estos supuestos «la vacante en la Alcaldía se resuelve conforme a lo previsto en el art. 196, considerándose a estos efectos que encabeza la lista en que figuraba el alcalde el siguiente de la misma a no ser que renuncie a la candidatura».

El citado art. 196 regula el procedimiento de elección de alcalde determinando quiénes pueden ser candidatos, el quórum necesario para poder ser proclamado electo, señalando que tal elección se realiza en la sesión de constitución que es regulada en el art. 195, en cuyo núm. 2 se prevé la constitución de una mesa de edad integrada por los elegidos de mayor y menor edad presentes en el acto, actuando como secretario el de la Corporación.

El art. 34 del Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración prevé que:

- «1. El alcalde podrá renunciar a su cargo sin perder por ello la condición de concejal.
2. La renuncia deberá formalizarse por escrito y remitirse al Pleno del ayuntamiento, que deberá tomar conocimiento de la misma dentro de los diez días siguientes a su presentación.
3. En caso de renuncia del alcalde, la vacante se cubrirá en la forma prevista en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General».

El art. 40 del Real Decreto 2568, de 28 de noviembre, aplicable sólo en defecto de las expresas determinaciones de los reglamentos orgánicos municipales, establece:

- «1. La elección y destitución del alcalde se rige por lo dispuesto en la legislación electoral, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas al régimen de sesiones plenarias del ayuntamiento.
2. Quien resulte proclamado alcalde tomará posesión ante el Pleno de la Corporación, de acuerdo con la forma general establecida para la toma de posesión de los cargos públicos.
3. Si no se hallare presente en la sesión de constitución, será requerido para tomar posesión en el plazo de cuarenta y ocho horas, igualmente ante el Pleno corporativo, con la advertencia de que, caso de no hacerlo sin causa justificada, se estará a lo dispuesto en la legislación electoral para los casos de vacante en la Alcaldía.
4. El alcalde podrá renunciar a su cargo sin perder por ello su condición de concejal. La renuncia deberá hacerse efectiva por escrito ante el Pleno de la Corporación, que deberá adoptar acuerdo de conocimiento dentro de los diez días siguientes.

En tal caso, la vacante se cubrirá en la forma establecida en la legislación electoral.

5. Vacante la alcaldía por renuncia de su titular, fallecimiento o sentencia firme, la sesión extraordinaria para la elección de un nuevo alcalde se celebrará, con los requisitos

Renuncia del alcalde

581

establecidos en la legislación electoral, dentro de los diez días siguientes a la aceptación de la renuncia por el Pleno, al momento del fallecimiento o a la notificación de la sentencia, según los casos.

6. En el supuesto de que prospere una moción de censura contra el alcalde, este cesará en su cargo en el momento de la adopción del acuerdo. Quien resulte proclamado como alcalde deberá tomar posesión del cargo en la forma establecida en los apartados 2 y 3 de este artículo».

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a tenor de su art. 1, establece y regula las bases del régimen jurídico y el procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, ejercitando la competencia del art. 149.1.18.^a de la Constitución Española, regula en los arts. 90 y 91 la renuncia a los derechos, estableciendo que la Administración la aceptará de plano.

La convocatoria de las sesiones plenarias, ya sean ordinarias o extraordinarias, corresponde al alcalde y Presidente del Pleno —art. 122.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local—, si no lo hubiere delegado, y para la válida celebración de la sesión se ha de contar con el quórum establecido en el art. 46.1.c) de LRBRL del siguiente tenor:

«c) El Pleno se constituye válidamente con la asistencia de un tercio del número legal de miembros del mismo, que nunca podrá ser inferior a tres. Este *quórum* deberá mantenerse durante toda la sesión.

En todo caso, se requiere la asistencia del Presidente y del Secretario de la Corporación o de quienes legalmente les sustituyan».

El artículo transcrito está contenido en el Título V de las «Disposiciones Comunes a las Entidades Locales» es aplicable también a los municipios de gran población por cuanto que en el Título X de la LRBRL no se determina *quórum* para la válida celebración de las sesiones.

