

ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL  
2009



# ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL 2009



Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES  
2010

El *Anuario de Derecho Municipal* es una publicación de carácter anual del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid que reúne una selección de estudios, informes sectoriales e informes de Ayuntamientos que reflejan 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 en Dialnet ([www.dialnet.unirioja.es](http://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](mailto:idluam@uam.es)
- © MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
San Sotero, 6 - 28037 MADRID  
☎ (91) 304 33 03  
[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)  
ISSN: 1888-7392  
Depósito legal: B. 19.188-2008  
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.  
Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.  
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)  
MADRID, 2010

## ORGANIZACIÓN DEL ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL 2009

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

### **Consejo de Redacción:**

Marcos ALMEIDA CERREDA. *Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo (Universidad de Santiago de Compostela).*

Begoña ÁLVAREZ MENÉNDEZ. *Asesora Jurídica de Disciplina Urbanística, Ayuntamiento de Majadahonda.*

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

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

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

Juan Carlos CORRALES GUILLÉN. *Director General del Instituto de Formación y Estudios del Gobierno Local de Madrid, Ayuntamiento de Madrid.*

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

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

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

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

Domínguez J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS. *Becario FPU-MEC (UAM).*

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

Diego MARÍN-BARNUEVO FABO. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario (UC3M).*

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

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

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

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

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

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

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

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *Fiscal.*

Sofía SIMOU. *Becaria FPU-MEC (UAM).*

### **Consejo Asesor:**

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

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

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

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

Julia MARTÍN NAVESO. *Concejala Delegada de Recursos Humanos y Concejala Delegada de la Junta de Gobierno Local, Ayuntamiento de Leganés.*

### **Secretaría de Redacción:**

Silvia DÍEZ SASTRE. *Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo (UAM), Secretaria académica del Instituto de Derecho Local (UAM).*

# Índice

## ESTUDIO INTRODUCTORIO

	Pág.
<b>Crisis económica y Derecho local</b> .....	25
Francisco VELASCO CABALLERO <i>Director del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Introducción .....	26
II. Los gobiernos locales como sujetos pasivos de la crisis económica .....	28
III. Los gobiernos locales como agentes de la política económica general .....	32
1. Fondos estatales gestionados por entidades locales .....	32
2. Supresión de las licencias municipales de actividad o apertura .....	38
IV. Bibliografía .....	41

## ESTUDIOS

<b>La transposición de la Directiva de Servicios en las entidades locales</b> .....	45
Ricardo RIVERO ORTEGA <i>Profesor Titular de Derecho Administrativo, Catedrático (acreditado) de la Universidad de Salamanca</i>	
I. La difícil transposición de la Directiva de Servicios en un Estado multidescen-	
tralizado (en crisis) y el papel de las entidades locales en la realización de la inte-	
gración europea .....	46
II. Reformas normativas: impacto de la Directiva de Servicios sobre el régimen local	
y las ordenanzas municipales .....	50
III. Reformas organizativas: cambios en el aparato de control (previo-posterior;	
¿público-privado?) y necesidades de mayor coordinación .....	61
IV. Reformas procedimentales: descarga burocrática, agilización, administración elec-	
trónica y ¿silencio positivo? .....	63
V. Conclusiones: Balance provisional del grado de cumplimiento de la Directiva de	
Servicios en las entidades locales españolas; desafíos y oportunidades .....	65
VI. Bibliografía .....	66
<b>Ordenanza por la que se establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias</b>	
<b>Urbanísticas de Actividades</b> .....	71
Cayetano PRIETO ROMERO <i>Director General de Organización y Régimen Jurídico del Ayuntamiento de Madrid</i>	

	Pág.
I. Introducción: diagnóstico de la situación que ha motivado la colaboración con entidades privadas.....	72
II. Las causas que motivan la colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones públicas .....	74
1. Antecedentes .....	76
III. El sistema de colaboración público-privada para la gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades en la OGLUA.....	79
1. Líneas generales del sistema .....	79
2. Objeto y finalidad .....	81
3. Actividades excluidas .....	82
4. Régimen jurídico.....	82
5. Funciones públicas asignadas a las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas: el certificado de conformidad .....	83
6. Acción inspectora municipal.....	85
7. Gestión sujeta a contraprestación: idea rectora de no empeorar la situación del particular .....	85
8. Sistemas de acreditación y autorización.....	86
8.1. Acreditación.....	88
8.1.1. Requisitos para la acreditación.....	88
8.1.2. Denegación de la acreditación .....	89
8.1.3. Vigencia y coste de la acreditación.....	89
8.1.4. Modificación, retirada y suspensión de la acreditación.....	89
8.1.5. Responsabilidad de la entidad de acreditación .....	90
8.2. Autorización administrativa. Registro.....	91
8.2.1. Obtención de la autorización administrativa .....	91
8.2.2. Suspensión y extinción de la autorización.....	92
9. Obligaciones de las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas.....	93
10. Supervisión y control de las ECLU.....	94
11. Los procedimientos de gestión de las licencias de actividades: aspectos generales.....	95
11.1. El nuevo esquema de procedimientos para la gestión de las licencias urbanísticas de actividades y de las comunicaciones previas .....	96
11.2. El certificado de conformidad .....	98
11.3. Exclusividad de la actuación de la ECLU .....	99
11.4. El procedimiento de licencias para la implantación o modificación de actividades.....	101
11.4.1. Fundamento legal .....	101
11.4.2. Objeto .....	102

	Pág.
11.4.3. Tramitación ante la ECLU .....	103
11.4.4. Tramitación del procedimiento administrativo .....	106
IV. Bibliografía .....	113
<b>La evaluación del desempeño de los empleados públicos. En particular, el establecimiento de sistemas de evaluación del desempeño en las Administraciones locales ....</b>	<b>115</b>
Marcos ALMEIDA CERREDA	
<i>Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela</i>	
I. Introducción .....	116
II. La regulación de la evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público .....	123
1. La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público....	123
2. Análisis de la regulación de la evaluación del desempeño contenida en el artículo 20 del Estatuto Básico del Empleado Público .....	125
2.1. Concepto .....	125
2.2. Carácter .....	127
2.3. Ámbito subjetivo.....	128
2.4. Criterios.....	129
2.4.1. El principio de transparencia.....	129
2.4.2. El principio de objetividad .....	130
2.4.3. El principio de imparcialidad .....	131
2.4.4. El principio de no discriminación .....	131
2.4.5. El principio de respeto de los derechos de los empleados públicos .....	132
2.5. Efectos .....	133
2.5.1. Los efectos de la evaluación en la carrera profesional .....	133
2.5.2. Los efectos de la evaluación en la formación.....	134
2.5.3. Los efectos de la evaluación en la provisión de puestos de trabajo.....	136
2.5.4. Los efectos de la evaluación en las retribuciones complementarias .....	138
III. Las competencias normativas sobre función pública y la disciplina de la evaluación del desempeño por las administraciones locales .....	139
1. La reserva de Ley en materia de función pública y su cobertura .....	139
2. El desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público en materia de evaluación del desempeño por parte de las Administraciones locales.....	143
IV. Apuntes para el diseño de un modelo de evaluación del desempeño .....	146

	Pág.
1. Premisas .....	146
2. Bases para la articulación de un modelo de evaluación del desempeño .....	147
2.1. La delimitación del objeto de la evaluación .....	147
2.2. Los responsables de la evaluación .....	150
2.2.1. El Departamento de Recursos Humanos .....	151
2.2.2. La Comisión de Evaluación.....	151
2.2.3. La Comisión de Reclamaciones .....	153
2.3. El procedimiento de evaluación.....	154
3. Indicaciones para el proceso de implantación de un sistema de evaluación del desempeño .....	155
3.1. Reforzar la organización interna y buscar sinergias en el exterior .....	155
3.2. Concienciar sobre la necesidad y conveniencia de la implantación del sistema y buscar el consenso sobre el mismo .....	155
3.3. Planificar y difundir el sistema a adoptar .....	156
3.4. Implantar de modo progresivo el sistema.....	156
V. Bibliografía .....	157
<b>Las participaciones locales en ingresos de las Comunidades Autónomas: una cuestión pendiente</b> .....	159
Juan ZORNOZA PÉREZ	
<i>Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Carlos III de Madrid</i>	
I. Introducción.....	160
II. La suficiencia como principio estructural de la financiación de las Entidades locales: necesidad de desarrollar la totalidad de los recursos que la garantizan.....	165
III. Los títulos competenciales que legitiman la intervención del Estado en materia de Haciendas locales: especial referencia a las medidas que implican coordinación entre las distintas Haciendas Públicas.....	171
IV. Hacia una nueva regulación de las PICAs y los instrumentos normativos para llevarla a cabo .....	177
1. Una primera propuesta de reforma en la regulación estatal de las PICAs: integración de los impuestos cedidos en su base de cálculo .....	179
2. Las reformas legislativas necesarias para integrar los impuestos cedidos en la base de cálculo de las PICAs .....	182
V. Organización institucional: la conveniencia de incorporar a las Entidades locales al Consejo de Política Fiscal y Financiera .....	190
VI. Conclusiones .....	192
VII. Bibliografía .....	193

	Pág.
<b>Los municipios en el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia.....</b>	<b>195</b>
Juan Antonio RAMOS GALLARÍN	
<i>Profesor TEU Interino de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Rey Juan Carlos</i>	
I. Introducción.....	196
II. El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia (SAAD).....	198
1. La LAPAD en el sistema español de bienestar.....	198
2. El SAAD: Aspectos básicos.....	200
2.1. Los actores.....	200
2.2. Los servicios y prestaciones económicas.....	200
2.3. Niveles de protección y financiación del SAAD.....	201
2.4. Los mecanismos institucionalizados de relación.....	202
III. Los municipios en el SAAD.....	203
1. Caracterización del nivel político-administrativo local.....	203
2. Recursos y papeles.....	206
3. Los actores en el SAAD.....	209
3.1. La Administración General del Estado.....	209
3.2. Las Comunidades Autónomas.....	209
3.3. Los Gobiernos locales.....	210
3.4. Las empresas y las organizaciones del tercer sector.....	214
4. La aplicación de la LAPAD y sus implicaciones para los municipios.....	214
IV. Conclusiones.....	217
V. Bibliografía.....	218
<b>Más gestores y fiscalizadores que alcaldes. El legado del nuevo laborismo en el sistema de gobiernos locales.....</b>	<b>221</b>
Chris GAME	
<i>Instituto de Estudios de Gobierno Local (INLOGOV) de la Universidad de Birmingham, Inglaterra</i>	
I. Sobre los cronistas.....	222
II. El pasado es un país extraño.....	224
III. La agenda de modernización del Gobierno local.....	226
IV. Las políticas de modernización apuntaban a la mejora del servicio.....	227
1. La política del «Best Value-BV».....	227
2. La evaluación global de funcionamiento (CPA).....	228
3. Acuerdos de Servicio Público Local ( <i>Local Public Service Agreements-LPSAs</i> ).....	231
4. Acuerdos de Área Local (LAAs).....	231
V. Políticas de modernización destinadas a la renovación democrática.....	232
1. La Autoridad del Gran Londres y el alcalde de Londres.....	233

	Pág.
2. Los acuerdos de gestión política de los ayuntamientos y los alcaldes electos...	233
3. Aumentar la participación electoral y la diversidad de los concejales .....	235
VI. La financiación local. Los pecados de omisión.....	236
VII. El legado del nuevo laborismo .....	238
VIII. Bibliografía .....	238

## INFORMES SECTORIALES

<b>Organización y régimen jurídico .....</b>	<b>243</b>
<i>Silvia DÍEZ SASTRE</i>	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Introducción.....	243
II. Organización del ayuntamiento .....	244
1. En general .....	244
2. Órganos de gobierno .....	244
2.1. Concejales.....	244
2.2. Pleno Municipal.....	249
3. Sistema electoral local.....	251
4. Participación ciudadana.....	252
5. Personal al servicio de la Administración municipal.....	254
III. Entidades locales supramunicipales.....	256
IV. Competencias municipales.....	257
V. Relaciones interterritoriales.....	259
VI. Regímenes especiales.....	260
1. Régimen de los municipios de gran población .....	260
2. Régimen de las ciudades capitales .....	261
<b>Normas, actos y procedimientos administrativos municipales .....</b>	<b>263</b>
<i>Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN</i>	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Normas municipales .....	263
1. Sistema de fuentes del Derecho local .....	263
2. Jurisprudencia sobre normas municipales .....	264
II. Acto administrativo .....	266
1. Tipos de actos administrativos: impugnabilidad y control.....	267
2. Requisitos del acto administrativo: motivación .....	268
3. Nulidad y anulabilidad.....	268

	Pág.
4. Eficacia del acto administrativo: notificación .....	269
5. Eliminación del acto administrativo .....	269
5.1. Revisión de oficio .....	269
5.2. Recursos administrativos .....	271
III. Procedimiento administrativo .....	272
1. Ley 17/2009, sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio .....	272
2. Jurisprudencia sobre procedimiento administrativo .....	275
2.1. Iniciación del procedimiento .....	276
2.2. Principios de publicidad, transparencia y audiencia a los interesados en la tramitación del expediente administrativo .....	276
2.3. Silencio .....	277
2.4. Finalización del procedimiento .....	278
2.5. Anulación de procedimiento administrativo .....	279
<b>Contratación local</b> .....	281
Ana de MARCOS FERNÁNDEZ <i>Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Consideración preliminar .....	282
II. Ámbito subjetivo .....	282
1. Los consorcios, ¿Administraciones públicas o simples poderes adjudicadores?	282
2. Trascendencia de la privatización del Canal de Isabel II .....	283
3. Cajas públicas del seguro de enfermedad .....	286
III. Organización administrativa .....	286
1. Configuración del perfil de contratante de cada órgano de contratación de las entidades locales .....	286
2. Personal eventual en las Mesas de Contratación .....	287
3. Administración responsable ante una reclamación de deuda por impago de determinados suministros, en caso de haberse producido una transferencia de competencias .....	287
IV. Contratista .....	287
1. Arraigo local o de vecindad de la empresa como requisito de aptitud o de solvencia .....	287
2. Consorcios entre Universidades e Institutos de investigación .....	288
3. Consorcio estable ¿puede competir con una sociedad que forma parte del mismo? .....	288
4. Sociedades entre las que exista una relación de control o de influencia considerable .....	289
V. Clasificación de las empresas contratistas .....	289

	Pág.
1. Modelo de declaración responsable a efectos de acreditar la solvencia económica y financiera .....	289
2. Momento en que ha de producirse la clasificación de los contratistas .....	290
VI. Prohibiciones de contratar .....	290
1. Aplicación de las prohibiciones de contratar en los contratos menores .....	290
2. La declaración de una prohibición de contratar debe ser motivada.....	291
VII. Negocios excluidos.....	291
1. Contratos patrimoniales celebrados por las Administraciones públicas.....	291
2. Atribución de la gestión de un servicio a una sociedad municipal que es medio propio de un Ayuntamiento o de un Organismo Autónomo perteneciente a éste, mediante encomienda de gestión .....	293
VIII. Tipos de contratos .....	294
1. Contrato de servicios sobre el mantenimiento de las zonas verdes de un municipio .....	294
2. Contrato de suministro de carteles de publicidad institucional .....	295
3. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos en edificios públicos .....	296
4. Contrato de suministro de energía y gestión energética en edificios públicos.	296
5. Concesión de obra pública .....	296
IX. Contenido del contrato.....	298
1. Significado del fraccionamiento del objeto del contrato .....	298
2. Pliegos.....	299
2.1. Modelos relativos a los contratos vinculados al Fondo Estatal para el empleo y la sostenibilidad local .....	299
2.2. Inclusión como criterio de adjudicación del empleo de personas discapacitadas .....	299
2.3. Relación entre preceptos de la LCSP relativos a la aplicación de criterios sociales .....	299
2.4. Referencia en los Pliegos a los criterios aplicables para determinar una oferta anormalmente baja cuando se aplica más de un criterio de adjudicación.....	300
X. Adjudicación de los contratos públicos .....	300
1. Aplicación del criterio de arraigo local o de vecindad de la empresa como criterio de adjudicación .....	300
2. Determinación del número de candidatos a invitar en el procedimiento restringido .....	302
3. Acuerdos marco .....	302
4. Recursos contra la adjudicación provisional. Naturaleza jurídica del acto de adjudicación provisional .....	302

	Pág.
5. Revisión de oficio de la adjudicación del contrato.....	304
XI. Ejecución del contrato administrativo.....	304
1. Suspensión de la ejecución del contrato administrativo a instancias del adjudicatario .....	304
2. Riesgo y ventura del contratista .....	305
3. Interpretación del contrato administrativo.....	305
4. Modificación del contrato administrativo .....	305
5. Indemnización por incidencias en la ejecución del contrato administrativo...	306
6. Indemnización por suspensión temporal del contrato administrativo.....	306
XII. Extinción del contrato administrativo .....	306
1. Cumplimiento del contrato administrativo.....	306
2. Resolución del contrato administrativo.....	306
XIII. Incumplimiento del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros.....	307
XIV. Bibliografía .....	308
<b>Haciendas locales.....</b>	<b>311</b>
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-MEC en el Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
César MARTÍNEZ SÁNCHEZ <i>Becario FPU-MEC en el Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Introducción.....	311
II. Principios de ordenación de las haciendas locales .....	312
III. Ingresos de las haciendas locales.....	313
1. Ingresos tributarios .....	313
1.1. Impuestos .....	313
1.1.1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles.....	313
1.1.2. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.....	316
1.1.3. Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica .....	317
1.1.4. Impuesto sobre Actividades Económicas .....	318
1.1.5. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana .....	321
1.2. Tasas.....	323
1.3. Contribuciones especiales.....	327
2. Otros ingresos .....	328

	Pág.
IV. Procedimientos tributarios en el ámbito local.....	329
V. Presupuestos de las haciendas locales.....	330
<b>Medio ambiente urbano</b> .....	<b>333</b>
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 e instrumentos financieros y ayudas (ámbitos comunitario, estatal, autonómico y local) .....	333
II. Normativa comunitaria.....	335
III. Normativa estatal.....	336
IV. Normativa autonómica.....	339
V. Normativa municipal.....	339
VI. Jurisprudencia.....	342
1. Presentación .....	342
2. Sentencias en materia de contaminación acústica.....	342
2.1. Condena por delito contra el medio ambiente (art. 325 CP) por emisión de ruidos.....	342
2.2. Vulneración de los derechos fundamentales a la vida privada, integridad física y moral, intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio por contaminación acústica.....	343
3. Método para la financiación de los costes de la operación de eliminación de los residuos urbanos, en aplicación del principio de «quien contamina paga». Es ajustado al Ordenamiento Comunitario el establecimiento de una tasa calculada sobre la base de una evaluación del volumen de residuos generado y no sobre la base de la cantidad de residuos realmente generada y entregada para su recogida.....	343
4. Sentencias en materia de telefonía móvil. Sentencias que analizan la legalidad en concreto de las determinaciones que se incluyen en las normas municipales en materia de telefonía móvil .....	344
4.1 Exigencia de un Plan Técnico previo para la autorización de antenas de telefonía móvil .....	344
4.2. Inclusión de normas que imponen niveles máximos de emisión radioeléctrica o que fijan distancias mínimas de situación de las estaciones base de telefonía móvil. El caso de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona. ....	345
VII. Nota bibliográfica .....	347
<b>Ordenación del territorio y urbanismo</b> .....	<b>349</b>
Sofía SIMOU	
<i>Becaria FPU-MEC en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	

	Pág.
I. Introducción.....	349
II. Novedades normativas más trascendentes y doctrina.....	351
1. Novedades legislativas.....	351
1.1. Ámbito estatal.....	351
1.2. Ámbito autonómico.....	352
2. Novedades reglamentarias.....	355
III. Jurisprudencia y doctrina.....	358
1. Jurisdicción Contencioso-administrativa y Procedimiento Administrativo: Impugnación indirecta de planes y directa de instrumentos de gestión o ejecución urbanística.....	358
2. Planeamiento urbanístico.....	359
2.1. Los conceptos de alteración sustancial, modificación, revisión, suspensión y corrección de errores materiales de los planes urbanísticos.....	359
2.2. Control de legalidad y oportunidad de los planes.....	362
2.3. Tutela judicial efectiva, apariencia de buen Derecho y suspensión cautelar de planes.....	363
2.4. Validez y conservación de actos adoptados al amparo de instrumentos de ordenación urbanística viciados de nulidad.....	364
2.5. Jerarquía entre los planes.....	364
3. Ejecución del planeamiento.....	364
3.1. Aprovechamiento, cesiones obligatorias y sistemas generales.....	365
3.2. «Crear ciudad» como criterio para que el suelo rústico expropiado destinado a la obra se valore como urbanizable.....	366
3.3. Alteración en los sistemas de ejecución del planeamiento: de compensación a expropiación-motivación.....	367
4. Disciplina y licencias urbanísticas.....	367
4.1. Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva e imposibilidad de suspender una demolición de obras ilegales con base en una previsible modificación del planeamiento.....	367
4.2. Licencias municipales, protección registral del tercero hipotecario y carga de la prueba.....	369
4.3. Tutela judicial efectiva y procedimiento de restauración de la legalidad urbanística.....	369
4.4. El silencio administrativo <i>contra legem</i> en el ámbito de las licencias urbanísticas tras la reforma de la Ley 4/1999.....	370
5. Patrimonio público del suelo y haciendas locales.....	372
<b>Ordenación del tráfico de vehículos y personas.....</b>	<b>373</b>
Tomás CANO CAMPOS	
<i>Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid</i>	

	Pág.
I. Introducción.....	373
II. Ordenanzas municipales de circulación.....	374
1. Algunos ejemplos de Ordenanzas aprobadas o modificadas.....	374
2. La competencia del Pleno para ejercer la potestad normativa municipal.....	375
III. Régimen sancionador.....	376
1. Determinación de la cuantía de las multas por un Decreto de un concejal....	376
2. Presunción de inocencia y presunción de veracidad de las denuncias.....	378
IV. Retirada del vehículo de la vía pública por abandono.....	380
V. La reforma de la Ley de Tráfico de 2009 y su incidencia en las competencias municipales.....	381
1. Introducción.....	381
2. Las sanciones de tráfico.....	382
2.1. La determinación legal de la cuantía exacta de las multas.....	383
2.2. La suspensión de autorizaciones. La eliminación de la sanción de suspensión del permiso de conducción.....	384
2.3. La naturaleza jurídica de la pérdida de puntos.....	385
3. El nuevo procedimiento de imposición de las sanciones de tráfico.....	389
3.1. Iniciación del procedimiento y contenido de las denuncias de los agentes de la autoridad.....	390
3.2. El procedimiento abreviado.....	392
3.3. Procedimiento sancionador ordinario.....	393
4. El sistema de notificaciones.....	395
5. Los recursos contra las sanciones de tráfico.....	396
5.1. La eliminación de los recursos administrativos en el procedimiento abreviado.....	397
5.2. El recurso potestativo de reposición en el procedimiento ordinario.....	397
<b>Servicios públicos y actividad económica de los municipios.....</b>	<b>399</b>
Julia ORTEGA BERNARDO	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Introducción.....	399
II. Cuestiones relativas a los servicios económicos de interés general.....	400
1. Referencia al Derecho de la Unión Europea: la regulación de los servicios económicos de interés general en los nuevos Tratados constitutivos.....	400
2. Consideraciones desde una perspectiva doctrinal.....	401
3. La regulación contenida en el proyecto de Ley andaluza sobre autonomía local.....	401

	Pág.
III. Cuestiones relativas a la aplicación del Derecho de la competencia en el ámbito local .....	402
1. Consideraciones desde una perspectiva doctrinal .....	402
2. La actividad municipal y su control por los órganos que garantizan el respeto al Derecho de la Competencia (Comisión Nacional de la Competencia y Tribunales de defensa de la competencia autonómicos).....	404
2.1. Concepto de «empresa» a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia .....	405
2.2. La fiscalización del ejercicio de las potestades administrativas utilizando como parámetro de control la legislación de defensa de la competencia .....	406
2.3. La aplicación o exclusión del Derecho de la competencia a la actividad económica realizada directa o indirectamente por los ayuntamientos...	408
2.4. Cuestiones derivadas de la aplicación del Derecho de la competencia a la actividad de las Entidades locales: la identificación de prácticas restrictivas de la competencia .....	411
3. La transposición de la Directiva de Servicios y su aplicación en el ámbito local desde el punto de vista del respeto al Derecho de la competencia .....	415
3.1. Modificaciones legislativas y reglamentarias introducidas para la transposición de la Directiva 2006/123/CE y sus efectos en el régimen local español.....	416
3.2. La reforma de las Ordenanzas locales: ámbito y criterios de la nueva regulación que se adopte .....	418
<b>Bienes públicos y expropiación forzosa</b> .....	421
Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO <i>Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
I. Bienes de las entidades locales .....	421
1. Procedimiento de deslinde. Caducidad .....	421
2. Recuperación de oficio de los bienes demaniales .....	422
3. Cesión gratuita de bienes inmuebles a entidades sindicales .....	423
4. Enajenación de bienes patrimoniales .....	423
II. Expropiación .....	423
1. Determinación de la normativa aplicable.....	423
2. Prevalencia de la utilidad pública de la expropiación para explotaciones mineras y suelos rústicos especialmente protegidos.....	424
3. Declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación. Distinto ámbito.	424
4. La anulación del procedimiento expropiatorio o de los instrumentos de planeamiento de que trae causa impide fijar el justiprecio.....	425

	Pág.
5. Condición de sujeto expropiado .....	426
6. Irregularidades en la tramitación del expediente expropiatorio.....	426
7. Composición del jurado provincial de expropiación .....	427
8. Valoración de los bienes y derechos expropiados .....	427
8.1. Fecha a la que referir la valoración.....	427
8.2. Valor de la hoja de aprecio.....	428
8.3. Procedimiento de tasación conjunta .....	428
8.4. Valoración de suelo urbano .....	429
8.5. Valoración de suelo no urbanizable.....	430
8.6. Valoración de otros derechos e intereses.....	431
9. Pago y consignación .....	431
10. Retasación e intereses de demora .....	432
11. Reversión .....	433
12. Recurso de casación.....	433
<b>Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial .....</b>	<b>435</b>
Luis MEDINA ALCOZ	
<i>Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid</i>	
I. Jurisdicción contencioso-administrativa.....	435
1. La Ley 13/2009, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Oficina Judicial y la Ley Orgánica 1/2009, complementaria de la anterior.....	435
2. La legitimación del concejal para impugnar los actos de su corporación.....	438
3. La legitimación del concejal para impugnar los actos de la Comunidad Autónoma.....	442
4. El llamado «blindaje» de las normas forales tributarias .....	443
II. Responsabilidad patrimonial.....	444
1. La reforma de la Ley 30/1992.....	444
2. La obra sobre responsabilidad patrimonial de la Fundación Democracia y Gobierno Local .....	445
3. La jurisprudencia de los tribunales.....	446
<b>Empleo público .....</b>	<b>453</b>
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. El Estatuto Básico del Empleado Público tres años después.....	453
II. Problemas de gestión en materia de personal: los efectos de la crisis económica en los ayuntamientos. Cesión ilegal de trabajadores. Amortizaciones de plazas. Despido. Contratación irregular .....	456

<b>Índice</b>	21
	Pág.
III. Cuestiones relativas a las condiciones de trabajo de los empleados públicos en la negociación colectiva .....	459
1. Algunos aspectos de la negociación colectiva en el ámbito local .....	459
2. Crisis económica y topes presupuestarios: la incidencia en el ámbito local ....	460
3. Retribuciones de los trabajadores en los convenios colectivos de los entes locales.....	462
IV. Aspectos relativos a la jubilación de los empleados públicos .....	465
1. Compromisos de pensiones por los ayuntamientos .....	465
2. Problemas de desarrollo respecto a la jubilación parcial.....	467
<b>Responsabilidad penal y Ayuntamientos</b> .....	469
Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ	
<i>Fiscal</i>	
I. El proyecto de reforma del Código Penal .....	469
1. Algunos aspectos novedosos ligados a la actividad de los entes locales .....	469
2. La reforma de los delitos urbanísticos .....	472
3. La nueva regulación del cohecho .....	473
II. Jurisprudencia penal relacionada con la actividad municipal .....	474
1. Delitos de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos .....	474
2. Delitos de cohecho y malversación .....	479

## INFORMES DE AYUNTAMIENTOS

<b>Reserva de puestos de trabajo a funcionarios con habilitación de carácter estatal en el Ayuntamiento de Madrid</b> .....	485
Ayuntamiento de Madrid	
<b>Posibilidad de redactar una ordenanza reguladora del empadronamiento que incluya un procedimiento sancionador</b> .....	493
Ayuntamiento de Madrid	
<b>Cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria en la aprobación de la liquidación del presupuesto de 2008 del Ayuntamiento de Majadahonda y entidades dependientes</b> .....	499
Ayuntamiento de Majadahonda	
<b>La tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas de telefonía móvil: criterios jurisprudenciales</b> .....	515
Ayuntamiento de Alcobendas	

	Pág.
<b>Denegación de la inscripción en el padrón de habitantes por carecer de título que legitime la ocupación de la vivienda o habitar en lugares no autorizados o carentes de licencia. Comprobación de datos previa a la inscripción.....</b>	527
Ayuntamiento de Rivas-Vaciamadrid	
<b>Infracciones urbanísticas en la Comunidad de Madrid .....</b>	539
Ayuntamiento de Meco	
<b>Aplicación del régimen del silencio administrativo a las licencias urbanísticas.....</b>	547
Ayuntamiento de Meco	
<b>Procedimiento administrativo. Creación de registro auxiliar .....</b>	551
Ayuntamiento de Móstoles	
<b>NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES EN EL <i>ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL</i>.....</b>	555

# ESTUDIO INTRODUCTORIO



# Crisis económica y Derecho local

Francisco VELASCO CABALLERO

*Director del Instituto de Derecho Local*

*Universidad Autónoma de Madrid*

## RESUMEN

*Desde 2007 hasta hoy los gobiernos locales actúan en un contexto de crisis económica. De un lado, las entidades locales sufren la crisis: reducción de ingresos y aumento de la demanda social de gasto. De otro lado, los gobiernos locales actúan como agentes de la política de reactivación económica de los Estados, como gestores de fondos públicos y como facilitadores de la iniciativa empresarial. Como sujetos pasivos de la crisis, los gobiernos locales disponen de escasos instrumentos propios de respuesta: escasa capacidad para mejorar las fuentes de ingreso y cierto margen para actuar sobre el gasto en inversión (aunque no el corriente, muy enfocado a la prestación de servicios a los ciudadanos). Como agentes de la política de reactivación económica las entidades locales están actuando de dos formas. Primero, como gestores de dos «fondos estatales» destinados a financiar contratos de obras, servicios y suministros con empresas que contraten a personas desempleadas. Estos fondos presentan algunos problemas jurídicos, tanto desde el punto de vista de la Ley de Contratos del Sector Público como del orden constitucional de distribución territorial del poder. La segunda forma de actuación local es mediante la progresiva eliminación de las licencias de actividad o apertura que dificultan el inicio de las actividades económicas.*

**Palabras clave:** régimen local; gobiernos locales; crisis económica; financiación local; licencias municipales.

## ABSTRACT

*Since 2007, local governments have been operating within the context of an economic crisis. On the one hand, they are forced to deal with reduced income and an increased social demand for spending while on the other, they are obliged to act as agents of the State economic recovery policy as well as trustees of public funds and facilitators of entrepreneurship. As victims of the crisis, local governments are very restricted as regards their capacity to respond. For example, there is very little they can do to improve their sources of income or to reduce capital investment spending (referring, of course, not to current*

*spending which focuses more on public utilities). As agents of the State's economic recovery policy, local councils act in two ways. Firstly, as managers of the two «State funds» which are appropriated for the financing of contracts for public works, services and supplies to private companies who in turn provide jobs to the unemployed. These funds present some legal problems, both from the standpoint of the Law on Public Sector Contracts as well as from the point of view of the constitutional territorial distribution of power. The second form of local action is through the progressive elimination of local operating permits which, frequently, hinder the onset of economic activities.*

**Key words:** local government law; economic crisis; local government funding; local government permits.

**SUMARIO** <sup>1</sup>: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS GOBIERNOS LOCALES COMO SUJETOS PASIVOS DE LA CRISIS ECONÓMICA.—III. LOS GOBIERNOS LOCALES COMO AGENTES DE LA POLÍTICA ECONÓMICA GENERAL.—1. Fondos estatales gestionados por entidades locales.—2. Supresión de las licencias municipales de actividad o apertura.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

1. La crisis económica que nos arrastra desde el verano de 2007 es global. Afecta a casi todos los Estados del mundo. Y dentro de los Estados, a todos los niveles de gobierno. Sentado esto, hay que apuntar ya de inicio que las manifestaciones de la crisis económica *no son idénticas para los distintos niveles territoriales de gobierno*; tampoco lo son las políticas públicas durante la crisis y para salir de la recesión. Tomando como referencia a los países europeos, se observan algunas manifestaciones singulares de la crisis en relación con las entidades locales. De un lado, dado que el origen de la crisis es financiero o bancario <sup>2</sup>, los *gobiernos locales con más actividad financiera* han sufrido especialmente la crisis. Es el caso de los gobiernos locales holandeses, con importantes participaciones accionariales en bancos insolventes (sus pérdidas globales se cifran en 52,7 millones de euros); o es el caso, también, de muchos *local councils* británicos con fuertes depósitos en bancos islandeses en quiebra (las pérdidas se estiman en un billón de euros) <sup>3</sup>. De otro lado, los gobiernos locales con fuerte tendencia al crédito para las *inversiones de capital* han visto cómo los bancos han limitado notablemente su política crediticia, con la consiguiente paralización o supresión de inversiones locales basadas en el crédito bancario. Este último resultado se extiende también a las inversiones basadas

<sup>1</sup> El presente estudio fue entregado el 26 de marzo de 2010.

<sup>2</sup> Una explicación sintética, en S. NIÑO BECERRA, *El crash del 2010*, 4.ª ed., Barcelona, Los libros del lince, 2009, en especial pp. 124 y ss.

<sup>3</sup> «Report by OSI/LGI to the Council of Europe: The impact of the economic downturn on local government: what is happening and what can be done about it?», *Local Government and Public Service Reform Initiative*, Consejo de Europa, 2009, p. 9.

en estrategias de partenariado público-privado (muy extendido en algunos países, como el Reino Unido y, en los últimos años, en Polonia), que resultan inviables si los socios empresariales de las entidades locales no pueden acceder a los créditos bancarios<sup>4</sup>. Además de las evidentes conexiones directas entre la crisis bancaria y los gobiernos locales, la parálisis económica proyecta muchas otras consecuencias, directas o indirectas, sobre los gobiernos locales. Básicamente: la disminución de la actividad económica *reduce los ingresos locales* (tanto los provenientes de tributos como los resultantes de transferencias estatales y las derivadas del endeudamiento); y junto a ello, el desempleo derivado de la recesión económica proyecta sobre los gobiernos locales (sobre todo para aquellos que prestan importantes servicios sociales) *nuevas demandas de gasto en asistencia a los más desfavorecidos*. Explicado esto desde el presupuesto resulta que con menos ingresos se tienen que cubrir más gastos (o cambiar sustancialmente estos últimos: menos inversión y gasto corriente y más gasto social/asistencial).

2. La crisis económica ha dado lugar a muy diversos recetarios teóricos de solución. Frecuentemente, al frente de cada recetario se encuentra un premio nobel de economía. Muy sintéticamente, y con la mirada siempre puesta en la crisis bursátil de 1929, los economistas han aconsejado que *los Estados generen actividad económica*, aceptando un cierto nivel de endeudamiento y de excepción respecto del deseable objetivo de estabilidad presupuestaria. Las manifestaciones reales de esta mayor presencia del Estado cambian de país a país. En unos casos los Estados han actuado para sostener con fondos públicos el sistema financiero privado (y así asegurar el mantenimiento de flujos crediticios a las empresas). En otros casos, los Estados han subvencionado a empresas, han favorecido el consumo privado (mediante ayudas a la adquisición de ciertos bienes) o han generado artificialmente actividades económicas (por ejemplo, obras públicas). En el caso de Europa, todo ello ha ocurrido con la autorización de la Unión Europea, que ha aceptado la autorización global —y con mucha celeridad— de grandes paquetes de ayudas de Estado<sup>5</sup>. Pero al tiempo que se sugería un aumento del gasto público, los economistas anunciaban ya la necesidad de que ese gasto fuera limitado en el tiempo. De manera que ya a finales de 2009 la propuesta económica más generalizada era la de ir *eliminando la incentivación pública* de la economía (y con ello, el déficit presupuestario a que ha dado lugar) y avanzar hacia políticas de control del gasto y aumento de los ingresos (fundamentalmente, por vía impositiva). En términos globales, esto significa que los Estados que aún no han reactivado su actividad económica se ven compelidos a pasar precipitadamente al siguiente escalón de recetario anticrisis, eliminando las ayudas públicas a las empresas. Éste puede ser el caso de España. Significativamente, en un mismo ejercicio presupuestario España ofrece una fuerte inversión pública (mediante el

<sup>4</sup> P. WATT, «The public finance initiative» (Working paper), Birmingham, 2004, p. 9.

<sup>5</sup> Sobre ello, M. FEHLING, «La reacción de los Estados europeos frente a la crisis» (traducción de S. DIEZ SASTRE) en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 11 (2010); también: U. SOLTÉSZ y C. KÖCKRITZ, Der «vorübergehende Gemeinschaftsrahmen» für staatliche Beihilfen - die Antwort der Kommission auf die Krise in der Realwirtschaft», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EUZW)*, núm. 21 (2010), pp. 167 y ss.

Plan Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local: Real Decreto-Ley 13/2009) y una fuerte contención de la inversión en obra pública (de la ya presupuestada para el Ministerio de Fomento). Ocurre que en lapsos muy breves están desarrollándose dos políticas públicas que debieran ser sucesivas, pero que en la realidad son coetáneas.

3. Los recetarios anti-crisis se extienden, sin duda, a las entidades locales. A los gobiernos locales les afectan de dos maneras. En primer lugar, como sujetos pasivos de la crisis; esto es, como entidades públicas con déficit de ingresos y mayor demanda de gastos. En segundo lugar, los gobiernos locales son también sujetos activos en la recuperación económica, de tres formas: mediante una adecuada movilización de sus propios recursos (fundamentalmente, mediante los presupuestos anuales); como entidades de regulación de la actividad económica en la escala local (así, fijando requisitos o exigencias para el establecimiento y funcionamiento de empresas); y como instrumentos de la política económica y presupuestaria del Estado (así: como ejecutores de fondos estatales para la inversión, el empleo y la sostenibilidad). A estas dos dimensiones —activa y pasiva— de los gobiernos locales ante la crisis se va a hacer referencia separada en los siguientes apartados.

## II. LOS GOBIERNOS LOCALES COMO SUJETOS PASIVOS DE LA CRISIS ECONÓMICA

4. Como ya se ha dicho, la crisis económica se proyecta de forma diferenciada y singular sobre los gobiernos locales. En líneas generales, la resistencia de las entidades locales frente a la crisis depende de la política económica general de cada Estado. Pues los gobiernos locales carecen, con carácter general, de poderes financieros suficientes como para desarrollar políticas económicas anticíclicas. Dependen, más bien, de la *política económica general del Estado*, y de cómo éste considere las necesidades financieras locales. Téngase en cuenta, además, que una buena parte del gasto local está referido a servicios públicos legalmente insuprimibles (esto es, impuestos por leyes estatales o regionales). La diferente posición de las entidades locales en sus Estados, tanto desde la perspectiva de los ingresos como desde la perspectiva de los gastos, ha determinado situaciones económicas muy diferenciadas a lo largo de Europa. Prestando atención a los presupuestos locales se observa cómo en algunos Estados europeos los gobiernos locales han reducido muy notablemente sus gastos (por encima del 10 por 100, respecto del ejercicio precedente); y junto a ello, en otros países, como Francia, el gasto local no sólo no se ha reducido sino que incluso ha aumentado. Y es que cada Estado ha ofrecido respuestas diferenciadas para sus gobiernos locales. Algunos Estados han entendido que la situación de crisis se manifestaba socialmente, sobre todo, en los gobiernos locales, y de ahí que hayan aumentado las transferencias o las subvenciones a los municipios. En otros casos, en cambio, se ha visto a los gobiernos locales como fuentes de gasto no siempre justificado y se les ha exigido que recortaran sus gastos (sobre todo corrientes) y aumentaran su eficiencia.

5. Las recetas financieras para los gobiernos locales, en tiempos de crisis, son aparentemente sencillas, y tienen *tres ejes elementales de mejora*: en el sistema de ingresos; en la selección de los gastos; y en la eficiencia de gestión. Estas propuestas, de amplia difusión en la comunidad académica europea, bien pudieran dar lugar a reformas coyunturales o generales del Derecho local español.

a) La mejora del *sistema de ingresos* ha de plantearse a partir de la realidad actual. Resulta, en este sentido, que no todos los sistemas de financiación local se han comportado de la misma forma ante la crisis. Simplificando mucho, la mayor o menor resistencia de la hacienda local, desde el punto de vista de los ingresos, resulta de la concreta combinación entre tributos propios, transferencias estatales o regionales y endeudamiento. E incluso del equilibrio interno, dentro del sistema tributario, entre impuestos cíclicos (como los que gravan la venta de inmuebles o la actividad económica) y acíclicos (como los impuestos sobre la propiedad inmueble y las tasas por la prestación de servicios). Y todo esto, por supuesto, en el concreto contexto económico nacional en el que se da esa combinación. En líneas generales, están resistiendo mejor las haciendas locales donde se da un cierto *equilibrio en las fuentes de financiación* (tributaria, por transferencias y por endeudamiento) de manera que la carestía no se manifiesta por igual en todas las fuentes de aprovisionamiento económico. En tiempo de crisis se ha observado la utilidad de los *tributos acíclicos*, contruidos sobre bases impositivas estables (como las diferentes modalidades de impuesto sobre la propiedad inmobiliaria, como el IBI español). Es significativa la estabilidad recaudatoria del *council tax* en el Reino Unido<sup>6</sup>. Pues si bien es cierto que la estabilidad de la base imponible no refleja el valor real o de mercado de los inmuebles, al menos asegura una recaudación mínima y previsible en tiempos de crisis. Esta valoración tiene sentido, sobre todo, si se compara el comportamiento recaudatorio de los impuestos sobre la propiedad respecto de los impuestos sobre la actividad económica (que disminuyen drásticamente su capacidad recaudatoria en épocas de crisis). Esta valoración positiva de las bases impositivas duraderas (en el impuesto sobre propiedad inmueble) no quita para que, tal y como se ha propuesto en España, se permita una corrección o modulación al alza de la base imponible estable (construida sobre el valor catastral) para acercarla al valor real de mercado<sup>7</sup>. Pero siempre con la idea clara de que, en un régimen financiero con muy limitado poder normativo local resulta conveniente una mínima rigidez acíclica en la base impositiva de algunos tributos, como los que gravan la propiedad inmueble. Cuestión distinta es la posible presión ciudadana para que los gobiernos locales establezcan posibles bonificaciones para quienes, en tiempos de carestía, experimentan dificultades para pagar tributos acíclicos. Junto a lo anterior, las haciendas locales se han mostrado más resistentes donde las *transferencias superiores* (estatales o regionales) toman como indicador determinante la población. Ello asegura la capacidad de gasto de los gobiernos locales que se han de enfrentar a más demandas

<sup>6</sup> «Report...», *op. cit.*, p. 12.

<sup>7</sup> J. ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN y F. VEGA BORREGO, «La necesaria revisión del sistema tributario municipal», en *Anuario de Derecho Municipal 2008*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 128 y ss. (p. 132).

ciudadanas (las derivadas de situaciones de desempleo y necesidad). Una última advertencia debe hacerse —en tiempos de crisis— sobre las haciendas locales con un fuerte componente de ingresos procedentes de los rendimientos de los grandes tributos estatales (renta, sociedades y consumo). Es innegable la utilidad de esta forma de financiación en Estados con múltiples niveles de gobierno (así, los federales y el sistema autonómico español)<sup>8</sup>, pero al mismo tiempo hay que advertir que todos estos tributos estatales reducen su recaudación en tiempos de crisis económica (salvo que se produzca una revisión al alza de los tipos tributarios). En esa medida, una lección en tiempos de crisis puede ser el *mantenimiento del sistema plural y equilibrado de ingresos locales*, aun aceptándose la conveniencia de una mayor participación de las entidades locales (con o sin poder normativo propio) en los rendimientos de los grandes tributos estatales<sup>9</sup>.

b) La *selección del gasto*, expresado en los correspondientes créditos presupuestarios de cada entidad local, presenta escasos márgenes de opción. La reducción del *gasto corriente* es obviamente posible, pero de escaso recorrido<sup>10</sup> (e incluso de dudosa eficiencia: la reprogramación de plantillas y servicios para la reducción del gasto corriente es en sí misma un gasto)<sup>11</sup>. La reducción del gasto social o de servicios públicos universales es muy limitada. De un lado, el aumento de la carestía y el desempleo hacen políticamente inviable la reducción del gasto social; a lo sumo puede evitarse una tendencia expansiva. Y tampoco los servicios universales admiten demasiado margen para la reducción: por la primariedad social de esos servicios y porque, con frecuencia, su prestación está asegurada por leyes estatales o regionales (es el caso de España donde, amén del listado de servicios obligatorios del art. 26.1 LBRL, las leyes sectoriales estatales o autonómicas imponen numerosos servicios de prestación obligatoria a los ciudadanos: residuos, asistencia social primaria, etc.). Dicho esto, la reducción del gasto se produce, notablemente, en la *inversión de capital*. Se reduce ostensiblemente la inversión en obras públicas e instalaciones. Este resultado, fácilmente explicable con parámetros económicos, produce *disfunciones desde el punto de vista constitucional*. La drástica reducción del gasto local en obras públicas desapodera a los gobiernos locales de una de sus dimensiones políticas fundamentales: la configuración espacial de la ciudad y su entorno. Este resultado, de pérdida de autonomía política real, se acentúa cuando a la necesaria reducción de la inversión local acompaña un aumento de las obras públicas estatales o regionales (como instrumento de estímulo a la economía). Resulta, de esta manera, que *la opción política*

<sup>8</sup> A. GARCÍA MARTÍNEZ, «Financiación Local», en F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia, Reino Unido*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2010, pp. 713 y ss. (p. 720).

<sup>9</sup> Esta última propuesta, en J. SUÁREZ PANDIELLO, «Cómo abordar la reforma de la financiación local», en J. SUÁREZ PANDIELLO, A. UTRILLA DE LA HOZ y M. VILALTA FERRER, *Informe sobre la financiación local*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, pp. 15 y ss. (p. 36).

<sup>10</sup> Más optimista J. L. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «Gestión de calidad en tiempos de crisis», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 123 (2009), pp. 34 y ss. (p. 40).

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, en el Presupuesto del Ayuntamiento de Madrid para 2010 el gasto corriente se reduce en 1,92 por 100 (frente a una reducción del 22,51 por 100 en los gastos de capital). Véase la valoración de estos datos, en términos de política presupuestaria, en *Ciudad de Madrid 2010. Proyecto de Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid*, p. 7.

que acompaña a toda obra pública se desplaza del ámbito local al estatal o regional. En España, esto ya era una realidad en algunas Comunidades Autónomas, como la Comunidad de Madrid, que financian de forma selectiva las infraestructuras locales (Plan Prisma y sus complementos, en la Comunidad de Madrid). La novedad ahora es que también el Estado participa —mediante los fondos especiales de 2009 y 2010— en la determinación de las infraestructuras que interesan a las entidades locales.

c) La *eficiencia en el gasto* es la otra línea de mejora de las finanzas locales, en tiempos de crisis o de forma permanente. Aquí el punto de partida empírico no es claro. Las estrategias de *value for money* en el Reino Unido, que ponen la mira en el déficit de gestión de los *local councils* británicos, se han formulado originariamente al hilo de una política conservadora —del Gobierno *tory* de los años ochenta— de severa limitación del poder local (en buena medida en manos laboristas)<sup>12</sup>. Trasladando esta advertencia a España, no está empíricamente comprobado que la gestión del 13 por 100 del gasto público (el correspondiente a las entidades locales en España) sea más ineficiente que el gasto público gestionado por las Comunidades Autónomas o el Estado. Antes bien, algunos indicadores parecen mostrar justamente lo contrario. Con todo, aun insistiendo en que la mejora de la eficiencia no es un asunto exclusivo local, sino una perspectiva global de análisis, las enseñanzas del *New Public Management* ofrecen algunas pautas de renovación —con o sin cambios legislativos— en la gestión local. Una de las posibles reformas se refiere al control del gasto local. El punto de referencia es aquí, necesariamente, el llamado *Comprehensive Performance Assessment* del Reino Unido<sup>13</sup>, esto es, la necesidad de evaluar global y analíticamente la eficiencia económica de cada gobierno local. El cómo de este control admite muchas posibilidades. En un sistema legal y constitucional de autonomía local, como el español, la evaluación del rendimiento ha de ser necesariamente propio y autónomo, aunque puede ser de existencia necesaria (impuesto por la ley). La mayor dificultad en torno a estas evaluaciones se da en su posible repercusión financiera (en forma de transferencias favorecidas del Estado, en caso de gestión eficiente), que ha de ser plenamente compatible con la autonomía financiera que resulta de los arts. 137 y 142 CE. Otra posible línea de reforma en la eficiencia viene de la *profesionalización de la gestión local*. En el actual estado de cosas, los municipios medianos y pequeños se gestionan en gran medida por cargos electos, asistidos de escaso personal técnico y, en ocasiones, de personal eventual con más afinidad de partido que cualificación específica. En estos municipios, los cargos electos frecuentemente ejercen funciones para los que no están capacitados (urbanismo, gestión de servicios públicos, contratación) por lo que también frecuentemente su función está sobrerretribuida. No se pone en cuestión la dedicación intensa de la mayoría de los concejales a la gestión local; lo que subrayo es la escasa eficiencia del gasto local para esa tarea, cuando se realiza por personal no específi-

<sup>12</sup> D. WILSON y Ch. GAME, *Local Government in the United Kingdom*, 4.ª ed., New York, 2006, pp. 353 y ss.

<sup>13</sup> Una descripción del sistema, en S. DÍEZ SASTRE, «Reino Unido», en F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia, Reino Unido*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2010, p. 439.

camente capacitado. La línea de evolución lógica es hacia una gestión profesionalizada, realizada por personal directivo profesional que sustituye a los cargos políticos (pasando estos últimos a desempeñar una labor de dirección, orientación y control políticos sobre el conjunto de la gestión local) y al personal eventual.

### III. LOS GOBIERNOS LOCALES COMO AGENTES DE LA POLÍTICA ECONÓMICA GENERAL

6. Las entidades locales no sólo son sujetos pasivos de la crisis económica. Son actores necesarios de su solución. Ya con anterioridad a la crisis, la «Agenda de Lisboa» contaba con los gobiernos locales para conseguir que la economía europea fuera la más competitiva del mundo. Ahora, en el escenario de crisis, los Estados cuentan con sus entidades locales para la ejecución de políticas de reactivación económica. Desde la perspectiva española, vamos a hacer referencia ahora a dos líneas de actuación. La primera se refiere a la incentivación de la inversión local mediante fondos estatales específicamente destinados a ese fin. La segunda se refiere a la activación económica mediante la supresión de las licencias municipales de actividad.

#### 1. Fondos estatales gestionados por entidades locales

7. Los distintos Estados europeos han optado, como uno de los ejes fundamentales de sus políticas de reactivación económica, por destinar importantes recursos presupuestarios a la realización de obras e infraestructuras locales. La lógica económica es sencilla, y se inscribe en las líneas generales de actuación delimitadas en la «cumbre sobre la economía mundial» (Washington, 15 de noviembre de 2008) y en el Plan Europeo de Recuperación Económica (26 de noviembre de 2008). Se trata de fomentar la realización de obras públicas —o inversiones de interés público— para permitir la subsistencia del tejido empresarial local y —en la medida de lo posible— mantener el empleo. Los expertos contemporáneos de la economía post-liberal avalan y aconsejan estas medidas de fuerte inversión pública, a la manera de las políticas keynesianas que inspiraron el *new deal* norteamericano de principio del pasado siglo. Tal y como ha sintetizado KRUGMAN: «si el sector privado no gasta lo suficiente para mantener el pleno empleo, el sector público debe contribuir a utilizar toda la capacidad productiva. Dejemos que el gobierno pida prestado el dinero y utilice los fondos para financiar proyectos de inversión pública —si es posible, en objetivos buenos, pero ésta es una consideración secundaria— y proporcione de este modo puestos de trabajo, lo que hará que la gente esté más dispuesta a gastar, y de este modo se generen más puestos de trabajo, y así sucesivamente»<sup>14</sup>. Sobre estas premisas, cada Estado europeo ha puesto el acento en diversos objetos para esta

<sup>14</sup> P. KRUGMAN, «El retorno de la economía de la depresión y la crisis actual», 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Crítica, 2009, p. 77.

inversión local. En Francia el Estado devuelve la tributación por IVA de las empresas que llevan a cabo obras de interés local; en Austria el Estado central y los *Länder* financian hasta el 75 por 100 de nuevas infraestructuras locales; Alemania ha destinado en 2009 diez mil millones de euros para financiación de obras locales y regionales (cofinanciadas al 25 por 100 por los receptores); Noruega ha creado un fondo especial para la financiación de pequeñas obras locales. Todas estas inversiones presentan dos características comunes: ejecución inmediata y fuerte orientación objetiva hacia la sostenibilidad ambiental<sup>15</sup>. En España, la inversión local del Estado se ha articulado a través de dos fondos estatales cuya ejecución se confía a las entidades locales (en particular a los municipios y mancomunidades municipales). Se trata, en primer lugar, del Fondo Estatal de Inversión Local (FEIL), creado por Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre. Este primer fondo ha tenido continuidad (aunque con alteración parcial de sus finalidades) en el posterior Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local (FEESL), aprobado por Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre. En ambos casos los municipios y mancomunidades son instrumentos de la política estatal de reactivación económica.

8. La estructura de los fondos estatales es sencilla. La regulación del Real Decreto-Ley 9/2008 (FEIL) ha tenido luego continuidad, con algunas mejoras técnicas, en el Real Decreto-Ley 13/2009 (FEESL). En ambos Reales Decretos-Ley el Estado establece un *procedimiento administrativo extraordinario* para transferir recursos económicos a los municipios y mancomunidades que contraten con particulares la realización de concretos proyectos de inversión para algunos de los objetos predispuestos por los propios Reales Decretos-Ley: obras de competencia municipal [art. 3.1.a) FEIL] u obras, suministros para el equipamiento de los nuevos edificios o instalaciones, suministros de equipos y sistemas de telecomunicaciones, servicios tecnológicos, e incluso gasto corriente vinculado a programas educativos o sociales (art. 9 FEESL)<sup>16</sup>. El procedimiento no es competitivo, pues cada municipio tiene asignada una suma financiable propia, en función de su población (disposición adicional 1.ª FEIL y art. 3.1 FEESL). En puridad, el verdadero sentido de los fondos estatales no es dotar de más recursos a los municipios sino de *hacer llegar a las empresas de toda España recursos económicos* para mantener la actividad económica y el empleo; al menos en algunos sectores donde más contundentes son las manifestaciones de la crisis, como es la construcción o la obra pública. El *requisito* para ese fin económico estatal se cifra en que las empresas beneficiarias ejecuten proyectos de interés local; y los *instrumentos o agentes* de esta estrategia económica son los municipios. Estos fondos estatales están resultando ciertamente eficaces para su objetivo<sup>17</sup>; está aún por determinar si, además, han sido eficientes. Este último juicio no se puede hacer atendiendo a la calidad de las obras o programas financiados (pues ese no era propiamente el fin de los fondos) sino a la utilidad real que, para el mantenimiento

<sup>15</sup> «Report...», *op. cit.*, p. 14

<sup>16</sup> *Vid.* un esquema completo del procedimiento en: M. FUEYO BROS, «Esquemas del Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 22 (2009), pp. 3288 y ss.

<sup>17</sup> Los datos sobre la ejecución de los fondos, en: [https://ssweb.mpt.es/infofondo2010/info\\_ciudadanos/](https://ssweb.mpt.es/infofondo2010/info_ciudadanos/).

de la actividad productiva y el empleo, ha supuesto el enorme gasto estatal<sup>18</sup>. Desde la perspectiva jurídica, los fondos estatales suscitan diversas cuestiones sobre la inserción de una regulación excepcional en el sistema jurídico general vigente. Dos de esas cuestiones se van a mencionar ahora: la derogación singular del régimen contractual general; y el encaje de los «fondos estatales» en el sistema constitucional de autonomía local. No se abordan ahora otras perspectivas jurídicamente relevantes de los «fondos estatales», como la presupuestación en forma de Real Decreto-Ley o la creación de deuda pública por este medio<sup>19</sup>.

**9.** Sobre lo primero. Los Reales Decretos-Ley 9/2008 y 13/2009 sólo prevén la financiación estatal de obras o servicios *contratados con empresas que incorporen trabajadores desempleados*. Sólo marginalmente contemplan la ejecución directa por los propios municipios (arts. 3.3 FEEIL y 14 FEESL). Como de lo que se trata es de financiar contratos, los «fondos estatales» incluyen algunas reglas de agilización o facilitación de la contratación pública (arts. 9 FEEIL y 17 FEESL). Se trata de una regulación especial, de aplicación preferente, para un objeto temporal y material limitado: los contratos que se adjudiquen con cargo a los fondos estatales y que se acojan a los requisitos fijados en esos fondos. Para estos contratos se *excepcionan o modulan* algunas normas sobre concurrencia y licitación contenidas en la legislación de contratos del sector público. Porque lo fundamental de estos contratos no es la competencia entre licitadores sino el *sostenimiento del empleo*<sup>20</sup>. En este sentido, la regulación contractual de los Reales Decretos-Ley desplaza la aplicación de la normativa básica estatal (la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: LCSP). De otro lado, la posible contradicción formal de los Reales Decretos-Ley con algunos preceptos de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, se salva porque las cuantías de los contratos financiados con los «fondos estatales» se encuentran por debajo de los umbrales comunitarios. Significativamente, véase que siendo los contratos de obras armonizados (sometidos a la Directiva 2004/18/CE) los de valor estimado igual o superior a 5.278.000 euros, los dos Reales Decretos-Ley establecen como cuantía máxima del contrato de obras la de 5.000.000 euros [art. 3.1.c) FEIL y art. 10.5 FEESL].

**10.** Las singularidades normativas para los contratos financiados con los «fondos estatales» son de varios órdenes. Fundamentalmente, los Reales-Decretos-Ley permiten *cualquier procedimiento de licitación y adjudicación* para estos contratos (incluido el ne-

<sup>18</sup> Vid. algunos criterios útiles para esta valoración en A. I. AGUERREA, P. ARÉVALO y J. A. HERCE, «El Fondo de inversión Local: un enfoque descentralizado para la reactivación económica», en *Análisis Local*, núm. 84 (2009), pp. 36 y ss. (p. 142).

<sup>19</sup> Sobre ello, L. CAZORLA PRIETO, *Crisis económica y transformación del Estado*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009, en especial, pp. 140 y 149.

<sup>20</sup> L. ORTEGA ÁLVAREZ, «El Fondo Estatal de Inversión Local y el equilibrio entre los principios de interés público y libre competencia en la contratación pública local», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 95 (2010), pp. 31 y ss. (p. 33).

gociado sin publicidad y el contrato menor), con independencia de la cuantía. Con ello se altera sustancialmente la diferenciación de procedimientos y formas de adjudicación del art. 122 LCSP. En especial, si la LCSP sólo autoriza «contratos menores» de obras (sin expediente previo de contratación, sin licitación y sin publicidad) por debajo de 50.000 euros, ahora esa forma contractual extraordinaria (sólo justificada por su limitada cuantía) puede alcanzar también a contratos de alta cuantía (hasta 5.000.000 de euros). No es difícil de imaginar que, con base en esta regulación legal extraordinaria, una buena parte de los contratos de obras se habrá adjudicado directamente a empresas previamente conocidas en los ayuntamientos. También resulta relevante la obligación de incluir en los pliegos de los contratos una cláusula que exige que el personal contratado por el adjudicatario se encuentre en *situación de desempleo* (art. 9.2 FEEIL), e incluso «prioritariamente en situación de desempleo de larga duración» (art. 17.2 FEESL). Este tipo de cláusulas no es una novedad absoluta, pues están previstas en el art. 102 LCSP (y para los contratos armonizados, en el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE)<sup>21</sup>. Lo novedoso ahora es que en la regulación de los «fondos estatales» estamos no sólo ante meras «condiciones especiales» para ciertos contratos sino ante la definición misma del *objeto* del contrato: la obra, el suministro o el servicio contratado son secundarios respecto del verdadero fin del contrato: el empleo de desempleados. Además de estas singularidades *normativas* en los contratos financiados con los «fondos estatales», la *ejecución* real de los contratos adjudicados previsiblemente necesitará de interpretaciones flexibles de la LCSP. Piénsese, por ejemplo, en la modificación del objeto del contrato, que conforme al art. 202 LCSP sólo es válida para «causas imprevistas», no para cualesquiera «necesidades nuevas»<sup>22</sup>. Dada la urgencia en la tramitación de los expedientes, y la fugacidad de los plazos de adjudicación, el concepto de «causas imprevistas» ha de ser interpretado de forma necesariamente amplia, esto es, cualquier causa no razonablemente previsible por los servicios técnicos de municipios que en plazos muy breves han de ofrecer proyectos hasta cubrir el máximo de financiación posible conforme a su población. Al final, la suma de las singularidades normativas y aplicativas de los nuevos contratos, los cobijados en el FFEIL y en el FEESL, nos lleva a concluir que estamos ante un *tipo de contrato público singular*: contrato público para el empleo y la reactivación económica. Su fin regulador no es ni la libre competencia ni la preservación del interés público contractual sino el mantenimiento del empleo y la reactivación económica. Y su régimen jurídico es el de los Reales Decretos-Ley 9/2008 y 13/2009, no el de la LCSP, que sólo es de aplicación supletoria.

**11.** Los fondos estatales, el FEIL y el FEESL, lógicamente se centran en lo económico. Dedicar poca atención a la especificidad de las Administraciones públicas que han de ejecutar los fondos: los municipios y las mancomunidades. Lo cual no quita para que la regulación de los «fondos estatales» haya de interpretarse en el marco sistemático

<sup>21</sup> J. M. GIMENO FELIÚ, «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9 (2010), pp. 50 y ss. (p. 52).

<sup>22</sup> J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 22 (2009), pp. 3264 y ss. (p. 3270).

general que regula los gobiernos locales en España. En otros términos: no se pueden leer los Reales Decretos-Ley 9/2008 y 13/2009 como un nuevo sistema de reparto de poder en España. Los «fondos estatales» han de leerse en el marco del actual sistema constitucional y estatutario<sup>23</sup>. Y es que un Real Decreto-Ley, por su posición en el sistema de fuentes (art. 86 CE), no puede afectar ni a la Constitución ni a los Estatutos de Autonomía. De este planteamiento de partida resulta lo siguiente:

a) El Estado, con base en los arts. 149.1.13 y 149.1.18 CE puede, ciertamente, aprobar medidas de financiación urgente de obras públicas, servicios o suministros. Y puede involucrar a las Administraciones públicas locales en esa opción. En efecto, la competencia estatal sobre «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 CE), sumada a la competencia sobre «bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» y «bases de los contratos administrativos» (art. 149.1.18 CE), puede promover la financiación de obras preferentemente locales (sobre la hipótesis, no rechazable de antemano, de que las obras locales son idóneas para el fomento del empleo). Ahora bien, el desarrollo y ejecución del FEEIL y el FEESL han de atender, necesariamente, a lo que disponen los *Estatutos de cada Comunidad Autónoma*. De ahí va a resultar que en casi todas las Comunidades Autónomas, las que no han renovado sus Estatutos en 2006-2007, no hay obstáculos graves para que rijan por completo el sistema de gestión diseñado en los Reales Decretos-Ley 9/2008 y 13/2009: fijación de actividades financiables por parte del Estado; posición de los ayuntamientos como solicitantes directos de ayudas financieras ante el Ministerio de Administraciones Públicas; exclusión de toda coordinación con los planes autonómicos de obras; control de las ayudas directamente por la Dirección General de Cooperación Local (Ministerio de Política Territorial) y por la Intervención General del Estado. Pero en otras Comunidades Autónomas, es el caso de Cataluña y Andalucía, los respectivos Estatutos han diseñado otro sistema de gestión de las posibles ayudas estatales. Tomo como referencia ahora el Estatuto para Andalucía. El art. 58.3 del Estatuto atribuye a la Comunidad andaluza la competencia de «desarrollo y la gestión de la planificación general de la actividad económica». Según el propio art. 58.3.c) del Estatuto andaluz, la competencia autonómica comprende, expresamente, «la gestión de los planes, incluyendo los fondos y los recursos de origen estatal destinados al fomento de la actividad económica, en los términos que se acuerden con el Estado mediante convenio». De otro lado, el art. 45.3 del Estatuto andaluz establece con claridad que «en las competencias compartidas, la Comunidad Autónoma precisará los objetivos de las subvenciones territorializables de la Administración central [...] completando las condiciones de otorgamiento y asumiendo toda la gestión incluyendo la tramitación y la concesión». Ciertamente es que algunos de los conceptos normativos del Estatuto de Andalucía precisan aún de cierta precisión hermenéutica [como cuáles son las «subvenciones territorializables», y cuál es el contenido posible del «convenio» al que se refiere el art. 58.3.c) del Estatuto andaluz]. Pero incluso

<sup>23</sup> Esta perspectiva de análisis, en el exhaustivo y agudo libro de A. EMBID IRUJO, *El Derecho de la crisis económica*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009, pp. 95 y ss.

asumiendo esas imprecisiones, no hace falta una especial labor de exégesis para concluir que, al menos en Andalucía, no debería regir el procedimiento de gestión del FEEIL y el FEESL. Cabe, desde luego, un «convenio» específico en el que se precisen las facultades de fijación de objetivos por parte del Estado, de un lado, y las tareas de gestión de la Comunidad Autónoma, de otro lado. Pero desde luego que no es aplicable en Andalucía el procedimiento de relación directa entre cada ayuntamiento y el Ministerio de Política Territorial. Habría sido oportuno, en consecuencia, un acuerdo de gestión de los «fondos estatales» para —al menos— las cantidades correspondientes a los municipios y mancomunidades andaluces.

b) Los Reales Decretos-Ley 9/2008 y 13/2009 tampoco afectan, por definición, a la autonomía local que garantizan el art. 137 CE, el art. 9.7 de la Carta Europea de la Autonomía Local, y varios de los nuevos Estatutos de Autonomía. Este punto de partida exige, sobre todo, una «interpretación conforme a la autonomía local» de los «fondos estatales». En cuanto a las actividades financiables, hay que entender que los listados de posibles obras (art. 3.1 FEEIL) o de obras, suministros y servicios (art. 2 FEESL) son ejemplificativos; esto es, son financiables todas las obras, servicios o suministros de competencia municipal reconducibles con generosidad a los arts. 6, 9 y 10 LCSP. Además, la evaluación estatal de los proyectos (tanto formal como materialmente), prevista en los arts. 5.3 FEEIL y 13 FEESL, ha de partir de la premisa de que el órgano evaluador (Delegación del Gobierno o Secretaría de Estado de Cooperación Territorial) está ante proyectos presentados por entidades autónomas con legitimación democrática directa (municipios), lo que necesariamente restringe la valoración de idoneidad y suficiencia de los proyectos. Las entidades locales no son, en nuestro sistema constitucional, Administración indirecta del Estado, lo que directamente marca límites severos a la forma en que la Administración del Estado, central o periférica (no autónoma y sin legitimación democrática directa) puede evaluar las propuestas municipales. Los límites a la evaluación estatal de los proyectos han de regir también para la fase de justificación y obtención de la «última remesa de fondos» regulada en los arts. 7.1 FEEIL y 16 FEESL. Por último, las normas especiales sobre gestión de los contratos financiados con los «fondos estatales» han de ser necesariamente compatibles con el poder de *autoorganización local* [art. 4.1.a) LBRL; art. 6.1 CEAL y, entre otros, art. 91.3 del Estatuto andaluz]. Esto afecta directamente a la elaboración de los pliegos de los contratos de obras, que aunque necesariamente han de cumplir con los fines de los Reales Decretos-Ley 9/2008 y 13/2009, también han de ser adecuados a la realidad organizativa, competencial y socio-económica de cada municipio. De nuevo, los municipios no son meros «agentes contratistas» del Estado; en nuestro sistema constitucional los municipios son siempre —incluso cuando gestionan un fondo estatal— entidades territoriales de naturaleza política dotadas de autonomía. Y esto exige una lectura del FEEIL y el FEESL acorde con esta premisa constitucional.

## 2. Supresión de las licencias municipales de actividad o apertura

12. Por diversas razones, las licencias municipales de actividad o apertura han pasado a un primer plano en los últimos dos años. El foco de atención es ahora de naturaleza económica. En situación de crisis económica generalizada, y cuando se están desarrollando importantes políticas estatales de estímulo a la actividad empresarial, necesariamente se plantea cuál es el sentido, utilidad y racionalidad de un tipo de licencia municipal, la de apertura, que condiciona la realización de actividades económicas, fundamentalmente al público. Ya con una primera aproximación a estas licencias, se observa que su existencia y actual regulación no siempre es clara ni homogénea<sup>24</sup>. De hecho, las diferencias de regulación en las distintas Comunidades Autónomas son hoy ya notables. Se observa, de esta manera, cómo la licencia municipal de actividad o apertura unas veces cae en el ámbito de lo *urbanístico* (prima aquí la consideración de la licencia de actividades como control preventivo sobre los usos del suelo o de los edificios conforme al planeamiento urbanístico). Es el caso de las licencias de actividad que entroncan con el art. 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (1955). Pero otras veces prima la consideración *ambiental* de las licencias de actividad: como control municipal de la «incidencia ambiental» menor de algunas actividades económicas. Son las licencias que traen causa del —ya en gran medida desplazado— Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (1961). Ahora, a estas dos perspectivas normativas de las licencias de actividad (la urbanística y la ambiental) viene a superponerse una tercera y prevalente: la *perspectiva económica*. El arranque de este nuevo planteamiento tiene que ver con la transposición en España de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Pero ya ha trascendido fuera de esta directiva: mediante la reforma del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y mediante el Proyecto de Ley de Economía Sostenible.

13. Desde una perspectiva económica hay que destacar, antes de nada, el notable *déficit ejecutivo* que empaña a las licencias municipales de actividad o apertura (y en su caso, también, a la llamada licencia de funcionamiento). Una buena parte de las solicitudes de licencia no se resuelven expresamente, y se consideran otorgadas por silencio positivo. No es infrecuente, incluso, que esas solicitudes no respondidas se correspondan con proyectos complejos, donde el coste del control administrativo preventivo resulta muy elevado y, en esos términos, poco rentable para cada ayuntamiento. Tampoco son infrecuentes las licencias que, de hecho, sólo controlan que el solicitante haya abonado la correspondiente tasa por expedición. Por el contrario, son frecuentes las licencias para proyectos constructivos o apertura de locales en las que no hay inspección técnica sobre el terreno, de lo que resulta que la licencia se emite con la única referencia del proyecto

<sup>24</sup> Véanse las incoherencias, incluso en la denominación de las licencias y su difícil diferenciación, en G. VALERA ESCOBAR, *Régimen jurídico general de la licencia municipal de obras y apertura de establecimiento en Andalucía*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, p. 211.

técnico y la declaración de su responsable o titular. Y por último, la realidad muestra tozudamente que una gran cantidad de actividades se realizan, simplemente, sin solicitud de licencia alguna, y sin que los ayuntamientos tengan capacidad real para identificar los supuestos de fraude o incluso para imponer su corrección. El «déficit ejecutivo» en relación con la expedición de licencias es tanto más llamativo en relación con su vigencia permanente. Esto es, una vez otorgada licencia, u obtenida por silencio positivo, los ayuntamientos apenas si ejercen controles permanentes (a posteriori) sobre las actividades. La idea del «tracto sucesivo», que se predica tradicionalmente de las licencias de actividad, simplemente no va acompañada de inspecciones periódicas y eficaces. Así que, en pocas palabras, en la práctica, en un buen número de casos, la actividad municipal se limita a un reducido (y selectivo) control preventivo de proyectos y a un no-control sobre la eficacia continua de la licencia otorgada.

14. Por simple inercia, una realidad como la descrita podría permanecer eternamente. Pero en el camino se ha ido cruzando una nueva *perspectiva económica sobre los controles administrativos preventivos*, y por tanto sobre las licencias municipales. Al menos, y principalmente, sobre las licencias de actividad y de apertura. El planteamiento no es nuevo, pero aumenta su resonancia en tiempos de crisis: las licencias municipales previas retardan y gravan el ejercicio de actividades económicas, y por tanto deben existir sólo en supuestos cualificados. Dos son los ejes normativos para este planteamiento: la Directiva 2006/123/CE (y sus múltiples vías de transposición en España) y, más recientemente, el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, que incluye una importante reforma de la LBRL precisamente en materia de licencias. El resultado de cualquiera de estas dos vías será, probablemente, la progresiva sustitución de una buena parte de las licencias municipales de actividad o apertura por *comunicaciones previas y declaraciones responsables*. Este resultado no supone la desaparición de los controles administrativos sobre los establecimientos industriales o mercantiles sino, más sencillamente, una nueva articulación temporal y funcional de los controles: si ahora el eje del control es la licencia previa, y está en un segundo plano el control o inspección permanente sobre la actividad, la prevalencia de la nueva perspectiva económica lleva a que el control inicial se simplifique (comunicaciones previas o declaraciones responsables) y en cambio se intensifique el control a posteriori, sobre actividades económicas ya en marcha<sup>25</sup>. La clave está entonces en cómo configurar comunicaciones previas, declaraciones responsables y procedimientos administrativos de inspección adecuados y eficientes. Una orientación puede venir de la reciente Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid por la que se establece el Régimen de Gestión de Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades, de 29 de junio de 2009. Esta ordenanza establece, tanto para las comunicaciones previas como para las solicitudes de licencias, la exigencia de que el promotor de una actividad recabe un *previo certificado de conformidad de una entidad colaboradora (privada) acreditada*. En una última instancia, la ordenanza madrileña viene a mejorar técnicamente y reforzar

<sup>25</sup> J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, «La transposición de la Directiva de Servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», en *Revista de Derecho Europeo*, núm. 32 (2009), pp. 469 y ss. (p. 479).

jurídicamente la *solicitud* de licencia o la *comunicación* previa, resultado éste al que se habría llegado también si los visados colegiales hubieran funcionado correctamente (y no como una simple fuente de financiación colegial). Ahora, en el momento del cambio hacia un sistema generalizado de controles municipales a posteriori, se puede valorar la utilidad de entidades colaboradoras que, de un lado, aporten rigor a las comunicaciones previas y, de otro lado, aseguren la realización de inspecciones continuas.

15. Sintetizando mucho, la Directiva 2006/123/CE impone a todos los Estados miembros que, en sus distintos niveles territoriales, revisen sus sistemas de control sobre el establecimiento y prestación de servicios (comercio, actividades económicas al público, servicios profesionales...); y que supriman todos aquellos controles preventivos que no estén claramente justificados por «razones imperiosas de interés general». La transposición de esta directiva incumbe directamente a todos los niveles de gobierno, y por tanto también a los ayuntamientos. Se ha discutido entre nosotros si las licencias urbanísticas municipales, todas ellas, quedan fuera del *ámbito de aplicación de la directiva*. Es cierto que la exclusión tiene apoyo en algún párrafo de la motivación de la directiva (considerando 9.º); pero creo que no se está haciendo una lectura correcta de aquella fundamentación. Es cierto que la Directiva 2006/123/CE deja fuera de su regulación el «urbanismo». Pero eso no significa que la directiva europea excluya de su ámbito de vigencia (por ser «urbanismo») cualquier actividad considerada como tal en las leyes de los distintos Estados miembros. Y es que fácilmente puede no coincidir el concepto de «urbanismo» en la directiva europea y en los Derechos nacionales. En especial, el *amplísimo concepto de actividad urbanística que ofrecen las leyes españolas* de suelo y urbanismo no puede reconducirse *in toto* al concepto de «urbanismo» de la Directiva 2006/123/CE. No hay duda de que son «urbanísticas», en el sentido de la Directiva de Servicios, las licencias para urbanización (cuando no haya proyecto de reparcelación) y de edificación. *Pero no son «urbanísticas», en el sentido europeo, las licencias de actividad y apertura*. No discuto que las leyes urbanísticas españolas frecuentemente regulan el control (mediante licencia municipal) de las actividades económicas al público y de la apertura de locales o establecimientos comerciales. Que esos controles se regulen como «urbanísticos» puede tener que ver con una tradicional comprensión amplia del urbanismo en España; o con una opción política autonómica para regular por completo (al amparo del título competencial autonómico exclusivo sobre «urbanismo») los controles previos sobre los establecimientos y las actividades económicas. Pero aunque en España las licencias de actividad y apertura se denominen «urbanísticas», no caen fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE: no son licencias «urbanísticas» a los efectos de la Directiva de Servicios. En consecuencia, las leyes autonómicas y las ordenanzas municipales sobre licencias deben ser revisadas, y suprimirse las licencias previas de actividad o apertura (en su caso, sustituyéndolas por «acciones comunicadas» o «declaraciones responsables») cuando no haya una «razón imperiosa de interés general» que justifique su mantenimiento. Éste es, a mi juicio, el sentido del Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Tras la modificación, el nuevo art. 22.1 RSCL establece que «la apertura de los establecimien-

tos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio». La simple mención a la Ley 17/2009, dictada para la transposición estatal de la Directiva 2006/123/CE, muestra ya con claridad que, al menos con la perspectiva económica del Estado, las licencias de apertura controlan el ejercicio de una actividad económica (de servicios), bien por razones urbanísticas, bien por razones ambientales. Y por lo mismo, lo normal será que la mayor parte de esas licencias de apertura se sustituyan por comunicaciones previas o declaraciones responsables.

16. Se acepte o no la anterior argumentación, al mismo resultado (la progresiva sustitución de las licencias de apertura por comunicaciones previas) se llegará si se aprueba el actual art. 45 del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. En este artículo se prevé la inclusión de dos nuevos párrafos en el art. 84 LBRL. Conforme al nuevo art. 84 bis, «...con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo...». Y según el art. 84 ter, «...cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma...». A esto hay que añadir una reforma parcial del art. 20.4.i) de la Ley de Haciendas Locales (R. D. Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), que establece como hecho imponible de tasa el «otorgamiento de licencias de apertura de establecimientos, así como por la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo». De una lectura integrada de todos estos preceptos resulta, con claridad, que las licencias municipales de actividades y apertura sólo podrán mantenerse en supuestos muy cualificados y justificados. Lo normal será, conforme al futuro mandato de la ley, que las licencias de actividad y apertura se transformen en acciones comunicadas y declaraciones responsables, y que se mejoren y generalicen los controles «a posteriori», sobre la actividad económica en marcha. Poco importará ya, si se aprueba el proyecto de ley con su redacción actual, que las licencias se consideren o no «urbanísticas», o que el propio proyecto de ley se considere o no una transposición tardía de la Directiva 2006/123/CE. Lo relevante ahora es que, desde la perspectiva económica que guía la consideración de las autorizaciones administrativas, las licencias municipales de actividad o apertura están en extinción, al menos tal y como las entendemos actualmente.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- «Report by OSI/LGI to the Council of Europe: The impact of the economic downturn on local government: what is happening and what can be done about it?», *Local Government and Public Service Reform Initiative*, Consejo de Europa, 2009.

- AGUERREA, A. I.; ARÉVALO, P., y HERCE, J. A.: «El Fondo de inversión Local: un enfoque descentralizado para la reactivación económica», en *Análisis Local*, núm. 84, 2009.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., y VEGA BORREGO, F.: «La necesaria revisión del sistema tributario municipal», en *Anuario de Derecho Municipal 2008*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- CAZORLA PRIETO, L.: *Crisis económica y transformación del Estado*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009.
- DÍEZ SASTRE, S.: «Reino Unido», en F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia, Reino Unido*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2010.
- EMBD IRUJO, A.: *El Derecho de la crisis económica*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009.
- FEHLING, M.: «La reacción de los Estados europeos frente a la crisis» (trad. de S. DÍEZ SASTRE) en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 11, 2010.
- FUEYO BROS, M.: «Esquemas del Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 22, 2009.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Á.: «Financiación Local», en F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia, Reino Unido*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J. M.: «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «La transposición de la Directiva de Servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», en *Revista de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009.
- KRUGMAN, P.: «El retorno de la economía de la depresión y la crisis actual», 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Crítica, 2009.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.: «Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 22, 2009.
- NIÑO BECERRA, S.: *El crash del 2010*, 4.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Los libros del lince, 2009.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «El Fondo Estatal de Inversión Local y el equilibrio entre los principios de interés público y libre competencia en la contratación pública local», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 95, 2010.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. L.: «Gestión de calidad en tiempos de crisis», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 123, 2009.
- SOLTÉSZ, U., y KÖCKRITZ, C.: «Der "vorübergehende Gemeinschaftsrahmen" für staatliche Beihilfen - die Antwort der Kommission auf die Krise in der Realwirtschaft», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EUZW)*, núm. 21, 2010.
- SUÁREZ PANDIELLO, J.: «Cómo abordar la reforma de la financiación local», en J. SUÁREZ PANDIELLO, A. UTRILLA DE LA HOZ y M. VILALTA FERRER, *Informe sobre la financiación local*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010.
- VALERA ESCOBAR, G.: *Régimen jurídico general de la licencia municipal de obras y apertura de establecimiento en Andalucía*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008.
- WATT, P.: «The public finance initiative» (*Working paper*), Birmingham, 2004.
- WILSON, D. y GAME, C.: *Local Government in the United Kingdom*, 4.<sup>a</sup> ed., New York, 2006.

# ESTUDIOS



---

# La transposición de la Directiva de Servicios en las entidades locales<sup>1</sup>

Ricardo RIVERO ORTEGA

*Profesor Titular de Derecho Administrativo, Catedrático (acreditado)  
Universidad de Salamanca*

## RESUMEN

*Se exponen en este artículo las principales repercusiones sobre los entes locales de la transposición de la Directiva 123/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior. Tanto las principales reformas normativas aprobadas por el Estado (Leyes de Libre Acceso, Ómnibus y Comercio) como las modificaciones pendientes de las ordenanzas locales son objeto de análisis, pero igualmente se pone de manifiesto la incidencia sobre la organización de la Administración municipal y sus procedimientos del cambio de cultura administrativa que plantea la norma europea.*

**Palabras clave:** mercado interior; gobiernos locales; directiva de servicios; mejora regulatoria; transposición del Derecho de la Unión Europea; organización administrativa; descarga burocrática; simplificación administrativa.

## ABSTRACT

*This essay puts forth the main impacts of the Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market on local governments. Our focus is on the analysis of the most important national statutory reforms (Acts on Free Access, omnibus and trade) and the future reform of municipal by-laws needed for the implementation of the European norm. It also examines the impact of the overall changes in the administrative mentality carried out by the new standards determined at European level on the municipal Administration and the municipal proceedings.*

**Key words:** internal market; local governments; Directive on services; regulations improvement; implementation of EU-Law; administrative organization; bureaucratic renewal; administrative simplification.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación DER 2008-01755/JURI, «La financiación de la segunda descentralización».

**SUMARIO:** I. LA DIFÍCIL TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN UN ESTADO MULTIDESCENTRALIZADO (EN CRISIS) Y EL PAPEL DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA REALIZACIÓN DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA.—II. REFORMAS NORMATIVAS: IMPACTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS SOBRE EL RÉGIMEN LOCAL Y LAS ORDENANZAS MUNICIPALES.—III. REFORMAS ORGANIZATIVAS: CAMBIOS EN EL APARATO DE CONTROL (PREVIO-POSTERIOR; ¿PÚBLICO-PRIVADO?) Y NECESIDADES DE MAYOR COORDINACIÓN.—IV. REFORMAS PROCEDIMENTALES: DESCARGA BUROCRÁTICA, AGILIZACIÓN, ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y ¿SILENCIO POSITIVO?—V. CONCLUSIONES: BALANCE PROVISIONAL DEL GRADO DE CUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS POR LAS ENTIDADES LOCALES ESPAÑOLAS; DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA DIFÍCIL TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN UN ESTADO MULTIDESCENTRALIZADO (EN CRISIS) Y EL PAPEL DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA REALIZACIÓN DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Trasponer la Directiva de Servicios en España supone un desafío de primer orden, no muy distinto del que en la segunda mitad de los años ochenta pudo representar la incorporación del acervo comunitario, salvando las distancias<sup>2</sup>. La complejidad de este proceso es tanta como la que viene planteando la incorporación de la normativa ambiental comunitaria a nuestro Derecho, y mayor probablemente —a pesar de todos los problemas que ha producido y sigue produciendo— que la derivada del cumplimiento (y el incumplimiento) de las Directivas europeas de contratos públicos<sup>3</sup>.

El 28 de diciembre de 2009 se habían aprobado dos leyes del Estado (una de ellas reformando otras 47), pero continuaban pendientes la modificación de la Ley de Comercio (publicada después como Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista) y las reformas reglamentarias anticipadas por un Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2009<sup>4</sup>, que incluía una mención al venerable Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

<sup>2</sup> Quien más tempranamente advirtió del trascendental cambio representado por esta Directiva fue T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2006. Más recientemente, enfatizan los efectos de la Directiva de Servicios, desde perspectivas distintas a la del administrativista, J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, como experto en Derecho internacional público y de la Unión Europea, en su Recensión a nuestro libro R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Cívitas, 2009, publicada en la *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 20, 2010. Y desde el Derecho constitucional, R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, Oñati, IVAP, 2010.

<sup>3</sup> Vid. A. GARCÍA URETA (ed.), *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Oñati, IVAP, 1998. J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Madrid, Cívitas, 2006.

<sup>4</sup> Vid. R. RIVERO ORTEGA, «Reformas administrativas para 2010: La difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009.

de 1955, luego reformado mediante Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre (*BOE* de 29 de diciembre).

La mayoría de las Comunidades Autónomas se habían limitado a aprobar sus propios textos de Ley Ómnibus, en una o varias normas (caso Navarro), o recurriendo a la figura del Decreto-Ley (casos de Andalucía y Castilla y León). Este protagonismo constitucionalmente necesario de las Comunidades Autónomas constituye una diferencia muy significativa respecto de la relativamente simple (desde el punto de vista del sistema de fuentes) utilización del Decreto-Legislativo en 1986. Hoy la transposición resulta mucho más compleja, porque entonces no fue precisa la movilización de todos los poderes normativos autonómicos para recibir el acervo (*aquis communautaire*)<sup>5</sup>.

En 1986 el recorrido funcional y normativo de las Comunidades Autónomas era aún escaso (con diferencias acentuadas entre las Autonomías de vía lenta y las de vía rápida), y tampoco disponíamos de una jurisprudencia constitucional consolidada sobre la incidencia de los repartos competenciales sobre la ejecución del Derecho comunitario. Y si los poderes autonómicos comenzaron más tarde a preocuparse de transponer (en algunos casos, anticipándose al Estado) las normas europeas, los municipios y diputaciones provinciales no participarían activamente de la integración hasta la segunda mitad de los años noventa<sup>6</sup>.

Todavía hoy, la implicación de los entes locales en los procesos de la Unión Europea resulta escasa, toda vez que son las Comunidades Autónomas las que asumen un mayor protagonismo en el Comité de las Regiones, desde su creación por el Tratado de Maastricht y su constitución en 1994, con algunos nombramientos de alcaldes y alcaldesas, pero mucha mayor presencia de responsables autonómicos<sup>7</sup>. A pesar de la importancia práctica de la red de gobiernos locales en la construcción de una verdadera unión administrativa europea, y en contra del protagonismo que debieran tener en la cooperación concreta, los municipios quedan una vez más en el último lugar<sup>8</sup>.

Con la Directiva de Servicios ha sucedido algo similar: las entidades locales apenas han sido partícipes de este proceso casi hasta su última fase, si bien es cierto que la Federación Española de Municipios y Provincias aparece convocada en las reuniones de los grupos de trabajo organizados por el Ministerio de Economía desde 2007. Probablemente el reparto de papeles entre el Estado y las Autonomías en las materias de régimen local (competencia exclusiva autonómica, si bien en el marco de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas) puede explicar en parte esta circunstancia. Sea

<sup>5</sup> Vid. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 12, 1986 (con trabajos de F. GARRIDO FALLA, S. MUÑOZ MACHADO, F. Díez MORENO, F. GONZÁLEZ-NAVARRO, A. JIMÉNEZ-BLANCO, y otros especialistas).

<sup>6</sup> Vid. L. VANDELLI, *El poder local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las Regiones*, Madrid, INAP, 1992.

<sup>7</sup> Vid. A. MANGAS MARTÍN, «El nombramiento de los miembros del Comité de las Regiones: el caso español», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 117, 1994.

<sup>8</sup> Puede recordarse el *Informe del Parlamento Europeo sobre el papel de los poderes regionales y locales en la construcción europea*, 2002.

por lo que fuere, no es hasta el año 2009 cuando comienza a convocarse a reuniones informativas a los grandes municipios, para advertir de las exigencias de la ventanilla única o la adaptación de las ordenanzas municipales<sup>9</sup>.

El Manual para la Evaluación de las entidades locales, editado en febrero de 2009 por el Ministerio de Economía y Hacienda en colaboración con la FEMP, tuvo que suplir la relativa desinformación existente en el nivel local, notable desconocimiento que se produce en nuestro país pese a las advertencias del Comité de las Regiones en su Dictamen publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 18 de febrero de 2005, observaciones que vaticinaban el considerable protagonismo de autoridades locales y regionales en el cumplimiento de las exigencias de la Directiva (Recomendación 28: «...La Directiva se dirige a los Estados miembros, pero afecta sobre todo a los entes regionales y locales, a los que corresponderá la aplicación práctica preferente en las tareas administrativas»).

Además, en otra recomendación digna de ser recordada, señalaba que «...la aplicación de la Directiva a nivel regional y local irá también acompañada de un gasto adicional de personal no previsible y muy especialmente de carácter financiero. Esto rige en particular para la cooperación transfronteriza, el intercambio electrónico de información, el establecimiento y la coordinación de las ventanillas únicas, el examen de la compatibilidad de las normativas jurídicas vigentes con los objetivos de la Directiva...» (Recomendación 32).

Tales consideraciones, enfatizando el impacto de la nueva norma sobre el reparto de competencias y el procedimiento administrativo de los Estados miembros, especialmente los de estructura federal, contrastan con el relativo desconcierto en muchos entes locales ante la desaparición de procedimientos y tasas asociadas a los mismos, perplejidad que se delata elocuentemente al verbalizarse en foros sobre el impacto de la Directiva de Servicios. Una norma que sin duda presenta numerosas oportunidades, pero también plantea riesgos si no se acomete correctamente su aplicación. Porque sus efectos pueden ser positivos desde el punto de vista de la mejora económica, o materialmente desreguladores y negativos para consumidores y usuarios<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Vid. V. MERINO ESTRADA, «La transposición de la Directiva Bolkestein y los municipios españoles», *Revista de Estudios Locales*, núm. 117, febrero 2009.

<sup>10</sup> La polémica sobre las consecuencias de la transposición de la Directiva de Servicios incluye tanto a decididos partidarios como a quienes trivializan sus consecuencias reales y quienes se oponen a sus principios invocando las implicaciones desreguladoras que comporta, Vid. S. MUÑOZ MACHADO, «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2009. H. VILLAREJO GALENDE (dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Granada, Comares, 2009. M.<sup>a</sup> A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, «La Directiva de Servicios: ¿Una ocasión para repensar la libertad de empresa?», en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas*, cit. T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, octubre 2009. L. PAREJO ALFONSO, «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, junio 2009. J. C. LAGUNA DE PAZ, «El estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 5, junio 2009.

En cualquier caso, el papel de las entidades locales en la realización de muchas de las exigencias previstas en la Directiva de Servicios es verdaderamente crucial, por varias razones. Son ellas las llamadas a intervenir por su proximidad a la localización física de las actividades de servicios, así como por su imprescindible protagonismo en la protección de los consumidores y usuarios, mediante el aparato inspector, que debe desplegarse para el seguimiento de las actividades que se inicien sin pasar por el tamiz del control previo administrativo<sup>11</sup>.

La incidencia de la Directiva de Servicios sobre las entidades locales no se agota pues en reformas normativas estatales y autonómicas que también estudiaremos aquí (Ley de Bases de Régimen Local, Ley de Procedimiento Administrativo, Ley de Acceso electrónico y normativa sectorial), exigiendo igualmente la reforma de las ordenanzas, sino que también incluye necesidades organizativas y procedimentales que pueden producir cambios considerables en el diseño de las Administraciones locales de nuestro país<sup>12</sup>. Se ha llegado a vaticinar un cambio en el modelo de Administración, a partir de figuras como las declaraciones responsables y las comunicaciones previas, nuevo modelo que a juicio de algunos analistas se apoyará en las entidades privadas colaboradoras para el ejercicio de las funciones controladoras<sup>13</sup>.

Pero la transformación organizativa y procedimental, como aquí expondré, no sólo viene requerida por la Directiva de Servicios. Sobre todo se convierte en una necesidad como consecuencia de la profunda crisis económica que ha sufrido y sigue sufriendo nuestro país en tiempos coincidentes con la transposición de la norma europea. El déficit público, los graves problemas de financiación de los entes locales, el desempleo y la quiebra de empresas obligan a hacer de la necesidad virtud, replanteándose la sostenibilidad del Estado autonómico en sus últimas tendencias, la eficiencia en el gasto público y el papel de los gobiernos locales como generadores de bienestar.

Nuestro Estado multidescentralizado en crisis económica necesita urgentemente acometer reformas para cumplir con la Directiva de Servicios, pero también y sobre todo para recuperar el crecimiento. Reformas que se enfrentan a la complejidad derivada de las consecuencias que sobre el sistema de fuentes producen la última reforma de los Estatutos de Autonomía, la tramitación de leyes autonómicas de régimen local (como el Proyecto andaluz) y el anuncio realizado en el mes de febrero de 2010 de presentar una vez más un Anteproyecto de Ley Básica de la Autonomía municipal.

<sup>11</sup> Vid. R. RIVERO ORTEGA, «Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la transposición de la Directiva de Servicios», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, septiembre 2009.

<sup>12</sup> Una primera aproximación panorámica de las múltiples reformas a emprender puede encontrarse en el número monográfico de la *Revista de Estudios Locales* de septiembre de 2009.

<sup>13</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO, «Las regulaciones por silencio: cambio de paradigma en la intervención administrativa de los mercados», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010. A. NOGUEIRA, «Entidades colaboradoras con la Administración, libre prestación de servicios y régimen de control preventivo de actividades», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 16, 2009.

Estamos pues en un momento crucial para los entes locales, que pueden o bien encontrar en el nuevo modelo administrativo la ocasión para reforzarse como instancia más próxima a los prestadores y usuarios, o en cambio perder capacidades decisorias. De la forma de acometer los desafíos que presenta la Directiva de Servicios dependerá en buena medida el éxito o fracaso de estas estrategias<sup>14</sup>.

## II. REFORMAS NORMATIVAS: IMPACTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS SOBRE EL RÉGIMEN LOCAL Y LAS ORDENANZAS MUNICIPALES

Por supuesto, la mayor parte de las decisiones relevantes de la transposición, comenzando por las reformas normativas, no corresponden a los entes locales, pero no puede olvidarse que los municipios también se convierten en ejecutores del Derecho de la Unión Europea en todo caso, una vez transcurre el plazo máximo de transposición, como también debe ponerse de manifiesto la posibilidad a su alcance de aplicar directamente la Directiva o garantizar su vigencia vía normas locales, si consideran que otras normas internas (estatales o autonómicas) no la han incorporado correctamente<sup>15</sup>.