Por su parte, y en cuanto al quórum para la válida celebración de sesiones plenarias, el ROP establece:

«Art. 69. *Quórum* ordinario de constitución.

1. El Pleno se constituye válidamente con la asistencia de un tercio del número legal de miembros de la Corporación. Este quórum deberá mantenerse durante el desarrollo de toda la sesión.

2. De no alcanzarse dicho quórum en primera convocatoria, se constituirá la sesión en segundo llamamiento, en la fecha expresamente prevista o, en caso de no estarlo, se constituirá de forma automática, a la misma hora, en el tercer día hábil posterior.

3. El Pleno deberá contar en todo caso con la asistencia del alcalde, del Secretario General del Pleno y del Interventor, o de quienes legalmente les sustituyan.

Art. 70. *Quórum* reforzado de constitución.

1. Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de aquellos supuestos en que la legislación vigente en materia de régimen local exija un quórum reforzado de constitución del Pleno.

Art. 71. Consecuencias de la ausencia de *quórum*

1. En caso de no alcanzarse el quórum necesario en segunda convocatoria, la Presidencia del Pleno dejará sin efecto la convocatoria posponiendo el debate y votación de los asuntos incluidos en el orden del día para la primera sesión que se celebre.

2. En el supuesto previsto en el apartado anterior, la Secretaria General del Pleno sustituirá el acta de la sesión por la diligencia prevista en el art. 105.k) de este Reglamento Orgánico».

El art. 195 de la LOREG para la sesión de constitución establece:

«1. Las Corporaciones municipales se constituyen en sesión pública el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones, salvo que se hubiese presentado recurso contencioso-electoral contra la proclamación de los concejales electos, en cuyo supuesto se constituyen el cuarentésimo día posterior a las elecciones.

2. A tal fin, se constituye una Mesa de Edad integrada por los elegidos de mayor y menor edad, presentes en el acto, actuando como Secretario el que lo sea de la Corporación.

3. La Mesa comprueba las credenciales presentadas, o acreditaciones de la personalidad de los electos con base a las certificaciones que al ayuntamiento hubiera remitido la Junta Electoral de Zona.

4. Realizada la operación anterior, la Mesa declarará constituida la Corporación si concurren la mayoría absoluta de los concejales electos. En caso contrario, se celebrará sesión dos días después, quedando constituida la Corporación cualquiera que fuere el número de concejales presentes».

El nombramiento de tenientes de alcalde es una competencia personal del alcalde, al que también corresponde nombrar a los miembros de la Junta de Gobierno Local, como deriva de los arts. 20.1.a) y 21.2 de la LRBRL; 22 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y 46 a 48 del ROFRJEL para municipios de régimen común; y en los arts. 125 de la LRBRL para municipios de gran población y en los arts. 37 y 38 del ROGA para este ayuntamiento.

En los casos de ausencia, vacante o enfermedad, la sustitución del alcalde corresponde a los tenientes de alcalde por el orden de su nombramiento, según previenen los arts. 125.1 de la LRBRL, 38.a) y b) del ROGA y el 47 del ROFRJEL.

De las disposiciones citadas se plantean las siguientes cuestiones:

1. Capacidad para renunciar al cargo de alcalde.
2. Efectos de la renuncia.
3. Tipo de sesión y plazo en la que debe tenerse conocimiento de la renuncia.
4. Acuerdos a adoptar por el pleno sobre la renuncia.
5. Presidencia de la sesión.
6. Tipo de sesión y plazo para la elección de nuevo alcalde.
7. Candidatos a nuevo alcalde y posibilidad de renuncia a las candidaturas.
8. Requisitos para la adquisición de la condición de alcalde.
9. Consecuencias de la toma de posesión de nuevo alcalde.

Cuestiones respecto de las cuales se pueden hacer las siguientes

CONSIDERACIONES

I. CAPACIDAD PARA RENUNCIAR AL CARGO DE ALCALDE

Los arts. 176 a 178 de la LOREG determinan las disposiciones especiales para las elecciones municipales con remisión, entre otros, al art. 6 del mismo texto legal que regula las personas elegibles e inelegibles.