Aunque en un estudio de reducidas dimensiones no cabe la presentación panorámica de todas las leyes autonómicas de transposición publicadas hasta la fecha, sí conviene al menos analizar las principales reformas legales aprobadas por el Estado, para comprobar hasta qué punto son suficientes para cumplir las previsiones de la Directiva. Y este análisis nos obliga a pronunciarnos en primer lugar en torno a la controvertida opción de aprobar una ley llamada «horizontal», o «paraguas», la Ley de Libre Acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

La mayoría de las opiniones doctrinales expresadas sobre este texto son críticas, considerando que no comporta una verdadera transposición, al limitarse a reproducir las previsiones de la Directiva, sin añadir apenas nada<sup>16</sup>. Ciertamente, en este mismo sentido se expresó el Consejo de Estado, y puede criticarse el consumo de mucho tiempo valioso hasta la promulgación de esta norma, que es sólo un primer paso. Pero también cabe reparar en la necesidad de disponer de alguna norma básica que articulara soluciones administrativas horizontales uniformes, prestando cobertura a todo el proceso. Una

<sup>14</sup> V. MERINO ha asociado el Gobierno estratégico local con las oportunidades abiertas por la Directiva de Servicios de «competencia sostenible entre ciudades», en una certera descripción del escenario competitivo y en red propio del siglo XXI, *Vid.* V. MERINO ESTRADA, «Directiva de Servicios y Gobiernos locales: La competencia sostenible entre ciudades», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, septiembre 2009.

<sup>15</sup> *Vid.* Á. M. MORENO MOLINA, «La Administración pública de los Estados miembros como Administración comunitaria. Referencia a la situación española», en L. PAREJO ALFONSO, T. DE LA QUADRA SALCEDO, Á. M. MORENO MOLINA y A. ESTELLA DE NORIEGA, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, 2000, p. 184.

<sup>16</sup> *Vid.* L. PAREJO ALFONSO, «La desregulación de los servicios...», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, cit.

vez descartada la opción de llevar a cabo una reforma más amplia de la Ley 30/1992, la Ley horizontal resulta en parte útil y tiene cierta razón de ser<sup>17</sup>.

Considero que la Ley de Libre Acceso cumple su función, a pesar de las muchas críticas plausibles sobre su texto: precisa con más detalle el ámbito de aplicación de la Directiva, aunque se pronuncia sobre cuestiones que pueden ser después revisadas en la evaluación recíproca o en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Todo el Capítulo VI, sobre cooperación interadministrativa, resuelve a nivel interno y con carácter básico la misma cuestión que a nivel europeo permite alcanzar la Directiva de Servicios. Y la muy polémica Disposición final cuarta, sobre compensación de deudas en caso de incumplimiento, avanza lo que será un procedimiento, aún insuficientemente perfilado, de responsabilidad concurrente cuando la falta de transposición adecuada produzca daños a prestadores europeos.

Tras la Ley de Libre Acceso, el Estado llevó a cabo sus reformas legales sectoriales mediante la llamada Ley «Ómnibus», Ley de Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, norma que incluye medidas horizontales y sectoriales, unas resultantes de las exigencias de la Directiva, y otras reformas estructurales no requeridas por ella, como precisó el Consejo de Estado en su Dictamen sobre esta Ley. Es sobre todo en las llamadas medidas «horizontales», en las que debemos detenernos por su particular impacto sobre los entes locales. En general, todas las Administraciones públicas se ven afectadas en su organización y procedimientos como consecuencia de la reforma de las Leyes 30/1992 y 11/2007, pero particularmente los entes locales por los mayores cambios en su legislación básica<sup>18</sup>.

Y es que el Título I comienza introduciendo cambios mínimos pero significativos en la Ley de Bases de Régimen Local y en la Ley 30/1992. Se añade un nuevo apartado 4 al art. 70 bis para contemplar la realización de trámites a través de la ventilla única electrónica, con la excepción (claro está) de la inspección del lugar o el equipo que se utiliza en la prestación del servicio. Evidentemente, los trámites a los que se refiere la Directiva y ahora la Ley Ómnibus son los de naturaleza documental (expedientes administrativos), no así los que incluyen una actividad material con desplazamiento físico (visitas). Todos estos trámites podrán hacerse por vía electrónica, circunstancia que deberá ser contemplada también en las leyes que sobre Administración electrónica han aprobado o están aprobando varias Comunidades Autónomas (casos de Castilla y León o Cataluña, por citar los más recientes).

A las previsiones sobre tramitación electrónica vía ventanilla única se añaden las relativas a los formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio, que deben ponerse a disposición de los prestadores. Estos formularios incluyen tanto las solicitudes

<sup>17</sup> R. RIVERO ORTEGA, «La transposición de la Directiva de Servicios en España», en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Cívitas, 2009.

<sup>18</sup> Vid. R. RIVERO ORTEGA, «Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: Análisis de la Ley Ómnibus», en *Libro Marrón del Círculo de Empresarios*, 2009.

de autorización como los modelos de declaraciones responsables y comunicaciones previas (previstos en el apartado quinto del nuevo art. 71 bis de la Ley 30/1992, incorporado también por la Ley Ómnibus), modelos que no en todo caso podrán ser impuestos a los empresarios, pero pueden servir para despejar muchas de las dudas abiertas por el insuficiente régimen jurídico de estas figuras (así, por ejemplo, el régimen de responsabilidades, pudiendo contemplar los formularios tanto las exigencias legales de seguros como previsiones sobre la exención de la responsabilidad administrativa).

El impulso a la ventanilla única, que ha asumido el Estado tanto en sus aspectos normativos como ejecutivos, podría incluir también el acceso a la información y los formularios necesarios para el acceso a la actividad y su ejercicio, así como (parece entenderse) la notificación del resultado de los procedimientos («conocer las resoluciones y resto de comunicaciones de las autoridades competentes en relación con sus solicitudes»). Así mismo, obliga a un esfuerzo de coordinación con fines documentales (formularios armonizados) y por supuesto para la interoperabilidad. La muy reciente aprobación del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración electrónica, es un paso relevante en la buena dirección, pero debe repararse en su Disposición adicional primera (sobre el Desarrollo del Esquema), porque será en las normas técnicas allí previstas en las que se despejen las cuestiones claves de los documentos y expedientes electrónicos.

Por otro lado, y volviendo al terreno municipal, no está de más recordar aquí las dificultades de implantación de la Administración electrónica a las que se enfrentan los entes locales españoles, algunas de las cuales pueden quizás ser corregidas gracias a las previsiones del Real Decreto-Ley 13/2003, de 26 de octubre, regulador del Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad local (continuación del Plan-E para 2010), que permite invertir los recursos que el Gobierno de España transfiere a los municipios en el cumplimiento de las previsiones de la Ley 11/2007. Aunque la organización de la ventanilla única electrónica sigue su propia vía, obviamente ha de enmarcarse en la política de modernización tecnológica a nivel local, acelerada por las exigencias europeas y sus conexiones con la recuperación económica. Quizás estas ayudas permitan intentar salir del nefasto bucle de la falta de modernización por falta de recursos, y la falta de recursos por la incapacidad de atraer inversiones (por carecer de tecnología a la altura de las exigencias actuales)<sup>19</sup>.

Dadas estas circunstancias, la apelación a que las entidades locales impulsen la coordinación para la normalización de los formularios resulta un tanto ilusoria, pues tal coordinación difícilmente será espontánea, debiendo situarse tal vez en niveles superiores para producirse eficazmente. Así, a salvo del papel que podrían desarrollar las asociaciones y federaciones de municipios y provincias, convendría tener presente por su competencia en materia de régimen local y en muchos de los sectores regulados a los po-

<sup>19</sup> Vid. E. GAMERO CASADO, «Los municipios y la ventanilla única», *Revista de Derecho Local*, número monográfico, 122, septiembre 2009.

deres autonómicos, que podrían y quizás deberían facilitar tal coordinación para que el formulario, que no es un aspecto trivial de la gestión administrativa práctica, no presente diferencias llamativas entre los distintos entes locales (y tampoco entre Comunidades Autónomas). Máxime teniendo en cuenta que el formulario puede reflejar concepciones sobre la naturaleza —ya he dicho que compleja y aún relativamente indefinida— de comunicaciones previas y declaraciones responsables.

Estas reflexiones se refieren al fondo del nuevo apartado que se incluye en el art. 70 bis de la Ley de Bases de Régimen Local, pero también puede hacerse una observación desde el punto de vista de la codificación y la buena técnica legislativa, a la vista del resto de los contenidos del precepto al que se añade el nuevo apartado: ¿Qué tiene que ver la participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local con el acceso de los prestadores a la información, los trámites y los formularios mediante la ventanilla única electrónica? Se mezclan ahora en estos preceptos derechos de los vecinos y de los prestadores, devaluando en cierto modo las conexiones directas con el impulso participativo del art. 70 bis. Aunque su tercer apartado sugiera la utilización de las tecnologías de la información para realizar trámites y presentar documentos, debieran en mi opinión deslindarse ambas cuestiones en futuras reformas legislativas.

De la Ley de Bases de Régimen Local también se reforma el art. 84, un precepto clásico que contempla los medios de intervención de los entes locales sobre la actividad de los ciudadanos (ordenanzas y bandos, licencias y actos de control preventivo, órdenes de mandato). A estos medios de gran tradición se suman los relativamente novedosos<sup>20</sup> previstos en la Directiva, que son las comunicaciones previas y declaraciones responsables (también incorporados mediante esta reforma a la Ley 30/1992), así como los tan necesarios controles posteriores, que en modo alguno pueden considerarse originales (pues se trata sobre todo de típicas inspecciones), aunque puedan incorporar otras prácticas verificadoras (así, por ejemplo, requerimientos documentales sin visita). En las intervenciones sobre las actividades de servicios, además, habrá que atender a lo establecido en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

El régimen jurídico de las comunicaciones previas y declaraciones responsables presenta tal y como se diseña hasta ahora numerosas incógnitas. Y es que el art. 71 bis que se incorpora también en la Ley Ómnibus a la Ley 30/1992 dice en realidad demasiado poco, a pesar de su carácter básico. Aunque se definen una y otra figura, no se perfilan lo suficiente como para poder distinguirlas con nitidez. Dejando al albur de la legislación sectorial sus efectos, se abre la puerta a una práctica equiparación o confusión de ambas (o a la creación de «quimeras», mezcla de ambas). Esto pese a que la comunicación previa aparece como un medio teóricamente más liviano de control, entre otras razones por preverse la posibilidad de presentarlo con posterioridad al inicio de la actividad, luego debiera utilizarse en actividades que presenten menos riesgos o sean menos problemáticas, graduándose pues en función del tipo de actividad la opción por una y otra técnica,

<sup>20</sup> Vid. M.<sup>a</sup> del C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la Administración*, Madrid, Marcial Pons, 2001. L. ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, CEPC, 2004.

no siendo perfectamente intercambiables. La equiparación de régimen en cuanto a las inexactitudes o falsedades en declaraciones responsables o comunicaciones previas tampoco despeja muchas dudas, pues las posibles responsabilidades o consecuencias se fían también al desarrollo concreto de cada figura en la legislación de cada nivel administrativo, convirtiendo la normativa básica en un *mínimo minimorum* de diseño de títulos habilitantes llamados a jugar un papel decisivo en el cambio de técnicas de intervención administrativa<sup>21</sup>.

El nuevo régimen de estos medios de intervención mantiene previsiones ya conocidas en nuestro Derecho local, como el principio de proporcionalidad (recuérdese el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955), pero añade también el de necesidad e igualdad de trato, cuyo origen claramente se encuentra en la Directiva de Servicios. Para evitar confusiones, también se hace la salvedad del mantenimiento de aquellas licencias municipales que la legislación sectorial contemple, pues en este caso se sobreentiende que responden a razones imperiosas de interés general (si se proyectan sobre actividades de servicios incluidas en la norma europea).

Estos principios se reiteran con carácter general —para todas las Administraciones públicas— en el nuevo art. 39 bis de la Ley 30/1992, titulado «Principios de intervención de las Administraciones públicas para el desarrollo de una actividad». La elección de la medida menos restrictiva, la exigencia de motivación de la necesidad de proteger un interés público, la justificación de la adecuación con los fines pretendidos y la prohibición de la discriminación han de presidir toda intervención administrativa que limite derechos individuales o colectivos o exija el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad. Estamos ante un régimen que va más allá del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios o la Ley 17/2009, de Libre Acceso y Ejercicio, proyectando algunos de los principios de la buena regulación («mejora regulatoria») practicados hace años en otros países de la Unión Europea (Reino Unido, por ejemplo) y hoy también desarrollados en el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible<sup>22</sup>.

A este enunciado de principios de sentido común en la intervención administrativa limitadora se añade el recordatorio de la función policial general que naturalmente corresponde a la Administración pública, y por supuesto también destacadamente a los entes locales. Debe vigilarse el cumplimiento de las normas y los requisitos exigidos para el desarrollo de actividades. Y esto debe hacerse mediante las clásicas técnicas policiales (informativas), relacionadas en el apartado segundo del nuevo art. 39 bis como: com-

<sup>21</sup> Vid. B. LOZANO GARCÍA, «Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa», *Diario La Ley*, núm. 7.339, 2010. J. C. LAGUNA DE PAZ, «Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en *Impacto de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, CES, 2010. E. RIVERO YSERN, «La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: Autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Civitas, 2009.

<sup>22</sup> Vid. R. RIVERO ORTEGA, «¿Conejos salidos de una chistera, o muestras de sentido común?», *El Norte de Castilla*, 30 de noviembre de 2009.

probación, verificación, investigación e inspección (de los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan). Tal enunciado resulta a todas luces redundante, no sólo por la potencial sinonimia de varios de los conceptos, sino también por recordarse la esencia misma del poder ejecutivo, que es velar por el cumplimiento y la ejecución de las normas<sup>23</sup>.

La necesidad de recordar el papel controlador que sigue correspondiendo a la Administración pública debiera alertar sobre el riesgo de que la transposición de la Directiva de Servicios produzca efectos ciertamente desreguladores, peligro que no parece conjurado teniendo en cuenta el simplismo que denota por ejemplo la reforma del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, mediante el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre. La mera limitación de la posibilidad de sujetar las actividades a la exigencia de una autorización, suprimiendo sin más el art. 8, va mucho más allá del ámbito propio y limitado de la Directiva de Servicios, obviando las múltiples razones imperiosas de interés general que pueden justificar la exigencia de autorización administrativa, por cierto prevista (aunque excepcionalmente) incluso para las actividades de servicios en la Ley de Libre Acceso. Excluir la posible exigencia de licencia con carácter general supone obviar el papel clave que deben seguir teniendo en muchos sectores las autorizaciones administrativas<sup>24</sup>.

Tras la Ley de Bases de Régimen Local y la Ley de Procedimiento Administrativo Común, entre las disposiciones horizontales de la Ley Ómnibus también debemos detenernos en la reforma de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, norma dictada durante el plazo de transposición de la Directiva de Servicios, no desconocida pues en el momento de su dictado, como demuestra el elocuente dato de que la cita en su Exposición de Motivos. Esta circunstancia hace un tanto difícil de comprender que ahora, dos años más tarde, se haga preciso cambiar lo que ya pudo preverse entonces, a saber, el apartado 3 del art. 6 sobre tramitación electrónica y obtención de información en ventanilla única electrónica, y el nuevo apartado *c*) del art. 40.2. No puede dejar de recordarse el plazo relativamente flexible que la Ley de Acceso Electrónico concedió a los entes locales para el cumplimiento de algunas de sus previsiones, plazo flexible que deja de serlo cuando se trata de realizar las exigencias previstas en la Directiva de Servicios, en curso de implantarse tanto la ventanilla única electrónica como el IMI, como después veremos.

En este repaso de la incidencia de las reformas contenidas en la Ley Ómnibus sobre los entes locales, también debe tenerse presente el art. 30, que afecta a la Ley de Costas y la autorización de terrazas en la vía pública y servicios de temporada en municipios con playa. En su otorgamiento, deberán respetarse los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva (segundo párrafo añadido al art. 53.1). Los mismos principios deberán respetarse en las solicitudes para realizar

<sup>23</sup> Vid. R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante. Consideraciones sobre la función inspectora de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1999.

<sup>24</sup> Vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, *La autorización administrativa*, Madrid, Cívitas, 2006.

actividades de servicios (nuevo segundo párrafo del art. 74.3). Y en los concursos para autorizaciones y concesiones en el dominio público marítimo terrestre igualmente (nueva redacción del art. 75.1).

Ya para terminar con las modificaciones de la Ley Ómnibus con incidencia local, debe tenerse presente la Disposición adicional séptima, sobre servicios funerarios, que ordena al Gobierno realizar un estudio en el plazo de seis meses con el fin de proponer los cambios normativos necesarios para garantizar la libre elección de los prestadores de estos servicios, así como para impulsar la eliminación de otras trabas de la normativa vigente. Estas reformas, que podrían suponer otra vuelta de tuerca a la liberalización de este sector, han sido criticadas por uno de sus mejores conocedores, Leopoldo TOLIVAR ALAS<sup>25</sup>.

Deliberadamente fuera de la Ley Ómnibus, otro cambio legislativo del Estado que necesariamente debe ser analizado aquí es la reforma de Ley de Comercio, sin duda una de las leyes sectoriales con particular incidencia sobre las competencias locales. Aunque la aprobación de la Ley de modificación de la Ley de Ordenación del Comercio minorista en el Congreso a finales de febrero de 2010 y su publicación en el *BOE* de 2 de marzo como Ley 1/2010 presenta una reducida incidencia sobre al ámbito local, al dejar en manos de las Comunidades Autónomas la última decisión sobre el mantenimiento o no de la mal llamada «segunda licencia» comercial (apartado 4 de la nueva redacción del art. 6).

Ésta es una cuestión de primer orden para los municipios porque al no haber ya como consecuencia de la Directiva los criterios de tipo económico, y tener que justificarse la licencia autonómica en razones urbanísticas o ambientales, el riesgo de injerencia de las Comunidades Autónomas sobre cuestiones de evidente interés local es mayúsculo. Especialmente porque no se proyecta sólo sobre la planificación general (como hasta ahora, lo cual puede ser legítimo hasta cierto punto) sino sobre decisiones concretas de ubicación de equipamientos comerciales cuyo impacto real sobre el ambiente es muy discutible, más aún si pretende presentarse con relevancia supramunicipal<sup>26</sup>.

Porque presumir que a partir de 2.500 metros, o muchos menos (700 o 250) cualquier equipamiento comercial produce un impacto supramunicipal parece más bien un pretexto para conservar la posibilidad de desarrollar una política comercial, so pretexto de la defensa de otros valores. Además de resultar difícilmente compatible con la Directiva de Servicios, a nuestro modo de ver, llevar a cabo ese control mediante autorizaciones, en lugar de articularlo a través del planeamiento, técnica mucho más adecuada y objetiva que el mantenimiento de licencias y conceptos indeterminados. El mantenimiento de la competencia para conceder o no las licencias en las manos de las autoridades de co-

<sup>25</sup> Vid. L. TOLIVAR ALAS, «La cuarta liberalización funeraria», *Blog espúblico*, [www.administraciónpública.com](http://www.administraciónpública.com).

<sup>26</sup> Vid. R. RIVERO ORTEGA, «La libertad de comercio», *Actas del V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, San Fernando, febrero de 2010.

mercio (que no en las urbanísticas) pondría aún más en evidencia la intención oculta de estos regímenes<sup>27</sup>.

Algunas Comunidades Autónomas se han anticipado a la ligeramente tardía ley estatal, aprobando sus propias reformas de las leyes comerciales, con diversos impactos sobre las competencias locales. Madrid ha decidido suprimir la autorización autonómica, de forma que no se verían afectados apenas los poderes de decisión de los municipios, aunque su nueva ley prevé un informe de la Comunidad Autónoma para apreciar la incidencia supramunicipal. En cambio, la mayoría de las Comunidades Autónomas, mantienen la licencia autonómica, bien con ese nombre (Castilla y León, Canarias, Baleares, Valencia), bien como informe preceptivo y vinculante con nulo o escaso margen para los entes locales interesados en la atracción de nuevas ofertas comerciales a sus términos (País Vasco, Andalucía)<sup>28</sup>.

No sólo las grandes superficies comerciales se ven afectadas por estas reformas de la normativa comercial derivadas de la transposición de la Directiva de Servicios. La venta ambulante ha sido objeto igualmente de un cambio regulatorio relevante, tanto en la normativa estatal, manteniéndose la referencia a la competencia municipal en la nueva Ley estatal (art. 54) y en el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero (art. 2), como en las leyes comerciales autonómicas que hacen referencia a este sector (por ejemplo, en el art. 46 de la Ley de Comercio de Castilla y León, reformado por el Decreto Ley 3/2009, de la Junta)<sup>29</sup>.

El comercio es un sector fundamental y particularmente afectado por la transposición de la Directiva de Servicios, pero hay otros muchos sectores relevantes por su volumen económico e incidencia sobre las competencias locales que también se ven incluidos en el ámbito de aplicación de las normas que pretenden realizar hasta sus últimas consecuencias las libertades de establecimiento y prestación. Pensemos, por ejemplo, en el turismo, cuyas leyes reguladoras han sido ampliamente retocadas en las normas autonómicas de transposición de la Directiva de Servicios (Andalucía, Castilla y León, Valencia, etc.), o el sector de la hostelería, donde también encontramos la opción de eliminación de las licencias de apertura hasta ahora concedidas por los entes locales, opción que consideramos plenamente coherente con los principios de la Directiva, siempre y cuando (claro está) se refuercen los controles *ex post* de cumplimiento de la normativa<sup>30</sup>.

Pero la Directiva no requiere sólo sustituir autorizaciones por declaraciones responsables o comunicaciones previas (o sencillamente eliminar esa intervención); también proscribire o exige justificar las limitaciones y requisitos contemplados en la normativa

<sup>27</sup> Vid. H. VILLAREJO GALENDE, *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Granada, Comares, 2008.

<sup>28</sup> Vid. V. MERINO ESTRADA, «Los nuevos regímenes de autorizaciones comerciales y la autonomía local», *Revista de Estudios Locales*, núm. 127, 2010.

<sup>29</sup> Vid. H. VILLAREJO GALENDE, «La reforma de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, 2010.

<sup>30</sup> Vid. V. MERINO ESTRADA y P. MARTÍN FERREIRA, «Directiva de servicios y entidades locales en Castilla y León», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, 2010.

sectorial. Entre ellos, destacadamente, las limitaciones cuantitativas y territoriales. Algunos de estos límites o requisitos condicionados se encuentran reflejados en las ordenanzas municipales reguladoras de distintas actividades económicas, y deben pues ser objeto de una reconsideración para comprobar que cumplen las exigencias de la Directiva<sup>31</sup>.

El diagnóstico de las ordenanzas municipales que deben ser adaptadas a la Directiva de Servicios con el efecto de la supresión de autorizaciones es relativamente simple, y ha sido ya realizado por expertos en la materia, que apuntan hacia las reguladoras de los servicios de mudanzas, instalación de contenedores en la vía pública, mercados, publicidad exterior, instalación de terrazas en la vía pública, venta fuera de establecimientos comerciales permanentes y servicios funerarios<sup>32</sup>. A éstas, se han añadido también las de kioscos, en primeras y muy valiosas aproximaciones a la normativa local de referencia, útiles para los más de ocho mil municipios españoles<sup>33</sup>.

Algunas de estas ordenanzas, sin embargo, contemplan autorizaciones esgrimiendo como título habilitante el dominio público, lo que nos hace preguntarnos si la presencia de este título es razón suficiente para no eliminar autorizaciones, como se ha sugerido<sup>34</sup>. Si enfatizamos el elemento de ejercicio de autoridad pública implícito en la gestión de los bienes de todos, podrían excluirse obviamente estas autorizaciones<sup>35</sup>. Pero no es éste el único enfoque posible, en mi opinión, aunque habría de reformarse el régimen del dominio público local, claro, para alinear sus previsiones con los principios de la Directiva. Por otro lado, parece claro que las autorizaciones y concesiones sobre bienes de uso o servicio público no quedan tan claramente fuera (mercados, lonjas, etc.) del ámbito afectado por la Directiva de Servicios.

El ámbito excluido puede señalarse nítidamente hasta cierto punto. P. MARTÍN FERREIRA y V. MERINO han señalado entre las ordenanzas no afectadas por el nuevo marco regulador las siguientes: aquellas que no regulan servicios (las organizativas, las de participación, reglamentos de honores y distinciones); las reguladoras de la concesión de subvenciones; las relativas a servicios no económicos de interés general (instalaciones deportivas, servicios de ayuda domiciliaria, bibliotecas municipales); las del transporte colectivo urbano (incluyendo las de autotaxi); las vinculadas al ejercicio de autoridad

<sup>31</sup> Vid. J. REYNER ALIMBAU, J. A. FONT MONCLÚS, J. SABATÉ VIDAL y J. TORRES NIERGA, *Criteris per a l'adaptació de la normativa local a la Directiva 2006/123, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior*, Càtedra Enric Prat de la Riba, 2009.

<sup>32</sup> Vid. V. MERINO ESTRADA y P. MARTÍN FERREIRA, «La transposición de la Directiva de Servicios y las Entidades locales españolas», en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Cívitas, 2009.

<sup>33</sup> Vid. F. TORRES, «Los desafíos de la Directiva “Bolkestein” para las entidades locales: El adiós a las licencias y el posible renacer de las Ordenanzas locales», *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 4, julio-septiembre 2009.

<sup>34</sup> Vid. I. MOLINA FLORIDO, «La Directiva de Servicios y las Entidades locales», *El Consultor*, núm. 19, 2009.

<sup>35</sup> Vid. F. TORRES COBAS, «Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales: El adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales», *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 4, julio-septiembre 2009, p. 24.

pública (policía urbana, juntas locales de protección civil); aquellas cuyo fin es la protección de la seguridad o la convivencia (protección contra incendios, convivencia); las de tráfico rodado; las relativas a instalaciones o infraestructuras de telecomunicación; las reguladoras de servicios sociales, culturales y educativos<sup>36</sup>.

Muy significativa resulta la no exclusión tajante de las ordenanzas urbanísticas de esta completa relación, pudiendo plantearse al analizar la incidencia en el urbanismo las posibles exigencias de replanteamiento del régimen de las licencias urbanísticas, como ha hecho V. GUTIÉRREZ COLOMINA, sugiriendo tal reflexión y un nuevo fundamento de las previsiones de silencio negativo<sup>37</sup>. En línea concluyente, F. TORRES también considera que el urbanismo sí está afectado, por varias razones<sup>38</sup>. Y otros estudios concluyen la necesidad de reformar las ordenanzas urbanísticas porque contienen algunas limitaciones por distancias (por ejemplo, locutorios) difícilmente compatibles con la Directiva<sup>39</sup>.

Pero tan importante como saber qué ordenanzas es preciso reformar, resulta también el punto clave de cómo llevar a cabo este proceso, siendo de agradecer todas las aportaciones concretas en este sentido, contribuciones que sean más precisas que la Guía de Ayuda para la transposición en las entidades locales editadas por el Ministerio de Economía y la Federación Española de Municipios y Provincias, que apenas insinúa algunos de los posibles cambios, sin profundizar en el mucho más amplio proceso (como hemos visto) de adaptación del conjunto de normas locales reguladoras de las actividades de servicios, en ámbitos tan variados como los servicios funerarios, los establecimientos de hostelería, el comercio o el urbanismo.

Como Anexo a un estudio sobre «Criterios para la adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior», la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, a través de la Cátedra Enric Prat de la Riba de Estudios Jurídicos Locales propuso en octubre de 2009 varios modelos de Ordenanza. En primer lugar, sobre el régimen de comunicación previa de actos de transformación o utilización del suelo o del subsuelo, de edificación, de construcción o de [...] de obras. En segundo lugar, de Ordenanza reguladora de las limitaciones cuantitativas o territoriales para la implantación de actividades de servicios y su ejercicio, etc.<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Vid. V. MERINO ESTRADA y P. MARTÍN FERREIRA, «Directiva de Servicios y Entidades locales en Castilla y León», en R. RIVERO ORTEGA y D.-J. VICENTE BLANCO (dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2010.

<sup>37</sup> Vid. V. GUTIÉRREZ COLOMINA, «La incidencia de la Directiva de Servicios 2006/123/CE en el urbanismo», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, septiembre 2009.

<sup>38</sup> Vid. F. TORRES COBAS, «Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales: El adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales», *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 4, julio-septiembre 2009.

<sup>39</sup> Vid. J. REYNER ALIMBAU, J. A. FONT MONCLÚS, J. SABATÉ VIDAL y J. TORRES NIERGA, *Criteris per a l'adaptació de la normativa local a la Directiva 2006/123, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior*, Cátedra Enric Prat de la Riba, 2009.

<sup>40</sup> Vid. *idem*.

Las propuestas de reformas concretas de las ordenanzas existentes apuntan hacia un cumplimiento más específico de la Directiva de Servicios que otra de las alternativas barajadas a lo largo de este proceso, cual es la opción por una Ordenanza «paraguas», planteada en algunos foros y federaciones de municipios<sup>41</sup>. Una opción tan discutible como ya lo ha sido la Ley Paraguas, y seguramente innecesaria e inconveniente una vez se dicta aquélla con carácter básico para cubrir las necesidades generales del proceso y además se reforman la Ley de Bases de Régimen Local y de Procedimiento Administrativo, como hemos visto.

Siguiendo la tendencia a reproducir en el nivel local lo que ya se ha aprobado en los niveles superiores (Estado y Comunidades Autónomas), puede plantearse igualmente como opción el dictado de una Ordenanza «ómnibus», reformando todas las afectadas en un paquete único. Un procedimiento expedito, más rápido y probablemente más sencillo, pero con el inconveniente ya mostrado por las ómnibus estatal y autonómicas de resultar un ensamblaje de preceptos provenientes de los distintos servicios competentes, sin presentar en muchos casos un criterio coherente y compartido en cuanto al cuándo y por qué eliminar autorizaciones, optar por la comunicación previa o la declaración responsable, u optar por otro tipo de soluciones.

Para evitar este resultado de pérdida de enfoque general en el proceso de adaptación de las Ordenanzas, no es trivial desde nuestro punto de vista plantearse diversas soluciones de signo codificador, en la línea hoy conocida como «mejora regulatoria» (*better regulation*) para simplificar y sistematizar mejor este proceso general de replanteamiento de las normativas locales de las actividades económicas. Una simple reforma puntual, caso por caso, de las ordenanzas municipales, sería tal vez insuficiente para incorporar al Ordenamiento municipal el nuevo modelo administrativo que se deriva de la Directiva de Servicios.

Si se quieren proyectar algunos plausibles principios que se encuentran recogidos también en la Directiva de Servicios de forma transversal en el Ordenamiento local, tal vez sería preferible recurrir a su incorporación en el Reglamento Orgánico municipal, que puede servir de lugar adecuado, pues no debe considerarse una norma pura y exclusivamente organizativa, sino también de enunciado de principios generales de organización y funcionamiento del Gobierno y la Administración local. En el ROM podrían incorporarse tanto los principios de la buena regulación económica (no sólo los previstos en la Directiva de Servicios, sino también otros) como las líneas generales de la modernización y mejora de la calidad procedimental (agilidad de los procedimientos, simplificación, etc.).

---

<sup>41</sup> Vid. M. BALBÁS GARRIDO, «Transposición de la Directiva de Servicios en el ámbito de la Diputación de Barcelona: evaluación de ordenanzas y procedimientos», Madrid, 26 de junio de 2009.

### III. REFORMAS ORGANIZATIVAS: CAMBIOS EN EL APARATO DE CONTROL (PREVIO-POSTERIOR; ¿PÚBLICO-PRIVADO?) Y NECESIDADES DE MAYOR COORDINACIÓN

Más allá de las reformas normativas, debemos destacar el cambio de cultura administrativa preciso para el reforzamiento de los controles concomitantes y *ex post* (vigilancia e inspección). Ya los primeros estudios sobre el impacto de la Directiva y sus consecuencias sobre las Administraciones públicas resaltaban este giro, que conlleva la necesidad de replantear el reparto de funciones entre las oficinas de tramitación y los funcionarios inspectores. Los entes locales necesitarán en principio menos funcionarios dedicados a comprobar y tramitar cada uno de los papeles propios de un procedimiento<sup>42</sup>.

Hemos intentado resumir esta transformación con la sencilla fórmula «Del expediente a la visita», pero también habría que matizar que poco se modernizarían las técnicas de intervención si la exigencia de proporcionalidad que se predica de los controles previos no se proyectara también sobre los controles alternativos concomitantes o a posteriori. No se trata —he de advertirlo— de multiplicar exponencialmente las inspecciones, sino de reforzar su protagonismo como medio de comprobación del cumplimiento de la legalidad, sin producir resultados negativos sobre la iniciativa privada<sup>43</sup>.

En los entes locales de nuestro país, de cualquier manera, no parece que el problema que pueda plantearse sea la hipertrofia del aparato inspector, con excesivo peso sobre la actividad empresarial. Las carencias de los cuerpos de inspección en todos los ámbitos son más claras cuando pensamos en la inspección de consumo, que sería cabalmente una de las llamadas a llevar a cabo los controles de cumplimiento del respeto de la normativa en los sectores de servicios.

¿Quién debe inspeccionar, ante la ausencia de unidades de inspección suficientemente especializadas? ¿Cabe el reforzamiento de las tareas de control administrativo de la policía local a estos efectos? Esta alternativa puede resultar problemática, pues no debe pasarse por alto la importancia de la profesionalización de los cuerpos de inspección, formación y capacitación que conlleva costes y desde luego un incremento o reasignación de los efectivos personales de los municipios, en un momento en el que muchos se plantean reducir plantillas como única respuesta posible ante el incremento galopante del déficit.

Ante tales aporías del cambio organizativo, circunstancias económicas y estructurales que impiden materialmente plantearse un protagonismo inmediato de los controles *ex post*, comienzan a surgir sólidas propuestas en el sentido de incrementar el papel de las entidades colaboradoras de la Administración para realizar estas funciones, trasladando

<sup>42</sup> Vid. J. R. CUADRADO ROURA y A. MAROTO SÁNCHEZ (dirs.), *Informe económico: El sector servicios y la transposición de la Directiva al caso español*, Universidad de Alcalá-Ministerio de Economía, octubre 2008.

<sup>43</sup> Sobre la proyección del principio de proporcionalidad sobre la actividad de inspección, vid. R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Madrid, Tecnos, 2000.

al nivel local un equilibrio público-privado ya ensayado en diversos sectores por razones económicas y tecnológicas. Sin discutir las ventajas de esta opción, debieran extremarse ciertas garantías del «control sobre el control» para evitar los riesgos propios de la privatización de los controles y al fin del procedimiento administrativo, lo que ya está sucediendo con cierta controversia al atribuir por ejemplo a los colegios de arquitectos funciones relevantes en los procedimientos de concesión de licencias urbanísticas<sup>44</sup>.

Los cambios organizativos no afectan sin embargo a cada ente local individualmente considerado. Requieren una reconsideración del completo sistema administrativo, y en nuestro país pueden llevar, sino a cierta recentralización del modelo, sí cuando menos a un mejor funcionamiento de la hasta ahora insuficiente cooperación entre Administraciones territoriales, destacadamente a la hora de intercambiar información para evitar los mayores riesgos para los consumidores y usuarios derivados del mercado interior y la eliminación de barreras.

La cooperación interadministrativa prevista en la Directiva de Servicios, con exigencias de asistencia recíproca, cooperación en la supervisión de los prestadores, intercambio de información por vía electrónica, acceso a los registros por parte de las autoridades competentes de otros Estados miembros, nos sitúan ante un estadio más de desarrollo de la llamada Unión administrativa europea, articulado a través del IMI (Sistema de Información del Mercado Interior [http://ec.europa.eu/internal\\_market/imi-net/index.es.html](http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/index.es.html)), que ya es una realidad (como la ventanilla única electrónica [www.eugo.es](http://www.eugo.es)) accesibles ambos a través de la red<sup>45</sup>.

Sobre el Sistema de Información del Mercado Interior, el documento de la Comisión de 27 de abril de 2007 explica el papel del coordinador nacional del IMI (NIMIC) y de los coordinadores delegados (DIMIC), aconsejando el nombramiento de estos últimos en Estados miembros de mayores dimensiones y con un elevado número de autoridades administrativas a coordinar, por su estructura federal. En el caso de España, la necesaria interoperabilidad para el intercambio de información ha sido mejorada tras la aprobación del Real Decreto mediante el que se establece el Esquema Nacional de Interoperabilidad, aunque muchas de las cuestiones claves sobre los documentos y registros electrónicos se difieren a la aprobación de normas técnicas de naturaleza jurídica aún desconocida<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Vid. A. NOGUEIRA, «Público y privado en el control operativo de las actividades de servicios: Un nuevo campo para las entidades colaboradoras de la Administración», *Comunicación al V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, San Fernando, 4 y 5 de febrero de 2010.

<sup>45</sup> Vid. F. VELASCO CABALLERO y S. SIMOU, «Cooperación interadministrativa en la directiva de servicios», *Revista de Estudios Locales*, número monográfico, 2009. F. VELASCO CABALLERO y J.-P. SCHNEIDER, *La Unión administrativa europea*, Madrid, Marcial Pons, 2008. J. GONZÁLEZ GARCÍA, «La transposición de la Directiva de Servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», *Revista de Derecho Europeo*, 2009.

<sup>46</sup> Vid. M.<sup>a</sup> L. GÓMEZ JIMÉNEZ, «La proyección de los registros administrativos electrónicos en el marco del esquema nacional de interoperabilidad: corresponsabilidad administrativa a la luz de la transposición española de la Directiva de Servicios», *Comunicación al V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, San Fernando, febrero de 2010.

#### IV. REFORMAS PROCEDIMENTALES: DESCARGA BUROCRÁTICA, AGILIZACIÓN, ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y ¿SILENCIO POSITIVO?

Otro de los desafíos relevantes que plantea la Directiva de Servicios a los municipios es el de llevar a cabo la llamada descarga burocrática, consistente en la eliminación de trámites innecesarios o redundantes. No es ésta una tarea derivada exclusivamente de la política europea de liberalización del sector, sino que obedece a estrategias más amplias de mejora de la competitividad<sup>47</sup>.

Hay que citar en este sentido el Programa de Acción para la Reducción de Cargas Administrativas de la Unión Europea, COM (2007), cuyo objetivo común es reducir un 25 por 100 de las cargas administrativas hasta el 2012, calculándose un beneficio de aumento de 150.000 millones de euros (1,4 por 100 del PIB) caso de ser conseguido. Programa proyectado ya en nuestro país por la Administración del Estado, con un diagnóstico que requiere más esfuerzo que el solicitado para la media europea, de manera que cada ayuntamiento (en función de las medidas antes adoptadas) debiera plantearse ese objetivo de reducción del 25 al 30 por 100, avanzado en algunos, y hasta ahora inexistente en un número considerable<sup>48</sup>.

Para ello es preciso, pues, simplificar los procedimientos administrativos, en la línea de la *better regulation*, aplicando técnicas que están ya desarrolladas como el análisis coste-beneficio, o el coste-eficacia, así como calculando el coste de cumplimiento<sup>49</sup>. Cuestiones a las que se refieren poco las normas del Estado hasta ahora aprobadas, y sobre las que encontramos más referencias en las leyes autonómicas (por ejemplo, la Ley de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León) o en el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible.

En la Ley Paraguas, la simplificación ocupa todo el Capítulo IV, aunque si restamos los dos preceptos dedicados a la ventanilla única, queda sólo el art. 17 específicamente dedicado a esta cuestión, reproduciendo mandatos ya previstos en la Directiva: la necesidad de revisar los procedimientos y trámites (proceso de evaluación); la exigencia de recíproco reconocimiento documental; la prohibición de exigir documentos originales o copias compulsadas; y la exigencia de arbitrar la posibilidad de tramitar electrónicamente los procedimientos para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Vid. R. DE LA PEÑA GUTIÉRREZ, «Exceso de cargas burocráticas en los Ayuntamientos», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, julio-agosto 2009.

<sup>48</sup> Vid. INAP, *Reducir el papeleo. Comparación internacional de las cargas administrativas*, Madrid, 2010.

<sup>49</sup> Vid. A. BETANCOR, *Mejorar la regulación*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, Marcial Pons, 2009. J. PONCE SOLÉ, «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre/diciembre 2009.

<sup>50</sup> Vid. P. NEVADO-BATALLA, «La simplificación...», en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Cívitas, 2009.

Entre los resultados de la simplificación debiera incluirse la agilización de los procedimientos administrativos, aunque no parece que en España sea fácil reducir los plazos de tramitación. Al menos en sus previsiones legales, se plantean serias resistencias a la reducción de los tres o seis meses establecidos como tiempos comunes de duración de los expedientes. Estamos muy lejos de hacer realidad un principio de celeridad, clave para el buen funcionamiento de la economía de mercado<sup>51</sup>.

Las Cartas de Servicios pueden ser un instrumento propicio para la reducción de los plazos en los procedimientos, comprometiéndose los entes locales a través de estos documentos, de naturaleza jurídica aún dudosa, a reducir los tiempos de respuesta a las solicitudes de los interesados (empresarios incluidos). Dar un paso más en el sentido de contemplar posibles responsabilidades, o cuando menos silencios positivos, si no se respeta el plazo contemplado (menor al legal), puede convertir dotar a las Cartas de Servicios de cierto efecto vinculante y beneficioso para los ciudadanos<sup>52</sup>.

Otra herramienta clave de la mejora procedimental es la Administración electrónica, cuya insuficiente disponibilidad, como ya se ha advertido, puede mejorar con la ayuda que ha podido suponer el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local (segunda parte del Plan E para 2010). No está de más este apoyo financiero, teniendo en cuenta la situación de penuria económica de los municipios (como del resto de Administraciones públicas, por la dura crisis) y a la vista del aún insuficiente grado de implantación de las nuevas tecnologías en un número significativo de municipios españoles.

Es enorme sin embargo el desafío a acometer, porque las inercias y resistencias a cambios de tal calibre son muy fuertes, como nos muestra elucubramente el fracaso de la regulación del silencio positivo en el Procedimiento Administrativo Común, con más de diez años de incumplimientos. Los ambiguos mensajes que sobre el silencio administrativo ofrecen las normas de transposición de la Directiva de Servicios resultan ya muy conocidos —llueve sobre mojado— porque desde la reforma de 1999 somos conscientes de la facilidad con la que se invierte la presunta regla general del silencio positivo, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo también nos muestra la trampa que se esconde tras esta pretendida y ficticia concesión a los derechos de los interesados, que pueden pensar que adquieren facultades y derechos luego fácilmente revocables por la Administración, en la mayoría de los casos sin recurrir al complejo expediente de la revisión de oficio<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Vid. R. RIVERO ORTEGA, «Principio de celeridad», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Principios generales del Derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, pendiente de publicación.

<sup>52</sup> Vid. V. MERINO ESTRADA, «Las Cartas de Servicios en la Administración local», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 290, septiembre-diciembre 2002.

<sup>53</sup> Vid. R. RIVERO ORTEGA, «La obligación de resolver», en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), *El silencio administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

## V. CONCLUSIONES: BALANCE PROVISIONAL DEL GRADO DE CUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN LAS ENTIDADES LOCALES ESPAÑOLAS; DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

Las leyes estatales y autonómicas aprobadas para la transposición de la Directiva de Servicios, entre los últimos meses del año 2009 y los primeros de 2010, han puesto las bases para que los entes locales acometan sus propios procesos de reforma normativa e institucional para cumplir con las exigencias europeas. Aunque en los límites del plazo, se han iniciado en el mundo municipal español multitud de modificaciones de ordenanzas y debates sobre los cambios organizativos precisos para adaptarse al nuevo modelo de intervención pública sobre las actividades económicas.

Al igual que el Estado ha incorporado en la Ley Ómnibus reformas estructurales no requeridas estrictamente por la norma europea, también muchos ayuntamientos aprovechan la ocasión del diagnóstico de proporcionalidad de las intervenciones y la exigencia de simplificación de los procedimientos para mejorar sus tácticas y técnicas de relación con la inversión privada, cambiando estrategias en un sentido más favorecedor y atractivo de la creación de puestos de trabajo, sin que muchas de las reformas emprendidas tengan como digo conexión directa con la Directiva.

Pero así como hay entes locales dispuestos a aprovechar esta oportunidad para repensar su estrategia hacia las libertades de establecimiento y prestación, modernizando también organización y procedimientos, algunas Administraciones optan por no darse por enteradas de la existencia de múltiples cambios. No todas las entidades locales, ni en todas las Comunidades Autónomas, se han planteado la necesidad de revisar las limitaciones de distancias para la apertura de establecimientos de distinta naturaleza. Lo mismo sucede en la Unión Europea, pues los niveles de transposición son heterogéneos.

En la Unión Europea, será la evaluación recíproca contemplada en la propia Directiva la que determinará su grado real de cumplimiento. ¿Se evaluará en España la transposición en el nivel local? Pues sí, tal proceso ya se ha iniciado, mediante la solicitud a los 28 ayuntamientos más poblados de las aplicaciones IPM (*Interactive Policy Making*), cuestionarios sobre regímenes de autorización, requisitos a evaluar de establecimiento, requisitos a la libre prestación de servicios y actividades multidisciplinares<sup>54</sup>.

Para muchos municipios españoles próximos a Francia y Portugal se abre un futuro de cooperación. La realización del mercado interior puede presentar mayores oportunidades de desarrollo en las zonas transfronterizas, en las que el flujo de prestadores permitiría incrementar la oferta y la demanda de servicios de todo tipo. La transposición de la Directiva de Servicios puede por ello ser considerada otra oportunidad más

<sup>54</sup> Vid. [www.cartalocal.es/CartaLocal/Front/Noticias/CL\\_ContentidoDetalle/\\_sYcniRvuy5kmTxMi3-M8REg5LaUBeW71AvH8V1K7pFl4](http://www.cartalocal.es/CartaLocal/Front/Noticias/CL_ContentidoDetalle/_sYcniRvuy5kmTxMi3-M8REg5LaUBeW71AvH8V1K7pFl4).

de profundizar en la colaboración e iniciativa de proyectos comunes acordados entre entidades locales españolas y sus correspondientes de nuestros países vecinos (Francia y Portugal).

Estaremos ante una oportunidad, siempre y cuando los niveles de cumplimiento de las exigencias europeas sean homogéneos, y se articulen efectivamente instrumentos de cooperación para evitar que la multiplicación de la presencia de empresarios del Estado miembro vecino afecte negativamente a los derechos de los consumidores, tras la desaparición de los controles previos y la tendencia al reconocimiento mutuo. La red de ciudades de Europa tiene también su cuota de responsabilidad en la realización de los objetivos de los Tratados y en la construcción de la Unión administrativa europea<sup>55</sup>.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO JIMÉNEZ, L.: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, CEPC, 2004.
- BALBÁS GARRIDO, M.: «Transposición de la Directiva de Servicios en el ámbito de la Diputación de Barcelona: evaluación de ordenanzas y procedimientos», Madrid, 26 de junio de 2009.
- BETANCOR, A.: *Mejorar la regulación*, Fundación Rafael del Pino.
- CUADRADO ROURA, J. R., y MAROTO SÁNCHEZ, A. (dirs.): *Informe económico: El sector servicios y la transposición de la Directiva al caso español*, Universidad de Alcalá-Ministerio de Economía, octubre 2008.
- DE LA PEÑA GUTIÉRREZ, R.: «Exceso de cargas burocráticas en los Ayuntamientos», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, julio-agosto 2009.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, octubre 2009.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: «Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2006.
- GAMERO CASADO, E.: «Los municipios y la ventanilla única», *Revista de Derecho Local*, número monográfico, 122, septiembre 2009.
- GARCÍA URETA, A. (ed.): *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Oñati, IVAP, 1998.
- GIMENO FELIU, J. M.: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Madrid, Cívitas, 2006.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L.: «La proyección de los registros administrativos electrónicos en el marco del esquema nacional de interoperabilidad: corresponsabilidad administrativa a la luz de la transposición española de la Directiva de Servicios», Comunicación en el *V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, San Fernando, febrero de 2010.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «La transposición de la Directiva de Servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», *Revista de Derecho Europeo*, 2009.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V.: «La incidencia de la Directiva de Servicios 2006/123/CE en el urbanismo», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, septiembre 2009.

<sup>55</sup> Vid. F. VELASCO CABALLERO y J.-P. SCHNEIDER, *La unión administrativa europea*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

- INAP: *Reducir el papeleo. Comparación internacional de las cargas administrativas*, Madrid, 2010.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, Oñati, IVAP, 2010.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: «Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en *Impacto de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, CES, 2010.
- «El estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 5, junio 2009.
- LOZANO GARCÍA, B.: «Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa», *Diario La Ley*, núm. 7.339, 2010.
- MANGAS MARTÍN, A.: «El nombramiento de los miembros del Comité de las Regiones: el caso español», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 117, 1994.
- MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J., en su Recensión a R. RIVERO ORTEGA (dir.): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Cívitas, 2009, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 20, 2010.
- MERINO ESTRADA, V.: «Directiva de Servicios y Gobiernos locales: La competencia sostenible entre ciudades», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, septiembre 2009.
- «Los nuevos regímenes de autorizaciones y la autonomía local», *Revista de Estudios Locales*, núm. 127, 2010.
- «La transposición de la Directiva Bolkestein y los municipios españoles», *Revista de Estudios Locales*, núm. 117, febrero 2009.
- «Las Cartas de Servicios en la Administración local», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 290, septiembre-diciembre 2002.
- MERINO ESTRADA, V., y MARTÍN FERREIRA, P.: «Directiva de Servicios y Entidades locales en Castilla y León», en R. RIVERO ORTEGA y D.-J. VICENTE BLANCO (dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2010.
- «Directiva de servicios y entidades locales en Castilla y León», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, 2010.
- «La transposición de la Directiva de Servicios y las Entidades locales españolas», en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Cívitas, 2009.
- MOLINA FLORIDO, I.: «La Directiva de Servicios y las Entidades locales», *El Consultor*, núm. 19, 2009.
- MORENO MOLINA, Á. M.: «La Administración pública de los Estados miembros como Administración comunitaria. Referencia a la situación española», en L. PAREJO ALFONSO, T. DE LA QUADRA SALCEDO, Á. M. MORENO MOLINA y A. ESTELLA DE NORIEGA, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, S.: «Las regulaciones por silencio», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. ¿?, 2010.
- «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2009.
- NOGUEIRA, A.: «Público y privado en el control operativo de las actividades de servicios: Un nuevo campo para las entidades colaboradoras de la Administración», *Comunicación al V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, San Fernando, 4 y 5 de febrero de 2010.

- «Entidades colaboradoras con la Administración, libre prestación de servicios y régimen de control preventivo de actividades», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 16, 2009.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C.: *Las actividades comunicadas a la Administración*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- PAREJO ALFONSO, L.: «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, junio 2009.
- PONCE SOLÉ, J.: «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre/diciembre 2009.
- REYNER ALIMBAU, J.; FONT MONCLÚS, J. A.; SABATÉ VIDAL, J., y TORRES NIERGA, J.: *Criteris per a l'adaptació de la normativa local a la Directiva 2006/123, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior*, Cátedra Enric Prat de la Riba, 2009.
- RIVERO ORTEGA, R.: «Principio de celeridad», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Principios generales del Derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, *pendiente de publicación*.
- «La libertad de comercio», *Actas del V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, San Fernando, febrero de 2010.
- «¿Conejos salidos de una chistera, o muestras de sentido común?», *El Norte de Castilla*, 30 de noviembre de 2009.
- «Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la transposición de la Directiva de Servicios», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, septiembre 2009.
- «Reformas administrativas para 2010: La difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. ¿?, 2009.
- «Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: Análisis de la Ley Ómnibus», en *Libro Marrón del Círculo de Empresarios*, 2009.
- «La transposición de la Directiva de Servicios en España», en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Cívitas, 2009.
- «La obligación de resolver», en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), *El silencio administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.
- *El Estado vigilante. Consideraciones sobre la función inspectora de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1999.
- RIVERO YSERN, E.: «La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: Autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Cívitas, 2009.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: «La Directiva de Servicios: ¿Una ocasión para repensar la libertad de empresa?», en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Cívitas, 2009.
- TOLIVAR ALAS, L.: «La cuarta liberalización funeraria», *Blog es público*, [www.administraciónpública.com](http://www.administraciónpública.com).
- TORRES COBAS, F.: «Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales: El adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales», *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 4, julio-septiembre 2009.
- VANDELLI, L.: *El poder local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las Regiones*, Madrid, INAP, 1992.

- VELASCO CABALLERO, F., y SCHNEIDER, J.-P.: *La Unión administrativa europea*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- VELASCO CABALLERO, F., y SIMOU, S.: «Cooperación interadministrativa en la directiva de servicios», *Revista de Estudios Locales*, número monográfico, 2009.
- VILLAREJO GALENDE, H.: «La reforma de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León», en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, 2010.
- (dir.): *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Granada, Comares, 2009.
- *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Granada, Comares, 2008.



---

# Ordenanza por la que se establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades

Cayetano PRIETO ROMERO

*Director General de Organización y Régimen Jurídico  
Ayuntamiento de Madrid*

## RESUMEN

*El presente trabajo es un estudio sobre las fórmulas de colaboración público-privada en el desarrollo de funciones públicas, en este caso, en lo concerniente al desarrollo de las funciones de verificación y control en el ámbito de las licencias urbanísticas de actividades. Para ello, el autor efectúa un recorrido detallado por los antecedentes de esta nueva forma de actuación, para detenerse en el análisis de la reciente Ordenanza madrileña por la que se establece el Régimen de Gestión de Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades.*

**Palabras clave:** colaboración público-privada; entidades colaboradoras; funciones públicas; licencias urbanísticas; verificación y control.

## ABSTRACT

*This essay is a study of the different public-private partnership formulas in the carrying out of public functions, in this particular case, regarding the carrying out of the verification and control functions in the context of planning permits. To this end, the author makes a detailed comprehensive investigation of the backgrounds of this new form of action giving special attention to the analysis of the recent Madrid By-Law which established the framework for the management of the control of planning operative permits.*

**Key words:** public-private partnership; collaborator entities; public functions; planning permits; verification and control.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN QUE HA MOTIVADO LA COLABORACIÓN CON ENTIDADES PRIVADAS.—II. LAS CAUSAS QUE MOTIVAN LA COLABORACIÓN DE ENTIDADES PRIVADAS EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES

PÚBLICAS.—1. Antecedentes.—III. EL SISTEMA DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA GESTIÓN Y CONTROL DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS DE ACTIVIDADES EN LA OGLUA.—1. Líneas generales del sistema.—2. Objeto y finalidad.—3. Actividades excluidas.—4. Régimen jurídico.—5. Funciones públicas asignadas a las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas: el certificado de conformidad.—6. Acción inspectora municipal.—7. Gestión sujeta a contraprestación: idea rectora de no empeorar la situación del particular.—8. Sistemas de acreditación y autorización.—8.1. *Acreditación*.—8.1.1. Requisitos para la acreditación.—8.1.2. Denegación de la acreditación.—8.1.3. Vigencia y coste de la acreditación.—8.1.4. Modificación, retirada y suspensión de la acreditación.—8.1.5. Responsabilidad de la entidad de acreditación.—8.2. *Autorización administrativa. Registro*.—8.2.1. Obtención de la autorización administrativa.—8.2.2. Suspensión y extinción de la autorización.—9. Obligaciones de las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas.—10. Supervisión y control de las ECLU.—11. Los procedimientos de gestión de las licencias de actividades: aspectos generales.—11.1. *El nuevo esquema de procedimientos para la gestión de las licencias urbanísticas de actividades y de las comunicaciones previas*.—11.2. *El certificado de conformidad*.—11.3. *Exclusividad de la actuación de la ECLU*.—11.4. *El procedimiento de licencias para la implantación o modificación de actividades*.—11.4.1. Fundamento legal.—11.4.2. Objeto.—11.4.3. Tramitación ante la ECLU.—11.4.4. Tramitación del procedimiento administrativo.—A) *Iniciación*.—B) *Instrucción*.—a) *Requerimiento de subsanación*.—b) *Informes técnicos preceptivos y el informe jurídico*.—c) *Plazo de resolución y silencio administrativo*.—d) *Actividades sometidas a evaluación ambiental*.—e) *Actividades recreativas y de espectáculos públicos*.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN: DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN QUE HA MOTIVADO LA COLABORACIÓN CON ENTIDADES PRIVADAS

El Derecho urbanístico constituye, sin duda alguna, uno de los ámbitos de actuación de las Administraciones públicas que más incidencia tiene en el desarrollo y promoción económica de las ciudades y, muy especialmente, dentro del mismo, el régimen jurídico propio de la expedición y gestión de las licencias urbanísticas.

Ya desde los años ochenta, y hasta hoy, las distintas Administraciones públicas, en especial los gobiernos locales, han venido realizando una constante labor de adaptación jurídica y técnica de su normativa y de sus instrumentos de gestión a las sucesivas modificaciones introducidas por el legislador estatal y autonómico en este ámbito. Éste ha sido el caso del propio Ayuntamiento de Madrid, a través de las distintas Ordenanzas reguladoras del régimen de tramitación de licencias urbanísticas de 1989, 1997 y, más recientemente, del año 2004<sup>1</sup>.

Además de realizar la oportuna traslación jurídica de las innovaciones legales estatales y autonómicas, el regulador local ha tratado de alcanzar dos objetivos prioritarios en esta materia. En primer término, simplificar los trámites administrativos insertos en el procedimiento de expedición de las licencias urbanísticas; y, en segundo lugar, y en directa relación con lo anterior, conseguir una mayor eficacia y celeridad en la gestión

<sup>1</sup> Ordenanza Especial de Tramitación de Licencias y Control Urbanístico de 28 de abril de 1989, Ordenanza Especial de Tramitación de Licencias y Control Urbanístico de 29 de julio de 1997 y Ordenanza de Tramitación de Licencias Urbanísticas de 23 de diciembre de 2004 (OMTLU).

de las mismas, sin que ello acarree, en ningún caso, una merma de los derechos esenciales del ciudadano reconocidos por la normativa urbanística ni, obviamente, afectar negativamente a la certeza y legalidad de lo que se verifica con el procedimiento para la obtención de la licencia. En definitiva, ganar en celeridad y eficacia sin sacrificar los derechos del ciudadano y la propia tutela del interés público.

En el caso del Ayuntamiento de Madrid, el proceso de simplificación y de mejora en la eficacia en la gestión ha venido acompañado por un constante esfuerzo presupuestario, técnico y de recursos humanos en este sector de actividad, si bien, la información cuantitativa de la que ha venido disponiendo el gobierno de la ciudad no permitía constatar una reducción significativa de los plazos de tramitación, manteniéndose en tasas apreciablemente superiores a la media que existía en la práctica totalidad del resto de los procedimientos administrativos gestionados por la Administración municipal.

En definitiva, los datos de gestión venían a indicar que el volumen de solicitudes de licencias urbanísticas, y su evolución a corto plazo, en una ciudad como Madrid<sup>2</sup>, era permanentemente mayor a la capacidad de respuesta de su propia Administración, al menos conforme a los estándares de gestión que el propio gobierno de la ciudad entendía como deseables.

Esta situación motivó que en 2008 se decidiera promover un proceso de reflexión sobre las causas jurídicas, técnicas y organizativas que impedían que el procedimiento de expedición de las licencias urbanísticas alcanzase unos niveles adecuados de gestión de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia y celeridad en su tramitación.

El trabajo de análisis y reflexión realizado en el periodo 2008-2009 incluyó un estudio detenido de los distintos factores-clave que incidían en el procedimiento, poniéndose de manifiesto la extraordinaria complejidad técnica que, cada vez en mayor medida, venía introduciendo la legislación sectorial en este procedimiento administrativo (medio ambiente, seguridad contra incendios, patrimonio histórico, salud pública, etc.), así como el progresivo aumento de los aspectos técnicos que debían ser tenidos en cuenta en el momento del estudio de la solicitud, fruto, en muchos casos, de la propia evolución de los componentes o elementos físicos instalados y del alcance e intensidad de la labor de verificación en cumplimiento de normas aprobadas por la propia Unión Europea.

Asimismo, el análisis incluyó un estudio detenido de las experiencias existentes en otras Administraciones públicas que, ya desde los años ochenta, venían apelando a la colaboración técnica de operadores privados en múltiples sectores de intervención administrativa en las actividades de los particulares.

Todo ello está en el origen de la aprobación, por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de la Ordenanza por la que se establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades de 29 de junio de 2009 (en adelante OGLUA).

<sup>2</sup> En 2008 se presentaron en el Ayuntamiento de Madrid casi 22.000 solicitudes de licencias urbanísticas.

En el presente trabajo abordaremos, en primer lugar, los más recientes antecedentes normativos y jurisprudenciales de la atribución de funciones públicas a sujetos privados. Seguidamente describiremos los aspectos esenciales del nuevo sistema de gestión de licencias de actividades definido en la OGLUA y, en particular, se desarrollará con detalle el procedimiento de licencias para la implantación y modificación de actividades. No trataremos aquí otros aspectos relevantes de este sistema como son los referentes al control periódico, las garantías de los ciudadanos o el régimen sancionador.

## II. LAS CAUSAS QUE MOTIVAN LA COLABORACIÓN DE ENTIDADES PRIVADAS EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

El recurso a la colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones públicas no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo, en la actualidad, un mecanismo cada vez más utilizado en el ámbito de la gestión de cualquier Administración pública<sup>3</sup>. Las Administraciones públicas del Estado del bienestar desarrollan tal volumen de actividad que resultaría prácticamente inviable atender eficientemente a las demandas ciudadanas sin el recurso a operadores privados o de carácter social.

La colaboración de entidades privadas en la realización de tareas de carácter administrativo se justifica, en último extremo, por la necesidad de prestar los servicios públicos bajo los principios de eficacia y eficiencia, y ello no sólo por la necesidad de mantener las cuentas públicas dentro de los parámetros exigidos por la convergencia económica europea, sino por la existencia de razones coyunturales que exigen una política presupuestaria de restricción y control del gasto público a la vista de la actual situación de la economía.

Este fenómeno de colaboración privada se aprecia con una especial intensidad en el ejercicio de las funciones administrativas de control, inspección, verificación y certificación.

Las causas que explican este creciente recurso a organizaciones privadas para el desempeño de determinadas funciones públicas son, entre otras, las siguientes: 1) La simplificación de procedimientos y la creciente intervención de diferentes técnicos competentes en la materia. 2) El aumento de la complejidad técnica de las normas, los procesos, productos e instalaciones a controlar e inspeccionar. 3) El desajuste entre la capacidad técnica, organizativa y procedimental de las Administraciones públicas y la complejidad, cuantitativa y cualitativa, de los controles e inspecciones exigidos por la normativa vigente<sup>4</sup>. Esta circunstancia se acrecienta con el progresivo aumento de los elementos

<sup>3</sup> A. GALÁN GALÁN y C. PRIETO ROMERO, «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», *Anuario de Derecho Municipal*, Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, 2008, pp. 63-104. En este trabajo abordamos algunas de las principales cuestiones relacionadas con las entidades privadas que colaboran con la Administración en el ejercicio de funciones públicas, a las cuales me referiré de forma resumida en el presente trabajo.

<sup>4</sup> Como indica C. PADRÓS REIG, este fenómeno «no refleja más que un retraimiento por parte del Estado ante las actividades eminentemente técnicas, a las que las estructuras públicas no se adaptan con suficiente

concretos a controlar e inspeccionar para garantizar, entre otros aspectos, la protección de los ciudadanos y del medioambiente. 4) La transposición al ordenamiento jurídico interno de las normas de Derecho comunitario que introducen requerimientos técnicos adicionales, a nivel europeo, en consonancia con la evolución de la tecnología y de los nuevos sectores de actividad económica.

En definitiva, la externalización del ejercicio de determinadas funciones públicas, motivada por la concurrencia de las causas reseñadas, se justifica, como se ha señalado más arriba, en la búsqueda de una mayor eficacia de la actuación administrativa y una mayor eficiencia en la asignación de recursos<sup>5</sup>.

Por otra parte, la traslación del ejercicio de determinadas funciones públicas a sujetos privados no supone que la Administración renuncie a la responsabilidad que le corresponde en cuanto titular de las mismas. Por ello, la Administración mantiene un control permanente sobre el desarrollo de las funciones externalizadas y sobre los sujetos que las desempeñan. Este control permite garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos, así como hacer compatible el ejercicio de las funciones públicas irrenunciables con la colaboración del operador privado<sup>6</sup>.

Este control de las funciones administrativas encomendadas a sujetos privados ha de producirse en diversas fases temporales, tanto a priori como una vez finalizada la actuación de que se trate.

Así, existen controles preventivos o *ex ante*, consistentes en exigir a los sujetos privados colaboradores una serie de requisitos o cualificaciones de orden técnico, de solvencia económica, de experiencia y de transparencia, que permitan garantizar al máximo la protección de los intereses generales implicados en estos procesos. Estos requerimientos, previos al inicio de la actividad de los sujetos colaboradores, pueden hacerse compatibles con el establecimiento de otras medidas adicionales, como la suscripción de pólizas de seguros que permitan afrontar los hipotéticos errores del colaborador en el despliegue de su actividad o los eventuales incumplimientos de las condiciones contenidas en la autorización/habilitación. En el caso de la OGLUA este examen se articula a través de los procesos de acreditación y autorización, como se verá más adelante.

También existen controles posteriores o *ex post*, esto es, cuando la transferencia de la función pública a las entidades colaboradoras ya se ha hecho efectiva, que se ejercen a través de auditorías, mediante la exigencia de informes periódicos de actividad,

---

celeridad». En «La articulación del concepto de “colaboración” desde el punto de vista del ordenamiento administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, 2009, pp. 282-283.

<sup>5</sup> D. CANALS I AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada, Comares, 2003, p. 229.

<sup>6</sup> PADRÓS REIG manifiesta que «no se trasladaría al ámbito privado más que la gestión técnica de una función pública, quedando en manos de la Administración cruciales potestades de dirección y control. No estamos pues ante una figura que implique traslación de poder (*auctoritas interpositio*), que estaría prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, ni ante una integración orgánica de la estructura privada que formalmente se mantiene al margen de la organización burocrática». *Cf.*: «La articulación del concepto de “colaboración”...», p. 281.

o mediante la articulación de un severo régimen sancionador que puede acarrear la suspensión o retirada de las autorizaciones y habilitaciones. Adicionalmente, se prevé un sistema de reclamación ante la Administración frente a las actuaciones de las entidades autorizadas que el ciudadano entienda no ajustadas a Derecho o técnicamente erróneas. La OGLUA ha contemplado estas fórmulas de control, así como un sistema de reclamaciones que se inicia ante la entidad colaboradora y es susceptible de revisión por el Ayuntamiento de Madrid.

## 1. Antecedentes

La colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones administrativas tiene lugar en diferentes ámbitos<sup>7</sup>. Las funciones en las que, con mayor frecuencia, se viene recurriendo a la colaboración privada son las de inspección, verificación y certificación. Como paradigma de la regulación de esta colaboración, podemos citar la que el sector industrial ha incorporado a través de organismos de diferente naturaleza y con distintos cometidos. La Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, desarrollada por el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de infraestructura para la calidad y la seguridad industrial, prevé la colaboración de entidades privadas en la autorización de actividades en el sector de la seguridad industrial<sup>8</sup>. Esta colaboración se dispone igualmente, con distinto alcance, en el ámbito de la calidad industrial.

Un caso singular lo constituye la inspección técnica de vehículos, en la que la participación de entidades privadas colaboradoras fue expresamente refrendada por el Tribunal Supremo.

Otros ejemplos de colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas podemos encontrarlos en materia de medioambiente, prevención de riesgos laborales, adopción internacional, servicios sociales, en la ordenación vitivinícola, agricultura ecológica, calidad alimentaria, montes y caza, control y vigilancia de la calidad de las aguas, contaminación acústica, embarcaciones de recreo e inspección y control de buques, etc.

El ejemplo más reciente de la regulación normativa de esta colaboración privada lo encontramos en la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña, que se aprueba, según señala su preámbulo, con el objetivo de adaptar el ordenamiento autonómico a la Directiva de Servicios. Para ello, las modificaciones normativas que establece pretenden «eliminar los obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros, garantizando la seguridad jurídica necesaria para su ejercicio efectivo». Al servicio de este objetivo, su disposición adicional segunda contempla la colaboración de entidades pri-

<sup>7</sup> En la obra de D. CANALS I AMETLLER se puede consultar un completo análisis doctrinal sobre la colaboración privada en el ejercicio de las funciones públicas, sus fundamentos y mecanismos de atribución de autoridad. Cfr. *El ejercicio por particulares de funciones...*, cit., pp. 269 y ss.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 111 y ss.

vadas en el ejercicio de las funciones administrativas de verificación, inspección y control en el ámbito urbanístico. A través de esta previsión normativa, la Comunidad de Madrid viene a avalar la regulación contenida en la OGLUA que, como se ha señalado, obedece a los objetivos mencionados.

Entre los antecedentes jurisprudenciales sobre esta colaboración, es destacable, por referirse a la ciudad de Madrid, el relativo a la Ordenanza de Conservación, Rehabilitación y Estado Ruinoso de las Edificaciones, de 28 de enero de 1999 (OCRERE).

Esta Ordenanza regula, por primera vez, la inspección técnica de edificios (ITE). La realización de dicha inspección, que no estaba entonces prevista en ninguna norma con rango legal, se encomendaba a «profesionales titulados legalmente competentes para ello» (arts. 25 a 32). Esta nueva regulación se justificaba en la necesidad de instrumentar un procedimiento que pudiera garantizar la adecuada conservación de las edificaciones con un bajo coste en términos organizativos y presupuestarios<sup>9</sup>.

El resultado de las inspecciones se documentaba por los técnicos privados en un modelo oficial de informe, expresando si el resultado de la inspección era favorable o desfavorable. Dicho informe, una vez completado, se visaba por el Colegio profesional correspondiente y se remitía a la propiedad del edificio y a la Administración municipal (art. 31.1).

La OCRERE fue recurrida ante el TSJ de Madrid, alegando los recurrentes que la ITE era una obligación onerosa impuesta a los propietarios carente de respaldo legal, que infringía los arts. 9, 33 y 103 de la CE.

El TSJ, mediante sentencia de 28 de mayo de 2003, estima el recurso contencioso administrativo y anula la regulación de la ITE (arts. 25 a 32 de la OCRERE), entre otras razones, porque la ITE supone una carga adicional respecto del derecho de propiedad, ya que el coste a abonar a los profesionales que realicen la ITE implica una merma o restricción de carácter económico que afecta al contenido esencial de dicho derecho. Por ello, en opinión del TSJ, al no existir ninguna ley que habilite a establecer dicha carga de carácter oneroso, la OCRERE carece de cobertura legal e infringe el principio de legalidad y de jerarquía normativa<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> «La novedad más importante de este Título es la regulación, en el capítulo 3.º, de la Inspección Técnica de Edificios, mediante la cual se pretenden evitar las consecuencias que la falta de una conservación apropiada genera en las edificaciones. Al objeto de que esta nueva tarea pueda ser asumida por la organización administrativa existente y no incrementado de forma innecesaria el presupuesto municipal, se parte de organizaciones institucionales ya existentes, los Colegios Profesionales, capaces de realizar esta inspección de forma eficaz. El único Servicio de nueva creación es el Registro de Edificios, que, dependiente de la Gerencia Municipal de Urbanismo, coordinará el cumplimiento de dicho deber y la subsecuente intervención municipal si fuera necesaria. La implantación del Registro requiere, con todo, la realización de algunos importantes trabajos previos: censo de edificaciones, desarrollo de aplicaciones informáticas y adquisición de los equipos necesarios, dotación de personal, etc. Todo ello ha aconsejado establecer, como se hace en la Disposición Transitoria 2.ª, unos plazos para la paulatina entrada en vigor de esta regulación».

<sup>10</sup> El TSJ consideró que también era ilegal la regulación de las multas coercitivas previstas en la OCRERE, al conceptualizarlas como auténticas sanciones administrativas, que al carecer de habilitación legal previa infrin-

Nótese que en el momento de dictarse esa sentencia ya se había aprobado la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSCM), que regula, ya con rango de ley, la inspección técnica de edificios. Así lo indica expresamente la sentencia del TSJ como un argumento más a favor de su tesis de que la OCRERE infringía el principio de reserva de ley<sup>11</sup>.

La sentencia del TSJ fue recurrida en casación por el Ayuntamiento de Madrid. El recurso de casación fue resuelto por el TS, mediante sentencia de 26 de junio de 2007, anulando en parte la sentencia del TSJ y declarando la legalidad de la ordenanza. El TS declara la legalidad del sistema de colaboración mediante técnicos privados, precisando que el mismo no vulnera el principio de reserva de ley previsto en el art. 33 de la CE<sup>12</sup>.

gen los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora. Adicionalmente, el TSJ consideró que el principio de igualdad también resultaba infringido. En primer lugar, porque el establecimiento de unos plazos para realizar las inspecciones sin la existencia de una ley general, provocaría que cada Ayuntamiento pudiera establecer los plazos que considerase oportunos, existiendo por tanto mayor intensidad de gravamen en aquellos municipios que establecieran plazos más cortos entre una inspección y otra. En segundo lugar, porque la exención de la ITE de los edificios propiedad de personas jurídico públicas constituía un privilegio injustificado contrario al art. 14 de la CE.

<sup>11</sup> «Concluyendo, pues, entiende la Sala que los arts. 25 a 32 de la ordenanza impugnada son nulos de pleno derecho, tesis que además viene avalada con la publicación posterior de la Ley del Suelo de la Comunidad Autónoma de Madrid núm. 9/2001, de 17 de julio, que tiene rango legal suficiente para imponer al derecho de propiedad un gravamen oneroso como es la realización de la inspección técnica de edificios, y que otorga cobertura legal suficiente a la regulación específica que los distintos municipios puedan establecer en desarrollo de la misma, mediante la publicación de las correspondientes ordenanzas siempre que no contradigan los criterios de la propia Ley».

<sup>12</sup> Al hilo de este pronunciamiento, las SSTs de 7, 14 y 15 de octubre, y 17 de noviembre de 2009, efectúan importantes consideraciones sobre la vinculación de las Ordenanzas al principio de legalidad. «El motivo de casación trasluce [...] una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la Corporación local sólo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. Sin embargo, hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro Ordenamiento, cual es la *Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988*. Ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

En esta línea, prescindiendo ahora por su problemática singular de algunas significativas que se refieren a la potestad normativa local en materia sancionadora (como por ejemplo las de 29 de septiembre de 2003 y 25 de mayo de 2004), son de oportuna cita dos sentencias de este Tribunal de fechas 21 de mayo de 1997 y 30 de enero de 2008, dictadas respectivamente en el recurso de apelación 5996/1992 y en el de casación 1346/2004. En la primera de ellas, frente a la tesis que negaba la competencia municipal por no existir a su favor un acuerdo firme y definitivo por parte de la Administración titular de la competencia principal en la materia, afirmamos que esa interpretación es excesivamente restrictiva y dudosamente compatible con la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (art. 140 de la Constitución), la cual debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la *Carta Europea de Autonomía local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 enero 1988*, con arreglo a cuyo art. 4.2, «*las Entidades locales tienen, dentro*

El TS parte de la consideración inicial de que una ordenanza no puede agravar el deber de conservación, porque ello afectaría al contenido esencial del derecho de propiedad (FJ 6.º). El deber de conservación es el deber primario y sustancial impuesto por la legislación urbanística, pero ese deber incluye también el accesorio de demostrar su cumplimiento, ya que cuando se trata de deberes de resultado, el deber accesorio es inherente al primero y «la forma y modo en que el propietario demuestra que lo cumple no está regulado en la ley, ni es necesario, porque constituyen, en todo caso, aspectos accesorios que no afectan al contenido esencial del derecho de propiedad, pues el derecho de propiedad sobre el edificio es el mismo antes y después de la vigencia de la ordenanza que aquí se discute, y que se limitó a imponer el deber accesorio de demostración del cumplimiento de un deber principal, el de conservación».

Por tanto, estos aspectos accesorios e instrumentales no están sujetos a reserva de ley, según el TS, y el Ayuntamiento está habilitado a regular mediante ordenanza ese otro deber instrumental o formal, que puede incluir la obligación de pasar una inspección técnica y el de acreditarla mediante la presentación de una inspección realizada por un técnico privado<sup>13</sup>.

### III. EL SISTEMA DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA GESTIÓN Y CONTROL DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS DE ACTIVIDADES EN LA OGLUA

#### 1. Líneas generales del sistema

El sistema regulado en la OGLUA asigna a las entidades colaboradoras el desempeño de determinadas funciones vinculadas a la gestión de las licencias urbanísticas;

*del ámbito de la Ley*, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad” y en la segunda, en un supuesto de impugnación de una ordenanza de un municipio catalán que regulaba la liberación de olores a la atmósfera, entendimos que las Corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias, como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, “para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones públicas a que se refiere el *art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*”.

<sup>13</sup> Respecto de los demás argumentos empleados por el TSJ de Madrid, el TS consideró que no existía atentado al principio de igualdad por el hecho de que cada municipio pueda establecer unos plazos distintos de inspección, ya que el deber de conservación es igual en todos los municipios, y las diferencias en la regulación del deber instrumental de acreditación no atentan al principio de igualdad. No obstante, existen dos aspectos de la ordenanza cuya anulación sí resulta confirmada: 1. La regulación de las multas coercitivas, al considerar el TS que aun no siendo sanciones administrativas, las multas coercitivas, como medio de ejecución forzosa, requieren de una habilitación legal previa (art. 99.1 LRJPAC), que en el caso de la OCRERE no existe. En consecuencia, se anula el art. 26.2 de la OCRERE. 2. La exención de la ITE respecto de las personas jurídico-públicas, al considerar el TS que las personas jurídico-públicas no están exceptuadas del deber de conservación y carece de toda justificación que se exima de una obligación general y accesoria del deber de conservación a personas jurídicas de naturaleza pública. En consecuencia, se anula el art. 32.1 y 2.

se trata por tanto de un sistema de colaboración privada en el ejercicio de funciones administrativas.

En concreto, esta colaboración supone que esas entidades van a llevar a cabo una parte del ejercicio de las funciones públicas referidas a la gestión de las licencias urbanísticas de actividades, consistente en el examen o comprobación documental de la solicitud y en la verificación del cumplimiento de la legalidad aplicable a la actuación solicitada, que se expresará en el certificado de conformidad, como luego veremos. De este modo, la solicitud se presentará posteriormente al Ayuntamiento de Madrid, al que corresponde la tramitación, la resolución del procedimiento y la inspección.

Además, las entidades colaboradoras ejercerán funciones de supervisión de las obras ejecutadas en los casos de procedimiento ordinario, y participarán en el seguimiento o inspección<sup>14</sup> de las licencias otorgadas mediante el control periódico de las actividades.

En definitiva, el sistema de colaboración público-privada regulado en la OGLUA no transfiere el ejercicio completo de la función pública de gestión de las licencias urbanísticas, sino sólo la parte referente a la verificación documental y a la corrección técnica del proyecto presentado por el solicitante, por tanto, se trata de un sistema de externalización parcial. En este sentido, resultan clarificadoras las palabras del preámbulo: «En todo caso, el diseño que incorpora la ordenanza no responde a un fenómeno de desapoderamiento o eliminación de funciones públicas irrenunciables, pues la competencia para el otorgamiento o la denegación de la licencia corresponde al Ayuntamiento. Se trata, bien por el contrario, de contribuir a la satisfacción de los intereses y derechos de los ciudadanos en términos de mayor eficacia, sin merma de la indiscutible responsabilidad pública en la materia, todo ello en sintonía con los modelos de regulación más recientes y avanzados cuyo objetivo responde a la necesidad de simplificar, en la medida de lo jurídicamente posible, el régimen de intervención administrativa en la materia, compatibilizando esta finalidad con la garantía de los demás intereses —públicos y privados— que se encuentran en juego».

Por otra parte, la titularidad municipal de la función pública de gestión y control de licencias, conlleva una consecuencia determinante en la definición del sistema, cual es la relativa a la responsabilidad de las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas (ECLU) y del Ayuntamiento. En este sentido, la OGLUA prevé que las ECLU ejercerán sus funciones bajo su propia responsabilidad y deberán responder de los daños y perjuicios que pudiera provocar su actuación al Ayuntamiento de Madrid, a los titulares de actividades que contraten sus servicios, o a terceros, para lo cual deberán suscribir la correspondiente póliza de seguros, por la cuantía que determine el Ayun-

---

<sup>14</sup> J. AMENÓS ÁLAMOS no encuentra objeción para que determinadas tareas de inspección en el ámbito urbanístico sean ejercidas por entidades particulares, entendiéndose que el campo propio de esta actividad se circunscribirá a «una actividad material o técnica de patrulla, examen, verificación y análisis» y a «la formulación de específicas declaraciones de conocimiento sobre lo comprobado que se concretarán documentalmente en actas o certificaciones», en *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1999, p. 127.

tamiento. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad del Ayuntamiento de Madrid, como luego se explicará.

Como se ha apuntado, este sistema de colaboración privada se desarrolla en el ámbito de las licencias de actividades o negocios —con algunas excepciones— por su incidencia directa en la actividad económica de la ciudad.

Sin perjuicio de lo expuesto, las líneas básicas del nuevo sistema de gestión de licencias de actividades son:

En primer lugar, se ha ampliado el ámbito de la comunicación previa a todas las actividades que no tengan incidencia sobre el medioambiente, la seguridad de las personas, la protección del patrimonio histórico y artístico o la salud pública, en el marco de los principios contenidos en la LSCM (art. 156).

En segundo lugar, se trata de simplificar los procedimientos de tramitación de licencias, a través de una reducción de los trámites y de un aumento de las garantías para los ciudadanos y para el interés general.

En tercer lugar, las entidades colaboradoras habrán de estar sometidas a rigurosos criterios de acreditación y autorización que permitirán garantizar el ejercicio de sus funciones en términos de objetividad, imparcialidad, eficacia, celeridad, transparencia, rigor técnico y responsabilidad, conforme a la norma UNE-EN ISO/IEC 17020. Dichas funciones se desarrollarán bajo la permanentemente supervisión de la entidad de acreditación y del Ayuntamiento de Madrid.

## 2. Objeto y finalidad

La OGLUA establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas y comunicaciones previas para la implantación, desarrollo, modificación o cambio de actividades, impliquen o no la realización de obras. Se incluyen, por tanto, en su ámbito de aplicación todas las actuaciones urbanísticas referentes a una actividad o al establecimiento físico en el que se ubique (art. 1), y quedan fuera las referentes a obras en uso residencial o vivienda que se regirán por las prescripciones de la OMTLU.

Por otra parte, a fin de clarificar las actividades sujetas al ámbito de la OGLUA, se concreta la tipología de actividades cuya implantación, desarrollo, modificación o cambio será objeto de las labores de verificación y control de las ECLU por requerir licencia urbanística o comunicación previa (art. 9). Se define esta tipología de actividades de acuerdo con la clasificación de usos, clases y categorías contenida en las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 17 de abril de 1997.

Como se ha argumentado, la particularidad principal de este régimen es que permite la colaboración de entidades privadas en el proceso de gestión de las solicitudes de licencias urbanísticas y de las comunicaciones previas, con la finalidad de mejorar la eficacia administrativa en esta materia (art. 2). En este sentido, el preámbulo de la OGLUA se-

ñala que «...esta colaboración que se encomienda a las entidades colaboradoras en la fase previa a la solicitud y en el control periódico, persigue, en consecuencia, obtener una mayor agilidad en la actuación administrativa, manteniendo en cualquier caso el respeto y cumplimiento de la legalidad».

### 3. Actividades excluidas

La OGLUA relaciona en el art. 4 las actividades que se excluyen de su ámbito de aplicación, cuyas solicitudes de licencias o de comunicación previa se tramitarán conforme a las disposiciones de la OMTLU o norma que la sustituya.

Así, en atención a la naturaleza del sujeto solicitante, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la ordenanza aquellas licencias y comunicaciones previas para la implantación, desarrollo o modificación de actividades cuya titularidad corresponda a las Administraciones públicas, organismos públicos o entidades de Derecho público y demás entes públicos [art. 4.1.a)].

En atención al ámbito físico en el que se ubica la actividad o negocio, se excluyen aquellas que se desarrollen en bienes de dominio público y precisen la obtención de la correspondiente autorización o concesión demanial [art. 4.1.b)] y también las solicitudes de licencias o comunicaciones previas que afecten a varios usos urbanísticos ubicados en un mismo inmueble, cuando alguno de esos usos no estuviera sujeto a la OGLUA previéndose en estos casos la aplicación de la OMTLU (art. 4.2), por ejemplo, la solicitud de licencia de obras de consolidación de un edificio en el que se alojan negocios y viviendas.

### 4. Régimen jurídico

El régimen jurídico de las licencias de actividades objeto de la OGLUA estará constituido por sus propias disposiciones, por las de la OMTLU, en todo lo que no contradiga o se oponga a aquélla, y por las demás normas que resulten de aplicación. Nótese, por tanto, que la OGLUA no desplaza a la OMTLU, sino que contempla las especialidades respecto de la regulación general contenida en ésta en lo referente a los procedimientos de gestión de las licencias de actividades (art. 5).

Esto supone que la OMTLU viene a actuar como norma general y la nueva ordenanza como norma especial referida a la gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades. En este sentido, por ejemplo, el marco general contenido en el título I de la OMTLU, así como las disposiciones generales relativas al régimen jurídico de los procedimientos —derechos y deberes de los interesados, principio de celeridad procedimental, proyectos técnicos, estudio de seguridad y salud, etc.— contenidas en el título II, son de aplicación directa a las licencias de actividades. Por el contrario, no serán de aplicación a

la gestión de las licencias de actividades las disposiciones de la OMTLU contenidas en el título II que contradigan o se opongan a las prescripciones de la OGLUA.

Por otra parte, los contenidos de la OGLUA conforman una nueva regulación no prevista en la OMTLU, por esto, la única materia en la que existe coincidencia entre ambas es la referente al régimen jurídico de los procedimientos (título III de la OGLUA y título II de la OMTLU); consecuentemente, sólo en este ámbito puede producirse contradicción entre dichas normas, y es en esta materia en la que la OGLUA prevalece respecto de las disposiciones de la OMTLU. En cualquier caso, la disposición final cuarta de la OGLUA prevé la elaboración de una nueva ordenanza que refunda la misma con la OMTLU en un solo texto normativo, de forma que toda la regulación municipal en materia de licencias urbanísticas se integre en una única norma.

Se establece asimismo la posibilidad de que el Alcalde y la Junta de Gobierno puedan dictar las disposiciones que correspondan en el ejercicio de sus competencias, de acuerdo con la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (LCREM).

## 5. Funciones públicas asignadas a las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas: el certificado de conformidad

Como señala el preámbulo: «La tarea que se encomienda a las entidades colaboradoras en el procedimiento de otorgamiento de la licencia, *queda limitada a la colaboración con el solicitante para verificar que la actividad, tal y como se proyecta desarrollar de forma concreta, se sujeta plenamente a la legalidad*, de forma tal que sólo podrán tramitarse por el Ayuntamiento aquellas solicitudes de licencia que vengan acompañadas del oportuno certificado de conformidad emitido por una entidad colaboradora. De esta forma, la entidad colaboradora *realiza una primera o inicial tarea de comprobación del cumplimiento de las exigencias de la legalidad del proyecto, en la forma en que lo pretenda el interesado*»<sup>15</sup>.

En este sentido, el art. 8 de la OGLUA determina que el ámbito de actuación de las ECLU, que concreta y desarrolla el título III, lo constituyen las labores de verificación en los procedimientos ordinario común y abreviado, en el procedimiento para la implantación y modificación de actividades, en las comunicaciones previas, así como el desarrollo de la labor de control periódico.

La función de verificación se define en el art. 3 como la evaluación y comprobación de la conformidad con el ordenamiento urbanístico de las actividades y obras incluidas en el ámbito de aplicación de la ordenanza.

Una vez efectuadas las funciones descritas la entidad colaboradora expedirá el correspondiente certificado de conformidad, que se define como el documento en el que se

<sup>15</sup> La cursiva es nuestra.

acredita el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el ordenamiento urbanístico para la realización de las actuaciones solicitadas (art. 3)<sup>16</sup>. De manera que si la ECLU no emite el certificado de conformidad el procedimiento administrativo municipal no puede tramitarse. Constituye, por tanto, este certificado, como señala el preámbulo, un requisito imprescindible para la tramitación del procedimiento administrativo, que sigue siendo de Derecho público y de responsabilidad municipal, de forma tal que el Ayuntamiento de Madrid mantiene íntegras las potestades de decisión sobre el otorgamiento o denegación de la licencia solicitada.

Con este esquema de colaboración privada se pretende que las solicitudes de licencias que se presenten al Ayuntamiento de Madrid se encuentren plenamente adecuadas a la legalidad vigente, tanto en la vertiente documental como en lo referente al cumplimiento de la normativa urbanística y sectorial que resulte de aplicación. De esta forma el Ayuntamiento podrá resolver en un plazo breve la solicitud formulada, evitándose la gestión administrativa y la carga burocrática que supone la tramitación de solicitudes de licencias que se presentan sin la documentación exigida y sin respetar la legalidad vigente.

En definitiva, como también determina explícitamente el preámbulo de la OGLUA, la aportación de este sistema de colaboración privada «...es una forma de corrección técnica de lo proyectado<sup>17</sup>, respaldada por la responsabilidad que se establece sobre aquéllas» —las ECLU— «al emitir el certificado de conformidad, lo que posibilita una mayor confianza en la actuación de los particulares y un incremento de la celeridad en la actuación de la Administración».

Dicho esto, ha de precisarse que en el caso de las comunicaciones previas, y conforme a lo establecido en el art. 156 de la LSCM, el certificado de conformidad habilita al solicitante a realizar la actuación pretendida, sin que tenga que tramitarse procedimiento administrativo alguno. En este caso, además, el certificado de conformidad se convierte en una garantía adicional para el interesado al contar con la verificación previa de una entidad colaboradora.

Se somete también a la supervisión de las ECLU la ejecución de las obras, con el objetivo de facilitar la consecución de la licencia de primera ocupación y funcionamiento. Efectivamente, en el procedimiento ordinario común y abreviado —ambos exigen proyecto técnico de obras—, la ejecución de las obras se realizará bajo la supervisión de la ECLU, debiéndose requerir al interesado las adecuaciones que resulten procedentes de acuerdo con la normativa vigente (art. 41.1). De este modo se consigue que la ejecución de la obra se adecue plenamente a la licencia otorgada, lo que permitirá consecuentemente mejorar la gestión de aquella licencia. No obstante, conforme a lo previsto en la LSCM, la visita de inspección de las obras con motivo del inicio o acta de replanteo de

<sup>16</sup> En este sentido puede verse el art. 38.2 para el procedimiento ordinario, el art. 53.2 para el procedimiento de implantación de actividades y el art. 57.2 para las comunicaciones previas.

<sup>17</sup> Esta idea se concreta en el art. 38.3 para el procedimiento ordinario, en el art. 53.3 para el procedimiento de implantación de actividades y en el art. 57.4 para las comunicaciones previas.

éstas (art. 41.1) y la comprobación final (art. 44.1) se realizarán conjuntamente con los servicios municipales.

El sistema de colaboración privada definido en la OGLUA abarca también la función de control de determinados tipos de actividades, como tarea de apoyo a la potestad de inspección municipal. Es decir, sin perjuicio de los controles que puede desarrollar el Ayuntamiento de Madrid en cualquier momento conforme a lo previsto en la LSCM, la OGLUA proyecta sobre el titular de la actividad la obligación de someterse a un control periódico, que llevarán a cabo las ECLU, quienes remitirán al Ayuntamiento el resultado de su actuación, a los efectos de que éste pueda adoptar, en su caso, las medidas correspondientes.

Por último, la OGLUA precisa que las ECLU colaborarán en la gestión en periodo voluntario de las tasas e impuestos establecidos por el Ayuntamiento de Madrid que, de acuerdo con la normativa vigente, deban satisfacer los titulares de instalaciones o actividades. Dichos importes se ingresarán directamente en la Tesorería municipal (art. 33).

## 6. Acción inspectora municipal

La OGLUA destaca, en el art. 7, que todas las actuaciones y actividades que regula la ordenanza quedan sujetas a la acción inspectora del Ayuntamiento. Como se ha señalado, ésta se podrá llevar a cabo en cualquier momento y podrá motivar el inicio de un procedimiento sancionador cuando, como consecuencia de dicha acción, se detectara la comisión de una infracción administrativa tipificada por la propia OGLUA o por la normativa sectorial aplicable, de acuerdo con lo que al respecto establece el art. 190 de la LSCM.

## 7. Gestión sujeta a contraprestación: idea rectora de no empeorar la situación del particular

Como se verá más adelante, las ECLU son entidades privadas con ánimo de lucro, es decir, realizan las funciones administrativas anteriormente descritas a cambio de una contraprestación económica o precio<sup>18</sup>.

En este sentido, la letra *h*) del art. 25 de la OGLUA señala como obligación de las ECLU la de: «Tarifar sus actuaciones respetando el límite máximo fijado por el Ayuntamiento de Madrid, de acuerdo con los precios comunicados al Área de Gobierno u Organismo competente y gestionar documentalmente el cobro de los mismos con carácter previo al inicio de la actuación»<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> A. GALÁN GALÁN y C. PRIETO ROMERO, cit., p. 70.

<sup>19</sup> *Vid.* Acuerdo de 25 de febrero de 2010 de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid por el que se fija el importe máximo de los precios, a percibir por las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas (publicado en el *BOCM*, núm. 6132, de 1 de marzo).

De acuerdo con esto, los ciudadanos deberán abonar a la ECLU, al inicio de la actuación, el precio comunicado al Ayuntamiento. Ello sin perjuicio de los tributos que deban abonarse al Ayuntamiento de Madrid conforme a lo que disponga la normativa vigente, y respecto de lo cual la ECLU podrá actuar como entidad colaboradora en la gestión.

Esta dualidad tributos/precios no constituye un supuesto de doble imposición, pues la contraprestación satisfecha a la ECLU 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 el precio a la hora de fijar el importe de los tributos<sup>20</sup>. Esta idea aparece claramente expresada en la disposición final quinta de la ordenanza, en la que se establece el compromiso del Ayuntamiento de Madrid de revisar las ordenanzas fiscales con el objeto de eliminar o reducir el importe de la tasa por prestación de servicios urbanísticos y, en su caso, del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, como consecuencia de la intervención de las entidades colaboradoras.

La determinación de los precios por las ECLU ha de ajustarse a los trámites establecidos en el art. 32. En primer lugar, la Junta de Gobierno, a propuesta del Área de Gobierno u organismo competente, establecerá y actualizará anualmente el importe máximo de los precios, en función de los costes del servicio y de su evolución. Dicho importe máximo será fijado en el tercer trimestre del año natural anterior a su aplicación. En segundo lugar, las ECLU fijarán anualmente sus precios a percibir de los solicitantes de certificados de conformidad y de controles periódicos. Dichos precios serán, en todo caso, inferiores a los máximos establecidos por la Junta de Gobierno, y serán comunicados al Ayuntamiento con una antelación mínima de dos meses a la finalización del año natural anterior, a fin de proceder a su publicación el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid.

## 8. Sistemas de acreditación y autorización

Los mecanismos habitualmente utilizados por el legislador sectorial para atribuir a entidades privadas colaboradoras el desempeño de funciones públicas, han sido la concesión y la autorización administrativas<sup>21</sup>. Actualmente, estos mecanismos han sido sustituidos por otro más adecuado para ese fin que es el sistema de acreditación, por el que se decanta la OGLUA.

Por acreditación se entiende una actuación tendente a certificar, mediante la expedición de una resolución expresa, que un sujeto —en nuestro caso, la ECLU— cumple determinados requisitos. Estos requisitos tienen como finalidad garantizar que ese sujeto posee la capacidad técnica y financiera necesaria para llevar a cabo la actividad que se le encomienda, así como su imparcialidad y objetividad en la realización de dicha actividad<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 90.

Entre las distintas modalidades de acreditación, la ordenanza opta por la de acreditación privada seguida de autorización administrativa (art. 6.1 y 2). Es decir, para que la entidad privada adquiera la condición de ECLU en el sistema de gestión de las licencias urbanísticas es necesario que cumpla una doble condición, que obtenga una acreditación privada y, posteriormente, que se le otorgue la correspondiente autorización administrativa.

Esta idea aparece claramente expresada en el preámbulo de la OGLUA al indicar que: «Las entidades colaboradoras deben acreditarse ante una entidad privada sin ánimo de lucro, designada por el Ayuntamiento, a la que se encomienda la función técnica, en términos de objetividad, imparcialidad e independencia, de verificar y controlar el cumplimiento de los requisitos previstos en la ordenanza y que deben reunir las entidades colaboradoras como exigencia previa para ser autorizadas por el Ayuntamiento de Madrid...».

Efectivamente, conforme indica el art. 10.1 de la OGLUA, el otorgamiento de la acreditación corresponderá a la entidad de acreditación que designe el Ayuntamiento de Madrid<sup>23</sup>. En aplicación de esta previsión, la Junta de Gobierno ha designado a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), entidad sin ánimo de lucro, especializada en acreditar a entidades colaboradoras de la Administración<sup>24</sup>.

Como se ha indicado, la finalidad de esta acreditación privada es garantizar que la entidad colaboradora dispone de la capacidad necesaria y que realizará su actividad con imparcialidad y objetividad [art. 3.c)]. Respecto de esto, la OGLUA exige que la comprobación de los requisitos de capacidad técnica y financiera se efectúe conforme a los criterios y normas establecidas en la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 (art. 12). Por ello puede decirse que la acreditación privada viene a ser una mera actividad reglada, de índole estrictamente técnica, y opera como presupuesto previo para obtener el posterior título administrativo que le habilite a actuar, la autorización administrativa a la que nos referiremos más adelante.

---

<sup>23</sup> La ordenanza precisa en el art. 10.3 que para su designación dichas entidades deberán presentar al Ayuntamiento la siguiente documentación:

- a) Declaración de la naturaleza jurídica, propiedad y fuentes de financiación de la entidad.
- b) Organigrama que detalle su estructura funcional, con especificación de los cometidos de cada uno de sus órganos dentro de ella.
- c) Estatutos por los que se rige la entidad.
- d) Memoria justificativa de los recursos materiales con que cuenta para desempeñar la actividad.
- e) Relación de su personal permanente, indicando titulación profesional y experiencia en el campo de la acreditación.
- f) Declaración de que ni la entidad ni su personal están incurso en las incompatibilidades que les sean de aplicación.
- g) Documentación acreditativa de los acuerdos internacionales de reconocimiento mutuo con otras entidades especializadas similares de que se disponga.
- h) Tarifas que se propone aplicar en la prestación de sus servicios.

<sup>24</sup> Acuerdo de 23 de julio de 2009 de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación como entidad de acreditación de las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas.

Sin perjuicio de lo expuesto, la OGLUA prevé la posibilidad de que el sistema de acreditación se gestione por el propio Ayuntamiento de Madrid a través de sus órganos u organismos y de acuerdo con las adaptaciones organizativas y técnicas que en tal caso aprobara la Junta de Gobierno (art. 10.4). En este supuesto, estaríamos ante la modalidad de acreditación pública, en la que bastaría con que la entidad privada obtenga la acreditación otorgada por el propio Ayuntamiento de Madrid, no resultando necesaria la autorización administrativa posterior a la acreditación pues la intervención administrativa ya tiene lugar en el momento mismo de la acreditación, en el que se valorarán todos los requisitos exigidos en los arts. 12 y 20 de la OCLUA.

La OGLUA exige la firma de un convenio con la entidad de acreditación designada<sup>25</sup> en el que se especificarán los aspectos particulares de la relación entre ambos, y en el que deberán constar, entre otras, las siguientes cuestiones:

- Concreción de las reglas de acreditación previstas en la ordenanza<sup>26</sup>.
- El régimen de responsabilidad de la entidad.
- El sistema de resolución de las reclamaciones que se formulen ante la entidad de acreditación.
- El sistema de colaboración entre ambas entidades en materia de evaluación y auditoría de las ECLU.

## 8.1. Acreditación

### 8.1.1. Requisitos para la acreditación

Respecto de los requisitos para la acreditación, el preámbulo de la OGLUA señala que las entidades colaboradoras «...deben cumplir con unos rigurosos requisitos (..) con el objeto de garantizar tanto el correcto desarrollo de sus funciones (en términos de objetividad, imparcialidad, eficacia, celeridad, transparencia, rigor técnico) como la efectividad de su responsabilidad en el caso de que incurran en los supuestos que la generan en Derecho».

La OGLUA concreta los requisitos para la acreditación en el art. 12. Para ello hace una remisión general a los requisitos exigidos por la norma UNE-EN ISO/IEC 17020, destacando los siguientes:

- Solvencia técnica, que comportará la disposición de los medios materiales y humanos necesarios, así como de la estructura organizativa que garantice su competencia según los estándares de calidad establecidos en aquella norma internacional.

<sup>25</sup> *Vid.* el convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Madrid y la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) para la acreditación de entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas, firmado el 28 de julio de 2009.

<sup>26</sup> El Convenio de 28 de julio de 2009 incorpora un anexo en el que se desarrollan los requisitos de acreditación de las entidades colaboradoras en la gestión de las licencias de actividades en el Ayuntamiento de Madrid.

Con carácter específico, se determina la necesidad de que el personal de la entidad privada realice y supere los cursos de formación complementarios teórico-prácticos que determine el Ayuntamiento de Madrid.

— Disponer de un sistema que permita demostrar en cualquier momento su solvencia económica y financiera previéndose el control a través de auditorías externas.

— Las entidades colaboradoras serán independientes, imparciales y desarrollarán su actividad de forma objetiva. De acuerdo con esta exigencia y siguiendo los conceptos empleados por la norma UNE-EN citada, deberán cumplir con los criterios que dicha norma engloba en el denominado «Tipo A». Es decir, la entidad privada deberá demostrar una total independencia respecto a las actividades y actuaciones que van a ser objeto de sus labores de verificación y control. Así, se considerarán incompatibles a estos efectos las actividades que puedan entrar en conflicto con su independencia de juicio e integridad en el desarrollo de sus funciones de verificación y control.

— Disponer de procedimientos para el tratamiento de las reclamaciones que presenten sus clientes u otras partes en relación con sus actividades de verificación y control<sup>27</sup>.

#### 8.1.2. Denegación de la acreditación

La OGLUA prevé la posibilidad de presentar reclamaciones ante la entidad de acreditación, de acuerdo con los procedimientos establecidos por ella, en los casos en los que deniegue una solicitud de acreditación (art. 13). En todo caso, las resoluciones de ENAC no son susceptibles de recurso ante el Ayuntamiento de Madrid.

#### 8.1.3. Vigencia y coste de la acreditación

La acreditación se formalizará en un certificado en el que se hará constar su alcance y fecha de entrada en vigor. Su vigencia queda condicionada al cumplimiento permanente por la ECLU de los requisitos que la hicieron posible, así como de las obligaciones que derivan de ella, debiendo someterse a una evaluación cada cinco años como máximo (art. 14).

El coste del procedimiento de acreditación deberá abonarse por parte de la entidad privada a la entidad de acreditación (art. 15).

#### 8.1.4. Modificación, retirada y suspensión de la acreditación

Como se ha apuntado, las ECLU tienen la obligación de mantener los requisitos que dieron lugar a la acreditación durante todo el tiempo de su vigencia, como consecuencia

<sup>27</sup> Respecto del procedimiento para la resolución de las reclamaciones, *vid.* la instrucción aprobada por el Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, referente a la acreditación de las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas, aprobada mediante Decreto de 29 de julio de 2009.

de esto, se establece que cualquier modificación de estos requisitos deberá comunicarse a la entidad de acreditación que, en su caso, emitirá un nuevo certificado (art. 16)<sup>28</sup>.

El incumplimiento de estos requisitos podrá dar lugar a la extinción o suspensión de la acreditación, previa audiencia de la ECLU, de acuerdo con las disposiciones adoptadas por la entidad de acreditación al respecto (art. 17.1). La consecuencia inmediata de la extinción y de la suspensión de la acreditación es que extingue o suspende de forma inmediata la autorización concedida por el Ayuntamiento de Madrid para actuar como ECLU (arts. 17.3, 22.1 y 23.1).

Nótese que la determinación de los incumplimientos que justifican la retirada o suspensión es competencia de la entidad de acreditación. A este respecto la OGLUA sólo exige, como se ha indicado, que la decisión se tome previa audiencia de la ECLU.

La retirada de la acreditación supone la retirada de la autorización e impide el ejercicio de las funciones públicas (arts. 17.2 y 23.1); e igualmente en el caso de la suspensión se produce la retirada de la autorización e impide el ejercicio de esas funciones durante un plazo no superior a seis meses (arts. 17.3 y 4 y 22.1).

Por todo ello, se establece que la entidad de acreditación deberá comunicar al Ayuntamiento de Madrid tanto las acreditaciones otorgadas como la modificación de sus condiciones, la retirada y la suspensión de las mismas a los efectos descritos anteriormente. En estos casos, la entidad de acreditación deberá señalar los motivos que dieron lugar a las citadas consecuencias (art. 18).

#### 8.1.5. Responsabilidad de la entidad de acreditación

La OGLUA establece que la entidad de acreditación responderá de los daños y perjuicios causados como consecuencia del desempeño de sus funciones de acuerdo con las determinaciones establecidas en el convenio (art. 19). El convenio suscrito entre la ENAC y el Ayuntamiento de Madrid, el 28 de julio de 2009, prevé en su cláusula séptima que ENAC responderá por los daños y perjuicios causados como consecuencia

---

<sup>28</sup> Con carácter general, las ECLU deberán informar a ENAC de los cambios que efectúen en los requisitos de acreditación. Sin embargo, son pocos los datos cuya modificación implique la emisión de un nuevo certificado de acreditación. Entre ellos encontramos el cambio de denominación social o el de la situación jurídica de las ECLU (datos que se recogen explícitamente en el certificado).

Otras modificaciones podrán implicar la revisión de la ficha técnica que se anexa al certificado de acreditación pero que tampoco conllevan la emisión de un nuevo certificado. Por ejemplo, el cambio de domicilio social o la ampliación de la acreditación señalada en la disposición transitoria segunda de la OGLUA.

Por otra parte, también pueden darse modificaciones que no alteren los datos de la ficha técnica pero que han de ser igualmente comunicados. Es el caso del cambio de personal directivo-técnico de la ECLU, entendiéndose por tal al director técnico y a los jefes de departamento, cambio que deberá ser comunicado con el objeto de que ENAC realice las pertinentes comprobaciones sobre su capacitación técnica.

Por último, están aquellas modificaciones de la ECLU que no precisan ser comunicadas a ENAC y que se verificarán en las correspondientes auditorías de seguimiento. Por ejemplo, las modificaciones de plantilla de personal que no afecte al personal directivo técnico.

del estricto desempeño de su actividad de acreditación. Expresamente se excluye su responsabilidad respecto de daños derivados de la actuación de las entidades colaboradoras o del Ayuntamiento de Madrid.

## 8.2. Autorización administrativa. Registro

### 8.2.1. Obtención de la autorización administrativa

Como se ha explicado más arriba, una vez obtenida la acreditación, el siguiente trámite a realizar es la solicitud de la autorización administrativa del Ayuntamiento de Madrid. Esta autorización constituye el título jurídico que habilita a la entidad privada para realizar las funciones públicas de que se trate, y permite hacer efectivo el traspaso del ejercicio de dichas funciones a las entidades privadas acreditadas y autorizadas. En definitiva, una entidad acreditada pero no autorizada no puede actuar<sup>29</sup>.

La finalidad de la autorización es permitir un segundo control sobre la entidad privada colaboradora, y que corresponde ejercer directamente al Ayuntamiento de Madrid. Este control tendrá por objeto comprobar que efectivamente se ha obtenido la previa acreditación, pero también trata de asegurar el cumplimiento de otros requisitos.

En este sentido, la OGLUA precisa que para la obtención de la autorización, la entidad acreditada deberá presentar su solicitud acompañada de la siguiente documentación: estatutos o normas por los que se rija; certificado de acreditación; póliza de seguros; compromiso de disponer con carácter permanente de un sistema de información compatible con el del Ayuntamiento de Madrid que permita el intercambio de información y que pueda adecuarse de forma continua a las características técnicas y funcionales que establezca el Ayuntamiento de Madrid; acreditación de contar con un procedimiento de reclamaciones; declaración de disponer de un sistema de atención al cliente suficiente, y declaración de adecuarse a la imagen corporativa establecida por el Ayuntamiento de Madrid (art. 20.3).

De estos requisitos conviene destacar ahora los que se refieren a la suscripción de la póliza de seguros<sup>30</sup> y al procedimiento de reclamaciones, pues constituyen dos piezas fundamentales del sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos establecido en la OGLUA, como se verá más adelante.

El plazo de resolución de este procedimiento de autorización es de un mes desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación (art. 20.4).

La autorización se inscribirá de oficio en el Registro de Entidades Colaboradoras en la Gestión de Licencias Urbanísticas de Actividades, y se publicará en el *Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid*, así como en la página web del Ayuntamiento (art. 20.5).

<sup>29</sup> A. GALÁN GALÁN y C. PRIETO ROMERO, cit., p. 91.

<sup>30</sup> Vid. Acuerdo de 18 de febrero de 2010 de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid por la que se determina la cuantía del Seguro de responsabilidad Civil que han de suscribir las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas (publicado en el *BOCM*, núm. 63, de 16 de marzo de 2010).

La vigencia de la autorización será la misma que la de la acreditación que la motivó, sin perjuicio de su suspensión o extinción en los casos contemplados en la propia OGLUA (art. 20.6).

Al igual que en el caso de la acreditación, las ECLU deberán mantener de forma permanente los requisitos que sirvieron de base para su autorización, debiendo comunicar cualquier modificación de los mismos al órgano que concedió la autorización, acompañada, en su caso, del certificado de acreditación —si éste se ha emitido nuevamente—. El órgano competente se pronunciará al respecto en el plazo de un mes, publicándose igualmente la resolución adoptada en el *Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid* y en la web municipal (art. 21).

### 8.2.2. Suspensión y extinción de la autorización

El cumplimiento de los requisitos exigidos para la autorización ha de mantenerse de forma permanente, de manera que su incumplimiento dará lugar a su suspensión o extinción.

La suspensión de la autorización podrá acordarse por un plazo máximo de seis meses sólo en los casos de suspensión de la acreditación y en los casos de sanción por la comisión de infracción grave (art. 22.1).

La suspensión por sanción se acordará mediante resolución del órgano municipal competente, en el plazo máximo de dos meses desde la firmeza de la sanción, con audiencia de la ECLU, cuando se aprecie que su actuación puede resultar lesiva para el interés general (art. 22.2).

En estos supuestos de suspensión, motivada por la suspensión de la acreditación o por la imposición de sanción grave, el órgano municipal competente encomendará a otra u otras ECLU la tramitación de expedientes ya iniciados sin que ello suponga un aumento de coste para los interesados (art. 22.3).

La extinción de la autorización se acordará por alguna de las siguientes causas (art. 23.1):

- a) Retirada de la acreditación como entidad colaboradora, conforme a lo explicado más arriba.
- b) Incumplimiento de los requisitos necesarios para obtener la autorización.
- c) Renuncia de la ECLU.
- d) Sanción por la comisión de infracción muy grave.

La extinción deberá acordarse por resolución del órgano competente del Ayuntamiento de Madrid, con audiencia de la ECLU, en el plazo de un mes en el caso de renuncia y de dos meses en los supuestos de incumplimiento o de sanción muy grave (art. 23.2 y 3).

La retirada de la acreditación comporta en cualquier caso, como se ha dicho, la retirada automática de la autorización (art. 17.2).

En los casos de renuncia, ésta quedará condicionada a la finalización de los expedientes cuya tramitación haya iniciado la ECLU, salvo imposibilidad debidamente justificada, en cuyo caso, el órgano competente del Ayuntamiento de Madrid encomendará la tramitación a otra u otras ECLU, lo que en todo caso hará en los demás supuestos de extinción de las autorizaciones (art. 23.5, párrafo segundo).

La extinción y la suspensión de la autorización se inscribirá en el Registro y se publicará en el *Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid* y en la página web del Ayuntamiento de Madrid (arts. 22.5 y 23.6).

La extinción y la suspensión de la autorización por algunas de las causas expresadas no darán derecho a indemnización alguna (arts. 22.6 y 23.8).

## **9. Obligaciones de las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas**

Una vez acreditadas, autorizadas y registradas como tales, las ECLU podrán iniciar el desarrollo de su actividad, quedando obligadas al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 25 de la OGLUA.

En concreto, están obligadas a:

— Realizar las actuaciones de verificación y control y a expedir los certificados de conformidad y los informes de control periódico dentro de los plazos establecidos, de acuerdo con las condiciones formales que determine el Área de Gobierno u Organismo competente del Ayuntamiento de Madrid, cuyos protocolos técnicos e instrucciones deberán cumplir en todo momento.

— Responder de sus actuaciones que deberán llevar a cabo por sí mismas y en exclusiva, incluso en el caso de renuncia y salvo las excepciones previstas en la propia OGLUA.

— Llevar a cabo las actuaciones iniciadas por otra ECLU cuya autorización municipal haya sido suspendida o extinguida, cuando así se determine expresamente por el Ayuntamiento, y sin que ello implique aumento de costes para el interesado.

— Contar con procedimientos específicos para el tratamiento de las reclamaciones que presenten sus clientes y con un archivo de todas las actuaciones relacionadas con ellas.

— Tarifar sus actuaciones respetando el límite máximo fijado por el Ayuntamiento de Madrid de acuerdo con los precios comunicados al Área de Gobierno u organismo competente.

— Colaborar en la gestión en periodo voluntario de los tributos que deban satisfacer los titulares de las actividades y que se ingresarán directamente en la Tesorería del Ayuntamiento de Madrid.

— Garantizar la confidencialidad de la información que hayan obtenido en el desarrollo de sus funciones y cumplir con la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

Finalmente, la OGLUA enumera una serie de obligaciones que las ECLU deberán cumplir a fin de facilitar su control referente al registro, conservación de la documentación y a la comunicación e información.

De acuerdo con el art. 26, la obligación de registro y conservación por un periodo de siete años alcanza a toda aquella documentación que se derive de las actuaciones de las ECLU, y deberá realizarse en la forma que determine el Área de Gobierno u Organismo competente del Ayuntamiento de Madrid garantizando su constancia y autenticidad.

La obligación de comunicación e información afecta tanto a las cuestiones organizativas de la ECLU, tales como cambios en su capital social, fusiones y absorciones, como a las actuaciones desarrolladas por ellas, cuya documentación podrá requerir el Ayuntamiento en cualquier momento. Específicamente se exige que informen al Ayuntamiento de Madrid sobre la contratación de actividades de carácter especializado previamente a su inicio. A todo ello se añade una obligación de comunicación de carácter periódico en la que se incluye la necesaria remisión por parte de la entidad colaboradora al Ayuntamiento de Madrid, con carácter anual, de un informe general de sus actuaciones y de una memoria detallada de sus actividades, dirigidos a la mejora de su gestión organizativa y en la que, además, podrán incluirse las sugerencias de cambio para la mejora de la eficacia de sus actuaciones.

## 10. Supervisión y control de las ECLU

El Ayuntamiento de Madrid, como titular de las funciones públicas cedidas parcialmente a las ECLU, controla el correcto ejercicio de sus actuaciones, pudiendo supervisarlas en cualquier momento (art. 29.1).

Este control municipal sobre las ECLU se complementa con la supervisión que corresponde a la entidad de acreditación, que las someterá a una auditoría periódica de seguimiento —en la que podrán participar técnicos municipales<sup>31</sup>—, con el objetivo de comprobar el mantenimiento de los requisitos de acreditación (art. 28 en concordancia con el art. 14.2).

Con este fin los representantes del Ayuntamiento de Madrid y de la entidad de acreditación tendrán acceso a las instalaciones, oficinas y documentación relacionadas con el desempeño de las funciones de verificación y control de las ECLU (art. 29.2).

En relación con las auditorías de seguimiento, el art. 28 señala su frecuencia, el carácter —programadas o no— y determina que los resultados han de remitirse al Ayuntamiento de Madrid en el plazo máximo de un mes desde su finalización.

Por otra parte, la OGLUA establece algunas especialidades en el sistema de auditorías:

---

<sup>31</sup> A este respecto, es preciso destacar el convenio suscrito entre el Ayuntamiento de Madrid y la ENAC el 28 de julio de 2009 que detalla, entre otras cuestiones, el sistema de colaboración entre las dos partes en materia de evaluación y auditoría de las entidades colaboradoras.

— La denominada «reevaluación» es una auditoría especial, que se realizará conforme al proceso establecido para la acreditación inicial y se efectuará cada cinco años (art. 14.1). Su finalidad es someter a una nueva evaluación a las ECLU, transcurrido el plazo máximo de cinco años desde la fecha del certificado, y se concreta en la continuidad de la acreditación en los mismos términos iniciales en que se otorgó.

— Las auditorías y control señalados en la disposición transitoria segunda, que se efectuarán con carácter específico durante el periodo de tiempo referido en esta disposición.

## **11. Los procedimientos de gestión de las licencias de actividades: aspectos generales**

Pasamos a continuación al análisis de los procedimientos de gestión de las licencias de actividades regulados en el título III de la OGLUA. En primer lugar, destacaremos una serie de cuestiones generales referentes a esos procedimientos, y seguidamente analizaremos las especialidades referentes al procedimiento de implantación y modificación de actividades a fin de precisar el nuevo modelo de gestión establecido en la ordenanza.

Como se ha señalado en el apartado referente al régimen jurídico, la OGLUA no regula de forma completa el régimen de los procedimientos de gestión de las licencias de actividades, así las disposiciones generales de la OMTLU en esta materia son aplicables también a los nuevos procedimientos, salvo las que resulten incompatibles con las especialidades establecidas en aquélla.

Por otra parte, ha de resaltarse que una de las novedades de este nuevo sistema es que el solicitante de la licencia dirigirá su solicitud a la ECLU, la cual efectuará una previa verificación de la documentación y de la viabilidad de lo proyectado, y en el caso de ser positiva emitirá el certificado de conformidad. De este modo, en la gestión de los procedimientos regulados en la OGLUA han de diferenciarse dos fases, por un lado, la tramitación de la solicitud ante la ECLU y, por otro lado, la tramitación del procedimiento administrativo ante el órgano competente del Ayuntamiento de Madrid. No obstante, cabe señalar que en las comunicaciones previas sólo se da la tramitación ante la ECLU al no exigirse un posterior pronunciamiento municipal.

La gestión de la solicitud ante la ECLU se efectuará conforme a sus propios procedimientos respetando las instrucciones que adopte el Ayuntamiento de Madrid. Esto es, no se trata por tanto de procedimientos administrativos, sino procedimientos de gestión privada guiados en todo caso por los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, objetividad, etc., cuyo objetivo como se ha explicado es la verificación documental y técnica de la solicitud formulada por el ciudadano.

11.1. *El nuevo esquema de procedimientos para la gestión de las licencias urbanísticas de actividades y de las comunicaciones previas*

La solicitud de licencia una vez obtenido el certificado de conformidad de la ECLU, se tramitará ante el órgano competente del Ayuntamiento de Madrid a través de procedimientos administrativos en sentido propio. Estos procedimientos se regulan en la OGLUA, sin perjuicio de las disposiciones generales contenidas en la OMTLU que serán, como se ha indicado, igualmente aplicables salvo en lo que contradigan o resulten incompatibles con el nuevo marco normativo de la OGLUA.

Hemos de recordar además que la finalidad de este nuevo sistema es agilizar las actuaciones tendentes a obtener la licencia de actividad, es decir, aunque en principio pudiera parecer que se están estableciendo trámites no existentes en la regulación contenida en la OMTLU, lo cierto es que todo el sistema pivota sobre esa finalidad como se podrá comprobar a continuación.

El diseño de los nuevos procedimientos administrativos parte del esquema procedimental establecido en la LSCM. Es decir, con base y conforme a lo establecido en esa ley, la OGLUA establece tres procedimientos administrativos de gestión de las licencias de actividad: el procedimiento ordinario común, el procedimiento ordinario abreviado y el procedimiento para la implantación o modificación de actividades. Los dos primeros coinciden tanto en su denominación como en su regulación sustancial con lo previsto en la LSCM, sin perjuicio de algunas especialidades que se destacarán más adelante. El procedimiento para la implantación o modificación de actividades es de nueva configuración y encuentra su fundamento legal en el art. 155 de la LSCM.

Por último, se regulan las «comunicaciones previas» previstas en el art. 156 de la LSCM, como simples comunicaciones al Ayuntamiento de Madrid con carácter previo al inicio de las actuaciones de que se traten. Ello a diferencia de la regulación contenida en la OMTLU en la que las actuaciones comunicadas constituyen el cuarto tipo de procedimiento administrativo de gestión de las licencias.

En definitiva, la sistematización que efectúa la OGLUA responde a dos variables en lo sustancial. Por un lado, las exigencias derivadas de la LSCM que son respetadas en todo caso; por otro lado, la necesidad de flexibilizar y simplificar el diseño procedimental aplicable, modulando y reformando el diseño contenido en la OMTLU.

Insistimos en la idea de que el inicio del procedimiento administrativo que corresponda debe ir precedido de la tramitación ante la ECLU con el objetivo de alcanzar el certificado de conformidad.

Dicha tramitación previa ante la ECLU, cuando culmina con la emisión del correspondiente certificado de conformidad, garantiza que la solicitud posterior que se presente al Ayuntamiento de Madrid vaya documentada de forma completa y ajustada a la legalidad para la ejecución de la actuación urbanística pretendida. Ello contribuirá en gran medida a que se otorgue la licencia urbanística en los plazos establecidos, pues

libera a la Administración de la importante carga burocrática y de la consecuente demora temporal que genera la verificación documental de la solicitud y de la adaptación a la legalidad de lo proyectado —revisión administrativa, notificación, comprobación de la nueva documentación, etc.—. Asimismo, se facilita la gestión de estos procedimientos al resultar innecesario o excepcional efectuar requerimientos de subsanación, y acotarse la emisión de informes a los supuestos en los que resulten imprescindibles.

Por otro lado, el nuevo diseño procedimental contenido en la OGLUA parte de la consideración conforme a la LSCM de que las actuaciones complejas que requieran de proyecto técnico de obras se tramitarán por el procedimiento ordinario. Aquellas que requieran de un proyecto distinto del proyecto técnico de obras, las que tengan especial incidencia en el medio ambiente, o se traten de actividades recreativas o espectáculos públicos se tramitarán por el procedimiento para la implantación o modificación de actividades y las que no requieran de ningún tipo de proyecto por tratarse de actuaciones «inocuas» se tramitarán como comunicación previa, con las ventajas que ello comporta.

Se atiende de esta forma a las exigencias derivadas de la Directiva de 21 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y a lo dispuesto en el nuevo art. 39 bis<sup>32</sup> de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en el que se establece como regla general la de justificar, conforme al principio de proporcionalidad y a las exigencias de la simplificación administrativa que respalda, la concreta técnica de intervención por la que la norma opte en cada caso.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad y a las exigencias de simplificación administrativa que promueve, la OGLUA mantiene un control riguroso e intenso respecto de las actuaciones urbanísticas que requieren de proyecto técnico de obras, se reduce en las que no requieren este tipo de proyecto técnico, y se minimiza en el caso de actuaciones de escaso impacto urbanístico que se tratan como comunicaciones previas. Además, la actuación urbanística puede iniciarse previa obtención del certificado de conformidad y una vez presentada la solicitud al órgano competente del Ayuntamiento de Madrid, salvo en el caso del procedimiento ordinario común en el que, en atención a la relevancia de las obras, se exige la obtención de la licencia con carácter previo al inicio de la ejecución del proyecto.

La simplificación administrativa destaca particularmente en el ámbito de las comunicaciones previas, pues en estos casos el Ayuntamiento de Madrid se ve liberado de tra-

---

<sup>32</sup> Artículo introducido en la LRJ-PAC por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. El apartado primero de este precepto precisa lo siguiente:

«1. Las Administraciones públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias».

mitar y resolver los procedimientos administrativos de aproximadamente el 60 por 100 de las solicitudes que se formulan. Por otra parte, el ciudadano encuentra una garantía importante en el certificado de conformidad, y podrá iniciar las actuaciones pretendidas con la certeza de que las mismas son conformes con la legalidad aplicable.

### 11.2. *El certificado de conformidad*

La OGLUA define el certificado de conformidad como el «documento expedido por la entidad colaboradora por el que se acredita el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el ordenamiento urbanístico para la realización de las actuaciones urbanísticas solicitadas» [art. 3.ºh)].

En este sentido, los arts. 38.2, 53.2 y 57 precisan que la ECLU, una vez recibida la documentación completa y realizados los trámites que correspondan, emitirá, en su caso, el certificado de conformidad «en el que se hará constar la adecuación del proyecto presentando a las normas generales, sectoriales y técnicas que sean de aplicación a la ejecución del mismo».

Por tanto, el certificado de conformidad viene a constituir la resolución positiva de la tramitación de la solicitud efectuada por la ECLU, y su objeto es acreditar que lo proyectado cumple con las exigencias derivadas de la normativa urbanística que resulte de aplicación.

Hemos visto también que el certificado de conformidad constituye un documento imprescindible que ha de acompañar a la solicitud de iniciación del procedimiento administrativo, de manera que su omisión impide la tramitación del procedimiento administrativo. Así aparece explicado de forma expresa en el preámbulo de la OGLUA cuando dice que: «...Si la entidad colaboradora no emite el certificado de conformidad, que es el instrumento mediante el cual certifica o acredita que, en su criterio técnico, el contenido de lo proyectado se ajusta al ordenamiento urbanístico, el procedimiento administrativo municipal no puede iniciarse. Constituye, por tanto, este certificado un requisito imprescindible para la tramitación del procedimiento...».

Lo cual significa, por otra parte, que si en el proceso de tramitación de la solicitud la ECLU detecta cualquier tipo de infracción de la normativa aplicable al caso concreto, requerirá al interesado su subsanación, pero no emitirá el certificado de conformidad, pues éste solo puede expedirse cuando el resultado de las funciones de verificación efectuadas por la ECLU sea positivo.

En los casos en los que el procedimiento solicitado no sea el adecuado a la actuación pretendida, o en los de infracción de la normativa aplicable, la ECLU indicará al interesado el procedimiento que corresponda o las infracciones detectadas a fin de que proceda a efectuar las modificaciones que resulten necesarias (arts. 38.3, 52.3 y 57.4).

De esta forma el certificado de conformidad permite asegurar un doble objetivo: garantizar la eficacia y celeridad en la respuesta administrativa a las solicitudes de licencias

formuladas por los ciudadanos, y reforzar el principio de seguridad jurídica en el ámbito de las licencias urbanísticas y las comunicaciones previas<sup>33</sup>.

Como se ha explicado, el certificado de la ECLU permite que los proyectos presentados al Ayuntamiento se adecuen a la normativa aplicable, lo que supone un importante ahorro de tiempo y recursos en la adopción de la resolución administrativa, pues el Ayuntamiento sólo debe verificar la documentación de la solicitud y requerir los informes que sean preceptivos. Pero además, el certificado refuerza la seguridad jurídica tanto en los casos de comunicaciones previas, como en los de licencia provisional, pues el ciudadano podrá iniciar sus actuaciones con el respaldo de la verificación efectuada por la ECLU. En el caso de que se produzca silencio administrativo el ciudadano igualmente contará con la garantía que ofrece el haber realizado la actuación urbanística conforme a lo establecido en el certificado de conformidad.

Respecto de la eficacia de este certificado de conformidad, la disposición adicional tercera de la OGLUA precisa que tendrá una vigencia de tres meses a contar desde la fecha de su emisión por parte de la ECLU. Por tanto, transcurrida esa fecha sin haberse iniciado el procedimiento administrativo que corresponda, el interesado deberá solicitar un nuevo certificado de conformidad. Cabe puntualizar que esa disposición adicional tercera no tiene virtualidad para las comunicaciones previas, pues éstas no requieren de la posterior tramitación de un procedimiento administrativo.

Por último, la OGLUA tipifica como infracción muy grave la expedición dolosa por parte de la ECLU de certificados de conformidad que no se ajusten a la realidad de los hechos [art. 66.2. b)]; y como infracción grave la expedición negligente de certificados de conformidad que no se ajusten a la realidad de los hechos [art. 66.3.a)].

### 11.3. Exclusividad de la actuación de la ECLU

La ECLU que inicie una actuación deberá finalizarla bajo su responsabilidad (art. 30.1). Por tanto, una vez iniciada la actuación de que se trate a solicitud del ciudadano, no podrá intervenir otra ECLU, salvo en los casos previstos en la propia OGLUA (art. 30.1).

<sup>33</sup> S. MUÑOZ MACHADO, en el artículo titulado «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», manifiesta que «la participación de entidades de certificación durante la fase de acceso al ejercicio de la actividad y en el control de su práctica, puede agilizar y dar seguridad al régimen de las comunicaciones y declaraciones». Cita en concreto la OGLUA y opina que estas técnicas son interesantes «en cuanto pueden ayudar a resolver con inmediatez y rápidamente los conflictos que surjan respecto de la interpretación de las normas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2009, p. 77. El autor insiste en la necesidad de un esfuerzo normativo que establezca un régimen minucioso de los nuevos controles ex post que se avecinan con la normativa de transposición de la Directiva de servicios. En una línea parecida se expresa A. NOGUEIRA LÓPEZ, «Entidades colaboradoras con la Administración, libre prestación de servicios y régimen de control preventivo de actividades», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 16, 2009, pp. 77-88.

Esta exclusividad implica por una parte que la ECLU ante la cual se presenta la solicitud de tramitación de licencia, de comunicación previa, o de control periódico, tiene la obligación de tramitarla hasta la finalización bajo su propia responsabilidad. Ello ha de entenderse sin perjuicio de que el ciudadano desista de lo solicitado y así lo exprese a la ECLU de forma expresa o tácita.

La exclusividad de la actuación de la ECLU comporta una obligación de las demás entidades colaboradoras de no intervenir en las actuaciones que está conociendo la primera. Queda por ello prohibida la posibilidad de tramitación de una misma actuación urbanística ante dos o más ECLU.

No obstante, la OGLUA establece tres excepciones a las reglas apuntadas:

En primer lugar, se contempla la posibilidad de que la Junta de Gobierno en circunstancias excepcionales encomiende el ejercicio de las funciones de las ECLU a los servicios municipales.

Se trata de un supuesto de rescate o asunción por el Ayuntamiento de Madrid de las funciones externalizadas. Esta posibilidad dice la ordenanza que sólo puede producirse en circunstancias excepcionales, por ejemplo, cuando el sistema de colaboración de las entidades privadas en la gestión de las licencias funcione de forma deficiente y suponga un grave perjuicio para el interés general.

Adoptada esta decisión por la Junta de Gobierno las funciones de gestión de las licencias se residen en el ámbito exclusivo del Ayuntamiento de Madrid, lo que trae como consecuencia que la tramitación de las solicitudes formuladas anteriormente y las que se formulen en el futuro se efectuará conforme a las disposiciones contenidas en la OMTLU (art. 30.2). Es decir, dejan de aplicarse los procedimientos contenidos en la OGLUA, pues éstos se definen sobre la base de la intervención previa de las ECLU en la tramitación de la solicitud de licencia, por tanto, al desaparecer la colaboración de éstas, los procedimientos de la OGLUA no pueden tramitarse.

La extinción de la colaboración de las ECLU motivada en circunstancias excepcionales no genera derecho a indemnización, conforme se expresa en el art. 30.2.

En segundo lugar, se permite que las ECLU puedan contratar con terceros el desarrollo de actividades de carácter especializado. Esta posibilidad también aparece configurada con carácter excepcional; así el art. 31.1 habilita a las ECLU a recurrir a la contratación con terceros para la realización de tareas de carácter especializado cuyo objeto sea una parte limitada de las actividades de verificación y control y que requieran el empleo de medios o recursos distintos de los suyos.

Es decir, la opción de contratar con terceros el desarrollo de determinadas funciones de verificación o control es admisible en el marco de las disposiciones siguientes:

— Una, que la actuación que se contrata sea de carácter especializado por requerir el empleo de medios o recursos distintos de los propios de la ECLU (art. 31.1), es decir, de los recursos necesarios para la acreditación y autorización. Por ejemplo, la contrata-

ción de análisis de ámbitos arqueológicos o paleontológicos, la comprobación efectiva de que la actuación urbanística desarrollada ha respetado los bienes arqueológicos o paleontológicos, o también el estudio de actividades en las que concurra especial complejidad técnica (aeronáutica, nuclear, química, minera, etc.).

— Dos, en todo caso, dicha actividad comprenderá sólo actividades de carácter parcial de la función de verificación y control (art. 31.1).

— Tres, la contratación será siempre excepcional y temporal (art. 31.1).

— Cuatro, la ECLU que contrata este tipo de actividades deberá garantizar que el contratista está debidamente cualificado, que cuenta con la experiencia necesaria para realizar la actividad de que se trate y reúne los requisitos de independencia exigidos a la propia ECLU para su acreditación (art. 31.1).

— Cinco, previamente al inicio de las actividades contratadas la ECLU deberá comunicarlo al Ayuntamiento de Madrid (art. 31.2).

En tercer lugar, la exclusividad del desarrollo de sus funciones cede en los casos en los que la autorización sea extinguida o suspendida, como se ha visto más arriba [arts. 22.3, 23.5 y 25.f)].

#### 11.4. El procedimiento de licencias para la implantación o modificación de actividades

##### 11.4.1. Fundamento legal

La configuración de este nuevo procedimiento viene determinada por las disposiciones contenidas en el art. 155 de la LSCM, sin perjuicio de las características distintivas del modelo de gestión diseñado por la OGLUA.

Este art. 155 se refiere a la intervención administrativa mediante licencia respecto de las actuaciones referentes a la implantación de usos o de modificación de los ya establecidos para el desarrollo de actividades en terrenos, edificios, construcciones o instalaciones o partes de los mismos, sin ejecución de obras de clase alguna.

De este precepto podemos destacar la precisión que hace referencia a que la actuación de implantación o modificación de los usos se efectuará sin ejecución de obras de clase alguna, no obstante, en el procedimiento para la implantación o modificación de actividades establecido en la OGLUA se faculta para efectuar obras de comunicación previa.

En este sentido, se ha interpretado que la condición del art. 155 de la LSCM opera exclusivamente para las obras definidas en los procedimientos de los arts. 153 y 154 de la mencionada ley, entendiendo por tal aquellas obras que por su complejidad requieren de proyecto técnico para ser definidas (procedimiento ordinario común y abreviado de la OGLUA). *A sensu contrario*, las obras que no revisten las características anteriores se consideran obras de «escasa entidad» —incluidas en el anexo III.3 de la OGLUA como comunicaciones previas— y pueden ser ejecutadas como obras necesarias para la im-

plantación o modificación de las actividades objeto de este nuevo procedimiento, y en consecuencia serán autorizadas en la licencia que lo resuelva.

#### 11.4.2. Objeto

De acuerdo con lo establecido en el art. 52 de la OGLUA, «se tramitarán mediante este procedimiento las solicitudes de licencia para la implantación, modificación o cambio de actividades, siempre que cumplan alguno de los supuestos previstos en el anexo II, sin obras o con obras de comunicaciones previas incluidas en el anexo III.3».

Nótese que este precepto destaca que una actuación urbanística consistente en la implantación, modificación o cambio de actividades será tramitada por este procedimiento cuando se corresponda con alguno de los supuestos previstos en el anexo II. Así, de acuerdo con este anexo se tramitarán por este procedimiento las actuaciones en las que se dé alguna de las siguientes condiciones:

— La implantación o cambio de actividades incluidas en el anexo II cuando *no requiera de obras o si las requiere éstas sean de comunicación previa* (anexo III.3).

— Las modificaciones de actividades del anexo II ya implantadas, cuando las variaciones que se pretendan realizar (sin obras o con obras de comunicación previa) *alteren significativamente las condiciones de repercusión ambiental, seguridad, salubridad o modifiquen sustancialmente la actividad ejercida en el local*, de conformidad con lo establecido en el art. 23 de la OMTLU referida a las modificaciones de licencias urbanísticas.

En consecuencia, no todas las actividades e instalaciones relacionadas en dicho anexo se tramitarán por este procedimiento, sino sólo las que reúnan esas condiciones, por ello quedan fuera de su objeto:

— La implantación, modificación o cambio de actividades y sus instalaciones del anexo II *cuando requieran de proyecto de obras*, pues en estos casos las solicitudes de licencia se tramitarán por el procedimiento ordinario.

En estos casos, son las obras asociadas a la actividad o a las instalaciones las que determinan el procedimiento a seguir.

— La modificación de la actividad del anexo II ya implantada cuyas variaciones *no alteren las condiciones establecidas en el art. 23 de la OMTLU* y, en consecuencia, no implique una modificación de licencia, se tramitará como comunicación previa.

Dicho de otro modo, las actuaciones que se han incluido en el procedimiento de implantación o modificación de actividades son aquellas que por conllevar cierta repercusión en el entorno urbanístico, medioambiente o seguridad de las personas y bienes<sup>34</sup>,

<sup>34</sup> Ejemplos:

1) Incidencia en materia de seguridad:

— La instalación de una segunda salida de emergencia; instalación de un sistema de control de humos, etc. (anexo II.5).

no pueden tramitarse como comunicaciones previas, pues exigen un control previo por parte de la Administración. No obstante, por tratarse de actuaciones que no requieren de proyecto técnico de obras quedan fuera del objeto del procedimiento ordinario.

Por último, ha de destacarse que la incidencia o repercusión arriba mencionada exige que la actuación tenga que describirse en la correspondiente documentación técnica<sup>35</sup> comprensiva de la actividad y de sus instalaciones, suscrita por técnico competente y visada por el colegio oficial correspondiente.

#### 11.4.3. Tramitación ante la ECLU

La OGLUA regula en sus arts. 53 y ss., las reglas de tramitación de este procedimiento. No obstante, dicha tramitación general es susceptible de concreción mediante las correspondientes instrucciones, criterios interpretativos y los protocolos técnicos que establezca el Ayuntamiento de Madrid, de acuerdo con el art. 25.c) en concordancia con el apartado 1 de la disposición final primera de la ordenanza.

En aplicación de ello, y al objeto de ordenar con carácter homogéneo la gestión de las ECLU en la tramitación de las licencias para la implantación y modificación de actividades, el Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública ha aprobado, mediante Decreto de 29 de julio de 2009, la Instrucción para la acreditación de las ECLU, que contiene determinaciones de obligado cumplimiento por parte de las entidades colaboradoras en sus propios procedimientos de gestión de la solicitud.

El art. 53 de la OGLUA establece que el titular de la actividad deberá presentar a la ECLU todos los documentos que, de acuerdo con el anexo I, son exigibles en este

---

— Las actividades comerciales en las que esté previsto la utilización de carros para transporte de productos y/o baterías de cajas de cobro (anexo II.3).

— Que la actividad precise plan de autoprotección (anexo II.6).

2) Incidencia en materia medioambiental:

Que la actividad esté sujeta a la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de Actividades de la Comunidad de Madrid, a control integrado de la contaminación conforme a la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, o a la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, así como todas aquellas que estén sometidas a determinaciones medioambientales de acuerdo con la normativa sectorial correspondiente o por la normativa específica medioambiental (anexo II.2).

3) Incidencia urbanística, en materia medioambiental y de seguridad:

Que la actividad esté incluida en el Decreto 184/1998, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Catálogo de la Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, Establecimientos, Locales e Instalaciones (anexo II.1).

<sup>35</sup> Documento técnico comprensivo de la actividad y de sus instalaciones, suscrito por técnico competente, visado por el colegio oficial correspondiente, y/o otros proyectos técnicos exigidos por la legislación sectorial de aplicación, referidos a materias o aspectos de control municipal.

Cuando sea necesario justificar las condiciones de seguridad en caso de incendios, se incorporarán los contenidos o la información técnica precisa, conforme a la Norma UNE 157653 «Criterios generales para la elaboración de proyectos de protección contra incendios en edificios y establecimientos» o norma que la sustituya (anexo I 2.1.2).

procedimiento. Conforme a lo establecido en el punto 3.1.2 de la Instrucción, la ECLU sólo iniciará la tramitación cuando haya comprobado que el interesado ha abonado en su totalidad el precio que corresponda.

En este momento podrá comenzar la tramitación por parte de la ECLU para la emisión del certificado de conformidad y que se iniciará con la valoración de la documentación.

De acuerdo con lo previsto en el punto 3.2.1 de la Instrucción, la valoración inicial consistirá en comprobar que el interesado ha presentado la documentación completa para realizar la actuación urbanística pretendida, así como en efectuar un análisis preliminar de aquélla.

En esta fase de valoración inicial de la documentación, la ECLU puede constatar las siguientes situaciones:

— Una, que el interesado haya presentado la documentación completa, en cuyo caso se inicia el cómputo de los quince días para la emisión del certificado de conformidad. Esta circunstancia deberá comunicarse tanto al interesado como al Ayuntamiento de Madrid.

— Dos, que el interesado no haya presentado la documentación completa, en cuyo caso, la ECLU realizará los requerimientos de subsanación que fueran necesarios a fin de que el interesado complete la documentación. El inicio del cómputo del plazo máximo de quince días hábiles para emitir el certificado de conformidad se producirá cuando se haya presentado la documentación requerida.

No obstante, la ECLU podrá de forma potestativa, conforme a lo establecido en el apartado 3.2.5 de la Instrucción, establecer un plazo máximo a efectos de subsanación de la documentación, transcurrido el cual, podrá entender que el interesado desiste de su solicitud de certificado de conformidad, y proceder al archivo de las actuaciones lo que deberá notificarle, indicándole la posibilidad de manifestar su disconformidad con este extremo mediante la correspondiente reclamación. El archivo de las actuaciones será también comunicado al Ayuntamiento de Madrid.

— Tres, que se detectase de forma evidente que la actuación pretendida no está incluida entre las previstas para ser tramitadas mediante el procedimiento de licencias para la implantación o modificación de actividades. En este caso, la ECLU lo comunicará a su cliente indicándole el procedimiento a seguir (punto 3.2.2 de la Instrucción), así como su coste, pudiendo continuar las actuaciones previo consentimiento del interesado. En este caso, la ECLU requerirá al interesado la documentación que proceda y efectuará la liquidación de las tarifas conforme al nuevo procedimiento.

— Cuatro, que se apreciase que la actuación pretendida es manifiestamente contraria al ordenamiento urbanístico. En este caso, cuando se trate de una contradicción que puede ser subsanada, la ECLU indicará al interesado las modificaciones que fueran necesarias para adecuar su actuación al ordenamiento urbanístico. Cuando la contradicción o ilegalidad manifiesta no fuera susceptible de ser corregida mediante las correspondientes

modificaciones, la ECLU lo indicará al interesado comunicándole que no se emitirá el correspondiente certificado de conformidad (punto 3.2.3 de la Instrucción).

Como se ha dicho, en el caso de que el ciudadano haya presentado la documentación completa exigida y la ECLU no hubiera apreciado ninguna de las circunstancias descritas anteriormente en su valoración inicial, se iniciará el cómputo del plazo máximo de quince días hábiles para que la ECLU desarrolle sus funciones de verificación del cumplimiento de la legalidad urbanística y emita, en su caso, el certificado de conformidad.

En esta fase de verificación del cumplimiento de la legalidad urbanística (punto 3.3 de la Instrucción) la ECLU puede apreciar la concurrencia de algunas de las situaciones anteriormente descritas cuando, por no resultar evidentes, no se hubieran apreciado en la valoración inicial de la documentación. Así, podrá constatar:

— Una, que la actuación pretendida no esté incluida entre las previstas para ser tramitadas por el procedimiento de licencias para la implantación o modificación de actividades, en este caso, la ECLU comunicará al interesado la tramitación a seguir. Esta circunstancia será igualmente comunicada al Ayuntamiento de Madrid.

— Dos, que la actuación pretendida resultara contraria a la normativa urbanística.

Concretamente, la infracción de la normativa urbanística puede plantear las siguientes posibilidades:

*a)* Que la actuación pretendida sea contraria al ordenamiento urbanístico sin que resulte posible introducir las correspondientes modificaciones para su adecuación a la legalidad, es decir, que se trate de una infracción no subsanable, por ejemplo, cuando el uso proyectado no sea el permitido por la norma. En este caso, la ECLU deberá señalarlo al interesado y le comunicará que no se emitirá el correspondiente certificado de conformidad. Dicha circunstancia será igualmente comunicada al Ayuntamiento (punto 3.3.4 de la Instrucción).

*b)* Que la inadecuación al ordenamiento pueda ser subsanada mediante las correspondientes modificaciones. La ECLU señalará al interesado las modificaciones concretas que estime necesario realizar para la adaptación de lo proyectado a la normativa que resulte de aplicación, y le advertirá que la no adopción de dichas medidas impedirá la emisión del certificado de conformidad. Dicha circunstancia se comunicará igualmente al Ayuntamiento de Madrid (punto 3.3.4 de la Instrucción).

Cabe entender que en la fase de verificación de la legalidad urbanística, las modificaciones técnicas propuestas por la ECLU han de incorporarse por el interesado en el plazo de emisión del certificado de conformidad.

En el caso de que el interesado presente las correcciones propuestas una vez transcurrido el plazo para la emisión del certificado de conformidad, parece razonable entender, con el objetivo de evitar el inicio de un nuevo procedimiento y el pago de las correspondientes tarifas, que la ECLU puede aceptar la nueva documentación presentada y emitir el certificado de conformidad. Quedarían exceptuados de esta posibilidad aquellos casos

en los que por el tiempo transcurrido u otras circunstancias se entienda que la propuesta debe ser objeto de una nueva valoración documental y técnica. En todo caso, la ECLU deberá hacer constar las circunstancias que han motivado la emisión del certificado de conformidad fuera del plazo, a los efectos del control y supervisión de su actuación por parte de ENAC y del Ayuntamiento de Madrid.

Especial atención merecen las actuaciones incluidas en el ámbito de aplicación de este procedimiento y que se refieren a actividades que, a su vez, han de ser objeto de evaluación ambiental. A ello se refiere el art. 54 de la OGLUA que se remite a las disposiciones contenidas en el art. 40. Así, en aquellos casos en los que el destino de las obras sea implantar, cambiar o modificar una actividad sometida a evaluación ambiental, la documentación especificada en el anexo I deberá acompañarse de una memoria ambiental, memoria-resumen o estudio de impacto ambiental, a fin de que la ECLU proceda a su verificación junto con el resto de documentos.

Esta verificación de legalidad puede dar lugar a que la ECLU considere preciso subsanar las deficiencias observadas en la memoria ambiental, memoria-resumen o estudio de impacto ambiental, lo cual se comunicará al interesado para que proceda a su corrección como requisito previo para la emisión del certificado de conformidad (art. 40.2 de la OGLUA y punto 3.3.6 de la Instrucción).

En el caso de que en la fase de verificación del cumplimiento de la legalidad urbanística, la ECLU constatare la adecuación de la actuación pretendida a las normas generales, sectoriales y técnicas que sean aplicables a la actuación pretendida, emitirá el correspondiente certificado de conformidad en el que habrán de indicarse las condiciones medioambientales con arreglo a las cuales podrá desarrollarse la actividad (art. 54 en relación con el art. 40.2). El certificado, junto con la documentación debidamente diligenciada con su número, se entregará al interesado a fin de que pueda tramitar su solicitud de licencia urbanística ante el Ayuntamiento de Madrid.

Como se ha señalado, la disposición adicional tercera establece que el certificado de conformidad tendrá una vigencia de tres meses. Una vez transcurrido ese plazo sin que el interesado lo presente ante el Ayuntamiento junto con la solicitud de licencia y el resto de documentación exigible, perderá su validez (punto 3.4.5).

#### 11.4.4. Tramitación del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo de tramitación de la licencia se inicia con la entrada en el registro del órgano competente para otorgar la licencia, de la solicitud acompañada de la documentación completa referida en el anexo I de la OGLUA y entre la que se incluye el certificado de conformidad emitido por la ECLU (art. 53.4).

Como característica destacada de este procedimiento prevista en el art. 155 de la LSCM, cabe resaltar el hecho de que la presentación ante el órgano municipal comportará automáticamente la autorización provisional para la implantación, modificación o

cambio de la actividad y su ejercicio así como para la ejecución de las obras necesarias para ello. Esta regla general se excepciona en el caso de actuaciones sometidas a evaluación ambiental o que requieran la obtención de la licencia de funcionamiento prevista en la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (LEPAR), en el sentido que más adelante analizaremos (art. 53.4).

#### A) Iniciación

El procedimiento administrativo se iniciará una vez obtenido el certificado de conformidad, y siempre que no hayan transcurrido tres meses desde su emisión (art. 53 en relación con la disposición adicional tercera).

La solicitud irá acompañada del certificado de conformidad y de la documentación exigida en el anexo I de la OGLUA, que ya fueron objeto de presentación ante la ECLU y de verificación por ésta. Por ello, se exige que «cada uno de los documentos que acompañen a la solicitud deberán presentarse debidamente diligenciados por la entidad colaboradora con el número del certificado de conformidad correspondiente» (art. 53.4).

La OGLUA precisa que la solicitud puede presentarse en los registros municipales o bien por cualquiera de los medios establecidos en el art. 38 de la LRJ-PAC, no obstante, el procedimiento administrativo se entenderá iniciado una vez tenga entrada la documentación completa reseñada, en el registro del órgano competente para otorgar la licencia urbanística (art. 53.4, segundo párrafo).

#### B) Instrucción

##### a) *Requerimiento de subsanación*

La OGLUA precisa que en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución se podrá realizar un requerimiento de subsanación de deficiencias y, en su caso, de mejora de la solicitud que interrumpirá el plazo máximo de resolución (art. 53.5, segundo párrafo).

Esta previsión trae causa de lo dispuesto en el art. 154.4.º de la LSCM, en el que se señala que: «El Ayuntamiento sólo podrá formular a la solicitud un único requerimiento de subsanación de deficiencias y, en su caso, mejora de la solicitud, que deberá notificarse dentro del mes siguiente a la presentación de aquélla».

En relación con esto, ha de destacarse en primer lugar que este requerimiento de subsanación tendrá carácter excepcional, pues conforme al esquema de participación de las ECLU y las funciones de verificación documental y técnica que les corresponden, se entiende que la solicitud de licencia no debería ser objeto subsanación documental o técnica por parte del Ayuntamiento. No obstante, la OGLUA contempla esta previsión

con el objetivo de poder subsanar aquellas solicitudes en las que haya podido darse algún error por parte de la ECLU, y sin perjuicio de la responsabilidad de ésta.

En segundo lugar, conforme a lo establecido en el art. 42.5.a) de la LRJ-PAC, el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender «cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, por el transcurso del plazo concedido...».

b) *Informes técnicos preceptivos y el informe jurídico*

Iniciado el procedimiento conforme a lo expuesto más arriba, en el plazo de los cinco días siguientes se solicitarán los informes preceptivos de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda de la OGLUA (art. 53.5, párrafo primero).

Esta disposición concreta que «a los efectos previstos en esta ordenanza, son preceptivos los informes así establecidos por una norma con rango de ley, o cuando así lo exija una disposición estatal o autonómica, y los previstos en las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 17 de abril de 1997».

De este modo, serán preceptivos, por ejemplo, los informes exigidos por la legislación de medio ambiente, o el informe de la Comisión de Patrimonio Histórico Artístico del Ayuntamiento de Madrid de acuerdo con lo previsto en las normas urbanísticas.

Asimismo, indica la disposición adicional segunda, que serán también preceptivos los informes que deba emitir el órgano municipal competente en materia de protección contra incendios; es decir, si bien este informe no viene exigido por ninguna norma con rango de ley ni en las demás disposiciones estatales o autonómicas, la OGLUA ha optado por darle la consideración de informe preceptivo para las actividades incluidas en su anexo V<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> ANEXO V. CATÁLOGO DE ACTIVIDADES SUJETAS A INFORME PRECEPTIVO EN MATERIA DE PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS

1. Dotacional salud.
  - 1.1. En todos los casos en que se prestan cuidados médicos en régimen de hospitalización y/o cuidados intensivos o quirúrgicos.
  - 1.2. Los de superficie construida mayor de 2.500 metros cuadrados cuando no exista hospitalización.
2. Dotacional cultural con ocupación mayor de 500 personas.
3. Dotacional educativo.
  - 3.1. Todos los centros docentes de enseñanza reglada en los niveles infantiles con más de 500 metros cuadrados de superficie docente (aulario) construida.
  - 3.2. Todos los centros docentes destinados a personas discapacitadas físicas o psíquicas o a otras personas que no puedan realizar una evacuación por sus propios medios.
  - 3.3. Resto de centros docentes que tengan una superficie construida superior a 2.000 metros cuadrados.
4. Dotacional garaje-aparcamiento.

En definitiva, en los casos de proyectos técnicos de obras que puedan tener incidencia en el ámbito del medioambiente, del patrimonio histórico y de la seguridad de las personas y los bienes, se emitirán con carácter preceptivo los informes indicados, sin perjuicio de los demás que se establezca en la legislación estatal y autonómica. *A sensu contrario*, cuando el proyecto no tenga incidencia en esos ámbitos no se solicitarán dichos informes, sin perjuicio de los que el órgano competente para la tramitación de la solicitud estime conveniente recabar atendiendo a las características singulares de cada proyecto (art. 82 de la LRJ-PAC).

Respecto del plazo para la emisión de esos informes preceptivos, el art. 53.5 de la OGLUA determina que el plazo para su emisión es de cinco días, salvo cuando la legislación sectorial establezca un plazo diferente, rigiéndose en todo lo demás por lo dispuesto en la LRJ-PAC. En este sentido, ha de recordarse que el plazo de emisión del informe municipal ambiental es de cuatro meses (art. 40.4), y de quince días para el caso del informe del órgano competente en materia de protección contra incendios (disposición adicional segunda).

Una vez emitidos los informes técnicos que correspondan, se procederá a la redacción del informe jurídico que contendrá la propuesta de resolución a la vista del proyecto y del certificado de conformidad emitido por la ECLU (art. 53.5, párrafo primero *in fine*).

De este modo, los informes referidos vendrán a conformar, en su caso, el criterio técnico y jurídico de los servicios municipales respecto del proyecto sometido a licencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 157.2 de la LSCM. Ciertamente cuando la actuación proyectada tenga escaso impacto en el ámbito urbanístico y el órgano competente

- 
- 4.1. Robotizados, semirrobotizados o similares, etcétera.
  - 4.2. Garajes con más de 10 metros de altura de evacuación ascendente.
  - 4.3. Garajes con más de 6.000 metros cuadrados de superficie construida.
  5. Terciario recreativo.
    - 5.1. Espectáculos:
      - 5.1.1. Teatros, cines, salas de conciertos, circos y recintos deportivos cerrados, en todos los casos.
      - 5.1.2. Recintos al aire libre con ocupación mayor de 10.000 personas.
    - 5.2. Uso reunión:
      - 5.2.1. Discotecas, disco-pub o similares con ocupación mayor de 300 personas o mayor de 100 personas bajo rasante.
      - 5.3. Establecimientos consumo bebidas y comidas con ocupación mayor de 400 personas.
  6. Terciario oficinas.
    - 6.1. Oficina con atención al público con superficie construida mayor de 2.000 metros cuadrados.
    - 6.2. Oficina privada con superficie construida mayor de 10.000 metros cuadrados.
    - 6.3. Resto de centros docentes cuando tengan una superficie construida mayor de 2.500 metros cuadrados.
  7. Terciario hospedaje.
    - 7.1. Todos los locales destinados a personas discapacitadas físicas o psíquicas o a otras personas que no puedan realizar una evacuación por sus propios medios.
    - 7.2. Resto de locales cuando tengan una ocupación superior a 125 personas.
  8. Terciario comercial con una superficie construida con más de 2.500 metros cuadrados.

para la resolución de la solicitud de la licencia no estime necesario recabar ningún informe adicional al amparo del art. 82 de la LRJ-PAC, la valoración técnica municipal se entiende contenida en el criterio técnico expresado por la ECLU en el certificado de conformidad, de acuerdo con el cual se elaborará el informe jurídico y la propuesta de resolución.

Por último, conviene destacar que los informes preceptivos pueden ostentar además la condición de «determinantes para la resolución del procedimiento», en cuyo caso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 83.3 de la LRJ-PAC, «se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos». La precisión en cada caso de los informes que ostentan la condición de determinantes para la resolución del procedimiento, y en consecuencia permita interrumpir el cómputo del plazo, corresponde al órgano competente para adoptar la resolución del procedimiento administrativo.

c) *Plazo de resolución y silencio administrativo*

La OGLUA establece un plazo de un mes para resolver sobre la solicitud. Este plazo se computará, con carácter general, a partir del inicio del procedimiento administrativo. No obstante, su cómputo presenta especialidades en el caso de las actividades sometidas a evaluación ambiental o incluidas en el ámbito de aplicación de la LEPAR, como se señalará más adelante. En cualquier caso, podrá interrumpirse en los casos previstos en la legislación general de procedimiento administrativo y en la propia OGLUA como ya se ha señalado más arriba.

El transcurso del plazo previsto para resolver determinará que la licencia se entienda otorgada por silencio administrativo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (art. 56.1).

De esta forma, la OGLUA se limita a precisar respecto del silencio administrativo la regla que con carácter general se establece en el art. 8.1. *b*) del Real Decreto Legislativo (TRLR) 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, conforme a la cual: «En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». Ésta es, por otra parte, una regla sobre el silencio administrativo propia del ámbito urbanístico, que se ha venido recogiendo en todas las leyes estatales sobre suelo y ordenación urbana desde el año 1956 y, entre otras, en el ya derogado texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

Dicho artículo tiene carácter básico, según la disposición final primera del citado texto refundido, y así lo ha declarado el TS en su sentencia de 28 de enero de 2009, en la que resolviendo un recurso de casación en interés de ley, establece como doctrina legal que «el art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el art. 8.1. *b*),

último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística».

En cualquier caso, cabe señalar que al configurar la ordenanza el certificado de conformidad emitido por la ECLU como un documento indispensable de carácter procesal que asegura la veracidad de un hecho (la adecuación de la actuación pretendida al ordenamiento jurídico), se convierte en un instrumento importante para la efectividad del silencio positivo en la tramitación administrativa de las licencias urbanísticas, ya que proporciona una mayor garantía de que la actuación pretendida es conforme con el ordenamiento urbanístico.

d) *Actividades sometidas a evaluación ambiental*

En relación con las actividades sometidas a evaluación ambiental, el procedimiento de licencias para la implantación o modificación de actividades presenta las particularidades siguientes:

— No les será de aplicación la autorización provisional para implantar, modificar o cambiar la actividad y ejercerla.

— El plazo para resolver sobre la licencia se suspenderá por el plazo máximo de cuatro meses<sup>37</sup> previsto para la emisión del informe ambiental de actividades en la Ordenanza sobre Evaluación Ambiental de Actividades de 27 de enero de 2005 (OEAA). En este caso, según lo establecido en su art. 11, corresponderá al órgano sustantivo someter la solicitud de licencia al trámite de información pública durante un plazo de veinte días. El expediente, junto con copia del proyecto técnico y el resultado de la información pública, se remitirá al órgano ambiental municipal para que emita el informe.

En el caso de actividades sometidas a declaración de impacto ambiental conforme a la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, se remitirá la solicitud con el resto de documentación exigible, al órgano ambiental de la Comunidad de Madrid, quedando suspendido el procedimiento por el tiempo previsto para su expedición. Es decir, por un máximo de cinco o nueve meses según se trate del procedimiento de evaluación de impacto ambiental abreviado u ordinario.

<sup>37</sup> De acuerdo con el art. 17 de la OEAA, el plazo para la emisión del informe de evaluación ambiental será de cuatro meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud con la documentación preceptiva. Entendemos que esa fecha es la de inicio del procedimiento administrativo de tramitación de licencia, en el que se integra el de evaluación ambiental según el art. 6 de la OEAA. Por tanto, el trámite de información pública se realizaría dentro de esos cuatro meses, dado que, tras la modificación de la OMTLU operada por la OGLUA, dicho trámite no suspende el procedimiento.

Una vez obtenido el informe ambiental de actividades o la declaración de impacto ambiental favorables, podrá iniciarse la ejecución de las obras o instalaciones que, en su caso, fueran precisas, si bien no podrá iniciarse el funcionamiento de la actividad, dado que requiere de una comprobación previa a su puesta en funcionamiento por parte de los servicios municipales conforme a lo establecido en el art. 21 de la OEAA<sup>38</sup>. El art. 55 de la OGLUA determina que los servicios municipales llevarán a cabo esta inspección previa con el objeto de comprobar el cumplimiento de las normas medioambientales, de salubridad, urbanísticas y de seguridad.

La comprobación se llevará a cabo a instancia del titular de la actividad, y será esa solicitud la que determine el inicio del cómputo del plazo de un mes para resolver sobre la licencia. Esto constituye una excepción a la regla general conforme a la cual ese plazo se inicia con la presentación de la solicitud junto con la documentación completa en el registro del órgano competente para otorgar la licencia.

De acuerdo con el art. 55 de la OGLUA, si practicada la inspección, se constata un incumplimiento, podrá requerirse al interesado para que subsane los reparos en el plazo de quince días durante los que se interrumpirá el plazo de resolución. El incumplimiento de ese requerimiento bastará para denegar la licencia urbanística para la implantación o modificación de actividades.

— La tercera especialidad del procedimiento previsto para este tipo de actividades la constituye el sentido negativo del silencio en el caso de que no se emita el informe ambiental o la declaración de impacto ambiental. En estos casos, se entenderá que son desfavorables y, en consecuencia, la licencia no puede otorgarse, como se ha explicado anteriormente.

#### e) *Actividades recreativas y de espectáculos públicos*

Las solicitudes de licencia para la implantación o modificación de actividades sometidas a la LEPAR, por su parte, presentan como especialidad reseñable el que la autorización provisional a que hace referencia el art. 53.4 de la OGLUA, en principio habilitará para la realización de las obras o instalaciones pero no para la puesta en funcionamiento de la actividad. Esto se debe a la necesidad de efectuar una comprobación previa por parte de los servicios municipales, en este caso exigida por el art. 8 de la LEPAR, con carácter previo a la obtención de la licencia de funcionamiento prevista en la propia ley. La solicitud de esta comprobación previa determina igualmente el inicio del cómputo del plazo para resolver.

A tal efecto, el art. 55 de la OGLUA establece la obligación de llevar a cabo una comprobación inicial por los servicios municipales de las actividades sometidas al ám-

<sup>38</sup> «Art. 21 de la OEAA. *Actos de comprobación.*

Las actividades e instalaciones objeto de evaluación ambiental de actividades [...] serán objeto de comprobación por parte de los servicios municipales, previamente a su puesta en funcionamiento, de conformidad con lo que establezca la normativa municipal en materia de tramitación de licencias».

bito de aplicación de la LEPAR, con el objeto de comprobar el cumplimiento de los extremos antes mencionados, con carácter previo a su inicio y funcionamiento.

Como se ha señalado, los servicios municipales podrán efectuar un requerimiento de subsanación que interrumpirá el plazo para resolver. El incumplimiento de los reparos detectados podrá dar lugar a que se deniegue la licencia de funcionamiento prevista en el art. 8 de la LEPAR.

Esta licencia de funcionamiento se concederá en el mismo acto que la licencia para la implantación o modificación de actividades por lo que, de acuerdo con el art. 55.2 de la OGLUA, la documentación establecida en el anexo I para este procedimiento deberá ser completada con la que prevén la LEPAR y sus normas de desarrollo<sup>39</sup>.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALMENÓS ÁLAMOS, J.: *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1999.
- CANALS I AMETLLER, D.: *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada, Comares, 2003.
- GALÁN GALÁN, A., y PRIETO ROMERO, C.: «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», *Anuario de Derecho Municipal*, Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, 2008, pp. 63-104.
- MUÑOZ MACHADO, S.: «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2009.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «Entidades colaboradoras con la Administración, libre prestación de servicios y régimen de control preventivo de actividades», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 16, 2009, pp. 77-88.
- PADRÓS REIG, C.: «La articulación del concepto de «colaboración» desde el punto de vista del ordenamiento administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, 2009, pp. 282-283.

<sup>39</sup> El art. 6 de la LEPAR señala que los locales y establecimientos incluidos en su ámbito de aplicación deberán tener suscrito un contrato de seguro que cubra los riesgos de incendio del local y de responsabilidad civil por daños concurrentes y a terceros derivados de las condiciones del local, de sus instalaciones y servicios, así como de la actividad desarrollada y del personal que preste sus servicios en el mismo. Igualmente deberán contar con un plan de emergencia según las normas de autoprotección en vigor.

Asimismo, el art. 8 de la LEPAR dispone que: «4. En la licencia de funcionamiento se harán constar entre otros datos y, en todo caso: el nombre, denominación, razón social y domicilio de los titulares, el emplazamiento y denominación, aforo máximo permitido y la actividad o espectáculo a que se vaya a dedicar la actividad conforme al catálogo».



# La evaluación del desempeño de los empleados públicos. En particular, el establecimiento de sistemas de evaluación del desempeño en las Administraciones locales <sup>1</sup>

Marcos ALMEIDA CERREDA  
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo  
Universidad de Santiago de Compostela*

## RESUMEN

*En el presente trabajo, partiendo, en primer lugar, del análisis de la regulación de la evaluación del desempeño contenida en el Estatuto Básico del Empleado Público y del estudio de las posibilidades de desarrollo de la misma por las diferentes Administraciones, en particular por las locales, y, en segundo lugar, del examen de algunas regulaciones de la evaluación del desempeño ya efectuadas y de ciertas experiencias prácticas, se pretende ofrecer a dichas Administraciones una serie de pautas e indicaciones a tener en cuenta en el momento de iniciar la reflexión sobre cómo diseñar e implantar sus propios sistemas de evaluación del desempeño.*

**Palabras clave:** empleo público; evaluación del desempeño.

<sup>1</sup> En el presente trabajo se han empleado las siguientes abreviaturas: artículo, art.; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, BOCG; *Boletín Oficial de la Provincia*, BOP; Constitución Española, CE; Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, CEBEP; Comunidad Económica Europea, CEE; Comunidad Europea de la Energía Atómica, CEEA; citado, cit.; coordinador, coord.; confere, cfr.; director, dir.; directores, dirs.; Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, DRAEL; Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP; Fundamento Jurídico, FJ; número, núm.; Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, RGIP; Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, LMRFP; página, p.; páginas, pp.; siguientes, ss.; Sentencia del Tribunal Constitucional, STC; videre, *vid.*

Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación de la Xunta de Galicia: «La modernización de las Administraciones Territoriales (PGIDT06PXIB202096PR)».

**ABSTRACT**

*This work outlines the principles and guidelines that could help to design and implement the new systems of monitoring the performance of officers and other municipal employees at local level. In order to form proposals for these new systems, it is necessary to examine the Act on Public Employee and its development by the different administrative levels so that previous experience on monitoring the performance of municipal employees can be assessed and taken into account.*

**Key words:** municipalities; municipal workers; officers; performance monitoring.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REGULACIÓN DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.—1. La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público.—2. Análisis de la regulación de la evaluación del desempeño contenida en el art. 20 del Estatuto Básico del Empleado Público.—2.1. *Concepto*.—2.2. *Carácter*.—2.3. *Ámbito subjetivo*.—2.4. *Criterios*.—2.4.1. El principio de transparencia.—2.4.2. El principio de objetividad.—2.4.3. El principio de imparcialidad.—2.4.4. El principio de no discriminación.—2.4.5. El principio de respeto de los derechos de los empleados públicos.—2.5. *Efectos*.—2.5.1. Los efectos de la evaluación en la carrera profesional.—2.5.2. Los efectos de la evaluación en la formación.—2.5.3. Los efectos de la evaluación en la provisión de puestos de trabajo.—2.5.4. Los efectos de la evaluación en las retribuciones complementarias.—III. LAS COMPETENCIAS NORMATIVAS SOBRE FUNCIÓN PÚBLICA Y LA DISCIPLINA DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO POR LAS ADMINISTRACIONES LOCALES.—1. La reserva de Ley en materia de función pública y su cobertura.—2. El desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público en materia de evaluación del desempeño por parte de las Administraciones locales.—IV. APUNTES PARA EL DISEÑO DE UN MODELO DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO.—1. Premisas.—2. Bases para la articulación de un modelo de evaluación del desempeño.—2.1. *La delimitación del objeto de la evaluación*.—2.2. *Los responsables de la evaluación*.—2.2.1. El Departamento de Recursos Humanos.—2.2.2. La Comisión de Evaluación.—2.2.3. La Comisión de Reclamaciones.—2.3. *El procedimiento de evaluación*.—3. Indicaciones para el proceso de implantación de un sistema de evaluación del desempeño.—3.1. *Reforzar la organización interna y buscar sinergias en el exterior*.—3.2. *Concienciar sobre la necesidad y conveniencia de la implantación del sistema y buscar el consenso sobre el mismo*.—3.3. *Planificar y difundir el sistema a adoptar*.—3.4. *Implantar de modo progresivo el sistema*.—V. BIBLIOGRAFÍA.

**I. INTRODUCCIÓN**

En la actualidad, la sociedad española no sólo demanda de sus Administraciones públicas —en particular, de las locales— la prestación de más servicios públicos (como, por ejemplo: los relacionados con el apoyo a las personas dependientes y a sus familiares, los que permiten una adecuada conciliación de la vida personal y profesional, etc.), sino que exige de las mismas que se incremente, de modo perceptible, la calidad en la erogación de los servicios públicos que, tradicionalmente, éstas han venido ofreciendo (policía, sanidad, enseñanza, etc.)<sup>2</sup>. Ambas pretensiones vienen acompañadas, además,

<sup>2</sup> Esta situación es común a todos los países democráticos desarrollados, *vid. La modernización del Estado. El camino a seguir*, Madrid, OCDE-INAP, 2006.

por una tercera exigencia que consiste en que los ciudadanos reclaman que el aumento del número de servicios y de la calidad con la que estos se prestan suponga el menor incremento posible de los fondos públicos destinados a tales fines, es decir, desean que la mejora del sistema de servicios públicos se logre optimizando el empleo de los recursos económicos disponibles. Esta última reivindicación, desde hace tiempo formulada, se ha hecho especialmente intensa en el presente contexto de crisis económica, donde los caudales públicos son cada vez más escasos<sup>3</sup>.

Superar este difícil reto (prestar más y mejores servicios públicos, con los mismos —o, incluso, menores recursos—) exige que las Administraciones modernicen su forma de gestionar, para hacerla más eficaz y eficiente<sup>4</sup>. Un elemento clave en este proceso es, sin duda alguna, la reforma del régimen de su personal. El contar con un conjunto de empleados públicos capaces y motivados en la realización de sus tareas es un elemento esencial para mejorar la calidad de la actuación administrativa<sup>5</sup>. La aprobación del EBEP por la Ley 7/2007, de 12 de abril, ha supuesto un primer paso importante en este camino, que dista mucho de ser breve y sencillo.

Y ello es así, porque, en aras a conseguir un mejor servicio a los ciudadanos, esta norma busca lograr una mayor cualificación y motivación de los empleados públicos en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, a través de la implantación de un sistema de evaluación de su desempeño que, en primer lugar, mida su rendimiento y valore su conducta y que, en segundo lugar, ligue, directamente, los resultados de tales operaciones a concretos efectos sobre las retribuciones que perciben, sobre la progresión en su carrera profesional, etc. En este sentido, en su Exposición de Motivos se puede leer:

«Elemento fundamental de la nueva regulación es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño de los empleados públicos, que las Administraciones Públicas deberán establecer a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. La evaluación periódica deberá tenerse en cuenta a efectos de la promoción en la carrera, la provisión y el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la determinación de una parte de las retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad o al rendimiento. Generalizando algunas experiencias que ya existen en el ámbito de nuestras Administraciones públicas, se introduce así un factor de motivación personal y de control interno, que es común a las reformas del empleo público que se han adoptado o se están articulando en el ámbito europeo. Es obvio, en efecto, que las oportunidades de promoción y, en alguna medida, las recompensas que corresponden a

<sup>3</sup> De estas demandas sociales también da cuenta S. DÍAZ QUIJANO en: «La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», en *El Estatuto del Empleado Público y la modernización de la Administración local*, Gijón, Ediciones Trea, 2008, p. 176.

<sup>4</sup> Cfr. *La modernización del Estado. El camino a seguir*, cit.

<sup>5</sup> Sobre esta cuestión, la CEBEP señaló: «La evaluación del desempeño, está llamada a ser, si se aplica bien, un factor fundamental de mejora de la motivación y el rendimiento del empleado público. Más aún, la Comisión considera que éste debe ser un elemento central de cualquier reforma modernizadora de nuestras Administraciones Públicas, tal como ya ocurre en otros países vecinos y como ha establecido también recientemente la Unión Europea para su propio personal» (*Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, Madrid, INAP-Goberna, 2005, pp. 107-108).

cada empleado público han de relacionarse con la manera en que realiza sus funciones, en atención a los objetivos de la organización, pues resulta injusto y contrario a la eficiencia que se dispense el mismo trato a todos los empleados, cualquiera que sea su rendimiento y su actitud ante el servicio. De ello deriva que la continuidad misma del funcionario en su puesto de trabajo alcanzado por concurso se ha de hacer depender de la evaluación positiva de su desempeño, pues hoy resulta ya socialmente inaceptable que se consoliden con carácter vitalicio derechos y posiciones profesionales por aquellos que, eventualmente, no atiendan satisfactoriamente a sus responsabilidades».

No obstante lo dicho hasta el momento, y pese algunas resueltas afirmaciones doctrinales<sup>6</sup>, la aplicación de sistemas de evaluación del desempeño a los empleados públicos en España, dada la ausencia de una auténtica tradición en materia de evaluación en nuestra cultura organizativa pública<sup>7</sup>, dista de ser un tema pacífico<sup>8</sup>. La razón de ello estriba en que no todos los operadores que, en su momento, se hallarían implicados en su diseño y ejecución están de acuerdo en la necesidad, posibilidad u oportunidad de su implementación<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Como ejemplo de esta posición se pueden citar las palabras de F. DE MIGUEL PAJUELO, quien ha escrito: «Y quizás la novedad del sistema de evaluación del desempeño no esté tanto en su formulación general, pues desde el punto de vista teórico la bondad de contar con un sistema de esta índole nadie lo puede negar [...] Ahora bien, a pesar de las dificultades que sin duda surgirán en la implantación de un sistema de estas características en la función pública parece un lugar común establecer que cualquier sistema de evaluación por deficiente que sea es mejor que la ausencia de sistema alguno» («La evaluación del desempeño», en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, A. PALOMAR y A. V. SEMPÉRÉ (dirs.), Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 195).

<sup>7</sup> F. DE MIGUEL PAJUELO explica este hecho señalando: «La evaluación del desempeño de los puestos de trabajo no ha formado parte de la tradición gestora de la Administración Pública Española. Las razones son de muy variada índole, desde la consideración tradicional del empleo público como algo diferente, que es muy difícil medir y cuantificar, y conectado con ello la ausencia de parámetros reales para la evaluación, la desconexión de cualquier sistema de estas características con la provisión de puestos de trabajo y la carrera del funcionario y, sobre todo, con la estructura retributiva impedían que un sistema de estas características tuviese virtualidad real en la función pública tradicional» («La evaluación del desempeño», cit., pp. 195-196).

Si bien es cierto que no se ha desarrollado en nuestro país ningún sistema global de evaluación del desempeño de los empleados públicos —entendiendo por tal un método que valore la actuación y mida el rendimiento de todos los empleados públicos y que tenga simultáneamente consecuencias en diferentes ámbitos de su situación y desarrollo profesional—, el concepto de evaluación no es completamente ajeno a nuestro Ordenamiento. Esta afirmación se apoya, por una parte, en el hecho de que, con carácter general, los empleados públicos se han visto sujetos a evaluaciones para ocupar puestos de trabajo [*vid.*, por ejemplo, el art. 44.1.c) del RGIP] y para la determinación de parte de sus retribuciones (en particular, del complemento de productividad previsto por el art. 23 de la LMRFP) y, por otra parte, en el dato de que a determinados tipos de empleados públicos sí que se les ha aplicado, con distintos efectos, un sistema de evaluación del desempeño; sirvan como ejemplo el personal de los servicios de salud (*vid.* art. 43 de la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud) o el personal militar (*vid.* arts. 85 y ss. de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar).

<sup>8</sup> En la doctrina hay autores que critican duramente esta opción, por ejemplo, *vid.*, R. PARADA, *Derecho del Empleo Público*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 72 y ss., y J. M.<sup>a</sup> A. MAGÁN PERALES, «Promoción profesional, provisión de puestos de trabajo y movilidad de los empleados públicos», en *Manual del Empleo Público*, F. A. CASTILLO (dir.), Madrid, Iustel, 2009, p. 380.

<sup>9</sup> Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por M. SÁNCHEZ MORÓN, quien ha señalado: «Sin embargo en esta materia, al igual que cuando aplican el complemento de productividad, los gestores de nuestras

Existiendo dudas acerca de estos extremos, se hace necesario, antes de llevar a cabo cualquier otro análisis, clarificarlos; para asentar sobre unas sólidas bases la decisión de instaurar procesos de evaluación del desempeño en el seno de nuestras Administraciones públicas. Se trata de una exigencia tanto científica como práctica. Desde el punto de vista científico, no es admisible plantear y articular un sistema partiendo de premisas que no han sido verificadas y, desde el punto de vista práctico, como más adelante se explicará, una de las condiciones que determinará el éxito de la implantación de un método de evaluación del desempeño es que quienes lo deben gestionar y quienes van a ser sometidos al mismo se hallen convencidos de que es imprescindible su institución para mejorar el funcionamiento y los resultados de la organización pública en la que prestan sus servicios. En este segundo ámbito, hay que señalar, además, que, si no se disipan las dudas que puedan existir, lo más probable es que las previsiones del EBEP se queden en papel mojado, porque, en lugar de poner en marcha auténticos procesos de valoración, se articularán procedimientos formalmente similares, a los solos efectos de cubrir las exigencias legales, pero completamente carentes de toda virtualidad práctica<sup>10</sup>.

Así las cosas, partiendo del examen de diversos estudios sobre esta materia y también de la experiencia obtenida con el trabajo cotidiano con diferentes gestores públicos y otros agentes implicados en este proceso (responsables políticos, representantes de los trabajadores, etc.), es posible individuar, en orden de importancia, tres grupos de reparos al establecimiento de sistemas de evaluación del desempeño: en primer lugar, objeciones de tipo técnico; en segundo lugar, censuras basadas en percepciones de naturaleza subjetiva, y, en tercer lugar, críticas de base económica.

Respecto de las objeciones de carácter técnico, hay que indicar que se han apuntado dos problemas en este ámbito que, según ciertas opiniones, hacen inviable la institución de procesos de valoración que puedan funcionar correctamente. Estos obstáculos son: la supuesta imposibilidad de fijar parámetros para proceder a la evaluación del desempeño de los empleados públicos y la inasumible conflictividad inherente a cualquier sistema que implique una evaluación<sup>11</sup>.

Estos problemas, así planteados, son de gran entidad, pues afectan a dos puntos cruciales de la configuración de todo sistema de evaluación del desempeño: fijar qué se debe evaluar y cómo afrontar el hecho de que, en no pocas ocasiones, los empleados evaluados estarán disconformes con la valoración recibida.

Por lo que atañe a la determinación de los parámetros para la evaluación (objetivos a lograr e indicadores de su consecución y patrones de conducta a seguir e indicadores de su observancia), es evidente que ésta no se puede realizar de forma general; dependiendo

---

Administraciones topan con el temor a diferenciar y con una larvada oposición sindical que —sin argumentos de fondo que oponer frente a la evaluación del desempeño— critica por sistema cualquier intento medianamente serio de ponerla en práctica, dando por descontadas las injusticias que generará» («La situación actual del empleo público», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, 2010, p. 65).

<sup>10</sup> Así ha sucedido, por ejemplo, con anterioridad, con el sistema de distribución de la productividad.

<sup>11</sup> Cf. R. PARADA, *Derecho del Empleo Público*, cit., pp. 72-73.

del tipo de puesto de trabajo que ocupe cada empleado público, estos serán necesariamente diferentes. Se trata, en consecuencia, de un trabajo ingente y complejo individualizar dichos parámetros; pero, en modo alguno, imposible, como lo demuestran las experiencias llevadas a cabo en otras organizaciones públicas, nacionales <sup>12</sup> y supranacionales <sup>13</sup>, y en el seno de algunas Administraciones españolas <sup>14</sup>.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, como reconoce la propia CEBEP <sup>15</sup>, es muy probable que la introducción de la evaluación del desempeño incremente la conflictividad en el seno del sistema de empleo público <sup>16</sup>. No obstante, hay que recordar que, en España como en otros países, la existencia de una considerable conflictividad en este ámbito, es algo consustancial al mismo. Por ello, el hecho de que pueda existir un nuevo frente de desacuerdos no debe considerarse como un obstáculo para la implantación de procedimientos de evaluación del desempeño, como no lo fue, en su momento, para la incorporación de otras medidas. Eso sí, existiendo esta razonable previsión, es conveniente reflexionar sobre el modo de articular instrumentos específicos para la resolución de los posibles conflictos, como la citada CEBEP propone en su Informe. En definitiva, estas cuestiones hacen de la implantación de la evaluación del desempeño algo ciertamente espinoso y difícil, pero, en modo alguno, imposible o inconveniente.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las críticas fundadas en percepciones de naturaleza subjetiva, éstas, hoy en día, constituyen auténticas resistencias a la aplicación de la evaluación del desempeño que es necesario vencer, para lograr su efectiva introducción en el funcionamiento de nuestro empleo público. A efectos de proceder a su exposición y de detallar cómo pueden ser neutralizadas, es posible dividir las en dos grupos: por una

<sup>12</sup> J. V. CORTÉS CARRERES da cuenta de los ensayos realizados en Inglaterra, Dinamarca y Finlandia («La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1, 15-29 de enero de 2009, pp. 36 y ss.) y M. C. NOGUER PORTERO resalta, además, la experimentación llevada a cabo en Bélgica [«La evaluación del desempeño», en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, S. DEL REY (dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 304-305].

<sup>13</sup> Es de destacar la experiencia desarrollada en el seno de la Unión Europea sobre la base del art. 43 del Reglamento núm. 31 (CEE)/11 (CEEA) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica que establece: «La capacidad, el rendimiento y la conducta en el servicio de cada funcionario serán objeto de un informe periódico, al menos cada dos años, en las condiciones fijadas por cada institución conforme a lo dispuesto en el art. 10. Cada institución establecerá disposiciones que otorguen el derecho a presentar un recurso con motivo del procedimiento de calificación, el cual habrá de ejercerse antes de presentar una reclamación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 90».

<sup>14</sup> J. V. CORTÉS CARRERES comenta brevemente las pruebas realizadas en la Generalitat de Cataluña, en la Diputación de Barcelona y en el Ayuntamiento de Castellón («La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 36 y ss.). Además, hay que destacar también las efectuadas por el Ayuntamiento de Manlleu, el Ayuntamiento de Alcobendas o el Ayuntamiento de Gijón.

<sup>15</sup> Vid. *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 109.

<sup>16</sup> Aunque, quizás, este factor se haya sobredimensionado. Así, de acuerdo con los datos provisionales ofrecidos por el Ayuntamiento de Gijón, respecto de la evaluación del desempeño del año 2008, sólo presentaron alegaciones a su evaluación en torno a un 12 por 100 de los trabajadores evaluados. Cifra que, a priori, no parece desmesurada (<http://www.usoffp.com/datos/docs/evaluacion/091216%20informe%20evaluacion%20administracion.pdf>).

parte, se hallan los reparos efectuados desde un punto de vista individual y, por otra parte, se encuentran las objeciones formuladas desde un punto de vista colectivo<sup>17</sup>.

Respecto de las objeciones efectuadas desde un punto de vista individual, hay que tener en cuenta las reservas que pueden tener tanto los evaluados, como los evaluadores. Por un lado, los empleados públicos, como cualquier trabajador, temen las evaluaciones, bien porque recelan de que formen parte de un sistema arbitrario, articulado sobre la base de criterios poco claros y precisos, en los que cuestiones relacionadas con el ámbito político puedan jugar un papel decisivo, bien porque se hallan en la convicción de que no serán capaces de superar una evaluación objetiva dada su falta de experiencia en estos procedimientos (independientemente de que lo sean o no); así, los empleados públicos, aunque son conscientes de que el sistema actual no es el mejor posible, lo prefieren a otro que perciben como, posiblemente, fundado en criterios oscuros y generador de resultados inciertos. La estrategia para acabar con esta resistencia consiste, como se detallará más adelante: en primer lugar, en diseñar un sistema de evaluación del desempeño transparente y adecuado a la Administración de que se trate; en segundo lugar, en informar debidamente a todos los empleados afectados sobre su estructura, funcionamiento y puesta en práctica, y, en tercer lugar, en darles una apropiada participación en su desarrollo, fiscalización y valoración. Por otro lado, dependiendo del sistema de evaluación que se adopte, si quien evalúa son los superiores jerárquicos inmediatos, la implantación del sistema de evaluación del desempeño va a suponer para este grupo tres tipos de consecuencias no deseadas: un considerable incremento de su responsabilidad (tendrán que decidir sobre la vida profesional de los demás, respondiendo de las decisiones que adopten); un importante crecimiento de su carga de trabajo y, finalmente, con toda probabilidad, una multiplicación de los conflictos en el ámbito laboral, originados por aquellas evaluaciones que no gusten a sus colaboradores<sup>18</sup>. Para evitar esta resistencia, se puede recurrir a sistemas de evaluación en los que los evaluadores no sean los superiores jerárquicos, sino una Comisión *ad hoc*; si bien, dados sus conocimientos y posición, se puede reservar a los mismos una intervención relevante en el proceso de evaluación, consistente en la emisión de un informe razonado sobre el rendimiento y la conducta de sus subordinados.

Por lo que atañe a las objeciones efectuadas desde el punto de vista colectivo, hay que señalar que estas provienen de dos sectores que, con frecuencia, se contraponen en el ámbito del empleo público en el marco de la negociación colectiva: los representantes de los empleados públicos y el personal directivo, responsable de la organización de los procesos de valoración. Los primeros perciben la nueva ordenación del empleo público, basada en la evaluación individual del desempeño de los trabajadores, como un sistema que reduce

<sup>17</sup> Las consideraciones que a continuación se realizan son tributarias, en gran medida, de las acertadas reflexiones de S. DÍAZ QUIJANO («La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», cit., pp. 180-183) y M. GORRITI («La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», en *El Estatuto del Empleado Público y la modernización de la Administración local*, Gijón, Ediciones Trea, 2008, p. 222).

<sup>18</sup> Vid. F. LONGO, «Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones públicas», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41, 2005, p. 130.

la virtualidad de la negociación colectiva (por ejemplo, en ámbitos como las retribuciones complementarias o la promoción profesional) y que, en consecuencia, puede determinar una pérdida de parte de su influencia; a su vez, los directivos públicos, en general, dada la falta de información y formación sobre esta materia, observan este fenómeno entre el escepticismo y la preocupación: escepticismo, porque no se hallan convencidos de que se pueda aplicar este sistema, o, en el caso de que crean que es posible, porque dudan de que produzca los efectos beneficiosos que de él se predicán, y preocupación, ya que temen que su puesta en práctica suponga un incremento exponencial de los costes y de los conflictos. Como consecuencia de lo dicho, muchos representantes de los trabajadores se muestran poco proclives al establecimiento de sistemas de evaluación del desempeño, y bastantes miembros del personal directivo, conscientes, a su vez, de este rechazo, han decidido aplazar *sine die* su implantación, so pretexto de la complejidad técnica de su articulación y de su negociación. La solución para vencer estas resistencias colectivas pasa, como se recalcará más adelante, en primer lugar, por lograr un fuerte compromiso de los vértices políticos de cada Administración con la introducción de la evaluación del desempeño, y en segundo lugar, por informar adecuadamente sobre estas técnicas a los representantes de los trabajadores y al personal directivo y darles un papel activo y relevante en el diseño y gestión del concreto sistema de evaluación que se decida introducir.

Finalmente, hay que señalar que la organización de un proceso de valoración del rendimiento y la conducta de sus trabajadores supone un importante coste económico para cualquier Administración. Será necesario contratar asesorías para diseñar el modelo de evaluación de desempeño; contratar, formar y destinar efectivos a este trabajo de evaluación; formar e informar a los diferentes operadores implicados sobre el método de evaluación y su funcionamiento; adquirir los instrumentos tecnológicos necesarios para la articulación del sistema, etc. Este hecho determina que algunos autores consideren que este cuantioso gasto desaconseja la organización de sistemas de evaluación del desempeño<sup>19</sup>. No obstante, estos desembolsos económicos no deben ser vistos como un gasto, sino como una inversión; cuyos beneficios, en el ámbito de la mejora del funcionamiento de las Administraciones públicas, superarán con creces los costes derivados de su implementación. En este sentido, la CEBEP ha señalado: «Conviene no olvidar, además, que la implantación de buenos sistemas de la evaluación del desempeño exige el desarrollo en las organizaciones públicas de importantes capacidades internas: sistemas de definición de objetivos, indicadores de rendimiento, instrumentos para valorar competencias, técnicos especializados, directivos capacitados y comprometidos... Ello exige una mayor inversión en la gestión de recursos humanos y reforzar las unidades especializadas dedicadas a dicha gestión. Sin embargo, la Comisión considera que ésta es una de las inversiones más rentables, a medio y largo plazo, que puede hacerse en nuestro sector público»<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. R. PARADA, *Derecho del Empleo Público*, cit., pp. 72-73.

<sup>20</sup> Vid. *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 109. En este sentido, R. JIMÉNEZ ASENSIO y F. A. CASTILLO BLANCO opinan: «Tampoco la implantación de la evaluación del desempeño, por muy simple que sea la herramienta que se adopte, será un instrumento sin coste alguno para la Administración

De todo lo dicho hasta el momento, se puede concluir que, en la medida en que la organización de sistemas de evaluación del desempeño constituye uno de los instrumentos más eficaces para lograr la modernización del funcionamiento de las Administraciones públicas, en el sentido de hacerlas más ágiles, eficaces y eficientes, y dado que no existe ninguna razón material que impida su aplicación debe procederse, sin dilaciones innecesarias, a la misma, articulando los instrumentos jurídicos necesarios para ello.

Con el objetivo de contribuir a lograr este fin, en el presente trabajo, partiendo, en primer lugar, del análisis de la ordenación de la evaluación del desempeño contenida en el EBEP y de las posibilidades de desarrollo de la misma por las diferentes Administraciones, en particular de las locales, y, en segundo lugar, de las regulaciones del mismo ya efectuadas<sup>21</sup>, se pretende ofrecer a dichas Administraciones una serie de pautas e indicaciones a tener en cuenta en el momento de iniciar la reflexión sobre cómo diseñar e implantar sus propios sistemas de evaluación del desempeño; se trata de ideas que pretenden estimular el debate en el seno de las Administraciones públicas y no de soluciones cerradas y definitivas, pues, dada la novedad de esta materia, en la misma son más las dudas que se plantean, que las certezas que se pueden afirmar.

## II. LA REGULACIÓN DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

### 1. La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público

El EBEP menciona la «evaluación del desempeño», tanto en su Exposición de Motivos, como en diversos preceptos de su texto. En la Exposición de Motivos, como se

---

Pública, al menos a corto plazo. No cabe duda que la evaluación del desempeño es un instrumento extraordinariamente útil para la mejora de la gestión en las Administraciones Públicas. Pero, aparte de la complejidad de su diseño, la aplicación de la herramienta puede resultar, a corto plazo, gravosa desde el punto de vista presupuestario. En cualquier caso, esta es una «mirada pobre» o limitada, puesto que este instrumento de la evaluación del desempeño, al igual que la carrera profesional, son elementos centrales para que funcione cabalmente un sistema de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas» (*Informe sobre el empleo público local*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, p. 31).

<sup>21</sup> Hay que tener en cuenta: en primer lugar, que el art. 68 del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Función Pública de Galicia, incorpora la regulación de la evaluación del desempeño introducida por 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 y, en segundo lugar, que la Ley 5/2009, de 29 de diciembre, de séptima modificación de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la Función Pública, para la regulación de la carrera horizontal, introduce un art. 49 *quáter* en la citada norma donde, para la Administración del Principado de Asturias, se disciplina la evaluación del desempeño. Además, diferentes municipios han llevado a cabo experiencias en este ámbito; así, para elaborar el presente trabajo se ha tenido presente, en particular: el Manual de evaluación del desempeño del Ayuntamiento de Gijón (<http://www.usoffp.com/paginas/4legislacion/convenios.html>) y la regulación de la evaluación del desempeño contenida en el Convenio colectivo y Acuerdo regulador del personal al servicio del Ayuntamiento de Santiago de Compostela (*BOP* de 3 de febrero de 2010, núm. 22).

puede constatar en el fragmento de la misma antes transcrito, el Legislador lleva a cabo una extensa explicación y justificación de este elemento, que considera un pilar esencial del nuevo régimen de los empleados públicos que pretende establecer. Por lo que se refiere al texto del EBEP, las menciones a la evaluación del desempeño se contienen, en concreto: en el art. 1.3, en el marco de la disciplina del objeto de la Ley<sup>22</sup>; en el art. 13.3, en el seno de la regulación del personal directivo profesional<sup>23</sup>; en el art. 14, donde se regulan los derechos individuales<sup>24</sup>; en el art. 17, en el que se disciplina la carrera horizontal de los funcionarios de carrera<sup>25</sup>; en el art. 20, que se dedica, exclusivamente, a la regulación de la evaluación del desempeño<sup>26</sup> y en el art. 37, que contiene el conjunto de materias objeto de negociación<sup>27</sup>. Esta profusión de menciones es una clara muestra de la imbricación de la evaluación del desempeño en el nuevo sistema de empleo público que diseña el EBEP y constituye una traducción positiva de la voluntad del Legislador, expresada en la Exposición de Motivos, de que ésta sea uno de los ejes de la reforma del empleo público en España.