La expresada ley no contiene ninguna determinación en cuanto a la pérdida de la condición de alcalde ni de concejal, salvo las antes citadas para el supuesto de que concurriera una circunstancia de inelegibilidad y las de destitución de los arts. 197 y 197 bis. Para la pérdida de la condición de concejal, que no es el caso, el art. 182 del mismo texto legal regula la atribución del escaño cuando algún concejal hubiere fallecido, resulte incapaz o renuncie.

Sin embargo prevé, en el art. 198 que pueda haber otros supuestos de vacante en la Alcaldía, para cuya resolución determina que habrá de seguirse el mismo procedimiento de la elección inicial.

El Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración de este ayuntamiento en el art. 34 prevé expresamente, en el apartado 1, la posibilidad de que el alcalde pueda renunciar, determinándose en los apartados siguientes los requisitos para la válida formulación de la renuncia.

Por su parte, el ROFJEL en el art. 40 —anteriormente transcrito— se refiere tanto a la elección cuanto a la destitución del alcalde, así como a la renuncia al cargo, sin perder la condición de concejal, determinando los procedimientos para que la misma se haga efectiva en el núm. 4, que coinciden sustancialmente con los del núm. 2 del art. 34 del ROGA, excepto que en éste al Pleno le corresponde tomar conocimiento de la renuncia, mientras que en el ROFJEL figura que debe adoptarse acuerdo de conocimiento.

II. EFECTOS DE LA RENUNCIA

Si se entendiera aplicable exclusivamente el art. 34.2 del ROGA, podría concluirse que la renuncia no requiere aceptación por parte de ningún órgano y en consecuencia produce sus efectos desde el mismo momento de su presentación, y ello por cuanto el tomar conocimiento del escrito por el Pleno es equivalente a que dicho órgano, con el *quórum* necesario para celebrar sesión, quede enterado del acto unilateral de otro órgano.

La aplicabilidad del art. 40.4 del ROFJEL sólo podría sostenerse en la medida que no se oponga o contradiga al Reglamento Orgánico de este ayuntamiento. El primero de los citados añade respecto del ROGA que se requiere acuerdo de conocimiento, y el término acuerdo supone que, de conformidad con lo establecido en el art. 47.1 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, «Los acuerdos de las corporaciones locales se adopta como regla

general por mayoría simple de los miembros presentes», esto es, el término acuerdo supone que se adoptan mediante votación. En el régimen de gran población no hay una determinación semejante salvo la contenida en el art. 123.2 del mismo texto legal relativa al quórum reforzado para determinadas materias de competencia plenaria y previendo que los demás acuerdos se adoptarán por mayoría simple de votos, es decir, la conclusión es la misma: los acuerdos se adoptan mediante votación.

Si se entendiera que el ROGA ha pretendido concretar la organización municipal en el ejercicio de la autonomía que corresponde a las entidades territoriales en cuanto que no requiere acuerdo, sino una simple toma de conocimiento, el núm. 4 del citado ROFJEL no sería de aplicación por contradecir las normas expresas de este ayuntamiento.

No puede llegarse a la misma conclusión respecto a la aplicabilidad del núm. 5 del citado art. 40, por cuanto en sí mismo no supone una contradicción con los reglamentos orgánicos municipales si no la adición de requerimientos formales tras el acto de renuncia que permitirían entender aplicables el art. 34.2 del ROGA y el 40.5 del ROFJEL. Esta afirmación además se ve reforzada por la aplicación de otras leyes además de las de régimen local y la Orgánica de Régimen Electoral General, concretamente el art. 91.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que la renuncia se aceptará de plano por la Administración, ello sin olvidar que el acto de nombramiento no derivó del hecho de estar el primero en una lista, ni en la más votada, sino de un acuerdo del ayuntamiento Pleno que requirió la mayoría absoluta de los votos —art. 196.b) de la LOREG—, razón por la cual la forma de dejar sin efecto el acuerdo de nombramiento es que el mismo órgano que lo nombró acepte la renuncia.