<sup>22</sup> Este precepto señala: «Este Estatuto refleja, del mismo modo, los siguientes fundamentos de actuación: [...] *i*) Evaluación y responsabilidad en la gestión».

<sup>23</sup> Este artículo dispone: «El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados».

<sup>24</sup> Esta norma establece: «Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio: [...] *c*) A la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación».

<sup>25</sup> Este precepto reza: «Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios de carrera, pudiendo aplicar, entre otras, las siguientes reglas: [...] *b*) Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida».

<sup>26</sup> Este artículo tiene el siguiente contenido: «1. Las Administraciones Públicas establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados. La evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados.

2. Los sistemas de evaluación del desempeño se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos.

3. Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el art. 24 del presente Estatuto.

4. La continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada.

5. La aplicación de la carrera profesional horizontal, de las retribuciones complementarias derivadas del apartado *c*) del art. 24 del presente Estatuto y el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso requerirán la aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 de este artículo».

<sup>27</sup> Este precepto dispone: «Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes: [...] *d*) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño».

Hay que señalar, no obstante, que, siguiendo las recomendaciones de la CEBEP<sup>28</sup>, el Legislador estatal ha llevado a cabo una regulación mínima de la evaluación del desempeño para garantizar plenamente la autonomía organizativa de las diferentes Administraciones públicas<sup>29</sup>.

## 2. Análisis de la regulación de la evaluación del desempeño contenida en el art. 20 del Estatuto Básico del Empleado Público

### 2.1. Concepto

Atendiendo a las definiciones incluidas en el DRAEL, por evaluación del desempeño se podría entender, simplemente, el juzgar el cumplimiento de las obligaciones inherentes a un determinado empleo público. No obstante, el art. 20.1 del EBEP, de un modo más completo, define la evaluación del desempeño como el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados.

Para comprender el alcance de esta definición legal, es necesario descomponerla en sus elementos esenciales. Éstos son tres: la forma de evaluación, la actividad de evaluación y el objeto de evaluación.

En primer lugar, atendiendo a su forma, hay que señalar que la evaluación del desempeño es un procedimiento. Es decir, no se trata de un acto singular, sino de un conjunto de actuaciones. Para llevar a cabo la evaluación del desempeño, las Administraciones públicas tendrán que diseñar sendos métodos de evaluación que han de incorporar diversas fases.

En segundo lugar, si se tiene en cuenta la actividad en que debe consistir la evaluación del desempeño, hay que destacar que ésta tiene que comprender actuaciones de medición y valoración. Por una parte, quien evalúe deberá comprobar cuáles de las

---

<sup>28</sup> En este sentido, la CEBEP había indicado: «Pero, más allá de unas orientaciones generales, la regulación de la forma precisa de realizar la evaluación debe quedar remitida a normas posteriores de carácter no básico, por respeto a la autonomía y en reconocimiento de la diversidad de supuestos y de soluciones posibles» (*Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 108).

<sup>29</sup> Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina. Por ejemplo, R. JIMÉNEZ ASENSIO y F. A. CASTILLO BLANCO han afirmado, al respecto: «La falta de “completad” del EBEP (esto es, el EBEP es una “norma incompleta”, que requiere para su plena activación de un “desarrollo”) se debe principalmente a su configuración como una norma básica bastante respetuosa en algunas de las materias que regula con las potestades de configuración del legislador autonómico. Dicho de otro modo, el EBEP parte de unos criterios que pueden ser compartidos de que el legislador básico debe dejar espacios de configuración al legislador autonómico al menos en aquellos aspectos estructurales, de diseño del modelo y todos los que tienen connotaciones con la gestión de los recursos humanos de la respectiva Administración pública. Como ha recordado el propio F. CASTILLO BLANCO en un trabajo reciente y ciertamente plagado de reflexiones sugerentes, el EBEP contiene normas de directa aplicación en multitud de materias, pero en otras cumple el papel de norma de principios o de norma directiva e, incluso, cumple la función de estándar mínimo cuando no configura una “norma” de puro “menú dispositivo”» (*Informe sobre el empleo público local*, cit., p. 29).

funciones que integran un determinado puesto de trabajo y en qué cantidad cada una de ellas han sido realizadas correctamente por el empleado que las desempeña, quien es objeto de evaluación, y, por otra parte, tendrá que considerar la actitud de dicho sujeto durante el desarrollo de las actividades que integran el contenido de su puesto de trabajo. Ambas operaciones exigen fijar, previamente, un baremo donde aparezcan expresados y ponderados los indicadores de actividad y unos criterios detallados para juzgar la conducta.

En tercer lugar, por lo que atañe al objeto, poniéndolo en relación con la actividad antes explicada, hay que señalar que la evaluación del desempeño ha de consistir en la medición del rendimiento o el logro de resultados de los empleados públicos y en la valoración de su conducta profesional<sup>30</sup>.

Así las cosas, hay que determinar qué se entiende por rendimiento o resultados y por conducta y cómo se debe proceder a medir y valorar, respectivamente, ambos elementos.

El rendimiento o resultados se pueden definir como el producto o utilidad que rinde cada empleado público; es decir, los beneficios que, para la Administración, con su labor diaria, obtiene un determinado empleado público. La técnica más empleada para medir el rendimiento o los resultados es la denominada «dirección por objetivos». Ésta consiste, en un primer momento, en que el órgano competente de la Entidad de que se trate acuerda con cada trabajador los objetivos a lograr y la medida en que dichos objetivos han de ser alcanzados, y, en un segundo momento, en la comprobación de cuáles de los objetivos han sido conseguidos y en qué cantidad. La «dirección por objetivos» presenta dos importantes ventajas: por una parte, se trata de un método dotado de gran flexibilidad, ya que el acuerdo entre la organización y el empleado puede ser variado si cambian las circunstancias (por ejemplo, el cambio de prioridades en las políticas a desarrollar por la Administración, la variación de la coyuntura socioeconómica, etc.) y, por otra parte, reduce a la mínima expresión la subjetividad del evaluador, ya que la evaluación se circunscribe a una comprobación de hechos y cantidades. No obstante, pese a sus bondades, no se trata de un sistema exento de inconvenientes, el principal de ellos es que lleva a los empleados a intentar obtener los resultados fijados «cueste lo que cueste», sacrificando en el camino otros valores<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> En este punto, el art. 68.4 del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Función Pública de Galicia precisa algunos elementos que, obligatoriamente, han de ser tenidos en cuenta en la evaluación del desempeño estableciendo que: «La Xunta de Galicia articulará un sistema que, entre otros factores, tendrá en cuenta necesariamente: a) El grado de satisfacción de las ciudadanas y ciudadanos respecto a los servicios que se les presten; b) La buena gestión y organización de la estructura administrativa, promoviendo la utilización por parte del personal directivo de los datos derivados de la gestión para la toma de decisiones; c) La implicación en procesos innovadores y de buenas prácticas en pos de la excelencia; d) La normalización y racionalización de procesos, y e) El grado de cumplimiento del Plan de normalización lingüística».

<sup>31</sup> Vid. J. V. CORTÉS CARRERES, «La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público», cit.

A su vez, la conducta se debe entender como la forma en la que los empleados públicos se comportan en su vida profesional. En este sentido, hay que determinar qué conductas de los empleados públicos se consideran positivas para el buen funcionamiento de la Administración y por tanto deben ser incentivadas y qué conductas se pueden considerar que dificultan el buen funcionamiento de la Administración y por tanto ha de intentarse su erradicación<sup>32</sup>.

Hay que señalar, finalmente, que constituye un indudable acierto del EBEP el prever la valoración no sólo de resultados, sino también de conductas; posibilitando así que, teniendo en cuenta las características funcionales de cada puesto de trabajo, en la evaluación final de unos tenga una mayor incidencia la valoración de los resultados alcanzados y, en otros, la valoración de las conductas seguidas, de modo que se logre la articulación de un sistema de evaluación flexible, perfectamente adaptable a los múltiples tipos de puestos existentes<sup>33</sup>.

## 2.2. Carácter

Precisar el carácter de la evaluación del desempeño implica determinar si ésta es o no obligatoria. Para dar una respuesta correcta a esta cuestión, es necesario examinarla desde dos puntos de vista: el de las Administraciones y el de los empleados públicos.

Las primeras, de acuerdo con el art. 20.1 del EBEP, han de establecer sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados. En consecuencia, esta norma configura, claramente, como imperativo para todas las Administraciones el diseñar e implantar sistemas de evaluación del desempeño<sup>34</sup>. Tal obligatoriedad se ve reforzada por el hecho de que dicha valoración se incardine dentro del derecho a la carrera de los empleados públicos, de conformidad con el tenor literal del art. 14 del EBEP<sup>35</sup>, en la medida en la que este precepto, en definitiva, les confiere el poder de exigir su articulación para poder hacer efectivo el citado derecho.

<sup>32</sup> Vid. J. V. CORTÉS CARRERES, «La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público», cit., y *Manual de evaluación del desempeño del Ayuntamiento de Gijón*, cit.

<sup>33</sup> Hay que señalar que esta mejora procede de la Enmienda núm. 514, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG de 24 de noviembre de 2006, núm. 94-9, serie A).

<sup>34</sup> En esta cuestión, el Legislador ha seguido las recomendaciones de la CEBEP, la cual en su Informe había señalado: «Siendo este un factor decisivo de modernización de nuestro sistema administrativo, entendemos que el Estatuto Básico debería establecer la obligatoriedad, para todas las Administraciones, de organizar sistemas de evaluación del desempeño de sus empleados» (*Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 108).

No obstante, hay que indicar que no se trató de un tema en el que hubiese consenso entre todas las fuerzas políticas, ya que el Grupo Parlamentario del Partido Popular presentó una enmienda al art. 20 del Proyecto de EBEP donde se establecía el carácter voluntario de este instrumento (BOCG de 24 de noviembre de 2006, núm. 94-9, serie A).

<sup>35</sup> Esta norma establece: «Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio: [...] c) A la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación».

Desde la óptica de los empleados públicos, el EBEP no impone directamente que éstos, necesariamente, hayan de someterse a procesos de evaluación. No obstante, el apartado 4 de su art. 20, en la medida en que vincula la continuidad en el puesto de trabajo obtenido por concurso a la evaluación del desempeño, está conformando también como obligatoria para los empleados públicos esta evaluación.

### 2.3. *Ámbito subjetivo*

De conformidad con el tenor literal del art. 20 del EBEP, se hallan sujetos a evaluación del desempeño todos los empleados públicos, independientemente de cuál sea la naturaleza jurídica de la relación que les une con la correspondiente Administración <sup>36</sup>.

Es posible, dada la falta de total homogeneidad entre el régimen del personal funcionario y el régimen del personal laboral, que la implementación de los sistemas de evaluación del desempeño en ambos sectores pueda no ser idéntica; presentándose, quizás, mayores dificultades de diseño y aplicación —que no obstáculos insalvables— en el ámbito del personal laboral, debido a su regulación específica <sup>37</sup>. Pues bien, dado que para obtener los resultados deseados de mejora en el funcionamiento de las Administraciones públicas perseguidos con la introducción de métodos de valoración, es imprescindible que los procesos de evaluación y sus consecuencias sean iguales para todos los empleados públicos —independientemente de que los ligue a la Administración una relación funcional o laboral—, se debe procurar, en consecuencia, que el diseño y negociación del sistema de evaluación del desempeño aplicable a ambos colectivos en cada Administración se lleve a cabo de forma unitaria (o, al menos, coordinada), para articular soluciones comunes, partiendo, a veces, de premisas normativas diferentes.

<sup>36</sup> Vid. C. GALINDO MEÑO, «La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en *Estatuto Básico del Empleado Público*, L. ORTEGA (dir.), Madrid, La Ley, 2007, p. 241.

<sup>37</sup> En esta línea, M. C. NOGUER PORTERO ha escrito: «[...] El art. 1.2 del EBEP, relativo al objeto de la norma, establece que el Estatuto “tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”. Esta loable declaración conlleva, cuando menos, un verdadero quebradero de cabeza para los gestores de recursos humanos de las diferentes Administraciones públicas para poder trasladar íntegramente las previsiones efectuadas en el art. 20 al personal laboral —que no es poco, numéricamente hablando— que presta sus servicios en el ámbito público. Es por todos conocido que el régimen jurídico del personal laboral en poco o en nada tiene que ver al del personal funcionario y lo establecido en el art. 20 en cuanto a la vinculación del resultado de la evaluación a la carrera profesional horizontal, a la provisión de puestos de trabajo, a la percepción de las retribuciones complementarias y a la continuidad limitada en el puesto será, como mínimo, complejo poderlo trasladar al personal laboral, que goza de figuras como la de la consolidación retributiva por el mero transcurso del tiempo percibiendo unos complementos idénticos, de las limitaciones a la movilidad funcional y de los derechos de promoción automática por la ocupación de puestos de categoría superior durante seis meses continuados, etc.» («La evaluación del desempeño», cit., pp. 320-321).

No obstante, como ha señalado C. GALINDO MEÑO: «Por tanto, también en el ámbito del personal laboral la regulación del EBEP en esta materia resulta de directa aplicación, sin perjuicio de los desarrollos que pudieran efectuar los convenios colectivos que le resulten de aplicación, que habrán de respetar en cualquier caso lo establecido con carácter de derecho necesario en este precepto» («La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 241).

## 2.4. Criterios

Según el art. 20.2 del EBEP, los sistemas de evaluación del desempeño se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos<sup>38</sup>.

Dada esta cicatera previsión del EBEP, se debe proceder a analizar el contenido y alcance de estos criterios —*rectius*, principios (como acertadamente los denomina la Exposición de Motivos del EBEP)—, para determinar, en concreto, qué exige su cumplimiento en el diseño y aplicación de los sistemas de evaluación del desempeño.

### 2.4.1. El principio de transparencia

El principio de transparencia incide en el esbozo y utilización de los sistemas de evaluación del desempeño en tres ocasiones diferentes, con diversas consecuencias.

En primer lugar, el principio de transparencia juega un importante papel en la elección y definición del sistema de evaluación a emplear en cada Administración pública. En este ámbito, el citado principio exige que se informe a todos los interesados de las actividades preparatorias y de estudio que se desarrollan e impone que se dé una adecuada participación y audiencia a los mismos en dichas actividades.

En segundo lugar, el principio de transparencia ha de observarse durante todo el desarrollo del procedimiento de evaluación. En este momento, el principio de transparencia se traduce, por una parte, en la exigencia de que cada empleado conozca, con antelación suficiente al inicio del proceso de valoración: qué se evalúa, cómo se evalúa, cuándo se evalúa y quién efectuará la evaluación; y, por otra parte, en la necesidad de que, una vez terminado dicho proceso, se comunique a cada empleado el resultado de su evaluación, adecuadamente motivado<sup>39</sup>. Además, este principio postula que, en la medida de lo posible, se ha de ofrecer a los empleados datos periódicos sobre su grado de cumplimiento en relación con los distintos factores objeto de evaluación<sup>40</sup>.

En tercer lugar, finalmente, el principio de transparencia despliega sus efectos a la hora de proceder al análisis y revisión del sistema de evaluación del desempeño, es decir,

<sup>38</sup> A este respecto, la CEBEP, en su momento, indicó: «Estos sistemas deben diseñarse de tal forma que garanticen la objetividad e imparcialidad de la evaluación, mediante la determinación previa de criterios objetivos, transparentes y previsibles de evaluación y mediante la aplicación de técnicas adaptadas al contenido funcional de los puestos de trabajo y a las finalidades perseguidas por la evaluación en cada caso» (*Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 108).

<sup>39</sup> M. C. NOGUER PORTERO ha defendido que: «[...] cada trabajador debe poder conocer qué, cómo, cuándo y por quién será evaluado y el resultado obtenido en cada periodo de su evaluación, junto a los motivos que han llevado a ese y no a otro resultado [...]» («La evaluación del desempeño», cit., p. 313).

<sup>40</sup> Por ejemplo, los empleados podrían tener acceso por vía informática, a través de un «Portal del Empleado», a datos provisionales sobre algunos aspectos evaluables de recogida automatizada, como, por ejemplo, el porcentaje de absentismo. Estos datos les pueden servir para autoevaluarse; eventualmente, corregir su actuación, y, en consecuencia, lograr un mejor resultado en la evaluación de su desempeño.

cuando se ha de juzgar si éste ha funcionado correctamente o no y de, eventualmente, introducir las correcciones oportunas o de revisarlo para mejorarlo. En este momento no cabe duda de que, para que esta fase se desarrolle de modo fructífero, como mínimo los datos a presentar se deben ofrecer desglosados por unidades administrativas<sup>41</sup>. Ahora bien, se plantea la duda de si, a efectos de controlar el correcto funcionamiento del sistema, la evaluación<sup>42</sup> de cada uno de los empleados ha de ser pública<sup>43</sup>. En principio, estos datos de evaluación deberían ser públicos porque contribuyen a la transparencia y a la correcta fiscalización del funcionamiento del sistema y no afectan a una esfera privada de la vida del trabajador, sino a una esfera pública: la de su actitud y actividad laboral. En este sentido, hay que destacar que la adopción de una decisión de este tipo no sería algo completamente novedoso, ya que el art. 23.3 de la LMRFP estableció el carácter público de las cuantías percibidas por complemento de productividad por cada empleado<sup>44</sup>.

#### 2.4.2. El principio de objetividad

El principio de objetividad ha de ser tenido en cuenta tanto en la determinación y actuación de los sujetos que intervienen en la evaluación del desempeño, como en la elección de los instrumentos empleados para realizar dicha evaluación.

Así, en primer lugar, el principio de objetividad exige que quienes gestionen el sistema de evaluación del desempeño lo hagan de un modo desinteresado, de forma desapasionada. Para un adecuado cumplimiento de este principio, parece conveniente que los evaluadores no sean los superiores jerárquicos de los evaluados, porque su relación personal diaria con los evaluados, normalmente, en sentido positivo o negativo, merma su neutralidad. Lo que sí hay que señalar es que, por el contrario, este principio de objetividad no proscribía que en el proceso de evaluación exista un cierto componente de subjetividad, entendido éste como la emisión de valoraciones

<sup>41</sup> Así, M. C. NOGUER PORTERO señala que: «[...] debe hacerse público el resultado general, por áreas, departamentos o colectivos, de las evaluaciones [...]» («La evaluación del desempeño», cit., p. 313).

<sup>42</sup> Entendiendo por tal, exclusivamente, el resultado de la misma y no el conjunto de datos tenidos en cuenta para su determinación, como pueden ser, por ejemplo, los informes de los superiores jerárquicos. Si bien, parece que debería ser público el documento en el cual se determinen, para cada empleado público, los objetivos a conseguir y las conductas a desarrollar; en cuanto que constituye un elemento de contraste indispensable para determinar la racionalidad y razonabilidad de la evaluación realizada.

<sup>43</sup> C. GALINDO MEÑO ha planteado, en este punto: «Más discutible es cómo haya de entenderse el principio de transparencia y si alcanza a la necesidad de dar publicidad al resultado de evaluaciones, y mucho más al contenido total de los documentos de evaluación que deben pertenecer a la esfera de la privacidad de cada empleado. Otra cosa es que los sistemas y procedimientos de evaluación y sus criterios de medición deben ser de conocimiento general, como garantía mínima de que se van a aplicar criterios análogos u homogéneos y equitativos a todos los empleados de un determinado ámbito» («La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 243).

<sup>44</sup> Si se estimase así, y a la vista del Informe 0565/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos, es necesario que esta medida de publicidad se prevea en las Leyes de desarrollo del EBEP.

relacionadas con el modo de pensar o de sentir de las personas que participen en el mismo <sup>45</sup>.

En segundo lugar, a la hora de seleccionar, diseñar y adaptar el instrumento de evaluación que se va a emplear es necesario garantizar que éste cumple con estándares de objetividad y fiabilidad. Como señala J. V. CORTÉS CARRERES: «[...] también debe existir una objetividad científica, puesto que los instrumentos de evaluación deberían presentar niveles de fiabilidad y validez aceptados académicamente o por agencias de evaluación y deberían ser sometidos u homologados por criterios de rigor científicos.

La ED ha sido una de las materias que ha producido en psicología del trabajo y de la organización mayor número de publicaciones en relación a los sesgos que pueden producirse en el proceso de la evaluación. Éstos pueden deberse a efectos de influencia en los evaluadores que pueden inducir a distorsiones y errores como los efectos, halo, born y otros, o debidos al propio instrumento, o al propio proceso de evaluación [...]» <sup>46</sup>.

#### 2.4.3. El principio de imparcialidad

Este principio, íntimamente conectado con el principio de objetividad, exige la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien, lo que permite a los evaluadores juzgar con rectitud.

Para considerar que este principio se respeta adecuadamente, parece conveniente que los evaluadores no sean los superiores jerárquicos de los evaluados, porque, como se acaba de indicar, el trato diario inevitablemente genera filias y fobias, conscientes o subconscientes, más o menos acentuadas.

#### 2.4.4. El principio de no discriminación

Este principio busca garantizar la igualdad de trato entre todos los empleados públicos cualquiera que sea su edad, raza u origen étnico, sexo u orientación sexual, discapacidad, nacionalidad, religión o creencias.

Esencialmente, a este principio se le da cumplimiento estableciendo baremos y criterios iguales para todos los empleados públicos. No obstante, a la hora de diseñar dichos baremos y de fijar tales criterios, hay que tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la discriminación encubierta. De entre esta, se puede citar aquí, por ejemplo, el FJ 8.º de la STC 13/2001, de 29 de enero, en el que este Alto Tribunal

---

<sup>45</sup> En este punto, M. C. NOGUER PORTERO ha puesto de manifiesto que: «[...] la evaluación la realizan sujetos y, por tanto, es por naturaleza subjetiva, ya que es imposible objetivar absolutamente, por ejemplo, el concepto que cada persona tiene de conceptos como “bastante adecuado”, “suficientemente adecuado”, “poco adecuado” o “muy adecuado” y si los comportamientos que merecen estos juicios se producen “frecuentemente”, “ocasionalmente” o “muy a menudo”» («La evaluación del desempeño», cit., p. 314).

<sup>46</sup> Cfr. «La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 36 y ss.

ha establecido: «En el estudio de las discriminaciones fundadas en razones expresamente prohibidas en el art. 14 CE, que han sido objeto de nuestra atención especialmente en el ámbito de las relaciones laborales (STC 198/1996, de 3 de diciembre, y las en ella citadas, sobre discriminación por razón de sexo), hemos de partir de que la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo». En consecuencia, a la hora de establecer criterios o baremos es necesario comprobar que, además de ser teóricamente neutros, su aplicación efectiva no resulta de forma encubierta o indirecta discriminatoria para un determinado grupo de empleados públicos.

#### 2.4.5. El principio de respeto de los derechos de los empleados públicos

El EBEP reconoce a los empleados públicos, además de los derechos que, en cuanto ciudadanos, les confiere el Ordenamiento jurídico, unos determinados derechos en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio<sup>47</sup>.

Pues bien, a la hora de diseñar el sistema de evaluación del desempeño, en concreto, en el momento de determinar las técnicas de recogida de la información necesaria para proceder a la evaluación del desempeño, las Administraciones públicas han de preocuparse por garantizar escrupulosamente el respeto de esos derechos<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> En particular, dentro de los derechos individuales que el art. 14 del EBEP reconoce, tienen una especial relevancia en este ámbito: *a)* el derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional; *b)* el derecho a participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar; *c)* el derecho a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral; *d)* el derecho al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral; *e)* el derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; *f)* el derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; *g)* el derecho a la libertad de expresión dentro de los límites del Ordenamiento jurídico, y *h)* el derecho a las vacaciones, descansos, permisos y licencias.

<sup>48</sup> Sobre esta cuestión, M. C. NOGUER PORTERO ha escrito: «El respeto a la persona y a su condición de empleado público, la no intromisión innecesaria en el ejercicio de sus funciones, el derecho a la privacidad y a la intimidad personal, los límites establecidos en cuanto al control realizable sobre los medios de comunicación telefónicos o informáticos que utiliza cada persona en su puesto de trabajo son aspectos a tener en cuenta a la hora de diseñar los mecanismos que se van a utilizar para realizar la evaluación, puesto que un uso abusivo de los mismos (por ejemplo, mediante la monitorización en circuitos cerrados de televisión, la grabación telefónica,

## 2.5. Efectos

El art. 20.3 del EBEP establece que las Administraciones públicas determinarán los efectos de la evaluación del desempeño en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el art. 24.

Procede pues, a continuación, a examinar cuáles pueden ser, en concreto, esos efectos en tales ámbitos.

### 2.5.1. Los efectos de la evaluación en la carrera profesional

De acuerdo con el art. 16.3 del EBEP, las Leyes de función pública que se dicten en desarrollo del mismo pueden prever el establecimiento de una carrera horizontal, la cual consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo.

En caso de que el Legislador de desarrollo quiera disciplinar esta carrera, se suscitan dos dudas.

En primer lugar, se plantea la cuestión de si la articulación de un sistema de evaluación del desempeño constituye un requisito necesario para la implantación de la misma. De acuerdo con el ambiguo tenor literal de los arts. 17<sup>49</sup> y 20.3<sup>50</sup> del EBEP parece potestativo el ligar ambos elementos. Pero esta primera impresión queda desmentida al

---

el uso del correo electrónico o la navegación por Internet, el acceso a las carpetas del ordenador, etc.) supondría una flagrante infracción del ordenamiento jurídico que, entre otras muchas consecuencias, conllevaría la invalidación total y absoluta del proceso de evaluación» («La evaluación del desempeño», cit., p. 314).

<sup>49</sup> Este precepto dispone: «Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios de carrera, *pudiendo aplicar*, entre otras, las siguientes reglas: *a)* Se articulará un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración a cada uno de ellos. Los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad. *b)* Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida (la cursiva no es original)».

Cabe interpretar el empleo por este artículo de la expresión «pudiendo aplicar» en el sentido de que no es obligatorio para los Legisladores de desarrollo vincular la evaluación del desempeño y la carrera profesional horizontal. Además, a la vista del tenor literal de esta norma, hay que señalar que la influencia de la evaluación del desempeño en la progresión en la carrera horizontal no parece decisiva, pues es tan sólo uno de los cuatro posibles factores a tener en cuenta.

<sup>50</sup> Esta norma establece: «Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el art. 24 del presente Estatuto».

En la línea de lo dicho en la nota anterior, este precepto podría entenderse como que las Administraciones pueden determinar si la evaluación del desempeño influirá o no en la carrera profesional horizontal, y, en caso afirmativo, en qué medida.

poner en conexión los preceptos citados con los arts. 16.3<sup>51</sup> y 20.5<sup>52</sup> del mismo texto legal, en los que queda claro que la carrera profesional horizontal, si se regula, debe hallarse vinculada a que exista una disciplina previa de la evaluación del desempeño.

En segundo lugar, surge el interrogante de si para la progresión en la carrera profesional horizontal es necesario el obtener resultados favorables en el proceso de evaluación del desempeño que se haya establecido. El art. 17.1. *b*) del EBEP no es terminante al respecto; la evaluación del desempeño aparece recogida como un factor más a tener en cuenta, sin atribuirle una relevancia especial. No obstante, la lógica del sistema exige que, para poder progresar, sea necesario que los empleados públicos obtengan una evaluación favorable. Por ello, sería conveniente que las normas de desarrollo del EBEP vinculasen de forma clara y decidida la progresión en la carrera profesional horizontal a la obtención de evaluaciones del desempeño positivas<sup>53</sup>.

### 2.5.2. Los efectos de la evaluación en la formación

En el ámbito de la formación de los empleados públicos, se ha planteado si la evaluación del desempeño va a tener una incidencia exclusivamente positiva o si, por el contrario, de este proceso, eventualmente, se pueden derivar consecuencias negativas<sup>54</sup>.

La primera de las posibilidades parte de la premisa de que la evaluación del desempeño es un instrumento destinado, en parte, a personalizar el currículum formativo de cada empleado público. Esto significa que si en la evaluación se detecta un déficit formativo de un empleado, en la medida en que para el mejor desempeño del puesto que

<sup>51</sup> Este artículo preceptúa: «*a*) Carrera horizontal, que consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y de conformidad con lo establecido en la letra *b*) del art. 17 y en el apartado 3 del art. 20 de este Estatuto».

<sup>52</sup> Este precepto señala: «La aplicación de la carrera profesional horizontal, de las retribuciones complementarias derivadas del apartado *c*) del art. 24 del presente Estatuto y el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso requerirán la aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 de este artículo».

<sup>53</sup> En este sentido, por ejemplo, resultan poco esperanzadoras previsiones como las contenidas en la Ley 5/2009, de 29 de diciembre, de séptima modificación de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la Función Pública de Asturias, en la medida en que no potencian el papel de la evaluación del desempeño. El punto segundo del art. 49 bis introducido por dicha norma establece: «La carrera horizontal consiste en la progresión de categoría personal, sin necesidad de que el funcionario cambie de puesto de trabajo. A estos efectos se valorará la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Reglamentariamente podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida».

<sup>54</sup> J. VIDA FERNÁNDEZ ha puesto de manifiesto este problema interpretativo advirtiendo: «Esta lacónica mención a la incidencia de la evaluación del desempeño en la formación impide deducir de qué efectos se trata ya que, por una parte, podría referirse en sentido positivo a unos efectos relativos al apoyo y complemento de la formación de los empleados sometidos a la evaluación en función de las deficiencias detectadas; por otra, podría referirse a unos efectos negativos relativos a la exclusión o restricción en el acceso a la formación que se encuentran obligadas a ofrecer las Administraciones Públicas» [«Art. 20. La evaluación del desempeño», en *El Estatuto Básico del Empleado Público*, J. L. MONEREO PÉREZ *et al.* (dirs.), Granada, Comares, 2008, p. 285].

ocupa sería conveniente que adquiriese unos determinados conocimientos que no posee, se procederá a proporcionarle dicha formación.

La segunda de las posibilidades parte de la hipótesis de que las oportunidades de formación en el seno de la Administración son limitadas y que las mismas han de ser aprovechadas por los empleados con un mejor rendimiento. En este sentido, se podría prever que una o varias evaluaciones negativas pudiesen tener como efecto impedir el acceso de los empleados públicos a cursos de formación o, al menos, limitar o condicionar el mismo. Esto sucede, actualmente, en la carrera militar, en virtud del art. 85 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar que dispone que los militares profesionales serán evaluados, entre otras finalidades, para seleccionar los asistentes a cursos<sup>55</sup>.

A la luz del Informe de la CEBEP, parece que el papel que se quiere que juegue la evaluación del desempeño, en conexión con la formación, es el de constituir un instrumento al servicio de las Administraciones públicas para detectar las necesidades de instrucción de sus empleados y, teniendo en cuenta las mismas, mejorar la oferta y adaptar la programación de cursos de formación<sup>56</sup>.

En todo caso, dada la excesiva indeterminación de la regulación del EBEP en este punto, no es posible excluir, a priori, la existencia de efectos negativos como los antes apuntados. Por ello, sería conveniente que dichos efectos sean precisados por la normativa de desarrollo.

---

<sup>55</sup> J. VIDA FERNÁNDEZ señala diversos argumentos para defender ambas posibilidades. Así, este autor ha escrito: «Por el contexto en que se encuentra esta referencia —en el que el acceso y conservación del puesto de trabajo o de las retribuciones complementarias se supeditan a la evaluación positiva—, la incidencia de la evaluación del desempeño parece referirse a la pérdida del derecho de acceso a la formación facilitadas por las Administraciones públicas por el incumplimiento de las obligaciones inherentes al empleo público. Sin embargo esta interpretación resulta contraria al propio espíritu de la obligación de las Administraciones Públicas de promover la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera a la que se refiere el art. 16.2 EBEP, ya que la evaluación del desempeño debería servir para orientar el cumplimiento de esta obligación de manera individualizada y no para condenar a aquellos que han obtenido unos resultados negativos en la evaluación a un peor desempeño por falta de acceso a la formación» («Art. 20. La evaluación del desempeño», cit., p. 285).

<sup>56</sup> Cfr. *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 116. En esta línea, J. V. CORTÉS CARRERES ha señalado: «El EBEP es parco en esta cuestión en el art. 20.3 se dice que se determinarán los efectos en la formación y con ello parece zanjar el asunto si bien debemos entender que una ED se utiliza entre otras cuestiones a procurar retroinformación sobre su trabajo y cómo mejorarlo, no olvidemos que una de las cuestiones por las que se realiza la ED es procurar la mejora del desempeño del puesto y por tanto, dar *feedback* sobre el resultado del desempeño del mismo, indicar los puntos fuertes como reconocimiento, señalar las oportunidades de mejora y establecer si es necesario un plan de mejora individual que deberá contener la detección de las necesidades formativas del evaluado y la programación de acciones de formación o en qué nuevas habilidades tiene que entrenarse para desempeñar con éxito su trabajo. En consecuencia, formación y entrenamiento parecen dos efectos básicos de la ED, vinculada además esta formación a la carrera como elemento de valoración y como elemento necesario para desempeñar cada vez mejor el trabajo y, por tanto, mejorar la evaluación. A más formación bien programada, mejor desempeño y, por tanto, más probabilidades de recibir evaluaciones positivas que permitirán crecer profesionalmente» («La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 36 y ss.).

### 2.5.3. Los efectos de la evaluación en la provisión de puestos de trabajo

En el marco de la provisión de puestos de trabajo, la evaluación del desempeño está llamada a jugar un importante papel en dos momentos.

En primer lugar, aunque el EBEP no lo impone expresamente, la evaluación del desempeño ha de ser tenida en cuenta en la obtención de un nuevo puesto de trabajo por los empleados públicos. En este sentido, sería conveniente que la regulación actual que contempla la valoración del trabajo realizado como criterio para la obtención de puestos de trabajo por concurso<sup>57</sup>, sea sustituida por otra más completa que precise que los puestos se obtendrán en función de la evaluación del desempeño en el puesto de origen de cada empleado<sup>58</sup>.

En segundo lugar, de conformidad con el art. 20.4 del EBEP, la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso se halla vinculada a la evaluación del desempeño. Es decir, una vez que un empleado público ha obtenido un puesto de trabajo, para continuar en el mismo ha de superar satisfactoriamente un proceso de evaluación de su desempeño.

Este efecto de la evaluación del desempeño, pese al rechazo que ha generado<sup>59</sup>, no constituye, en esencia, una novedad; pues ya existía la remoción por rendimiento insuficiente, prevista en el art. 20.1.e) de la LMRFP<sup>60</sup>. Ahora bien, la regulación de este mecanismo contenida en el EBEP mejora, de forma considerable, la comprendida en el precepto citado. Dicha mejora se centra esencialmente en dos aspectos. En primer lugar, al vincular la remoción del puesto de trabajo a la evaluación del desempeño del mismo por el empleado que lo ocupa, va a ser posible determinar claramente los supuestos en los que el rendimiento es insuficiente, a efectos de llevar a cabo la remoción (en la medida en que la evaluación del desempeño, como se ha dicho, implica la existencia de unos previos parámetros objetivos de referencia), superándose, de este modo, la incertidumbre acerca de cuál es el rendimiento adecuado para cada puesto de trabajo; incertidumbre que ha hecho prácticamente inoperativo el modelo

<sup>57</sup> Así, por ejemplo, el art. 44.1.c) del RGIP.

<sup>58</sup> En este sentido, la CEBEP indicó: «Por de pronto, es recomendable flexibilizar la actual regulación de los concursos, de manera que se tengan en cuenta significativamente los resultados de la evaluación del rendimiento de los empleados públicos, más que otros méritos o supuestos méritos más formales» (*Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 120).

<sup>59</sup> Así, por ejemplo, se presentaron diversas enmiendas en el trámite parlamentario para su supresión (BOCG de 24 de noviembre de 2006, núm. 94-9, serie A).

<sup>60</sup> Esta norma estableció: «[...] Los funcionarios que accedan a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso, podrán ser removidos por causas sobrevenidas derivadas de una alteración en el contenido del puesto de trabajo, realizada a través de las relaciones de puestos de trabajo, que modifique los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria, o de una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto. La remoción se efectuará previo expediente contradictorio mediante resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento, oída la Junta de Personal correspondiente [...]».

anterior<sup>61</sup>. En segundo lugar, en la medida en que la evaluación del desempeño es un proceso general al que se someten todos los trabajadores, se da un paso importante para alejar la remoción por inadecuado desempeño del puesto de trabajo del terreno disciplinario<sup>62</sup>, ámbito con el que, por la similitud de sus causas y efectos, siempre se la relacionó<sup>63</sup>; hecho éste que se ve corroborado por la nueva definición de los tipos infractores vinculados a un incorrecto desempeño de sus labores por los empleados públicos<sup>64</sup>.

Centrando la cuestión en el análisis del tenor literal del citado artículo del EBEP, del mismo se pueden inferir tres corolarios. En primer lugar, si bien la remoción del puesto de trabajo por desempeño insatisfactorio se halla, evidentemente, ligada a la evaluación del desempeño, aquélla no es una consecuencia necesaria, directa e inmediata de una evaluación del desempeño negativa. En segundo lugar, la remoción del puesto de trabajo es un procedimiento diferente del de evaluación del desempeño que se caracteriza por el mandato expreso del Legislador de que, en el seno del mismo, se dé audiencia al interesado y de que se finalice a través de una resolución motivada. En tercer lugar, el hecho de que el citado art. 20.4 del EBEP exija, explícitamente, que la resolución de remoción sea motivada, sugiere tres cosas: primera, que una sola evaluación negativa no debería ser causa de remoción, sino que para que se produzca este efecto han de concurrir varias evaluaciones negativas que sirvan de fundamento suficiente

<sup>61</sup> C. GALINDO MEÑO ha señalado al respecto: «La previsión tiene sentido teniendo en cuenta la reiterada doctrina de los Tribunales contraria a admitir la remoción del puesto de trabajo por falta de capacidad para el desempeño del puesto manifestada por rendimiento insuficiente, cuando no se ha fijado cuál sea el estándar de rendimiento suficiente exigido que permita apreciar por comparación si el que ofrece el funcionario removido está por debajo de aquél. La inexistencia en las Administraciones de costumbre en cuanto a fijar y medir el rendimiento hizo prácticamente ineficaz la figura de la remoción introducida en la LMRFP por la reforma del año 1988» («La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 245).

<sup>62</sup> F. DE MIGUEL PAJUELO afirma, en este sentido: «[es] mucho más acertada que la contenida en el art. 20.1.e) de la Ley de Medidas actual cuando prevé la remoción del puesto obtenido por concurso por incapacidad para su desempeño. Se establece ahora la vinculación positiva del puesto obtenido al resultado de la evaluación del desempeño que necesariamente debe realizarse, y no consiste ya en un expediente individualizado que más se parecía a una sanción disciplinaria que a un procedimiento de remoción del puesto y que por ello lo convertía en un procedimiento poco utilizado. Además ahora como antes se siguen respetando los principios de contradicción y motivación de la resolución» («La evaluación del desempeño», cit., p. 198).

<sup>63</sup> A. J. FERREIRA FERNÁNDEZ describe claramente esta proximidad al señalar: «Así pues, la falta de rendimiento en un puesto de trabajo no se configura de manera unitaria, sino que puede manifestarse de forma muy variada y que va desde la inhibición en el cumplimiento de las tareas (falta muy grave), hasta el cumplimiento ineficaz de las mismas, descuidado o negligente (falta grave), o hasta un cumplimiento ineficaz de las mismas no intencionado, sino derivado de una falta de capacidad no imputable al propio funcionario (causa de remoción).

La ausencia de culpabilidad o negligencia deviene, por tanto, en elemento diferencial entre la causa de remoción que se está tratando y las infracciones a que me acabo de referir» (*La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, pp. 91-92).

<sup>64</sup> De acuerdo con el art. 95.2 del EBEP, son faltas muy graves: «[...] c) El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas. [...] g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas».

a dicha decisión<sup>65</sup>; segunda que, dada la trascendencia de la decisión de remover a un empleado público, habría que precisar que esta medida sólo es aplicable cuando tras la primera evaluación negativa hayan fracasado las oportunas medidas correctivas, como, por ejemplo, la realización de actividades formativas, y tercera, que las evaluaciones del desempeño que sirvan de fundamento a la remoción sean especialmente negativas y no meramente insuficientes.

#### 2.5.4. Los efectos de la evaluación en las retribuciones complementarias

De acuerdo con el art. 20.5 del EBEP, para que se puedan pagar las retribuciones previstas en el art. 24.c) del mismo, que recompensarán el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos, será necesario que las Administraciones públicas implanten sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño.

Estas retribuciones están llamadas a sustituir al actual complemento de productividad el cual, hoy en día, en teoría, premia el especial rendimiento, actividad, interés o iniciativa, con el que cada empleado público desarrolla sus tareas; si bien, en la práctica, como es sabido, se configura, en la mayor parte de las Administraciones públicas, como un complemento lineal y periódico por puestos de trabajo, al margen de un análisis efectivo del trabajo realizado por cada empleado público<sup>66</sup>. En la medida en que la previsión contenida en el EBEP pueda contribuir a que esta situación cambie anudando, efectivamente, las retribuciones de los empleados públicos a los resultados de la valoración de su trabajo, ha de ser saludada positivamente; pues ello constituirá un factor decisivo para incrementar la motivación de los mismos y, en consecuencia, el buen funcionamiento de las Administraciones. No obstante, estos efectos benéficos dependerán en última instancia de la eficacia del sistema de evaluación del desempeño que implante cada Adminis-

<sup>65</sup> Salvo en el supuesto en que existiese una única evaluación que, por ser tan insatisfactoria, en aras a un correcto desarrollo del servicio público, permitiese estimar oportuno adoptar la medida de remoción.

Esta interpretación es justificable atendiendo también a razones temporales, dado que la evaluación del desempeño, probablemente, en la mayoría de las Administraciones públicas se configurará como un proceso anual, es evidente que este periodo es insuficiente para determinar la adecuación o no del empleado público al puesto de trabajo. Por ello, en caso de obtener una evaluación desfavorable, ligarle mecánicamente el efecto de la remoción (sobre todo si se trata del primer año que se desempeña el puesto de trabajo objeto de la evaluación) es excesivamente severo; parece, en consecuencia, más razonable que, para que se pueda acudir a la remoción, se fije por las diferentes Administraciones un criterio más justo, como, por ejemplo, que para que se pueda acordar la remoción del puesto de trabajo existan dos evaluaciones negativas en un periodo de tres años.

En este sentido, la CEBEP indicó: «En tercer lugar, el Estatuto debe establecer que los titulares de los puestos de trabajo que han accedido a ellos mediante un procedimiento selectivo de provisión, tienen derecho a desempeñar su puesto durante el plazo mínimo razonable que establezca la legislación en cada caso aplicable, pudiendo ser prorrogado dicho plazo automáticamente en virtud de la evaluación de su rendimiento» (*Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 123).

<sup>66</sup> Vid. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «El modelo de gestión de los recursos humanos en el ámbito local», en *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, A. PALOMAR OLMEDA (coord.), Granada, CEMCI, 2007, p. 99.

tración y del grado de interés y compromiso de las mismas a la hora de trasladar los resultados de aquél al ámbito retributivo. Hay que señalar que existe el riesgo, no remoto, de que, si no se apuesta decididamente por la evaluación del desempeño, las previsiones del EBEP puedan convertirse en papel mojado, como sucedió con las contenidas en la normativa que le precedió.

### III. LAS COMPETENCIAS NORMATIVAS SOBRE FUNCIÓN PÚBLICA Y LA DISCIPLINA DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO POR LAS ADMINISTRACIONES LOCALES

#### 1. La reserva de Ley en materia de función pública y su cobertura

La regulación de la función pública es una de las materias para las que la Constitución establece reserva de Ley. Así, de acuerdo con su art. 103.3, la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Como ha señalado, reiteradamente, el Tribunal Constitucional no se trata de una reserva total y absoluta, sino, por el contrario, de una reserva parcial y relativa<sup>67</sup>. Dicho

<sup>67</sup> En concreto, por ejemplo, en el FJ 3.º de la Sentencia 99/1987, de 11 de junio, se puede leer: «[...] c) En el primer inciso de su art. 103.3 la Constitución ha reservado a la Ley la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o “régimen estatutario”, por emplear la expresión que figura en el art. 149.1.18 de la misma Norma fundamental. Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración. Esta normación, en virtud de la reserva constitucional a la que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda. Si estos límites se respetan no podrá decirse inconstitucional la remisión legal al Reglamento, según ya se apuntó por este Tribunal en el FJ 6.º de su Sentencia 57/1982. Se trata, pues, de apreciar si en los concretos preceptos de Ley que se impugnan se ha incurrido o no, por referencia a esta reserva constitucional, en la “deslegalización encubierta” que denuncian los recurrentes. Consecuentemente es oportuno entrar en las consideraciones concretas respecto de cada precepto tachado de inconstitucionalidad».

de otro modo, no todos los elementos que integran el régimen de la función pública se hallan sujetos a reserva de Ley y no todos los aspectos de los elementos de dicho régimen reservados a la Ley han de ser regulados por la misma, sino que ésta, en principio, tan sólo es necesario que discipline aquellos que se puedan considerar nucleares o esenciales.

Así las cosas, a la hora de reglar una determinada cuestión en materia de función pública, es necesario determinar si ésta se encuentra o no sujeta a reserva de Ley.

Si se llega a la conclusión de que su regulación, *rectius* la normación de sus aspectos esenciales, se ha de realizar a través de Ley, se plantea el asunto de cuál es el órgano competente para dictar tal Ley, de acuerdo con el marco constitucional de competencias. Aquí, hay que recordar: en primer lugar, que, de conformidad con el art. 149.1.18 de la CE, le corresponde al Estado la regulación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos; en segundo lugar, que las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos de Autonomía, tienen competencias de autoorganización y para la disciplina de su propia función pública, y, en tercer lugar, que los Entes locales deben contar también con un espacio normativo para autoorganizarse y disciplinar el régimen de su propio personal en virtud de la autonomía que, constitucionalmente (según los arts. 137, 140 y 141 de la CE), tienen garantizada.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que corresponde a las Cortes Generales dictar una normativa básica en materia de función pública que, por una parte, garantice la existencia de un mínimo común denominador normativo en todo el Estado y, por otra parte, permita a las demás Administraciones públicas ejercer sus propios poderes normativos de autoorganización en esta materia para configurar los sistemas de empleo público que mejor se adecuen a sus estructuras y necesidades.

En cumplimiento de esta ordenación, las Cortes Generales han aprobado el EBEP, donde han disciplinado los aspectos básicos de la materia función pública, como señala su disposición final primera, y han remitido a los Legisladores, estatal y autonómico, el desarrollo de la misma. Esta remisión la han hecho tanto de forma genérica a través del art. 6 del EBEP —este precepto dice: «En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas»—, como específica, en diferentes normas, al regular cuestiones como: la carrera profesional (art. 16), la promoción profesional (art. 18), la provisión de puestos (art. 78), etc.

Del análisis de todos estos preceptos, se puede inferir que el EBEP reconoce a las Comunidades Autónomas la máxima capacidad para la configuración y organización de su empleo público<sup>68</sup>.

---

En este mismo sentido, se ha continuado pronunciando el Tribunal Constitucional, entre otras, en las Sentencias 37/2002, de 14 de febrero, y 1/2003, de 16 de enero.

<sup>68</sup> Cf. J. FUENTETAJA PASTOR, «La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Anuario de Derecho Municipal*, Madrid, IDL-UAM, 2007, p. 65.

Con todo lo dicho hasta el momento, queda clara la estructura de la regulación de las materias reservadas a la Ley en el ámbito de las funciones públicas estatal y autonómica, pero resta por clarificar cuál es dicha ordenación en el campo de la función pública local. Respecto de la misma se plantean dos cuestiones: la primera es dónde se contiene su regulación básica y la segunda cuál ha de ser el alcance de la disciplina de desarrollo en esta materia.

Podría parecer que la primera pregunta tiene una contestación sencilla: la normativa básica en materia de función pública local se encuentra en el EBEP. No obstante, esta cuestión no es tan fácil de resolver, ya que tal respuesta queda en entredicho tras la lectura del art. 3.1 del citado texto legal que dispone: «El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local». De esta norma, se puede inferir que las Cortes Generales quieren dejar abierta la posibilidad de que el Estado dicte más normas básicas en este ámbito usando para ello el título competencial «régimen local» (*ex* art. 149.1.18 de la CE). Evidentemente, si el Estado emplease este título se reduciría el campo de la regulación autonómica de desarrollo. No obstante, aunque, de acuerdo con lo explicado, no es posible excluir absolutamente esta posibilidad; desde el punto de vista constitucional, parece más razonable que exista una única legislación básica en materia de función pública, un único estatuto básico de la función pública<sup>69</sup>. En consecuencia, el Legislador estatal no debería emplear el citado título competencial para incrementar la regulación básica aplicable a la función pública local<sup>70</sup>, dejando, por tanto, en manos de las Comunidades Autónomas el dictar las normas legales que puedan ser necesarias para cubrir la reserva de Ley en esta materia que no haya sido colmada por la normativa básica contenida en el EBEP<sup>71</sup>.

Respecto de la segunda cuestión, cuál ha de ser el alcance de la normativa legal de desarrollo en esta materia, hay que señalar que ésta ha de ser respetuosa con la autonomía local constitucionalmente garantizada, de modo similar a como lo es el EBEP con el ámbito competencial propio de las Comunidades Autónomas. En este sentido, J. FUENTETAJA PASTOR advierte: «[...] esta legislación deberá no sólo reconocer sino tam-

<sup>69</sup> Cfr. L. PAREJO ALFONSO, «Límites del desarrollo del Estatuto por las Comunidades autónomas», en *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Madrid, COLEX-UNED, 2003, pp. 40 y ss.

<sup>70</sup> Cfr. R. JIMÉNEZ ASENSIO y F. A. CASTILLO, *Informe sobre el empleo público local*, cit., p. 30.

<sup>71</sup> F. VELASCO CABALLERO ha destacado en este campo: «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 7/2007, y para dar cobertura a las diversas remisiones a la Ley que se contienen a lo largo del EBEP» («Reformas en el Derecho local: Qué y quién», en *Anuario de Derecho Municipal*, Madrid, Marcial Pons-IDL-UAM, 2008, p. 59).

bién permitir que el desarrollo normativo local sea posible, pues la autonomía local y la potestad de autoorganización municipal obligan tanto al Estado como a la Comunidad Autónoma a respetar un cierto margen de configuración de su Función Pública y de opción por sus políticas propias de gestión de personal, no pudiendo ampararse en el ejercicio de la reserva de ley para vaciar la competencia local en relación a su Función Pública. [...] el cumplimiento de la reserva de ley debería limitarse a la determinación y regulación de los elementos esenciales del régimen jurídico y de las instituciones de la Función Pública Local, pues un ejercicio expansivo de la potestad legislativa en esta materia por parte de las otras administraciones traería como consecuencia la congelación normativa con rango legislativo de la regulación de la Función Pública Local, vaciando las potestades normativas de los Entes Locales en aspectos no esenciales de la Función Pública Local. [...] Desde una perspectiva negativa, la autonomía local impone restricciones materiales a los Legisladores a la hora de regular la Función Pública local, que deberían limitarse a los elementos esenciales de la Función Pública local, no siendo libres de extender injustificadamente la regulación legislativa fuera de esos elementos, pues ello negaría las potestades normativas necesarias a las entidades locales sobre su Función Pública. Y desde una perspectiva positiva, y como consecuencia de lo anterior, la autonomía local en materia de Función Pública Local obligaría al legislador a reconocer un mayor margen de actuación al reglamento local, en el bien entendido —claro está— que la reserva de ley se satisface en su estricto alcance por proceder a la regulación de los aspectos esenciales de la Función Pública Local, permitiendo la reconocibilidad de sus instituciones y contenidos propios [...]»<sup>72</sup>.

F. VELASCO CABALLERO, en esta línea, certeramente, ha precisado: «[...] 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, 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 instrumento 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»<sup>73</sup>.

Finalmente, resta por explicar cómo se debe proceder si se llega a la conclusión de que la regulación de un determinado elemento del régimen de la función pública no es necesario que se lleve a cabo a través de Ley o bien de que el EBEP cubre directamente el alcance necesario de la reserva de Ley respecto del mismo.

<sup>72</sup> Vid. J. FUENTETAJA PASTOR, «La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 66-67.

<sup>73</sup> Cfr. «Reformas en el Derecho local: Qué y quién», cit., p. 59.

Es evidente que pueden ser reguladas por las diferentes Administraciones públicas tanto aquellas materias que no están reservadas a la Ley (esencialmente, se tratará de elementos vinculados a la organización administrativa y a la estructura objetiva de la función pública), como aquellas otras materias en las que, aún estando reservadas a la Ley, el EBEP contiene una regulación suficiente de sus elementos esenciales<sup>74</sup>. En este sentido, hay que destacar que el EBEP en numerosos preceptos remite el desarrollo de algunas cuestiones a las diferentes Administraciones públicas, como, por ejemplo: el art. 13, el art. 48, el art. 58, etc. Es necesario señalar, además, en este sentido, que muchas de estas cuestiones aparecen previstas en el EBEP, no porque se hallen sujetas a reserva de Ley, sino porque el Legislador considera que se trata de aspectos básicos y el Tribunal Constitucional en numerosas Sentencias, desde la conocida Resolución 32/1981, de 28 de julio, ha exigido que las reglas básicas se contengan en normas legales.

## 2. El desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público en materia de evaluación del desempeño por parte de las Administraciones locales

A continuación, se van a analizar las posibilidades de aplicación de la regulación básica de la evaluación del desempeño contenida en el EBEP que tienen las Administraciones locales en el marco normativo actual, caracterizado por una ausencia prácticamente total de leyes de desarrollo de la misma<sup>75</sup>.

El punto de partida de este estudio es, necesariamente, la disposición final cuarta del EBEP que preceptúa que lo establecido en Capítulo II «Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño» del Título III «Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos», excepto el art. 25.2, producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP.

Esta disposición es susceptible de varias interpretaciones. En primer lugar, se puede llevar a cabo una interpretación literal del EBEP, de acuerdo con la cual, éste en las materias enumeradas en la citada disposición, no es directamente aplicable, ya que, tan solo contiene mandatos dirigidos a los Legisladores de desarrollo<sup>76</sup>, y, en consecuencia, será necesario esperar varios años para que se dicten las normas de aplicación y, a

<sup>74</sup> En este sentido, J. FUENTETAJA PASTOR ha señalado que: «En lo que respecta al desarrollo municipal directo incluso a falta de esas remisiones expresas, aquel sería posible en la medida en que el EBEP ya lleva a cabo una determinación material suficiente de algunas de las instituciones del estatuto funcional, por ejemplo, la carrera» («La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 69).

<sup>75</sup> Las únicas excepciones son las normas gallega y asturiana antes citadas. Evidentemente, cuando existan otros, y sobre todo más detallados, desarrollos legislativos del EBEP, las normas locales habrán de respetar tanto el contenido del EBEP, como el de esas normas legales, las cuales, a su vez, como se ha indicado, tendrán que garantizar un adecuado espacio para el ejercicio de la autonomía local.

<sup>76</sup> Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Objeto y ámbito de aplicación», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (F. A. CASTILLO BLANCO *et al.*), Valladolid, Lex Nova, 2007, p. 80.

continuación, poder ver la realización práctica de las mismas<sup>77</sup>. En segundo lugar, es posible realizar una interpretación restrictiva del alcance de la antedicha disposición del EBEP<sup>78</sup>, según la cual lo que se establece en el art. 20 es la obligatoriedad de implantar sistemas de evaluación del desempeño; por tanto, al diferirse su entrada en vigor, lo que se aplaza es la obligatoriedad de su aplicación, pero no se excluye que se pueda comenzar a experimentar con diferentes sistemas de evaluación del desempeño. Finalmente, cabe una tercera interpretación de naturaleza ordinamental, de conformidad con la cual, partiendo de la base del razonamiento anterior, no sólo se podrían implantar sistemas de evaluación del desempeño para comenzar a ensayarlos, sino que a los mismos se les podrían ligar, de forma inmediata, consecuencias similares a las previstas en el art. 20 del EBEP<sup>79</sup>, con apoyo tanto en la capacidad normativa reglamentaria que los Entes locales tienen en esta materia<sup>80</sup>, como en diversas previsiones contenidas en la vigente legislación, estatal y autonómica; así, por ejemplo, se podrían emplear los resultados de la evaluación del desempeño: *a)* como herramienta para la detección de necesidades

<sup>77</sup> Vid. M. C. NOGUER PORTERO, «La evaluación del desempeño», cit., p. 309. Si bien algunos de los expertos que defienden esta posibilidad estiman que estas previsiones son directamente aplicables al personal laboral, vid. *Estudio sobre el Estatuto Básico del Empleado Público*, Cizur Menor, Ayuntamiento de Madrid-Aranzadi, 2008, p. 51.

<sup>78</sup> En este sentido, C. GALINDO MENO ha señalado: «El EBEP proporciona unas posibilidades magníficas para esta forma de actuación, pues el legislador ha dado muestra de una enorme prudencia al demorar la entrada en vigor del capítulo que regula la evaluación del desempeño a la aprobación y entrada en vigor de las correspondientes leyes de función pública que se dicten en su desarrollo. Se contará así, en la generalidad de los casos, con varios años que no deberían desaprovecharse para ir ensayando la viabilidad de los modelos a implantar» («La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 247).

<sup>79</sup> De modo consciente, no se emplea la expresión «las mismas consecuencias», sino «consecuencias similares», porque, en concreto, en el ámbito de la carrera profesional horizontal, como se verá, se puede implantar un sistema que produce los mismos efectos de progresión profesional, pero sobre el que, desde el punto de vista teórico, pueden surgir dudas acerca de que constituya realmente una auténtica carrera profesional horizontal.

<sup>80</sup> A este respecto, R. JIMÉNEZ ASENSIO y F. A. CASTILLO han escrito: «Pero esa entrada en vigor se pretende aplazar en algunos pasajes (y además muy importantes) de la Ley, puesto que se dice lo siguiente: “No obstante lo establecido en los Capítulos II (Carrera Profesional) y III (derechos retributivos) del Título III, excepto el art. 25.2, y en el Capítulo III (provisión de Puestos de Trabajo y Movilidad) del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto”. Ciertamente, la precisión no es una de las notas positivas del EBEP, puesto que se da a entender que tales normas no están vigentes, y que se aplaza su vigencia al momento en el cual se aprueben las Leyes de Función Pública que se dicten “en desarrollo de este Estatuto”. Cabe objetar a lo anterior que el EBEP, también en lo que afecta a esos capítulos, está plenamente vigente desde el mes siguiente a su publicación en el BOE, lo que ocurre es que algunas de sus previsiones únicamente vinculan al legislador autonómico (al estatal difícilmente podrían hacerlo). Su aplicabilidad, que no su vigencia, se difiere hasta el momento en el que el legislador autonómico desarrolle esas previsiones básicas. La razón de ser de esta operación normativa radica en que tanto el modelo de carrera como el sistema retributivo (directamente vinculado al anterior), así como la movilidad en la función pública, son aspectos en los que el margen de configuración que deja el legislador básico es muy amplio, y será cada Administración Pública (tampoco exactamente la Ley autonómica) la que, en uso de sus potestades de autoorganización y de la flexibilidad requerida para la gestión de sus recursos humanos, definirá el modelo de carrera profesional y, en consecuencia, anudará al mismo un determinado sistema retributivo» (*Informe sobre el empleo público local*, cit., p. 29).

formativas<sup>81</sup>; *b*) para fijar la cuantía del complemento de productividad que corresponde a cada empleado público<sup>82</sup>; *c*) para la obtención de puestos en concursos<sup>83</sup>; *d*) para la aplicación de la remoción de los puestos obtenidos por concurso<sup>84</sup>, y *e*) para la articulación de un sistema de progresión profesional basado en el ascenso de nivel sin cambio de puesto de trabajo<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> Vid. *Estudio sobre el Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 55.

<sup>82</sup> Esta opinión es también compartida por los ponentes del *Estudio sobre el Estatuto Básico del Empleado Público* (cit., p. 55).

<sup>83</sup> Concuerdan con esta posibilidad los autores del *Estudio sobre el Estatuto Básico del Empleado Público*, (cit., p. 56).

<sup>84</sup> En opinión de los redactores del *Estudio sobre el Estatuto Básico del Empleado Público* esta posibilidad no será activable hasta que no se dicte la correspondiente legislación de desarrollo (cit., p. 56). No obstante, el resultado de la evaluación se puede emplear para justificar la remoción de un puesto de trabajo siguiendo los procedimientos establecidos en las actuales legislaciones estatal y autonómicas, incrementando así la objetividad en el empleo de este instrumento y, en consecuencia, su virtualidad, al superar los reparos que hoy impiden su aplicación de forma normal.

<sup>85</sup> A favor se ha pronunciado J. FUENTETAJA PASTOR («La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 69) y en contra los autores del *Estudio sobre el Estatuto Básico del Empleado Público* (cit., p. 56), quienes opinan que su implementación no es posible hasta que se haya dictado la legislación de desarrollo.

En algunos Entes locales se han articulado soluciones de este tipo. Un ejemplo lo constituye la cláusula 10.3 del Convenio y Acuerdo regulador del Ayuntamiento de Santiago de Compostela que dispone: «Art. 10.3. La carrera horizontal.

#### 10.3.1. Definición y régimen jurídico.

1. La carrera horizontal consiste en la progresión de grado como reconocimiento a la trayectoria y actuación profesional, a la calidad de los trabajos realizados, a los conocimientos adquiridos y al resultado de la evaluación del desempeño y a la experiencia adquirida, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo.

2. Podrán acceder a la promoción profesional por medio de la carrera horizontal del Ayuntamiento de Santiago de Compostela los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo que ocupen puestos de trabajo no singularizados en la Institución.

3. Las disposiciones que figuran en este capítulo en relación con la evaluación del desempeño y carrera horizontal para el personal al servicio del Ayuntamiento de Santiago se desarrollan según lo establecido en el Capítulo III del Título V del Decreto legislativo 1/2008, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, que desarrolla el Capítulo II del Título III de la Ley 7/2007 del EBEP, y tienen los efectos previstos en el art. 20.5 del EBEP en relación con la exigencia de establecer sistemas objetivos para la evaluación del desempeño.

#### 10.3.2. Graduación de la carrera horizontal.

1. La Carrera horizontal se organiza en 5 grados para cada subgrupo o grupo de clasificación profesional definidos en el art. 76 del EBEP. Cada grado en el que se organiza la carrera horizontal de cada grupo profesional se corresponde con los niveles de complemento de destino establecidos por la legislación de la Comunidad Autónoma de Galicia, de acuerdo con la siguiente tabla:

Grupo profesional	Grado ingreso	Grado I	Grado II	Grado III	Grado IV
A1. Licenciado	Nivel 20	Nivel 22	Nivel 23	Nivel 24	Nivel 25
A2. Diplomado	18	20	21	22	22
B. Técnico superior	—	—	—	—	—
C1. Bachillerato Técnico	16	18	19	20	21
C2. Graduado escolar	14	16	17	18	19
C3. Agrup. Profesionales	12	14	15	16	17

## IV. APUNTES PARA EL DISEÑO DE UN MODELO DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

### 1. Premisas

Para proceder a la evaluación del desempeño, en primer lugar, es necesario que los Entes locales se encuentren adecuadamente organizados y hayan procedido a una completa y correcta ordenación de su personal. Esto implica, esencialmente, que cada Ente tenga una estructura orgánica clara en donde exista una división por departamentos, áreas y unidades y que se hayan creado y aprobado los instrumentos de ordenación del personal pertinentes, tanto obligatorios —relaciones de puestos de trabajo y registros—, como facultativos —manuales de funciones.

Sin esta adecuada ordenación, es imposible llevar a cabo una correcta evaluación del desempeño, porque se carecerá de las herramientas necesarias para fijar los parámetros de la evaluación<sup>86</sup>. Por desgracia, hay que destacar que no son pocos los Entes locales

2. Los empleados municipales (personal funcionario de carrera y laboral fijo) de nuevo ingreso comenzarán su carrera profesional desde el grado mínimo inicial correspondiente a su grupo o subgrupo de clasificación, en el que deben permanecer un mínimo de cinco años para poder optar a un escalón superior.

3. Sucesivamente, para poder hacer efectiva la promoción profesional por medio de la carrera horizontal será necesaria la permanencia en servicio activo con plaza en propiedad por un periodo mínimo de cinco años en el puesto gradual inmediatamente anterior al puesto al que se opta, y el resultado positivo de la evaluación al desempeño en cada ejercicio en que ésta sea realizada.

4. Se considera tiempo efectivo para el cómputo de años de permanencia en un determinado grado aquellos periodos de tiempo desempeñados efectivamente en la misma categoría y especialidad, en situación de servicio activo o asimilado.

5. Los ascensos a los grados superiores serán consecutivos con carácter general, excepto en aquellos supuestos excepcionales en los que se determine otra posibilidad.

6. Sin perjuicio de los efectos de clasificación profesional o retributivos, la promoción de puestos horizontal no tendrá efectos jerárquicos ni funcionales, y a efectos prácticos significará que el empleado público continuará desempeñando sus funciones en la misma unidad o departamento en el que estaba adscrito, mientras no exista mandato jerárquico o funcional que indique otra cosa.

7. El acceso a la carrera horizontal tiene un carácter voluntario y tiene un tratamiento individualizado, de manera que es cada profesional, previa solicitud y cumplimiento de los requisitos oportunos, quien determine su progresión en los distintos grados que la configuran. Todo lo expuesto, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la asignación del grado mínimo inicial para el personal de nuevo ingreso, y lo dispuesto en el régimen transitorio de la carrera horizontal en relación con la asignación de grados personales al personal que ocupa plaza en propiedad en el Ayuntamiento en el momento de la aprobación del presente acuerdo.

8. Después de superar el tiempo mínimo de permanencia en el grado correspondiente, el ascenso del trabajador a un determinado grado superior podrá producirse a instancia del/a interesado/a, después de superar con éxito un proceso de evaluación del desempeño previamente definido para cada grado.

9. Cuando se produzca una vacante en un puesto de trabajo gradual y el Departamento de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Santiago de Compostela no decida la amortización de la misma, se procederá a la creación de un nuevo puesto de trabajo de entrada en el mismo grupo profesional en el que se produjo la vacante».

<sup>86</sup> Vid. Á. L. CABAL, «La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», en *El Estatuto del Empleado Público y la modernización de la Administración local*, Gijón, Ediciones Trea, 2008, p. 206.

que no cuentan con los instrumentos indicados o donde éstos se hallan desactualizados. Tales Administraciones, antes de plantearse la evaluación del desempeño de su personal, deben necesariamente emprender el camino de su ordenación.

En segundo lugar, para que en cualquier Administración pública, y en particular en las locales por su peculiar estructura (en la que los máximos responsables políticos, de modo habitual, se relacionan de forma directa con los empleados públicos), se pueda implantar con éxito un sistema de evaluación del desempeño es imprescindible que la decisión de hacerlo parta del vértice político, en el marco de un proyecto de modernización de la respectiva Administración, y que éste se halle firmemente decidido a implementarlo<sup>87</sup>. Sólo si existe este compromiso, será posible vencer las resistencias al cambio de modelo de ordenación y gestión de los recursos humanos que se han comentado al principio del presente trabajo.

## 2. Bases para la articulación de un modelo de evaluación del desempeño

### 2.1. La delimitación del objeto de la evaluación

La evaluación tiene por objeto la valoración del desempeño por un concreto empleado público de un determinado puesto de trabajo.

Así las cosas, se debe comenzar por proceder a la definición de los puestos de trabajo<sup>88</sup>. Para ello hay que determinar su configuración<sup>89</sup>. Es decir, hay que fijar, en primer lugar, su contenido funcional, cuáles son las tareas que requiere realizar el desempeño de cada puesto de trabajo (labor que, evidentemente, será mucho más fácil de efectuar en aquellas entidades que cuenten con un manual de funciones), y, en segundo lugar, hay que ponderar la importancia relativa de cada una de las mismas dentro del conjunto de las que integran el contenido funcional de un puesto, para establecer una gradación entre ellas a efectos de valoración<sup>90</sup>. Evidentemente, no es necesario que este estudio

<sup>87</sup> Vid. S. DÍAZ QUIJANO, «La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», cit., p. 184.

<sup>88</sup> En este sentido, la CEBEP indicó: «La Comisión considera que el puesto de trabajo debe ser contemplado en todas las Administraciones públicas como el núcleo básico de gestión de recursos humanos. Su centralidad es incuestionable, dado que en torno a él se deberían desarrollar necesariamente —y, en la práctica, se desarrollan ya hoy en buena medida— diferentes componentes de la gestión de recursos humanos: a) la definición de los perfiles de idoneidad de las personas para el desempeño de las funciones; b) la asignación y supervisión de las tareas; c) la evaluación del desempeño de los empleados; d) la fijación de la retribución, o mejor dicho, de una parte de ella, y e) una de las modalidades de carrera profesional, aquella que implica cambio de puesto de trabajo» (*Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 79).

<sup>89</sup> C. GALINDO MEÑO, en esta línea, ha destacado: «La evaluación no resulta posible sin conocer las funciones, tareas y exigencias asociadas a los puestos de trabajo, cuáles de ellas son primordiales en el desempeño de un puesto, cuándo se puede entender que dichas funciones están bien desempeñadas, cuáles son más decisivas para el logro de los objetivos de cada unidad u órgano administrativo» («La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 247).

<sup>90</sup> Una opción para llevar a cabo esta ponderación puede ser, por ejemplo, aplicar un coeficiente multiplicador a cada una de las funciones de un puesto, fijando dicho coeficiente de acuerdo con la importancia

se haga puesto por puesto, sino que se puede llevar a cabo por grupos homogéneos de puestos<sup>91</sup>.

Una vez determinado qué se debe hacer en cada puesto y qué se ha de realizar con prioridad, hay que individuar unos indicadores que permitan determinar si y en qué medida se ha cumplido con tales obligaciones. Estos indicadores tienen que ser lo más objetivos posible<sup>92</sup>, pueden ser cuantitativos<sup>93</sup> o cualitativos<sup>94</sup>. Por último, hay que establecer para cada indicador un sistema de puntuación<sup>95</sup>.

El documento global donde se contengan ponderadas las funciones a valorar en cada puesto, los indicadores para determinar el grado de cumplimiento de dichas funciones y la tabla de puntuaciones vinculadas a dichos indicadores —documento que se podría considerar un «Manual de Funciones y Ejecución de los Puestos de Trabajo»—, ha de ser sometido a consideración de los trabajadores, para que puedan efectuar las alegaciones que entiendan pertinentes, y ha de ser negociado con sus representantes, de acuerdo con el art. 37.1.d) del EBEP.

En segundo lugar, dado que la evaluación del desempeño, de conformidad con el EBEP, ha de tener en cuenta la forma en la que los empleados públicos se comportan en su vida profesional, ha de fijarse una «Carta de Buenas Prácticas en el Desempeño de los Puestos de Trabajo». En esta Carta, por una parte, se han de describir, claramente, qué conductas de los empleados públicos se consideran positivas para el buen funciona-

---

relativa de cada función dentro del conjunto de las que integran el contenido del mismo. Así, por ejemplo, en un puesto donde se han individuado seis funciones a la puntuación por el desempeño de la función 1, que es la que se considera de mayor importancia, se le puede aplicar un coeficiente multiplicador 3, a la de la función 2, un coeficiente 2, y a la de las funciones 3, 4, 5 y 6 un coeficiente 1.

<sup>91</sup> M. C. NOGUER PORTERO propone la simplificación mediante la agrupación de los puestos en «familias» («La evaluación del desempeño», cit., p. 312).

<sup>92</sup> A este respecto la CEBEP señaló: «La evaluación de la actividad del funcionario que se realice a estos efectos debe basarse, en la medida de lo posible, en indicadores objetivos y que se puedan medir. Dicho sea sin perjuicio de que se tengan en cuenta también informes personales suficientemente fundamentados. Ahora bien, es evidente que no siempre resulta fácil medir el rendimiento individual (o de un equipo) en función de los resultados obtenidos, pues no todas las actividades públicas son “medibles” de la misma manera y menos aún conforme a criterios o parámetros cuantitativos. Además, establecer y aplicar sistemas de evaluación del desempeño en las Administraciones públicas es tarea compleja, que puede comportar costes adicionales de gestión. En consecuencia, puede existir la tentación —nada insólita en la práctica actual— de pactar criterios de distribución de este complemento de carácter lineal o proporcional al nivel del puesto de trabajo» (*Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 159).

<sup>93</sup> Como ejemplo de este tipo de indicadores se pueden señalar: número de informes emitidos, número de consultas atendidas, etc.

<sup>94</sup> Pueden citarse como ejemplos: el control, a efectos de reposición, del material de oficina de una unidad; la supervisión de la actuación del personal adscrito a una unidad; etc. Evidentemente, la apreciación de estos indicadores no deja de tener un cierto grado de subjetividad, como se verá en la nota siguiente.

<sup>95</sup> A los indicadores cuantitativos se les pueden asignar puntuaciones por tramos, por ejemplo, si se computan los informes emitidos, 1 punto por cada tramo de 5 informes, etc.; mientras que a los indicadores cualitativos se les puede asignar una puntuación en función de una escala de valoraciones, por ejemplo, 3 puntos si la tarea se ejecuta muy satisfactoriamente, 2 puntos si se hace satisfactoriamente, etc., pudiendo realizarse dicha valoración en un posible informe del superior jerárquico.

miento de la Administración, y cómo se identifican estas conductas (es decir, establecer qué indicadores permiten comprobar su verificación), y qué conductas de los empleados públicos se considera que son contraproducentes para el buen funcionamiento de la Administración, y cómo se identifican dichas conductas<sup>96</sup>. Por otra parte, en este documento, junto a la catalogación de las conductas y a la identificación de sus indicadores de comprobación debe fijarse un sistema de valoración del grado de cumplimiento de las mismas en función de dichos indicadores<sup>97</sup>. Como en el caso del Manual, esta Carta ha de ser sometida a consideración de los trabajadores, para que puedan efectuar las alegaciones que entiendan pertinentes, y ha de ser negociada con sus representantes, de acuerdo con el art. 37.1.d) del EBEP.

Es posible llevar a cabo el proceso de definición de tareas y el proceso de identificación de conductas simultáneamente, pero, dada la complejidad de ambos procesos y el hecho de que se trata de realizar documentos con vocación de permanencia (sólo deberían ser objeto de adaptaciones puntuales fruto de la observación de alguna disfunción) es aconsejable que se tramiten de forma sucesiva.

Una vez que los instrumentos citados han sido elaborados y consensuados, se debe proceder a redactar un documento que se podría denominar «Tabla de ponderación de los elementos de la evaluación del desempeño». En ésta, en primer lugar, se debería fijar, para cada puesto de trabajo, el peso que en la evaluación del desempeño tendrá la valoración de los resultados y el peso que tendrá la valoración de la conducta. Como se ha señalado ya, los puestos de trabajo en las Administraciones públicas son muy distintos y por ello en unos ha de tener más valor el cómo se desarrollan que la cantidad de actuaciones que en ejecución del mismo se efectúan<sup>98</sup>. Como en los dos supuestos

<sup>96</sup> Como ejemplos se pueden poner los siguientes: *a)* conducta positiva: formación continua; indicadores de cumplimiento: cursar, con aprovechamiento, estudios oficiales; realizar cursos de informática, de idiomas, etc.; *b)* conducta positiva: implicación en la mejora del funcionamiento de la Administración; indicadores de cumplimiento: realización de propuestas de mejora evaluadas positivamente, etc.; *c)* conducta negativa: incumplimiento de las normas disciplinarias; indicador: número de sanciones firmes impuestas, y *d)* conducta negativa: absentismo; indicador: porcentaje de ausencias no justificadas. Hay algunas conductas que no pueden ser objetivadas mediante indicadores, como, por ejemplo, la colaboración con los compañeros de trabajo, el compromiso con la organización, etc., la valoración de su grado de cumplimiento se podría remitir a un informe que debería realizar el superior jerárquico.

<sup>97</sup> Así: se pueden asignar puntuaciones individuales por actividades (por ejemplo, 10 puntos por cada curso, 20 puntos por cada sugerencia de mejora, etc.); se pueden atribuir puntos por tramos (asistencia y puntualidad inferior al 85 por 100, 0 puntos; asistencia y puntualidad entre el 85 y el 95 por 100, 10 puntos; asistencia y puntualidad entre el 95 y el 100 por 100, 20 puntos) o en el caso de las conductas que admiten una menor objetivación (por ejemplo, la colaboración con los compañeros de trabajo, el compromiso con la organización, etc.) se puede establecer una escala (insuficiente, correcto, destacado) cuya apreciación se debe remitir, como se ha dicho, a un informe que debería realizar el superior jerárquico, fijándose para cada valor de la escala una puntuación (0, 5, 10 o 15).

<sup>98</sup> En esta Tabla se podrían fijar intervalos de porcentajes. Por ejemplo, para el puesto X, con tareas de alta complejidad técnica (esencialmente, la emisión de informes o dictámenes), la puntuación en conducta puede valorarse entre el 20 y el 40 por 100 y la puntuación en resultados entre el 80 y el 60 por 100; mientras que para el puesto Y, con tareas reiterativas y de escasa complejidad, la puntuación en conducta puede valorarse entre el 60 y el 80 por 100 y la puntuación en resultados entre el 40 y el 20 por 100.

anteriores, esta Tabla ha de ser sometida a consideración de los trabajadores, para que puedan efectuar las alegaciones que entiendan pertinentes, y ha de ser negociada con sus representantes, según el art. 37.1.d) del EBEP.

Realizados estos trabajos, la Administración de referencia contaría con los criterios y mecanismos generales para la evaluación del desempeño, desde el punto de vista substantivo. Faltaría concretar para cada trabajador los objetivos a lograr y las conductas a seguir, en el periodo que será objeto de evaluación. Esto se puede articular a través de la firma de un «Contrato de evaluación» entre cada trabajador y la Administración, representada por el superior jerárquico del mismo<sup>99</sup>. Corresponde a la Administración, partiendo de los datos de los que disponga y de los objetivos estratégicos que ella pretende lograr para mejorar su eficacia y eficiencia, presentar al empleado una propuesta de Contrato<sup>100</sup>. Éste puede plantear, en el seno de una negociación constructiva, cambiar los términos del mismo. Si se llega a un compromiso, se procederá a la firma del Contrato, si no se llega a tal acuerdo, contra la propuesta de Contrato el empleado puede recurrir, en el caso de que así se prevea, ante una «Comisión de Reclamaciones»<sup>101</sup>, que será la que, definitivamente, fije el contenido del Contrato, siendo vinculante para la Administración y el empleado. Este Contrato, en principio, extiende su vigencia durante el periodo a evaluar; no obstante, si cambian las circunstancias, en el marco de las cuales se firmó, se podría instar su revisión, tanto por parte de la Administración, como por parte del empleado.

## 2.2. Los responsables de la evaluación

Un procedimiento de evaluación del desempeño adecuadamente diseñado implica la participación de una pluralidad de actores: unidades administrativas, expertos externos, trabajadores y representantes de los mismos.

Las primeras, a las que va a corresponder el peso principal en el desarrollo del proceso de evaluación, sería conveniente, si el Ente local dispone de capacidad para ello<sup>102</sup>, que fuesen las siguientes:

<sup>99</sup> Como señala F. LONGO: «[las] operaciones de filtrado de los objetivos organizativos y su conversión en pautas de rendimiento individual sólo pueden realizarse desde la proximidad, esto es, desde posiciones que garanticen el conocimiento de las personas y la capacidad para observar su actuación» («Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones públicas», cit., p. 133).

<sup>100</sup> El contenido de este Contrato ha de ser, esencialmente, fijar los puntos por rendimiento y los puntos por conducta que debe alcanzar el empleado, teniendo en cuenta todos los documentos anteriores, para determinar cuándo se puede considerar su desempeño, por ejemplo, como: adecuado, notable o excelente.

<sup>101</sup> Más adelante se explicará la composición y funciones de este posible órgano.

<sup>102</sup> En caso contrario, en esta materia se puede recurrir a fórmulas de colaboración público-privada (contratos administrativos) o interadministrativa (agencias, consorcios, convenios de colaboración, etc.). Sobre esta segunda posibilidad, *vid.* las propuestas que se efectúan en el *Informe sobre el empleo público local* (cit., pp. 43 y ss.).

### 2.2.1. El Departamento de Recursos Humanos

Dentro de este Departamento, se podría crear una «Unidad de Evaluación del Desempeño» que se estructuraría en dos secciones: la «Sección de Información» y la «Sección de Programación».

La «Sección de Información» tendría atribuida, esencialmente, la tarea de recoger y sistematizar, por medios electrónicos, los datos necesarios para el funcionamiento y análisis del sistema de evaluación del desempeño <sup>103</sup>.

A su vez, a la «Sección de Programación» le correspondería, a la luz de los datos recibidos, elaborar los borradores de los documentos indicados en el epígrafe anterior <sup>104</sup>.

Dentro de este Departamento debería existir también un servicio que actuase como «Oficina de atención al empleado público» cuyas funciones serían: explicar colectiva o individualmente a los empleados públicos el sistema de evaluación del desempeño; resolver sus dudas sobre el mismo; orientarlos individualmente en el cumplimiento de sus objetivos; preparar los programas de formación de acuerdo con las necesidades detectadas, etc.

### 2.2.2. La Comisión de Evaluación

Como ya se ha indicado, para garantizar los principios de objetividad e imparcialidad, parece que lo más adecuado es que la evaluación del desempeño, en sentido estricto <sup>105</sup>, se encomiende a un órgano colegiado especializado e imparcial y no exclusivamente a los superiores jerárquicos inmediatos <sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> En un primer momento, la labor de esta Sección consistiría en recoger los datos necesarios para preparar los borradores de trabajo de los documentos indicados en el epígrafe anterior. En un segundo momento, durante la aplicación del sistema, su función sería recopilar la información precisa para realizar las evaluaciones, fundamentalmente, proporcionar los datos sobre los objetivos alcanzados por cada trabajador de acuerdo con los indicadores preestablecidos (número de consultas atendidas, número de informes emitidos, sanciones recibidas, etc.). En un tercer momento, además, a esta Sección le correspondería reunir datos sobre el resultado del sistema de evaluación del desempeño para poder detectar disfunciones en el mismo y, eventualmente, proceder a modificarlo para mejorar su funcionamiento.

<sup>104</sup> La negociación y aprobación de dichos documentos, como es lógico, corresponderá a los órganos competentes de la Entidad local.

<sup>105</sup> Es decir, la tarea de confrontar los resultados alcanzados con los objetivos fijados y las conductas seguidas con las previstas, a la luz de los datos e informes de los que se disponga.

<sup>106</sup> Sobre esta cuestión J. VIDA FERNÁNDEZ ha escrito: «Por lo que respecta (sic) a la primera cuestión, la propia estructura jerarquizada del empleo público conlleva a que el sujeto natural evaluador sea el superior jerárquico de cada funcionario, ya que es el que se encuentra en una mejor posición para valorar su conducta profesional y con ello se refuerza el poder jerárquico y el deber de obediencia de la organización [...] Esta solución sería la más idónea en el caso de una Administración pública totalmente jerarquizada y sometida por completo a evaluación (incluyendo a los evaluadores), y en el que los puestos superiores no estuviesen sometidos a criterios políticos (como ocurre con los subdirectores generales y con los cargos directivos de la Administración

La composición de este órgano ha de ser estrictamente técnica, como sucede con los órganos de selección, sin perjuicio de que a sus reuniones puedan asistir con voz pero sin voto representantes de los trabajadores, como medida de garantía de los derechos de los mismos y de la transparencia, objetividad y de los demás principios que rigen este sistema<sup>107</sup>.

El optar por una Comisión de Evaluación, en lugar de por un modelo de evaluadores singulares, permite, además, reducir en gran medida los sesgos más frecuentes en los procesos de evaluación<sup>108</sup>.

General del Estado) o fuesen de nombramiento discrecional como ocurre con los puestos de libre designación. Estas características no son las propias de nuestras Administraciones públicas, aunque pueden manifestarse en algunos ámbitos específicos como en el caso de los militares profesionales.

En cualquier caso el EBEP no apunta expresamente a esta solución, lo cual permite señalar otra alternativa como es la evaluación desarrollada por agencias o comisiones externas a la unidad de los funcionarios evaluados, mediante procedimientos ante los cuales se alegan y acreditan los méritos. Esta solución parece más idónea a las heterogéneas características de nuestras Administraciones públicas y se ha ensayado en algunos ámbitos con comisiones que gozan de una mayor o menor independencia (como en el caso de los docentes universitarios). Sin embargo, esta opción plantea el problema de la carga que supone la estructuración de una nueva organización administrativa con órganos especializados encargados de evaluar y, eventualmente, otros encargados de resolver los numerosos recursos que se pueden plantear» («Art. 20. La evaluación del desempeño», cit., p. 280).

<sup>107</sup> Existen otros modelos posibles de composición. Así, el Ayuntamiento de Santiago ha disciplinado su Comisión del siguiente modo: «10.3.4. La Comisión de Evaluación del Desempeño del Ayuntamiento de Santiago de Compostela.

1. La Comisión de Evaluación del Desempeño del Ayuntamiento de Santiago de Compostela estará formada por un representante designado por cada sindicato firmante del presente acuerdo, el mismo número de miembros designados por el Ayuntamiento de Santiago de Compostela y tres empleados públicos de la Institución escogidos por consenso de las partes sindical e institucional, todos ellos con voz y voto, pudiendo formar parte de dicha Comisión, profesionales externos con experiencia en Recursos Humanos, con voz pero sin voto».

Aunque esta Comisión realmente, dado que los evaluadores serán, efectivamente, los superiores jerárquicos, actúa como Comisión de Reclamaciones. Así, en el art. 10.3.5.7, se dispone: “En caso de desacuerdo, el empleado público evaluado podrá presentar alegaciones por escrito al evaluador, quien deberá presentar ante la Comisión de Evaluación del Desempeño del Ayuntamiento de Santiago de Compostela ambos escritos, el informe de evaluación del evaluador y el escrito de alegaciones del empleado público evaluado. La Comisión de Evaluación del Desempeño del Ayuntamiento de Santiago de Compostela para dirimir el desencuentro podrá solicitar entrevista personal, por separado o de manera conjunta, del evaluador y del evaluado”.

<sup>108</sup> J. V. CORTÉS CARRERES destaca los siguientes: «*Sesgo por “el efecto de halo”*. Es la tendencia del evaluador a valorar positiva o negativamente a un trabajador, en base a un solo atributo o característica del mismo.

*Sesgo por efecto “born”*. Es lo contrario al efecto halo. Consiste en la tendencia a valorar de forma negativa, porque hay una característica negativa que contamina la evaluación global del evaluador como negativa.

*Sesgo por “el efecto de halo sucesivo”*. Es la tendencia del evaluador a valorar de forma irreal positiva o negativamente a un sujeto por el hecho de que las demás personas de su entorno que son valoradas antes que él o después que él son mediocres, competentes o incompetentes.

*Insuficiente conocimiento de los evaluados*. A veces los evaluadores no conocen suficientemente a algunos empleados que deben valorar.

Entre los distintos sesgos debidos al paso del tiempo encontramos el “*Efecto recencia*”. El tiempo afecta de forma considerable a la evaluación, cuando los evaluadores emiten juicios sobre desempeños observados un año antes, la precisión del juicio se reduce considerablemente. La proximidad en el tiempo influye en el juicio.

### 2.2.3. La Comisión de Reclamaciones

Esta Comisión sería el órgano encargado de resolver todas las controversias que se generasen durante el proceso de evaluación, sea a la hora de elaborar el Contrato de evaluación, sea a la hora de comprobar su cumplimiento<sup>109</sup>.

Por lo que respecta a su configuración, este órgano ha de ser un órgano: técnico, es decir, compuesto por profesionales, sin perjuicio de que en sus deliberaciones puedan participar, con voz pero sin voto, representantes de los trabajadores y de la Administración; independiente, en el sentido de que ni el órgano ni sus miembros se pueden hallar sujetos a instrucciones jerárquicas de la Administración, y, neutral, lo que implica que debe hallarse completamente desvinculado del órgano de evaluación, aunque éste sea también independiente.

En esta materia, por razones de economía y eficacia, sería especialmente conveniente que las diferentes Administraciones públicas se planteasen la posibilidad de crear un único órgano de ámbito provincial o, incluso, si ello fuere posible, autonómico<sup>110</sup>.

---

Tendemos a evaluar sobre la base del desempeño más reciente y olvidamos la ejecución pasada. Para evitar este error se deben realizar evaluaciones parciales o lo que se denomina evaluación orientativa.

*Sesgo de tendencia parcial constante o sistemática.* En las evaluaciones basadas en escalas de valoración los evaluadores tienden a dar puntuaciones sistemáticas bien hacia los valores extremos o bien hacia los valores medios, se conoce la:

*Tendencia hacia los valores medios.* El temor a emitir juicios muy positivos o muy negativos sobre los subordinados por quedar bien con estos, y evitar conflictos, provoca que los evaluadores tiendan a dar valores medios. El desconocimiento de los empleados también provoca una inclinación hacia los valores medios.

*Tendencia a otorgar puntuaciones extremas.* Hay evaluadores que tienden a dar puntuaciones o muy altas o muy bajas, entre estos se pueden detectar los de *tendencia generosa* o los de *tendencia severa* y también los de *tendencia neutra*.

*Evaluación política.* Al contrario de los sesgos mencionados, anteriormente, que se producen de manera inconsciente, este es un error consciente. No son juicios objetivos, porque no se relacionan con la actuación real del evaluado, sino por los intereses particulares del evaluador.

*Sesgos producidos por las características personales del evaluador y/o del evaluado,* como son los debidos al sexo, a la personalidad del evaluador. Los evaluadores más seguros de sí mismos y con mayor autoestima tienden a evaluar más objetivamente a los trabajadores. Por el contrario, los evaluadores con un autoconcepto más pobre de sí mismo suelen ser más severos con sus subordinados y los efectos “parecido-a-mí”, y el “efecto distinto-de-mí” es la tendencia a evaluar más positiva o negativamente a aquellas personas que se perciben como más o menos semejantes al evaluador» («La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 36 y ss.).

<sup>109</sup> Es necesario recoger esta idea de la CEBEP, la cual la planteó del siguiente modo: «Por último, somos conscientes de que la introducción de sistemas de evaluación del rendimiento puede dar lugar a un aumento de la conflictividad jurídica en el seno del empleo público, tal como ha sucedido en algunas experiencias conocidas (v. gr., el personal docente universitario). A tales efectos sería conveniente prever que las reclamaciones que puedan plantearse sean resueltas por los órganos especializados de garantía de los principios de igualdad, mérito y capacidad a los que nos venimos refiriendo en este informe» (*Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 109).

<sup>110</sup> R. JIMÉNEZ ASENSIO y F. A. CASTILLO han destacado en este punto: «Las CCAA, tanto por sus dimensiones como por su posición institucional, serían el lugar adecuado para crear Organismos o Agencias de Acreditación y Evaluación del Empleo Público. Este tipo de entidades son capitales para un correcto funciona-

### 2.3. *El procedimiento de evaluación*

Con el fin de ordenar adecuadamente la gestión del sistema de evaluación del desempeño en cada Administración, se ha de establecer un calendario de evaluación en el que se fijen las fechas en las que se va a iniciar el procedimiento de evaluación del personal de cada servicio, unidad o departamento.

El procedimiento, en la medida de lo posible, debería realizarse por medios telemáticos a través de una aplicación informática.

El primer paso podría consistir en que cada empleado realizase una autoevaluación de su actividad y conducta durante el periodo de referencia (que, como ya se ha indicado, normalmente debería ser de un año). Esta autoevaluación tendría por objeto explicar cómo ha llevado a cabo sus tareas y cómo entiende que ha cumplido los objetivos que con él se había acordado alcanzar en el Contrato de evaluación<sup>111</sup>, o justificar, si procede, el que no se hayan conseguido los objetivos fijados. Debería también solicitarse de los empleados públicos, en este momento, su colaboración para realizar una evaluación de su contexto, se les podría pedir: que describan los puntos positivos o negativos del funcionamiento del servicio (por ejemplo: falta de medios, inadecuación de los procedimientos de actuación, etc.); que evalúen sus relaciones con sus compañeros y sus superiores o subordinados, etc.

Recibida esta autoevaluación, o finalizado el plazo concedido al efecto, el órgano competente tendría que proceder a solicitar los datos necesarios para llevar a cabo la evaluación. Así, en primer lugar, debería reclamar los datos sobre la actividad de cada empleado solicitante; en segundo lugar, tendría que requerir un informe del superior jerárquico de cada empleado sobre el cumplimiento del Contrato de evaluación, y en tercer lugar, podría recabar, de los informes de autoevaluación de otros empleados que interactúen con el solicitante, datos relevantes acerca de su conducta y desempeño.

Tras estudiar toda la documentación recibida, la Comisión de Evaluación debería efectuar una valoración detallada y motivada. Ésta constituiría una propuesta de evaluación que habría de remitirse a cada empleado para que procediese a efectuar alegaciones a la misma. Si las hubiere, tales alegaciones deberían ser contestadas motivadamente y se emitiría la evaluación definitiva.

Contra esta evaluación se podría proceder a interponer una reclamación ante la «Comisión de reclamaciones».

---

miento del sistema de carrera profesional horizontal y de la evaluación del desempeño en el empleo público. Se trata de configurar una entidad independiente y con acusado perfil de profesionalidad de sus integrantes, que pueda gestionar y discriminar objetivamente el reconocimiento de categorías profesionales en la carrera horizontal y evaluar, en su caso, el desempeño de los empleados públicos, al menos en aquellos factores vinculados estrictamente con los resultados y en los que existan indicadores que puedan medir objetivamente los mismos» (*Informe sobre el empleo público local*, cit., p. 46).

<sup>111</sup> Vid. Á. L. CABAL, «La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», cit., p. 209.

### 3. Indicaciones para el proceso de implantación de un sistema de evaluación del desempeño

#### 3.1. Reforzar la organización interna y buscar sinergias en el exterior

Antes de empezar con el diseño e implantación de un sistema de evaluación del desempeño, o todo lo más simultáneamente, las Administraciones públicas han de comenzar con la captación y/o capacitación de profesionales en estas tareas <sup>112</sup>, sin perjuicio de que se pueda recurrir a la colaboración externa de otras Administraciones o de consultoras privadas con experiencia acreditada en este ámbito <sup>113</sup>. En particular, es necesario que las Administraciones públicas dispongan de directivos que, por una parte, cuenten con capacidades en este ámbito de la gestión de recursos humanos y no sólo en el de la gestión de su campo de competencias materiales y, por otra parte, que asuman que entre sus funciones se encuentra la de orientar y promover el rendimiento de sus colaboradores <sup>114</sup>.

También es necesario, en este momento inicial, que las Administraciones inviertan en la adquisición de herramientas informáticas que permitan la gestión integral de sus empleados, haciendo posible un sistema eficaz y ágil de evaluación del desempeño <sup>115</sup>.

#### 3.2. Concienciar sobre la necesidad y conveniencia de la implantación del sistema y buscar el consenso sobre el mismo

Tomada la decisión política de iniciar el proceso de diseñar e implantar un sistema de evaluación del desempeño, es fundamental para lograr el éxito en esta empresa concienciar, tanto a los cuadros directivos como a los demás empleados públicos, de que la evaluación del desempeño tiene por finalidad mejorar el funcionamiento de la Administración, a través de un incremento del rendimiento de sus efectivos, basado en la satisfacción de los mismos con su trabajo, derivada del reconocimiento que su buen desempeño va a recibir <sup>116</sup>.