Si se entiende aceptable esta solución, la renuncia produce efectos desde el momento de su aceptación, esto es, desde aquel en que el Pleno se pronuncie aceptándola.

III. TIPO DE SESIÓN Y PLAZO EN EL QUE DEBE TENERSE CONOCIMIENTO DE LA RENUNCIA

Esta cuestión no ofrece ninguna duda porque no hay discrepancia entre las normas a aplicar.

El plazo en el que el Pleno, cuando menos, debe tomar conocimiento de la renuncia es dentro de los diez días siguientes a su presentación.

El tipo de sesión cae por su propio peso:

- Ni en los reglamentos ni en las leyes de régimen local ni en la Orgánica de Régimen Electoral General se califica a la sesión ni de ordinaria ni de extraordinaria, aunque no es menos cierto que cuando el art. 198 de la LOREG remite al procedimiento del art. 196, del mismo texto legal, lo está haciendo a la sesión de constitución que por su propia naturaleza es extraordinaria, ya que su periodicidad no está preestablecida ni la sesión tiene la estructura de las sesiones ordinarias.

Renuncia del alcalde

585

- Si hubiera una sesión ordinaria que debiera de convocarse antes del vencimiento del plazo, podría incluirse el punto válidamente; no obstante, plantearía problemas de protocolo y hasta de quórum porque una vez aceptada la renuncia el alcalde no podría presidir la sesión.

IV. ACUERDOS A ADOPTAR POR EL PLENO SOBRE LA RENUNCIA

Teniendo en consideración lo manifestado en el apartado 2 de este informe, el Pleno, una vez constituido con el quórum establecido en el art. 69 del ROP, quedará enterado del escrito dirigido al Pleno conteniendo la renuncia al cargo de alcalde sin necesidad de votación.

Se someterá a votación la aceptación de la renuncia que resultará acordada por mayoría, ya que el art. 40.5 de ROFRJEL cuando se refiere a la aceptación de la renuncia no exige ningún quórum especial, razón por la cual son de aplicación tanto el art. 47.1 como el 123.2 párrafo final de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

Adicionalmente podría plantearse además de si es de aplicación el art. 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a la persona del actual alcalde, cuestión respecto de la cual podría aplicarse supletoriamente las declaraciones del Tribunal Supremo de su sentencia de 20 de noviembre de 1998 (Ar. 4397) que, aún referida a las mociones de censura, concluye que «... no nos encontramos ante un procedimiento administrativo en el cual puedan quedar afectados los derechos o intereses de algún interesado, sino que estamos ante la exigencia de una responsabilidad política del Presidente de la Corporación local prevista legalmente... el mandato de los miembros del ayuntamiento es de cuatro años contados a partir de la fecha de su elección, y dicho mandato, en tanto se mantenga, no puede ser objeto de restricción alguna ni exceptuado siquiera sea temporalmente fuera de los supuestos expresamente previstos, por lo que no podrán ser privados de su derecho de voto fuera de la previsión expresa ya referida... los arts. 197 de la LOREG... no contemplan más restricción subjetiva que la derivada de que ningún concejal podrá suscribir durante su mandato más de una moción de censura...».

V. PRESIDENCIA DE LA SESIÓN

Si se encontrara presente el alcalde no habiéndose delegado a lo largo del mandato, la Presidencia del Pleno le corresponde la presidencia de la sesión, a tenor de los arts. 36 y 78 del ROP, en tanto conserve la condición de alcalde.

Una vez que se hubiera aceptado la renuncia y producida la vacante en la Alcaldía, si bien es cierto que el art. 38.b) del ROP incluye entre las competencias de los tenientes

de alcalde la sustitución con arreglo al orden de su nombramiento, hasta la toma de posesión del nuevo alcalde, no es menos cierto que el procedimiento a seguir para cubrir la vacante de la Alcaldía en caso de renuncia, a tenor del art. 34.3 del ROGA y del 198 de la LOREG, es el establecido en el art. 196 de este último texto legal, determinando que en la sesión de constitución se procede a la elección del alcalde y que la sesión de constitución está regulada en el art. 195, sesión durante la que la presidencia corresponde a la Mesa de edad, integrada por los concejales de mayor y menor edad de los presentes, excluido el alcalde y actuando de secretario el de la Corporación.

Por otra parte, aunque no quepa aplicar supletoriamente el procedimiento de elección de alcalde como consecuencia de una moción de censura, no es menos cierto que a modo de referencia puede tenerse en consideración que en este último caso el Pleno actúa bajo la presidencia de la mesa de edad de la que resultan excluidos el alcalde y el candidato a la Alcaldía.

Son candidatos a la Alcaldía, a tenor del art. 198 de la LOREG, los que encabecen las listas, teniendo en cuenta que en la del Partido Popular se considerará que la encabeza el siguiente de la misma, tras el alcalde, a no ser que renuncie a la candidatura. Vista la lista publicado en el *BOCM* núm. 97, de 25 de abril de 2007, el núm. 2 de la candidatura del Partido Popular es D. ..., por lo que podría resultar violento que quien presidiera la sesión fuera el primer teniente de alcalde que, por otra parte, también encabeza la lista.

De formularse renuncias a la candidatura a alcalde por ocupar el primer número de la lista, alguno o algunos de las listas publicadas en el Boletín referido, la coincidencia entre primer teniente de alcalde que pudiera asumir la sustitución de la presidencia por vacante de la Alcaldía no se produciría.

VI. TIPO DE SESIÓN Y PLAZO PARA LA ELECCIÓN DE NUEVO ALCALDE

La sesión para la elección de nuevo alcalde necesariamente ha de ser extraordinaria, por determinarlo así el núm. 5 del citado art. 40 del ROFRJEL en los términos de lo manifestado en el apartado 2 de este informe.

Por otra parte, al reenviar el art. 198 de la LOREG al 196 del mismo texto legal, la sesión ha de ser extraordinaria por ser éste el carácter que tiene la sesión de constitución de la Corporación.

En cuanto al plazo, no hay previsión alguna ni en el ROGA ni en las leyes de régimen local y orgánica de régimen electoral general. El ROFRJEL permitiría entender que la sesión extraordinaria para la elección de nuevo alcalde se celebre dentro de los diez días siguientes a la aceptación de la renuncia por el Pleno, ya que no concurren los otros dos supuestos de fallecimiento o notificación de sentencia, si bien, al igual que sucede con una moción de censura en que la proclamación de nuevo alcalde tiene lugar en la misma sesión del cese, puede incluirse el punto de elección de nuevo alcalde en la misma sesión

Renuncia del alcalde

587

en la que se acepte la renuncia ya que el día inicial para la elección es la propia sesión y por tanto, se cumple el plazo de los diez días.

Por otra parte, como la designación de tenientes de alcalde es una decisión personalísima del alcalde, como lo evidencian los arts. 43 y el 33.2 del ROGA, para evitar que pudieran coexistir un nuevo alcalde con los miembros de la Junta de Gobierno Local y tenientes de alcalde designados por el anterior parecería prudente que se proceda a la elección de nuevo alcalde en el menor tiempo posible.

VII. CANDIDATOS A NUEVO ALCALDE Y POSIBILIDAD DE RENUNCIA A LAS CANDIDATURAS

Según determina el art. 198 de la LOREG, son candidatos a alcalde los que encabezen sus correspondientes listas.

De las listas publicadas en el *BOCM* núm. 97, de 25 de abril de 2007, se proclamaron electos por la Junta Electoral de Zona de Navacarnero los diecinueve primeros candidatos de las listas del Partido Popular y los seis primeros candidatos de las listas del Partido Socialista, excluido el alcalde que renuncia; por tanto, don... y doña...