<sup>112</sup> En este sentido, la CEBEP ha señalado: «Conviene no olvidar, además, que la implantación de buenos sistemas de la evaluación del desempeño exige el desarrollo en las organizaciones públicas de importantes capacidades internas: sistemas de definición de objetivos, indicadores de rendimiento, instrumentos para valorar competencias, técnicos especializados, directivos capacitados y comprometidos... Ello exige una mayor inversión en la gestión de recursos humanos y reforzar las unidades especializadas dedicadas a dicha gestión» (*Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, cit., p. 109).

<sup>113</sup> Vid. *Libro Blanco de la Función Pública Catalana*, Barcelona, Departamento de Gobernación y Administraciones Públicas, 2005, p. 82.

<sup>114</sup> Cfr. F. LONGO, «Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones públicas», cit., pp. 139-141.

<sup>115</sup> Vid. M. C. NOGUER PORTERO, «La evaluación del desempeño», cit., p. 324, y *Libro Blanco de la Función Pública Catalana*, cit., pp. 76-88.

<sup>116</sup> Vid. S. DÍAZ QUIJANO, «La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», cit., p. 184.

En esta línea, a la hora de informar a los trabajadores hay que alejar del sistema de evaluación del desempeño la sombra de procedimiento sancionador encubierto con la que, interesadamente, se le ha rodeado. Debe transmitirse de forma muy clara el mensaje de que la evaluación del desempeño sirve para premiar al que trabaja más y mejor y no para castigar a quien no presenta un rendimiento óptimo <sup>117</sup>.

### 3.3. *Planificar y difundir el sistema a adoptar*

Con los apoyos internos (esencialmente, gestores de recursos humanos y directivos de las diferentes áreas) y externos (consultores expertos en gestión de personal) que sea preciso recabar, cada Administración ha de elaborar su propio Manual de Evaluación <sup>118</sup>. En este Manual se ha de explicar sistemáticamente lo expuesto hasta el momento en el presente trabajo, esencialmente: órganos de evaluación, objeto de la evaluación y procedimiento de evaluación. Este Manual, que será la hoja de ruta de la implantación del sistema de evaluación del desempeño, ha de ser explicado de forma clara, comprensible y detallada a los trabajadores y negociado con sus representantes <sup>119</sup>.

### 3.4. *Implantar de modo progresivo el sistema*

La introducción de todo un nuevo modelo de funcionamiento en una organización es algo muy complejo. Por mucho interés y cuidado con el que se haya realizado su diseño, cuando se ponga a funcionar, siempre van a aparecer: situaciones no previstas, disfunciones, etc. Por ello, sería conveniente que esta inserción se haga de forma paulatina, lo que implica dos cosas: primera, que el sistema se implante sólo en una parte de la organización, sometándose sus resultados a evaluación, y, segunda, que esta primera experiencia no tenga consecuencias prácticas, para evitar que la experimentación pueda lesionar las expectativas o los derechos de algún empleado <sup>120</sup>.

Llevar a cabo una implantación progresiva del sistema de evaluación del desempeño permite, por un lado, depurar el sistema delineado y, por otro lado, que las unidades y órganos implicados adquieran la experiencia necesaria en su empleo, de modo que se asegure el mejor funcionamiento posible, cuando se proceda a la aplicación general y completa del mismo <sup>121</sup>.

<sup>117</sup> Si un trabajador no cumple, en absoluto, con sus obligaciones, el modo de enfrentarse a esta situación no pasa por la evaluación del desempeño, sino por la activación de los correspondientes procedimientos disciplinarios.

<sup>118</sup> Vid. Á. L. CABAL, «La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», cit., p. 212.

<sup>119</sup> Vid. S. DÍAZ QUIJANO, «La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», cit., p. 191, y *Libro Blanco de la Función Pública Catalana*, cit., pp. 76-88.

<sup>120</sup> Vid. P. NIETO ROJAS, «La evaluación del desempeño. Una herramienta básica para la gestión de la carrera profesional de los empleados públicos», en *El Estatuto Básico del Empleado Público*, vol. II, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración. Centro de Publicaciones, 2009, pp. 421-423.

<sup>121</sup> En este sentido, C. GALINDO MEÑO ha escrito: «Las pruebas o experimentaciones prácticas, las pruebas piloto, la aplicación progresiva es una de las maneras recomendables de enfrentarse a un problema comple-

## V. BIBLIOGRAFÍA

- *La modernización del Estado. El camino a seguir*, Madrid, OCDE-INAP, 2006.
- *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, Madrid, INAP-Goberna, 2005.
- *Libro Blanco de la Función Pública Catalana*, Barcelona, Departamento de Gobernación y Administraciones Públicas, 2005.
- CABAL, Á. L.: «La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», en *El Estatuto del Empleado Público y la modernización de la Administración local*, Gijón, Ediciones Trea, 2008.
- CORTÉS CARRERES, J. V.: «La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1, 15-29 de enero de 2009.
- DE MIGUEL PAJUELO, F.: «La evaluación del desempeño», en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, A. PALOMAR y A. V. SEMPERE (dirs.), Cizur Menor, Aranzadi, 2008.
- DÍAZ QUIJANO, S.: «La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», en *El Estatuto del Empleado Público y la modernización de la Administración local*, Gijón, Ediciones Trea, 2008.
- FÉREZ FERNÁNDEZ, M.: «El modelo de gestión de los recursos humanos en el ámbito local», en *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*, A. PALOMAR OLMEDA (coord.), Granada, CEMCI, 2007.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J.: *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002.
- FUENTETAJA PASTOR, J.: «La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público», *Anuario de Derecho Municipal*, Madrid, IDL-UAM, 2007.
- GORRITI, M.: «La evaluación del desempeño como nuevo reto de la función pública», en *El Estatuto del Empleado Público y la modernización de la Administración local*, Gijón, Ediciones Trea, 2008.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., y CASTILLO BLANCO, F. A.: *Informe sobre el empleo público local*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.
- LONGO, F.: «Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones públicas», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41, 2005.
- MAGÁN PERALES, J. M.<sup>a</sup> A.: «Promoción profesional, provisión de puestos de trabajo y movilidad de los empleados públicos», en *Manual del Empleo Público*, F. A. CASTILLO (dir.), Madrid, Iustel, 2009.
- NIETO ROJAS, P.: «La evaluación del desempeño. Una herramienta básica para la gestión de la carrera profesional de los empleados públicos», en *El Estatuto Básico del Empleado Público*, vol. II, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración. Centro de Publicaciones, 2009.
- NOGUER PORTERO, M. C.: «La evaluación del desempeño», en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, S. DEL REY (dir.), Madrid, La Ley, 2008.

---

jo como es la evaluación del desempeño. La aplicación a centros, unidades o sectores concretos en los que por razón de su tamaño, naturaleza de su actividad, cultura imperante, etc., pueda resultar más fácil su implantación permitiría una experimentación práctica que ha (sic) medida que vaya perfeccionándose y mejorándose permitiría su extensión a progresiva» («La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 247).

- PARADA VÁZQUEZ, R.: Derecho del Empleo Público, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- PAREJO ALFONSO, L.: «Límites del desarrollo del Estatuto por las Comunidades autónomas», en *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Madrid, COLEX-UNED, 2003.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: «La situación actual del empleo público», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, 2010.
- «Objeto y ámbito de aplicación», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (F. A. CASTILLO BLANCO *et al.*), Valladolid, Lex Nova, 2007.
- VELASCO CABALLERO, F.: «Reformas en el Derecho local: Qué y quién», en *Anuario de Derecho Municipal*, Madrid, Marcial Pons-IDL-UAM, 2008.
- VIDA FERNÁNDEZ, J.: «Art. 20. La evaluación del desempeño», en *El Estatuto Básico del Empleado Público*, J. L. MONEREO PÉREZ *et al.* (dirs.), Granada, Comares, 2008.

---

# Las participaciones locales en ingresos de las Comunidades Autónomas: una cuestión pendiente

Juan ZORNOZA PÉREZ

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario*

*Universidad Carlos III de Madrid*

## RESUMEN

*Tras exponer algunas de las razones que explican la falta de un auténtico desarrollo de las participaciones locales en los tributos de las Comunidades Autónomas, el trabajo analiza los títulos competenciales que podrían habilitar una intervención del Estado dirigida a conseguir la efectiva implantación de este recurso financiero que el art. 142 de la Constitución considera fundamental para la garantía de la suficiencia financiera, proponiendo los extremos que dicha regulación debería contener.*

**Palabras clave:** federalismo fiscal; financiación local; suficiencia; participación en tributos de las Comunidades Autónomas.

## ABSTRACT

*After describing some of the reasons that explain the absence of an authentic development of the local revenue share in the taxes of the Autonomous Regions, the article analyzes the constitutional competences that might enable an intervention of the Central State directed to achieve the effective implementation of this financial resource, which art. 142 of the Spanish Constitution states as fundamental for the guarantee of the local financial sufficiency, proposing at the same time the terms that the above mentioned regulation should contain.*

**Key words:** fiscal Federalism; Local Finance; financial sufficiency; local revenue share in Autonomous Regions taxes.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SUFICIENCIA COMO PRINCIPIO ESTRUCTURAL DE LA FINANCIACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES: NECESIDAD DE DESARROLLAR LA

TOTALIDAD DE LOS RECURSOS QUE LA GARANTIZAN.—III. LOS TÍTULOS COMPETENCIALES QUE LEGITIMAN LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE HACIENDAS LOCALES: ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS QUE IMPLICAN COORDINACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS HACIENDAS PÚBLICAS.—IV. HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN DE LAS PICAs Y LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS PARA LLEVARLA A CABO.—1. Una primera propuesta de reforma en la regulación estatal de las PICAs: integración de los impuestos cedidos en su base de cálculo.—2. Las reformas legislativas necesarias para integrar los impuestos cedidos en la base de cálculo de las PICAs.—V. ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL: LA CONVENIENCIA DE INCORPORAR A LAS ENTIDADES LOCALES AL CONSEJO DE POLÍTICA FISCAL Y FINANCIERA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Una vez más, tras las reformas introducidas en la financiación autonómica por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA en lo sucesivo) y la posterior Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, puede decirse con justicia que el sistema de financiación de las Haciendas territoriales en España sigue estando incompleto, como consecuencia de un viejo y grave defecto en la comprensión del modelo constitucional de distribución del poder territorial, cual es el entender que la construcción del sistema de financiación del Estado de las autonomías es un asunto que concierne sólo, activa y directamente, a sus dos instancias territoriales superiores, con la consiguiente marginación de las Haciendas locales<sup>1</sup>.

Ese defecto de planteamiento, visible desde los primeros momentos del desarrollo constitucional, ha perdurado a lo largo del tiempo, pues en la articulación de los sucesivos modelos de financiación de las Comunidades Autónomas (CCAA en lo sucesivo) se ha marginado por completo a las Haciendas locales, al entenderse erróneamente que la construcción del sistema de financiación del Estado de las autonomías era un asunto que interesaba únicamente al Estado y las nacientes CCAA. Y decimos que erróneamente, porque según resulta del art. 137 de la Constitución, el poder y el ordenamiento locales son parte, a título propio y de forma directa, del poder y del ordenamiento estatales; y la Administración local es una más de las piezas del Estado de las autonomías que la Constitución diseña.

<sup>1</sup> A ello apuntamos ya en J. RAMALLO MASSANET y J. ZORNOZA PÉREZ, «Autonomía y suficiencia en la financiación de las Haciendas Locales», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 259, 1993, p. 516, donde están esbozadas buena parte de las ideas que aquí se exponen. Luego he insistido sobre ello, entre otras ocasiones, en J. ZORNOZA PÉREZ, «La financiación de las Corporaciones locales durante el quinquenio 1999/2003», en AA.VV., *El desarrollo del Gobierno Local (una aproximación doctrinal)*, Madrid, 1999, pp. 176 y ss.; en el mismo sentido, G. CASADO OLLERO, «La participación de las Entidades locales en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas», en AA.VV., *Jornadas de estudio y debate sobre financiación local y corresponsabilidad fiscal*, Madrid, 2002, p. 158.

Siendo ello así, debería resultar obvio que la ordenación de la Hacienda local sólo puede hacerse correctamente si se tienen presentes las relaciones existentes, en todos los órdenes del ingreso y del gasto, entre las distintas Haciendas subcentrales —las Haciendas de las CCAA y las Haciendas locales— y las que median entre éstas y la Hacienda central o estatal. Sin embargo, las cosas no han sido como debieran, pues al haberse concedido prioridad absoluta a las cuestiones relacionadas con la financiación de las CCAA, la Hacienda local ha quedado nuevamente postergada en la consideración del legislador y los problemas de su financiación continúan agravándose, sobre todo porque la incidencia de la crisis económica sobre los ingresos municipales está siendo particularmente grave, dado que los tributos locales pivotan en muy buena medida sobre la riqueza inmobiliaria. Y no sólo eso, sino que la construcción del sistema de las Haciendas públicas españolas sigue estando incompleta, ya que se ha vuelto a prescindir de la regulación de las relaciones que constitucionalmente deben existir entre CCAA y Haciendas locales, cuyo establecimiento y caracteres se abandonan a su regulación por las instancias autonómicas, como si se tratara de una cuestión que sólo a ellas incumbiera, prescindiendo además de clarificar sus relaciones con las Haciendas locales, que sólo marginalmente se tienen presentes en orden al reparto de las competencias tributarias (art. 6.3 de la LOFCA<sup>2</sup>).

Resulta oportuno recordarlo en el momento presente, una vez concluida la reforma de la financiación de las CCAA y postergada la de la financiación local, necesitada de una reforma urgente que, en todo caso, debería ser correctamente abordada, desde el reconocimiento de que un sistema de financiación de las Haciendas locales que pretenda garantizarles —como es constitucionalmente exigible— una financiación suficiente, constituye sólo una parte del diseño del sistema de financiación del Estado de las autonomías, en que los tres niveles de Hacienda pública constitucionalmente reconocidos han de tenerse presentes para que puedan cumplirse las exigencias constitucionales establecidas respecto a cada uno de ellos. En definitiva, corrigiendo el defectuoso enfoque denunciado, parece necesario abordar la reforma de las Haciendas territoriales de manera conjunta, con la participación activa de las Haciendas locales, que han de estar implicadas a través de un pacto institucional, como sujetos activos, en la discusión y negociación acerca del reparto de las diversas fuentes de financiación del Estado de las autonomías, pues sólo de ese modo podrá evitarse la actual desconexión entre los distintos niveles de Hacienda que, finalmente, por las más diversas razones, termina por redundar en perjuicio de las Haciendas locales.

Y es especialmente oportuno tenerlo en cuenta dado el objeto del presente trabajo, pues al perderse de vista la conexión que necesariamente debe existir entre las distintas Haciendas públicas, el legislador estatal parece haberse contentado con establecer el ré-

---

<sup>2</sup> Por cierto, reformado por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, para ampliar la capacidad tributaria de las CCAA, sin plantearse siquiera en qué medida ello puede repercutir sobre el sistema tributario local.

gimen de los recursos financieros locales que de él dependen, despreocupándose por completo del efectivo desarrollo de los que habrían de ponerse a disposición de las Entidades locales desde las instancias autonómicas. Porque la propia Constitución reclama la articulación de un sistema de financiación local que se nutra, al menos parcialmente, de una participación en los ingresos tributarios de las CCAA y, como argumentaremos posteriormente, el Estado no puede desentenderse de la existencia y efectiva dotación de ese recurso financiero local, cuya lógica debería ser más que evidente. En efecto, como es sabido, el régimen local en España tiene un *carácter bifronte*, en los términos apuntados por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 84/1982, de 23 de diciembre, donde se reconoció que «el régimen jurídico de las Corporaciones Locales [...] es siempre resultado de la actividad concurrente del Estado (en el sentido más estrecho del término) y de las Comunidades Autónomas». Y dado que la financiación que ha de proporcionarse a las Haciendas locales lo es, como dice el art. 142 de la Constitución, para el desempeño de «las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas», no es difícil concluir que la determinación o delimitación de las competencias locales, por parte de los niveles de gobierno habilitados para ello, ha de ir acompañada del establecimiento o previsión de los recursos necesarios para garantizar su financiación suficiente. De ahí precisamente que el art. 142 de la Constitución disponga que las Haciendas locales «deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas»; responsabilizando de ese modo a las dos instancias que delimitan dichas funciones o competencias —la central/estatal y la autonómica— en la financiación local, a través del empleo de recursos bien precisos, en términos de los que no pueden prescindir ni el legislador estatal ni el autonómico. Dicho de otro modo, la CE garantiza a las Haciendas locales una financiación suficiente para el desempeño de «las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas»; de donde puede deducirse que la determinación o delimitación de las competencias locales por parte de los niveles de gobierno habilitados para ello, ha de ir acompañada del establecimiento o previsión de los recursos necesarios para garantizar su financiación suficiente, tanto por parte del Estado como de las CCAA.

Pues bien, la realidad de la financiación local demuestra que el legislador no ha extraído todas las consecuencias derivadas del art. 142 de la Constitución, pues si bien se han desarrollado desde la LRHL los tributos propios de las Haciendas locales y su participación en los ingresos del Estado, las participaciones en los ingresos tributarios de las CCAA (PICAs en lo sucesivo) únicamente han sido mencionadas, como recurso *posible*, en la legislación estatal, sin que hasta el momento dispongan de un régimen jurídico que garantice la implicación de las CCAA en la financiación de las Corporaciones locales cuyas funciones contribuyen, sin embargo, a delimitar. En efecto, la LRHL no regula las PICAs, limitándose a señalar que serán las leyes de las CCAA las que establezcan «la forma y cuantía» en que las Entidades locales participarán y precisando el objeto de dicha participación, que serán «los tributos propios» (art. 39.2 LRHL); por lo que

la contribución de las CCAA a la financiación local se viene produciendo en términos cuantitativamente insuficientes y cualitativamente anómalos que, desde luego, no pueden considerarse satisfactorios desde la perspectiva constitucional<sup>3</sup>.

Es cierto que al fijarse la participación sobre los tributos propios de las CCAA, la atrofia de sus sistemas fiscales propios, basados de forma casi exclusiva en tasas y gravámenes sobre el juego, al margen de algún tributo con fines no fiscales, dificultaba el desarrollo de esta participación<sup>4</sup>. Pero no lo es menos que las CCAA no han mostrado ningún interés en su regulación como tal participación, esto es, en cuanto fuente de financiación básica y de carácter genérico y, por tanto, no condicionada, sino que han preferido el empleo de las subvenciones, normalmente condicionadas, con lo que ello supone de limitación de la autonomía financiera local, dado que los fondos de cooperación o participación municipal que nos son conocidos, al margen de servir como cauce o canal de distribución de la participación en los ingresos del Estado, dan lugar a subvenciones de escasa cuantía, en muchos casos condicionadas y cuyos criterios de distribución son de una enorme heterogeneidad, por lo que puede decirse que no suponen una auténtica participación en los tributos de las CCAA<sup>5</sup>.

En este sentido, es altamente significativo que ningún Estatuto de autonomía, tras referirse a las competencias autonómicas en materia de régimen local, previera una regulación sustancial de las PICAs, que tampoco han merecido la atención de los legisladores autonómicos, que se han contentado con dotar los diversos fondos de cooperación municipal a través de las leyes anuales de presupuestos autonómicos, sin regular auténticas PICAs, esto es, participaciones que supongan una financiación básica y no condicionada, calculadas en un porcentaje de los ingresos tributarios de las CCAA. Y resulta particularmente llamativo que las cosas no hayan cambiado siquiera tras las recientes reformas estatutarias, al preverse en alguno de los nuevos Estatutos de autonomía (Andalucía y Cataluña), de manera expresa, el establecimiento de auténticas PICAs que, sin embargo, todavía no han sido objeto de desarrollo, pese a haberse aprobado ya por la Junta de Andalucía un Proyecto de Ley que, en directa relación con el de Autonomía Local, regula la participación de las Entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Para comprobarlo nos remitimos a los datos recientes que proporcionan J. M. CORDERO FERRERA e I. P. MURILLO HUERTAS, «La participación de los municipios en los ingresos de las Comunidades Autónomas», en *Presupuesto y Gasto Público* núm. 53, 2008, pp. 39 y ss., en especial el cuadro de la p. 41.

<sup>4</sup> Así lo advirtió, ya en 1988, J. MARTÍN QUERALT, «La participación en ingresos estatales», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, Madrid, 1988, p. 2198; *vid.*, de nuevo, J. ZORNOZA PÉREZ, «La financiación...», cit., pp. 186-187.

<sup>5</sup> *Vid.*, además del trabajo citado en nota 3, F. PEDRAJA CHAPARRO y F. CORDERO FERRERA, «Sobre las participaciones locales en los ingresos de las Comunidades Autónomas», en *Papeles de Economía Española*, núm. 115, 2008, pp. 180 y ss.; y P. TOBES PORTILLO y M. ANGOITIA GRIJALBA, «La inversión en los planes autonómicos de cooperación local», en la misma revista y número, pp. 166 y ss.

<sup>6</sup> Ambos proyectos han sido publicados en el *BOPA* del 5 de febrero de 2010, VIII Legislatura, núm. 392, y en el primero de ellos queda claro que la aportación de la Comunidad Autónoma a la financiación de las competencias locales propias y transferidas se realizará, a través «del mecanismo de participación en los tributos

Ciertamente, las previsiones de los Estatutos de nueva generación, al contemplar en algún caso la dotación de fondos incondicionados para la financiación local<sup>7</sup>, constituyen un avance significativo que, sin embargo, no resuelve los problemas planteados por la falta de desarrollo de las PICAs, que apenas se ha iniciado<sup>8</sup>. Porque esa falta de desarrollo de las PICAs constituye, a nuestro entender, un grave incumplimiento de las previsiones constitucionales respecto de la articulación de dichas Haciendas locales, que ha de ser imputada a las CCAA: un incumplimiento suficientemente serio como para determinar la inconstitucionalidad del sistema de financiación local por no garantizar la suficiencia financiera de las Haciendas locales, como exige el art. 142 de la Constitución, empleando todos los recursos en él previstos.

Se trata de un vicio de inconstitucionalidad que no es sencillo reparar por la vía del recurso ante el Tribunal Constitucional, dado que se trata de una inconstitucionalidad por omisión, difícil de plantear en términos procesales y, lo que es peor, imposible de corregir a través de los fallos de un Tribunal Constitucional que no debe abandonar su papel de legislador negativo. Por ello, la cuestión que parece imprescindible plantear es si el Estado puede seguir desentendiéndose de dicho incumplimiento de la Constitución, imputable en principio a las CCAA o, por el contrario, al amparo de los títulos competenciales que luego se dirá, está obligado a intervenir, realizando una regulación de las PICAs tendente a favorecer su efectiva implantación en la totalidad de las CCAA de régimen común, como medio para alcanzar la suficiencia financiera de las Haciendas locales, garantizada por el art. 142 de la Constitución y en el art. 9.2 de la Carta Europea de Autonomía local, cuando establece que «los recursos financieros de las entidades locales deben ser proporcionales a las competencias previstas por la Constitución o por la ley».

---

de la Comunidad Autónoma previsto en el art. 192.1 del Estatuto de Autonomía» y regulado en el segundo de ellos, en términos que luego comentaremos.

<sup>7</sup> Así, en el caso del nuevo Estatuto de Andalucía (LO 2/2007), su art. 192.1 prevé que: «Una ley regulará la participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma, que se instrumentará a través de un fondo de nivelación municipal, de carácter incondicionado», con una fórmula mucho más precisa que la del Estatuto de la Comunidad de las Islas Baleares (LO 1/2007), que se limita en su art. 134.7 a referirse a «la participación en los recursos de la hacienda de la Comunidad» para financiar los Consejos Insulares, o que la incorporada al art. 219 del Estatuto de Cataluña (LO 6/2006), que establece el deber de la Generalidad de establecer un fondo de cooperación local, añadiendo que: «El fondo, de carácter incondicionado, debe dotarse a partir de todos los ingresos tributarios de la Generalitat y debe regularse por medio de una ley del Parlamento».

<sup>8</sup> En este sentido, el Fondo de cooperación local de Cataluña, regulado en el art. 45 de la Ley 16/2007, del 21 de diciembre, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2008, incorpora ya un germen de participación que, sin embargo, carece de la necesaria estabilidad y presenta algunos signos de condicionalidad.

## II. LA SUFICIENCIA COMO PRINCIPIO ESTRUCTURAL DE LA FINANCIACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES: NECESIDAD DE DESARROLLAR LA TOTALIDAD DE LOS RECURSOS QUE LA GARANTIZAN

Como es sabido, el art. 142 de la Constitución establece la suficiencia financiera como el principio estructural básico que debe presidir la financiación de las Entidades locales. La adecuada garantía de la suficiencia, instrumental a la autonomía política, tiene la máxima relevancia en la medida en que «la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines» (STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8), hasta el punto que «la autonomía de los Entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas» (entre otras SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11; 201/1988, de 27 de octubre, FJ 4; 96/1990, de 24 de mayo, FFJJ 7 y 14; 13/1992, de 6 de febrero, FJ 6; 132/1992, de 28 de septiembre, FJ 8; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6; 331/1993, de 12 de noviembre, FFJJ 2 y 3; 68/1996, de 18 de abril, FJ 10; y 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 166/1998, de 15 de julio, FJ 10; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22).

La suficiencia ha de entenderse, pues, de acuerdo con el art. 142 de la Constitución en relación a las funciones, actividades, competencias y servicios que la ley atribuye a las Corporaciones locales, de modo que los medios o recursos financieros de que dispongan han de ser bastantes para desempeñar el conjunto de tareas que tienen legalmente atribuidas, como por cierto proclama el art. 9.2 de la Carta Europea de Autonomía local, antes citado, al señalar que «los recursos financieros de las entidades locales deben ser proporcionales a las competencias previstas por la Constitución o por la Ley». Ello implica, en definitiva, que la suficiencia ha de medirse en relación a unos servicios públicos dados y a unas responsabilidades públicas también determinadas, lo que proporciona un marco de referencia que puede resultar de gran utilidad, al poner en relación las funciones, competencias y servicios que a través de la ley, o mediante técnicas de delegación, encomienda, etc., asumen las Corporaciones locales con los recursos de que deben disponer para su correcto desarrollo<sup>9</sup>. Y si tenemos en cuenta que, dado el «carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales» (STC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 4), la definición de tales funciones, competencias y servicios se realiza tanto por el Estado como por las CCAA con competencias en materia de régimen local, es lógico que el repetido art. 142 de la Constitución responsabilice de la financiación local tanto a la instancia estatal o central como a las autonómicas, a través de la consideración como recurso fundamental de las Haciendas locales de la participación en los tributos del Estado (PIE, en adelante) y de las CCAA.

<sup>9</sup> En este punto seguimos lo dicho en J. RAMALLO MASSANET y J. ZORNOZA PÉREZ, «Autonomía y suficiencia...», cit., pp. 503 y ss.

Por ceñirnos al objeto de este trabajo, que las Entidades locales desarrollen sus funciones y actividades sobre materias constitucionalmente atribuidas a la competencia de las CCAA es perfectamente posible, bien como consecuencia del ejercicio de su capacidad de actuación respecto de la universalidad de fines de la comunidad vecinal, bien como consecuencia de la atribución específica de una determinada competencia a través de las técnicas de la delegación y la encomienda de gestión, así como, en su caso, de la cooperación convencional o consorcial. Al primero de los supuestos que acabamos de mencionar se refieren las denominadas «actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas» que pueden realizar los municipios de acuerdo con lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL en adelante); un precepto que es signo de la existencia de ámbitos de intereses concurrentes entre la instancia local y las restantes instancias territoriales, lo que deberá tener su traducción en el orden financiero, según se ha puesto de relieve por la propia jurisprudencia constitucional que, al analizar la legitimidad de los controles de las CCAA sobre las Entidades locales, ha indicado que «habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incidan en intereses generales concurrentes» (STC 27/1987, de 27 de febrero) y, al examinar los mecanismos de participación en tributos del Estado y de las CCAA, ha señalado que no cabe excluir que se vinculen las transferencias y subvenciones a un destino concreto «siempre que, en el ejercicio de sus propias competencias, concurra en ello el interés del Ente que transfiera sus propios recursos o subvencione a las Haciendas locales» (STC 150/1990, de 4 de octubre).

Por su parte, la actuación de las Entidades locales en materia de competencia autonómica como consecuencia de la atribución específica de una determinada competencia a través de técnicas diversas, deriva lógicamente de la consideración de las Entidades locales como parte de la organización territorial del Estado llamada a la colaboración institucional con las instancias superiores de gobierno, fundamentalmente a través de los instrumentos de la delegación de competencias y de la gestión ordinaria de servicios, contempladas en los arts. 7.3 y 8 de la LRBRL. Y también esta posibilidad debe producir sus consecuencias en el orden financiero, porque el mecanismo de la delegación de competencias no puede ni debe convertirse en un instrumento al servicio de la traslación implícita de cargas financieras entre diferentes niveles de gobierno, sino que debe ir acompañada, al menos en línea de principio, de la transferencia de los recursos financieros necesarios para garantizar una atención suficiente al desarrollo de la competencia o servicio.

Pues bien, lo primero que interesa destacar es la existencia de un déficit de financiación de los servicios prestados por las Entidades locales en materias de la competencia autonómica; un déficit fácil de constatar si se observa que, en la práctica, casi todas las CCAA han delegado competencias a las Entidades locales o bien se benefician de su colaboración para ejercer las propias, generando los denominados «gastos de suplencia», cuya financiación rara vez se encuentra adecuadamente garantizada. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el gasto no obligatorio de las Entidades locales, imputables

a las actuaciones locales en materias distintas de las previstas como obligatorias según los arts. 25 y siguientes de la LRBRL, representaba en 2003 más de la cuarta parte de su gasto total<sup>10</sup> (el 26,7 por 100, o 9.013 millones de euros, que suponía como media 227,20 euros por habitante); destinándose en términos de funciones básicamente a las cinco siguientes: seguridad y protección civil (el 27 por 100), cultura (25 por 100), promoción social (11,8 por 100), educación (9,8 por 100) y otros servicios comunitarios y sociales (6,7 por 100 del total).

De tales datos resulta, con meridiana claridad, una cierta insuficiencia de la financiación local, al aceptarse desde las instancias autonómicas la intervención de las Entidades locales en materias de competencia autonómica, sin que se transfieran a sus Haciendas locales los recursos necesarios al efecto; siendo así que los gastos en que incurren las Entidades locales al intervenir en dichas materias carecen de otra financiación, ya que en muchos casos no se encuentran dentro de su ámbito obligatorio de competencias. Dicho con otras palabras, se produce aquí una asimetría entre ejercicio de las competencias y su financiación, toda vez que al corresponderse con el ejercicio de competencias que no son obligatorias, los denominados gastos de suplencia no se tiene en cuenta para determinar la financiación de las Entidades locales; mientras que al tratarse de materias de la competencia de las CCAA (entre otras, es el caso de la seguridad, la promoción social, la educación o la sanidad<sup>11</sup>), sí se tienen en cuenta para calcular sus necesidades de gasto y, en consecuencia, su financiación.

Esa asimetría entre ejercicio de competencias en régimen de suplencia por parte de las Entidades locales y la inexistencia de recursos para su financiación supone en sí misma un defecto de constitucionalidad, al revelar una cierta insuficiencia financiera local, mucho más grave, si cabe, en ausencia de desarrollo de uno de los recursos fundamentales de que debían nutrirse las Haciendas locales: las PICAs, que dada su naturaleza podrían perfectamente contribuir a la financiación de las actividades a que nos venimos refiriendo. Y tan claro debe ser como para que la práctica totalidad de los nuevos Estatutos de autonomía hayan reconocido la responsabilidad de las CCAA en la financiación de las Corporaciones locales, al menos respecto a las nuevas competencias que se les atribuyan<sup>12</sup>; e incluso en alguno de ellos se prevea el establecimiento de PICAs en los términos que nos parecen constitucionalmente correctos, esto es, como financia-

<sup>10</sup> M. VILALTA, D. MAS y P. SALINAS, *El gasto no obligatorio de los municipios españoles. Ejercicio 2003*, Barcelona, Institut d'Economia de Barcelona, 2006.

<sup>11</sup> *Vid.* un desglose de las funciones que, dentro de cada ámbito, no son obligatorias, en M. VILALTA, D. MAS y P. SALINAS, *El gasto no obligatorio...*, cit., pp. 12 y ss.

<sup>12</sup> Con fórmulas diversas y mayor o menor precisión técnica, reconocen que cualquier «atribución», «transferencia», «delegación», «traspaso» o «descentralización» de competencias deberá ir acompañado de «la asignación de recursos suficientes», «transferencia de medios», «asignación de recursos suplementarios» o «suficientes recursos económicos», el art. 192.7 del Estatuto de Andalucía (LO 2/2007); el art. 44 del Estatuto de Aragón (LO 5/2007); el art. 137.4 del Estatuto de las Islas Baleares (LO 1/2007); el art. 50.1 del Estatuto de Castilla y León (LO 14/2007); el art. 219.3 del Estatuto de Cataluña (LO 6/2006) y el art. 219.3 del Estatuto de la Comunidad Valenciana.

ción incondicionada calculada a partir de todos los ingresos tributarios de las respectivas Haciendas<sup>13</sup>.

En todo caso, como conclusión parcial en lo que a este punto se refiere, debe quedar sentado que la Constitución permite que las CCAA asuman competencias en materia de régimen local, de cuyo ejercicio resultará la asignación a las Entidades locales de competencias y funciones que deben ser financiadas precisamente por esas CCAA, a través de las PICAs, que por ello son uno de los recursos fundamentales para la financiación de las Haciendas locales y garantía de su suficiencia. Y es que no puede considerarse casual que el art. 142 de la Constitución mencione entre los recursos de la Hacienda local las PICAs, porque dicha mención se corresponde con la atribución a las CCAA de competencias en materia de régimen local, lo que responsabiliza a dichas instancias territoriales de la financiación correspondiente, ya que el citado precepto constitucional fija un núcleo fundamental o básico de la Hacienda local, que no puede ser desconocido por el legislador estatal o autonómico: entre sus ingresos necesariamente habrá de contarse con tributos propios y participaciones en los del Estado y las CCAA, sin que unos u otros puedan suprimirse como recurso financiero local o relegarse a un papel decorativo o de mero complemento de otro tipo de ingresos, porque todos han de contribuir decisivamente a la suficiencia financiera.

Pese a que los tributos propios y las participaciones en los del Estado y las CCAA sean, todos ellos, recursos fundamentales al servicio de la suficiencia financiera, la jurisprudencia constitucional ha precisado, en cierto sentido, el papel de unos y otras en la financiación local, al establecer desde la STC 4/1981, de 2 de febrero, «la Constitución no garantiza a las Corporaciones locales una autonomía económico-financiera en el sentido de que dispongan de medios propios —patrimoniales y tributarios— suficientes para el cumplimiento de sus funciones. Lo que dispone es que esos medios serán suficientes, pero no que hayan de ser en su totalidad propios» (en la misma línea STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7). De este modo, el principio de autonomía ve relativizado su valor en el ámbito de los ingresos locales, habida cuenta de que los recursos propios de las Haciendas locales habrán de complementarse necesariamente con los procedentes de otros niveles de gobierno; de donde se deduce sin dificultad la necesidad de una articulación de la Hacienda local que contemple y regule con el grado de precisión deseable las participaciones en ingresos del Estado y de las CCAA, que la citada STC 96/1990 ha vinculado de forma directa con la garantía de la suficiencia. Porque, en efecto, dado que la autonomía de las Entidades locales para el desarrollo de sus tributos propios está severamente limitada, entre otras razones debido al riguroso entendimiento por el legislador estatal de las exigencias de la reserva de ley tributaria, las participaciones en ingresos se constituyen como la principal garantía de la suficiencia, según ha puesto de manifiesto la citada STC 96/1990, al señalar que «la participación de las Corporaciones locales en

<sup>13</sup> Es el caso de los Estatutos de Andalucía, Islas Baleares y Cataluña, a que se alude en la nota 2 anterior, el último de los cuales ha encontrado ya desarrollo, siquiera de forma embrionaria, en el art. 45 de la Ley 16/2007, del 21 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2008.

los tributos del Estado prevista en el art. 142 CE constituye una de las fuentes de financiación constitucionalmente posible, a través de la cual se pretende dotar al conjunto de Entes locales de la necesaria suficiencia de fondos para el cumplimiento de las funciones que legalmente les han sido encomendadas, esto es, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido (arts. 137, 140 y 141 CE), ello sin perjuicio de que aquella participación viene constituyendo hoy en día para numerosas Entidades locales la única garantía de supervivencia financiera» (FJ 7). Las participaciones en ingresos —también las PICAs, que aquí interesan— son, como es obvio una de las fuentes constitucionalmente posibles de financiación de las Corporaciones locales; es más, en nuestra opinión, dado su carácter fundamental, que puede deducirse sin dificultad del tenor literal del art. 142 de la Constitución, son una de las fuentes necesarias para la garantía de la suficiencia local, que es tanto como decir de la autonomía de las Entidades locales<sup>14</sup>. Precisamente por eso, la jurisprudencia transcrita, aún aludiendo a la participación en ingresos del Estado, que es a la que se refería el recurso resuelto por la STC 96/1990, afirma que a través de las participaciones se pretende dotar a las Entidades locales «de la necesaria suficiencia de fondos para el cumplimiento de las funciones que legalmente les han sido encomendadas», lo que es tanto como decir «posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido (arts. 137, 140 y 141 CE)».

Las participaciones en los ingresos del Estado y las CCAA son pues recursos fundamentales para la garantía de la suficiencia financiera local y, por ello, ambas deben ser objeto de regulación para que se cumpla con el modelo constitucional de financiación de las Haciendas locales que el art. 142 de la Constitución diseña. De una regulación que vaya más allá del reconocimiento meramente formal de la posible existencia de este tipo de recursos y determine la efectiva transferencia de los fondos correspondientes a las Corporaciones locales, porque en otro caso, a falta de la efectiva implantación de las PICAs, se produce el efecto de que la participación en los ingresos del Estado «viene constituyendo hoy en día para numerosas Entidades locales la única garantía de supervivencia financiera». Y, como es obvio, esa situación no puede considerarse acorde a la Constitución, que ha querido corresponsabilizar al Estado y las CCAA en la financiación local, en términos que el legislador está obligado a garantizar; primero, para no consentir lo que constituye una inconstitucionalidad flagrante por omisión y, sobre todo, en segundo lugar, porque el legislador estatal debe garantizar la suficiencia financiera mediante el empleo de todos los recursos que «fundamentalmente» han de nutrir las Haciendas locales. No es casual, en este sentido, que la repetida STC 96/1990 proclame que es precisamente el legislador estatal, «ya que se trata de fondos mediante los que se pretende posibilitar al conjunto de las Corporaciones locales y a cada una de ellas el ejercicio de la autonomía constitucionalmente garantizada, a quien incumbe, en

<sup>14</sup> En ese mismo sentido, G. CASADO OLLERO, «La participación...», cit., p. 169; también J. MARTÍN QUERALT, «La participación en tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, t. I, 2.ª ed., Madrid, 2003, p. 2552, considera que las CCAA no pueden eludir lo que constituye un mandato constitucional.

virtud de aquella reserva de Ley, a través de la actividad legislativa, dar efectividad a los principios de suficiencia de las Haciendas locales (art. 142 CE) y de solidaridad y equilibrio territorial (art. 138 CE)» (FJ 7); porque al argumentar de ese modo se constituye al legislador estatal como garante de la suficiencia financiera, y no sólo a través de la regulación de los recursos que dependen de él en su integridad.

Es cierto que la jurisprudencia a que nos venimos refiriendo ha sido dictada en relación a la participación de las Haciendas locales en los ingresos del Estado, pero no lo es menos, a nuestro entender, que la responsabilidad que incumbe al legislador estatal en la garantía de la suficiencia financiera podría habilitarle para dictar normas orientadas a hacer efectivas las PICAs, pues parafraseando la STC 96/1990, podría decirse que sin desconocer las competencias autonómicas en materia de Haciendas locales, ni las relaciones entre las Haciendas comunitarias y locales que deriven de la participación de los Entes locales en los tributos de las CCAA, prevista en el art. 142 de la Constitución, no cabe tampoco desconocer las competencias estatales en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Hacienda general (arts. 149.1.18 y 14 de la Constitución), ya que el carácter que revisten las PICAs en cuanto garantía de la autonomía local, hace que también esas participaciones (bien es cierto que junto a la PIE) sean garantes «del funcionamiento de la Hacienda local dentro del conjunto de la Hacienda general y, en consecuencia lo que la constituye en elemento básico de ésta» (STC 76/1990, FJ 7).

Quiere decirse con ello que a pesar de la naturaleza compartida de las competencias en materia de Haciendas locales, el Estado está habilitado por el art. 149.1.18 de la Constitución para ejercitar sus competencias sobre dicha materia «cuando su regulación [...] se dicte en garantía de la autonomía que ésta (la Administración local) tiene constitucionalmente garantizada» (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4); de modo que al ser las PICAs un recurso fundamental para la garantía de la suficiencia, que en definitiva posibilita y garantiza el ejercicio de la autonomía (STC 96/1990, FJ 7), el Estado es competente para su regulación, aunque no podrá hacerla con carácter exclusivo, salvo que concurra otro título competencial, como el de la Hacienda general del art. 149.1.14 de la Constitución, que habilita al Estado para intervenir, precisamente «en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o de medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Corporaciones locales. O también cuando su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el art. 142 CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE (SSTC 96/1990, FJ 7; 237/1992, FJ 6; 331/1993, FFJJ 2 y 3; y 171/1996, FJ 5)» (STC 233/1999, FJ 4).

Y es que nada impide que, junto al art. 149.1.18 de la Constitución, que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional constituiría el fundamento de la normativa básica estatal en materia de Haciendas locales, pueda concurrir el título competencial establecido en el art. 149.1.14 del mismo texto constitucional, para fundar una competencia exclu-

siva del Estado en algunos aspectos de dicha regulación, tal y como se ha señalado desde la STC 179/1985, de 19 de diciembre (FJ 3), por lo que procede plantearse en qué grado o medida intervendría cada uno de ellos de cara a una posible regulación de las PICAs.

### **III. LOS TÍTULOS COMPETENCIALES QUE LEGITIMAN LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE HACIENDAS LOCALES: ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS QUE IMPLICAN COORDINACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS HACIENDAS PÚBLICAS**

Para resolver en qué medida los dos títulos competenciales a que nos venimos refiriendo pueden emplearse a efectos de una regulación por el legislador estatal de las PICAs, conviene arrancar de la constatación de que «a partir de lo dicho en la STC 179/1985, puede afirmarse sin dificultad la naturaleza compartida de las competencias que, en materia de Haciendas locales, poseen el Estado y aquellas Comunidades Autónomas que [...], han asumido en sus respectivos Estatutos facultades en orden al desarrollo de las bases estatales sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas ex art. 149.1.18 CE, precepto que ha de considerarse el título habilitante del Estado para ejercitar sus competencias sobre dicha materia cuando su regulación suponga introducir modificaciones de alcance general en el régimen jurídico de la Administración Local o se dicte en garantía de la autonomía que ésta tiene constitucionalmente garantizada. En consecuencia, y dado que frecuentemente la regulación de la Hacienda local estará llamada a incidir sobre dicho régimen jurídico, sólo de manera puntual podrá el Estado regular con carácter exclusivo tal materia haciendo prevalecer el otro título competencial a que hace referencia el art. 1.1 LHL, esto es, el de la “Hacienda general” del art. 149.1.14 CE. Así ocurrirá, en efecto, en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o de medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Corporaciones Locales. O también cuando su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el art. 142 CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE (SSTC 96/1990, FJ 7; 237/1992, FJ 6; 331/1993, FFJJ 2 y 3; y 171/1996, FJ 5)» (STC 233/1999, FJ 4).

De acuerdo con dicha jurisprudencia, es a nuestro entender claro que el Estado se encuentra habilitado para establecer una regulación de las PICAs que tenga carácter básico, al menos si pretende con dicha regulación «introducir modificaciones de alcance general en el régimen jurídico de la Administración local» como las que luego propondremos; al margen de que se podría fundadamente alegar que se trata mediante dicha regulación de garantizar la autonomía de las Entidades locales, dado que dicha autonomía no es posible, como la propia jurisprudencia constitucional ha reiterado, sin la simultánea garantía de la suficiencia financiera, que se considera «presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los

arts. 137, 140 y 141 CE» (SSTC 96/1990, FJ 7; 237/1992, FJ 6; 331/1993, FFJJ 2 y 3; 171/1996, FJ 5, y STC 233/1999, FJ 4). En efecto, la jurisprudencia constitucional tiene firmemente establecido, desde la STC 32/1981, de 28 de julio, que el art. 149.1.18 de la Constitución habilita al Estado para establecer las bases no sólo en relación a los aspectos organizativos o institucionales, sino también en relación a las competencias de los Entes locales constitucionalmente necesarios, pues «como titulares de un derecho de autonomía constitucional garantizada, las Comunidades locales no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de ese derecho». Pues bien, si de esa doctrina constitucional, reiterada en las SSTC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 19), 27/1987, de 27 de febrero (FJ 2), y 214/1989, de 21 de diciembre (FJ 1), puede deducirse que «debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales», precisamente al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución, no debería caber duda de que entre dichos aspectos puede legítimamente regular los aspectos principales de las PICAs, para asegurar una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservar también, de este modo, una posición igual o común de todas las Entidades locales españolas, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía por parte de las CCAA (por todas, STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4).

Y puesto que la Ley 39/1988, dictada al amparo de dicho título competencial, se conformó con mencionar en su art. 2.c) —como antes lo había hecho el art. 105.2 de la LRBRL— las participaciones en tributos de las CCAA como recursos de las Haciendas locales, para señalar luego, en su art. 39.2 que «..., las Entidades Locales participarán en los tributos propios de las Comunidades Autónomas en la forma y cuantía que se determine por las leyes de sus respectivos parlamentos», quizás convenga aclarar, ya desde ahora, que el legislador estatal se encuentra habilitado para regular las PICAs estableciendo criterios bastante más precisos respecto a las mismas que, como es obvio, están por completo ausentes en el citado texto legal y en el vigente Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales (TRLRHL en adelante), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. En efecto, aunque la delimitación del ámbito de la competencia estatal resultará siempre polémica, pues puede legítimamente discutirse el alcance de ese «mínimo común denominador normativo» (STC 214/1989, FJ 5) en que se traducen las normas básicas, creemos que la legislación de Haciendas locales puede establecer, como ya lo hace, que las CCAA han de establecer participaciones en sus ingresos tributarios, lo que por cierto resultaría coherente con los nuevos Estatutos de autonomía, que expresamente aluden a las PICAs, precisando además, por las razones y en los términos que luego se dirá, que se tratará de recursos no condicionados y que deben distribuirse de acuerdo a los criterios o principios que en ella se establezcan, además de los criterios para su evolución. Y ello porque, conviene no olvidarlo, cuando se habilita al Estado para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones

locales, es con la finalidad, reconocida en la citada STC 247/2007 (FJ 4), de asegurar una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservar, de ese modo, una posición igual o común de todas las Entidades locales españolas; una posición común que exige, a nuestro entender, la precisión de los recursos tributarios que sirven de base a la participación, de su carácter de financiación incondicionada o básica, de los criterios básicos para su distribución y, por fin, de unas reglas igualmente básicas de evolución.

Operando de ese modo, se actuaría conforme a la jurisprudencia constitucional que tiene establecido que «cuando, usando de su competencia en materia de Hacienda general, el Estado regula cuestiones referentes a la Administración local, no puede desconocer la delimitación competencial que respecto de ella existe entre el propio Estado y algunas Comunidades Autónomas. Si para esos fines hacendísticos ha de introducir modificaciones en el régimen jurídico de esa Administración, deberá hacerlo de modo tal que no se imposibilite el ejercicio de la facultad comunitaria para dictar las normas de detalle» (STC 176/1985, de 19 de diciembre, FJ 1). Unas normas de detalle que continuarán siendo imprescindibles para la articulación de las PICAs, ya que son las asambleas legislativas de las CCAA las que en último extremo han de precisar los criterios básicos para su distribución y, sobre todo, han de fijar las dotaciones presupuestarias para que se materialicen, en cumplimiento en algunos casos de las disposiciones estatutarias que han previsto la puesta en marcha de esta clase de participaciones y obligan a dejar un cierto espacio a disposición del legislador autonómico.

Sea como fuere, para determinar si y en qué medida es posible una regulación del legislador estatal relativa a las PICAs, junto al título competencial del art. 149.1.18 ha de tenerse en cuenta el de la Hacienda general, sobre la que el Estado ostenta competencia exclusiva, en virtud del art. 149.1.14 de la Constitución. Se trata de un título competencial cuyo contenido no es sencillo de establecer, dado que la jurisprudencia constitucional lo ha empleado para determinar los límites al poder tributario autonómico y local, en términos no siempre fáciles de compartir, pero al que en todo caso ha de hacerse referencia, dado que la STC 233/1999 ha dejado claro (FJ 4) que concurre junto al del art. 149.1.18 de la Constitución para fundar las competencias estatales en materia de Hacienda local.

A tal efecto, si prescindimos de los más controvertidos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en que se ha empleado el título de la Hacienda general, como el de la STC 49/1995, de 16 de febrero, en que se utilizó como fundamento para la declaración de inconstitucionalidad del Impuesto sobre las Loterías establecido por el Parlamento de las Islas Baleares, sin aclarar en absoluto su contenido; lo primero que debe señalarse es que el art. 149.1.14 de la Constitución no establece una competencia general y exclusiva del Estado en materia de Hacienda, pues a pesar de la atribución al Estado de dicha competencia exclusiva, «sin que figure en ningún momento entre las que pueden atribuirse a las Comunidades Autónomas la “Hacienda regional” o cualquier otra locución similar que induzca a subsumir las cuestiones de tal índole en el ámbito propio de

las funciones a desarrollar por las Comunidades Autónomas (art. 148 CE), ello no es obstáculo a que deba admitirse que su hacienda privativa es materia propia de dichas Comunidades, bien que para alcanzar esta conclusión las opiniones a veces tomen pie en preceptos diversos, como pueden ser el art. 156 CE, que les atribuye autonomía financiera, el art. 157.3 referente al “ejercicio de las competencias financieras”, con previsión de su desarrollo por Ley Orgánica, como así lo ha sido, o incluso por mor de lo admitido en el art. 149.3 CE, por tratarse de una materia no expresamente atribuida al Estado por la Constitución y que por ello puede ser asumida por los Estatutos de autonomía, pudiéndose resumir tales criterios prácticamente unánimes en el sentido de que, aun sin manifestación expresa incluida en el art. 148 CE, del espíritu de su conjunto normativo se desprende que la organización de su Hacienda es no tanto una competencia que se reconoce a las Comunidades Autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autónoma» (STC 14/1986, de 31 de enero, FJ 2).

Pero si el citado título competencial no fundamenta una competencia general del Estado en materia de Hacienda, la misma alusión a su carácter general resulta significativa de su carácter comprensivo de las distintas Haciendas existentes en el Estado autonómico, cuya articulación de conjunto, a través del establecimiento de un sistema ordenado de relaciones entre ellas, sin perjuicio de su autonomía respectiva, se encomendaría al legislador estatal. En este sentido, como se dijo en la STC 14/1985 (FJ 3), la noción de Hacienda general hace fundamentalmente referencia a las relaciones entre los distintos niveles de Hacienda y, en particular, a las que han de establecerse entre la Hacienda del Estado y las Haciendas territoriales, como piezas de un conjunto con una acusada interdependencia.

Ello explica que de la jurisprudencia constitucional resulte, como una constante, que entre los contenidos propios de la competencia estatal en materia de Hacienda general se encuentra la definición de las relaciones existentes entre las distintas Haciendas integradas en el sistema de las Haciendas públicas [entre otras, SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FFJJ 1 y 3, y 233/1999, FJ 4. b)]. Y ello implica que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, existe un mandato constitucional de coordinación de las Haciendas por parte del Estado que está expresamente contemplado en este título<sup>15</sup>. Un mandato que tiene toda la lógica desde la perspectiva económico-financiera, pues si la financiación de las partes (vale decir, de las distintas Haciendas) implica la distribución de unos recursos necesariamente limitados, parece evidente la necesidad de algún sistema de coordinación entre ellas. Porque lo que resulta de todo punto evidente es que no cabe racionalmente plantear los problemas de la financiación local de forma aislada, sino que éstos deben ser abordados desde una perspectiva más amplia, que sitúe a las Haciendas locales en el sistema de las Haciendas públicas que la Constitución define, teniendo presente las relaciones financieras que existen entre ellas.

<sup>15</sup> Precisamente por ello, G. CASADO OLLERO, «La participación...», cit., pp. 183 y ss., considera que dicho título competencial, en combinación con el art. 157.3 de la Constitución, habilitaría para el dictado de una Ley de Coordinación que debería prever la existente entre Hacienda autonómica y Hacienda local.

Sólo desde dicha perspectiva conjunta e integrada se podrán determinar las fuentes de financiación que han de corresponder a cada una de las Haciendas públicas, a la vista del sistema de reparto de competencias, esto es, de las actividades y servicios que corresponde desarrollar a cada nivel de Gobierno, teniendo en cuenta que se trata de realizar un reparto adecuado del conjunto de los recursos financieros del Estado, que son por naturaleza limitados. Y es que no se trata, insistimos, únicamente de un problema de coherencia constitucional, sino también de una exigencia básica de la racionalidad económica, pues desde la perspectiva de los ingresos se trata de repartir riqueza y un único espacio fiscal. Así se deduce de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional cuando afirma que el soporte material de la suficiencia son los ingresos y que ello tiene un primer límite «en el marco de las disponibilidades presupuestarias» (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7, STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 4), de manera que el principio y la garantía de la suficiencia financiera «... tiene un primer límite en la propia naturaleza de las cosas, por lo que dicha suficiencia debe quedar enmarcada, como concepto relativo que es, en el marco de las posibilidades reales del sistema financiero del Estado en su conjunto» [STC 87/1993, de 11 de marzo, FJ 3. *b*); en el mismo sentido STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8; STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5].

Junto a ello, en segundo lugar, el título competencial del art. 149.1.14 afecta directamente al sistema de financiación de las Haciendas locales y es que, como tiene señalado también el Tribunal Constitucional, es en este título competencial, junto al del art. 149.1.18, donde encuentra fundamento la competencia del Estado para la configuración del sistema de financiación de las Entidades locales. Así resulta con claridad de la STC 233/1999, cuando después de recordar la naturaleza compartida de las competencias que, en materia de Haciendas locales, poseen el Estado y determinadas CCAA, de modo que «sólo de manera puntual podrá el Estado regular con carácter exclusivo tal materia», admite que ello sea así, en ejercicio de sus competencias sobre Hacienda general, del art. 149.1.14, «en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o de medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Corporaciones locales. O también cuando su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el art. 142 CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE (SSTC 96/1990, FJ 7; 237/1992, FJ 6; 331/1993, FFJJ 2 y 3, y 171/1996, FJ 5)» (STC 233/1999, FJ 4).

La Hacienda general no comprende, pues, toda la Hacienda local, de manera que sea competencia exclusiva del Estado su regulación en todos los extremos, sino solo «lo fundamental o básico de la Hacienda local, su núcleo esencial y primario, aquello que garantiza su suficiencia y autonomía, su propia existencia y funcionamiento dentro del conjunto de la Hacienda Pública» (SSTC de 28 de enero de 1982, 28 de abril, 30 de mayo y 28 de junio de 1983). Por ello, dado que el art. 142 de la Constitución considera las PICAs como un recurso fundamental de las Haciendas locales, en el sentido de que junto a los tributos propios y la PIE constituyen la garantía de su suficiencia financiera,

presupuesto de su autonomía, no cabe poner en duda la competencia estatal para su regulación en todo cuanto sea necesario para contribuir a su efectiva implantación. Porque, insistimos una vez más, la intervención estatal en esta materia no puede limitarse al reconocimiento de las PICAs como uno de los posibles recursos financieros de las Entidades locales, sino que ha de incorporar mecanismos que favorezcan su desarrollo efectivo, como garantía de la suficiencia; actuación para la que la competencia estatal en materia de Hacienda general ofrece, por lo dicho, un sólido soporte, aunque no esté exento de una cierta ambigüedad.

Ambigüedad que, por cierto, es bien visible en la jurisprudencia constitucional que considera al Estado como garante último de la suficiencia financiera de las Entidades locales, sin extraer de dicha proclamación más consecuencias que las relativas a la consideración de las participaciones locales en ingresos del Estado, que deben distribuirse de acuerdo a «unos criterios homogéneos y uniformes [...] entre los distintos Entes locales» para hacer efectivo el principio de suficiencia «sin perjuicio de la contribución que las Comunidades Autónomas puedan tener en la financiación de las haciendas locales» [en ese sentido, entre otras, SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2. b); 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22; 104/2000, de 13 de abril, FJ 4, y STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10].

La jurisprudencia constitucional, en consecuencia, se ha referido sólo de manera expresa a la PIE como garantía de la suficiencia; aunque sea sin perjuicio de reconocer que las CCAA deben tener una «contribución» en la financiación local. Y ello seguramente habilite para extender su doctrina a la regulación de las PICAs, pues no cabe duda de que es éste un recurso «fundamental» según resulta del art. 142 de la Constitución y en relación al cual, en consecuencia, podría afirmarse la competencia estatal, pues parafraseando la STC 104/2000 podríamos decir que mediante las PICAs se pretende allegar «fondos mediante los que se pretende posibilitar al conjunto de las Corporaciones locales y a cada una de ellas el ejercicio de la autonomía constitucionalmente garantizada» para, «a través de la actividad legislativa, dar efectividad a los principios de suficiencia de las Haciendas locales (art. 142 CE) y de solidaridad y equilibrio territorial (art. 138 CE) mediante la determinación de unos criterios homogéneos y uniformes». Otra cosa es, naturalmente, a qué aspectos hayan de referirse esos criterios homogéneos y uniformes, que deben dejar espacio para el legítimo ejercicio de las competencias autonómicas, aunque desde ahora conviene anticipar que, en nuestra opinión, la competencia exclusiva del Estado en materia de Hacienda general, del art. 149.1.14 de la Constitución, habilita al legislador estatal para determinar que a efectos de las PICAs puedan considerarse como tributos de las CCAA también los impuestos cedidos. Es esta, como veremos, una determinación legal que ampliaría las posibilidades de dotar fondos para las Corporaciones locales, al servicio de su suficiencia, estableciendo criterios uniformes para la articulación de las PICAs, sin afectar en modo alguno a la autonomía de las CCAA.

Recapitulando, a la luz de la jurisprudencia constitucional relativa a los títulos competenciales que habilitan la intervención estatal en la regulación de las Haciendas locales, podríamos concluir que el título contenido en el art. 149.1.18, en conjunción con el contenido en el núm. 14 del mismo precepto de la Constitución, permiten y responsabilizan al Estado: (i) del establecimiento de un sistema de relaciones entre las distintas Haciendas, lo que incluye tanto la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas como las medidas de coordinación entre ellas; (ii) del establecimiento de un sistema de financiación local y la configuración de sus principales recursos y, entre ellos, de las participaciones en tributos de las CCAA, estableciendo un mínimo común denominador normativo que, a nuestro parecer, podría referirse a los recursos tributarios que sirven de base a la participación, a su carácter de financiación incondicionada o básica, a los criterios básicos para su distribución y a las reglas para su evolución; y, finalmente, y (iii) de la adopción de regulaciones tendentes a garantizar la suficiencia de las Entidades locales, haciendo posible la efectiva puesta en práctica o desarrollo de las PICAs mediante el establecimiento de reglas que hagan visible el sistema de relaciones entre los distintos niveles de Hacienda, al vincular los recursos que hacen posible su financiación.

#### IV. HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN DE LAS PICAs Y LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS PARA LLEVARLA A CABO

Como ya hemos dicho, pese a que las PICAs son uno de los recursos de que «fundamentalmente» han de nutrirse las Haciendas locales, según el art. 142 de la Constitución, constituyendo un mínimo indisponible para los legisladores estatal y autonómico, que en todo caso deberán arbitrar los mecanismos necesarios para permitir su desarrollo, lo cierto es que no han sido puestas en práctica con dicha configuración por ninguna Comunidad Autónoma. En efecto, como es sabido, el art. 105.2 de la LBRL se limitó a incluir las PICAs entre los posibles recursos de las Haciendas locales, como haría después el art. 2 de la LRHL, que las contempló en su art. 39.2, para remitir su regulación a las CCAA, ya que tras hacer referencia a la PIE se limitó a indicar que «Asimismo, las entidades locales participarán en los tributos propios de las Comunidades Autónomas en la forma y cuantía que se determine por las Leyes de sus respectivos Parlamentos». Tampoco los Estatutos de autonomía hicieron referencia a este recurso financiero de las Haciendas locales, al menos hasta las recientes reformas de que hemos dado cuenta con anterioridad, por lo que no puede extrañar que las CCAA se limitaran a establecer fondos de cooperación o participación municipal, al amparo de sus competencias en materia de régimen local, que además de actuar como cauce o canal de distribución de la participación en los ingresos del Estado, en casi todos los supuestos han dado lugar a únicamente subvenciones finalistas o condicionadas<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> *Vid.*, al respecto, M.<sup>a</sup> L. PALACIOS MOSTACERO, «Los Fondos Autonómicos de Participación Municipal: planteamientos constitucionales y realidad normativa», en *REALA*, núms. 271/272, 1996, pp. 679 y ss.

Es cierto que el aparentemente inocuo art. 39.2 de la LRHL, al referir las PICAs a «los tributos propios de las Comunidades Autónomas» vino a dificultar su articulación práctica, dada la atrofia de los sistemas fiscales propios de las CCAA, basados de forma casi exclusiva en tasas y gravámenes sobre el juego, al margen de algún tributo con fines no fiscales; pero no lo es menos que las CCAA no han mostrado ningún interés en su regulación como tal participación, es decir, en cuanto fuente de financiación básica y de carácter genérico, esto es, no condicionada, sino que han preferido el empleo de las subvenciones condicionadas, normalmente previstas en las leyes autonómicas de presupuestos<sup>17</sup>.

Dicha situación no puede considerarse satisfactoria, porque la falta de desarrollo de los sistemas de participación de las Haciendas locales en los tributos de las CCAA constituye, a nuestro entender, un grave incumplimiento de las previsiones constitucionales respecto de la articulación de dichas Haciendas locales, que ha de ser imputada a las CCAA. Porque de acuerdo con el régimen actualmente vigente son estas las únicas instancias territoriales que disponen de competencias legislativas para la dotación efectiva de este recurso financiero local que, al merecer la consideración constitucional de recurso fundamental, ha de estimarse de desarrollo necesario para la consecución de la suficiencia financiera local que garantiza el art. 142 de la Constitución, de modo que la inactividad de las CCAA a ese respecto debe calificarse de abiertamente inconstitucional.

Se trata, sin embargo, como hemos avanzado, de una inconstitucionalidad por omisión difícil de sustanciar ante la justicia constitucional, incluso una vez que las Entidades locales tienen reconocido el acceso al Tribunal Constitucional a través del denominado «conflicto en defensa de la autonomía local»<sup>18</sup>; porque como dijo tempranamente la STC 24/1982, de 13 de mayo, «no resulta fácil admitir la figura de la inconstitucionalidad por omisión que los recurrentes intentan articular [...], pues la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace». Además, en el mejor de los casos, incluso si dicha inconstitucionalidad se llegara a proclamar, ningún efecto directo se derivaría de ella, dado que el Tribunal Constitucional difícilmente podría obli-

<sup>17</sup> Vid. J. ZORNOZA PÉREZ, «La financiación...», cit., p. 186; ese sigue siendo el caso, por ejemplo, de Andalucía (Ley 24/2007, de Presupuestos para 2008), de Aragón (Ley 7/2007, de Presupuestos para 2008), Baleares (Ley 5/2007, de Presupuestos para 2008), Castilla-La Mancha (Ley 15/2007, de Presupuestos para 2008), Castilla y León (Ley 10/2007, de Presupuestos para 2008), Extremadura (Ley 6/2007, de Presupuestos para 2008), Murcia (Ley 10/2007, de Presupuestos para 2008) o La Rioja (Ley 5/2007, de Presupuestos para 2008).

Como hemos señalado con anterioridad, en el caso de la Comunidad de Cataluña, cuyo Estatuto de autonomía se refiere en su art. 219, de manera expresa, a la participación local en los ingresos tributarios de la Generalidad, el desarrollo que ha llevado a cabo el art. 45 de la Ley 16/2007, del 21 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2008, es sólo un embrión de PICA, en el que faltan todavía algunos elementos para que nos encontremos ante una financiación básica y no condicionada.

<sup>18</sup> Introducido como consecuencia de la reforma, mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC en lo sucesivo).

gar a las CCAA a establecer en sus leyes de presupuestos las dotaciones necesarias para hacer efectivas las PICAs. Por ello, pese a que no cabe duda de que podría plantearse, de acuerdo con el art. 75 bis de la LOTC, el «conflicto en defensa de la autonomía local» ante la falta de dotación de las PICAs en las leyes de presupuestos de las CCAA, por entender que de ese modo se lesiona la autonomía local, dada la incuestionable vinculación entre PICAs y suficiencia, por un lado, y que la suficiencia es condición previa de la autonomía, por otro; lo que no se acierta a entender es el contenido que el Tribunal Constitucional podría dar a su fallo para garantizar la efectividad de las PICAs, dado que las determinaciones del art. 142 de la Constitución resultan por completo insuficientes para fundar una sentencia que fuera más allá de la simple advertencia al legislador autonómico sobre lo inconstitucional de su inactividad.

Abandonando ese tipo de análisis, parece preferible, por ello, plantearse qué concretas disposiciones podría introducir el legislador estatal en la regulación de las PICAs, al amparo de los títulos competenciales a que se ha hecho referencia, con el fin de hacer operativo dicho recurso financiero y conseguir su dotación efectiva por parte de las CCAA, siempre en ejercicio de las competencias que derivan de los títulos contemplados en el art. 149.1.14 y 18 de la Constitución, interpretados en los términos que han quedado expuestos.

### **1. Una primera propuesta de reforma en la regulación estatal de las PICAs: integración de los impuestos cedidos en su base de cálculo**

A la vista de lo que llevamos dicho es claro, a nuestro entender, que el Estado dispone de títulos competenciales suficientes para realizar una regulación básica del régimen de las PICAs, estableciendo así un «mínimo común denominador normativo» (STC 214/1989, FJ 5) en relación a este recurso local que haga viable su posterior desarrollo y dotación financiera por parte de las CCAA. Y, como también hemos avanzado, para que ese mínimo común denominador asegure, como corresponde según la STC 247/2007 (FJ 4), una cierta uniformidad normativa en todo el territorio nacional que preserve una posición igual o común de todas las Entidades locales españolas, creemos que la regulación estatal de las PICAs ha de referirse, cuando menos, a los recursos tributarios que sirven de base a la participación, a su carácter de financiación incondicionada o básica, a los criterios básicos para su distribución y, seguramente, a las reglas para su evolución.

En este sentido, hemos resaltado que la LRHL previó que las PICAs se establecieran «en los tributos propios de las Comunidades Autónomas» (art. 39.2), por lo que el escaso desarrollo de éstos privaba de buena parte de su sentido a una participación cuya base se reducía a la recaudación de unas pocas tasas y de los escasos impuestos autonómicos existentes, cuyo rendimiento era prácticamente testimonial. Se trata de una regulación que puede ser modificada sin mayores problemas jurídico constitucionales, dado que el art. 142 de la Constitución refiere las PICAs a los tributos de las CCAA, sin indicar si han de ser, o no, propios; lo que deja un cierto margen para interpretar que dicha

referencia lo es a los recursos tributarios que, por todos los conceptos, se encuentren a disposición de dichas Haciendas territoriales. Así, a partir de la instauración del modelo de financiación de las CCAA para el quinquenio 1997-2001, resultante de los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 23 de septiembre de 1996, parece posible entender que forman parte de los tributos de las CCAA, en el sentido del art. 142 de la Constitución, no sólo sus tributos propios, sino también los nuevos tributos cedidos diseñados a partir de la Ley Orgánica 3/1996, de modificación parcial de la LOFCA y la Ley 14/1996, de Cesión de Tributos del Estado a las CCAA y regulados hoy en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las CCAA de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (LSFCA en adelante). Porque al permitirse a las CCAA ejercer respecto a ellos competencias normativas, los impuestos estatales cedidos han pasado a configurarse como auténticos tributos compartidos, no sólo en cuanto a su producto recaudatorio, sino en cuanto a su misma regulación.

De ahí que, sin necesidad de forzar el tenor literal de las normas, pueda decirse que los impuestos cedidos son también tributos de las CCAA y, por ello, pueden formar parte de la base sobre la que han de calcularse las PICAs; esto es, son ingresos tributarios de las CCAA a efectos de las participaciones locales que puedan establecerse. En ese sentido apunta la consideración de los impuestos cedidos como parte de los ingresos tributarios de las CCAA desde la perspectiva de su clasificación presupuestaria, en los estados de ingresos de la Ley 16/2007, del 21 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2008 y en la Ley 5/2007, de 21 de diciembre, de presupuestos de la Comunidad de Madrid; o, todavía con mayor claridad, que los beneficios fiscales sobre los tributos de dicha Comunidad se estimen en el art. 6 del último texto legal citado en una cifra que sólo tiene sentido si se consideran como tales los impuestos cedidos, tal y como afirman las leyes de presupuestos de las restantes CCAA, en que dichos beneficios fiscales se refieren a los que afectan a los tributos de la Comunidad de que se trate y «a los tributos estatales cuyo rendimiento está cedido a la...» misma, según lo que parece haberse convertido en una cláusula de estilo<sup>19</sup>.

Insistimos en que no parece existir problema alguno, desde el punto de vista jurídico constitucional, para que los impuestos cedidos a las CCAA se consideren tributos de las mismas a efectos del establecimiento de las PICAs, aunque esto es algo que ha de establecerse expresamente, para empezar, mediante la reforma en ese sentido del art. 39.2 del vigente TRLRHL, que constituiría un simple pórtico para una posterior y más completa —sin perjuicio de su carácter básico— regulación de las PICAs, que debería ubicarse en un capítulo inmediatamente posterior al dedicado al régimen de la PIE. En este sentido, bastaría con dar nueva redacción al citado precepto, para eliminar la referencia a los

<sup>19</sup> Por todos, *vid.* el art. 2 de la Ley 16/2007, del 21 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2008; el art. 6 de la Ley 24/2007, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad de Andalucía, o el art. 4 de la Ley 15/2007, de 27 de diciembre, de la Generalidad Valenciana, de Presupuestos para el ejercicio 2008.

tributos propios de las CCAA como base de las PICAs y pasar a hacer referencia a sus «ingresos tributarios», remitiendo al tiempo a la regulación básica que creemos necesario realizar para garantizar un mínimo denominador común al régimen de las PICAs en todas las CCAA.

A partir de ahí, una primera opción, desde luego la más consistente con las clasificaciones presupuestarias y la consideración de los impuestos cedidos que parece deducirse de la normativa autonómica, consistiría en incorporar a la base de cálculo de las PICAs la totalidad de los impuestos cedidos cuyo producto esté total o parcialmente atribuido a las CCAA. Se incrementaría de ese modo, de forma notable, la base de cálculo de las PICAs, haciendo posible su configuración como una financiación básica, al servicio de la suficiencia local, articulando un sistema de relaciones entre los distintos niveles de Hacienda perfectamente coherente con el marco constitucional.

Una segunda posibilidad, desde luego más prudente pero con evidentes implicaciones financieras, consistiría en incorporar a la base de cálculo de las PICAs únicamente aquellos impuestos cedidos en el 100 por 100 de su recaudación, por entender que sólo estos pueden asimilarse a los tributos propios; posibilidad que supondría la incorporación a la base de cálculo de las PICAs del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITPyAJD), del Impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD), de los Tributos sobre el Juego (TJ), del Impuesto especial sobre la electricidad, del Impuesto sobre ventas minoristas de determinados hidrocarburos (IVMDH) y del Impuesto especial sobre determinados medios de transporte (IEDMT). Más allá de las implicaciones financieras de esta segunda opción, que reduciría significativamente los recursos sobre los que establecer las PICAs, no creemos que existan razones convincentes para sustentarla, ni en términos jurídicos, ni tampoco desde una perspectiva estrictamente financiera, pues entre los impuestos en cuestión no se encuentran los más flexibles y adaptados al ciclo económico, con lo que la evolución de unas PICAs configuradas sobre esa base sería seguramente errática.

Y lo mismo podría decirse respecto a la tercera de las posibilidades que se nos ocurren, que incorporaría a la base de cálculo de las PICAs únicamente a aquellos impuestos sobre los que las CCAA ostentan potestades normativas, por entender que es esta circunstancia la que permite asimilarlos a los tributos propios; esto es, al Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), el ITPyAJD, el ISD, los TJ, el IVMDH y el IEDMT. Es esta una opción que tiene algunas ventajas, pues al tratarse de impuestos sobre los que las CCAA ejercen competencias normativas, éstas dispondrían de un mayor margen de actuación para decidir acerca de su potencial recaudatorio, encontrándose así en mejor situación para adaptar la estructura del impuesto cedido a la articulación de un sistema de PICAs (por ejemplo, incrementando de forma controlada los tipos de gravamen aplicables, o eliminando algunos beneficios fiscales). Sin embargo, ese tipo de argumentos no puede considerarse decisivo, pues daría lugar a la configuración de las PICAs sobre un conjunto de impuestos que por sus características no permitirían garantizar la estabilidad de este recurso ni su evolución de acuerdo a parámetros razonables.

Nos inclinamos pues, en conclusión, por incorporar la totalidad de los impuestos cedidos a las CCAA a la base de cálculo de las PICAs, de modo que esta participación tenga garantizada su estabilidad, dado el volumen de recursos que dichos impuestos cedidos proporcionan, resulte suficientemente flexible al adaptarse al ciclo económico y, en definitiva, evolucione en paralelo a como lo hace la financiación de las CCAA, vinculando así en términos financieros las distintas Haciendas territoriales conforme a lo que parece exigir la noción de Hacienda general. Sin embargo, no parece necesario hacer esa referencia en el texto del art. 39.2 del TRLRHL, pues dicha aclaración corresponde realizarla en otro lugar, al fijar el régimen básico de las PICAs, a que nos referiremos en un momento posterior de este trabajo.

## 2. Las reformas legislativas necesarias para integrar los impuestos cedidos en la base de cálculo de las PICAs

Como hemos dicho, para conseguir la integración en la base de cálculo de las PICAs de los impuestos cedidos resulta necesario proceder a la reforma del art. 39 del vigente TRLRHL, que admitiría que la participación se estableciera sobre los ingresos tributarios de las CCAA, como pórtico para una posterior y más completa —sin perjuicio de su carácter básico— regulación de las PICAs, en la que se aclararía cuál es exactamente la base de la participación, su carácter de financiación incondicionada y los criterios para su distribución y evolución.

Se trata sin embargo, de una reforma que debe ir acompañada de otras relativas a la normativa reguladora de los impuestos cedidos, sobre la que parece necesario incidir para evitar problemas, dado que parte de dicha normativa se integra en el denominado bloque de la constitucionalidad. En este sentido, como es sabido, la regulación del vigente modelo de cesión de impuestos del Estado a las CCAA es particularmente complejo desde la perspectiva normativa, al entrar en juego diversos tipos de leyes cuyas relaciones entre sí no siempre son suficientemente claras<sup>20</sup>. Así, prevista en la LOFCA la posibilidad de ceder determinadas figuras impositivas y ciertas competencias sobre las mismas y asumida esta posibilidad por el correspondiente Estatuto de autonomía, los impuestos cedidos en particular y el alcance y condiciones de la cesión se especifican en una ley general —la LSFCA— aplicable a todas las CCAA que, sin embargo, opera sólo como marco de referencia para las posteriores leyes particulares de cesión a cada una de ellas.

a) Como es sabido, la LOFCA es la ley que, de acuerdo con las reglas constitucionales de distribución de competencias financieras, completa y precisa la configuración básica del sistema de financiación autonómica. Se trata de un texto legislativo que constituye «un punto de referencia para determinar la extensión y límites de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y las facultades que al respecto se reservan

<sup>20</sup> Sobre ello, con todas las referencias precisas, V. RUIZ ALMENDRAL, *Impuestos cedidos y corresponsabilidad fiscal*, Valencia, 2004, pp. 227 y ss.

a los órganos centrales del Estado para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las competencias que la Constitución les atribuye» (STC 179/1985, de 12 de noviembre). Ello obedece a que el apartado 3 del art. 157 de la Constitución ha pretendido «habilitar la intervención unilateral del Estado en este ámbito competencial a fin de alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómica, orillando así la dificultad que habría supuesto el que dicho sistema quedase exclusivamente al albur de lo que se decidiese en el procedimiento de elaboración de cada uno de los Estatutos de autonomía» (STC 68/1996, de 18 de abril, FJ 9).

De este modo, la LOFCA cumple así la función de integrar la Constitución financiera, puesto que «...la Constitución no predetermina cuál haya de ser el sistema de financiación autonómica, sino que atribuye esa función a una Ley Orgánica, que cumple de este modo una función delimitadora de las competencias financieras estatales y autonómicas previstas en el art. 157 de la Constitución» (STC 192/2000, de 13 de julio, FJ 4). Y, para ello, como no podía ser de otro modo, la LOFCA es una ley que distribuye competencias y que en consecuencia forma parte del bloque de la constitucionalidad, «la LOFCA viene a regular, en virtud del art. 157.3, el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades autónomas [...] y representa, por tanto, una Ley dictada dentro del marco constitucional para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas, y que, por lo tanto, y según lo dispuesto en el art. 28.1 LOTC, ha de ser tomada en cuenta por el Tribunal Constitucional para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas [...]» (STC 183/1988, FJ 3).

Pues bien, al regular los distintos elementos del sistema constitucional de financiación de las CCAA, la LOFCA delimita los perfiles de los impuestos estatales cedidos, estableciendo su concepto, las concretas figuras impositivas que pueden ser cedidas y el posible alcance y contenido de la cesión. En este sentido, con una dicción que ha permanecido invariada a lo largo de las diferentes reformas de que ha sido objeto, la LOFCA define los impuestos cedidos como aquéllos «establecidos y regulados por el Estado, cuyo producto corresponda a la Comunidad Autónoma» (art. 10.1); confirmando así, de un lado, que los impuestos cedidos son *estatales* y, de otro, que como mínimo, implican la competencia autonómica sobre una parte de su producto. La cesión puede así perfectamente ser parcial, bien porque se ceda sólo una parte de la recaudación del tributo, o porque se cedan sólo algunos de sus hechos impositivos, si éste tuviera varios, al tiempo que puede comprender, o no, «competencias normativas». Es decir, la LOFCA establece un concepto de impuesto cedido que, dentro del marco de la Constitución, es lo suficientemente amplio y flexible como para admitir diversos grados de cesión, siempre que el Estado se reserve algunas potestades esenciales, como titular de la competencia en exclusiva, como ha resaltado el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias sobre este recurso financiero de las CCAA (STC 181/1988).

Y si tenemos en cuenta que el alcance y contenidos de la cesión a las CCAA no son irrevocables (STC 192/2000, FJ 8), porque una tal irrevocabilidad sería contra-

ria al «principio de la potestad tributaria originaria del Estado», que se deduce de los arts. 133.1 y 149.1.14 de la Constitución, se comprenderá que el Estado ostenta la competencia exclusiva para modificar la configuración actual de los impuestos cedidos en el sentido que proponemos. Sobre todo, porque la consideración de los impuestos estatales cedidos a las CCAA como ingresos tributarios de éstas, a efectos de articular la participación a que se refiere el art. 142 de la Constitución, no supone en sí misma ninguna variación sustancial del alcance y contenidos de la cesión, tal y como se encuentran establecidos en los momentos actuales. Es más, según hemos indicado, la normativa presupuestaria de las propias CCAA incluye entre sus ingresos tributarios la recaudación correspondiente a los impuestos estatales cedidos, de modo que ningún obstáculo parece existir para una reforma que, sin embargo, consideramos útil y clarificador realizar en el vigente art. 10 de la LOFCA, para proclamar de manera expresa que los tributos cedidos se considerarán ingresos tributarios de las CCAA a efectos de la participación a que se refiere el art. 142 de la Constitución.

*b)* La configuración del sistema de PICAs en los términos que proponemos, sobre la base de la totalidad de los ingresos tributarios de las CCAA, comprendidos tanto sus tributos propios como los impuestos estatales que tienen cedidos, no precisa —a nuestro entender— de reforma alguna de los Estatutos de autonomía, pues la regulación en ellos contenida en relación con los impuestos cedidos se enmarca en todo caso en lo establecido en la propia LOFCA, según reconocen expresamente estas normas. No estará de más, sin embargo, para despejar toda duda, que nos detengamos brevemente sobre este punto para aclarar que una tal reforma estatutaria es innecesaria a la vista de la función que los Estatutos cumplen en relación a los impuestos cedidos, ya que todos ellos se limitan a contemplar el listado de impuestos estatales que las respectivas CCAA tienen cedidos y a establecer, en términos sustancialmente coincidentes, que el alcance y condiciones de la cesión podrá modificarse mediante acuerdo del Estado con la Comunidad Autónoma, en la correspondiente Comisión Mixta bilateral, que será tramitado como proyecto de ley; añadiendo que la modificación a estos efectos de la disposición estatutaria de que se trate «no se considerará modificación del Estatuto».

De ahí que no sea necesaria modificación alguna de carácter estatutario, pues las reformas que proponemos realizar en el régimen de las PICAs, aunque afectan de algún modo a los impuestos cedidos a las CCAA no suponen modificación del alcance y condiciones de la cesión, ya que ni se prevé variar las figuras impositivas cedidas —a las que no habrá referencia alguna en concreto—, ni los porcentajes de cesión, ni tampoco las restantes competencias de las CCAA sobre los impuestos que tengan cedidos.

*c)* Como hemos dicho, el régimen de los impuestos cedidos podría perfectamente desarrollarse, con base en la LOFCA, a través de las leyes particulares de cesión que definieran su alcance y condiciones para cada CCAA, previo acuerdo en la correspondiente Comisión mixta bilateral. Sin embargo, como es sabido, el legislador español ha interpuesto tradicionalmente una ley general de cesión, a la que las posteriores leyes particulares se han podido remitir; una ley general que en los momentos actuales es la LSFCA,

que en sus arts. 17 y siguientes identifica las concretas figuras impositivas cedidas y el alcance y condiciones de la cesión respecto a cada una de ellas. Pues bien, al no afectar las reformas que proponemos a ninguno de tales aspectos la modificación de la LSFCA resulta perfectamente innecesaria, además de inútil, dado que el citado texto legal no cumple ninguna función precisa a efectos de la articulación de la cesión de impuestos estatales, más allá de servir como marco de referencia al que se remiten las posteriores leyes particulares de cesión a cada Comunidad, que son las que realmente producen efectos jurídicos. En todo caso, no estará de más avanzar que si la LSFCA no ha de verse modificada a estos efectos, sí deberá serlo para vincular de algún modo la financiación de las CCAA y las PICAs, de modo que se garantice su efectiva dotación y puesta en práctica; aspecto sobre el que volveremos con posterioridad.

Porque, con carácter previo, hay que descartar también que sea necesario realizar ningún tipo de reforma en las leyes específicas de cesión de impuestos que, como es sabido, desde que se hizo posible el ejercicio de competencias normativas por parte de las CCAA, a partir de la reforma de la LOFCA de 1996, adoptaron la forma de ley marco del art. 150.1 de la Constitución. Porque estas leyes particulares de cesión operan en el marco de la LOFCA y con remisión a la ley general que hoy representa la LSFCA, de modo que al no verse modificadas éstas por las reformas que proponemos, en términos que alteren el alcance y condiciones de la cesión de impuestos a ninguna Comunidad, su modificación resulta por completo innecesaria.

*d)* Sea como sea, en la medida que la participación de las Haciendas locales en los tributos de las CCAA pase a ser en la totalidad de sus ingresos tributarios, comprendidos los procedentes de los tributos propios y los de los impuestos cedidos, tendría sentido establecer un régimen básico que garantizara la existencia de un mínimo común denominador normativo en el régimen de este recurso financiero, preservando una posición igual o común de todas las Entidades locales españolas, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía por parte de las CCAA (por todas, STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4).

Pues bien, a tal efecto, al igual que contiene una regulación sustantiva de la PIE, el TRLRHL debería incorporar una regulación de las PICAs que, sin embargo, tendría carácter básico, para hacer posible el más amplio desarrollo de la autonomía de las CCAA dado que en definitiva se trata de fondos que han de ser dotados con cargo a sus presupuestos y en relación a cuya disposición no cabe constitucionalmente establecer excesivos condicionamientos. Dicha regulación, que para guardar la simetría con la ordenación del art. 39 del TRLRHL debería incorporarse a un capítulo inmediatamente posterior al Capítulo IV del Título II del citado TRLRHL, donde en los momentos actuales se contiene el régimen de la PIE, no debería resultar excesivamente complicada, pues se referiría exclusivamente a aquellos aspectos del régimen de las PICAs que pueden considerarse básicos o necesariamente comunes.

Entre ellos, el primero lo constituiría la base de la participación, que dado lo que llevamos dicho resultaría sumamente sencillo establecer, precisando, ahora sí, el tenor de

lo dispuesto en el propuesto art. 39.2 para establecer de manera expresa que las PICAs se establecerá tanto sobre los ingresos procedentes de sus tributos propios como de los procedentes de los impuestos estatales que las CCAA tengan cedidos. Se aclararía así, en el sentido de la opción que nos parece más recomendable, la base de las PICAs en términos que no parecen particularmente problemáticos.

Junto a ello, en segundo lugar, de acuerdo con el carácter «fundamental» que las PICAs tienen en la financiación de las Haciendas locales, debe de tratarse de un recurso básico o incondicionado<sup>21</sup>, para que quede así garantizada la autonomía de las Entidades locales, que como ha recordado la STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10, ratificando la doctrina de la STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 4, «va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas». Y es que la existencia de condicionamientos respecto de uno de los recursos que la propia Constitución considera fundamental para la garantía de su suficiencia, pugnaría con la configuración constitucional de la Hacienda local que se desprende de la jurisprudencia constitucional, que ha afirmado que a pesar de que el soporte material de la autonomía financiera local son los ingresos, su realización requiere varias exigencias, entre las que se cuenta «en primer lugar, “la plena disponibilidad” por las corporaciones locales de sus ingresos, “sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias” (STC 109/1988, FJ 10), doctrina ésta que, vertida inicialmente en relación con la autonomía de gasto de las Comunidades Autónomas, venimos aplicando a los entes locales desde nuestra STC 237/1992, de 15 de diciembre (FJ 6). Y, en segundo lugar, la capacidad de decisión sobre el destino de sus fondos, también sin condicionamientos indebidos. «Solamente así, en rigor, asegurando *prima facie* la posibilidad de decidir libremente sobre el destino de los recursos, adquiere pleno sentido la garantía de la suficiencia de ingresos “para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas”, según la dicción literal del mencionado art. 142 CE» (STC 109/1988, FJ 10)» (STC 48/2004, FJ 10).

De ahí que haya de establecerse que las PICAs, en su condición de recursos fundamentales al servicio de la suficiencia local, constituyen una financiación básica y no condicionada, que las Entidades locales perciben para atender a las necesidades de gasto derivadas del ejercicio de las funciones y competencias que las leyes les atribuyen. Y convendría hacerlo de manera expresa, incorporando la correspondiente previsión al precepto que regule las PICAs en el TRLRHL, como parte de su regulación básica.

Junto a ello, en tercer lugar, creemos que una regulación de las PICAs que pretenda garantizar la igualdad básica de los municipios españoles en el acceso a este recurso financiero ha de incorporar los criterios básicos para su distribución entre las Entidades

<sup>21</sup> En ese sentido se pronuncia J. SUÁREZ PANDIELLO (coord.), *La financiación local...*, cit., pp. 303 y 307.

locales ubicadas en el territorio de cada Comunidad, de modo que se garantice una cierta homogeneidad a ese respecto, sin perjuicio del ejercicio de su autonomía por las CCAA para atender a sus propias políticas en la materia. A tal fin, dichos criterios deberán constituir un mínimo común denominador que, garantizando esa cierta homogeneidad entre todas las Entidades locales, permita al tiempo desarrollos diferenciados de las CCAA en ejercicio de su autonomía; para lo que podría optarse por una fórmula que se limitara a mencionar aquellos criterios que en todo caso deben ser considerados por las CCAA, dejando a éstas su ponderación —en todo, o en parte, por ejemplo estableciendo una ponderación mínima— o, incluso, cuando así proceda, como consecuencia de las especificidades de su régimen local, que puedan incorporar criterios propios.

En todo caso, debe advertirse que los criterios a ponderar para la distribución de las PICAs deben ser sencillos de medir y previsibles<sup>22</sup>, por lo que no resultará fácil eludir la aplicación de los que se establecen en el TRLRHL para la distribución de la PIE, pese a que no pueda descartarse que las peculiaridades del régimen local de una determinada Comunidad —por ejemplo, al existir Entidades locales propias— puedan conducir a que esos criterios básicos sean ponderados sólo en el mínimo exigido por la legislación básica y se establezcan otros que puedan resultar adecuados a las características de la realidad local de dicha Comunidad. Incluso, si así se decidiera, a tales criterios les podría corresponder una ponderación mínima, aunque debe quedar claro que dicha ponderación no puede ser tan elevada como para dejar sin espacio al ejercicio de la autonomía de las CCAA.

Junto a ello, en cuarto lugar, parece exigible también que la regulación básica de las PICAs aluda a los criterios de evolución de la participación, con el fin de garantizar adecuadamente la suficiencia financiera local en términos dinámicos, facilitando al tiempo la planificación financiera de las Entidades locales. En este sentido, seguramente una regulación básica debería conformarse con establecer una garantía de mínimos, que podría perfectamente ser la evolución de los ingresos tributarios sobre los que se participa, u otro de naturaleza semejante que garantice los valores que la suficiencia incorpora.

Por fin, en la medida en que se continúen desarrollando los procesos de transferencia o delegación de competencias por parte de las CCAA en las Corporaciones locales, de acuerdo con la lógica de la que se ha conocido como segunda descentralización, convendría incorporar a la regulación básica de las PICAs un mandato que obligue a las CCAA a incrementar su cuantía en los fondos necesarios para atender a la financiación suficiente de las nuevas competencias y servicios asumidos. En efecto, si en el ejercicio en que se produzca la asignación de nuevas competencias autonómicas a las Entidades locales, deberán asignarse los recursos suplementarios necesarios para financiarlas<sup>23</sup>, transfiriendo

<sup>22</sup> Además de objetivos y razonables, como advierte J. MARTÍN QUERALT, «La participación...», cit., p. 2554, con apoyo de la STS de 4 de octubre de 1990, para evitar posibles vulneraciones de la igualdad e interdicción de la arbitrariedad.

<sup>23</sup> Como, por cierto, reconocen expresamente el art. 192.7 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, el art. 137.4 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y el art. 219.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

a las Haciendas respectivas su coste efectivo; dicha financiación nueva debe lógicamente incorporarse, en los ejercicios posteriores, al recurso que permite a las Entidades locales participar en los ingresos de las CCAA. Se trata de una regla cuya lógica parece difícilmente discutible, sobre todo si se tiene en cuenta que ha sido incorporada en algunos de los nuevos Estatutos de autonomía, de modo que no debería resultar forzado que en el precepto que el TRLRHL destine a la regulación de las PICAs se incorporara una garantía de ese estilo.

Como es claro, una regulación de las características descritas, pese a encuadrarse en el TRLRHL tendría carácter básico y podría imponerse a las CCAA, al operar como canon de constitucionalidad de la legislación autonómica, de acuerdo con la STC 159/2001, de 5 de julio (FJ 8) que con cita de la anterior STC 159/2001, de 5 de julio (FJ 4), permite deducir que aquellos extremos de la legislación de Haciendas locales que enraícen de forma directa con el art. 142 de la Constitución —como sería la regulación de las PICAs que aquí nos ocupa— «formarían parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada» y, en consecuencia, parte del núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional de dicha autonomía que la Constitución establece.

e) Las reformas propuestas supondrían, caso de llevarse a efecto, una intervención más decidida del legislador estatal para facilitar la efectiva implantación de las PICAs que, sin embargo, sólo la intervención del legislador autonómico, mediante el desarrollo de las bases establecidas en el TRLRHL y la efectiva dotación presupuestaria de este recurso financiero, puede llevar a cabo. No obstante, es posible que el legislador estatal pueda introducir en el seno del modelo de financiación de las CCAA actualmente en vigor, con motivo de su próxima reforma, algún elemento más de garantía, para que las PICAs pasen a constituir una realidad.

A tal fin, podría pensarse en vincular la cesión de impuestos del Estado a las CCAA con el establecimiento por éstas de una financiación a las Entidades locales a través de las PICAs; una vinculación que no es desconocida, pues la LSFCA la establece ya para garantía de la financiación de determinadas partidas de gasto, vinculadas con la asistencia sanitaria. Así, los Acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas (CPFF en adelante), de 27 de julio de 2001<sup>24</sup>, parcialmente modificados a 30 de noviembre del mismo año, establecieron que para la asignación a las CCAA de los nuevos impuestos cedidos, era necesario que hubieran asumido las competencias sanitarias; a lo que se sumó, como garantía de la efectiva prestación de los servicios sanitarios en los acuerdos del CPFF, la consagración del denominado «principio de afectación», en cuya virtud las CCAA quedarán obligadas a «destinar a la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social un determinado volumen de sus recursos»;

<sup>24</sup> Los citados Acuerdos del CPFF establecen con claridad dicha vinculación, hasta el punto de que entre sus líneas básicas se indica que «para poder asumir la cesión del IVA y los Impuestos Especiales de fabricación, así como la cesión del Impuesto sobre la Electricidad y del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte y del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, será condición necesaria tener traspasados los servicios de gestión de asistencia sanitaria de la Seguridad Social».

lo que, a su vez, obliga a que «esa financiación aparezca diferenciada y condicionada a la finalidad perseguida», para que las CCAA destinen en todo caso a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social un mínimo, a cuya cobertura se vinculan en el art. 7.3 de la LSFCA «todos los recursos del sistema de financiación».

Pues bien, creemos que una garantía de ese estilo, aunque no necesariamente idéntica, podría incorporarse a la LSFCA con motivo de su reforma, si se tiene en cuenta que las Entidades locales asumen en la práctica competencias sobre la totalidad de los bloques de competencias que el art. 4 de la LSFCA identifica para establecer las necesidades de gasto de las CCAA. En efecto, de acuerdo con el citado precepto las «necesidades homogéneas de financiación» de las CCAA vienen determinadas por la atención a tres bloques competenciales diferenciados, a saber: (i) Bloque de competencias comunes y de educación, a financiar mediante un Fondo general, un Fondo para paliar la escasa densidad de población y un Fondo de renta relativa, con ciertas modulaciones; (ii) Bloque de competencias de gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, a financiar con un Fondo general y dos Fondos específicos, dirigidos respectivamente al Programa de ahorro en incapacidad temporal y a la cohesión sanitaria), y (iii) Bloque de competencias de la gestión de los Servicios Sociales de la Seguridad Social.

Pues bien, dado que las Entidades locales ejercen competencias y prestan servicios relativos a los tres bloques competenciales mencionados, ello debería reconocerse a los efectos financieros, estableciendo una garantía a ese respecto en el art. 7 de la LSFCA, que a partir de esa evidencia previera la dotación de PICAs en un porcentaje de los impuestos estatales cedidos, cuyo mínimo debería ser objeto de negociación sobre la base de cálculos y estimaciones semejantes a las del estudio que hemos citado respecto al gasto no obligatorio de los municipios españoles. Una garantía cuya necesidad es clara si se atiende a la falta de desarrollo de las PICAs, trascurridos casi treinta años desde la aprobación de la Constitución y cuya justificación, además, sería paralela a la de la garantía establecida en el art. 7.3 de la LSFCA, dado que es precisamente en las áreas de sanidad y asistencia social, junto a la educación, donde se concentran los llamados «gastos de suplencia» de las Entidades locales.

Como es obvio, una regulación de ese estilo requiere una fundamentación jurídica suficiente que, a nuestro juicio, resulta de la jurisprudencia constitucional, pues desde la STC 13/1992 es claro que el Estado puede condicionar los fondos estatales que se asignen a las CCAA (sean éstos procedentes de transferencias o de impuestos cedidos) en la medida que ostente competencias en la materia, como es el caso de la financiación local. Porque las limitaciones establecidas al ejercicio del poder de gasto del Estado tienen, como dijo la posterior STC 13/2007, de 18 de enero, una doble exigencia «de una parte, prevenir que la utilización del poder financiero del Estado pueda “desconocer, desplazar o limitar” las competencias materiales autonómicas. Y, de otra, evitar asimismo que la extrema prevención de potenciales injerencias competenciales acabe por socavar las competencias estatales en materia financiera, el manejo y la disponibilidad por el Estado de sus propios recursos y, en definitiva, la discrecionalidad política del legislador estatal

en la configuración y empleo de los instrumentos esenciales de la actividad financiera pública» (FJ 3).

De ahí que estimemos que existe cobertura suficiente para establecer un cierto condicionamiento de la financiación de las CCAA a la dotación de las PICAs, en la medida que ello resulte necesario para hacer posible el ejercicio de las competencias estatales en materia de Hacienda local, garantizando la suficiencia financiera mediante la puesta a disposición de las Entidades locales de los recursos que el art. 142 de la Constitución considera fundamentales a ese respecto. Y, junto a ello, cabría también alegar la doctrina establecida en la STC 48/2004, cuando señala que «en la medida en que cualquier transferencia de recursos de una hacienda territorial a otra, impuesta unilateralmente por una de ellas, implica una alteración de los ingresos o recursos financieros de la hacienda propia del ente territorial al que se impone la transferencia de fondos, incidiendo así en el instrumento indispensable para el ejercicio de sus competencias propias o, lo que es igual, en el ámbito de su autonomía, hemos de considerar que dicha transferencia forzosa de recursos, como fuente de financiación, debe encontrar expresa habilitación en el bloque de la constitucionalidad» (FJ 12). Porque en el supuesto que nos ocupa, es la propia Constitución, en su art. 142, la que habilita el desarrollo de un recurso financiero local, como son las PICAs, de cuya dotación no puede desentenderse el Estado, en cuanto titular de la competencia exclusiva en materia de Hacienda general, que comprende entre otros aspectos la regulación de las relaciones financieras entre las distintas Haciendas, si quiere garantizar la suficiencia y, por ende, la propia autonomía que las Entidades locales tienen garantizada constitucionalmente.

## **V. ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL: LA CONVENIENCIA DE INCORPORAR A LAS ENTIDADES LOCALES AL CONSEJO DE POLÍTICA FISCAL Y FINANCIERA**

Como hemos reiterado, la ordenación de la Hacienda local sólo puede hacerse correctamente si se tienen presentes las relaciones existentes, en todos los órdenes del ingreso y del gasto, entre las distintas Haciendas subcentrales —las Haciendas de las CCAA y las Haciendas locales— y las que median entre estas y la Hacienda central o estatal; lo que viene exigido por la consagración de una competencia estatal en materia de Hacienda general que comprende el sistema de relaciones entre las diversas Haciendas públicas que coexisten en el complejo modelo de Estado que la Constitución diseña.

Pues bien, para la correcta articulación de dicho sistema de relaciones es necesaria la existencia de mecanismos institucionales que hagan posible el contacto entre los responsables de las distintas Haciendas y garanticen su presencia en los procesos de toma de decisiones que las afectan; mecanismos inexistentes en los momentos actuales, dado que el Estado se relaciona de forma separada, por un lado, con las Haciendas locales, a través de la caduca Comisión Nacional de Administración Local, órgano permanente para

la colaboración entre la Administración del Estado y la Administración local<sup>25</sup>; y, por otro, con las Haciendas autonómicas, a las que reúne en el CPFF, definido formalmente como órgano de coordinación financiera de carácter consultivo, pero que asume en la práctica un papel decisivo en la articulación de los sucesivos modelos de financiación autonómica.

Ese importante papel ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional, que enfatiza la importancia del CPFF al señalar que «...en la actualidad, de acuerdo con el art. 3.1 LOFCA, es al Consejo de Política Fiscal y Financiera, órgano consultivo y deliberante, integrado por el Ministro de Economía y Hacienda y cada uno de los Consejeros de Hacienda de cada Comunidad y Ciudad Autónoma, a quien corresponde la coordinación “entre la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado” (art. 3.1 LOFCA). Se trata, pues, de una “conferencia sectorial” (en terminología del art. 5.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), de composición multilateral, con funciones de coordinación y cooperación, razón por la cual se le atribuye competencia para “[e]l estudio, la elaboración, en su caso, y la revisión de los métodos utilizados para el cálculo de los costos de los servicios transferidos a las Comunidades Autónomas” [art. 3.1.c) LOFCA], y, “[e]n general, todo aspecto de la actividad financiera de las Comunidades y de la Hacienda del Estado que, dada su naturaleza, precise de una actuación coordinada” [art. 3.1.g) LOFCA], como es el caso de la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado» (STC 13/2007, FJ 8).

Y debe destacarse cómo la jurisprudencia constitucional considera particularmente importante la coordinación en este ámbito, «dado que en la determinación de la participación de cada Comunidad Autónoma en los ingresos del Estado están en juego la suficiencia de todas las Comunidades Autónomas, su autonomía financiera y la solidaridad entre todas ellas (y, en último término, la suficiencia financiera del Estado y la de todo el sector público)» (STC 13/2007, FJ 8). Es decir, la multilateralidad es una exigencia constitucional, no sólo una opción más para desarrollar las competencias, teniendo en cuenta que los recursos son escasos y que todo reparto de riqueza parte de un juego de suma cero.

Pues bien, a nuestro juicio, el establecimiento de un sistema de relaciones adecuado entre los distintos niveles de Hacienda, que las considere en pié de igualdad, como parte de la Hacienda general que el legislador estatal ha de construir, exige establecer un lugar

---

<sup>25</sup> Su régimen jurídico se contiene en el Real Decreto 427/2005, de 15 de abril, por el que se regula la composición, las funciones y el funcionamiento de la CNAL. Su pleno está formado, además de por los correspondientes órganos del Ministerio de Administraciones Públicas, en que se integra, por 13 vocales que serán «designados por la asociación de entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación, que deberán tener, en todo caso, la condición de miembro de corporación local»; ésta es, en la hora actual, la Federación de Municipios y Provincias (FEMP), constituida al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional quinta de la LRBRL.

de encuentro entre las Haciendas estatal, autonómica y local, en que pueda discutirse y eventualmente acordarse un reparto de las fuentes de financiación del Estado de las autonomías adecuado a las competencias y funciones que cumple cada nivel de gobierno, articulando entre ellas las correspondientes relaciones financieras de coordinación. Y ese lugar de encuentro podría perfectamente ser un CPFF reformado, mediante la incorporación al mismo de algunos representantes de las Haciendas locales, que pudieran de ese modo participar de manera activa en los procesos de reforma de la financiación pública que finalmente les terminan afectando. Reforma que, además, sería perfectamente coherente con la existencia de recursos financieros que vinculan los tres niveles de Hacienda, cuya financiación se encuentra tradicionalmente relacionada en todos los estados complejos, a través de transferencias financieras entre ellos que nuestra Constitución ha querido también reconocer.

## VI. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo creemos haber demostrado la existencia de bases constitucionales suficientes para que el Estado, en ejercicio de sus competencias, realice una adecuada regulación de las PICAs, tendente a favorecer su implantación efectiva, reclamada con claridad por el art. 142 de la Constitución, que establece un núcleo fundamental o básico de la Hacienda local, que no puede ser desconocido por el legislador estatal o autonómico; de modo que entre sus ingresos necesariamente habrá de contarse con tributos propios y participaciones en los del Estado y las CCAA, sin que unos u otros puedan suprimirse como recurso financiero local o relegarse a un papel decorativo o de mero complemento de otro tipo de ingresos, porque todos han de contribuir decisivamente a la suficiencia financiera.

En efecto, de acuerdo a la doctrina establecida desde la STC 32/1981, de 28 de julio, el art. 149.1.18 de la Constitución habilita al Estado para establecer las bases en relación a las competencias de los Entes locales, de donde se deduce que debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales. En aplicación de dicha jurisprudencia constitucional, reiterada en las SSTC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 19); 27/1987, de 27 de febrero (FJ 2), y 214/1989, de 21 de diciembre (FJ 1), no debería caber duda de que el legislador estatal puede legítimamente regular los aspectos básicos de las PICAs, para asegurar una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservar también, de este modo, una posición igual o común de todas las Entidades locales españolas, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía por parte de las CCAA.

Dicha regulación estatal que debería ir, a nuestro juicio, bastante más allá de la contenida en el art. 39.2 del vigente TRLRHL, vincularía en los términos constitucionalmente correctos las Haciendas estatal, autonómica y local, en el seno de la Hacienda

general, entendida como hacienda de coordinación, para corresponsabilizar al Estado y las CCAA en la garantía de la suficiencia que reclama el art. 142 de la Constitución. Porque si el modelo de las Haciendas públicas ha de ser coherente con el modelo de distribución territorial del poder, no podemos permitirnos, una vez más, que los problemas de financiación de las Haciendas territoriales se discutan de manera separada, como si la configuración de las Haciendas autonómicas y local constituyeran materias distintas y desconectadas entre sí, que no requiriesen una estrecha coordinación en todos sus aspectos. Es más, si la articulación del nuevo modelo de financiación de las CCAA se produce de nuevo —como parece previsible— prescindiendo de considerar las relaciones de la Hacienda autonómica con las Haciendas locales, la articulación efectiva de las PICAs quedará seguramente postergada para mejores momentos, con lo que el modelo constitucional de financiación local se verá nuevamente incumplido y persistirán los problemas de insuficiencia en la financiación de determinados servicios a los que no atiende el modelo del TRLRHL.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- CASADO OLLERO, G.: «La participación de las Entidades locales en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas», en AA.VV., *Jornadas de estudio y debate sobre financiación local y corresponsabilidad fiscal*, Madrid, 2002.
- CORDERO FERRERA, J. M., y MURILLO HUERTAS, I. P.: «La participación de los municipios en los ingresos de las Comunidades Autónomas», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 53, 2008, pp. 39 y ss.
- MARTÍN QUERALT, J.: «La participación en ingresos estatales», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.) *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, Madrid, 1988.
- «La participación en tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.) *Tratado de Derecho Municipal*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2003.
- PALACIOS MOSTACERO, M.<sup>a</sup> L.: «Los Fondos Autonómicos de Participación Municipal: planteamientos constitucionales y realidad normativa», en *REALA*, núms. 271/272, 1996.
- PEDRAJA CHAPARRO, F., y CORDERO FERRERA, F.: «Sobre las participaciones locales en los ingresos de las Comunidades Autónomas» en *Papeles de Economía Española*, núm. 115, 2008.
- RAMALLO MASSANET, J., y ZORNOZA PÉREZ, J.: «Autonomía y suficiencia en la financiación de las Haciendas Locales», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 259, 1993.
- RUIZ ALMENDRAL, V.: *Impuestos cedidos y corresponsabilidad fiscal*, Valencia, 2004.
- TOBES PORTILLO, P., y ANGOITIA GRIJALBA, M.: «La inversión en los planes autonómicos de cooperación local», en *Papeles de Economía Española*, núm. 115, 2008.
- VILALTA, M.; MAS, D., y SALINAS, P.: *El gasto no obligatorio de los municipios españoles. Ejercicio 2003*, Barcelona, Institut d'Economia de Barcelona, 2006.
- ZORNOZA PÉREZ, J.: «La financiación de las Corporaciones locales durante el quinquenio 1999/2003», en AA.VV., *El desarrollo del Gobierno Local (una aproximación doctrinal)*, Madrid, 1999.



---

# Los municipios en el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia

Juan Antonio RAMOS GALLARÍN

*Profesor TEU Interino de Ciencia Política y de la Administración  
Universidad Rey Juan Carlos*

## RESUMEN

*El presente trabajo explora la posición de los municipios en el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia (SAAD) previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (LAPAD). El SAAD combina servicios y prestaciones económicas en el marco del sistema de servicios sociales, de carácter fuertemente descentralizado, en el que desempeñan un papel fundamental las CCAA. La gestión de los servicios y prestaciones concretas del SAAD se realiza a través de redes multiorganizativas e intergubernamentales en las que participan, entre otros actores, los municipios. El estudio analiza la posición de éstos en función de una serie de variables referidas a las características del sistema local en las diferentes CCAA y al grado de control que tienen los ayuntamientos sobre distintos tipos de recursos (legales, políticos, económicos, y otros vinculados a la información y el conocimiento experto). Asimismo se examina una parte de la información disponible relativa a la implantación del SAAD y se valoran sus implicaciones para estos gobiernos locales.*

**Palabras clave:** municipios; dependencia; redes intergubernamentales.

## ABSTRACT

*This paper explores the position of municipalities within the System for Autonomy and Care for the Dependent Persons (SACDP), created by Law 39/2006 for the Promotion of Personal Autonomy and Care for the Dependent Persons. The SACDP combines personal services and financial benefits in a strongly decentralized social services system, in which the regional governments play a fundamental role. The management of these services and benefits is carried out through multiorganizational and intergovernmental networks that involve municipalities. The paper examines the position of municipalities within these networks, paying attention to two groups of variables: the characteristics of the local*

*government system in the different regions, and the control exerted by local authorities on different kinds of resources. It also examines some of the available information regarding the implementation of the SACDP in order to assess its impact on municipalities.*

**Key words:** municipalities; dependent persons; intergovernmental networks.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA (SAAD).—1. La LAPAD en el sistema español de bienestar.—2. El SAAD: Aspectos básicos.—2.1. *Los actores*.—2.2. *Los servicios y prestaciones económicas*.—2.3. *Niveles de protección y financiación del SAAD*.—2.4. *Los mecanismos institucionalizados de relación*.—III. LOS MUNICIPIOS EN EL SAAD.—1. Caracterización del nivel político-administrativo local.—2. Recursos y papeles.—3. Los actores en el SAAD.—3.1. *La Administración General del Estado*.—3.2. *Las Comunidades Autónomas*.—3.3. *Los Gobiernos Locales*.—3.4. *Las empresas y las organizaciones del tercer sector*.—4. La aplicación de la LAPAD y sus implicaciones para los municipios.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (LAPAD), que entró en vigor en enero de 2007, constituye una de las iniciativas en materia de políticas de bienestar más importantes de los últimos años<sup>2</sup>. Esta norma da cobertura jurídica al desarrollo de las actuaciones que tienen como finalidad abordar los problemas derivados del incremento del número de personas con dificultades para desarrollar de manera autónoma las actividades de su vida cotidiana.

La atención a las personas en situación de dependencia constituye un importante desafío para los Estados del Bienestar. En las últimas décadas hemos asistido a un doble proceso de cambio demográfico, con un incremento de la esperanza de vida y una relativa disminución de la natalidad. Su consecuencia ha sido el crecimiento del porcentaje de la población mayor de sesenta y cinco años. Aunque las mejoras en las condiciones

<sup>1</sup> Lista de abreviaturas: AAPP, Administraciones públicas; AGE, Administración General del Estado; CCAA, Comunidades Autónomas; CE, Constitución Española; EELL, Entidades locales; GGLL, Gobiernos locales; LAPAD, Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia; LRBRL, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; PIA, Plan Individual de Atención; SAAD, Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia; SISAAD, Sistema de Información del SAAD.

<sup>2</sup> Este trabajo se enmarca en el proyecto DER2009-10042, «La realización del Estado social a través de los municipios. El caso de la Ley de Dependencia», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación a través del Plan Nacional de I+D+i 2008-2009, cuyo investigador principal es el profesor J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (UAM). El estudio se ha desarrollado en paralelo con otras investigaciones sobre relaciones intergubernamentales en España, realizadas en colaboración con M. ALDA y R. CÍCUÉNDEZ (URJC). A ambas, así como a E. DEL PINO (CSIC), quiero agradecerles sus generosas aportaciones. La responsabilidad por cualquier error de hecho o interpretación es exclusivamente mía.

generales de vida y los avances médicos han hecho posible el disfrute de un mayor número de años en condiciones saludables, a partir de los ochenta años de edad se presentan con frecuencia situaciones de deterioro que implican una disminución de la autonomía personal. A estas situaciones de dependencia, con diferencia las más habituales, hay que añadir otras derivadas de enfermedades o accidentes que ocurren en distintos momentos de la trayectoria vital y que tienen el mismo tipo de consecuencias (RODRÍGUEZ CABREIRO, 2005, pp. 57 y ss.; MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, 2005, pp. 19 y ss., y ARRIBA y MORENO, 2009, pp. 40 y ss.).

Los sistemas de bienestar hacen frente al problema de la dependencia de maneras diversas. En el caso español, que podríamos considerar incluido en la variante mediterránea del modelo continental, la familia ha desempeñado tradicionalmente un papel destacado como proveedor de recursos básicos de protección para sus miembros (FERRERA, 1995; MORENO, 2006). En este contexto, las parejas e hijas de las personas dependientes han asumido una función central en las tareas de cuidado de las mismas. El cambio cultural y la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo han venido a poner en cuestión este modelo de atención a la dependencia.

El Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia (SAAD) es el instrumento previsto en la LAPAD para responder a este problema en España. El SAAD integra el conjunto de recursos públicos y privados dedicados a la atención de las personas dependientes, actúa en el marco del sistema general de servicios sociales y se atiene, en su organización y funcionamiento, al carácter fuertemente descentralizado que rige en la mayoría de las políticas del bienestar.

El presente trabajo estudia la posición de los gobiernos locales (GGLL) en el SAAD, prestando especial atención a la que ocupan los municipios. La aproximación a este objeto de estudio toma como marcos generales de referencia nuestro modelo de bienestar y el modelo de organización territorial vigente. A estos efectos, consideraremos al Estado autonómico como un sistema políticamente descentralizado de evolución federal (AGRANOFF, 1993; AJA, 1999; MORENO, 1997) en el que las Comunidades Autónomas (CCAA), principales beneficiarias del proceso de descentralización que hemos vivido en las últimas tres décadas, desempeñan papeles fundamentales en las principales políticas del bienestar.

El funcionamiento del SAAD implica a los tres niveles de gobierno y a diversos actores privados. Los servicios y prestaciones económicas concretas que ofrece pueden entenderse como el resultado del funcionamiento de redes multiorganizativas e intergubernamentales que actúan sobre una base territorial autonómica. Nuestro interés se centra en indagar, desde un punto de vista general, qué posición ocupan los municipios en tales redes. El estudio se basa en el análisis de una variedad de fuentes que incluye: documentación y bibliografía especializada sobre servicios sociales y atención a la dependencia en España; información sobre la configuración del nivel político-administrativo local en las distintas CCAA; informes técnicos relativos a la organización, el funcionamiento y la actividad de los servicios sociales; informes técnicos sobre la im-

plantación del SAAD, así como legislación estatal y autonómica referida a los servicios sociales y al SAAD.

## II. EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA (SAAD)

### 1. La LAPAD en el sistema español de bienestar

La aprobación de la LAPAD constituye un avance en el sistema de bienestar español respecto de la situación precedente. Más allá de sus limitaciones, a las que haremos referencia en apartados posteriores, el reconocimiento de la atención a las personas en situación de dependencia como derecho subjetivo supone una consolidación de los derechos sociales en España. Asimismo, la definición del conjunto de equipamientos, servicios y prestaciones dedicadas a la atención de la dependencia como sistema, el establecimiento de procedimientos reglados para el acceso y el disfrute de los mismos, así como la creación de estructuras específicas para coordinar los recursos existentes, supone una mejora. Con todo, el cambio no es radical. La estrategia seguida es más bien de carácter incremental: partiendo de la situación existente se procura reforzar y racionalizar el conjunto de recursos disponibles, dentro del ineludible respeto a las reglas de funcionamiento del propio sistema de bienestar tal como éstas están definidas. Lo que se acaba de señalar, aunque pueda parecer obvio, es importante porque nos ofrece pistas acerca de cuáles son los límites dentro de los que habrán de moverse los diferentes actores implicados en este área de política pública, incluidos los municipios.

El Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales constituye un antecedente de la LAPAD y del SAAD. Así se menciona en la exposición de motivos de la ley y se constata al observar el diseño del sistema de atención a la dependencia que resulta de ella. No es objeto del presente trabajo hacer un análisis del citado plan. No obstante, sí merece la pena hacer algunas referencias al mismo antes de analizar el SAAD, y ello por varias razones: en primer lugar, porque el Plan Concertado refleja el esfuerzo de la AGE por estar presente en un área de política pública en la que el sistema de distribución de competencias entre el Estado central y las CCAA deja poco espacio a la actuación de éste; en segundo lugar porque, aunque con diferencias de importancia, la manera en que la AGE plantea su intervención presenta ciertas semejanzas con la forma en que esto sucede en el caso de la LAPAD; por último, porque en ambos casos se ponen de manifiesto las dificultades que plantea la acción pública en sistemas políticamente descentralizados.

El Plan Concertado procura responder a lo que se percibe como una necesidad social para el conjunto de los ciudadanos, asumiendo las limitaciones que plantea el diseño del Estado autonómico, a través de la creación de una red de actores públicos pertenecientes a los tres niveles de gobierno. En ella la AGE, que dispone de recursos financieros pero no de competencias, utiliza los primeros como incentivo para estimular la cooperación de las CCAA y obtener como resultado final el reforzamiento de la red de puntos de

prestación de servicios sociales básicos a nivel local. Desde el punto de vista de la AGE, el Plan Concertado muestra cómo es posible aprovechar los recursos de los que dispone para implicar a otros actores y utilizar el espacio de interacción que se crea para mejorar la organización de la política y fomentar una cultura de cooperación. Desde el punto de vista de los ayuntamientos, el Plan Concertado pone de manifiesto que la inclusión en una red de carácter intergubernamental, a pesar de los costes que ello conlleva, puede contribuir al relativo reforzamiento de su papel en un área de política pública que es importante para el bienestar general.

La iniciativa del Gobierno que acaba plasmándose en la LAPAD toma como fundamento la previsión contenida en el art. 149.1 CE, referida a la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Así quedaría justificada la existencia de la ley como instrumento cuya finalidad es la de establecer tales condiciones básicas en materia de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, sin pretender en ningún caso una alteración del sistema de distribución de competencias entre el Estado central y las CCAA en materia de asistencia social.

La decisión adoptada no es, por tanto, la de crear un seguro de dependencia en el marco del sistema de seguridad social, vinculado al ámbito de gestión de la AGE, sino la de constituir un sistema de atención a la dependencia incardinado en el conjunto de las estructuras de servicios sociales, dependientes de las CCAA y los GLL. Esta opción descentralizadora, compartida por un buen número de países de nuestro entorno (ARRIBA y MORENO, 2009, p. 53), tiene en nuestro caso dos consecuencias fundamentales: primera, convierte al SAAD en un mecanismo complejo, de carácter intergubernamental, que implica de manera necesaria a los tres niveles de gobierno; segunda, dado el modo en que se distribuyen los distintos tipos de recursos, convierte a los niveles subnacionales de gobierno, y especialmente a las CCAA, en los protagonistas del funcionamiento cotidiano del sistema.

A pesar de la voluntad del Gobierno de no hacer de ésta una iniciativa que suscitara el conflicto político, el proyecto de la LAPAD se enfrentó a la oposición de las fuerzas políticas nacionalistas y de algunas CCAA, como la navarra, que han visto en esta norma un intento por parte de la AGE de asegurar su presencia y de garantizar su capacidad para influir de manera relevante en una materia, los servicios sociales, que entienden es de su exclusiva responsabilidad (MARBÁN, 2009, pp. 220 y ss.).

La posición de los niveles subnacionales de gobierno en el SAAD no sólo preocupa a las CCAA. Las propuestas de alegaciones al anteproyecto de la LAPAD elaboradas por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) ponen asimismo de manifiesto los temas que suscitan cierta tensión intergubernamental (FEMP, 2006). Para los gobiernos locales, que en este ámbito de política pública, como en otros, tienen a las CCAA como principales interlocutores, la creación del SAAD constituye una oportunidad para el reforzamiento de las redes locales de servicios sociales. Pero al mismo

tiempo, existen ciertas suspicacias ante la posibilidad de que finalmente sean las CCAA quienes ganen poder a costa de los GGLL. Desde este punto de vista resultan fácilmente comprensibles las observaciones realizadas por la FEMP, que giran básicamente en torno a dos cuestiones: de una parte, la presencia de las entidades locales (EELL) en los órganos de coordinación y cooperación previstos en la LAPAD, defendiendo su derecho a estar presentes en los mismos en las mismas condiciones que la AGE y las CCAA; de otra, la conveniencia de que la norma reconozca y garantice el mayor espacio posible de actuación para las redes de servicios sociales básicos, de carácter local, en el marco del SAAD.

## 2. El SAAD: Aspectos básicos

La LAPAD se plantea el objetivo de promover el desarrollo de los servicios sociales en España. Más concretamente, pretende convertir la atención a la dependencia en un derecho subjetivo y universal, vinculado a la condición de ciudadano. En este sentido, el Gobierno presenta la LAPAD como la materialización de uno de los «pilares» del Estado del Bienestar que, en sentido estricto, habría estado ausente en nuestro sistema de protección social.

El camino elegido para ello es el de reunir el conjunto de recursos disponibles en materia de servicios sociales en el SAAD, que es definido como una red de utilización pública en la que se integran y coordinan centros y servicios tanto públicos, pertenecientes a los distintos niveles de gobierno, como privados.

### 2.1. *Los actores*

El sistema de atención a la dependencia implica, en distinto grado y para el desempeño de papeles diversos, a una amplia variedad de actores: la AGE a través de los ministerios con competencias en materia sanitaria y de asuntos sociales, las CCAA a través de las consejerías de bienestar o servicios sociales y de salud, los EELL (municipios, ya sea individualmente o de manera mancomunada, provincias, islas y comarcas, según los casos y los tipos de servicios o prestaciones), las organizaciones del tercer sector y las empresas proveedoras de servicios de atención a las personas dependientes.

### 2.2. *Los servicios y prestaciones económicas*

La ley define un catálogo de prestaciones del SAAD, que incluye servicios personales y prestaciones económicas, si bien se indica una preferencia expresa por los primeros, estableciendo las segundas como vía alternativa de actuación de carácter excepcional para aquellos casos en que la oferta de servicios no sea suficiente o concurren circunstancias particulares que lo aconsejen. Más adelante tendremos ocasión de ver qué implicaciones tiene esta distinción entre servicios y prestaciones económicas y en qué medida a las de-

cisiones concretas que se están adoptando en respuesta a las correspondientes solicitudes se ajustan a esta previsión legal.

El catálogo de servicios del SAAD incluye los siguientes:

— Servicios de prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal, que tienen como finalidad «prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos» (art. 21).

— Servicio de teleasistencia, que «facilita asistencia a los beneficiarios mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información, con apoyo de los medios personales necesarios, en respuesta inmediata ante situaciones de emergencia, o de inseguridad, soledad y aislamiento» (art. 22.1).

— Servicio de ayuda a domicilio, constituido por «el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria» (art. 23).

— Servicio de Centro de Día y de Noche, que «ofrece una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas en situación de dependencia, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o cuidadores (art. 24.1).

— Servicio de atención residencial, que presta de manera temporal o permanente «servicios continuados de carácter personal y sanitario» (art. 25.1).

Se prevén asimismo cuatro modalidades de prestación económica:

— Prestación económica vinculada al servicio, destinada, como su propia denominación indica, a la adquisición de servicios de atención en aquellos casos en que no sea posible acceder al servicio público o concertado correspondiente (art. 17).

— Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, de carácter excepcional (art. 18).

— Prestación económica de asistencia personal. Se define como contribución para la contratación de un profesional que, mediante la realización de tareas de apoyo, mejore el grado de autonomía de las personas con gran dependencia (art. 19).

— Ayudas económicas para facilitar la autonomía personal, consistentes en subvenciones destinadas tanto a la adquisición de instrumentos o ayudas técnicas que faciliten la autonomía personal como a la realización de obras o reformas en el hogar que mejoren la accesibilidad del mismo (disposición adicional tercera).

### 2.3. Niveles de protección y financiación del SAAD

La LAPAD contempla tres niveles de protección en el SAAD, que guardan relación con las contribuciones económicas de los distintos actores para el sostenimiento del

mismo. Un primer nivel de protección, de carácter mínimo y uniforme para todo el territorio, es definido y financiado íntegramente por la AGE. El segundo nivel, adicional al anterior, es acordado por la AGE y cada una de las CCAA y queda cubierto a través de aportaciones conjuntas que se instrumentan a través de los correspondientes convenios interadministrativos. El tercer nivel, complementario de los dos anteriores, es establecido de manera autónoma por cada comunidad y financiado con cargo a sus recursos propios.

Además de esta financiación de carácter público, los beneficiarios contribuyen a la financiación de las prestaciones recibidas en función de su capacidad económica y del coste de los servicios.

El procedimiento para el reconocimiento y valoración de la dependencia se inicia a instancia del interesado, se lleva a cabo por los órganos que establezcan las CCAA y se plasma en una resolución expedida por la Administración Autonómica. En función de la valoración realizada, los servicios sociales públicos correspondientes definen un Programa Individual de Atención (PIA) en el que se establece la combinación de servicios y prestaciones más adecuada para el caso.

#### *2.4. Los mecanismos institucionalizados de relación*

El carácter multiorganizativo e intergubernamental del SAAD obliga a reforzar los mecanismos a través de los cuales los actores intercambian información, cooperan y participan en los procesos de adopción de decisiones. En este sentido se hará una breve referencia al Consejo Territorial, al Comité Consultivo y al Sistema de Información del SAAD.

El Consejo Territorial es un órgano de naturaleza política y carácter multilateral, afín a las Conferencias Sectoriales, que reúne a los responsables de la AGE y de las CCAA con competencias en materia de política y servicios sociales, así como a representantes de otros departamentos ministeriales con competencias relacionadas con la dependencia. El reglamento del Consejo menciona además la inclusión de dos representantes de las EELL designados por la FEMP y de otro por cada una de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

El Consejo Territorial, que adopta sus acuerdos por asentimiento o, en su defecto, por el voto favorable de la mayoría de los representantes de la AGE y de la mayoría de los de las CCAA, desempeña papeles de considerable importancia para el funcionamiento del SAAD. Entre ellos cabe destacar los siguientes: acordar el marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo del segundo nivel de protección antes mencionado, acordar tanto las características de los órganos que se encargan de la valoración de las solicitudes como los propios criterios de valoración contenidos en el baremo, establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios, acordar las condiciones y la cuantía de las prestaciones, y establecer los criterios de participación de los beneficiarios en el coste de los servicios.

El Comité Consultivo responde básicamente al modo en que se conciben los órganos de participación en la AGE. Adscrito en un primer momento al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, está integrado por representantes de la AGE, las CCAA, las EELL y un número igual de representantes de las organizaciones empresariales y sindicales mayoritarias.

Por último, a fin de facilitar la comunicación entre las distintas administraciones públicas y asegurar la disponibilidad de toda la información relevante, además de apoyar los procesos de seguimiento y evaluación del sistema de las actuaciones, se crea el Sistema de Información del SAAD (SISAAD) que debe contener información sobre el catálogo de servicios, la población protegida, los distintos tipos de recursos movilizados por el sistema y los resultados de las actuaciones desarrolladas.

### III. LOS MUNICIPIOS EN EL SAAD

#### 1. Caracterización del nivel político-administrativo local

Para comprender adecuadamente el papel de los municipios en la política de atención a la dependencia es necesario referirse, aunque sea sólo de manera breve, a algunos de los rasgos que caracterizan al espacio socioeconómico, político y administrativo local. Esto es así por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque afecta al número y a la variedad de actores que participan de manera directa en el funcionamiento del SAAD en cada ámbito territorial, en nuestro caso en cada comunidad autónoma; en segundo lugar, porque tales características condicionan los recursos que los actores locales están en condiciones de movilizar.

Un primer aspecto a resaltar es la notable diversidad socioeconómica y demográfica de las CCAA, tanto en lo que se refiere a su extensión territorial como a su población o su producto interno per cápita<sup>3</sup>. A título de ejemplo, y dejando aparte los casos de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, vemos que la comunidad más extensa (Castilla y León) tiene una superficie que es casi 19 veces la de la Rioja. Asimismo, mientras CCAA como Andalucía, Cataluña o la Comunidad de Madrid cuentan con poblaciones superiores a los ocho, siete y seis millones de habitantes respectivamente, tres de las uniprovinciales (Navarra, Cantabria y, de nuevo, La Rioja) están por debajo de los 700.000. La Comunidad de Madrid, con casi 800 habitantes por kilómetro cuadrado, y Castilla-La Mancha, con poco más de 26, representan los dos casos extremos en lo que atañe a la densidad de población. Por último el País Vasco, la Comunidad de Madrid o la Comunidad Foral Navarra tienen un PIB per cápita que supera o se sitúa cerca de los

<sup>3</sup> Una selección de indicadores referidos a este tipo de variables puede consultarse en [http://www.map.es/documentacion/politica\\_autonomica/info\\_ecofin/2anaeco/](http://www.map.es/documentacion/politica_autonomica/info_ecofin/2anaeco/). En CICUÉNDEZ y RAMOS (2010) se analiza la importancia de estas variables para las relaciones entre CCAA y GLL.

30.000 euros, casi el doble del correspondiente a Extremadura, que apenas supera los 16.000.

Asimismo es necesario mencionar la diversidad en lo que se refiere a la configuración político-administrativa del nivel local en las CCAA. Así, tenemos el caso de las comunidades uniprovinciales, que presentan un grado de complejidad menor y un territorio más limitado. En el otro extremo se encontrarían las CCAA pluriprovinciales en las que se ha producido o se está culminando un proceso de comarcalización integral (Cataluña y Aragón). En el caso catalán, además, hay que tener en cuenta el proyecto de reorganización territorial basado en la creación de las veguerías. También es preciso citar la singularidad de las dos comunidades insulares, en las que encontramos a los cabildos y consejos insulares como actores relevantes, o el particularísimo caso del País Vasco, comunidad pluriprovincial de escasa extensión con presencia de entidades locales afines a la comarca (las cuadrillas).

Si desplazamos nuestra atención al ámbito municipal observaremos un panorama general caracterizado por un mapa fragmentado, integrado por más de 8.000 municipios, en el que conviven realidades tremendamente desiguales (véase la Tabla 1). Así, mientras existen 7.718 municipios de menos de 20.000 habitantes<sup>4</sup> (un 95 por 100 del total), que reúnen a menos de un tercio de la población, los 62 municipios con más de 100.000 habitantes (menos de un 0,01 por 100 del total) agrupan a cerca de 19 millones de personas (prácticamente un 40 por 100 de la población española).

La situación es también diversa si atendemos a las diferentes CCAA. En cinco de ellas (Extremadura, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Navarra y Galicia) alrededor o más de la mitad de la población total reside en municipios de menos de 20.000 habitantes. En las tres primeras, además, es preciso tomar en consideración su territorio, relativamente extenso. Estos casos reflejan claramente el fenómeno de la dispersión, que afecta de manera muy importante a las posibilidades de organizar la prestación de los servicios sociales. Siete CCAA (Aragón, Asturias, Cantabria, Extremadura, Navarra y La Rioja) cuentan con menos de una decena de municipios de más de 20.000 habitantes.

En el otro extremo se encuentran las comunidades con mayor proporción de población residente en grandes municipios. El caso más claro es el de la Comunidad de Madrid, en la que tres cuartas partes de la población viven en una decena de municipios de más de 100.000 habitantes. Cataluña y la Región de Murcia también presentan porcentajes de población residente en esta categoría de municipios superiores a la media. Los casos de Aragón, La Rioja y Asturias son peculiares, ya que combinan una situación de claro predominio de los municipios de menor población con una notable concentración de habitantes en una o dos ciudades (Zaragoza, Logroño, y Oviedo y Gijón, respectivamente).

---

<sup>4</sup> La decisión de poner el límite inferior en los 20.000 habitantes se justifica por el hecho de que, como es sabido, la legislación de régimen local prevé que los municipios con una población superior a esa cifra presten servicios sociales.

**TABLA I**  
**NÚMERO DE MUNICIPIOS Y POBLACIÓN SEGÚN TAMAÑO DE LOS MISMOS, POR CCAA (2009)**

CCAA	HASTA 20.000 HAB.			DE 20.001 A 100.000 HAB.			MÁS DE 100.000 HAB.			TOTAL MUNICIPIOS	
	Munic.	Población	% Pob.	Munic.	Población	% Pob.	Munic.	Población	% Pob.	Munic.	Población
Andalucía	690	2.697.292	32,5	68	2.609.121	31,4	12	2.996.510	36,1	770	8.302.923
Aragón	727	561.768	41,8	3	109.388	8,1	1	674.317	50,1	731	1.345.473
Asturias	71	335.778	30,9	5	247.952	22,8	2	501.559	46,2	78	1.085.289
Baleares (Illes)	55	320.794	29,3	11	373.362	34,1	1	401.270	36,6	67	1.095.426
Canarias	62	469.079	22,3	22	779.973	37,1	4	854.940	40,6	88	2.103.992
Cantabria	97	267.433	45,4	4	139.102	23,6	1	182.700	31,0	102	589.235
Castilla y León	2.233	1.259.644	49,1	11	517.123	20,2	4	786.754	30,7	2.248	2.563.521
Castilla-La Mancha	904	1.238.419	59,5	14	673.178	32,3	1	169.716	8,2	919	2.081.313
Cataluña	882	2.171.730	29,1	54	2.163.335	28,9	10	3.140.355	42,0	946	7.475.420
C. Valenciana	478	1.400.622	27,5	59	2.033.179	39,9	5	1.660.874	32,6	542	5.094.675
Extremadura	376	668.185	60,6	6	285.891	25,9	1	148.334	13,5	383	1.102.410
Galicia	293	1.373.874	49,1	19	771.085	27,6	3	651.130	23,3	315	2.796.089
Madrid	147	584.086	9,1	22	1.073.940	16,8	10	472.8906	74,0	179	6.386.932
Murcia	29	271.582	18,8	14	526.072	36,4	2	648.866	44,9	45	1.446.520
Navarra	269	375.260	59,5	2	56.827	9,0	1	198.491	31,5	272	630.578
País Vasco	233	766.227	35,3	15	630.070	29,0	3	775.878	35,7	251	2.172.175
Rioja (La)	172	144.808	45,0	1	24.787	7,7	1	152.107	47,3	174	321.702
Ceuta	0	0	0,0	1	78.674	100,0	0	0	0,0	1	78.674
Mejilla	0	0	0,0	1	73.460	100,0	0	0	0,0	1	73.460
<b>Total</b>	<b>7.718</b>	<b>14.906.581</b>	<b>31,9</b>	<b>332</b>	<b>13.166.519</b>	<b>28,2</b>	<b>62</b>	<b>18.672.707</b>	<b>39,9</b>	<b>8.112</b>	<b>46.745.807</b>

Fuente: Padrón municipal de habitantes (INE). Datos a 1/1/2009.

Para finalizar, una breve referencia al número y distribución de los conocidos como «municipios de gran población». El interés de esta categoría de municipios a efectos del presente estudio radica básicamente en el hecho de que disponen de un sistema de financiación que incorpora algunos elementos diferenciados respecto del sistema común, concretamente la obtención de recursos a través de la cesión y la participación en tributos de otros niveles de gobierno (IRPF, IVA e impuestos especiales de fabricación) que por su potencia contribuyen a mejorar la posición relativa de sus ayuntamientos respecto del resto. En el momento de elaborar este trabajo consta la existencia de 51 municipios de gran población, distribuidos de manera muy desigual entre las CCAA, sin que haya una clara correspondencia entre su número y la cifra de ciudades existentes en cada comunidad. La Comunidad de Madrid (11), Galicia (7), Castilla-La Mancha (6) y la Comunidad Valenciana (5) son las que cuentan con un mayor número de ellos (MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, 2009).

## 2. Recursos y papeles

Buena parte de los programas públicos que se desarrollan en los sistemas descentralizados lo hacen a través de redes (SCHARPF, 1978; KICKERT, KLIJN y KOPPENJAN, 1997). En ellas, las distintas organizaciones interactúan para la consecución de los fines de interés general, al tiempo que procuran alcanzar sus propios objetivos. El análisis de este tipo de programas debe incluir el estudio del modo en que se produce la aportación y el intercambio de los recursos de los que disponen los integrantes de la red. Por su parte RHODES (1981, p. 100) identifica distintos tipos de recursos que son movilizados e intercambiados en las redes interorganizativas y analiza las relaciones de dependencia recíproca que tienen lugar entre sus integrantes. A los efectos del presente estudio se van a considerar cuatro de los tipos de recursos identificados por este autor, con la intención de mostrar cómo se distribuyen entre los principales actores participantes en el SAAD y cómo contribuyen a la definición de los papeles que desempeñan en él. Estos recursos son: los constitucional-legales, referidos a las competencias que cada actor tiene reconocidas por el ordenamiento jurídico; los de carácter político, ligados a la legitimidad electoral, a la capacidad para acceder a distintos sectores de la ciudadanía y obtener su apoyo, o a las posibilidades de incidir en procesos de adopción de decisiones en otras organizaciones; los de tipo económico, que en el caso de las organizaciones públicas se manifiesta a través del rendimiento de los distintos mecanismos para la obtención de ingresos, y finalmente los recursos derivados de la información y el conocimiento experto.

Antes de repasar la posición de la AGE, las CCAA, los GGLL, las organizaciones del tercer sector y las empresas privadas en el SAAD conviene hacer una breve mención a tres cuestiones que, por su carácter general, condicionan el modo en que se presentan otros factores. Me referiré al marco competencial en materia de servicios sociales, los sistemas de financiación de los gobiernos subnacionales y la distribución de los efectivos públicos entre los distintos niveles territoriales.

Como es sabido, las CCAA disfrutaban de una posición competencial dominante en materia de servicios sociales. Ellas son las responsables de definir el marco general para el desarrollo de la política en sus territorios a través de las leyes de servicios sociales; se encargan asimismo de establecer las prioridades para la prestación de los servicios, de organizar sus propios recursos y de coordinarlos con los de los GGLL mediante los planes regionales de servicios sociales; por último, asumen responsabilidades directas en la prestación de los mismos a los ciudadanos.

En el terreno de la financiación la situación es algo diferente. El Estado central tiene importantes capacidades para regular los mecanismos a través de los que obtienen sus ingresos los niveles subnacionales de gobierno y ejerce una influencia no desdeñable sobre éstos a través de las transferencias y subvenciones intergubernamentales. No obstante, las sucesivas revisiones del sistema de financiación de las CCAA, basadas en la cesión parcial o total del rendimiento de las principales figuras tributarias estatales, han contribuido a mejorar sustancialmente la posición relativa de las CCAA. Con todo, existen diferencias importantes entre éstas, dependiendo de su carácter foral o común y de su base fiscal (MITXELENA, 2006). De los tres niveles de gobierno, el local es el que se encuentra en una posición más débil debido al carácter menos potente de los tributos municipales y a su menor margen de maniobra en materia de regulación de los mecanismos de obtención de ingresos.

Por lo que respecta a los recursos humanos, el proceso de descentralización de competencias de gasto, del que han sido protagonistas políticas y principales beneficiarias las CCAA, ha ido acompañado de una profunda redistribución del empleo público. Si a mediados de la década de los años noventa los efectivos de las CCAA representaban algo menos de un tercio del total de empleados públicos, al final de la VIII legislatura eran algo más de la mitad (GARCÍA y ALVIRA, 1996; MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, 2008).

La Tabla 2 pone en relación los recursos económicos y humanos controlados por las CCAA y los GGLL. Las columnas representan el cociente entre los recursos de cada comunidad y los de los GGLL existentes en su territorio. De este modo podemos hacernos una idea, aunque sea meramente aproximada, de las capacidades relativas de unas y otros.

A grandes rasgos, los datos muestran una preponderancia de las CCAA, si bien la situación dista de ser uniforme. La proporción entre recursos autonómicos y locales es más favorable a las CCAA en el caso de la mayoría de las comunidades uniprovinciales, resultando particularmente llamativo el de Navarra (comunidad rica, de régimen foral y con una presencia de municipios de más de 20.000 habitantes inferior a la media). Las proporciones son más moderadas en el caso del País Vasco, como consecuencia de la posición singular de las diputaciones forales; también en Canarias y Baleares, debido al importante papel que desempeñan en ellas los entes insulares; asimismo en Cataluña, en buena medida por el impacto de las comarcas, y en la Comunidad de Madrid que, aunque uniprovincial, incluye un número im-

**TABLA 2**  
 PROPORCIÓN ENTRE RECURSOS AUTONÓMICOS Y LOCALES POR CCAA

CCAA	Proporción Recursos Económicos CA/GGLL *	Proporción Recursos Humanos CA/GGLL	Proporción Media
Navarra	6,2	5,2	5,7
Asturias	4,3	3,3	3,8
Galicia	4,6	2,9	3,8
Cantabria	4,1	3,2	3,7
La Rioja	3,3	3,9	3,6
Murcia	3,1	3,7	3,4
Extremadura	4,2	1,6	2,9
Castilla-La Mancha	3,3	1,8	2,6
Andalucía	2,9	2,0	2,5
Aragón	2,7	2,3	2,5
Castilla y León	2,3	2,5	2,4
C. Valenciana	2,5	2,2	2,4
Madrid	2,2	2,5	2,4
Balears (Illes)	2,6	1,7	2,2
Cataluña	2,7	1,6	2,2
Canarias	2,5	1,7	2,1
País Vasco	0,1 **	2,1	1,1
<b>Total</b>	<b>2,2</b>	<b>2,1</b>	<b>2,2</b>

\* Incluye recursos propios más transferencias corrientes y de capital del Estado.

\*\* Los ingresos propios de las Diputaciones Forales se consideran ingresos locales.

Fuente: CICUÉNDEZ y RAMOS (2010), a partir de *Liquidación de Presupuestos de las Comunidades Autónomas de 2008* (MEH, 2009), *Liquidación de Presupuestos de las Entidades Locales de 2008* (MEH, 2009) y *Registro de Personal del MPT* (datos de julio de 2009), y elaboración propia.

portante de municipios urbanos, capaces de sostener organizaciones de una potencia considerable<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Conviene aclarar que estos datos no permiten, por sí solos, sostener ningún tipo de conclusión acerca del contenido y el carácter de las pautas de interacción que se establezcan entre cada una de las CCAA y los correspondientes GGLL.

### 3. Los actores en el SAAD

#### 3.1. *La Administración General del Estado*

Sin competencias legislativas o de gestión en materia de servicios sociales, la AGE fundamenta la creación del SAAD en el principio constitucional que atribuye al Estado el establecimiento de las condiciones mínimas que garanticen la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos.

Desde un punto de vista político, basa su posición en el SAAD en la existencia de una necesidad social, que entiende no está adecuadamente definida, y a la que intenta dar respuesta. Dado que se encuentra alejada de las responsabilidades relacionadas con la gestión directa de los servicios y prestaciones, apenas tiene posibilidades de utilizar el contacto directo con los beneficiarios como recurso ante otros actores.

En cambio, sí está en condiciones de movilizar un volumen de recursos relativamente importante destinados de manera específica al sostenimiento del SAAD. Estos recursos propios de la AGE incluyen los dedicados a la cobertura del nivel mínimo de protección y los aportados para el nivel complementario que se instrumenta a través de convenios con las CCAA (871 y algo más de 241 millones de euros, respectivamente, en el ejercicio 2008) (CVIDA, 2009, pp. 51 y ss.). Tanto unos como otros son transferidos a las CCAA, y pueden ser analizados desde un doble punto de vista: como instrumentos para asegurar un cierto nivel de homogeneidad y coherencia en las actuaciones que se llevan a cabo en los distintos territorios, y como incentivos que faciliten la incorporación de las prioridades de la AGE a las decisiones que les corresponde adoptar a las CCAA. Asimismo mantiene líneas de financiación directa para proyectos de mejora de los servicios sociales a nivel local.

Dispone de capacidad técnica y de personal cualificado, lo que le permite producir información y conocimiento sobre la materia, a pesar no movilizar un volumen de efectivos comparable al de otros actores implicados en el SAAD. De hecho, su capacidad para mantenerse informado acerca de los aspectos concretos de la situación en el conjunto del territorio depende, en parte, de sus relaciones con las CCAA y los GGLL.

#### 3.2. *Las Comunidades Autónomas*

Las CCAA ejercen un claro liderazgo competencial en la materia. El diseño del SAAD les reconoce papeles fundamentales en la planificación, organización y gestión de los servicios y prestaciones. Son las encargadas de establecer el marco de actuación en sus respectivos territorios. Asimismo son las responsables de definir los mecanismos de cooperación y coordinación con los GGLL y con los actores privados.

Cuentan con la legitimidad derivada de los procesos electorales que tienen lugar en sus respectivos territorios. En tanto que gestoras de la política social, mantienen contacto

directo con los destinatarios de los servicios y prestaciones económicas incluidos en ella. Tienen libertad para movilizar los recursos económicos propios que estimen oportunos, son receptoras de financiación procedente de la AGE y proporcionan financiación a los GGLL para el desarrollo de sus cometidos en materia de atención social. No obstante, las posibilidades reales de las CCAA para dedicar recursos al desarrollo de las políticas de servicios sociales, y específicamente a sus iniciativas en materia de atención a la dependencia, son desiguales y están condicionadas por el régimen de financiación (foral o común) y por la propia base fiscal del territorio. De hecho, desde el momento mismo de la aprobación de la LAPAD distintas fuerzas políticas y responsables autonómicos han demandado a la AGE una financiación suficiente y segura para el SAAD.

Los gobiernos autonómicos han desarrollado estructuras propias para la prestación de los servicios sociales y, dado que han asumido las competencias en materia sanitaria, cuentan con las estructuras y los profesionales de la salud encargados de la atención a la discapacidad. Por sus responsabilidades tanto en la formulación como en la implantación de la política, se encuentran en una buena posición para obtener información tanto de carácter estratégico como operativo. Su ubicación en el sistema político-administrativo les facilita el establecimiento de múltiples redes de contactos, supeditadas a la orientación que imprima el liderazgo político y a la disponibilidad de recursos. Estas redes pueden ser de carácter vertical (con la AGE, sobre una base bilateral o multilateral, pero también con los GGLL ubicados en su territorio), o de tipo horizontal, con otras CCAA.

### 3.3. *Los Gobiernos locales*

En el terreno de los servicios sociales los GGLL actúan supeditados al marco legislativo establecido por la correspondiente comunidad autónoma. Si bien es cierto que la LRBRL señala que los municipios ejercerán competencias en materia de prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social, y que se incluyen tales servicios en la lista de prestación obligatoria para los de población superior a 20.000 habitantes, corresponde a las CCAA definir de manera más concreta el alcance y contenidos de tales responsabilidades. En línea con lo anterior, la LAPAD no detalla los papeles que deban desempeñar las EELL en el SAAD, limitándose a señalar que participarán en la gestión de los servicios de atención a las personas dependientes conforme a la legislación autonómica. Esto ha dado lugar a una considerable diversidad de situaciones en función del tipo de ente local considerado (municipio, isla, provincia o comarca), de la capacidad económica de sus respectivos gobiernos y de la regulación concreta por parte de la comunidad autónoma.

En general, y en buena medida como consecuencia de las condiciones creadas por el Plan Concertado, los municipios prestan o proporcionan la infraestructura mínima necesaria para la prestación de los servicios sociales básicos, que incluye la asistencia domiciliaria prevista en el SAAD. Además, conforme se incrementa su tamaño y sus

capacidades económicas, incluyen otros servicios de carácter más complejo. La legislación autonómica ha abierto espacios para la actuación de mancomunidades, consejos insulares, comarcas y diputaciones en la prestación de servicios que por su complejidad no pueden ser prestados adecuadamente a nivel municipal. En estos casos suele hacerse referencia al plan regional o al plan estratégico de servicios sociales como marco general al que deben amoldarse las actuaciones locales.

La cooperación intermunicipal a través de las mancomunidades es uno de los rasgos más característicos de nuestro sistema local. Las mancomunidades han sido un instrumento necesario para hacer posible la prestación de servicios municipales básicos en un contexto local marcado por la dispersión y el inframunicipalismo. A lo largo de los últimos años hemos asistido a un incremento sostenido del número de mancomunidades, así como al crecimiento tanto de la cifra de municipios mancomunados como del correspondiente porcentaje sobre la población total. La Tabla 3 ofrece un panorama general de la situación en cada una de las CCAA.

**TABLA 3**  
MANCOMUNIDADES POR CCAA (2009)

CCAA	Número Mancomun.	Número Municipios Mancomunados	Porcentaje Municipios Mancomunados	Porcentaje Población Mancomunada
Andalucía	89	546	70,9	72,3
Aragón	62	436	59,7	26,7
Asturias	19	65	83,3	40,1
Balears (Illes)	7	42	62,7	32,9
Canarias	17	53	60,2	46,8
Cantabria	22	71	69,6	33,4
Castilla y León	246	2.014	89,6	68,7
Castilla-La Mancha	133	820	89,2	75,6
Cataluña	72	381	40,3	73,0
C.Valenciana	61	425	78,4	50,3
Extremadura	73	376	98,2	80,4
Galicia	41	213	67,6	79,4
La Rioja	28	136	78,2	29,8
Madrid	50	160	89,4	22,4
Murcia	8	31	68,9	28,4
Navarra	61	261	96,0	98,3
País Vasco	37	189	75,3	55,4
<b>Total</b>	<b>1.026</b>	<b>6.219</b>	<b>75,1</b>	<b>53,8</b>

Fuente: Elaboración propia a partir de *Las Entidades Locales en las Comunidades Autónomas. Estudio de los datos contenidos en el Registro de Entidades Locales* (MPT, 2009).

La distribución del millar de mancomunidades constituidas refleja tanto la realidad local existente en cada una de las CCAA como las preferencias de éstas en materia de organización territorial para la prestación de los servicios públicos<sup>6</sup>. Se observan diferencias de importancia en los porcentajes de municipios que participan en alguna mancomunidad. Se encuentran claramente por debajo de la media las dos CCAA que han optado por una organización territorial de base comarcal y las dos comunidades insulares. La superan holgadamente tres comunidades pluriprovinciales con fuerte presencia de municipios de menos de 20.000 habitantes (Castilla y León, Castilla-La Mancha y Extremadura) y tres uniprovinciales de distinto carácter (Navarra, Comunidad de Madrid y Asturias). Los porcentajes de población mancomunada muestran una mayor diversidad de situaciones, aunque siguen estando por encima de la media las dos Castillas, Extremadura y Navarra, y por debajo Aragón, Baleares y Canarias.

Las mancomunidades desempeñan una amplia variedad de fines entre los que se encuentran varios que están relacionados con las políticas de bienestar. La Tabla 4 muestra, para cada una de las CCAA, el número de mancomunidades que incluyen entre sus finalidades una selección de cometidos de carácter social<sup>7</sup>.

Casi una cuarta parte del total de mancomunidades incluye los servicios sociales como una de sus finalidades y 14 de cada 100 llevan a cabo actividades relacionadas con la asistencia sanitaria. Otras finalidades sociales concretas aparecen con una frecuencia sensiblemente menor. Si limitamos el análisis a «servicios sociales» y «servicios sociales de base» observaremos que su presencia en el total de las mancomunidades difiere de manera muy importante según la comunidad autónoma que estemos considerando. Así, más de la mitad de las mancomunidades en la Comunidad Valenciana, Cantabria y Canarias realizan actividades relacionadas con los servicios sociales, mientras que en Aragón y Asturias la proporción supera el 40 por 100. La Región de Murcia representa un caso extremo, ya que siete de las ocho mancomunidades existentes se dedican a tal fin. En claro contraste con lo anterior, las mancomunidades en Cataluña, Castilla-La Mancha, Baleares, La Rioja y Castilla y León son las que en menor proporción incluyen la mencionada finalidad.

Los gobiernos municipales cuentan entre sus recursos con la legitimidad derivada de su carácter democrático. Además, mantienen un contacto directo con los ciudadanos y constituyen el punto de acceso de éstos al sistema de servicios sociales.

Desde el punto de vista de sus recursos económicos, la posición de los ayuntamientos es comparativamente débil por las limitaciones de los instrumentos para la obtención de recursos que están a su disposición. Esta circunstancia recorta las posibilidades de actuación de los pequeños municipios rurales. Sin perjuicio de la anterior valoración

<sup>6</sup> Como es bien sabido, aunque la existencia de la mancomunidad depende de los municipios que la integran, las CCAA pueden estimular su creación y contribuir a su sostenimiento.

<sup>7</sup> La suma de los parciales no debe interpretarse como el número de mancomunidades con fines sociales, ya que una mancomunidad puede constituirse para cumplir varios de los cometidos reflejados en la tabla.

**TABLA 4**  
FINALIDADES SOCIALES EN LAS MANCOMUNIDADES (2009)

CCAA	Número Mancom.	Promoc. Social	Asist. 3.ª Edad	Asist. Social	Asist. Discapac.	Serv. Soc. de Base	Servicios Sociales	Asist. Sanitaria
Andalucía	89	0	2	1	1	0	29	14
Aragón	62	0	2	4	0	27	7	16
Asturias	19	0	0	1	0	0	9	1
I. Baleares	7	0	0	0	0	0	1	0
Canarias	17	0	0	1	1	0	9	7
Cantabria	22	1	0	0	0	2	10	0
Castilla y León	246	1	3	21	0	0	54	33
Castilla-La Mancha	133	2	0	3	0	0	17	5
Cataluña	72	1	2	4	3	0	2	6
Comunidad Valenciana	61	0	6	6	1	1	34	12
Extremadura	73	0	2	1	1	23	13	17
Galicia	41	3	4	13	0	0	10	17
La Rioja	28	0	0	6	0	2	4	1
Madrid	50	0	2	1	1	0	20	8
Murcia	8	0	0	0	0	0	7	0
Navarra	61	0	2	0	0	19	8	1
País Vasco	37	0	1	4	3	1	10	4
<b>Total</b>	<b>1.026</b>	<b>8</b>	<b>26</b>	<b>66</b>	<b>11</b>	<b>75</b>	<b>244</b>	<b>142</b>

Fuente: Elaboración propia a partir de *Las Entidades Locales en las Comunidades Autónomas. Estudio de los datos contenidos en el Registro de Entidades Locales* (MPT, 2009).

general, es preciso señalar la existencia de situaciones diversas no sólo en función del tamaño del municipio sino también en función de la riqueza del territorio en que se localiza.

Asimismo, tienen una capacidad muy desigual para dotarse de equipos humanos cualificados, lo que afecta a sus posibilidades de producir conocimiento experto que puedan hacer valer ante otros actores. No obstante, tanto por su papel en la prestación de servicios, incluso cuando se trata de servicios de carácter no especializado, como por su situación en la base del sistema público de servicios sociales, constituyen un punto importante de producción de información relativa a la situación de los problemas a nivel local, lo que constituye un recurso valioso para las labores de planificación y evaluación de las actuaciones que han de llevar a cabo las CCAA.

### 3.4. *Las empresas y las organizaciones del tercer sector*

Las empresas privadas y las organizaciones sin ánimo de lucro desempeñan en el SAAD el papel de productoras de servicios de atención a la dependencia. En la actualidad son responsables de una parte muy sustancial de la oferta disponible en campos como la asistencia domiciliaria, la teleasistencia, los centros de día/noche y la atención residencial (SANCHO *et al.*, 2007, pp. 30 y ss.; FUNDACIÓN CASER, 2009, p. 7).

Su recurso fundamental son los equipos humanos, compuestos por asalariados o voluntarios, que movilizan para la prestación de los distintos tipos de servicios personales. Su contacto directo con los usuarios las convierten en actores importantes para la captación de información operativa a nivel local.

Las AAPP recurren a las empresas y organizaciones del tercer sector por diversas razones, algunas de carácter técnico, otras vinculadas a la concepción que los responsables públicos tengan acerca de los papeles respectivos del Estado y de la sociedad en materia de servicios sociales. Entre las primeras se encuentran la mayor flexibilidad y la descarga de trabajo que se deriva de la contratación externa frente a la producción propia. Entre las segundas, la mayor o menor importancia que se otorgue al principio de subsidiariedad o las ventajas derivadas del estímulo de la actividad económica vinculado a la apertura al mercado de un sector de actividad con considerables perspectivas de crecimiento.

La consolidación de los servicios a las personas en situación de dependencia se está produciendo de forma paralela al crecimiento de la presencia de la iniciativa privada en materia sanitaria. El incremento de las capacidades en manos de las empresas del sector socio-sanitario más relevantes contribuirá, inevitablemente, al reforzamiento de su influencia en las redes de prestación de este tipo de servicios.

## 4. **La aplicación de la LAPAD y sus implicaciones para los municipios**

La implantación de las previsiones de la LAPAD y su desarrollo a lo largo de estos tres años de vigencia ponen de manifiesto las dificultades inherentes a un empeño de considerable envergadura, en última instancia la reformulación del sistema de servicios sociales en su conjunto, que se lleva a cabo en el marco de un sistema político fuertemente descentralizado y en un contexto económico de incertidumbre primero y recesión y austeridad después.

De acuerdo con los datos oficiales del SISAAD (MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, 2010) a fecha de 1 de febrero de 2010 existían expedientes en vigor correspondientes a un total de 1.164.960 solicitudes y se habían emitido 1.045.896 dictámenes, en los que se había reconocido el derecho a prestación a 753.521 personas, con un total de 583.470 prestaciones correspondientes a 505.098 beneficiarios<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Todas las cifras utilizadas en este apartado hacen referencia a los expedientes depurados y en vigor a 1 de febrero de 2010 y son, por tanto, algo inferiores a las correspondientes al total de la información histórica

Tres CCAA (Andalucía, Cataluña y la Comunidad Valenciana) suman 610.350 solicitudes, un 52,3 por 100 del total. La presentación de solicitudes es el resultado final de un proceso de información a los ciudadanos y de apoyo en el proceso de elaboración de la solicitud en el que juegan un papel de cierta importancia tanto los servicios sociales municipales como diversas organizaciones sociales, además de la propia AGE y las CCAA (GRUPO DE EXPERTOS PARA LA EVALUACIÓN DE LA LAPAD, 2009, p. 13). El esfuerzo desplegado en materia de información y ayuda a los ciudadanos interesados es uno de los factores a tener en cuenta a la hora de explicar las notables diferencias existentes entre las CCAA en lo que se refiere al número de solicitudes presentadas, que no guardan una relación perfecta con la población de las mismas. Así en Andalucía, con el 17,8 por 100 de la población, se presentan 341.566 solicitudes (el 29,3 por 100 del total). También en el País Vasco, La Rioja, Castilla-La Mancha y Aragón el número de solicitudes supera al peso demográfico de la comunidad respectiva. En el otro extremo se sitúan la Comunidad de Madrid (un 13,7 por 100 de la población y un 5,5 por 100 de las solicitudes), Canarias o la Región de Murcia.

Una vez presentada la solicitud se lleva a cabo el proceso de valoración de la misma y la posterior definición del PIA, que incluye la combinación de servicios y prestaciones que se estiman más adecuados. Como se señaló anteriormente, la valoración y definición final del contenido del PIA corresponden a las CCAA. No obstante, tanto en un caso como en el otro, los servicios sociales municipales pueden desempeñar un papel relevante (GRUPO DE EXPERTOS PARA LA EVALUACIÓN DE LA LAPAD, 2009, pp. 17 y ss.). En el caso de la valoración, existe un informe social previo que es elaborado por los servicios sociales de base, habitualmente dependientes de los ayuntamientos. Los equipos sociales municipales, en particular en el caso de los municipios de mayor población, pueden encargarse asimismo de hacer una valoración y una propuesta de PIA.

También es posible constatar la existencia de diferencias considerables entre CCAA en lo que se refiere a los plazos de resolución del procedimiento de valoración, situación en la que inciden, entre otros factores, el grado de desarrollo de los sistemas de servicios sociales en los respectivos territorios, la distribución de tareas entre CCAA y GGLL y la eficacia de los mecanismos de coordinación entre ellos. A fecha de 1 de febrero de 2010, el conjunto de CCAA y las ciudades autónomas habían emitido los dictámenes correspondientes al 89,8 por 100 de las solicitudes. No obstante, mientras la Región de Murcia, la Comunidad de Madrid, Cataluña y la Comunidad Valenciana presentaban porcentajes de resolución superiores al 95 por 100, Canarias, el Principado de Asturias y Extremadura habían elaborado dictámenes para menos del 80 por 100 de las solicitudes. Con todo, la situación ha mejorado discretamente respecto de la existente en junio de 2009, momento en que el porcentaje de dictámenes sobre solicitudes se situaba en el 86,7 por 100. Con la excepción de Galicia, que ha incrementado de manera notable su proporción de resoluciones, no se han producido cambios significativos en la situación relativa de las CCAA.

---

incorporada al SISAAD. Las cifras brutas para la misma fecha son, respectivamente, 1.306.239 solicitudes, 1.156.560 dictámenes, 856.475 personas con derecho a prestación y 637.839 prestaciones.

Hay algo más de medio millón de beneficiarios con prestaciones del SAAD. Andalucía (150.199, un 29,7 por 100), Cataluña (76.699, un 15,2 por 100), Castilla y León (37.495, un 7,4 por 100) y el País Vasco (33.727, un 6,7 por 100) reúnen a casi el 60 por 100 del total.

En su momento se mencionó que la LAPAD establece una primacía de los servicios frente a las prestaciones económicas, que se mantienen como una opción de carácter excepcional. Pues bien, hasta la fecha, los contenidos de los PIA aprobados contradicen de manera palmaria las previsiones legales. Del total de prestaciones concedidas (583.470), la mitad son prestaciones económicas para cuidados familiares. Si a éstas añadimos las dedicadas a la adquisición de servicios y a la contratación de asistencia personal la proporción se eleva al 56,9 por 100. El 40 por 100 restante se desglosa de la siguiente manera: atención residencial, 17,5 por 100; ayuda a domicilio, 10,7 por 100; teleasistencia, 9,2 por 100; centros de día/noche, 5,1 por 100, y servicios para la prevención de la dependencia, 0,5 por 100.

A esta situación habrían contribuido de manera importante tres factores: las preferencias expresadas por los solicitantes (a quienes se consulta en el momento de elaborar el PIA), el insuficiente desarrollo de las redes de servicios públicos y concertados, y la mayor simplicidad de la gestión de las prestaciones económicas en comparación con la de los servicios, variable importante si tomamos en consideración la preocupación que se había generado como consecuencia de la acumulación de solicitudes sin resolver. A ellas es preciso añadir, como es lógico, las propias preferencias de la comunidad autónoma en materia de protección social.

Dentro de la pauta general antes descrita, aparecen interesantes diferencias entre CCAA. Así, en el caso de Andalucía, sin perjuicio del mayor peso de las prestaciones económicas, se aprecia un cierto énfasis en los servicios de ayuda a domicilio y teleasistencia (cerca del 40 por 100 del total de prestaciones). En Aragón y la Región de Murcia el predominio de las prestaciones económicas es muy notable (superior al 80 por 100 del total). Pero sin duda el caso más singular es el de la Comunidad de Madrid, que de hecho pone de manifiesto la existencia de un sistema de preferencias distinto del vigente a nivel nacional. En el caso de esta comunidad un 74,1 por 100 de las prestaciones van dirigidas a los servicios de atención residencial y centros de día/noche, con especial énfasis en los primeros, rasgo que también está presente, aunque con menor intensidad, en el caso de la Comunidad Valenciana.

Resulta claro que, al menos hasta el momento, los contenidos de los PIA no implican un reforzamiento significativo del papel de los municipios en el SAAD, en tanto que existe un claro predominio de las prestaciones económicas y una presencia relativamente escasa de los servicios de asistencia domiciliaria, teleasistencia, así como una práctica ausencia de los servicios para la prevención de la dependencia y de promoción de la autonomía personal, ámbitos en principio más adecuados para la actividad de la mayoría de ayuntamientos.

Existe una coincidencia de fondo entre distintos analistas a la hora de señalar algunos aspectos de la implantación de la LAPAD que han resultado especialmente problemáticos (CONSEJO GENERAL DTS, 2008; GRUPO DE EXPERTOS PARA LA EVALUACIÓN DE LA LAPAD, 2009). Así, se han puesto de manifiesto las limitaciones de los mecanismos de coordinación tanto entre niveles de gobierno como entre el ámbito de los servicios sociales y el de la atención sanitaria en el SAAD. También se señala la necesidad de reconocer a los ayuntamientos una posición acorde con la importancia de las labores que realizan en los niveles básicos del sistema de servicios sociales. Por último, existe una preocupación generalizada acerca de la precaria situación de los servicios sociales en los pequeños municipios rurales, que puede comprometer la eficacia del SAAD en ese ámbito.

#### IV. CONCLUSIONES

El envejecimiento de la población plantea retos importantes a los Estados del Bienestar, que deben hacer frente a las necesidades de cuidados de larga duración que requiere un porcentaje creciente de la población. La situación es especialmente delicada en el caso de aquellos países, como España, en que las familias, y particularmente las mujeres, se han ocupado tradicionalmente del cuidado de las personas en situación de dependencia. Los cambios culturales y la incorporación de la mujer al mercado de trabajo están convirtiendo en inviable ese modelo de protección y están obligando a los poderes públicos a establecer mecanismos basados en redes formales de prestación de servicios. La aprobación de la LAPAD responde a ese tipo de estrategia.

Desde un punto de vista político, la LAPAD es un intento, por parte del nivel nacional de gobierno, de mantener cierta capacidad de influencia en un área de política pública relevante para el conjunto de los ciudadanos en la que el modelo de distribución de responsabilidades entre los distintos niveles territoriales le ha dejado poco margen de actuación. Desde el punto de vista de la gestión, la LAPAD supone un avance hacia la integración del conjunto de recursos e iniciativas existentes en materia de atención a la dependencia, si bien lo hace en el marco de un sistema complejo en el que la consecución de los objetivos finales del SAAD escapa al control de cada uno de los actores considerados individualmente.

De acuerdo con lo establecido en la LAPAD, el SAAD se incardina en el sistema de servicios sociales e implica necesariamente a los tres niveles de gobierno y a distintos actores privados. La gestión de los servicios y de las prestaciones económicas incluidas en el SAAD es el resultado del funcionamiento de redes multiorganizativas e intergubernamentales. El grado de control que la AGE, las CCAA, los GGLL, las empresas privadas prestadoras de servicios y las organizaciones del tercer sector ejercen sobre distintos tipos de recursos da lugar a situaciones de interdependencia que adquieren rasgos peculiares en los diferentes territorios.

La posición de los municipios en el SAAD está condicionada por la sujeción de éstos a la legislación autonómica en materia de servicios sociales, por su escasa presencia en los

órganos de cooperación del SAAD a nivel nacional, por su situación financiera relativamente débil y por sus limitadas posibilidades de contar con sólidos equipos técnicos. En las relaciones autonómico-locales parece claro que los municipios dependen más de las CCAA que éstas de aquéllos. No obstante, variables como el tamaño del municipio, la riqueza asociada al territorio, las conexiones con otros gobiernos locales, con los actores privados o con la AGE, así como el propio modelo territorial de la comunidad autónoma en materia de servicios sociales tienen una gran importancia a la hora de valorar la situación concreta.

Pese a que la LAPAD expresa una clara preferencia por los servicios frente a las prestaciones económicas como medio para cubrir las necesidades de atención a las personas dependientes, los PIA definidos hasta el momento muestran una orientación distinta de la previsión contenida en la ley. Asimismo reflejan una combinación de servicios y prestaciones económicas que, en términos generales, no contribuye al reforzamiento de las estructuras de servicios sociales a nivel municipal.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AGRANOFF, R.: «Intergovernmental Politics and Policy: Building Federal Arrangements in Spain», *Regional Politics & Policy*, vol. 3, núm. 2, 1993, pp. 1-28.
- AJA, E.: *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- ARRIBA, A., y MORENO, F. J.: *El tratamiento de la dependencia en los regímenes de bienestar europeos contemporáneos*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Política Social —IMSERSO—, 2009.
- CICUÉNDEZ, R., y RAMOS, J. A.: «Gobernar la diversidad territorial en el Estado autonómico: mecanismos institucionalizados de relación entre Comunidades Autónomas y Gobiernos locales», en *La Administración pública entre dos siglos. Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo*, coordinado por M. ARENILLA, Madrid, INAP (en prensa).
- CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE DIPLOMADOS EN TRABAJO SOCIAL: *Crónica del Primer Observatorio Nacional de los Servicios Sociales: Análisis de la implantación de la LAPAD*, Madrid, 25 de enero de 2008, en [http://www.cgtrabajosocial.es/media/Cronica\\_Observatorio\\_25-01-08.pdf](http://www.cgtrabajosocial.es/media/Cronica_Observatorio_25-01-08.pdf).
- CVIDA: *El sistema estatal de atención sociosanitaria en el ámbito de la dependencia. El caso español y otros modelos de referencia (2009)*, Valencia, CVIDA/Universidad Politécnica de Valencia, 2009.
- FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS: *Propuestas de alegaciones de la FEMP al anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*, 2006, <http://www.imserso.es/Presentacion/groups/imserso/documents/binario/fempdepinf.pdf>.
- FERRERA, M.: «Los Estados del Bienestar del Sur en la Europa social», en *El Estado del Bienestar en la Europa del Sur*, coordinado por S. SARASA y L. MORENO, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 85-111.
- FUNDACIÓN CASER DEPENDENCIA: *Ayudas a la dependencia en España: situación actual*, 2009, <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/caser-ayudas-01.pdf>.
- GARCÍA, J., y ÁLVIRA, F.: «Personal al servicio de las administraciones públicas», *Papeles de Economía Española*, núm. 68, 1996, pp. 199-206.

- GRUPO DE EXPERTOS PARA LA EVALUACIÓN DE LA LAPAD —IMSERSO—: *Informe final del grupo de expertos para la evaluación del desarrollo y efectiva aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia*, septiembre de 2009, en <http://www.imserso.es/Presentacion/groups/imserso/documents/binario/informesaadgexpertos.pdf>.
- KICKERT, W. J. M.; KLIJN, E.-H., y KOPPENJAN, J. F. M.: «Introduction: A Management Perspective on Policy Networks», en *Managing Complex Networks. Strategies for the Public Sector*, coordinado por W. J. M. KICKERT, E.-H. KLIJN y J. F. M. KOPPENJAN, London, SAGE Publications, 1997, pp. 1-13.
- MARBÁN, V.: «Atención a la dependencia», en *Reformas de las políticas del bienestar en España*, coordinado por L. MORENO, Madrid, Siglo XXI, 2009, pp. 207-237.
- MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: *Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, MAP, 2008.
- *Sistema de Información Local*, en [http://www.map.es/documentacion/politica\\_local/sistema\\_de\\_informacion\\_local\\_-SIL-/](http://www.map.es/documentacion/politica_local/sistema_de_informacion_local_-SIL-/).
- MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL —IMSERSO—: *Información estadística del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia. Situación a 1 de febrero de 2010*, en [http://www.imserso.es/dependencia\\_01/documentacion/estadisticas/datos\\_estadisticos\\_saad/index.htm](http://www.imserso.es/dependencia_01/documentacion/estadisticas/datos_estadisticos_saad/index.htm).
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES —IMSERSO—: *Atención a las personas en situación de dependencia en España. Libro Blanco*, Madrid, MTAS-IMSERSO, 2005.
- MITXELENA, C.: *Financiación autonómica y cohesión territorial*, Madrid, Thomson Cívitas, 2006.
- MORENO, L.: *La federalización de España*, Madrid, Siglo XXI, 1997.
- «Le modèle de protection sociale des pays d'Europe du Sud: Permanence ou changement?», *Revue Française des Affaires Sociales*, 2006/1, 2006, pp. 81-105.
- RHODES, R. A. W.: *Control and power in central-local government relations*, Farnborough, Gower, 1981.
- RODRÍGUEZ CABRERO, G.: «La protección social a las personas en España en el contexto de las políticas europeas de cuidados de larga duración», en *Actores sociales y reformas del bienestar*, G. RODRÍGUEZ CABRERO, A. ARRIBA, V. MARBÁN y O. SALIDO, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2005, pp. 54-81.
- SANCHO, M. et al.: «Las personas mayores y las situaciones de dependencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70, 2007, pp. 13-43.
- SCHARPF, F. W.: «Interorganizational Policy Studies: Issues, Concepts and Perspectives», en *Interorganizational Policy Making. Limits to Coordination and Central Control*, coordinado por K. I. HANF y F. W. SCHARPF, London, SAGE Publications, pp. 345-370.



---

# Más gestores y fiscalizadores que alcaldes. El legado del nuevo laborismo en el sistema de gobiernos locales

Chris GAME \*

*Instituto de Estudios de Gobierno Local (INLOGOV)*

*Universidad de Birmingham, Inglaterra*

## RESUMEN

*El autor del artículo realiza una caracterización del legado del nuevo laborismo en el sistema de gobiernos locales del Reino Unido a través del uso simbólico del método empleado por la protagonista de la película «El diario de Bridget Jones» para evaluar su vida. Con este propósito, analiza las políticas aplicadas por los gobiernos conservadores de Margaret Thatcher y John Major, y los contraponen a las medidas promovidas por el Nuevo laborismo de Tony Blair en la denominada «Agenda de Modernización de los Gobiernos Locales». El estudio se centra, básicamente, en dos aspectos claves del legado: la mejora de la prestación de servicios por parte de los gobiernos locales y la renovación democrática de los mismos. El resultado de esta comparación es inesperado.*

**Palabras clave:** financiación local, impuesto local, responsabilidad local, acuerdos de gestión.

## ABSTRACT

*The author of the article, carries out a characterization of the legacy of New Labour in local government system in the United Kingdom through the symbolic use of «Bridget Jones's Diary» film protagonist's method to evaluate her life. With this objective, analyze the policies pursued by Conservative governments of Margaret Thatcher and John Major, and in contrast to the measures promoted by New Labour of Tony Blair in the so-called «Agenda for the Modernization of Local Governments». The study focuses primarily on two key aspects of the legacy: the improvement service delivery and democratic renewal of the Local Governments. The result of this comparison is unexpected.*

**Key words:** local finance, Council tax, accountability, management arrangements.

---

\* Traducción de Z. LÓPEZ CÁRCAMO y O. GÓMEZ RODRÍGUEZ (IDL-UAM).

**SUMARIO:** I. SOBRE LOS CRONISTAS.—II. EL PASADO ES UN PAÍS EXTRAÑO.—III. LA AGENDA DE MODERNIZACIÓN DE GOBIERNOS LOCALES.—IV. LAS POLÍTICAS DE MODERNIZACIÓN APUNTABAN A LA MEJORA DEL SERVICIO.—1. La política del «Best Value-BV».—2. La evaluación global de funcionamiento (CPA).—3. Acuerdos de Servicio Público Local (*Local Public Service Agreements-LPSAs*).—4. Acuerdos de Área Local (LAAs).—V. POLÍTICAS DE MODERNIZACIÓN DESTINADAS A LA RENOVACIÓN DEMOCRÁTICA.—1. La Autoridad del Gran Londres y el alcalde de Londres.—2. Los acuerdos de gestión política de los ayuntamientos y los alcaldes electos.—3. El aumento de la participación electoral y de la diversidad de los concejales.—VI. LA FINANCIACIÓN LOCAL. LOS PECADOS DE OMISIÓN.—VII. EL LEGADO DEL NUEVO LABORISMO. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. SOBRE LOS CRONISTAS

Cuando los ministros del gobierno británico intuyeron que el electorado les conduciría, en el mejor de los casos, al cese de sus actividades en el cargo, muchos se volcaron en sus diarios (sus planes de pensiones, como se les conoció popularmente), ya que los políticos e incluso los ministros estaban peor remunerados de lo que están actualmente. Mucho más fácil de producir que unas memorias o una autobiografía, un diario puede escribirse con un estilo más informal e indiscreto, empleando fuentes menos rigurosas y, sobre todo, puede llegar a ser más rentable al publicarlo por entregas en la prensa.

El gobierno laborista entre los años 1964 y 1970 produjo una inmensa oleada de genuinos y reveladores diarios de destacados ministros: Bárbara Castle, Tony Benn y el primero y más conocido Richard Crossman, que con sus volúmenes aportó material suficiente para las comedias de televisión tan populares en los años ochenta: «Yes, Minister» y «Yes, Prime Minister». Pero los tiempos han cambiado. El gobierno laborista de los años 1997 al 2010 ya ha escrito sus diarios y habrá más, pero es poco probable que sean tan leídos o minuciosamente estudiados como los de sus predecesores. Si se pregunta al público en general qué biografía asocian más rápidamente con los años del cambio de siglo, la respuesta seguramente será el personaje de ficción *Bridget Jones*.

El «Diario de Bridget Jones» ahora mundialmente conocido, a raíz del éxito de la película de Renée Zellweger, apareció primero en formato de libro en 1996, con la ayuda de la autora H. FIELDING, poco antes de que el nuevo gobierno laborista de Tony Blair llegara al poder. Éste no es en sí mismo, obviamente, un diario político sino una obra moderna que constituye un marco apropiado para comentar la trayectoria gubernamental del nuevo gobierno laborista. El estilo favorito de Bridget para registrar y evaluar su vida es proponerse una serie de nobles intenciones y autoevaluaciones con estadísticas sobre sus continuos cambios de peso, consumo de calorías, los cigarrillos fumados, el alcohol ingerido, su vida sexual y el resto de cosas que esto conlleva.

La evaluación al estilo «Bridget Jones» de los tres mandatos del nuevo gobierno laborista liderados por Tony Blair (1997-2007), seguido luego por Gordon Brown, puede representarse como se muestra en el cuadro 1. Es casi inevitable un historial de altibajos,

**CUADRO 1**  
 UNA EVALUACIÓN AL ESTILO BRIDGET JONES DE LA TRAYECTORIA  
 DEL GOBIERNO LOCAL LABORISTA

Situación en 2009/10		Diagnóstico	
1	La caída en el número de ayuntamientos controlados por los laboristas en Gran Bretaña, 205 de los 441 que había en 1997/98.	166 81%	Pobre: incluso teniendo en cuenta que todos los partidos del gobierno perdieron las elecciones locales al volverse impopulares en toda la nación.
2	La participación a escala nacional en las elecciones locales recientes (2008).	37%	No muy bueno para un gobierno que iba a aumentar el interés y la participación de la gente en el gobierno local.
3	La media de edad de los concejales, comparado con los 55,4 años en 1997.	58,8	No muy bueno para un gobierno que prometió aumentar el número de concejales jóvenes —así como el de mujeres y discapacitados—.
4	El número de leyes aprobadas desde 1997 que incluyen el término «gobierno local» en el título.	Aprox. 300	Sería muy bueno si dieran premios a la productividad legislativa, pero, como las calorías, menos es siempre mejor.
5	La creación de órganos legislativos descentralizados, con una considerable independencia de Westminster.	3	Bueno: los compromisos del manifiesto sobre el Parlamento Escocés, las Asambleas de Gales e Irlanda del Norte se cumplieron rápidamente.
6	El número de capitales de ciudad que no pasarán más tiempo sin la elección directa de un gobierno como ha sucedido en Londres desde 1986.	1	Bueno: la creación de la Autoridad del Gran Londres, liderada por un alcalde carismático y una Asamblea elegidos directamente, que probó ser una reforma exitosa.
7	El número de alcaldes ejecutivos elegidos de forma directa en los 376 ayuntamientos ingleses y galeses de las afueras de Londres.	11	Decepcionante: para pretender ser una de las reformas más importantes de gobiernos locales.
8	El número de categorías que hacen falta para medir y comparar el total de actuaciones de la amplia y multi-funcional lista de autoridades locales.	5	Controvertido: ¿pueden realmente todas las autoridades clasificarse en una escala de 5 puntos de «excelente a pobre» o de 4 a 0 estrellas?
9	El número de Autoridades locales de Inglaterra con una pobre actuación o «0 estrellas».	0	Todavía más controvertido, tampoco ayuda el hecho de que el público nunca daría crédito si se enterasen.
10	El número de devoluciones que de media tuvo que realizar cada gobierno local en 2005/06 a los departamentos del gobierno central.	566	Muy triste: especialmente si añadimos el coste anual a los 1,8 millones de libras que de media genera la autoridad local (2 millones de euros más). La desconfianza del gobierno central en las autoridades locales implica que su responsabilidad con los propios residentes y votantes aumenta en lugar de reducirse.

CUADRO 1. (Continuación)

Situación en 2009/10		Diagnóstico	
11	La proporción de los pagos totales de impuestos públicos que van al gobierno central en lugar de al gobierno local.	95,3	Otra cosa más que el público y la mayoría de los contribuyentes del ayuntamiento encontrarían sorprendente si lo supieran. Otra medida que expresa la falta de equilibrio en las relaciones entre gobierno central y local de Reino Unido.
12	El número de reformas pertinentes para el sistema local de impuestos.	0	Más que triste: porque ésta no era una reforma que fuera rechazada, sino que un gobierno con tres grandes mayorías parlamentarias sucesivas no tuvo ni siquiera la valentía de intentarlo.

pero si recordamos las esperanzas que se habían puesto en la llegada de Tony Blair al gobierno, muchos en el mundo del gobierno local lo verían, más bien, como una lista de deseos frustrados, oportunidades perdidas y un incesante control central. Para aquellos, como los lectores de este Anuario, que están menos involucrados personalmente en los hechos descritos, esta exposición les revelará algunas claves fundamentales (en algunos casos, únicas) sobre las características del sistema de gobierno local británico.

## II. EL PASADO ES UN PAÍS EXTRAÑO

Bridget Jones era una entusiasta del Nuevo Laborismo, tanto del Primer Ministro en persona como de su esposa, según registró en su diario el día 2 de mayo de 1997, el día siguiente a las Elecciones Generales:

«Cherie Blair es fantástica. Mira, ella probablemente tampoco entraría en esos diminutos bikinis que se prueban en vestuarios comunitarios. Tal vez las cosas cambiarán bajo la dirección de Blair, quien ordenará a todas las tiendas de ropa empezar a producir prendas que se ajusten de manera atractiva al trasero de todas. Me preocupa, sin embargo, que el nuevo laborismo sea como cuando tienes un flechazo con alguien, un día consigues una cita con él, y después, cuando tienes tu primera pelea se convierte en una catástrofe. Aun así, Tony Blair es el Primer Ministro con el que puedo imaginarme teniendo sexo voluntariamente...».

Pocos irían tan lejos como para calificar de «catástrofe» el desempeño de Blair y su Administración, al menos en relación con el gobierno local. Pero millones de personas han experimentado una sensación real de decepción, como le ocurrió al académico experto en gobiernos locales Tony Travers que, al tiempo que Tony Blair dimitía como primer ministro en 2007, venía a decir:

«Es difícil creer el optimismo que derrochaba la gente durante los primeros días del nuevo gobierno laborista ... el final de la limitación del impuesto municipal (*council tax*

*capping*) parecía estar cerca; la abolición de la Licitación Competitiva Obligatoria (*Compulsory Competitive Tendering, CCT*); sería posible que las tasas de negocios retornaran al gobierno local... nuevos ministros hablaron valientemente acerca de la necesidad de fortalecer y revitalizar al gobierno local —una nueva Ilustración tal vez?... el pasado es, ciertamente, un país extraño» (TRAVERS, 2007, p. 20).

Igual de extraño es que, a día de hoy, cuando el país se prepara para las elecciones generales de mayo de 2010 y para la esperada derrota del gobierno de Brown, los ministros estén todavía recortando los presupuestos y los impuestos municipales de cada autoridad local y continúen estableciendo tasas de negocios (impuestos sobre la propiedad). De hecho, siguen sin mejorar los aspectos democráticos más perjudiciales del sistema de finanzas local: desapareció la Licitación Competitiva Obligatoria (CCT), pero se reemplazó por sistemas de actuación inmensamente más caros y por un asesoramiento externo. Como se verá a lo largo de este estudio, sin duda, los gobiernos locales se han transformado. Posiblemente se hayan modernizado, pero apenas se han fortalecido o mejorado, ya que los ministros, actuando como padres autoritarios, no supieron confiar en sus funcionarios y simplemente dejarlos actuar.

Lo irónico es que este autoritarismo gubernamental es precisamente la crítica que, estando en la oposición, el partido laborista lanzaba a sus predecesores, los Conservadores —como se vio en el libro de 1996/97, casi un anteproyecto para el nuevo gobierno laborista: *The Blair Revolution: Can New Labour Deliver?* La Revolución de Blair: ¿puede un nuevo laborista cumplir?—. Bajo el mando de Margaret Thatcher los conservadores llegaron al poder en 1979.

«en un firme compromiso de liberar a los gobiernos locales de sus limitaciones. (Ellos) prometieron: “nosotros eliminaremos el tedioso y excesivo control sobre los gobiernos locales. El gobierno local será elegido directamente, no necesitará la continua y asfixiante supervisión que existe en la actualidad”. Sin embargo, lejos de reducir el poder del Estado central, se ha reducido el poder de los gobiernos locales con cerca de 150 Actas Parlamentarias desde 1979... El gobierno de Thatcher arrebató a los londinenses el derecho a elegir una voz para su ciudad, abolió las autoridades metropolitanas y limitó la contribución municipal... el gobierno de Major asumió el poder para limitar los presupuestos de cada ayuntamiento...» (MANDELSON y LIDDLE, 1996, p. 196).

Los autores del libro eran el ahora Lord (Peter) Mandelson —futuro ministro del gabinete y cofundador, con Blair y Brown, del Nuevo Laborismo— y Roger Liddle, un consejero de Blair. Ambos, a diferencia de Blair, Brown y la mayoría de los líderes parlamentarios del partido, fueron también concejales laboristas. Por eso cuando apareció el titular «*Reviving local government*» («Reviviendo el gobierno local») (p. 197), donde hacían hincapié en el firme compromiso del nuevo gobierno laborista de dar marcha atrás en la trayectoria de los conservadores y propiciar un cambio cultural en las relaciones del gobierno central-local, se consideró como una mera retórica:

«Los laboristas deben actuar para revitalizar el gobierno local... Cuanto más cercanos estén la política y el poder al pueblo, más oportunidad habrá de interactuar con ellos... Propiciar tal cercanía tiene que constituir una de las prioridades principales para un go-

bierno que realmente cree en un enfoque ascendente y no descendente... que elogia la diversidad y la iniciativa local y que cree que las soluciones uniformes no funcionarán».

En este caso, como ya se ha sugerido, los planes de dar un enfoque ascendente, los elogios a la diversidad y el rechazo a las soluciones uniformes, sirvieron para probar justamente que estos propósitos durarían tan poco como los de *Bridget Jones* para dejar de fumar, reducir la circunferencia de sus muslos o dejar de enojarse por no tener novio. En ese momento, sin embargo, no podíamos saber esto, porque el programa detallado del Nuevo Laborismo con su proclamada revitalización del gobierno local, la Agenda de Modernización del Gobierno Local, estaba apenas en sus primeros borradores.

### III. LA AGENDA DE MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL

Si el reinventado partido laborista de Tony Blair, que llegó al poder en mayo de 1997, hubiera tenido que resumir su misión en un eslogan de una sola palabra, habría sido, sin duda, «modernización». El Nuevo Laborismo modernizaría las instituciones y las prácticas obsoletas (comenzando por el gobierno local). Pero enseguida surgió un problema: tras años de impopularidad del gobierno conservador y el colapso del respaldo de dicho partido en las elecciones locales, la mayoría de las principales autoridades locales de la nación estaban controladas o dominadas por concejales laboristas [*vid.* cuadro 1 (1)]. Habiendo luchado en un frente imaginario contra el deterioro causado por las Administraciones de Thatcher y Major, estos activistas laboristas ciertamente querían la reforma. Algunos incluso deseaban la reversión de algunas de las políticas de los conservadores a las que los líderes de sus partidos se habían opuesto tan vehementemente cuando estaban en la oposición. Por tanto, difícilmente podría esperarse que recibieran con agrado los pronunciamientos ministeriales según los cuales ellos mismos y sus ayuntamientos eran parte, tanto del problema, como de la solución.

Desde el principio, el Nuevo Laborismo dejó claro que la forma tradicional de actuar de los gobiernos locales tenía que cambiar y, de acuerdo con las directrices que se establecerían en la «Agenda de Modernización del gobierno local», por medio de la política de incentivos «del palo y la zanahoria» (WILSON y GAME, 2006, pp. 174-178). Los gobiernos locales que simpatizaran con las medidas del gobierno serían recompensados con más «libertades y flexibilidades» (las zanahorias), y los que se resistieran, se les recordaría con dureza que, en el sistema gubernamental unitario del Reino Unido, el gobierno nacional es el que tiene tanto la máxima autoridad como la última palabra. Los ministros podrían y debían intervenir y, en último caso, levantar el palo para ceder el control de la recalcitrante autoridad local a otra agencia.

El conjunto de medidas, ahora conocidas como la Agenda de Modernización del Gobierno Local (*Local Government Modernisation Agenda, LGMA*), sólo alcanzó su forma final durante el segundo mandato del gobierno (2001-2005). Los 23 proyectos e iniciativas detalladas en la destacada página Web del Departamento de las Comunidades y el Gobierno Local (*Department for Communities and Local Government, DCLG, n.d.*)

(temas del exhaustivo programa de evaluación de estudios del gobierno) se lanzaron y desarrollaron durante años. Pero la aparición, cada vez mayor, de la LGMA y su alcance no son preocupaciones relevantes en este artículo, pues su objetivo no es detallar la historia, sino dar una visión general de los elementos más destacados de la LGMA desde la aventajada perspectiva que nos dan los años 2009-2010.

Entre las diversas maneras de clasificar temáticamente las iniciativas de la LGMA, este artículo ha adoptado la división más simple posible al reflejar las dos funciones básicas de los gobiernos locales: sus funciones de servicio y sus funciones políticas. La mayoría de las políticas que demandaban atención en el legado del Nuevo Laborismo se orientaron hacia *la mejora del servicio*, una priorización tomada directamente del gobierno conservador. En menor medida, y esto en sí mismo es un rasgo del legado, se dirigieron hacia una *renovación democrática* y del papel que los *Councils* tenían como instituciones locales de autogobierno y como prestadores de servicios.

#### IV. LAS POLÍTICAS DE MODERNIZACIÓN APUNTABAN A LA MEJORA DEL SERVICIO

Mientras muchas de las iniciativas de la LGMA apuntaban directa o indirectamente a mejorar el funcionamiento de los servicios, sus métodos variaban. Algunos buscaron cambios en la autoridad local: una gestión más eficaz del funcionamiento y sistemas de evaluación más efectivos, un mejor planeamiento estratégico, adquisiciones más eficientes; otros abogaban, especialmente, por el trabajo en colaboración por medio de *agencias* que actuasen entre las autoridades locales y las entidades privadas, entre los sectores voluntarios y de la comunidad.

##### 1. La política del «Best Value-BV»

La política del «Best Value» (calidad óptima) reemplazó la política de la CCT del gobierno conservador, la cual había requerido que las autoridades locales compararan el coste de ciertos servicios internos realizados por personal propio con el coste ofertado por los contratistas privados interesados, y conceder el contrato de servicios al mejor postor. Mientras sólo el 25 por 100 del coste total del contrato realmente iba a contratistas privados, estas CCTs fueron muy impopulares entre el movimiento laborista, y su abolición se convirtió en un imperativo político. Esto representaba un dilema para el nuevo partido laborista de Tony Blair, con una ideología más centralista y su política de BV se consideró un compromiso abierto, aboliendo elemento obligatorio pero manteniendo la parte competitiva.

El régimen del «Best Value» implicaba que los ayuntamientos llevaran a cabo acuerdos (en forma de evaluaciones constantes de los servicios y de un plan de funcionamiento anual BV) para asegurar la mejora *continua* en la forma en que ellos asumían *todas* sus responsabilidades de servicio. La letra cursiva resalta las distinciones claves entre la

CCT y el BV, lo que hacía a este último, al menos inicialmente, más aceptable para los mismos partidarios del gobierno. Sin embargo, pronto comprendieron, que el régimen del «Best Value» era tan centralista como lo había sido la CCT, y potencialmente incluso más intervencionista, ya que éste se aplicaba a todos y cada uno de los servicios prestados por el ayuntamiento.

Introducido en la primera Ley del Gobierno local del Nuevo Laborismo (1999), el sistema del BV requería la participación de las entonces 409 principales autoridades locales existentes en Inglaterra y Gales (los gobiernos locales escoceses habían pasado a ser responsabilidad del nuevo Parlamento escocés [cuadro 1 (5)], para revisar todas sus funciones durante un período de cinco años. Cada servicio tenía que ser analizado rigurosamente: por qué y cómo estaba siendo financiado; cómo se comparaba su calidad con la de otros ayuntamientos similares y si podría mejorarse su calidad y eficiencia por medio de financiaciones alternativas, posiblemente del sector privado. Los planes de actuación del sistema de BV estaban sujetos a auditorías externas, y todas las funciones del ayuntamiento a una inspección regular y a una evaluación por parte de la Comisión de Auditoría Independiente u otros inspectores especialistas.