Admite la LOREG que el siguiente o siguientes en la lista en que figuraba el alcalde pueda renunciar a la candidatura, y el momento en que puede efectuarse éste es cualquiera con anterioridad al momento en que se someta a votación la elección de nuevo alcalde.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 185/1993, de 31 de mayo, y aún refiriéndose a la interpretación que deba darse al art. 40 del ROFRJEL declara:

«Del mismo modo que en el momento inicial subsiguiente a la constitución del ayuntamiento el protagonismo de la elección corresponde esencialmente a las listas, aunque personalizado en su cabeza de lista, en los supuestos de vacantes producidas a lo largo del mandato municipal el protagonismo sólo puede corresponder a los Grupos Municipales en los que orgánicamente se han traducido las listas, de tal modo que cada Grupo Municipal de los así formados debe tener la posibilidad de presentar un candidato a alcalde. Sería, en efecto, contrario a toda la lógica del sistema que el abandono del Grupo Municipal por quien fue cabeza de lista, tuviese la consecuencia de privar a ese grupo, acaso mayoritario, de la posibilidad de presentar un candidato. La cabecera de lista, en definitiva, no es una casualidad personal que siga al que en su momento fue cabeza de lista (o siguiente al mismo) “allí donde vaya” y al margen de que continúe o no encabezando alguna cosa, sino únicamente un elemento de personalización de las listas (y después de los Grupos Municipales), en todo caso subordinado a la lógica de un sistema electoral en el que el protagonismo básico corresponde a unas candidaturas que son colectivas o colegiadas. De ahí que la autoexclusión del Grupo Municipal deba considerarse equivalente a la autoexclusión de la lista de origen».

El mismo Tribunal, en su Sentencia 31/1993, de 26 de enero, declara:

«La exigencia legal del requisito de que los concejales que sean proclamados candidatos a alcalde “encabezen sus correspondientes listas electorales” [art. 196.a) LOREG] es

clara y supone una opción de los demás concejales que no pueden concurrir por esta vía a la elección entre ellos del alcalde. Frente a ello no puede aducirse la virtual existencia de una voluntad mayoritaria de los concejales electos a favor de que la Alcaldía fuera un concejal que no reuniera la condición de cabeza de lista. Esa voluntad ha de ser ejercida en el marco legal procedente, existiendo otros cauces legales, para responder a situaciones de disenso de este alcance. Lo relevante para resolver el fondo del asunto no es si el concejal electo como alcalde ha contado efectivamente con un apoyo mayoritario de los concejales, sino si esa voluntad mayoritaria y la elección llevada a cabo se ha canalizado por la vía legalmente procedente».

VIII. REQUISITOS PARA LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE ALCALDE

La elección de alcalde requiere el acuerdo por mayoría absoluta de los votos de los concejales, a tenor del art. 196. *b)* de la LOREG, que, en el caso de Pozuelo de Alarcón, supone la obtención de al menos trece votos a favor. De no obtenerse, a tenor del apartado *c)* del mismo artículo, se proclama alcalde al concejal que encabece la lista más votada, obviamente con la misma especialidad del art. 198 antes comentada, es decir, entendiéndose que encabeza la lista en que figuraba el alcalde el siguiente de la misma, a no ser que renuncie a la candidatura.

Proclamado el nuevo alcalde en la forma determinada en los apartados *b)* o *c)* del art. 196, se requiere la aceptación del cargo y el juramento o promesa en la fórmula establecida en el Real Decreto 707/1979, de 5 de abril. La toma de posesión se materializa haciéndole entrega de los atributos del cargo previstos en el art. 11 del Reglamento de Protocolo y Ceremonial de este ayuntamiento y ocupando la Presidencia de la sesión.

IX. CONSECUENCIAS DE LA TOMA DE POSESIÓN DE NUEVO ALCALDE

En el plazo que considere oportuno deberá proceder a designar miembros de la Junta de Gobierno Local, a tenor del art. 43 del ROGA, a nombrar concejal secretario de la misma —art. 44—, a nombrar tenientes de alcalde —art. 37— y nombrar igualmente titulares de las Áreas de Gobierno municipal.