La aplicación de sistema del BV representaba un reto importante para la mayoría de las autoridades y, en particular, para los ayuntamientos más pequeños y con menos personal. Algunos examinaban de forma rigurosa la subyacente necesidad de un servicio, en lugar de idear formas para mejorarlo. También había preocupación por el coste añadido, si lo había, de la política y, especialmente, de los recursos intensivos del régimen de inspección, cuestiones que serían ampliamente acentuadas con el programa que le siguió en 2002: *Comprehensive Performance Assessment-CPA* (la evaluación global de funcionamiento).

## 2. La evaluación global de funcionamiento (CPA)

La CPA no sustituía al sistema del BV, sino que más bien lo integraba. Esto se hace evidente en el sistema de doble puntuación utilizado por todos los servicios de inspección del BV con escalas de cuatro puntos para la «calidad de servicio» y «las perspectivas de mejora». La CPA, que se desarrolló en su totalidad durante el segundo período de gobierno laborista, aplicó un sistema de evaluación similar al BV, al funcionamiento de la autoridad local en su conjunto más que a los servicios por separado. Usando una escala similar, fijada por auditores externos, para todas las autoridades locales inglesas [salvo la Asamblea de Gales, que había optado por un Programa de Mejoramiento de Gales (*Wales Programme for Improvement-WPI*)], se les asignó una de las cinco categorías de funcionamiento: «excelente», «buena», «regular», «débil» y «pobre» [cuadro 1 (8)].

Siguiendo la metáfora de la «zanahoria y el palo» a la que se ha hecho referencia antes, se recompensó a los ayuntamientos calificados como «excelentes» y «buenos» con más «libertades y flexibilidades», como por ejemplo regímenes de inspección menos rigurosos, exclusión de los recortes de presupuesto y de los impuestos municipales, menor control de

los subsidios del gobierno y mayor poder de comercialización y endeudamiento, «privilegios» que en la mayoría de países europeos ya les pertenece por derecho constitucional. Los ayuntamientos que recibieron la calificación de «pobres» o «débiles» no fueron penalizados exactamente, sino que recibieron «un compromiso externo» (una especie de programa de terapia de recuperación llevada a cabo por funcionarios designados por el ministerio que supervisarían y asistirían al ayuntamiento para aplicar un plan de recuperación).

La CPA evaluó y calificó tres ámbitos principales de las actividades de un ayuntamiento: el rendimiento de sus servicios básicos en seis de sus áreas principales (servicios infantiles, atención social para adultos, vivienda, medio ambiente, cultura y subsidios), el uso de los recursos y su capacidad de mejora. No es de extrañar, que el intento oficial de juzgar a las organizaciones multi-funcionales y multi-servicios con un solo adjetivo calificativo, incluso en la cultura política sumamente centralista de Gran Bretaña, fuera tan polémico, ya que hasta las organizaciones excelentes tienen sus defectos y las de bajo rendimiento tienen sus oasis de buenas prácticas. La CPA requiere no sólo una cultura centralista y un gobierno central que la considere necesaria, conveniente y apropiada para controlar y medir de manera detallada las actividades de las autoridades locales elegidas democráticamente, sino que también se precisa una cierta escala de organización de los gobiernos locales para su realización. Como se muestra en el cuadro 2, el Reino Unido es el único país en Europa occidental

**CUADRO 2**  
MEDIDAS DEL GOBIERNO LOCAL Y CENTRALIZACIÓN FISCAL

	Pobl. (mill.)	Número de entidades inferiores (la mayoría locales) de los municipios principales	Población media por municipio	Total ingresos por impuestos por % de PIB 2007/2008	Impuestos estatales/ locales por % del total de cargas fiscales 2007/2008
Francia	64	36.682 Communes	1.750	43	12
España	46	8.115 Municipios	5.620	33	30
Alemania	82	12.339 Gemeinden	6.655	36	31
Italia	60	8.101 Comuni	7.395	43	16
Bélgica	11	589 Communes	18.180	46	29
Suecia	9	290 Kommuner	31.790	47	32
Países Bajos	16	443 Gemeenten	37.280	40	4
UK 2008	61	435 district, unitary council	140.000	38	4,7
UK 2009	61	407 district, unitary council	150.000		

Fuentes: DEXIA/CEMR, 2009; OECD, 2009, tablas A y 132; WILSON y GAME (2010), ch. 12.

que cumple ese pre-requisito, con una escala de gobierno subcentral que la mayoría de países difícilmente habrían reconocido como «local», incluso antes de 2009 el tramo de las fusiones incrementó aún más esta escala (GAME, 2010).

La manera más obvia de convencer a los escépticos del gobierno local de que la CPA no era solamente un estímulo importante para continuar la mejora del servicio sería asegurando que las evaluaciones comenzaran con una calificación favorable y que mejoraran cada año. De ese modo, demostrarían oficialmente que el funcionamiento del gobierno local era mucho mejor de lo que sus críticos alegaban. Curiosamente, esto es lo que ocurrió, de tal manera que en el plazo de cuatro años, a pesar de un reajuste del sistema de puntuación, el 79 por 100 de las autoridades unitarias y de nivel superior habían alcanzado las dos categorías más altas, sin que ninguna quedara por debajo (Comisión Auditora, 2009, p. 24). El gobierno local inglés, aparentemente, había alcanzado un estado envidiable donde las estadísticas del propio gobierno sugirieron que había poco margen para mejorar [cuadro 1 (9)], lo que a su vez plantea diversas cuestiones.

En primer lugar, cuál es el coste de toda esta evaluación. Es difícil dar cifras concretas para lo que fue sólo una parte de un complejo marco de gestión de funcionamiento que cubría tanto al gobierno central como al local y a otros numerosos organismos nacionales y regionales. De hecho, una de las estimaciones más fidedignas fue la de la Oficina Nacional de Auditoría (auditoría del propio gobierno central) en sus análisis a la investigación del gobierno local en el caso Lyon en 2006: «el alto coste de la vigilancia del gobierno local [se] estima actualmente en 2.000 millones de libras» (NAO, 2006, párrafo 12). Y la firma de consultores Pricewaterhouse Coopers encontró que una autoridad local intermedia requería 566 devoluciones al gobierno central con un coste medio de 1,8 millones de libras. Este informe «ascendente» representa el 80 por 100 del coste total de su rendimiento declarado [DCVL, 2006, p. 7, cuadro 1 (10)]. Aunque estas estimaciones no fuesen totalmente exactas, es difícil justificar el desvío de tales sumas en la prestación de servicios en un momento en que todos los organismos públicos estaban siendo presionados para ahorrar costes de forma más eficaz.

En segundo lugar, se plantea si los propios usuarios del servicio notaron las mejoras en el rendimiento de los ayuntamientos; en general, no (en parte porque muchos de ellos desconocían lo que era la CPA o la calificación de su ayuntamiento). Cuando se le preguntó colectivamente en encuestas nacionales de opinión realizadas de forma regular para comparar datos, si estaban «satisfechos con la forma en que su ayuntamiento gestionaba las cosas» el porcentaje se redujo de 55 por 100 en 2003 a 45 por 100 en 2008. Peor aún, para el 2008, los miembros del gobierno local se habían vuelto mucho menos populares que los dentistas (IPSOS MORI, 2009, pp. 10-11).

Tales hallazgos sugirieron que había una seria diferencia entre lo que la CPA estaba midiendo y lo que los vecinos estaban experimentando, una constatación que ayudó a dar forma al sistema de evaluación que sucedió a la CPA cuando ésta finalizó en 2008-2009. El Área de Evaluación Integral (*Comprehensive Area Assessment, CAA*) no se centra

en la prestación de servicios específicos por parte de los ayuntamientos, sino en cómo las comunidades están siendo provistas con un paquete completo de servicios públicos (es de esperar que coordinado), de salud, vigilancia, bomberos y servicios de rescate, así como por los propios ayuntamientos. Se reduce la puntuación y la calificación de los ayuntamientos, aunque no se elimina, y las áreas evaluadas se supone que se basan en prioridades locales, y no nacionales. Sin embargo, el CAA ha tenido un difícil comienzo y no hay ninguna garantía de que sobreviva a un cambio de gobierno (WILSON y GAME, 2010, ch. 10).

### 3. Acuerdos de Servicio Público Local (*Local Public Service Agreements-LPSAs*)

La CPA era, en el gobierno local, probablemente la política más controvertida de la LGMA. Los Acuerdos de Servicio Público Local (*Local Public Service Agreements, LPSAs*) fueron otra iniciativa basada en el incentivo, pero esta vez su limitado número de objetivos negociados y las bonificaciones en efectivo por cada éxito, la hicieron considerablemente más atractiva que la CPA. Los LPSAs son una forma de colaboración entre los departamentos gubernamentales y algunas autoridades locales, basada en la coordinación de compromisos. La autoridad se comprometió a impulsar, en un determinado período, una docena de mejoras visibles más allá de cualquier objetivo en su plan de funcionamiento del «Best Value». Los departamentos de gobierno pertinentes acordaron, en primer lugar, proporcionar subvenciones de «reactivación» para ayudar a las autoridades a alcanzar las mejoras, y también para gratificar el buen funcionamiento cuando así se reconociese. Los LPSAs se iniciaron en el año 2000 y fueron rápidamente aceptados por casi todos los grandes ayuntamientos que posteriormente formaron parte del modelo para liderar el proyecto de servicio público del tercer mandato Laborista: *Local Area Agreements-LAAs* (los Acuerdos de Área Local).

### 4. Acuerdos de Área Local (LAAs)

Los LAAs son como los LPSAs, pero a mayor escala. Son acuerdos de prestación del tipo LPSA central-local pero negociados, no entre los departamentos gubernamentales y las autoridades locales unitarias, sino entre toda una red completa de socios. En representación de las áreas locales están los Socios Estratégicos Locales (*Local Strategic Partnerships-LSP*). Éstos son organismos creados por el ayuntamiento y que se han convertido en los principales vehículos para que los representantes del sector público, privado y voluntarios trabajen juntos en la preparación de Estrategias Comunitarias Sostenibles. A través de ellos se abordan múltiples facetas de sus problemas, centrándose en áreas particulares como el declive industrial, el desempleo, la pobreza, la delincuencia, los servicios públicos (débiles), la desintegración familiar. En la mesa de negociación están las Oficinas de Gobierno para las Regiones (*Government Offices for the Regions, GORs*), los puestos regionales de «avanzada» de los principales departamentos de gobierno central.

Los LAAs son acuerdos trienales donde se detallan 35 objetivos de mejora en los ámbitos políticos como la infancia y la juventud, salud y tercera edad, de desarrollo económico y medio ambiente; los objetivos están extraídos de un conjunto nacional de indicadores de rendimiento que fueron reducidos en 2007 increíblemente de 1.200 a 200. Esta racionalización relativa, junto con otros compromisos de los LAAs, puede ser entendida como un intento tardío de reducir parte de la excesiva dirección central y del establecimiento de objetivos nacionales que caracterizó a sus primeras dos administraciones. Los objetivos de los LAAs se delimitan a un nivel más local; múltiples fuentes de financiación en un área serían canalizadas en un «único fondo» y la delimitación de las subvenciones se vería reducida.

## V. POLÍTICAS DE MODERNIZACIÓN DESTINADAS A LA RENOVACIÓN DEMOCRÁTICA

De forma creciente durante los tres mandatos del Nuevo Laborismo, su agenda de modernización estuvo dominada por el tipo de medidas descritas hasta ahora. Todas fueron iniciadas por el gobierno central (la mayor parte de manera que suprimían la diversidad y el sentido descendente, tal y como fue practicado por los gobiernos conservadores y que había sido condenado por MANDELSON y LIDDLE), y dirigidas a mejorar la calidad o la eficiencia de los servicios locales. Ésta es la razón por la que la «mejora de servicios» es el tema principal de este artículo y por la que, si se le dedicara el texto que requiere, desequilibraría este estudio, del mismo modo en que desequilibró el legado del Nuevo Laborismo.

Si nos situamos en 1997, esto no era lo que se esperaba. Las ideas de modernización del Nuevo Laborismo parecían entonces más cercanas de lo que la consulta de su primer gobierno local denominó «Renovación Democrática»: atacando la «cultura de la apatía» que impregnaba la democracia local, aumentando la sensibilización del pueblo para comprometerse con sus ayuntamientos, incrementando la participación electoral local impulsando el papel de liderazgo de los concejales en la comunidad (DETR, 1998a).

De este modo, la renovación democrática tomó un lugar privilegiado en esa primera versión de la Agenda de Modernización del Gobierno Local, y, como ocurrió con la mejora del servicio, los ministros del Nuevo Laborismo entendieron que tenían que poner remedio. Las estructuras y procesos políticos municipales, en particular el sistema distintivo y tradicional de comités de los gobiernos locales británicos, debían ser reemplazados por algo menos inclusivo pero capaz de captar la atención del pueblo y de proveer líderes de la comunidad con visión de futuro. Lo que se necesitaba era alcaldes ejecutivos fuertes elegidos directamente:

«Este tipo de alcalde sería una figura muy visible. Él o ella sería elegido por el pueblo, en lugar del Consejo o el partido, y por tanto, centraría la atención hacia fuera, en dirección a la gente, en lugar de mirar hacia sus compañeros concejales. El alcalde sería un

político fuerte y un líder de la comunidad con quien el electorado podría identificarse» (DETR, 1998a, párrs. 5,13 a 5,14).

## 1. La Autoridad del Gran Londres y el alcalde de Londres

De hecho, el primer alcalde ejecutivo del Reino Unido elegido de forma directa demostró ser la figura más notable que se podía imaginar. Además, éste fue elegido no solo por «el pueblo» sino como Independiente, haciendo frente al resto de partidos, incluido el partido del que él mismo había sido miembro durante toda su vida y cuyos líderes —Blair y Brown en particular— lo habían rechazado como candidato a alcalde. Ken Livingstone, presidente laborista del Consejo del Gran Londres (*Greater London Council, GLC*) cuando el gobierno de Thatcher lo suprimió en 1986 y críticamente rechazado por Blair y el Nuevo Laborismo, regresó triunfante en el año 2000 al nuevo Consistorio como el primer alcalde electo de la capital [cuadro 1 (6)].

Los laboristas desde la oposición se habían comprometido a recuperar una autoridad en Londres que fuese elegida por los ciudadanos, pero los ministros no estaban dispuestos a que ésta fuera una segunda parte del Consejo del Gran Londres (del GLC), con poder y capacidad para fijar la base imponible para enfrentarse seriamente a las políticas de su propio gobierno nacional. La Autoridad del Gran Londres (*Greater London Authority, GLA*) es un órgano estratégico tanto regional como local. Los 32 consejos municipales (además de la corporación municipal de la *City of London*) continúan realizando cotidianamente la mayoría de las funciones del gobierno local, mientras que las responsabilidades principales del GLA son el transporte público, la vigilancia, la planificación de bomberos y emergencias, el empleo, el desarrollo y recuperación económica.

La GLA comprende dos órganos diferentes. Por un lado, la figura del alcalde, desde el año 2008 Boris Jonson, que establece una visión global de Londres y desarrolla las estrategias generales como por ejemplo el desarrollo territorial y económico, la cultura, el turismo, el transporte y la gestión de residuos; y por otro, los 25 miembros de la Asamblea que actúan principalmente como vigilantes del presupuesto y la gestión del alcalde. Éstos forman una entidad única que no puede ser tomada como modelo para otras partes del país, ya que requieren una legislación completamente diferente.

## 2. Los acuerdos de gestión política de los ayuntamientos y los alcaldes electos

La posición del gobierno sobre esta normativa más general se puede resumir en lo que debería suceder y lo que simplemente quería que sucediera. La exigencia era que los principales municipios de Inglaterra y Gales debían abandonar sus sistemas de comisión tradicionales —en los que ningún miembro electo, ni siquiera el presidente del consejo o del comité, disponía de competencias decisorias propias— y debían adoptar sistemas ejecutivos basados en la condición de que, por primera vez, los concejales podían ser

miembros ejecutivos o no. Dentro de ese imperativo, los Consejos tendrían alguna decisión relacionada con el modelo ejecutivo que hubieran adoptado.

Esta elección podría haber sido muy amplia, puesto que existen, obviamente, muchos modelos ejecutivos posibles: personas individuales o colectivas, electos directa o indirectamente, fuertes o débiles. De hecho, se comprobó la falta de miras de la Ley de Gobierno Local del año 2000 presentando a las autoridades —en otro ejemplo de autoritarismo instintivo y predilección de los ministros por la uniformidad local— una selección de sólo tres modelos ejecutivos:

- Un alcalde electo de forma directa, más un gabinete elegido de entre dos y nueve concejales.
- Un alcalde electo directamente más un concejal nombrado gerente del ayuntamiento.
- Un líder del órgano de gobierno electo indirectamente más un gabinete designado.

Todos los consejos, cualquiera que fuera el modelo adoptado, debían establecer una estructura de comités o paneles de «supervisión y control» o comisiones de miembros no ejecutivos para obligar al ejecutivo a rendir cuentas. Lo ideal era que esta supervisión y control se complementara y tuviera el mismo estatus que el ejecutivo, teniendo ambos que desempeñar un papel vital en cualquier sistema ejecutivo con un óptimo funcionamiento. No sorprende que esto no sucediera y que todavía no haya sucedido, lo que ayuda a explicar, en ambos casos, la fuerte oposición de los concejales a los alcaldes elegidos y la permanente antipatía que muchos miembros no ejecutivos mostraban hacia las reformas del ejecutivo en general.

Los alcaldes electos de forma directa podrían haber recurrido a los ministros y, en principio, haber sido interesantes para muchos votantes. Pero en el gobierno local los concejales de todos los partidos eran críticos y estaban preocupados: críticos con la «peligrosa» introducción en el gobierno local británico de la concentración de poder en manos de un solo individuo, y preocupados por si ellos no estuvieran entre la pequeña minoría de los concejales ejecutivos y se encontrasen en gran medida excluidos del proceso de elaboración de las políticas. El modelo alcalde/concejal nombrado gerente sufrió la desventaja adicional de estar basado, en parte, en otra extraña novedad institucional —el administrador/gerente del ayuntamiento— una figura no electa.

A raíz de la ley del año 2000, todas las autoridades tenían que consultar a sus electores y seleccionar uno de los tres modelos ejecutivos. Si optaban por el modelo de la alcaldía, tendrían que obtener la aprobación vía referéndum de sus votantes, de los cuales un 5 por 100 también podrían activar un referéndum mediante la firma de una petición. El resultado de estas consultas no siempre equilibradas fue que la inmensa mayoría de los ayuntamientos optó por el modelo líder/gabinete, y sólo once, después de aprobar los referendos, eligieron alcaldes de forma directa: diez alcaldes/gabinetes y uno el modelo alcalde/gerente del ayuntamiento [cuadro 1 (7)]. La evidente decepción del gobierno se vio agravada por el hecho de que, mientras los alcaldes provenían de ciudades y mu-

nicipios de tamaño considerable, no representaban ninguna ciudad realmente grande —tales como Birmingham, Manchester, Leeds o Liverpool— que podrían servir como un modelo a nivel nacional.

De todas las iniciativas de la LGMA, la elección de alcaldes fue con la que Tony Blair se había implicado de forma más personal, y por tanto, debía compartir la responsabilidad de su fracaso relativo. El gobierno local no se había visto fortalecido o transformado por la instauración de alcaldes a lo largo de las ciudades inglesas, mientras que el alcalde al que intentó hacer fracasar con medidas extremas, Ken Livingstone, disfrutaría, durante sus dos períodos de gobierno, el mandato personal más fuerte de todos los políticos del país. Pero, si la iniciativa, en general, falló, los propios alcaldes han tenido, en su mayoría, bastante éxito y sin duda han alcanzado, por mucho, un perfil político local muy superior que el que habrían alcanzado como simples líderes del gobierno local. De forma significativa, y sorprendentemente en la cultura política de partidos de Gran Bretaña, la mitad de los alcaldes electos en 2002 eran candidatos independientes de diversos tipos que derrotaron a los candidatos de todos los grandes partidos. La mayoría fueron re-elegidos con cómodas mayorías, y en algunos casos, sus partidarios ganaron puestos en el ayuntamiento. La mayoría también ha tenido un impacto político local al lanzar iniciativas de servicio personales en relación con el desarrollo y la recuperación económica, la mejora del medio ambiente, la delincuencia y comportamiento antisocial.

### 3. Aumentar la participación electoral y la diversidad de los concejales

Un requerimiento clave formulado por los ministros a los gobiernos locales ejecutivos, sobre todo si estaban encabezados por alcaldes electos, era que el aumento de la participación electoral y la diversidad de concejales estimularía el interés público. A su vez, crecería el preocupante bajo nivel de participación en las elecciones locales (30-40 por 100) y un número de ciudadanos más diverso podría considerar su candidatura al gobierno local.

Hay escasa evidencia de que esto haya sucedido [cuadro 1 (2)]. Ninguna contienda por la alcaldía, ni siquiera en referéndum o en elecciones posteriores, ha atraído tanta afluencia de votantes como la que cabría esperar en unas elecciones locales ordinarias, y la mayoría han sido ligeramente inferiores. La media en todas las elecciones de alcaldes, excepto aquellos que han coincidido con las elecciones generales del 2005, es de 28,6 por 100, que no refleja precisamente un modelo de compromiso de la democracia local. Si se ha incrementado últimamente la participación de votantes locales, no ha sido por los cambios en la conducta del órgano de gobierno, sino de las elecciones: en particular, por la introducción, en el año 2000, del voto por correo «*on demand*», una medida sumamente controvertida y de ningún modo parte de la LGMA (*vid.* WILSON y GAME, 2006, p. 227). En cuanto a la diversidad de candidatos, destaca el aumento de la proporción de mujeres concejales (más del 30 por 100), pero los candidatos más jóvenes han pasado a ser, si cabe, aún más escasos, y la edad media de los concejales ahora excede a la de los miembros del Parlamento por lo menos cinco años [cuadro 1 (3)].

## VI. LA FINANCIACIÓN LOCAL. LOS PECADOS DE OMISIÓN

Hasta aquí se ha realizado un análisis casi completo de las acciones que el Nuevo Laborismo llevó a cabo con diferentes grados de éxito y popularidad. Como se observa en el cuadro 1 (punto 4), el gobierno promulgó casi 300 normas que contenían las palabras «gobierno local» en el título, sin muchas de las cuales sus críticos podrían haber vivido felizmente. Lo que hace este dato interesante es que, si se hubiera pedido a la gente relacionada con el gobierno local que señalara el error más grave del gobierno, la mayoría de ellos, probablemente, hubiera elegido los fallos al legislar: la reforma del impuesto municipal y la eliminación de los límites del gobierno central sobre el impuesto. Cabe destacar también que ninguna de estas políticas aparecía explícitamente en el manifiesto del partido de 1997, por lo que no se les puede acusar de incumplir promesas, más bien podrían considerarse pecados de omisión.

El «sistema» de finanzas locales del Reino Unido que el Nuevo Laborismo heredó es tan excepcional en su centralización como en el tamaño de la población de sus autoridades locales. De hecho, las dos características están estrechamente relacionadas. Así como la CPA sólo podría desarrollarse en un país con una cultura centralista como la del Reino Unido y su escala de gobierno local, de la misma manera sólo podría poner «límites», requiriendo, como lo hace, tanta preocupación por parte de los ministros y sus funcionarios en el ajuste presupuestario de cada autoridad local unitaria. El grado de centralización del sistema puede resumirse en las siguientes características:

- Menos del 5 por 100 de los impuestos pagados por los contribuyentes del Reino Unido van dirigidos a los gobiernos locales —cerca de un quinto de la media de Europa Occidental— (*vid.* cuadro 2).
- Los gobiernos locales del Reino Unido sólo tienen acceso a un impuesto local —desde 1992 el impuesto doméstico a la propiedad conocido como el «*Council Tax*» (Impuesto Municipal)—, en lugar de la gran variedad de impuestos con diferentes bases imponibles (rentas, beneficios, bienes y servicios) a disposición de los gobiernos locales en la mayoría de los países desarrollados.
- Los fondos de impuestos municipales financian menos de una sexta parte del total del gasto de las autoridades locales —aproximadamente un tercio de la media de Europa occidental— y menos de un cuarto del gasto de los ingresos corrientes. El resto proviene del gobierno central en forma de subvenciones generales y específicas y del *Uniform Business Rate* (Tasa Uniforme de negocio), un impuesto sobre la propiedad industrial y comercial establecida desde 1990 por el gobierno central a un nivel de tasa nacional estándar.
- El balance de fondos central-local para el gasto corriente tiene un efecto de apalancamiento, de modo que, por cada punto porcentual adicional de gasto, la autoridad local debe aumentar su impuesto municipal alrededor de un 4 por 100, ya que no hay otra fuente adicional de ingresos a corto plazo.
- Los ministros pueden limitar el proyecto de presupuesto, y por tanto el impuesto municipal, de cualquier gobierno local en Inglaterra y Gales, lo que significa que

los parámetros del presupuesto de cada autoridad están determinados por el gobierno central.

La rendición de cuentas local en este régimen es, evidentemente, mínimo. Los votantes locales no ven una relación directa entre los cambios en su impuesto municipal y los servicios prestados por sus ayuntamientos, y muchos sienten que las decisiones realmente significativas sobre el presupuesto son tomadas por los ministros en Londres más que por sus propios concejales. Si se autoriza a una autoridad local a aumentar su impuesto municipal por encima de la tasa de inflación, entonces se perjudica seriamente a las unidades familiares con ingresos fijos, como los jubilados, y esto provoca protestas y manifestaciones casi anuales.

Los reformistas tenían, y de hecho todavía tienen, diversos reclamos, en función de sus intereses. Quienes se preocupan por la salud de la democracia local y la relación constitucional entre el gobierno central y local, desean la abolición inmediata de los límites a la contribución municipal y una mayor compensación de lo que ellos ven como un deterioro de la relación central-local de la financiación, posiblemente a través de la devolución de las tasas sobre negocios al gobierno local; otros centran su atención en el impuesto local y en su creciente «injusticia», como la tasación de la propiedad en 1991, cuyas bases superaron los precios de las vivienda actual.

El límite a la contribución municipal simplemente tendría que desaparecer —al menos en la forma «cruda y universal» en la que el gobierno de Major los ha planteado—. Para los constitucionalistas, éste ha sido uno de los inventos más extravagantes de Thatcher, que ha obligado a los ministros a hacer caso omiso de las decisiones presupuestarias de los concejales electos y a modificar sus opiniones sobre la cantidad de gasto de cada ayuntamiento y sobre cuánto debían pagar en impuestos sus electores locales. Introducido en 1984, éste fue inicialmente usado como un dispositivo selectivo post-presupuesto, para forzar a los ayuntamientos (principalmente laboristas) a plantearse de nuevo la planificación de los gastos que los ministros consideraban «excesivos». Sin embargo, en la década de 1990 se produjo una generalización: los criterios para los topes presupuestarios y los límites al impuesto local se anunciaron a todos los ayuntamientos al inicio de su proceso presupuestario, con el inevitable resultado de que la mayoría simplemente adoptó las cifras del gobierno como propias.

La abolición de esta limitación «cruda y universal» se incluyó en la misma ley de 1999 que introdujo el sistema del «Best Value», pero el gobierno —y, en particular, Hacienda, encabezada por el ministro de Hacienda Gordon Brown— no estaba dispuesto a abandonar por completo un instrumento de control tan potente. Por tanto, los ministros conservaron la facultad para limitar los presupuestos de todo ayuntamiento que ellos consideraran que podrían producir aumentos «inaceptables» en los impuestos —un compromiso que se saltaron en 2004 y en años posteriores—.

En el Libro Blanco de 1998 anterior a esta legislación (DETR, 1998b), el gobierno también anunció otras dos políticas que continuarían en vigor durante los mandatos de Blair y Brown, y, más sorprendente aún, que sobrevivirían intactas durante los tres años

de investigación sobre el equilibrio entre gobierno central y local que el Informe Lyons llevaría a cabo en 2007. En primer lugar, no habría cambios significativos en el sistema impositivo municipal —ni siquiera la suma de las nuevas bandas de valor de la propiedad, según lo propuso el Informe Lyons—, ya que para los ministros ésta estaba funcionando de manera satisfactoria. En segundo término, y aún más significativo, las tasas de las empresas no serían reubicadas, a pesar del hecho de que este cambio podría, por sí mismo, haber corregido el desequilibrio financiero a aproximadamente un 50:50.

El hecho de que todas estas grandes reformas financieras (supresión de límites presupuestarios, impuesto municipal, reubicación de tasas de negocios, impuestos locales adicionales, revalorización) fueran descartadas o aplazadas indefinidamente, no significa que no hubiera muchos cambios notables. Muchos de los cuales fueron, sin duda, en beneficio de las autoridades locales (una mayor estabilidad de la distribución de subvenciones y una serie de acuerdos de subvención favorables, auto-financiamiento de préstamos para inversiones de capital), pero son insignificantes cuando se comparan con lo que podría haber sido.

## VII. EL LEGADO DEL NUEVO LABORISMO

Este artículo ha intentado reflejar que hay dos componentes del legado del sistema de gobiernos locales del nuevo laborismo —ninguno muy encomiable— que superan a todos los demás. Ambos fueron características destacadas de los gobiernos locales de la época de Thatcher que fueron atacadas persistentemente desde la oposición, pero que la mayoría de sus aspectos clave se han continuado. El primero ha sido la adicción al parecer incurable del nuevo laborismo a la dirección central, la micro gestión, fijación de objetivos y medición y vigilancia incesante o, dicho de otra manera, su reticencia a confiar en los gobiernos locales y darles algún grado de responsabilidad sin supervisión. El segundo es el sistema centralizado de las finanzas locales en Europa occidental, abandonado después de tres mandatos sin haber conseguido reformar su esencia. Como Bridget Jones hubiera confesado en su diario: *casi* un triunfo.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AUDIT COMMISSION (2009) Final Score: *The Impact of the Comprehensive Performance Assessment of Local Government, 2002-2008*, London, Audit Commission.
- DCLG (Department for Communities and Local Government) (2006): *Mapping the Local Government Performance Reporting Landscape - Final Report*, London, DCLG, 2006.
- (n.d.): *Long-term Evaluation of the Local Government Modernisation Agenda (LGMA)*, <http://www.communities.gov.uk/localgovernment/localregional/crosscuttingissues/longtermevaluation>.
- DETR (Department of the Environment, Transport and the Regions) (1998a): *Modernising Local Government: Local Democracy and Community Leadership*, London, DETR.

- (1998b): *Modern Local Government: In Touch with the People*, London, DETR.
- DEXIA/CEMR (Council of European Municipalities and Regions) (2009): *EU Sub-national Governments: 2008 Key Figures*, Bruselas, CEMR.
- GAME, C. (2010): «Ending this way or coming back around: the latest reorganisation of English local government», *Paper delivered at the Political Studies Association Annual Conference*, Edinburgo, [http://www.psa.ac.uk/2010/UploadedPaperPDFs/295\\_776.pdf](http://www.psa.ac.uk/2010/UploadedPaperPDFs/295_776.pdf).
- IPSOS MORI (2009): *How Place Shapes Perception: Evidence from the 2008/09 Place Surveys, The Place Survey Roadshow*, London, 5th November, <http://www.laria.gov.uk/laria/aio/735564>.
- LYONS, Sir M. (2007): *Lyons Inquiry into Local Government. Final Report. Place-Shaping: a shared ambition for the future of local government*, London, Stationery Office.
- MANDELSON, P., y LIDDLE, R. (1996): *La revolución de Blair: Can Labour Deliver?*, London, Faber y Faber.
- NAO (National Audit Office) (2006): *National Audit Office response to Sir Michael Lyons's Inquiry into Local Government*, febrero, London, Lyons Inquiry.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) (2009): *Revenue Statistics, 1965-2008*, Paris, OECD.
- TRAVERS, T. (2007): «Memorias de Tony», *Local Government Chronicle*, 26 de abril, p. 20.
- WILSON, D., y GAME, C. (2002): *Local Government in the United Kingdom*, 3.<sup>a</sup> ed., Basingstoke, Hants, Palgrave Macmillan.
- (2006): *Local Government in the United Kingdom*, 4.<sup>a</sup> ed., Basingstoke, Palgrave.
- (2010): *Local Government in the United Kingdom*, 5.<sup>a</sup> ed., Basingstoke, Palgrave.



# INFORMES SECTORIALES



# Organización y régimen jurídico

Silvia Díez Sastre

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid

**Palabras clave:** concejales; participación; desarrollo de los Estatutos de Autonomía.

**Key words:** councillors; participation; development of the Autonomy Statutes.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ORGANIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO.—1. En general.—2. Órganos de gobierno.—2.1. *Concejales*.—2.2. *Pleno Municipal*.—3. Sistema electoral local.—4. Participación ciudadana.—5. Personal al servicio de la Administración municipal.—III. ENTIDADES LOCALES SUPRAMUNICIPALES.—IV. COMPETENCIAS MUNICIPALES.—V. RELACIONES INTERTERRITORIALES.—VI. RÉGIMENES ESPECIALES.—1. Régimen de los municipios de gran población.—2. Régimen de las ciudades capitales.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2009 se ha producido un descenso en la producción legislativa y doctrinal referida a las cuestiones generales, de organización y funcionamiento, de los entes locales. Tal vez encuentre su explicación en la existencia de focos de atención que exigían una mayor actividad legislativa —como la crisis económica y la transposición de la Directiva de Servicios— y que han atraído también el interés científico. A pesar de ello, hay que mencionar una importante actividad legislativa de *desarrollo del régimen local autonómico en el marco de los Estatutos de Autonomía* de nueva generación, que parece prolongarse durante el año 2010; así como algunos trabajos científicos que se encargan de analizar la *participación ciudadana* en el ámbito local; la aplicación del *Estatuto Básico del Empleado Público* y el *régimen especial de los municipios de gran población*. Desde el punto de vista jurisprudencial también en 2009 se ha mantenido una actividad regular encargada de resolver los conflictos derivados —fundamentalmente, aunque no sólo— del *funcionamiento de los órganos de gobierno de los ayuntamientos*.

## II. ORGANIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO

### 1. En general

En el pasado año han sido muy escasas las obras que abordan el estudio de la organización municipal con carácter general. No obstante, cabe mencionar la *Guía Práctica del Concejal. Volumen I. Régimen Jurídico*, de J. B. LLORCA RAMIS (Cizur Menor, Aranzadi, 2009, 404 pp.). La obra tiene un carácter eminentemente práctico y se dirige a la explicación del funcionamiento básico del ayuntamiento de forma sencilla y ordenada. Así, se refiere a los distintos órganos del ayuntamiento, especialmente al funcionamiento de los órganos colegiados. También alude a los derechos y deberes de los ciudadanos y al estatuto jurídico del concejal. Finalmente, incorpora algunas nociones básicas sobre el procedimiento administrativo en el ámbito local; los recursos contra los actos de las corporaciones locales; y la gestión de recursos humanos. También, hay que señalar el estudio de V. ALMONACID LAMELAS sobre «El contexto político de la Administración municipal: status quo, gobernabilidad y modernización frente a crisis», contenido en el libro colectivo dirigido por él mismo: *Estudios sobre modernización de la Administración Local: Teoría y Práctica* (Madrid, La Ley, 2009, 1.296 pp.).

Por último, aunque va más allá de la organización municipal, destaca el estudio del profesor F. VELASCO CABALLERO sobre «Los municipios y la autonomía municipal» incluido en la obra colectiva coordinada por T. CANO CAMPOS: *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo* (t. II: *La organización de las Administraciones Públicas*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 133-170). En este trabajo se expone de forma sistemática y omnicompreensiva el régimen jurídico de los municipios en España. Por supuesto, se hace referencia a su organización, pero se incluye una detallada exposición sobre el sistema de fuentes del Derecho municipal, la autonomía municipal, la democracia municipal, las competencias, potestades y servicios de los municipios, los controles y relaciones interadministrativas y la financiación municipal. Finalmente, se incluyen algunos materiales complementarios de estudio y lectura.

### 2. Órganos de gobierno

#### 2.1. Concejales

El análisis de los derechos y deberes de los concejales es un objeto de interés continuo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, debido a los numerosos conflictos que se plantean en el funcionamiento cotidiano de los municipios. Dentro de la literatura general en torno al estatuto jurídico de los concejales, hay que mencionar el libro de O. FLORES FERNÁNDEZ sobre *El Estatuto de los Miembros de las Corporaciones Locales. Libertad individual y compromiso de grupo* (Barcelona, Bayer Hermanos, 2009, 347 pp.).

Esta monografía detalla el régimen jurídico de los miembros electos de los municipios —aunque también hace referencias al estatus jurídico de los miembros de las Diputaciones Provinciales—. En concreto, analiza: el derecho de acceso a la concejalía y su reconocimiento constitucional; la configuración del derecho de sufragio activo y pasivo; la suspensión y pérdida de la condición de concejal; los derechos vinculados al ejercicio del cargo —como el derecho de información y el derecho de participación en el Pleno—; los derechos que garantizan el acceso al cargo en condiciones de igualdad; la responsabilidad civil, penal y disciplinaria. Además, se refiere al régimen jurídico de los grupos políticos y a la evolución del fenómeno del transfuguismo en los entes locales y de las distintas medidas que se han adoptado para atajarlo.

En la jurisprudencia, un año más, se ha resuelto un número considerable de litigios relacionados con el funcionamiento de los órganos de gobierno, en concreto, con el ejercicio del derecho de los concejales a acceder a la información municipal; su legitimación para impugnar acuerdos municipales, y los límites de la libertad de expresión en el ejercicio de su cargo.

Con respecto al *derecho de los concejales a acceder a la información municipal* no se han producido cambios destacables en la argumentación de la jurisprudencia. Así se aprecia en las resoluciones judiciales seleccionadas que se pronuncian en torno a la extensión del derecho de acceso a la información judicial a la actuación de una sociedad municipal; a la imposibilidad de realizar copias de los documentos municipales conforme al art. 23 CE; y a la inexistencia de un derecho a ejercer el derecho de acceso a la información municipal acompañado de un asesor externo.

a) La *Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso de casación 9584/2003, ponente: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva)*, se refiere al acceso a la información vinculada a la actuación de una sociedad mercantil municipal. En este pronunciamiento el Alto Tribunal resuelve el recurso de casación sobre derechos fundamentales interpuesto por el ayuntamiento de Ponferrada contra la Sentencia de 30 de septiembre de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Dicha Sentencia estimó el recurso contencioso-administrativo dirigido, de un lado, contra el Decreto de 11 de febrero de 2002 del alcalde del ayuntamiento de Ponferrada que inadmitió la petición de un concejal del grupo socialista municipal de acceso al expediente de enajenación del suelo de un Plan Parcial; y, de otro lado, contra la reiterada falta de información y denegación de acceso al expediente por parte de Ponferrada Gestión Urbanística S. A. (PONGESUR). Entendió la Sala *a qua* que estas actuaciones vulneraban el derecho fundamental reconocido en el art. 23 de la Constitución. El recurso de casación se apoya fundamentalmente en la inaplicación del derecho de acceso a la información municipal a un expediente referido a la compra por PONGESUR de unos terrenos en régimen de Derecho privado sin aportación municipal. Al respecto, afirma el Tribunal que no cabe concebir al margen del ayuntamiento la actuación de una sociedad mercantil de capital íntegramente público, como PONGESUR, que gestiona servicios e

intereses públicos. El ayuntamiento la controla a través de la Junta General —integrada por el alcalde y todos los concejales— y de los instrumentos que pone a su disposición la legislación. De modo que la posibilidad de control de los concejales vinculada al ejercicio de su derecho de acceso a la información se extiende a todos los extremos de la actuación municipal. Con base en esta argumentación el Tribunal desestima el recurso de casación y confirma la vulneración del derecho de acceso a la información de los concejales por el ayuntamiento de Ponferrada.

b) La *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de enero de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso de apelación 1806/2008, ponente: Sandra María González de Lara Mingo)*, se ocupa de un supuesto de conflicto entre el derecho de acceso a la información municipal y el derecho a la intimidad. Resuelve el recurso de apelación interpuesto por el ayuntamiento de Boadilla del Monte contra la Sentencia de 5 de mayo de 2008, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid. El Juzgado *a quo* estimó el recurso interpuesto contra la resolución de la alcaldesa en funciones del ayuntamiento de Boadilla del Monte de 13 de julio de 2006, que desestimaba la solicitud de los grupos municipales APB y socialista de realizar copias íntegras, sin omisión de los datos personales, de expedientes tramitados por los servicios sociales del ayuntamiento para la concesión de ayudas sociales. Se afirmaba en la resolución denegatoria que el derecho de los concejales de acceder a la información municipal cedía ante la necesidad de proteger los datos personales incluidos en la documentación referida. El Juzgado entendió, por el contrario, que la resolución debía anularse, puesto que el derecho de acceso a la información municipal vinculado al ejercicio de las funciones de control de los concejales no vulnera el derecho a la intimidad. La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid analiza la Sentencia recurrida y diferencia entre dos contenidos. De un lado, la petición de acceso a la información municipal: entiende la Sala que el derecho de acceso a la información municipal conforme al art. 77 LBRL es perfectamente compatible con el derecho a la intimidad, pues los concejales están obligados a guardar secreto profesional. De otro lado, la Sala se refiere a la posibilidad de obtener copias de los documentos mencionados. Este punto se considera problemático por el Tribunal. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el derecho fundamental de información de los concejales derivado del art. 23.2 de la Constitución no incluye un derecho a la obtención de copias. A partir de esta distinción, el Tribunal desestima el recurso contra la Sentencia de instancia; y estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del ayuntamiento de Boadilla. Entiende que debió reconocerse el derecho de acceso de los concejales a la información solicitada, aunque ello no incluyese el derecho a la obtención de copias de los documentos requeridos.

c) Por último, hay que mencionar la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de noviembre de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, recurso de apelación 1129/2009, ponente: Inés María Huerta Galicano)*. El portavoz del grupo municipal socialista en el ayuntamiento de Valdemaqueda interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de 14 de abril de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-

Administrativo sito en el mismo municipio, dictada en el procedimiento de protección de los derechos fundamentales. En instancia se impugnó la actuación del alcalde del ayuntamiento que impidió la consulta de expedientes municipales a los concejales que iban acompañados de un asesor jurídico-técnico-económico designado por su grupo político. Sin embargo, el recurso fue desestimado. El recurso de apelación se apoya en los mismos argumentos, la vulneración del art. 23 CE por la denegación de acceso a la información municipal. Al respecto, señala el Tribunal que, al no haberse aprobado un Reglamento Orgánico específico para el ayuntamiento —que no es obligatorio al contar con menos de 800 habitantes— son aplicables las disposiciones sobre acceso a la información municipal contenidas en el ROF y la LBRL. Conforme a estas normas, en concreto, los arts. 14.1, 15 y 16 del ROF, no se reconoce la posibilidad de examen de la información por un asesor externo designado por un grupo municipal, ni la de que los concejales examinen la información acompañados de un asesor externo. Con base en esta argumentación se desestima el recurso.

El derecho de acceso a la información municipal de los concejales también es objeto de estudio en algunas obras doctrinales. Es el caso del estudio de C. BERNAT MAICAS sobre el «Derecho de acceso a la información por parte de los concejales» (*Consultor de los ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 18, 2009, pp. 3116-3124); y del artículo de J. E. CÁNDOLA TALAVERO sobre «El derecho de información de los concejales en la Administración Local» (*Revista de Estudios Locales*, núm. 126, 2009, pp. 58-71). En este trabajo se hace un repaso de la normativa nacional e internacional que configura el derecho de acceso a la información municipal, así como de la jurisprudencia constitucional en torno a este derecho. Posteriormente se incluye una breve referencia a la regulación de la obtención de copias en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales. El artículo finaliza con una escueta referencia a los canales de defensa de los supuestos de vulneración del derecho de acceso a la información municipal.

Asimismo, en relación con el estatuto de los concejales es obligada la mención a la *Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2009, de 26 de noviembre (Sala Primera, ponente: Manuel Aragón Reyes)* que se refiere a la *legitimación activa de los concejales para impugnar acuerdos municipales*. En este pronunciamiento el Tribunal resuelve el recurso de amparo interpuesto por una concejal por vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la justicia. Entiende la recurrente que el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sentencia de 3 de mayo de 2005) vulneró las garantías consagradas en el art. 24.1 CE al determinar su falta de legitimación activa para impugnar la resolución (confirmada en reposición) del alcalde del ayuntamiento de Las Torres de Cotillas por la que se aprobó el resultado del proceso de funcionarización convocado por el Pleno del ayuntamiento, nombrando funcionarios a los candidatos que se declararon aptos por el Tribunal calificador. Al respecto, afirma el Tribunal que, efectivamente, se vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo, en la medida en que impugna una resolución del alcalde que se apoyaba en la decisión de un Tribunal calificador, del que formaba

parte la recurrente representando al grupo municipal de Izquierda Unida —que votó en contra de la calificación como aptos de algunos aspirantes aprobados—. Sobre este pronunciamiento y su conexión con la jurisprudencia constitucional dedicada a esta cuestión, véase el comentario más extenso incluido en esta obra, en el informe referido a «Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial».

Finalmente, hay que atender a los pronunciamientos judiciales relativos al *ejercicio de la libertad de expresión de los concejales y su posible confrontación con el derecho al honor*. En este sentido, la jurisprudencia establece una clara distinción entre los supuestos en los que los electos municipales realizan declaraciones en el marco de una contienda política, y aquéllos en los que sus manifestaciones afectan a los vecinos.

a) En relación con la libertad de expresión de los concejales en el marco del debate político, hay que destacar la *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009 (Sala de lo Civil, ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz)*. La Sentencia trae causa de un recurso de casación interpuesto por el concejal de Urbanismo y gerente de la empresa municipal de la vivienda del ayuntamiento de Jaén contra la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de la misma ciudad. En origen el litigio se inició por el actual recurrente en ejercicio de la acción de protección del derecho al honor, fundada en el art. 18.1 CE y en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que desarrolla este derecho fundamental. La acción se dirigía contra el portavoz del grupo del partido de la oposición en el consistorio de Jaén que realizó una serie de afirmaciones aparecidas en prensa y televisión local sobre la actividad del recurrente. Afirmó que la cuestión debatida se trataba de un «pelotazo en 46 días, y han metido las manos en el cajón y se han pillado los dedos». En concreto, se refería al hecho de que el concejal referido era administrador único de diversas entidades mercantiles que habían adquirido diversos inmuebles en la ciudad de Jaén y transmitidos posteriormente en un breve espacio de tiempo obteniendo unos beneficios económicos considerables. A raíz de estas afirmaciones se incoaron diligencias penales contra el actor que, finalmente, resultó absuelto. Pues bien, en el marco del recurso de casación interpuesto, señala el Tribunal Supremo que la actuación de un personaje político, como son el actor y el demandado, debe encuadrarse en una confrontación política, en la que no puede apreciarse la intromisión ilegítima en el derecho al honor, pues de lo contrario se impediría que un partido alertase o denunciase algo que considera abusivo o irregular en la gestión de otro. Luego, en este caso, considera la Sala que no se ha producido una confrontación entre el derecho al honor y la libertad de expresión que se salde a favor de esta última, sino que en ejercicio de la libertad de expresión se han denunciado unas actuaciones con apariencia irregular en el seno de una confrontación política. Por ello, se rechaza el recurso de casación. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la *Sentencia de 6 de mayo de 2009 (Sala de lo Civil, ponente: José Almagro Nosete)*, también referida al ejercicio de la libertad de expresión en el marco de una contienda política sobre supuestas irregularidades en el ámbito urbanístico en el ayuntamiento de Ávila; y en la *Sentencia de 30 de enero de 2009 (Sala de lo Civil, ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz)* que alude a una contienda política sobre la gestión del Teatro Español en el ayuntamiento de Madrid.

b) Los parámetros de control de la libertad de expresión son distintos, sin embargo, cuando se afecta al derecho al honor de un ciudadano que ha tratado de defender sus derechos frente a la Administración. Así se aprecia en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 (Sala de lo Civil, ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)*. Esta Sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de diciembre de 2002, dictada en grado de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Aranjuez. En primera instancia se conoció de la demanda relativa a la protección del derecho al honor de don Jesús María contra los concejales y el alcalde del ayuntamiento de Colmenar de Oreja. Entendió el demandante de tutela que se vulneró su derecho al honor, pues se vertieron ofensas contra su persona en el Pleno municipal que se transcribieron en el Acta que estuvo expuesta al público. En concreto, en el Pleno se aludió a sus «titubeos y su falta de orientación empresarial» y a su intención de «obtener un beneficio injusto con cargo a la colectividad» por el hecho de que hubiese interpuesto una reclamación de responsabilidad patrimonial para que se indemnizasen los daños que le causó la decisión municipal de cambiar las condiciones de un concurso para la adjudicación de un quiosco de prensa. Al respecto, considera el Tribunal que es una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandado el hecho de que la decisión de acudir a los tribunales merezca para los miembros del Consistorio la calificación de un «injusto intento de lucrarse de manera inmoral a cargo del patrimonio público». Por ello estima el recurso de casación y condena a los concejales al pago de 1.500 euros por daño moral, estableciendo la obligación de dar publicidad al fallo de la Sentencia en el tablón de anuncios o lugar equivalente del ayuntamiento de Colmenar de Oreja.

## 2.2. Pleno Municipal

Durante el año 2009, en la Comunidad de Madrid, algunos municipios han aprobado nuevos *Reglamentos orgánicos*. Sin ánimo de exhaustividad hay que aludir a aquellos que introducen algunas novedades relevantes. Algunos de los nuevos reglamentos orgánicos tienen como finalidad adaptar el régimen de funcionamiento del ayuntamiento al régimen de los municipios de gran población; otros simplemente tratan de mejorar el funcionamiento del ayuntamiento. El Reglamento orgánico de *Alcobendas* (BOCAM núm. 130, de 3 de junio de 2009) persigue ajustar las estructuras municipales al Título X de la LBRL. Tiene una llamativa extensión de 239 artículos en los que se regula de forma detallada el funcionamiento de una estructura municipal compleja. También el ayuntamiento de *Fuenlabrada* ha aprobado su Reglamento orgánico en sesión de 2 de abril de 2009 (BOCAM núm. 95, de 23 de abril de 2009). Consta de 153 artículos en los que se expone detalladamente el funcionamiento de los órganos municipales, también conforme al Título X de la LBRL referido a los municipios de gran población. El Reglamento orgánico municipal de *Fuente el Saz de Jarama* (BOCAM núm. 248, de 19 de octubre de 2009) adapta la organización y el funcionamiento del ayuntamiento a las disposiciones de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de

Administración Local de la Comunidad de Madrid. Además, introduce como uno de sus objetivos fundamentales el fomento de la participación ciudadana, cuya regulación se remite a un reglamento específico. En *Getafe* se ha aprobado el Reglamento orgánico de gobierno y administración (BOCAM núm. 212, de 7 de septiembre de 2009). Entre las novedades más destacadas, se introduce una nueva clasificación de los actos del alcalde (decretos, bandos, instrucciones y resoluciones); la organización de los órganos directivos; la regulación de la Asesoría jurídica; y la creación de varios órganos para la gestión económico-financiera. El Reglamento orgánico municipal de *Leganés* (BOCAM núm. 49, de 27 de febrero de 2009) tiene como objetivo la adaptación del ayuntamiento al régimen de los municipios de gran población. Como novedad, hay que destacar la regulación que incorpora en torno a los miembros no adscritos para todos aquellos que abandonen el grupo político o coalición o que sean expulsados de ellos, es decir, los denominados «tránsfugas». Por último, el ayuntamiento de *Rivas-Vaciamadrid* también ha aprobado su Reglamento orgánico (BOCAM núm. 108, de 8 de mayo de 2009). Llama la atención su intención «codificadora», como se manifiesta expresamente en la Exposición de Motivos, que conduce a la existencia de 190 artículos, que pretenden regular de forma minuciosa todos los aspectos de organización y funcionamiento del ayuntamiento.

Como sucede en el caso del estatuto jurídico de los concejales, el funcionamiento del Pleno es una fuente constante de litigios que tiene su reflejo en la jurisprudencia. Dentro de los pronunciamientos judiciales, destaca la *Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso de casación 926/2007, ponente: Enrique Lecumberri Martí)* referida a la posibilidad de que las sesiones de las comisiones informativas no sean públicas. El recurso de casación que resuelve el Tribunal se presentó por el ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria contra la Sentencia de 30 de junio de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Dicha Sentencia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Reglamento del Pleno y de las Comisiones del Pleno aprobado en sesión plenaria el 25 de junio de 2004. El ayuntamiento solicita que se declaren conforme a Derecho los preceptos anulados en instancia y el Tribunal estima esta petición parcialmente. En primer lugar, estima la alegación apoyada en la imposibilidad de juzgar el ajuste a Derecho de los preceptos del Reglamento municipal a partir de las previsiones del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades locales. Afirma el Tribunal que esta norma sólo es aplicable supletoriamente, cuando no existe un reglamento municipal —tal y como señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia 214/1989—. En segundo lugar, a diferencia de la Sala *a qua* afirma el Tribunal que la previsión del Reglamento [art. 54.b)] de que las sesiones de las Comisiones de Pleno no sean públicas no es contraria a Derecho. El art. 70 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, se limita a exigir que las sesiones del Pleno sean públicas. Y es suficiente con que —como se prevé en el Reglamento impugnado— se hagan públicas las actas de las sesiones de las Comisiones de Pleno.

### 3. Sistema electoral local

En materia electoral local hay que destacar la *Ley 7/2009, de 11 de diciembre, electoral de los consejos insulares* (BOCAIB de 22 de diciembre de 2009) de las Islas Baleares. Esta Ley desarrolla las previsiones del Estatuto de Autonomía aprobado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero. El Estatuto introdujo un cambio sustancial en el sistema de elección de los miembros de los consejos insulares de Mallorca, Menorca e Ibiza. Los consejeros dejan de ser los diputados elegidos por el Parlamento autonómico en cada isla. Conforme a la nueva regulación, se eligen en las circunscripciones respectivas, mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, conforme a un sistema de representación proporcional, respetando el régimen electoral general. En el caso de Formentera, sin embargo, su Consejo se constituye por los concejales del ayuntamiento de Formentera, elegidos conforme a las reglas previstas en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. Pues bien, la nueva Ley regula el nuevo sistema de elección de los miembros de los consejos insulares —salvo el de Formentera— con base en la competencia autonómica reconocida en el art. 30.1 en conexión con el art. 39 del Estatuto de Autonomía balear. Su contenido es muy breve, únicamente diez artículos en los que disponen algunas particularidades de las elecciones a los consejos insulares; puesto que, conforme a la disposición adicional primera, se aplica supletoriamente la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de la Comunidad Autónoma de las *Illes Balears*.

En el ámbito judicial apenas se han producido pronunciamientos relevantes referidos al sistema electoral local. Únicamente hay que destacar la *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, recurso contencioso-administrativo 529/2007, ponente: Nicolás Antonio Maurandi Guillén)* referida a las *elecciones a Diputados Provinciales*. Este pronunciamiento resuelve el recurso interpuesto por un candidato a concejal en el municipio de Arnoia (Ourense) frente a la Instrucción 9/2007, de 19 de junio, de la Junta Electoral Central. Pretende el recurrente que se declare la nulidad del apartado segundo de la Instrucción, en la medida en que introduce una nueva interpretación del art. 205.1 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, a saber, que las Diputaciones Provinciales no podrán constituirse hasta que se haya rematado el proceso electoral y, en consecuencia las elecciones a Diputados Provinciales en los respectivos partidos judiciales no podrán celebrarse hasta que no estén constituidos todos los ayuntamientos pertenecientes al partido judicial. Entiende que esta interpretación vulnera el derecho fundamental del art. 23 de la Constitución de los concejales. Sin embargo, afirma el Tribunal que el art. 23 CE no impone la anulación del precepto impugnado porque la Instrucción no tiene trascendencia individual sobre los derechos de persona alguna. Los concejales pueden, en su caso, ejercitar la acción judicial frente a actos que en vía administrativa no atiendan a sus pretensiones individuales. Así que concluye el Tribunal que no se vulnera el art. 23 CE y desestima el recurso.

#### 4. Participación ciudadana

La participación ciudadana continúa siendo uno de los temas más presentes en los estudios doctrinales en torno al funcionamiento de los gobiernos locales. Al respecto, hay que destacar algunas aportaciones doctrinales. Con carácter monográfico aborda la participación ciudadana local E. PASTOR SELLER en su trabajo *Participación ciudadana y gestión de las políticas sociales municipales* (Universidad de Murcia, 2009, 318 pp.). Desde una perspectiva politológica y sociológica analiza el fenómeno de la participación ciudadana local a través de los Consejos e Institutos Municipales de Servicios Sociales en la Región de Murcia. De forma más resumida, el mismo autor plantea un análisis similar en «La gestión de la política social en la administración local (El contexto relacional en la política social municipal de la Región de Murcia)» (*Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 85, 2009, pp. 193-217). El estudio se aproxima desde una perspectiva fundamentalmente politológica a las formas de participación de la ciudadanía en las políticas sociales. En primer lugar se introducen algunas observaciones en torno a la importancia y la razón de ser de la participación, que se concretan al analizar las disposiciones específicas de las Leyes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas. Constata el autor que en las leyes más recientes se introduce la participación como una de las finalidades perseguidas por la Ley y se refuerza la participación de los usuarios en la toma de las decisiones que les afecten de forma directa o indirecta, individual o colectiva. En este contexto, expone de forma analítica la participación en la política social en la Región de Murcia: cuáles son sus actores, las motivaciones, las interdependencias creadas, los objetivos y las expectativas de la participación, la gestión y la eficacia y los niveles de participación concedidos, entre otros aspectos. Como conclusiones el autor destaca la ausencia de aprendizaje democrático de los actores participantes y la existencia de inercias institucionalizadas en torno a los mecanismos de participación.

El artículo de M.<sup>a</sup> J. GARCÍA GARCÍA sobre «La celebración de consultas populares locales a petición de los vecinos» (*Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, 2009, pp. 45-90) se refiere con carácter general a esta técnica de participación local. Este extenso trabajo analiza el marco jurídico de las consultas populares locales realizadas a petición de los vecinos. En primer lugar, expone el marco constitucional, presidido por el art. 23 de la Carta Magna —con referencia a la jurisprudencia constitucional al respecto— y ligado al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas para la regulación del régimen local. En segundo lugar, atiende a la configuración de las consultas populares por las leyes, en especial, la Ley de Bases del Régimen Local. En especial, alude a la naturaleza jurídica de las consultas populares promovidas a iniciativa vecinal como un derecho subjetivo de los vecinos, distinto del derecho de petición. Expone el ámbito subjetivo del derecho de petición de consultas y la legitimación para participar en la consulta. A continuación, determina los requisitos materiales y competenciales en relación con el objeto de la consulta y el procedimiento concreto para llevar a cabo la consulta. Finalmente, la autora reflexiona sobre los efectos de la consulta popular: es

una manifestación de la democracia participativa que nunca puede llegar a sustituir la capacidad de decisión de los órganos competentes; es más, afirma que sus efectos deben interpretarse de forma restrictiva debido a la opción constitucional a favor de la democracia representativa y a la ausencia de una mención expresa en la Constitución de esta fórmula participativa.

Asimismo, se aporta una visión global de la importancia de la participación ciudadana en el ámbito local en el trabajo de M.<sup>a</sup> BUEYO DíEZ JALÓN sobre «La gobernanza local: hacia la transparencia y participación ciudadana en el funcionamiento de las administraciones locales» (*Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2009, pp. 1-15). La defensora del pueblo riojano analiza el concepto de gobernanza a nivel europeo y sus implicaciones en el ámbito local, destacando la importancia de la participación ciudadana para la creación de estructuras de colaboración en forma de red entre los vecinos y la Administración local.

Asimismo, con carácter general, hay que mencionar varios trabajos en torno a la participación local integrados en la obra colectiva dirigida por V. ALMONACID LAMELAS intitulada *Estudios sobre modernización de la Administración Local: Teoría y Práctica* (Madrid, La Ley, 2009, 1.296 pp.). Es el caso del trabajo de S. PÉREZ KASPARIAN, sobre «Corrupción *versus* participación ciudadana. El sistema de responsabilidades de los funcionarios públicos»; Z. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, cuya contribución se refiere a «La participación municipal: referencias constitucionales»; S. FERNÁNDEZ RAMOS que se ocupa de «Los cauces de participación ciudadana en la Administración local»; G. UBASART I GONZÁLEZ que analiza las experiencias locales de participación ciudadana en el capítulo «Experimentando la radicalización democrática. Mecanismos, procesos, metodologías y experiencias de participación ciudadana en el Estado español»; e I. JARA HUESO, que dedica su estudio a la «Participación ciudadana y nuevas tecnologías: la administración local en las redes sociales».

En otros trabajos se analizan las formas de participación vinculadas a materias concretas de la política municipal. Es el caso del trabajo de M. Á. RECUERDA GIRELA «Los símbolos municipales como signos jurídicos: de la tradición a la innovación» (*Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 144, 2009, pp. 705-733). De forma introductoria se expone el régimen jurídico que ordena los símbolos municipales, tanto a nivel estatal como autonómico. Además, se hace referencia al sentido y función de estos signos. Posteriormente, se afronta el núcleo de la exposición referido a la nueva forma de regular los símbolos municipales en la legislación andaluza y se valora positivamente como un modelo moderno, adaptado a las nuevas circunstancias de la realidad. En concreto, se alude al uso y protección de los símbolos y a la importancia de la participación ciudadana que se reconoce por el legislador andaluz en el proceso de aprobación y de modificación de los símbolos municipales. Como conclusión, el autor valora positivamente que la regulación de los símbolos municipales se abra a la participación ciudadana, que permite una mayor creatividad y una menor vinculación a las reglas de la heráldica y los criterios históricos.

## 5. Personal al servicio de la Administración municipal

En torno al personal de la Administración municipal, me remito al informe que sobre «Empleo público local» se incluye en esta obra. No obstante, me referiré a algunas de las novedades que se han producido a nivel doctrinal y jurisprudencial sobre esta materia.

Durante el año 2009 se han publicado algunos trabajos que siguen ocupándose de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). En especial, hay que referirse a los distintos trabajos en torno a esta norma que se reúnen en el núm. 19 de 2009 de la revista *Cuadernos de Derecho Local*. El profesor J. MAURI MAJÓS realiza un «Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas» (pp. 7-23). En este estudio se encarga de realizar algunas consideraciones sobre los puntos basilares del contenido del EBEP: su opción por crear un estatuto para todos los empleados públicos, que debe traducirse en la aproximación de la relación jurídica de los empleados públicos con contrato laboral a los funcionarios; la opción del estatuto por crear un mínimo para todas las Administraciones Públicas; las dificultades para crear una clase directiva profesional; la reducción del empleo temporal en la Administración Pública; el régimen de la composición de los órganos de selección; la competencia y el desempeño profesional en la carrera administrativa; la afirmación de la posición del sindicato en el sector público; y la codificación de la ética del empleado público. Finalmente, el autor reflexiona sobre las huidas que ha manifestado el legislador en el EBEP al obviar algunos aspectos fundamentales en la regulación del empleo público, como puede ser la creación de un sistema de instituciones para la política de recursos humanos y los problemas de unificación de criterios en el sistema de tutela jurisdiccional vigente. El magistrado F. SOSPEDRA NAVAS se refiere a los «Tipos de empleados públicos» (pp. 24-41). En este trabajo se refiere a las clasificaciones de los empleados públicos del EBEP: empleados fijos y temporales; estatutarios y laborales; y personal eventual. Como conclusiones el autor se refiere a la importancia del desarrollo legislativo por parte del Estado y las Comunidades Autónomas para cerrar el régimen jurídico del empleo público; y a las numerosas patologías que se derivan del incumplimiento de las normas sobre empleo público. El profesor M. SÁNCHEZ MORÓN analiza la nueva categoría de «Los directivos públicos. Análisis comparado» (pp. 42-47). En este artículo da cuenta de los diferentes modelos de función pública directiva de nuestro entorno. En concreto, se refiere al modelo francés de régimen funcional de carrera; a los modelos anglosajones, afectados de forma sustancial por las reformas emprendidas en el Gobierno Thatcher; al sistema norteamericano de directivos públicos profesionales, que se ofrece como contrapunto a los anteriores —aunque guarde algunas coincidencias—; y al modelo de la *dirigenza* italiana. Finalmente se refiere al modelo de función directiva en la Administración comunitaria. El magistrado F. FRESNEDA PLAZA se refiere a la «Provisión de puestos de trabajo y movilidad funcional en el nuevo Estatuto básico» (pp. 48-78). El extenso estudio se articula en torno a los siguientes aspectos de la regulación del EBEP que se

analizan exhaustivamente: la provisión de puestos; la libre designación; otras formas de provisión de puestos de trabajo; y la movilidad del personal funcionario de carrera. Junto a los estudios mencionados, hay que referirse al trabajo de M. Á. LUELMO MILLÁN sobre «El Estatuto básico del empleado público: régimen del personal laboral al servicio de las administraciones públicas con especial incidencia en las administraciones locales» (pp. 79-97). El magistrado analiza algunos derechos y deberes de los empleados públicos; se refiere a la jurisdicción estatutaria y estudia de forma extensa la seguridad y salud en el marco estatutario. Finalmente, introduce algunas conclusiones de carácter general, en las que manifiesta la importancia del desarrollo del EBEP. En relación con el régimen local, hay que mencionar el trabajo de A. SERRANO PASCUAL, «El régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal» (pp. 98-125). En el estudio se ofrece una panorámica de la evolución del régimen de los funcionarios con habilitación de carácter estatal desde su creación, antes de la Constitución, hasta su regulación en la LBRL, el Libro blanco para la reforma del régimen local y el EBEP.

Por último, hay que citar el artículo de J. CASTELAO RODRÍGUEZ sobre el «Cumplimiento de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con los puestos de trabajo del nuevo grupo B en la Administración local» (*Revista de Estudios Locales*, núm. 124, 2009, pp. 14-26). En este breve trabajo se exponen algunas consideraciones en torno a los efectos del EBEP, en relación fundamentalmente con la necesidad de aprobación de Relaciones de Puestos de Trabajo que formalicen la integración de los titulares de FP-2 en el nuevo grupo B previsto por el legislador. Para ello se hace una exposición sobre el marco jurídico y algunas reflexiones sobre el margen de actuación de los entes locales.

En la jurisprudencia constitucional, hay que mencionar la *Sentencia del Tribunal Constitucional 130/2009, de 1 de junio (Sala Segunda, ponente: Vicente Conde Martín de Hijas)* que se refiere al derecho fundamental de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad. Esta Sentencia resuelve varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas interpuestas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en relación con la disposición adicional primera, apartado 1, de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, que actualiza el régimen local de Navarra, por su posible contradicción con el art. 23.2 CE. Según este precepto, los cursos de formación necesarios para obtener la habilitación concedida por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se restringen a «quienes en el momento de publicación de la convocatoria para obtener la citada habilitación vinieren ocupando la plaza en interinidad por un período ininterrumpido de al menos un año o de forma discontinua de hasta dos años durante los cuatro precedentes a la convocatoria mencionada». Señala el Tribunal que este inciso impide el acceso a las pruebas de habilitación previstas no sólo a potenciales aspirantes que no hubieran desempeñado previamente funciones de secretaría o intervención en las entidades locales de Navarra, sino a los interinos que hubiesen ejercido esas funciones durante un tiempo inferior al previsto legalmente, por lo que debe realizarse un análisis del cumplimiento del art. 23.2 CE. El art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal que debe cumplir con los principios constitucionales

de igualdad, mérito y capacidad. En conexión con el art. 103.3 CE contiene un derecho a la no restricción injustificada de las condiciones de acceso, al que se oponen, salvo excepciones, las denominadas «pruebas restringidas» para el acceso a la función pública. El Tribunal afirma, por ello, que es fundamental determinar si la reestructuración de puestos de secretaría e intervención en Navarra vinculada a una reestructuración del mapa municipal navarro puede calificarse como una situación excepcional a los efectos de determinar la licitud de la restricción de las pruebas de acceso a la función pública. Y su conclusión es que no existe una circunstancia excepcional porque no puede reconducirse a ninguno de los supuestos en que la jurisprudencia constitucional ha admitido las pruebas restringidas: la creación de una nueva Administración, con la consiguiente necesidad de adscribirle inmediatamente personal, o la creación de un aparato administrativo en un ámbito concreto como el sanitario. Con base en estas razones, considera que la ablación del derecho fundamental no está justificada ni es proporcional a la finalidad perseguida y declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo señalado.

### III. ENTIDADES LOCALES SUPRAMUNICIPALES

Las entidades supramunicipales no han sido objeto de intenso estudio durante el año 2009. En concreto, sobre las provincias, hay que destacar el libro sobre *Gobernanza multi-nivel y sistemas locales de bienestar en España. El caso de las Diputaciones Provinciales*, de C. J. NAVARRO YÁNEZ y M.<sup>a</sup> J. RODRÍGUEZ (Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 180 pp.). En esta monografía se analiza desde un punto de vista jurídico y politológico el estatus jurídico de la provincia y se destaca su importancia en nuestro modelo territorial para la articulación del sistema de bienestar debido a sus funciones de cooperación y ayuda a los municipios de menor tamaño —que constituyen mayoría en el mapa local español.

En el plano jurisprudencial, resulta de gran interés la *Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2009, de 9 de julio (Sala Primera, ponente: Javier Delgado Barrio)* que resuelve el recurso de amparo interpuesto por varios diputados provinciales de Alicante contra la Sentencia de 21 de octubre de 2004, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por *vulneración del derecho fundamental a la participación política en condiciones de igualdad* (art. 23 CE). Los recurrentes solicitaron en su día al grupo socialista de la Diputación Provincial su integración en el mismo; sin embargo, se les denegó esta petición por haber sido expulsados previamente de la formación política por la que habían sido elegidos concejales —el PSPV-PSOE—. En consecuencia, estos diputados fueron adscritos al grupo mixto de la Diputación Provincial. Posteriormente, el Pleno de la Diputación Provincial acordó considerar como miembros no adscritos a estos concejales y a otro más, a los efectos del art. 73.3 párrafo primero *in fine* LBRL, por no encontrarse dentro del grupo político constituido por la formación electoral PSPV-PSOE. En el Acuerdo se estableció que la consideración como miembros no adscritos no impediría que los diputados ejerciesen las funciones propias de su cargo: presentar

escritos, mociones, participar en los debates y formar parte de las comisiones informativas; y se determinó la desaparición del grupo mixto. Este Acuerdo se impugnó por los concejales afectados por la vía especial de protección de los derechos fundamentales. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo estimó el recurso; pero el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó el recurso de apelación interpuesto por la Diputación Provincial de Alicante contra la Sentencia de instancia.

Los recurrentes en amparo se apoyan en la vulneración del art. 23 CE, al considerar que con la desaparición del grupo mixto y su consideración como miembros no adscritos se restringen sus derechos como diputados provinciales y les sitúa en una posición de desventaja con respecto a los diputados provinciales que sí están adscritos a un grupo político. En concreto, entienden que las limitaciones a su derecho de participación política consistirían en: no poder formar parte de la Junta de Portavoces; no poder formar parte como grupo político de las comisiones informativas; en que tres de los recurrentes no pueden ejercer su cargo en régimen de dedicación exclusiva, como lo ejercían con anterioridad a la aprobación del Acuerdo impugnado; y, por último, pérdida de los beneficios económicos y la infraestructura que se ponía a disposición del grupo mixto. Con respecto a estas limitaciones, afirma el Tribunal que sólo la referida a la participación en las comisiones informativas plantea dudas con respecto a la vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 23 CE. El resto pueden considerarse restricciones proporcionadas que no impiden el ejercicio de la función representativa de los concejales, pues no afectan a la obtención de información o al ejercicio de su tarea de control. La participación de los concejales en las comisiones informativas se limita por el Acuerdo a la asistencia y participación en las deliberaciones; pero niega la posibilidad de tomar parte en las votaciones. Pues bien, precisamente, *esa imposibilidad de participar en las votaciones se considera por el Tribunal Constitucional como una razón suficiente para otorgar el amparo solicitado*. La actividad de las comisiones informativas es fundamental para ejercer la función de control y formar la voluntad de la corporación a través del Pleno, por ello la ausencia de participación de los concejales no adscritos en las votaciones incide en el núcleo de las funciones de representación propias del cargo de diputado provincial. Ello no significa, matiza el Tribunal, que el derecho a voto de los concejales no adscritos compute de la misma forma que el de los adscritos a un grupo; pues en ese caso se produciría una sobrerrepresentación de los miembros no adscritos. Con base en estos argumentos, el Tribunal anula el Acuerdo referido en lo que se refiere a la privación del derecho a voto en las comisiones informativas de los concejales no adscritos.

#### IV. COMPETENCIAS MUNICIPALES

Dentro de las normas que configuran la esfera competencial municipal destaca en *Castilla y León*, la *Ley 8/2009, de 16 de junio*, que establece la transferencia de competencias entre la Comunidad Autónoma y las entidades locales ubicadas en su territorio en ejecución de las previsiones del Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica

14/2007, de 30 de noviembre. Con esta medida pretende reforzarse la capacidad de actuación de los entes locales. La transferencia se somete a los principios de capacidad de gestión, eficacia, eficiencia y suficiencia. Al mismo tiempo, se establece la obligación de que los entes locales presenten una memoria anual de gestión de las competencias transferidas a la Junta de Castilla y León, que incluya los niveles y calidad en la prestación del servicio público. Los destinatarios de la transferencia son las Diputaciones provinciales y los municipios con una población superior a 5.000 habitantes y se refieren a las materias de educación, juventud, servicios sociales, deportes y medio ambiente.

Por su parte, la doctrina ha continuado preocupándose por la definición del margen competencial municipal que se determina en la legislación estatal y autonómica. El desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia local ha propiciado la aparición de dos monografías sobre el régimen competencial local en esta Comunidad Autónoma en dos sectores concretos: servicios sociales y medio ambiente. Al ámbito de los servicios sociales, se dedica el libro de E. GONZÁLEZ JAIME, *Competencias de las entidades locales de Andalucía sobre servicios sociales* (Madrid, Iustel, 2009, 236 pp.). La obra se ocupa de definir el margen de actuación local en materia de servicios sociales en el nuevo marco jurídico vigente a partir de la reforma del Estatuto de Autonomía andaluz y de la futura reforma del régimen local andaluz. Junto a este estudio, en materia medioambiental hay que mencionar la obra coordinada por D. J. VERA JURADO, *Competencias ambientales de las entidades locales de Andalucía* (Granada, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2009, 691 pp.). En ella se aborda el nuevo marco competencial de los entes locales, configurado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Ley 7/2002, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental. En concreto, se tienen en cuenta los siguientes sectores: espacios naturales, contaminación acústica, salud pública, contaminación atmosférica, energías alternativas, residuos, aguas y medio marino.

En relación con el ejercicio de las competencias locales, hay que destacar el trabajo de A. E. ORTUÑO RODRÍGUEZ sobre «La potestad sancionadora de las entidades locales. Especial referencia a las ordenanzas cívicas» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 20, 2009, pp. 23-52). En este extenso estudio, la magistrada analiza, de un lado, los límites constitucionales al ejercicio de la potestad sancionadora local —especialmente el principio de legalidad— y su interpretación por la jurisprudencia constitucional; y, de otro lado, las potestades locales en materia sancionadora conforme a la legislación general sobre régimen local. A continuación se ocupa del régimen especial del municipio de Barcelona y sus consecuencias en el ejercicio de su potestad sancionadora; así como de la doctrina de los tribunales superiores de justicia sobre los principios que deben ordenar la potestad sancionadora —en concreto: principio de legalidad, responsabilidad del infractor y proporcionalidad—. Por último, se refiere al estado actual de la tipificación de infracciones y sanciones por las ordenanzas locales, específicamente en lo que se refiere a las normas que se ocupan de ordenar el civismo y la convivencia en los municipios de algunas Comunidades Autónomas, principalmente, Cataluña y Castilla y León.

También se refiere a un aspecto concreto de la actuación local el trabajo del profesor G. FERNÁNDEZ FARRERES, sobre «Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las comunidades autónomas» (*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 21, 2009, pp. 28-39). En este estudio analiza el régimen jurídico del otorgamiento de subvenciones a entidades locales y destaca la importancia de la intervención de las entidades locales en el desarrollo de la actividad subvencional autonómica cuando ésta incide en ámbitos competenciales en los que tienen atribuidas el ejercicio de competencias propias. Con esta finalidad alude a la jurisprudencia constitucional en torno a la actividad de subvenciones como técnica de intervención pública y a la necesidad de que se establezca una regulación mínima imprescindible de la actividad subvencional de las Comunidades Autónomas en relación con las competencias locales.

Precisamente en relación con las subvenciones autonómicas a los entes locales, hay que hacer referencia a la *Ley 2/2009, de 19 de marzo, de rehabilitación y mejora de barrios de los municipios de las Illes Balears*. Esta Ley pone en marcha un sistema de subvenciones a los municipios baleares para atender a las necesidades especiales de barrios con un especial grado de degradación o en riesgo de fractura social. Se establecen los requisitos y el procedimiento que deben cumplirse para obtener las ayudas. Esta medida se asemeja al *Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comunidad Autónoma para el desarrollo de un plan piloto de actuación integral en zonas sensibles con presencia significativa de población inmigrante* aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2009, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, que también pretende destinar fondos para la mejora de las condiciones de vivienda en determinados barrios de Andalucía.

## V. RELACIONES INTERTERRITORIALES

En la doctrina se han producido interesantes contribuciones al análisis de las relaciones de los entes locales con los niveles superiores de poder.

a) Con carácter general aborda este tema M.<sup>a</sup> A. GRIFO BENEDICTO en la monografía sobre *Las entidades locales y las relaciones interadministrativas* (Madrid, Iustel, 2009, 320 pp.). Parte de la clásica distinción entre relaciones de coordinación, cooperación y control, y considera que las técnicas de coordinación son las más respetuosas con el principio de autonomía local constitucionalmente garantizado.

b) La monografía del profesor L. MEDINA ALCOZ sobre *La participación de los entes locales en la elaboración de normas autonómicas y estatales* (Madrid, INAP, 2009, 334 pp.) se ocupa de un aspecto más concreto y novedoso de las relaciones multi-nivel: los canales de que disponen los entes locales para influir en la toma de decisiones normativas por los niveles superiores de poder. El trabajo se estructura en dos partes: una general, referida a la colaboración política del poder local con los niveles superiores de gobierno; y una especial, que analiza detalladamente los nuevos Consejos de participación de los entes locales creados en los nuevos Estatutos de Autonomía. En la primera parte, se analiza

el fenómeno de la colaboración política entre los tres niveles de poder. A continuación se realiza una sistematización de las técnicas de participación: informal e institucional; ordinaria y extraordinaria; directa e indirecta; influyente y neutral; participación y co-decisión; funcional y orgánica; y sistemas de consejo y de comisión. Esta clasificación se completa con una ordenación de los diferentes modelos de relaciones multinivel —relación directa, secuencial o triangular— desde una perspectiva comparada en España, Italia, Alemania y Reino Unido. En la segunda parte se aplican las consideraciones elaboradas en la Parte general al estudio de casos concretos, tanto en el Derecho italiano, como en el Derecho español, a raíz del desarrollo de las previsiones estatutarias en torno a la participación de los entes locales en la toma de decisiones a nivel autonómico. En este ámbito hay que destacar, además, la tramitación del *Proyecto de Ley del Consejo de Gobiernos Locales de Cataluña* que se inició el 22 de septiembre de 2009, que aún se está tramitando en el Parlamento catalán.

## VI. RÉGIMENES ESPECIALES

### 1. Régimen de los municipios de gran población

Con respecto al desarrollo del régimen especial de los municipios de gran población, en 2009 ha entrado en vigor la *Ley 2/2008, de 10 de diciembre, que regula el acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población* (BOJA de 24 de diciembre de 2008). Esta Ley se centra en la regulación del procedimiento de acceso al régimen del Título X de la LBRL de los municipios recogidos en el art. 121. b) LBRL a los que no se aplica la Ley de forma imperativa. En concreto, la Ley exige que la iniciativa que se presente a la Asamblea Legislativa autonómica se acompañe de una memoria y de documentación acreditativa de la conveniencia de la decisión interesada, especialmente cuando se trate de aplicar el supuesto legal referido a la existencia de circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales. Además, en un Anexo se incorporan de forma desglosada las circunstancias de este tipo que pueden ser relevantes de cara a someterse al régimen de los municipios de gran población. Por último, hay que destacar que se excluye del ámbito de aplicación de la Ley la referencia a la capital autonómica, ya que Sevilla tiene más de 250.000 habitantes y, por esta circunstancia, se le aplica directamente el régimen del Título X LBRL.

En la doctrina, la profesora E. CARBONELL PORRAS ha realizado un balance sobre la aplicación del régimen de los municipios de gran población en su artículo «Los municipios de gran población, cinco años después» (*Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2009, pp. 1-33). En concreto, se centra en la evolución de la determinación de los municipios a los que les resulta de aplicación del régimen del Título X de la LBRL. Así, analiza los supuestos de aplicación directa de la Ley; la exclusión de Barcelona y de Madrid; las ciudades capitales; y los municipios de gran población por iniciativa municipal y decisión autonómica, a los que presta una especial atención. Analiza, así, los

criterios establecidos en la LBRL para extender la aplicación del régimen de municipios de gran población; los casos en que por Ley singular autonómica se ha aplicado este régimen a concretos municipios; la regulación en Madrid y Andalucía en torno a los criterios y procedimiento para incluir un municipio en el régimen de gran población; y los supuestos en que no se ha adoptado ninguna decisión al respecto a nivel autonómico. Finalmente, en las conclusiones se refiere a la constatación de las dudas iniciales en torno a la aplicación del nuevo régimen legal que, aún denominándose «de gran población» se aplica a municipios que en absoluto reúnen esta condición. También hay que destacar en la literatura, con carácter práctico, la obra de S. HERNÁNDEZ DE MARCO sobre *Estudios, informes y resoluciones judiciales de grandes ayuntamientos* (Pamplona, DAPP, 2009, 760 pp.). En este libro se reúnen agrupadas por temas resoluciones judiciales, en las que están implicados grandes ayuntamientos, resoluciones e informes municipales, todos ellos comentados por el autor.

## 2. Régimen de las ciudades capitales

En el régimen de las ciudades capitales también se han introducido algunas novedades. Destaca la Resolución de 23 de febrero de 2009 del Consejo de Capitalidad de Canarias, por la que se dispone la publicación del *Acuerdo que aprueba el Reglamento de Funcionamiento del Consejo de la Capitalidad* (BOC de 13 de marzo de 2009). El Consejo de Capitalidad se creó mediante la Ley 8/2007, de 13 de abril, del Estatuto de la Capitalidad Compartida de las ciudades de Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife. Se trata de un órgano de carácter consultivo estable de relación entre las administraciones autonómicas y municipales. El art. 8 de la Ley habilitó al Consejo para aprobar su reglamento de funcionamiento. En el reglamento destaca la regulación del estatuto de los miembros permanentes (art. 5) y los no permanentes —los consejeros y concejales de las áreas correspondientes que se incorporen a las sesiones por razón de los asuntos sometidos a debate— (art. 6). También se establece la realización de, al menos, una sesión ordinaria anual antes de la aprobación por el Gobierno del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales para la Comunidad Autónoma del ejercicio siguiente (art. 12.2). Con respecto al quórum, se exige, como mínimo, la asistencia de representantes de la Comunidad Autónoma y de ambos municipios, Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife (art. 19.1). Sus acuerdos se adoptan por unanimidad en forma de estudios, informes y propuestas (art. 23).



---

# Normas, actos y procedimientos administrativos municipales

Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid*

**Palabras clave:** Ordenanzas locales; acto administrativo; procedimiento administrativo.

**Key words:** Local y-laws; administrative act; administrative procedure.

**SUMARIO:** I. NORMAS MUNICIPALES.—1. Sistema de fuentes del Derecho Local.—2. Jurisprudencia sobre normas municipales.—II. ACTO ADMINISTRATIVO.—1. Tipos de actos administrativos: impugnabilidad y control.—2. Requisitos del acto administrativo: motivación.—3. Nulidad y anulabilidad.—4. Eficacia del acto administrativo: notificación.—5. Eliminación del acto administrativo.—5.1. *Revisión de oficio*.—5.2. *Recursos administrativos*.—III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.—1. La Ley 17/2009, sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.—2. Jurisprudencia sobre procedimiento administrativo.—2.1. *Iniciación del procedimiento*.—2.2. *Principios de publicidad, transparencia y audiencia a los interesados en la tramitación del expediente administrativo*.—2.3. *Silencio*.—2.4. *Finalización del procedimiento*.—2.5. *Anulación de procedimiento administrativo*.

## I. NORMAS MUNICIPALES

### 1. Sistema de fuentes del Derecho Local

De entre los libros editados en 2009 sobre normas municipales, destaca el publicado por F. VELASCO CABALLERO, *Derecho Local. Sistema de Fuentes* (Marcial Pons, 2009). El libro presenta y sistematiza el abigarrado conjunto de fuentes normativas que rigen las entidades locales, ordenado a través del principio constitucional de autonomía local. Este mandato constitucional ordena la posición relativa de cada forma normativa en el conjunto del sistema, de manera que la posición de cada tipo de norma no se explica y a sólo con los criterios de jerarquía, competencia y prevalencia.

El libro editado por DAPP, Publicaciones Periódicas (ed.), *Estudios, Informes y Resoluciones Judiciales de Grandes ayuntamientos* (Pamplona, 2009), incluye, entre su contenido, un apartado en el que se recogen pronunciamientos de grandes ayuntamientos relativos a «Reglamentos», incluyendo dictámenes sobre reglamentos orgánicos, reglamento de participación ciudadana, proyecto de reglamento del Consejo Director, proyecto de reglamento por el que se regula el órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, reglamento orgánico de los distritos, proyecto de reglamento de funcionamiento de los Consejos Territoriales de los distritos, etcétera.

Sobre las ordenanzas locales en materia de residuos, ver el trabajo de J. ORTEGA BERNARDO, «El espacio que corresponde a las entidades locales para la configuración del moderno servicio público de gestión de residuos y las ordenanzas», en *Medio Ambiente y Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 19, 2009. En este estudio, la autora aborda el análisis del alcance del ejercicio de las competencias locales ante los planes de residuos aprobados por otras Administraciones públicas y por las propias entidades locales para, a continuación, ocuparse del fundamento, alcance y contenido de las ordenanzas locales en materia de residuos.

En relación con las aportaciones doctrinales en torno a las cuestiones relacionadas con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, sin perjuicio de los trabajos que se citan *infra*, en el apartado «III. Procedimiento administrativo», baste aquí con citar: «La transposición de la Directiva de servicios: aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», de J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009 (pp. 469-506).

Sobre ordenanzas municipales, P. MARTÍN FERREIRA, «La modificación de las ordenanzas locales», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, julio-agosto 2009 (pp. 100-113).

## 2. Jurisprudencia sobre normas municipales

De entre la jurisprudencia dictada a lo largo del año 2009, destaca, sobre procedimiento de elaboración de disposiciones generales locales, la *STS de 20 de mayo de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup> La sentencia de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ayuntamiento de Ceutí contra el Decreto 102/2002, de 14 de junio, de la Consejería de Economía y Hacienda por el que se aprueba el Reglamento Económico-Financiero Tributario del canon de saneamiento de la Región de Murcia. La Sala *a quo* constató que en la tramitación del reglamento se omitió el informe del Consejo Regional de Cooperación Local, que es necesario conforme al art. 3.1.a) de la Ley Reguladora de dicho órgano, en cuanto que el Decreto regula una parte de la acción pública de la administración regional que afecta al ámbito de competencias de la administración local. Además, el Tribunal también llegó a la conclusión de que la consulta al Consejo Económico y Social había sido meramente formal, pues no se le remitieron los datos necesarios para cumplir adecuadamente su función. El Tribunal señala, en primer lugar, que el Decreto impugnado es una disposición general

autonómica dictada en desarrollo de una Ley autonómica. Afirma el Tribunal que la disposición impugnada afecta efectivamente a las competencias locales, pues el canon que impone se vincula a infraestructuras municipales. Además, implícitamente la propia Comunidad Autónoma aceptó la proyección de la norma sobre el ámbito local, pues durante su elaboración citó a la Federación de Municipios de la Región de Murcia. El Tribunal confirma el fallo de instancia, señalando que la participación de la Federación de Municipios de la Región de Murcia no puede sustituir el trámite preceptivo del informe del Consejo Regional de Cooperación, exigible en la medida en que se afectaban competencias locales; de modo que se ha producido una vulneración del procedimiento establecido, lo que conlleva la nulidad del Decreto, conforme al art. 62.1.b) LRJPAC (FJ 5). Por todo ello, desestima el recurso de casación interpuesto.

En su *STS de 15 de diciembre de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>, el Tribunal se pronuncia sobre la competencia de un ayuntamiento para aprobar la ordenanza municipal reguladora de la aplicación de estiércol, purines y fangos de depuración. En línea con esta sentencia, hay otras numerosas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que también se pronuncian sobre la competencia municipal para aprobar ordenanzas sobre esta misma materia o similar, así como en materia de instalación de antenas de telecomunicaciones y telefonía móvil, infraestructura radioeléctrica, medio ambiente, etcétera.

De entre la jurisprudencia dictada por los Tribunales Superiores de Justicia, destaca la *STSJ de Madrid de 18 de junio de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, recurso 8/2006, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una sociedad privada contra el Decreto de 3 de noviembre de 2005, del Concejal del Área de Gobierno, de Seguridad y Servicios a la Comunidad, que aprueba el nuevo cuadro de claves de infracciones de la normativa de circulación vial, así como el importe de las sanciones que provisionalmente han de corresponderse con ellas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 91.k) del Reglamento General de Circulación. La aprobación del Decreto se preveía en el art. 109 de la Ordenanza de Movilidad de la Ciudad de Madrid, de 26 de septiembre de 2005. El recurso se apoya en la vulneración del principio de legalidad, en la medida en que las sanciones impuestas superan cuantitativamente el importe previsto en la Ley de Tráfico; y en la vulneración de la Ley y del principio de proporcionalidad en conexión con el art. 129 LRJPAC, al establecer algunas sanciones en su grado máximo. Tras un estudio detallado de las cuantías de multa previstas para cada tipo de infracción, concluye el Tribunal que, en efecto, se produce una vulneración del principio de jerarquía normativa. El Decreto establece cuantías fijas para cada infracción olvidando que la Ley establece un margen o recorrido de la sanción, con el fin de poder valorar los elementos del caso y, así, cumplir con el principio de proporcionalidad (FJ 4). Por ello, se estima el recurso interpuesto y se anula el Decreto impugnado.

Sobre potestad sancionadora en el ámbito local, en 2009 se ha publicado el trabajo de A. E. ORTUÑO RODRÍGUEZ, «La potestad sancionadora de las Entidades Locales. Especial referencia a las ordenanzas cívicas», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 20,

2009, pp. 23-52. En este trabajo, la autora se ocupa del principio de legalidad y de los límites constitucionales a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas tras la Constitución de 1978, recogiendo la evolución de la jurisprudencia en torno a la potestad sancionadora de las entidades locales. A continuación expone el régimen especial del municipio de Barcelona y el estado actual de la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanzas locales y analiza la problemática que suscita la ordenación del civismo y la convivencia.

Relacionado con este trabajo, puede señalarse la *STSJ de Cataluña de 26 de marzo de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 409/2009, que conoce de la impugnación de la Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona. En concreto, se impugna la regulación que en dicha ordenanza se realiza sobre el régimen de sanciones correspondientes a conductas realizadas por grupos de personas y la imputación de la realización del comportamiento prohibido a aquellos que se encontrasen en el lugar de los hechos y participasen «activa o pasivamente» en algunos de los comportamientos antijurídicos, discriminatorios y vejatorios. El Tribunal admite la impugnación y estima el recurso, anulando la inclusión de la imputación por la participación pasiva en los hechos.

También se ha impugnado una Ordenanza similar dictada por el ayuntamiento de Santander (sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actividades antisociales), que desestima la *STSJ de Cantabria de 29 de junio*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Sentencia núm. 430/2009, por considerar que utiliza conceptos que causan inseguridad jurídica y por vulneración del principio de libertad de empresa y de libertad de expresión.

## II. ACTO ADMINISTRATIVO

En relación con los actos administrativos, no hay aportaciones doctrinales que se refieran específicamente al ámbito local, salvo los publicados en relación con el contenido de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que se reseñan *infra*, en el apartado «III. Procedimiento administrativo». Baste aquí con citar, tan sólo, a T. de J. SÁNCHEZ ARMAS, «El régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios: ¿hacia un nuevo Derecho Administrativo?», *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios: Libro Marrón*, Madrid, octubre 2009 (pp. 405-432). También se puede citar aquí el libro editado por DAPP, Publicaciones Periódicas (ed.), *Estudios, Informes y Resoluciones Judiciales de Grandes ayuntamientos* (Pamplona, 2009), que incluye, entre su contenido, un apartado en el que se recogen pronunciamientos de grandes ayuntamientos relativos a «Licencias», incluyendo dictámenes sobre competencias municipales para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, adecuación de salida de humos en una comunidad de propietarios y nulidad de ordenanza municipal, por incompetencia para incluir razas distintas de las establecidas por vía reglamentaria.

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 sólo cabe destacar la *STSJ de Castilla y León* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), Sentencia núm. 347/2009, sobre impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales y, en concreto, acuerdos adoptados por el Pleno y la ausencia de notificación de la hora de celebración de pleno a un concejal. También la *STS de 17 de julio de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), sobre la falta de acuerdo del órgano competente por el que se acuerda la impugnación de un acto administrativo y la *STSJ de Murcia de 16 de febrero de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), Sentencia núm. 120/2009, sobre impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones Locales por miembros de la Corporación que votaron en contra.

Igualmente, se han dictado varias sentencias relativas a la impugnación por la Administración del Estado de actos y acuerdos de las Corporaciones Locales que infringen el ordenamiento jurídico. En concreto, la *STSJ de Baleares de 18 de febrero de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), Sentencia núm. 105/2009; la *STSJ de Castilla-La Mancha, de 14 de julio de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), Sentencia núm. 362/2009; y la *STS de 10 de septiembre de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>).

Junto a lo anterior, sí pueden reseñarse aquellas sentencias que, a lo largo del año 2009, 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 enunciados.

## 1. Tipos de actos administrativos: impugnabilidad y control

En relación con los actos de trámite y la doctrina de los «actos propios» de la Administración, la *STS de 2 de diciembre de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 2942/2007, afirma que el principio *venire contra factum proprium non valet* no se contraviene en el caso de no respetar la Administración, en el acto definitivo, la propuesta de resolución del órgano jerárquicamente inferior, que no resulta vinculante para el órgano decisor. En concreto, la Sala de Instancia (FJ 1) precisa que: «En cuanto al principio *venire contra factum proprium non valet*, se considera que tal principio no es aplicable a la actuación de la Administración Pública, y tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la Jurisprudencia del TS considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio». Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes *venire contra factum proprium*.

Ahora, bien, afirma el Tribunal Supremo, este principio no puede invocarse frente a actuaciones de la Administración que no ponen de manifiesto resolutivamente la voluntad de la misma, como es el caso que esta Sentencia enjuicia, en la que la parte sostiene su argumentación sobre el contenido de una simple propuesta de resolución (acto de trámite no resolutivo).

En relación con los actos discrecionales y los límites al control judicial derivados de la discrecionalidad técnica, la *STS de 15 de septiembre de 2009*, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. También sobre la discrecionalidad técnica en procesos selectivos de personal de la Administración pública, la *STS de 11 de mayo de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), que igualmente reitera abundante jurisprudencia.

La *STS de 25 de septiembre de 2009* (Recurso de casación núm. 2581/07) afirma que (FD 5): «Ha sido, pues, consustancial a nuestro sistema administrativo y más plausible parece que lo sea bajo un Estado social y democrático de Derecho, que el orden del día de un órgano colegiado no quede en manos del Presidente sino que, debe atender a las peticiones de todos los que ayudan a formar la voluntad del mismo en orden a que la colegialidad se vea reforzada». Así lo interpreta el Tribunal, basándose en el art. 23.1 LRJPAC, y siguiendo jurisprudencia reciente anterior.