De todo lo cual se informa, sin perjuicio de su ampliación, al señor alcalde presidente con arreglo a mi leal saber y entender.

Normas para la presentación de originales en el *Anuario de Derecho Municipal*

1. El *Anuario de Derecho Municipal* admite la publicación de:
 - a) Trabajos originales con una extensión no superior a las 35 páginas, referidos a temas relacionados con los gobiernos locales.
 - b) Informes sectoriales sobre cuestiones de interés en el ámbito local que den cuenta de las novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales acontecidas durante el año correspondiente.
 - c) Informes elaborados en el seno de ayuntamientos con una extensión no superior a 25 páginas, que se encarguen de resolver algún problema de especial relevancia para la gestión municipal.
2. Los manuscritos deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (silvia.diez@idluam.es) antes del fin del mes de febrero del año posterior al que se refiera el número del *Anuario* en el que se quiere publicar la contribución.
3. El manuscrito escrito en lengua castellana debe incluir los siguientes elementos:
 - a) Título.
 - b) Nombre, puesto profesional y lugar de trabajo del autor.
 - c) Resumen de la contribución de no más de 250 palabras en lengua castellana y lengua inglesa.
 - d) Sumario de la contribución.
 - e) Fecha de finalización del trabajo.
 - f) Nota bibliográfica.
 - g) Lista de abreviaturas utilizadas.
4. El formato del manuscrito debe ajustarse a las siguientes reglas:
 - a) Título: tipo de letra *Times New Roman* 14, mayúscula, interlineado 1,3, espacio 6 puntos.
 - b) Nombre del autor, puesto profesional y lugar de trabajo: tipo de letra *Times New Roman* 12, mayúscula, interlineado 1,3, espacio 6 puntos.
 - c) Resumen: tipo de letra *Times New Roman* 12, minúscula, interlineado 1,3.
 - d) Sumario: tipo de letra *Times New Roman* 12, interlineado 1,3. Debe reunir todos los epígrafes en línea continua respetando el formato que se dé a éstos. Ejemplo:

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ORGANIZACIÓN DEL ayuntamiento.—1. En general.—2. Órganos de Gobierno.—2.1. *Alcalde...*

590 Normas para la presentación de originales en el Anuario de Derecho Municipal

e) Epígrafes:

- Primer nivel de epígrafe: numeración en romanos y tipo de letra *Times New Roman* 12, mayúscula y negrita. Ejemplo: **I. INTRODUCCIÓN.**
- Segundo nivel de epígrafe: numeración en arábigos y tipo de letra *Times New Roman* 12, minúscula y negrita. Ejemplo: **1. Órganos de Gobierno.**
- Tercer nivel de epígrafe: numeración con doble arábigo y tipo de letra *Times New Roman* 12, minúscula y cursiva. Ejemplo: *1.1. Alcalde.*
- Cuarto nivel de epígrafe: numeración con triple arábigo y tipo de letra *Times New Roman* 12, minúscula. Ejemplo: 1.1.1. Especialidades en las grandes ciudades.

f) Texto principal: tipo de letra *Times New Roman* 12, interlineado 1,3, espacio 6 puntos.

g) Notas a pie: tipo de letra *Times New Roman* 10, interlineado 1,2, espacio 6 puntos.

h) Tablas y figuras: llevarán un encabezamiento conciso y tratarán de respetar un formato ordenado y simple.

i) Referencias bibliográficas:

— Libros:

Nombre APELLIDOS, *Título completo*, edición, lugar, año, pp. citadas.

— Capítulos de libros:

Nombre APELLIDOS, «Título completo», en Título de la obra, dir. o coord. por Nombre Apellidos, edición, lugar, año, pp. XX, pp. citadas.

— Artículos en revistas científicas:

Nombre APELLIDOS, «Título completo», *Revista*, núm. X, año, pp. XX, pp. citadas.

5. Los manuscritos serán sometidos a la evaluación imparcial de dos expertos en la materia externos a la entidad editora. El resultado será puesto en conocimiento del autor por la Secretaría de Redacción del *Anuario*.