## 2. Requisitos del acto administrativo: motivación

En relación con la motivación de los actos administrativos, el Tribunal Supremo entiende, así en la *STS de 15 de septiembre de 2009*, que, de conformidad con el art. 54.2 LRJPAC, la motivación en los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de acuerdo con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, por lo que, cuando así venga previsto en la convocatoria, el órgano de selección cumplirá con expresar la puntuación que exteriorice su calificación. Asimismo, siguiendo la *STS de 14 de julio de 2000*, expone y resume los criterios jurisprudenciales sobre la motivación en estos particulares supuestos.

## 3. Nulidad y anulabilidad

En relación con el carácter no invalidante de las irregularidades procedimentales que no son causa de indefensión, en la *STS de 1 de diciembre de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 55/2007, el Tribunal analiza las quejas del recurrente referidas a supuestas infracciones en relación con la información pública a la que fue sometido el proyecto de instalación de una central termoeléctrica de ciclo combinado y declara que dichas infracciones procedimentales no tienen carácter invalidante ya que no dan lugar a indefensión. En este sentido, el Tribunal afirma que, incluso si se entendiese que el trámite de información pública no hubiera cumplido los

plazos legales y hubiese quedado reducido en su duración, ello sólo hubiera podido ser determinante de nulidad si hubiese constancia de que dicha limitación de la duración del periodo de información pública hubiese sido la causa de la no admisión de alegaciones presentadas fuera de plazo por parte de la actora o de otros interesados o si se llegase a la conclusión —lo que manifiestamente no podía sostenerse en el caso enjuiciado— de que la publicidad del procedimiento y la posibilidad de alegar sobre el mismo hubiese quedado por tal circunstancia gravemente afectada.

#### 4. Eficacia del acto administrativo: notificación

De entre los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la eficacia de los actos administrativos y su notificación, destaca el contenido en la *STS de 11 de noviembre de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 4370/2001, que analiza la inadmisión, por extemporáneo, de un recurso de alzada ante el Tribunal Económico Administrativo Central, contra el Tribunal Económico Administrativo de Valencia. El Tribunal Supremo concluye que la notificación realizada por el procedimiento edictal era improcedente, por no existir la debida constancia, a cargo del Servicio de Correos, del día y la hora en que se intentó la entrega de los dos repartos consecutivos, así como la hora en que se hizo la entrega del Aviso de Llegada, que normalmente será la misma que la del segundo intento. En definitiva, la resolución no fue debidamente notificada hasta que el Secretario del TEAR de Valencia notificó al representante del particular la resolución del TEAR. Por ello, debe concluirse que el recurso fue interpuesto en plazo.

La notificación edictal resulta procedente, en aplicación del art. 59.4 LRJPAC, cuando realizada la notificación personal, ésta no ha surtido efecto porque el cambio de domicilio del particular no ha sido debidamente comunicado a la Administración. En este sentido, la *STSJ de Murcia de 25 de septiembre de 2009*.

Por último, en lo que se refiere a la notificación edictal, la *STC 32/2009, de 9 de febrero*, se pronuncia sobre los presupuestos para que la notificación por edictos del acuerdo de inicio de expediente sancionador y su respectiva propuesta de resolución constituyan indefensión material constitucionalmente relevante.

#### 5. Eliminación del acto administrativo

##### 5.1. Revisión de oficio

En este periodo también se han dictado sentencias relativas a la eliminación del acto administrativo. En concreto, sobre la naturaleza del procedimiento de revisión de oficio para declarar nulo de pleno derecho un acto administrativo, la *STS de 6 de marzo de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, que declara que, si concurren

los presupuestos para la estimación de la revisión de oficio instada contra la denegación de dos licencias para la instalación de casinos, dicho procedimiento debe admitirse, aunque se haya interpuesto un recurso anterior, pues entiende que la pretensión de impugnación y la solicitud de revisión por nulidad plena no son identificables. Finalmente, el Tribunal no estima la pretensión, porque no queda claro en la demanda qué causa de nulidad de pleno derecho de las que se relacionan en el art. 62.1 de la LRJPAC se invoca.

Sobre la distinción entre los procedimientos administrativos de revisión de oficio y de rectificación de errores, la *STS de 16 de febrero de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>

También en relación con la revisión de oficio de actos administrativos, la *STS de 27 de noviembre de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 4389/2005, considera que la simple cita por parte del solicitante de la revisión de oficio de la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) LRJPAC, no es causa suficiente para entender que procede el trámite de admisión previsto en el art. 102.3 de la citada ley, y constituye motivo suficiente para casar la sentencia de instancia. No basta dicha mención, sino que el alegato que le sirve de soporte ha de ser el propio de una nulidad plena y eso es precisamente lo que no se produce en este caso. De esta forma, en el caso de autos, el escrito pidiendo la revisión de oficio no se diferenciaba de cualquier escrito de interposición de recursos administrativos ordinarios, por vicios de anulabilidad, y que efectivamente la parte recurrente podría haber fundado sobre los mismos si hubiera recurrido en plazo. La sentencia concluye destacando la naturaleza del procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos en los siguientes términos: «Conviene no olvidar que la finalidad que está llamada a cumplir el art. 102 de la Ley 30/1992 es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquéllos derive en su consolidación definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades impugnatorias, evitando que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio esencial de tan relevante trascendencia. Ahora bien, no pueden enmascararse como nulidades plenas, lo que constituyen meros vicios de anulabilidad».

Igualmente, en la *STS de 25 de mayo de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, recurso de casación núm. 248/2006), el objeto litigioso se concreta en determinar si había o no razones para inadmitir la solicitud de revisión de oficio de los instrumentos de gestión y planeamiento y, más en concreto, si es o no cierto que la solicitud de revisión carecía manifiestamente de fundamento. En definitiva, si es o no ajustada a Derecho la sentencia de instancia que confirma la decisión de inadmisión de la revisión de oficio adoptada por el ayuntamiento. El Tribunal Supremo considera que procede declarar no haber lugar al recurso de casación.

Acerca del tiempo transcurrido desde que se produce el acto hasta que se ejercita la acción de revisión de oficio, el Tribunal Supremo en *STS de 30 de septiembre de 2009*, Sala de

lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>, recuerda que, a tenor del art. 106 LRJPAC, las facultades de revisión de los actos administrativos no pueden ser ejercidas, entre otros casos, cuando por el tiempo transcurrido aquel ejercicio resulte contrario a la equidad. En esta línea el Tribunal considera en el caso enjuiciado que los sesenta años transcurridos desde la privación de la propiedad a los recurrentes en virtud de una expropiación forzosa, éstos tuvieron múltiples oportunidades de ejercitar su derecho de defensa invocando la pretendida revisión de oficio del expediente, por lo que no procede estimar su pretensión.

### 5.2. Recursos administrativos

Conforme a reiterada jurisprudencia, la Audiencia Nacional en *SAN de 18 de septiembre de 2009* hace referencia (FD 1) a la determinación del cómputo del plazo de interposición de los recursos administrativos para declarar conforme a derecho la inadmisión de un recurso administrativo interpuesto extemporáneamente, indicando el más alto tribunal que, cuando se trata de plazos de meses, el cómputo ha de hacerse según el artículo quinto del Código Civil, de fecha a fecha.

En relación con el recurso de alzada, la *STS de 4 de mayo de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 259/2006, conoce de la impugnación en la que se pretende obtener la anulación de la liquidación de honorarios que giró un Registrador de la Propiedad, por considerar que las normas que le sirven de fundamento se extralimitan de la delegación que el legislador le hizo al Gobierno para refundir la normativa en esta materia. Se trata del llamado *recurso de alzada per saltum*, reconocido por el art. 107.3 LRJPAC. En este caso en concreto, el Tribunal Supremo concluye considerando que no procede, por no existir la necesaria conexión directa entre la norma cuya nulidad se invoca y el acto administrativo impugnado.

Por su parte, y en relación con el recurso extraordinario de revisión, la *STS de 10 noviembre de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 4419/2005, considera que no queda justificado, en la sentencia de instancia, que concurra causa alguna para la admisión del recurso extraordinario de revisión, pues la que señala como tal no resulta en realidad incardinable en el art. 118.1.1.<sup>a</sup> de la LRJPAC. En efecto, los datos que la Sala de instancia obtiene del testimonio de un testigo podrían haber servido de base para impugnar el acuerdo de aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias; y, de haber existido tal impugnación, allí se habría dilucidado si la Administración había incurrido o no en ilegalidad procedimental o sustantiva al aprobar ese instrumento de planeamiento. Pero, no habiendo existido esa impugnación ordinaria, la sentencia recurrida en ningún momento explica por qué razón la posible concurrencia de una deficiencia procedimental (que no fue aducida por la vía del recurso ordinario) ha de ser ahora considerada como un error de hecho constitutivo de causa para admitir el recurso de revisión. Lejos de estar mínimamente justificado el error de hecho, no cabe descartar que la Administración otorgase la aprobación definitiva porque, aun siendo consciente de que en la tramitación de las Normas Subsidiarias

se habían introducido variaciones, entendió que no constituían modificaciones sustanciales que exigiesen un nuevo trámite de información pública. En todo caso, fuese esa o cualquier otra la razón por la que se acordó la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias, quien considerare contraria a Derecho tal decisión de la Administración pudo y debió aducirlo mediante el correspondiente recurso; pero, no habiéndolo hecho entonces, no resulta aceptable que se reabra el debate so pretexto de un pretendido error de hecho del que no hay justificación, ni siquiera indiciaria.

De aceptarse la conclusión de la Sala de Instancia se llegaría al resultado de que cualquier defecto formal o sustantivo no denunciado por la vía de los recursos ordinarios podría luego ser aducido como causa para el recurso extraordinario de revisión; bastaría para ello con afirmar que fue un error de hecho el que determinó que la Administración no advirtiese la deficiencia en el momento de dictar el acto cuya revisión se pretende. Por esa vía el recurso de revisión quedaría enteramente desnaturalizado, pues su admisión se generalizaría y perdería el carácter de recurso extraordinario que ha querido atribuirle el legislador y que aparece destacado en una reiterada jurisprudencia.

### III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

#### 1. Ley 17/2009, sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio

En relación con la actividad administrativa, en general y, en particular, con el procedimiento administrativo, durante 2009, el hito lo constituye la aprobación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incorporó parcialmente a nuestro jurídico la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. La Ley 17/2009 busca impulsar la mejora de la regulación del sector servicios proporcionando un entorno más favorable y transparente a los agentes económicos, todo ello para incentivar la creación de empresas y generar ganancias en eficiencia, productividad y empleo en las actividades de servicios, además del incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos. El objeto de la norma consiste, por tanto, en establecer las disposiciones y principios necesarios para garantizar el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio realizadas en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, simplificando los procedimientos y fomentando un nivel elevado de calidad en los servicios. En lo que aquí interesa, la simplificación administrativa consiste en:

- La revisión por parte de las Administraciones Públicas de los procedimientos aplicables al establecimiento y la prestación de servicios.
- La posibilidad de los prestadores de acceder, electrónicamente y a distancia de una «ventanilla única», a toda la información necesaria para el acceso y ejercicio de una actividad de servicios y a la realización de los trámites preceptivos para ello.

En relación con esta cuestión se han publicado numerosísimos trabajos doctrinales a lo largo del año 2009. Aquí se opta por seleccionar aquellos cuyo contenido está relacionado con el procedimiento administrativo, su simplificación y su aplicación a la Administración local. Entre ellos, se puede citar «Simplificación administrativa y régimen de control previo administrativo de actividades de prestación de servicios: ¿hay espacio para los derechos lingüísticos?», *Revista de Lengua i dret*, núm. 52, 2009 (pp. 205-226). Otros trabajos, más genéricos, son los siguientes: S. MUÑOZ MACHADO, «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2009, también en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios: Libro Marrón*, Madrid, octubre 2009 (pp. 297-326); P. SANJUÁN GARCÍA, «La prestación de servicios en la Unión Europea: de la Directiva “Bolkestein” a la “Ley Ómnibus”», *Lex Nova: La Revista*, núm. 59, 2009 (pp. 20-23); R. RIVERO ORTEGA, «Reformas del Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009 (pp. 51-80); A. REINOSO CARRIERO, «La Directiva de Servicios. Dificultades para su transposición», *Consultor de los ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 17, 2009 (pp. 2457-2466); I. MOLINA FLORIDO, «La Directiva de Servicios y las Entidades Locales», *Consultor de los ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 19, 2009 (pp. 2795-2811); J. HERNÁNDEZ LÓPEZ, «La Directiva de Servicios y su incidencia en el ámbito municipal. Apuntes de urgencia», *Consultor de los ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 19, 2009 (pp. 2772-2793); E. PARICIO RALLO, «Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de Servicios», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 21, 2009 (pp. 137-155); «La transposición de la Directiva Bolkestein, la libertad de establecimiento y las competencias de las entidades locales», de F. MORA BONGERA, *Consultor de los ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4 de 2009, 8 (pp. 530-543). También la *Editorial del Boletín del Instituto de Derecho Local (UAM)* núm. 30, abril y mayo 2009, «Líneas para una nueva ordenación general de las actividades y servicios públicos locales», por F. VELASCO CABALLERO. Igualmente, por el mismo autor, la *Editorial del Boletín del Instituto de Derecho Local (UAM)* núm. 32, octubre, noviembre y diciembre de 2009, «El futuro de las licencias municipales».

Con posterioridad, se aprueba la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En concreto, y a lo que a este trabajo interesa, la aprobación de esta Ley supone la modificación, en relación con el procedimiento administrativo, de la Ley 7/1985, de 2 de abril (LBRL) y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC). Así, la nueva redacción del art. 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que adapta dicho artículo a la citada Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, ha introducido la comunicación previa o la declaración responsable como mecanismo ordinario de intervención en el ámbito local, junto a las licencias, que quedarán sujetas, respecto de las actividades de servicios, a los principios incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Estos principios implican la introducción de nuevas formas de control de la actividad más eficaces,

pero menos gravosas para ciudadanos y empresas. Por tanto, se hacía necesario realizar una modificación de la redacción de los arts. 5 y 22.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, exclusivamente con el fin de adecuar su contenido a lo previsto en la mencionada modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y sin menoscabo de las competencias normativas que corresponden a las CCAA y de la autonomía local. Asimismo, era necesaria la supresión de los arts. 8 y 15.2, dado que son manifiestamente incompatibles con la nueva redacción de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como con el contenido y principios de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Todas estas modificaciones se llevan a cabo por el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Por su parte, en línea con las importantes modificaciones legislativas antes señaladas, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid aprueba, el 16 de abril de 2009, el proyecto de Ordenanza de Licencias Urbanísticas de Actividades y Negocios, para favorecer el desarrollo de actividades y negocios en la capital, que fue aprobada definitivamente por el Pleno el día 29 de junio de 2009. El objetivo de la ordenanza es mejorar la eficacia de la gestión y el control de las licencias urbanísticas a través de la colaboración con entidades privadas acreditadas. Las entidades colaboradoras estarán sometidas a supervisión de la entidad de acreditación y del ayuntamiento y deberán responsabilizarse de todas sus actuaciones y contar con procedimientos específicos para el tratamiento de reclamación que puedan presentar sus clientes. Además, el nuevo texto pretende racionalizar el sistema de tramitación mediante la reducción del número de procedimientos, el aumento de las actuaciones sujetas a comunicación previa y la simplificación de trámites. Para ello, el sistema de tramitación se articula en torno a tres procedimientos: ordinario común, ordinario abreviado y procedimiento para la implantación o modificación de actividades. Las demás solicitudes se tramitarán como actuación comunicada.

Igualmente, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, modifica la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios públicos. Esta Ley es desarrollada parcialmente por el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre. Por otro lado, en cumplimiento de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios públicos, y dentro del Plan de Administración Electrónica (2008-2011), la Consejería de Empleo y Mujer de la Comunidad de Madrid está rediseñando sus procedimientos administrativos, para facilitar las relaciones de ciudadanos y empresas con la Administración y evitar así la presentación física de los documentos en sus dependencias. Un total de 100 procedimientos, principalmente subvenciones, recursos, registros y autorizaciones, pueden solicitarse *on line* desde el 1 de enero de 2010.

También vinculado con lo anterior, en relación con las nuevas tecnologías y su implantación en el ámbito local, el 4 de marzo de 2009, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información presentó el estudio «Estado

de las TIC en la Administración local», que forma parte de la estrategia del Gobierno para impulsar el cumplimiento de la Ley de Administración Electrónica, que reconoce a los ciudadanos su derecho a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas. En este informe se destaca que el 96 por 100 de la población española puede tramitar expedientes con la Administración local a través de Internet, vía que emplean ya diez millones de internautas. Además, el 79 por 100 de la población puede acceder a algún servicio de participación ciudadana y el 74 por 100 de los ayuntamientos de más de 15.000 habitantes ofrecen a las empresas información por Internet relativa a creación de negocios, contratación pública, ayudas o subvenciones. El informe pone también de manifiesto la existencia de notables diferencias entre las distintas tipologías de Administraciones Locales en función de su tamaño poblacional y de sus recursos económicos. En concreto, señala que los municipios que sobrepasan los 30.000 habitantes destinan un volumen de recursos económicos y humanos a la mejora de sus tecnologías, superior al resto.

Por último, en este año se ha publicado el libro editado por DAPP, Publicaciones Periódicas (ed.), *Estudios, Informes y Resoluciones Judiciales de Grandes ayuntamientos* (Pamplona, 2009), que incluye, entre su contenido, un apartado en el que se recogen pronunciamientos de grandes ayuntamientos relativos a «Procedimiento». En concreto, cuestiones como el establecimiento de la denominada «ventanilla única», ejercicio de la potestad sancionadora, expedición de certificaciones y copias de documentos y autenticación de las mismas, naturaleza de los recursos administrativos contra actos de gestión tributaria, posibilidad y formalidades de encomienda de gestión, modificación del número de distritos, creación de consejo local para el desarrollo económico y el empleo, etcétera. Y, en relación con procedimientos administrativos especiales, se puede citar el estudio «Protección de datos en la prestación de servicios locales», de M.<sup>a</sup> ARIAS POU, *Consultor de los ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5 de 2009 (pp. 686-701).

## 2. Jurisprudencia sobre procedimiento administrativo

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. Tan sólo cabe señalar aquí la *STS de 25 de marzo de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), sobre un procedimiento administrativo de segregación de un municipio, su tramitación y requerimiento para completar el mismo. En la Sentencia se declara la necesidad de que la resolución efectiva del procedimiento se adopte por el órgano administrativo competente para la admisión o denegación de la petición, esto es, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma. También sobre alteración de términos municipales (segregación de parte del territorio para agregarlo a otro municipio limítrofe), la *STS de 3 de noviembre de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>, que declara procedente la denegación de esta petición, por

no quedar claramente determinada la zona territorial que la entidad local accionante pretende anexionar a su territorio, ni objetiva y adecuadamente acreditada la causa para la segregación.

Junto a lo anterior, sí pueden reseñarse aquellas sentencias que, a lo largo del año 2009, 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 enunciados.

### 2.1. *Iniciación del procedimiento*

La *STS de 11 de mayo de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), conoce de la impugnación de un proceso selectivo de personal de la Administración pública. Sostiene el Tribunal Supremo que el tribunal calificador de las pruebas debió subsanar el escrito presentado por el candidato mediante la aplicación del art. 71 de la LRJPAC. Sin embargo, no nos encontramos con un procedimiento iniciado a instancia de parte, regido por los arts. 70 y 71 LRJPAC, sino ante un procedimiento iniciado de oficio y, además, ante un procedimiento en concurrencia, donde los interesados han de acreditar sus méritos dentro de un plazo determinado. Por lo que es evidente que, sin necesidad de negar tajantemente la posibilidad de aplicación de dicho precepto en alguna circunstancia, no es de aplicación en el presente caso. Y, además, la falta de utilización de este precepto no puede servir para dar por buenos unos méritos no acreditados, ni la inaplicación por el tribunal calificador de dicho precepto, en su caso, puede perjudicar a terceros, que se ven preteridos por dicha circunstancia.

### 2.2. *Principios de publicidad, transparencia y audiencia a los interesados en la tramitación del expediente administrativo*

Estos principios que rigen el procedimiento administrativo, son aplicados por los tribunales en el caso de los procedimientos de solicitud de apertura de farmacia. Así se deriva de la *STS de 23 de septiembre de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>, en la que se enjuicia en casación una Sentencia del Tribunal de instancia que anula la resolución de un Director General de Farmacia de una Comunidad Autónoma y se ordena retrotraer el expediente administrativo al apreciar «un vicio de forma causante de indefensión, no a la recurrente, sino a todos los interesados, como son los que presentaron solicitudes anteriores a la suya y que no han tenido ni siquiera noticias de que había un señor (*sic*) que había solicitado con posterioridad, pudiendo influir en sus expedientes que aún no son firmes en vía administrativa, por lo que se le está conculcando el derecho a la defensa de sus legítimos intereses, motivo por el cual se debe retrotraer el expediente administrativo, a fin de que le sea dado trámite de audiencia a los otros interesados por si quisieran personarse en el expediente y formular las alegaciones que hubieran de hacer para la mejor defensa de sus derechos». Por lo mismo, entiende el Tribunal debe darse publicidad de la solicitud, para que otros farmacéuticos se pudieran

personar en el expediente y alegar sus méritos con el fin de valorarlos y adjudicar la oficina de farmacia, si procediera, al farmacéutico con mejor derecho.

En procedimientos iniciados de oficio también resultan aplicables estos principios. Así, la *STS de 30 de septiembre de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, en el caso de un procedimiento de clasificación de terrenos incluidos en la vía pecuaria, en la que se reconoce expresamente que a los propietarios de los predios afectados por el expediente de clasificación, indudablemente interesados en el procedimiento administrativo correspondiente, se les deben notificar dichos actos. En esta misma sentencia se recuerda que según reiterada jurisprudencia los defectos o irregularidades formales en la tramitación de los procedimientos administrativos resultan trascendentes en la medida que a través de ellos se genera una situación de indefensión real y efectiva, más allá de la meramente formal.

### 2.3. Silencio

Durante este período se ha dictado una abundante jurisprudencia sobre el silencio administrativo. En relación con el fundamento de esta figura se pronuncia la *SAN de 8 de octubre de 2009*, siguiendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo: «En este contexto resulta claro que, en los casos de silencio administrativo positivo, si la resolución denegatoria no es notificada al interesado antes de que precluya el plazo para dictarla, quedará enervada por la resolución “ficta”, de carácter positivo, producida anteriormente por el simple transcurso del tiempo y por ministerio de la Ley».

En cuanto al cómputo del plazo en el silencio positivo, a juicio del Tribunal supremo, *STS de 29 de septiembre de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, la determinación del *dies a quo* hay que referirla a la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su aprobación. Esto tiene lugar cuando se acredita que el documento fue entregado personalmente a los responsables del órgano administrativo autonómico al que iban destinados, por más que su incorporación formal al expediente no se produjese hasta un momento posterior.

En relación con las consecuencias del silencio administrativo sobre las resoluciones administrativas tardías, se pronuncia la *STS de 6 de octubre de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, en relación con el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Liérganes contra el acuerdo del Consejo de Ministros, dictado fuera del plazo previsto para resolver, por el que se declara la utilidad pública y se aprueba el proyecto de ejecución de la línea eléctrica aérea a 400 kV, doble circuito, «Penagos-Güeñes», en las provincias de Cantabria y Vizcaya. El transcurso de un plazo para resolver sólo implicará, en su caso, la anulabilidad de la resolución dictada ya transcurrido el mismo cuando así lo imponga la naturaleza de término o plazo. Y nada hay en el procedimiento de que se trata que implique la anulación de la declaración de utilidad pública una vez transcurrido el referido plazo, que sólo tiene la finalidad común de permitir la reacción del recurrente frente a la inacción de la Administración.

La *Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2009* se pronuncia sobre los efectos del silencio en relación con el procedimiento de reclamación de intereses de demora en procedimiento expropiatorio, que es un procedimiento iniciado de oficio. De esta manera, a juicio de la sentencia, aunque dubitativamente, debería aplicarse lo previsto en el art. 44.1 LRJPAC. Para llegar a esa decisión, la Audiencia considera que resulta aplicable la doctrina de la STS de fecha 28 de febrero de 2007 que, resumidamente, consideró que, «como no existía procedimiento administrativo específico para la petición de intereses en relación a la cantidad adeudada derivada de un contrato y que dicha petición no era sino una incidencia en la ejecución del propio contrato de obra, siendo el procedimiento de contratación un procedimiento iniciado de oficio, la falta de resolución en plazo tenía efecto negativo».

#### 2.4. Finalización del procedimiento

En relación con la caducidad del procedimiento, la *STS de 1 de diciembre de 2009* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 1099/2008, estima el recurso de casación y también el recurso contencioso-administrativo del que trae causa frente a la resolución de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía que acordó retirar a la entidad recurrente el reconocimiento como Organización de Productos Cítricos. La Sentencia del Tribunal Supremo afirma que la Administración debió declarar la caducidad del procedimiento dado que transcurrieron más de seis meses entre la fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento y la de notificación de la resolución que le puso fin.

Sólo se interrumpe la prescripción, a juicio del Tribunal Supremo, en la *STS de 18 de septiembre de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, cuando se realizan actuaciones inspectoras o actos tendencialmente ordenados a iniciar o perseguir los respectivos procedimientos administrativos que, sin responder meramente a la finalidad de interrumpir la prescripción, contribuyan efectivamente a la liquidación, recaudación del tributo o a la imposición de sanción. Esto se declara en el marco de un procedimiento sancionador por infracción tributaria. A estos efectos, el Tribunal, siguiendo jurisprudencia anterior, analiza las diligencias presuntamente interruptoras de la prescripción a fin de llegar, en unos casos, a la conclusión de su naturaleza interruptora de la prescripción, y, en otros, a que carecen de ella.

La caducidad no tiene lugar en el caso del que conoce la *STS de 30 de septiembre de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup> por las mismas razones que ya indicó el tribunal en una sentencia anterior de *6 de julio de 2009*. En ella se consideró que la norma aplicable para apreciar la concurrencia de esa supuesta caducidad es la LRJPAC, pero en su redacción original, ya que el procedimiento administrativo concernido comenzó antes de la entrada en vigor de la reforma de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999 (que se produjo el 14 de abril de 1999), siendo, pues, de aplicación al caso su Disposición Transitoria Segunda, párrafo primero, que señaló que «a los procedimientos

iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior». En este caso ésta no resulta ser una cuestión indiferente para el Tribunal, ya que a su juicio, entre una y otra Ley existían diferencias relevantes en cuanto a la caducidad de los procedimientos: «El art. 44.2 LRJ-PAC, después de la reforma realizada por Ley 4/1999, no se refiere, como el anterior art. 43.4 (de la redacción originaria de la Ley), a procedimientos iniciados de oficio “no susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos”, sino, pura y simplemente, de procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen», lo que permite referir la naturaleza y efectos del procedimiento no a la ciudadanía en general sino a la persona concreta afectada por la actuación administrativa. Por tanto, la aplicación de uno u otro precepto puede conducir a conclusiones diferentes. Así las cosas, siendo aplicable al caso la LRJ-PAC en su redacción originaria, el precepto verdaderamente relevante para apreciar la caducidad del expediente es el citado art. 43.4, donde se establecía, en lo que ahora interesa, que «cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada». Y partiendo de esta base, es claro que la propia y específica naturaleza del procedimiento de clasificación, en cuanto a través del mismo «se determina la existencia, anchura, trazado y demás características físicas generales de cada vía pecuaria» (art. 7 de la Ley 3/1995), siendo las vías pecuarias bienes de dominio público (art. 2), promueve y defiende intereses generales que revierten en beneficio de los ciudadanos, y esta constatación es la que nos lleva a excluir, en definitiva, la aplicabilidad del tan citado art. 43.4 al caso. En aplicación de esta doctrina, el Tribunal deja al margen la cuestión de si el expediente administrativo se tramitó o no fuera de plazo, puesto que concluye que no resulta de aplicación al mismo el instituto de la caducidad.

También sobre la caducidad del procedimiento se pronuncia la *STS de 9 de febrero de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, en un supuesto de imposición de una sanción a un magistrado por incumplimiento injustificado de los plazos legalmente establecidos para dictar resolución, tomando en consideración la evolución legislativa que se ha producido en relación con la regulación de la caducidad en los procedimientos sancionadores. En consecuencia, el Tribunal considera que el art. 44.2 de la LRJPAC es aplicable supletoriamente a los procedimientos disciplinarios del personal al servicio de la Administración.

### 2.5. Anulación de procedimiento administrativo

La *STS de 2 de junio de 2009*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, se pronuncia sobre el recurso núm. 1073/2000, que se interpuso contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación que fijaba el justiprecio de los bienes y derechos que

se vieron afectados por la expropiación realizada por un ayuntamiento. La sociedad recurrente pretende que se declare la nulidad del acto impugnado, al no proceder la expropiación de los terrenos litigiosos. El Tribunal considera que es de aplicación al caso el criterio ya establecido por la Sentencia de 5 de diciembre de 2007, estimando el recurso contencioso-administrativo en el sentido de anular el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, en atención a la nulidad del expediente expropiatorio, que alcanza a dicho acuerdo de fijación de justiprecio pues 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 acarreado todo ello la nulidad del procedimiento expropiatorio, incluida la determinación del justiprecio, como ya afirma una jurisprudencia anterior que esta sentencia también cita. Este criterio es aplicable al caso, en cuanto la anulación, por Sentencia del Tribunal Supremo, del acuerdo del ayuntamiento que aprobó definitivamente el establecimiento de reserva de terrenos para su adquisición con destino al Patrimonio Municipal del Suelo, supuso la desaparición sobrevenida de la *causa expropriandi* y con ello la nulidad del procedimiento expropiatorio, incluido el acto de fijación del justiprecio por el Jurado de Expropiación.

# 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.—1. Los consorcios, ¿Administraciones públicas o simples poderes adjudicadores?—2. Trascendencia de la privatización de Canal del Isabel II.—3. Cajas públicas del seguro de enfermedad.—III. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.—1. Configuración del perfil de contratante de cada órgano de contratación de las entidades locales.—2. Personal eventual en las Mesas de Contratación.—3. Administración responsable ante una reclamación de deuda por impago de determinados suministros, en caso de haberse producido una transferencia de competencias.—IV. CONTRATISTA.—1. Arraigo local o de vecindad de la empresa como requisito de aptitud o de solvencia.—2. Consorcios entre Universidades e Institutos de investigación.—3. Consorcio estable: ¿puede competir con una sociedad que forma parte del mismo?—4. Sociedades entre las que existe una relación de control o de influencia considerable.—V. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS.—1. Modelo de declaración responsable a efectos de acreditar la solvencia económica y financiera.—2. Momento en que ha de producirse la clasificación de los contratistas.—VI. PROHIBICIONES DE CONTRATAR.—1. Aplicación de las prohibiciones de contratar en los contratos menores.—2. La declaración de una prohibición de contratar debe ser motivada.—VII. NEGOCIOS EXCLUIDOS.—1. Contratos patrimoniales celebrados por las Administraciones públicas.—2. Atribución de la gestión de un servicio a una sociedad municipal que es medio propio de un Ayuntamiento o de un Organismo Autónomo perteneciente a éste, mediante encomienda de gestión.—VIII. TIPOS DE CONTRATOS.—1. Contrato de servicios sobre el mantenimiento de las zonas verdes de un municipio.—2. Contrato de suministro de carteles de publicidad institucional.—3. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos en edificios públicos.—4. Contrato de suministro de energía y gestión energética en edificios públicos.—5. Concesión de obra pública.—IX. CONTENIDO DEL CONTRATO.—1. Significado del fraccionamiento del objeto del contrato.—2. Pliegos.—2.1. *Modelos relativos a los contratos vinculados al Fondo Estatal para el empleo y la sostenibilidad local.*—2.2. *Inclusión como criterio de adjudicación del empleo de personas discapacitadas.*—2.3. *Relación entre preceptos de la LCSP relativos a la aplicación de criterios sociales.*—2.4. *Referencia en los Pliegos a los criterios aplicables para determinar una oferta anormalmente baja cuando se aplica más de un criterio de adjudicación.*—X. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.—1. Aplicación del criterio de arraigo local o de vecindad de la empresa como criterio de adjudicación.—2. Determinación del número de candidatas a invitar en el procedimien-

to restringido.—3. Acuerdos marco.—4. Recursos contra la adjudicación provisional. Naturaleza jurídica del acto de adjudicación provisional.—5. Revisión de oficio de la adjudicación del contrato.—XI. EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.—1. Suspensión de la ejecución del contrato administrativo a instancias del adjudicatario.—2. Riesgo y ventura del contratista.—3. Interpretación del contrato administrativo.—4. Modificación del contrato administrativo.—5. Indemnización por incidencias en la ejecución del contrato administrativo.—6. Indemnización por suspensión temporal del contrato administrativo.—XII. EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.—1. Cumplimiento del contrato administrativo.—2. Resolución del contrato administrativo.—XIII. INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS.—XIV. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El estudio que se presenta a continuación contiene una referencia a la práctica totalidad de los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal correspondientes al año 2009, así como de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de dicho año. Además se ha hecho una reseña de casi todos los Dictámenes del Consejo de Estado de 2009. También se incluyen algunas sentencias relevantes sobre esta materia, correspondientes a la jurisdicción contencioso-administrativa y un apartado con referencias bibliográficas.

## II. ÁMBITO SUBJETIVO

### 1. Los consorcios, ¿Administraciones públicas o simples poderes adjudicadores?

En el *Informe 38/08, de 31 de marzo de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se plantean cuestiones en relación con el «Ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Los consorcios».

El Presidente del Consejo Comarcal del Vallés Oriental plantea a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal si los consorcios en la Administración Local, constituidos como administraciones de cobertura para la prestación de servicios públicos básicos, financiados con fondos públicos y con un control orgánico por parte de las Administraciones públicas que los forman, son Administración pública o simple poder adjudicador a efectos de la aplicación de la LCSP.

La Junta Consultiva comienza su informe precisando que los consorcios que se creen en la Administración Local tienen el mismo carácter que los restantes consorcios de otras Administraciones públicas, dado que tienen su justificación en el desarrollo de la cooperación técnica, económica o administrativa.

La Ley de Contratos del Sector Público en su art. 3.1, apartado e), señala que forman parte del sector público los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a

los que se refieren el art. 6.5 LRJPAC y la legislación de régimen local, distinguiéndolos de las Administraciones públicas enumeradas en la letra *a*). El art. 3.2 LCSP señala quiénes integran, a efectos de la propia Ley, las Administraciones públicas, no citando expresamente a los consorcios. Sin embargo, los consorcios deben considerarse Administración pública a efectos de la aplicación de la LCSP con apoyo en lo establecido en el apartado *e*) del citado art. 3.2, que señala como parte de la Administración pública a las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro,

En consecuencia, los consorcios se consideran una extensión de las Administraciones públicas cuando sean creados para el desarrollo de cuestiones y servicios de interés común, al ejercer en el ámbito administrativo una función que es propia de los órganos que los crean, cuyo fin es la gestión de servicios. Este planteamiento tiene apoyo en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, *Teckal Sri*, en la que se deduce un criterio de continuidad de aplicación de la misma norma por el organismo que recibe la competencia respecto de la que aplica el organismo que la crea. Eso no sería posible si los consorcios creados por las Administraciones públicas para la gestión de servicios de su propia competencia no tuvieran tal carácter.

## 2. Trascendencia de la privatización del Canal de Isabel II

El *Informe 12/09, de 25 de septiembre de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, trata sobre la «Procedencia de aplicar los procedimientos de licitación previstos en la Ley de Contratos del Sector Público para atribuir a una entidad cuyo capital no está enteramente suscrito por una o varias entidades públicas la gestión de un servicio público. Normativa aplicable a los convenios de colaboración suscritos por un Ayuntamiento una vez se produjera, en su caso, la suscripción de parte del capital de una nueva sociedad pública por socios privados».

El Canal de Isabel II, Entidad de Derecho Público de la Comunidad de Madrid, ha venido prestando los servicios públicos de abastecimiento y saneamiento de agua en la ciudad de Madrid en los términos y condiciones que se regulan en dos convenios de colaboración suscritos, uno con el Ayuntamiento de Madrid y otro con el Ayuntamiento de Madrid y la Comunidad de Madrid, en el marco de la Ley 17/1984, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid. Estos convenios son los siguientes:

1. Convenio de relaciones entre el Ayuntamiento de Madrid y el Canal de Isabel II en materia de abastecimiento de agua para la ciudad de Madrid.

2. Convenio de Encomienda de Gestión de los Servicios de Saneamiento entre el Ayuntamiento de Madrid, la Comunidad Autónoma de Madrid y el Canal de Isabel II.

La transformación de la Entidad de Derecho Público Canal de Isabel II en una sociedad anónima para la realización de actividades relacionadas con el abastecimiento de aguas, saneamiento, servicios hidráulicos y obras hidráulicas que tiene, además, prevista la posibilidad de abrir a los ciudadanos la participación en el capital social de la citada entidad, hasta un máximo del 49 por 100, obliga a plantearse la vigencia de los convenios citados a la luz de lo establecido en el art. 15 LRJPAC y en la LCSP.

El alcalde presidente del Ayuntamiento de Madrid somete a la consideración de la Junta tres cuestiones: de una parte, si se deben aplicar los procedimientos de licitación previstos en la Ley de Contratos del Sector Público para atribuir a una entidad cuyo capital no está enteramente suscrito por una o varias entidades públicas la gestión de un servicio público; en segundo lugar, y para el supuesto de que se resolviera afirmativamente la cuestión anterior, cuál sería la normativa aplicable a los Convenios de colaboración suscritos por el Ayuntamiento de Madrid una vez se produjera la suscripción de parte del capital de la nueva sociedad por socios privados, y, por último, cuál debería ser, según lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, el procedimiento de licitación pública que debería llevar a cabo el Ayuntamiento de Madrid para la gestión de los servicios públicos de titularidad municipal anteriormente indicados.

El Ayuntamiento de Madrid entiende que la pérdida del carácter público de la totalidad del capital social de la empresa pública que realice la gestión de dichos servicios públicos, encomendados mediante los citados convenios de colaboración, implica un cambio del modelo de gestión del servicio público (de una gestión directa a una indirecta). Este cambio se produce al encomendarse dichos servicios a una sociedad cuyo capital deja de ser en su totalidad de carácter público, lo que podría suponer una vulneración de la normativa sobre contratación pública, pues los arts. 8.2 y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, sobre Contratos del Sector Público, sólo admiten la encomienda de la gestión de un servicio público a sociedades mercantiles cuya titularidad corresponde íntegramente al sector público. Además es preciso tener en cuenta que, si bien el Canal de Isabel II es una entidad sujeta a 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, conforme a su art. 5 dicha disposición legal no es aplicable a los contratos o convenios celebrados por las Administraciones públicas titulares del servicio público objeto de gestión, como es el caso del Ayuntamiento de Madrid, al que resulta aplicable exclusivamente la Ley 30/2007 (LCSP).

La Junta Consultiva establece que para determinar el régimen en que se presta el servicio de abastecimiento de aguas en el municipio de Madrid ha de estarse a lo previsto en el art. 15 LRJPAC. Según este precepto, la prestación de este servicio por una entidad pública integrada en otra Administración se efectúa a través de la encomienda de gestión: «la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público

podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o distinta Administración...».

Por otra parte, cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos pertenecientes a distintas Administraciones de conformidad con el apartado 4 del mismo artículo, ésta deberá formalizarse mediante la firma del correspondiente convenio entre ellas. La regulación de la prestación del servicio será la establecida en las normas que rijan la materia y, en lo no previsto por ellas, por las cláusulas del convenio.

Por último, se plantea si es posible efectuar la encomienda de gestión a favor de una entidad de Derecho privado, aún cuando su capital esté suscrito mayoritariamente por un ente de Derecho público. En este sentido, el art. 15.5 LRJPAC dispone que «el régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado 1 (actividades de carácter material, técnico o de servicios) haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a 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».

En consecuencia, cuando el destinatario de una encomienda de gestión sea una persona física o una persona jurídica sujeta al Derecho privado, y la actividad de que se trate esté sujeta al Derecho administrativo, se deberá acudir para la adjudicación de la gestión a la legislación de contratos del sector público.

Por tanto, para que la titularidad del servicio de abastecimiento de aguas recaiga sobre una entidad de Derecho privado, aunque su capital social esté participado mayoritariamente por una Administración pública, es preciso celebrar la correspondiente licitación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público. A este respecto debe, además, tenerse en cuenta que para determinar si es o no aplicable la legislación de contratos del sector público resulta irrelevante el hecho de que el capital social de la entidad esté o no participado en su totalidad por una Administración pública, ya que el art. 15 LRJPAC no vincula la exigencia de aplicación de la normativa de contratos públicos al hecho de que el ente tenga o no participación mayoritaria o totalmente pública, sino a la circunstancia de que su naturaleza sea de carácter público o jurídico privada.

En este caso, el problema que se plantea deriva de la modificación de la naturaleza jurídica de la entidad Canal de Isabel II, que ha pasado de ser una entidad pública a tener naturaleza privada. La Junta Consultiva dispone que no es admisible legalmente la atribución de la gestión del servicio de abastecimiento de aguas a una entidad de Derecho privado de forma unilateral por la entidad que actualmente tiene encomendada la gestión —de naturaleza jurídico-pública—, ni aún con el consentimiento del Ayuntamiento que otorgó a ésta la encomienda, pues la Ley exige, para tales casos, la aplicación de la legislación de contratos del sector público. Lo que procede en este caso es declarar extinguida la encomienda de gestión y celebrar la pertinente licitación, a la

que, ciertamente, podría concurrir la entidad de nueva creación de naturaleza jurídico-privada.

Finalmente, para la adjudicación debería utilizarse el procedimiento abierto o el restringido a elección del órgano de contratación, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al procedimiento de diálogo competitivo o negociado cuando concurren los supuestos previstos en la Ley.

### 3. Cajas públicas del seguro de enfermedad

En la *STJCE (Sala 4.ª) de 11 de junio de 2009 (TJCE 2009/166) caso Hans and Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schubtechnik contra AOK Rheinland/Hamburg*, el Tribunal de Justicia dispone que las cajas públicas del seguro de enfermedad deben considerarse organismos de Derecho público y por consiguiente poderes adjudicadores a efectos de la aplicación de la Directiva 2004/18/CEE. El Tribunal entiende que se cumple en este caso el requisito de financiación mayoritaria por el Estado, ya que las actividades de las cajas públicas se financian con carácter principal mediante cotizaciones a cargo de los afectados, que se establecen, calculan y recaudan siguiendo normas de Derecho público.

## III. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

### 1. Configuración del perfil de contratante de cada órgano de contratación de las entidades locales

El *Informe 72/08, de 31 de marzo de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal se refiere a la «Configuración del perfil del contratante de cada órgano de contratación de las Corporaciones locales. Función del perfil».

Este Informe responde a la Consulta planteada por el alcalde de Valle de la Serena relativa a si, conforme a la Ley de Contratos del Sector Público debe existir un perfil del contratante para cada órgano de contratación o si puede admitirse que exista un perfil del contratante en que se haga pública la información sobre los contratos de diversos órganos de contratación, con especial referencia a la diversidad de éstos en los ayuntamientos.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la organización interna de la difusión de información sobre los contratos establecida en la Ley de Contratos del Sector Público, en las Corporaciones locales ha de ser decidida por cada una de ellas, ya sea adhiriéndose a una plataforma concreta de ámbito territorial superior o estableciendo una propia en la que tendrán cabida los diferentes perfiles de cada uno de los diferentes órganos de contratación de la misma.

## 2. Personal eventual en las Mesas de Contratación

El *Informe 49/08, de 29 de enero de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se refiere a una «Consulta sobre si el personal eventual de libre designación puede formar parte de las Mesas de contratación y actuar en funciones de asesoramiento técnico de las mismas».

La Junta Consultiva entiende que no cabe la participación de personal eventual en la constitución de las Mesas de contratación en la Administración Local, en virtud de lo previsto en la disposición adicional segunda, apartado 10, LCSP, que determina de manera concreta qué personas pueden formar parte de las mismas. Entre éstas no figura el personal eventual, según la clasificación y definición establecida en el Estatuto Básico del Empleado Público,

Por lo que se refiere a la posibilidad de solicitar informes técnicos a personal eventual por parte de la Mesa de contratación, el art. 135.1 LCSP señala que el órgano de contratación —expresión que debe entenderse referida a la Mesa de contratación— cuando deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios de adjudicación, podrá solicitar cuantos informes técnicos estime pertinentes. A esto hay que añadir que no existe norma que impida que los informes se soliciten a personal eventual, por lo que queda a la consideración de la Mesa, como órgano que ejerce tal competencia, decidir a quién se ha de solicitar dichos informes.

## 3. Administración responsable ante una reclamación de deuda por impago de determinados suministros, en caso de haberse producido una transferencia de competencias

Sobre esta cuestión, véase *STS de 27 de febrero de 2009*, recurso de casación 8/2008.

# IV. CONTRATISTA

## 1. Arraigo local o de vecindad de la empresa como requisito de aptitud o de solvencia

El *Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación administrativa estatal, trata sobre la «Aplicación del criterio de arraigo local o de vecindad de la empresa como requisito de aptitud, de solvencia o como criterio de adjudicación en los contratos».

La consulta que resuelve el Informe 9/09 fue formulada por el alcalde presidente del Ayuntamiento de Calahorra (La Rioja) y plantea una cuestión que tiene especial

relevancia en relación con el régimen general de la contratación pública, al afectar, de una parte, a las condiciones de aptitud que se pueden exigir a las empresas licitadoras, y de otra, a los criterios de valoración de las ofertas que pueden tomarse en consideración para adjudicar los contratos.

La Junta Consultiva rechaza la utilización como criterio de aptitud como contratista del requisito de que las empresas sean originarias o tengan su domicilio en un determinado punto geográfico. El art. 43.1 LCSP dice que podrán contratar con el sector público «las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras», lo cual extiende la prohibición de excluir por razón del territorio de origen de la empresa, no sólo al territorio nacional, sino a cualquier otro país, pues ni siquiera por razón de la nacionalidad pueden quedar excluidas de la contratación.

Por otra parte, esta argumentación es la única acorde con el sentido de las sucesivas Directivas comunitarias en materia de contratación, especialmente con el de la 2004/18/CE, que establece como principio básico de la contratación pública, la libertad de acceso a la contratación para todas las empresas de los Estados miembros y, en consecuencia, la no discriminación por razón del origen entre ellas. Estos principios han sido recogidos en el art. 1 LCSP.

## 2. Consorcios entre Universidades e Institutos de investigación

En el caso *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del mare (CoNISMa) contra Regione Marche, TJCE (Sala 4.<sup>a</sup>), Sentencia de 23 de diciembre de 2009 (TJCE 2009/401)*, el Tribunal de Justicia establece que no es compatible con la Directiva 2004/18/CEE una normativa nacional que prohíbe participar a entidades como las Universidades, Institutos de investigación así como a los consorcios constituidos por Universidades y Administraciones públicas en el procedimiento de adjudicación de un contrato público. A estos efectos no resulta incompatible con el concepto de «operador económico» [art. 1, apartados 2.a) y b), y 8 párrafos 1 y 2], el que su finalidad prioritaria no sea el ánimo de lucro, el que no dispongan de una estructura organizativa empresarial así como que no garanticen una presencia regular en el mercado. Tampoco constituye un obstáculo a estos efectos el que tales entidades estén habilitadas por el Derecho nacional para ofrecer los servicios a que se refiere dicho contrato.

## 3. Consorcio estable: ¿puede competir con una sociedad que forma parte del mismo?

El *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 4.<sup>a</sup>)*, en su *Sentencia de 23 de diciembre de 2009, caso Serrantoni Srl y otros contra Comune di Milano (TJCE 2009/402)*, establece que es contraria al Derecho comunitario una normativa nacional que dispone la exclusión de la participación en el procedimiento de adjudicación de

un contrato público, que no alcanza el umbral fijado en el art. 7.1.c), de la Directiva 2004/18/CEE —pero que tiene un indudable interés transfronterizo—, tanto de un consorcio estable como de sus empresas miembros, cuando estas últimas han presentado ofertas que compiten con la presentada por el consorcio en el mismo procedimiento.

#### **4. Sociedades entre las que exista una relación de control o de influencia considerable**

El *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 4.ª)* en su *Sentencia de 19 de mayo de 2009 (TJCE 2009/14), caso Assitur Srl contra Camera di Commercio, Industria*, dispone que es contraria al Derecho comunitario la norma estatal que establece una prohibición absoluta de participar de manera simultánea y en competencia, en una misma licitación, a aquellas empresas entre las que exista una relación de control o que estén vinculadas entre sí, sin dejarles la posibilidad de demostrar que dicha relación no ha influido en su comportamiento respectivo en el marco de dicha licitación.

### **V. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS**

#### **1. Modelo de declaración responsable a efectos de acreditar la solvencia económica y financiera**

El *Informe 39/09, de 29 de junio*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, contiene un Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por el que se aprueba el modelo de declaración responsable a presentar por las empresas clasificadas como contratistas de obras y como empresas de servicios a los efectos de acreditación de solvencia económica y financiera, de conformidad con lo dispuesto en el art. 59 de la Ley de Contratos del Sector Público y se determina su aplicación por las empresas.

En el art. 59, apartado 2, se establece que para la conservación de la clasificación deberá justificarse anualmente el mantenimiento de la solvencia económica y financiera y, cada tres años, el de la solvencia técnica y profesional, a cuyo efecto el empresario aportará la correspondiente documentación actualizada en los términos que se establezcan reglamentariamente.

El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su art. 2, sobre justificación del mantenimiento de la solvencia económica y financiera de las empresas clasificadas, determina que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 59 de la Ley Contratos del Sector Público y a los efectos de acreditar el mantenimiento de la solvencia económica y financiera, los empresarios personas jurídicas deberán presentar, con carácter anual, una declaración responsable, según el modelo que, a tal efecto,

apruebe la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, En este Informe se publica dicho modelo de declaración responsable.

## **2. Momento en que ha de producirse la clasificación de los contratistas**

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal en su *Informe 19/09, de 25 de septiembre de 2009*, analiza «En qué momento debe acreditarse por las empresas que concurren a la adjudicación de un contrato que disponen de la preceptiva clasificación».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que en los contratos en los que por razón de su objeto y valor estimado es exigible que las empresas que concurren a su adjudicación estén en posesión de la correspondiente clasificación, dichas empresas deben acreditar su clasificación mediante la aportación del correspondiente documento acreditativo de estar clasificadas. Esto se produce mediante la correspondiente certificación emitida por el Registro Oficial de Empresas Clasificadas, que debe estar acompañada de una declaración responsable en la que manifiesten que las circunstancias reflejadas en el correspondiente certificado no han experimentado variación, declaración que ha de reiterar el adjudicatario provisional.

Cuando la empresa que concurra no se encuentre clasificada puede presentar el documento que acredite que ha solicitado ser clasificada, pero, en tal caso, tiene que aportar el certificado de clasificación en el plazo de subsanación La proposición de la empresa que no acredite en su momento cumplir el requisito de estar previamente clasificada ha de ser rechazada sin poder ser ni abierta y ni valorada.

## **VI. PROHIBICIONES DE CONTRATAR**

### **1. Aplicación de las prohibiciones de contratar en los contratos menores**

En el *Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal se plantean cuestiones en relación con los siguientes temas: «Habilitación empresarial o profesional, consideración como requisito de legalidad y no como solvencia. Aplicación de la prohibición de contratar en los contratos menores. Fraccionamiento del objeto del contrato».

La segunda cuestión planteada se refiere a si es exigible en el caso de los contratos menores el requisito de aptitud consistente en que los contratistas no se encuentren incurso en prohibición de contratar.

El fundamento para plantear esta cuestión se encuentra en el hecho de que el art. 122.3 de la Ley de Contratos del Sector Público indica que «los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y

que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación». Parece desprenderse de este precepto que no es necesario exigir más requisitos que los de tener capacidad de obrar y título habilitante. Quedarían excluidos, por tanto, los relativos a la solvencia económica o financiera y técnica o profesional por una parte, y por otra, la exigencia de no estar incurso en prohibición de contratar.

Sin embargo esta afirmación debe considerarse incompatible con el art. 43.1 de la Ley que señala cuáles son los requisitos de aptitud para contratar: «sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas».

Para que el supuesto contemplado en el art. 122.3 pudiera considerarse exceptuado de los términos de este precepto sería preciso que lo dijera expresamente.

En consecuencia, la limitación de exigencia de requisitos de aptitud a la capacidad de obrar y al título habilitante ha de entenderse en el sentido de que no es preciso acreditar documentalmente nada más que estos requisitos. Sin embargo, evidentemente, si la empresa adjudicataria se encuentra en situación de prohibición de contratar y esta circunstancia es del conocimiento del órgano de contratación, debe ser tenida en cuenta.

## 2. La declaración de una prohibición de contratar debe ser motivada

Sobre esta cuestión, véase *SAN de 11 de marzo de 2009*, recurso contencioso-administrativo 247/2009.

# VII. NEGOCIOS EXCLUIDOS

## 1. Contratos patrimoniales celebrados por las Administraciones públicas

En el *Informe 25/08, de 29 de enero de 2009*, de la Junta Consultiva de contratación administrativa estatal, «Régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local», se plantea cuál es el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local como consecuencia de quedar los mismos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que dicho régimen jurídico es el que resulta de las normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas y de las normas que la complemen-

tan y, en especial, por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, así como, en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las Comunidades Autónomas respecto de las cuestiones declaradas no básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la Ley 30/2007, cuando las normas patrimoniales así lo determinen.

En resumen, existe una regulación normativa suficiente en el ámbito de la legislación patrimonial que regula específicamente el procedimiento de adjudicación de los contratos patrimoniales sin perjuicio de la aplicación del art. 4.2 LCSP que declara aplicable esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse en relación con los negocios excluidos de la regulación de la Ley en el apartado 1 de este mismo precepto. Además, en aquellos aspectos no regulados como materia propia del régimen de los contratos patrimoniales deben aplicarse criterios propios de cada situación como pueden ser la cuestiones relativas a la personalidad, la capacidad para contraer obligaciones y la solvencia para contratar tanto las que tienen carácter positivo la de significado negativo.

En el *Informe 54/08, de 31 de marzo de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal se analiza una «Consulta sobre la compatibilidad de un concejal que disfruta de un arrendamiento de local propiedad del ayuntamiento». Este informe está relacionado con el 25/08 anteriormente analizado, dado que se refiere a la determinación del Derecho aplicable para resolver la cuestión planteada.

La consulta, formulada por el alcalde presidente de Pedro Bernardo plantea, de una parte, la cuestión de si existe incompatibilidad para que un concejal pueda ser al mismo tiempo arrendatario de bienes del ayuntamiento del que forma parte, y, por otra, la de en qué forma debe actuar el ayuntamiento respecto de los pagos efectuados por él en el caso de que exista incompatibilidad.

La Junta considera que el cargo de concejal o alcalde es incompatible con la condición de contratista del ayuntamiento, pero sólo para el caso de que el contrato celebrado cuente con financiación de la Corporación Municipal, pero no en caso contrario. Por tanto, el hecho de ser arrendatario de un bien inmueble propiedad del ayuntamiento, en principio, no es incompatible con el ejercicio del cargo de concejal o alcalde, pues en un contrato de arrendamiento normalmente las obligaciones financieras corren exclusivamente a cargo del arrendatario. En el contrato objeto de la consulta se observa que el ayuntamiento no asumió obligaciones financieras de ninguna clase, por lo que no puede considerarse que por este motivo exista causa de incompatibilidad.

Por último, la Junta Consultiva matiza que en todo caso es incompatible con el ejercicio de los cargos de concejal y alcalde resultar deudor de la Corporación Local, en los términos establecidos en el art. 177.2 de la Ley Orgánica General de Régimen Electoral.

## 2. Atribución de la gestión de un servicio a una sociedad municipal que es medio propio de un ayuntamiento o de un Organismo Autónomo perteneciente a éste, mediante encomienda de gestión

En el *Informe 65/07, de 29 de enero de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se analiza la «Consideración de medio propio de un ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión».

La Junta Consultiva establece que la Sociedad para el desarrollo de Puente Genil (SODEPO), empresa municipal cuyo capital pertenece íntegra y exclusivamente al excelentísimo Ayuntamiento de Puente Genil, puede ser considerada medio propio del Instituto Municipal de Servicios Comunitarios (IMSC) del Ayuntamiento de Puente Genil, organismo en el que se encuentra incluido el desarrollo y la prestación de los servicios sociales municipales, por lo que reúne la condición de poder adjudicador

Para poder considerar a esta sociedad medio propio del IMSC deberá precisarse esta condición en los estatutos sociales de la misma, así como el régimen de las encomiendas que tendrá que ejecutar, determinando los honorarios y tarifas en virtud de los cuales se remunerará la prestación, cuyo capital pertenece íntegra y exclusivamente al excmo. Ayuntamiento de Puente Genil [arts. 4.1. *n*) y 24.6 LCSP]. En el caso de que la sociedad precise, a su vez, concertar contratos para ejecutar la encomienda, éstos quedan sometidos al régimen de la LCSP.

El *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 3.<sup>a</sup>) en su Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (TJCE 2009/272), caso Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa*, entiende que es compatible con el Derecho comunitario la adjudicación directa de un contrato de servicios a una sociedad por acciones de capital totalmente público, pero cuyos estatutos prevén la posibilidad de una participación de capital privado, desde el momento en que la entidad pública, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que esta sociedad realice la parte esencial de su actividad con la sociedad o sociedades que la controlan. Dicho control tiene lugar cuando la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza principalmente en beneficio de éstas. También se exige que a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejerzan una influencia determinante sobre los objetivos estratégicos de la sociedad.

## VIII. TIPOS DE CONTRATOS

### 1. Contrato de servicios sobre el mantenimiento de las zonas verdes de un municipio

El *Informe 65/08, de 31 de marzo de 2009*, resuelve la cuestión de la «Calificación del contrato administrativo para el mantenimiento de las zonas verdes de un municipio».

La cuestión que se plantea por la consulta es la calificación jurídica del contrato administrativo para el mantenimiento de las zonas verdes del término municipal de Culleredo (La Coruña). Se pregunta si se trata de un contrato de servicios o de una concesión de servicio público

La Junta Consultiva expone que la gestión indirecta de un servicio público puede configurarse, tanto como una concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y ésta sea asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. En la concesión, el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio.

En la cláusula VIII.5 del Pliego de condiciones del contrato objeto de análisis se establece que el contrato se ejecutará a riesgo y ventura del adjudicatario. Sin embargo, la simple alusión a la circunstancia de que el contrato se ejecute a riesgo y ventura del contratista no implica necesariamente la configuración del mismo como concesión, pues hay que distinguir entre la asunción del riesgo de la explotación del servicio, que se produce cuando se gestiona siguiendo el régimen de la concesión y el riesgo general que asume cualquier contratista cuando ejecuta un contrato. El primero de ellos depende de una multiplicidad de circunstancias que hacen especialmente incierto el resultado de la gestión, pues el rendimiento de ésta depende de la propia forma en que el concesionario gestiona el servicio. Por el contrario, en los contratos administrativos en general, el riesgo asumido por el contratista es el que deriva de las circunstancias imprevistas que afectarían a todo contrato, o de su propio error de cálculo al hacer su oferta

El estudio de las características del contrato analizado permite afirmar que en él no hay asunción de riesgo en los términos que son característicos de la concesión, pues ni se exigen inversiones al contratista, ni asume la gestión del servicio como propia, ni se hace depender la retribución de la intensidad de uso del contrato, limitándose el pliego a fijarlo en el abono de una cantidad fija (3,10 €) por metro cuadrado objeto de conservación.

En consecuencia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa dispone que el contrato objeto del presente informe debe ser considerado como un contrato de servicios.

El *Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala 3.<sup>a</sup>)*, en su *Sentencia de 10 de septiembre de 2009, caso Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (TJCE 2009/260)*, se refiere también al concepto de contrato de servicios. En este sentido, el Tribunal precisa que el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora, sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como concesión de servicios según la Directiva 2004/17/CEE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos una parte significativa del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado, debido a la configuración jurídico-pública de los servicios.

## 2. Contrato de suministros de carteles de publicidad institucional

El *Informe 16/09, de 31 de marzo de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se refiere a la «Contratación de carteles por los que se instrumenta la publicidad de obras financiadas con el Fondo Estatal de Inversión Local creado por Real Decreto-Ley 9/2008».

En este Informe se plantea la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos para la adquisición e instalación de los carteles anunciadores a que se refiere el Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, en su disposición adicional séptima. Dicha disposición adicional séptima dispone que en los proyectos financiados con cargo al Fondo Estatal de Inversión Local deba hacerse constar, en lugar visible, la leyenda «Fondo de inversión local para el empleo-Gobierno de España». Esta disposición ha sido complementada por las Resoluciones de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial de 9 de diciembre de 2008 y 13 de enero de 2009, en las que se especifican las condiciones técnicas del cartel y el lugar en que debe colocarse. En particular, la última de las resoluciones citadas dispone que en los ayuntamientos de menos de 200 habitantes, los carteles sean proporcionados por las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno del territorio donde se encuentren los ayuntamientos.

A juicio de la Junta Consultiva, los contratos para la adquisición y posterior entrega a las Corporaciones locales de los indicados carteles deben calificarse jurídicamente como contratos de suministro, ya que encajan en el tipo definido por el art. 9 de la Ley de Contratos del Sector Público, que dispone que «son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles».

No obstante, es preciso tener en cuenta que la adquisición debe ir acompañada por la necesidad de instalar el cartel, lo que debe hacerse según las normas técnicas que se establecen en el Anexo I de la Resolución de 13 de enero de 2009. En la mayor parte

de los casos se ha encomendado al suministrador, no sólo la fabricación del cartel sino también su instalación.

En tales casos habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 12 de la Ley de Contratos del Sector Público, que dispone que «cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico». Esto significa que en aquellos casos en que el importe de las operaciones de instalación tenga un coste económico superior al del cartel mismo, deberán tenerse en cuenta las normas del contrato de obras y no las que regulan el de suministro.

Sobre esta cuestión, véase también *STJCE de 11 de junio de 2009, caso Hans and Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik (TJCE 2009/166)*.

### **3. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos en edificios públicos**

El *Informe 42/09, de 23 de julio*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, contiene la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 23 de julio de 2009, sobre modelo de documento descriptivo de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos en edificios públicos.

### **4. Contrato de suministro de energía y gestión energética en edificios públicos**

El *Informe 42/09, de 23 de julio*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, contiene la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 23 de julio de 2009 sobre modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para la prestación de suministro de energía y gestión energética en edificios públicos.

### **5. Concesión de obra pública**

El *Informe 4/09, de 25 de septiembre de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación administrativa estatal, se refiere al «Otorgamiento de una concesión de servicio público para la explotación de un aparcamiento público con la obligación por parte del concesionario de aportar el terreno sobre el cual debe construirse».

Para dar una respuesta adecuada a la consulta es preciso determinar previamente si se trata de un contrato de gestión de servicios públicos o de una concesión de obras públicas. En tal sentido hay que indicar que el art. 7.1 de la Ley de Contratos del Sector

Público dice que la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de alguna obra pública (tal como las define el art. 6 de la misma Ley), «incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio».

La concesión de obras públicas es, por tanto, una figura jurídica en la que la contraprestación por la construcción de la obra, consiste, no en el pago de un precio, sino básicamente en la explotación de la obra concedida. En tal sentido, es preciso reconocer que las concesiones para la construcción y explotación de aparcamientos públicos, pueden y deben calificarse como concesiones de obras públicas más que como concesiones de servicios, dado que el contrato, por regla general, contempla la construcción de la obra por el propio concesionario de su explotación.

La Junta Consultiva resuelve finalmente que es admisible la posibilidad de licitar la adjudicación de una concesión de obras imponiendo al adjudicatario la obligación de aportar el inmueble sobre el que debe construirse la obra. En este caso la licitación debe desarrollarse de forma que todos los licitadores puedan acceder por igual a la adquisición del inmueble o bien puedan configurarse jurídicamente las cláusulas administrativas particulares y las prescripciones técnicas de modo que se garantice que no se va a producir discriminación entre ellos.

El *Informe 21/09, de 25 de septiembre de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se refiere a la «Naturaleza jurídica de un contrato en relación a si las obras y la explotación de aparcamientos subterráneos para dotaciones de urbanización de las cubiertas de los respectivos aparcamientos, están o no sujetas a IVA».

Se solicita a la Junta Consultiva Informe sobre la determinación de la naturaleza jurídica de un contrato que se describe en los siguientes términos: «El Ayuntamiento de Alcalá de Henares ha adjudicado mediante contrato administrativo de Concesión de Obra Pública la construcción y explotación de dos estacionamientos subterráneos para vehículos automóviles de uso rotacional. La empresa adjudicataria se compromete a la ejecución del contrato por un canon determinado a pagar al Ayuntamiento y por el plazo establecido en los pliegos».

La Junta destaca la insuficiencia de elementos de juicio en este caso, si bien afirma que la modalidad de concesión de obras públicas es habitual para la construcción y gestión de este tipo de instalaciones, por lo que, en principio, no resulta extraño que el contrato en cuestión pueda ser calificado como tal.

## IX. CONTENIDO DEL CONTRATO

### 1. Significado del fraccionamiento del objeto del contrato

El *Informe 16/09, de 31 de marzo de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se refiere a la «Contratación de carteles por los que se instrumenta la publicidad de obras financiadas con el Fondo Estatal de Inversión Local creado por Real Decreto-Ley 9/2008». En este Informe, además de la determinación de la calificación del contrato que aparece en su título como contrato de suministros, que ya ha sido reseñada en el epígrafe relativo a los tipos de contratos, se plantea si el hecho de que las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno vayan contratando el suministro e instalación de los carteles según se vayan planteando las necesidades, determina o no un fraccionamiento del objeto del contrato contrario a las disposiciones de la LCSP

La cuestión se plantea en este caso a efectos de admitir que los mencionados contratos se adjudiquen como contratos menores al amparo de lo dispuesto en el art. 122.3 de la Ley, dado que la brevedad de los plazos en que los carteles deben ser contratados y entregados hace imposible en la práctica la adjudicación mediante cualquier otro procedimiento.

Para determinar si se produce o no en este caso un fraccionamiento del objeto del contrato, la Junta Consultiva indica que es necesario partir del análisis del art. 74.2 de la Ley de Contratos del Sector Público. La finalidad de este análisis es examinar si es posible admitir que el suministro y, en su caso, la instalación de los carteles, puede contratarse separadamente para cada uno de ellos o agrupándolos parcialmente, sin que se plantee un posible fraccionamiento del objeto del contrato ni, en consecuencia, la elusión de la aplicación del procedimiento que corresponda en razón de las características del contrato.

A juicio de la Junta Consultiva, el fin del art. 74.2 LCSP es que el objeto del contrato esté integrado por todas aquellas prestaciones que estén vinculadas entre sí por razón de su unidad funcional, impuesta por una mejor gestión de los intereses públicos. *A sensu contrario*, si la contratación por separado supone un mayor beneficio para el interés público o resulta exigible ante la necesidad de dar cumplimiento a una disposición legal, no debe considerarse contraria a lo dispuesto en el art. 74.2 de la Ley.

En consecuencia, no se puede pretender que las delegaciones (o subdelegaciones en su caso) agrupen en un solo contrato la adquisición de todos los carteles, siendo más razonable que los adquieran conforme se vaya autorizando la financiación de las obras a que se referan por el Secretario de Estado de Cooperación Territorial, agrupando en un solo contrato la adquisición de todos los carteles correspondientes a las obras cuya financiación con cargo al fondo haya sido autorizada en una misma fecha o en fechas razonablemente próximas o, incluso, contratándolos separadamente, sin agruparlos de conformidad con el criterio anterior, de forma que no se obstaculice el inicio de las obras

ni, en consecuencia, la consecución de los fines que se propone la creación del Fondo de Inversión.

## 2. Pliegos

### 2.1. *Modelos relativos a los contratos vinculados al Fondo Estatal para el empleo y la sostenibilidad local*

En el *Informe 70/09, de 17 de noviembre*, se publica el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 17 de noviembre de 2009 por el que se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas particulares para los contratos de obras, suministro y servicios, ajustados a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea un Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

### 2.2. *Inclusión como criterio de adjudicación del empleo de personas discapacitadas*

En el *Informe 53/08, de 29 de enero de 2009*, sobre «Medidas que contribuyan y fomenten la integración de personas discapacitadas», la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal da unas directrices en relación con esta cuestión, que se exponen a continuación:

a) Es posible desde el punto de vista legal establecer en los pliegos condiciones de ejecución que impongan al contratista la obligación de emplear en la ejecución del contrato un determinado número de personas discapacitadas. Sin embargo, la Ley no autoriza a exigir la inclusión de condiciones de este tipo con carácter general.

b) No es posible exigir la utilización como criterio de adjudicación del número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato, porque tal criterio no cumple el requisito de estar vinculado directamente al objeto del contrato.

c) No es admisible legalmente establecer el carácter obligatorio general de la norma contenida en la disposición adicional séptima de la Ley de Contratos del Sector Público, referente a los contratos reservados, toda vez que la propia Ley le atribuye un carácter facultativo.

d) Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, en especial, los de prescripciones técnicas, deben recoger las exigencias que en cuanto a igualdad de oportunidades y accesibilidad se establecen en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

### 2.3. *Relación entre preceptos de la LCSP relativos a la aplicación de criterios sociales*

En el *Informe 59/08, de 31 de marzo de 2009*, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal analiza la «Diferencia entre el contenido normativo de la disposi-

ción adicional sexta, apartado 3, sobre consideración del número de personas minusválidas integradas en las plantillas de personal de las empresas licitadoras, y la disposición adicional séptima, sobre reserva de contratos a favor de empresas cuya finalidad es la promoción de personas con discapacidad que no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que no existe interacción entre los aspectos regulados en las disposiciones adicionales sexta y séptima de la Ley de Contratos del Sector Público, ya que la primera establece opciones de decidir quién será el adjudicatario de un contrato cuando se produzca una situación de empate en la valoración de las proposiciones, cuando así se haya previsto expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares y la segunda confiere al órgano de contratación la facultad de reservar el contrato a unas determinadas empresas.

#### *2.4. Referencia en los Pliegos a los criterios aplicables para determinar una oferta anormalmente baja cuando se aplica más de un criterio de adjudicación*

En el *Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se analizan los «Requisitos para la aplicación de la oferta anormalmente baja cuando el contrato se adjudica mediante la aplicación de más de un criterio de adjudicación. Constancia en el pliegos de cláusulas administrativas particulares de los criterios aplicables».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que para que pueda ser ponderado si una proposición no puede ser cumplida por considerar que se trata de una oferta anormalmente baja, según la Ley de Contratos del Sector Público, cuando se apliquen diversos criterios de valoración de las ofertas, es requisito ineludible que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hayan especificado los criterios objetivos que permitirán su apreciación.

## **X. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

### **1. Aplicación del criterio de arraigo local o de vecindad de la empresa como criterio de adjudicación**

El *Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación administrativa estatal, trata sobre la «Aplicación del criterio de arraigo local o de vecindad de la empresa como requisito de aptitud, de solvencia o como criterio de adjudicación en los contratos».

En relación con este Informe ya ha sido resuelta la primera cuestión planteada, *vid. supra* Contratista, IV, 1. Queda por resolver la cuestión relativa a si la implantación de las empresas en un territorio puede ser utilizada como criterio discriminatorio a la

hora de valorar las ofertas; es decir, si resulta admisible que las ofertas presentadas por empresas que tengan un determinado arraigo en la localidad (domicilio, delegación u otro cualquiera), obtengan una bonificación en la valoración de las mismas sólo por esta circunstancia.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal rechaza que el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa pueda ser considerado como criterio para la valoración de las ofertas en el ámbito de la contratación del sector público.

Para fundamentar esta posición, la Junta Consultiva hace referencia, en primer lugar, al principio no discriminatorio que consagra la Directiva 2004/18/CEE y que la LCSP expresamente recoge en su art. 1. Este principio, con aplicación directa a los procedimientos de adjudicación, está expresamente recogido en el art. 123 de la misma Ley, de conformidad con el cual: «Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia». Esta declaración supone que no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de las empresas licitadoras, en este caso su domicilio social o su especial arraigo en una determinada localidad o territorio.

Además, según el art. 134 de la Ley «para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato...». Esta exigencia de la vinculación directa con el objeto del contrato, es decir la prestación, es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas. En efecto la vinculación directa exige que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma.

Las circunstancias referentes al origen o lugar en que la empresa realiza preferentemente sus actividades, en el caso planteado en este informe, no influyen ni en la prestación, ni en sus resultados, por lo que no pueden considerarse como criterio directamente vinculado al objeto del contrato.

En esta línea se pronuncia también el *Informe 3/09, de 25 de septiembre de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal relativo a la «posibilidad de establecer como condición de ejecución del contrato la utilización de un determinado porcentaje de personas desempleadas que se encuentren inscritas en las oficinas de empleo de una localidad y de establecer un criterio de adjudicación del contrato que consistiese en la valoración del compromiso de emplear en su ejecución personas desempleadas inscritas en una determinada oficina de empleo. Ámbito de aplicación de criterios sociales».

La Junta Consultiva resuelve que no es admisible una condición de ejecución que exija la contratación de un cierto porcentaje de personas que estén inscritas como de-

mandantes de empleo en las oficinas de empleo correspondientes a un determinado lugar geográfico, en la medida que implique discriminación respecto del resto de los trabajadores, tanto nacionales como originarios de Estados miembros de la Unión Europea. No obstante, admite que sea admisible el establecimiento de condiciones de ejecución que favorezcan la lucha contra el desempleo, siempre que no incurran en discriminación.

## **2. Determinación del número de candidatos a invitar en el procedimiento restringido**

El *Informe 63/08, de 31 de marzo de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se refiere al «Procedimiento restringido. Procedimiento a seguir para la determinación de los candidatos a invitar a presentar sus ofertas cuando el número de éstos que cumple los requisitos exigidos supera el máximo establecido».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa resuelve que, en los procedimientos restringidos, cuando se fije un número máximo de candidatos que serán invitados a presentar sus proposiciones, resulta aconsejable que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se establezca algún método que permita valorar con referencia a la solvencia técnica y profesional cada una de las empresas candidatas, a efectos de cursar la invitación a aquéllas que reúnan las mejores condiciones. Para aquellos casos en que el pliego no contuviera ningún método que permita expresar cuantitativamente los elementos que sirven para la selección de los candidatos, la decisión que se adopte sobre éstos deberá ser motivada.

## **3. Acuerdos marco**

En la *STJCE (Sala 4.ª) de 11 de junio de 2009 (TJCE 2009/166), caso Hans and Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schubtechnik contra AOK Rheinland/Hamburg*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas califica como Acuerdo Marco para el suministro de productos, el celebrado entre una caja pública del seguro de enfermedad y un operador económico, en el que se determina la remuneración de las diferentes prestaciones que se esperan de dicho operador, así como la duración de la aplicación del Acuerdo, asumiendo el citado operador la obligación de realizar las prestaciones respecto a los asegurados que las soliciten. Además se exige que la citada caja sea la única deudora de la remuneración de las actividades de ese operador.

## **4. Recursos contra la adjudicación provisional. Naturaleza jurídica del acto de adjudicación provisional**

En el *Informe 48/08, de 29 de enero de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se trata sobre las «Dudas respecto a qué recursos se pueden inter-

poner en la adjudicación provisional en los contratos de regulación no armonizada». En concreto se plantean dos cuestiones: en primer lugar, si contra los acuerdos de adjudicación provisional de los contratos no incluidos entre los susceptibles del recurso especial previsto en el art. 37 de la Ley de Contratos del Sector Público, cabe la interposición de recurso administrativo, y, en caso de que se concluya que es legalmente posible la interposición de dicho recurso, cuál es el régimen de impugnación, en su caso, de los actos previos a la adjudicación definitiva de los acuerdos de las Mesas de Contratación y los que determinen la adjudicación provisional de los contratos.

La Junta Consultiva aclara que el sistema de recursos establecido en la Ley de Contratos del Sector Público prevé que contra los contratos mencionados en el art. 37.1 de la misma se puede interponer el recurso especial en materia de contratación y sólo éste, y contra los restantes contratos, los recursos administrativos ordinarios, es decir los previstos en el art. 107 de la Ley 30/1992. Además cabe indicar, que el recurso a interponer será normalmente el potestativo de reposición, como previo al contencioso administrativo, dado que, por regla general, las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa.

Como excepción, la Junta Consultiva hace referencia a las Juntas de Contratación, que tienen el carácter de órganos de contratación pero que no ponen fin a la vía administrativa, por lo que sus resoluciones, antes de ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, deberán ser objeto de recurso de alzada ante el superior jerárquico de las mismas, debiendo entenderse por tal el órgano del que han recibido las competencias que tengan atribuidas.

La segunda cuestión se refiere al tratamiento jurídico que debe darse a los actos realizados por las Mesas de contratación con anterioridad a la adjudicación definitiva del contrato, así como a aquéllos que, en general, determinan la adjudicación provisional.

Como punto de partida, la Junta Consultiva aclara que los actos de adjudicación provisional del contrato no son actos de trámite ni se acuerdan por la Mesa de contratación: se trata de actos resolutorios del procedimiento de adjudicación, que, según el art. 135.3 LCSP son competencia del órgano de contratación.

El art. 135, apartados 4 y 5, LCSP, cuando se refiere a la posibilidad de elevar a definitiva la adjudicación provisional, no admite que ésta pueda ser modificada por aquélla, sino que no se convertirá en definitiva exclusivamente en el caso de que el adjudicatario no cumpla las obligaciones complementarias que la Ley le impone, en concreto, la presentación de la documentación exigida en el precepto mencionado. Además, conviene indicar que entre la adjudicación provisional y la definitiva no existe ningún acto administrativo propiamente dicho, sino el mero transcurso de un plazo que la Ley establece para presentar la citada documentación

Contra los actos de trámite previos a la adjudicación provisional del contrato, en los casos en que no es aplicable el recurso especial del art. 37 LCSP, sólo caben los recursos administrativos. A diferencia del recurso especial, la suspensión no se produce por el

mero hecho de interponer estos recursos, sino que debe ser solicitada por el recurrente y corresponde al órgano de contratación encargado de resolver el recurso concederla o no, antes de resolver sobre el fondo.

Por último, en relación con la determinación del recurso aplicable, tanto si los actos de trámite anteriores a la adjudicación provisional son dictados por la Junta de Contratación, cuando la haya, como si lo son por la Mesa de contratación, se trata de actos que no agotan la vía administrativa, por lo que deberán ser objeto de recurso de alzada ante el órgano (alcalde o pleno, según los casos) que sea el superior jerárquico de la Mesa por estar ésta adscrita a él (art. 114 LRJPAC).

## 5. Revisión de oficio de la adjudicación del contrato

Sobre esta cuestión, tienen interés los siguientes *Dictámenes del Consejo de Estado*: en relación con el contrato de obras, el de 21 de mayo de 2009, Exp. 485/2009; y en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, el de 8 de octubre de 2009, Exp. 1496/2009.

# XI. EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

## 1. Suspensión de la ejecución del contrato administrativo a instancias del adjudicatario

El Informe 40/08, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal trata sobre la «Determinación de si una vez adjudicado un contrato administrativo es susceptible de suspenderse la ejecución del mismo a solicitud del adjudicatario».

El alcalde de Villaviciosa de Asturias formula una Consulta acerca de la cuestión que constituye la rúbrica de este informe: se plantea la posibilidad de suspender la ejecución de un contrato de concesión de obra pública a instancias del adjudicatario

La Junta Consultiva precisa que una vez perfeccionado el contrato, el contratista debe cumplirlo con sujeción a las cláusulas y estipulaciones del mismo, entre las que se incluye el respeto a los plazos de ejecución. Cualquier suspensión del plazo de ejecución, en principio, no resulta asumible. Sólo se prevé en la Ley un supuesto de suspensión unilateral por parte del contratista: cuando la Administración hubiese demorado el pago del precio más de cuatro meses (art. 200.5 de la LCSP)

Fuera del supuesto mencionado, la suspensión, cuya regulación se enmarca en la regulación de la prerrogativa de la modificación de los contratos administrativos, sólo se admite cuando, de modo unilateral, la acuerde la Administración *por razones de interés público y para atender a causas imprevistas* (art. 202 de la LCSP).

En este caso no concurren los requisitos exigidos por la Ley para declarar la suspensión. En primer lugar porque la suspensión no obedece a razones de interés público. Por el contrario, el interés público lo que reclamaría sería la ejecución y puesta en funcionamiento de la obra dentro del plazo previsto. En segundo lugar, tampoco concurre el supuesto de la imprevisión de la causa que fundamenta la solicitud de suspensión, porque aún cuando el adjudicatario pueda aducir que no tenía prevista la negativa de las entidades de crédito a concederle la financiación solicitada, es evidente que cualquier buen administrador debiera haber previsto esta posibilidad.

En consecuencia, debe entenderse que no procede acceder a la suspensión del plazo de ejecución del contrato que se plantea.

## 2. Riesgo y ventura del contratista

El *Informe 60/08, de 31 de marzo de 2009*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, resuelve la «Consulta sobre determinación de responsabilidad por incumplimiento contractual durante el periodo de huelga del servicio de recogida de basuras».

La Junta Consultiva considera que la huelga de los trabajadores del concesionario es uno de los riesgos normales de la actividad empresarial que debe ser asumido por éste en la ejecución de contrato administrativo, y, en consecuencia, sus efectos económicos desfavorables para el empresario no pueden ser repercutidos sobre la entidad concedente. Por tanto, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares, al amparo de la libertad de pactos, hubiera previsto otra cosa, la Administración concedente estará autorizada para deducir del canon a abonar el importe de los gastos que el empresario hubiera dejado de soportar por aplicación de las disposiciones reguladoras del derecho de huelga, debido a la falta de prestación del servicio durante el tiempo que dure la huelga,

## 3. Interpretación del contrato administrativo

Sobre esta cuestión, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, tiene interés el *Dictamen del Consejo de Estado de 12 de noviembre de 2009, Exp. 1696/2009*.

## 4. Modificación del contrato administrativo

Sobre esta cuestión tienen interés en relación con el contrato de obras los siguientes *Dictámenes del Consejo de Estado: de 8 de enero de 2009, Exp. 2154/2008; de 22 de enero de 2009, Exp. 2065/2008; de 2 de abril de 2009, Exp. 225/2009; de 23 de abril de 2009, Exp. 525/2009; de 9 de julio de 2009, Exp. 933/2009; de 23 de julio de 2009, Exp. 151/2009*.

## 5. Indemnización por incidencias en la ejecución del contrato administrativo

Sobre esta cuestión tienen interés en relación con el contrato de obras los siguientes *Dictámenes del Consejo de Estado*: de 22 de enero de 2009, Exp. 2085/2008; de 12 de febrero de 2009, Exp. 2088/2008; 5 de marzo de 2009, Exps. 135/2009 y 192/2009; de 18 de marzo de 2009, Exp. 191/2009; de 26 de marzo de 2009, Exp. 278/2009; de 23 de abril de 2009, Exps. 314/2009 y 374/2009; de 30 de abril de 2009, Exp. 375/2009; de 5 de noviembre de 2009, Exp. 1459/2009 y 1460/2009; de 4 de junio de 2009, Exp. 551/2009; de 13 de diciembre de 2009, Exp. 1683/2009; de 22 de diciembre de 2009, Exp. 1956/2009.

Sobre esta cuestión, véanse también las *STS de 29 de septiembre de 2009*, recurso de casación 5947/2007; *STS de 6 de octubre de 2009*, recurso de casación 1537/2007; *SAN de 15 de septiembre de 2009*, recurso contencioso-administrativo 759/2005.

## 6. Indemnización por suspensión temporal del contrato administrativo

Sobre esta cuestión tienen interés en relación con el contrato de obras los siguientes *Dictámenes del Consejo de Estado*: de 19 de febrero de 2009, Exp. 77/2009; de 2 de abril de 2009, Exp. 203/2009. En relación con el contrato de servicios, *Dictamen del Consejo de Estado de 8 de octubre de 2009*, Exp. 1466/2009.

Sobre esta cuestión, véase *SAN de 25 de marzo de 2009*, recurso de apelación, 53/2009.

## XII. EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

### 1. Cumplimiento del contrato administrativo

Sobre la liquidación de las obras, en concreto, en relación con el plazo de prescripción desde la recepción de las obras o del objeto del contrato, véase *SSAN de 22 de enero de 2009*, recurso contencioso-administrativo 231/2007; de 4 de marzo de 2009, recurso contencioso-administrativo 230/2007; de 22 de abril de 2009, recurso contencioso-administrativo 229/2007.

### 2. Resolución del contrato administrativo

Sobre esta cuestión tienen interés los *Dictámenes del Consejo de Estado* a los que se hace referencia a continuación. En relación con el contrato de obras: *Dictamen de 5 de febrero de 2009*, Exp. 2096/2008; de 12 de febrero de 2009, Exp. 2086/2009; de

18 de marzo de 2009, Exp. 183/2009; de 16 de abril de 2009, Exp. 392/2009; de 14 de mayo de 2009, Exp. 672/2009; de 21 de mayo de 2009, Exp. 681/2009; de 28 de junio de 2009, Exp. 665/2009; de 9 de julio de 2009, Exp. 843/2009; de 23 de julio de 2009 Exp. 1252/2009; de 1 de octubre de 2009, Exp. 1361/2009; de 15 de octubre de 2009, Exp. 1464/2009; de 20 de diciembre de 2009, Exp. 1956/2009. En relación con el contrato de servicios: *Dictamen de 12 de marzo de 2009, Exp. 125/2009; de 18 de marzo de 2009, Exp. 131/2009; de 2 de abril de 2009, Exp. 429/2009; de 28 de mayo de 2009, Exp. 665/2009; de 10 de junio de 2009, Exp. 680/2009; de 25 de junio de 2009, Exp. 677/2009; de 10 de septiembre de 2009, Exp. 1246/2009; de 12 de noviembre de 2009, Exp. 1358/2009.* En relación con el contrato de suministros: *Dictamen de 8 de enero de 2009, Exp. 1937/2008.*

Sobre la aplicación de la caducidad al procedimiento de elaboración del acto administrativo de resolución, véase, por ejemplo, *STS de 9 de septiembre de 2009*, recurso de casación 327/2008.

### XIII. INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS

El *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 1.<sup>a</sup>)*, en su *Sentencia de 4 de junio de 2009, caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Grecia (TJCE 2009/158)*, dispone que se ha producido un incumplimiento del Derecho Comunitario por parte de la República Helénica, al haberse retrasado, sin que existiera justificación, en dar respuesta a la solicitud de un licitador mediante la que éste pedía que se precisasen las razones del rechazo de su candidatura.

El *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 3.<sup>a</sup>)*, en el caso *Comisión Europea contra Francia, Sentencia de 10 de diciembre de 2009 (TJCE 2009/385)*, declara que la República francesa ha incumplido el Derecho comunitario en virtud de las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 2 y 28 de la Directiva 2004/18/CEE, al haber mantenido en vigor los arts. 73 y 74.IV del Código de Contratación Pública de 1 de agosto de 2006, en los que establece un procedimiento para la adjudicación de contratos de definición de proyectos que permite que un poder adjudicador adjudique un contrato de ejecución de servicios, suministros u otros, a uno de los titulares de los contratos de definición iniciales, previa licitación limitada a dichos titulares.

El *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 4.<sup>a</sup>)*, en el caso *Comisión de las Comunidades Europeas contra Grecia. Sentencia de 12 de noviembre de 2009 (TJCE 2009/348)*, declara que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, al haber excluido, en el anuncio de licitación publicado por ERGA OSE AE el 16 de octubre de 2003, con los núms. 2003/S 205-185214 y 2003/S 206-186119, a las empresas consultoras y a los consultores extranjeros que hubieran manifestado su interés en concursos organizados por ERGA OSE

AE en los seis meses anteriores a la fecha de manifestación de interés para el concurso objeto de dicho anuncio, y que hubieran declarado cualificaciones correspondientes a categorías de certificados distintas de las requeridas para este concurso y, por otra parte, al no haber distinguido, en la sección IV, apartado 2, del mencionado anuncio, entre criterios de selección cualitativa y criterios de adjudicación del contrato de que se trata.

El *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 8.<sup>a</sup>)*, caso *Comisión de las Comunidades Europeas contra Alemania (TJCE 2009/340)* en su *Sentencia de 29 de octubre de 2009*, declara que la República Federal de Alemania ha incumplido sus obligaciones de Derecho Comunitario al haber celebrado en la ciudad de Colonia, el 6 de agosto de 2004, un contrato con la sociedad inmobiliaria Grundstückgesellschaft Köln Messe, sin recurrir a los procedimientos de adjudicación de contratos establecidos en la Directiva aplicable.

El *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala)*, caso *Comisión de las Comunidades Europeas contra Alemania, Sentencia de 9 de junio de 2009 (TJCE 2009/162)*, ha considerado que no se ha producido un incumplimiento de Estado en el caso que resuelve en dicha sentencia. El Tribunal entiende que una autoridad pública puede realizar las tareas que le incumben con sus propios medios o bien puede hacerlo con otras entidades públicas. En relación con el tratamiento de residuos, un ente territorial, que es poder adjudicador, puede atribuir directamente su gestión, sin procedimiento de licitación pública, a un sujeto sobre el que dicho ente ejerce un control análogo al de sus propios servicios y que realiza la parte esencial de su actividad con el ente que lo controla.

#### XIV. BIBLIOGRAFÍA

- BRUNET DE LA LLAVE, M. T.: *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, La Ley, 2009.
- DORREGO DE CARLOS, A., y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F.: *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, La Ley, 2009.
- FRANCH, M., y TORRELLES, J.: «Aplicabilidad de la Ley de Contratos del Sector Público en la actividad contractual de las Cámaras de Comercio», *RAP*, núm. 178, 2009.
- FRÍAS LÓPEZ, A.: «Ámbito subjetivo de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», en el libro colectivo *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Granada, Comares, 2009.
- FUEYO BROS, M.: «Criterios objetivos de adjudicación versus objetivos de los criterios de adjudicación», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núms. 15-16, 2009.
- GARCÉS SAN AGUSTÍN, M.: «Génesis del Derecho de la contratación pública en España. La adaptación permanente del ordenamiento jurídico español a las exigencias comunitarias. La demora en la adecuación de la legislación interna», en el libro colectivo *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Granada, Comares, 2009.
- LAZO VITORIA, X.: «Los contratos mixtos», *RAP*, núm. 179, 2009.
- MORENO MOLINA, J. A.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, La Ley, 2008 (2.<sup>a</sup> ed. de 2009).

- «“Un mundo para SARA”. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *RAJ*, núm. 178, 2009.
- PADRÓS REJO, C.: «La articulación del concepto de colaboración desde el punto de vista del ordenamiento administrativo», *REDA*, núm. 142, 2009.
- PAREJO ALFONSO, L.: «El ámbito de aplicación de la Ley de contratación del sector público», en el libro colectivo *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Barcelona, Fundación, Democracia y Gobierno Local/Institución Fernando El Católico, 2009.
- PASCUAL GARCIA, J.: «Ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Los convenios administrativos y la contratación del sector público», en el libro colectivo *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, C. CUBILLO y A. R. RODRÍGUEZ (coords.), Granada, Comares, 2009.
- PEÑA OCHOA, A.: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», Monográfico *Revista Aragonesa Administración pública. La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Zaragoza, 2009.
- «La contratación administrativa de los entes que no tienen la consideración de Administración pública», en el libro colectivo *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Barcelona, Fundación, Democracia y Gobierno Local/Institución Fernando El Católico, 2009.
- RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R.: «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos», en el libro colectivo *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Granada, Comares, 2009.
- VÁZQUEZ MATILLA, J.: «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *REDA*, núm. 173, 2009.



---

# 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-MEC en el Área de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad Autónoma de Madrid*

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ

*Becario FPU-MEC 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. PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS EN EL ÁMBITO LOCAL.—V. PRESUPUESTOS DE LAS HACIENDAS LOCALES.

## I. INTRODUCCIÓN

La tan ansiada reforma de la financiación de los entes locales finalmente no ha tenido lugar durante el año 2009. A pesar de que en los años precedentes el acervo en pro de la reforma hacía presagiar que ésta se encontraba cerca, en 2009 no se han dado pasos de relevancia desde los distintos interlocutores que permitan considerar que la reforma vaya a tener lugar en este recién comenzado 2010.

Con todo, durante este ejercicio sí se han producido algunas novedades en el ámbito de las haciendas locales cuya reseña aquí es cuanto menos necesaria. Especial relevancia cobra la creación del Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, el cual ha continuado la transferencia de recursos iniciada el pasado año por el Fondo Estatal de Inversión Local. Otras novedades normativas de relevancia en este ámbito son las relativas a la modificación del art. 6.3 de la LOFCA, que afecta a las relaciones entre los tributos propios de las CCAA y los tributos locales, o la Orden EHA/2814/2009, que pone fin a la controversia surgida acerca del ámbito de aplicación de la exención en el ICIO prevista en el Acuerdo sobre asuntos económicos con la Santa Sede.

Junto a estas novedades normativas, nuestros tribunales han resuelto cuestiones de indudable relevancia para las haciendas locales, destacando los pronunciamientos del Tribunal Supremo confirmando la legalidad del Real Decreto Legislativo 1175/1990 y de la Orden HAC/3521/2003, a los cuales nos referiremos en el presente informe. La doctrina, por su parte, ha continuado su necesaria labor de análisis de la normativa y jurisprudencia que afecta a la financiación de las haciendas locales, ofreciendo buen número de trabajos, de los cuales destacamos los que, en nuestra opinión, presentan una mayor relevancia e interés.

## II. PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES

En lo que respecta a los principios de ordenación de las haciendas locales, ha de destacarse la *modificación del art. 6.3 de la LOFCA* operada por la Ley Orgánica 3/2009. Mediante esta modificación se ha producido una ampliación del ámbito sobre el cual no se entiende producida doble imposición entre los tributos que creen las CCAA y los tributos locales, al limitarse el ámbito sobre el cual no podrán crear tributos las CCAA al del hecho imponible de los tributos locales, frente al previsto anteriormente que se refería a la materia imponible, tal y como ya interpretó el Tribunal Constitucional. No obstante, la modificación ha articulado un sistema de compensación a los entes locales cuando los tributos de nueva creación por las CCAA recaigan sobre la misma materia que los tributos locales. Para un estudio más detallado sobre esta modificación, puede acudir al trabajo de A. GONZÁLEZ MÉNDEZ, «La modificación del art. 6.3 de la LOFCA en el marco de la reforma del sistema de financiación de las comunidades autónomas», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 321, 2009, pp. 129-142.

Cierto interés en este ámbito presentan las SSTs de 26 de marzo de 2009 (rec. 5909/2007) y de 21 de mayo de 2009 (rec. 2949/2008), en que el Tribunal Supremo considera la prevalencia del interés autonómico sobre el interés municipal a la hora de denegar la suspensión de la liquidación de la tasa por la cobertura del servicio de prevención y extinción de incendios y salvamentos de la Comunidad de Madrid. El Tribunal Supremo considera prevalente el interés de la CA, ya que, de otro modo, se vería la CA obligada a asumir el coste del servicio que presta a los ayuntamientos recurrentes durante la sustanciación del proceso.

En cuanto a la doctrina, han de destacarse los siguientes estudios dentro de este ámbito: M. FERNÁNDEZ JUNQUERA, «La autonomía financiera local frente a las Comunidades Autónomas», *Tributos Locales*, núm. 89, 2009, pp. 11-24; M. RUIZ GARIJO, «Los recursos financieros locales: propuestas de reforma», *Tributos Locales*, núm. 87, 2009, pp. 37-52; J. PAGÈS I GALTÉS, «Las bases de las haciendas locales en el nuevo marco estatutario», *Tributos Locales*, núm. 88, 2009, pp. 11-27; y M. C. FUSTER ASENSIO, «El cierre del sistema: la articulación de la Hacienda local en el sistema de financiación territorial», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 21, 2009.

### III. INGRESOS DE LAS HACIENDAS LOCALES

#### 1. Ingresos tributarios

##### 1.1. Impuestos

##### 1.1.1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles

Durante el año 2009 la actividad normativa en materia de este tributo ha sido relativamente escasa. De un lado, procede referirse a las *actualizaciones de valores catastrales* incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2009 (Ley 2/2008, de 23 de diciembre, *BOE* de 24 de diciembre) y 2010 (Ley 26/2009, de 23 de diciembre, *BOE* de 24 de diciembre). El art. 72 de la LPGE para 2009 estableció la actualización de los valores catastrales con efectos de 1 de enero de 2009 mediante la aplicación de un coeficiente de 1,02, junto con los criterios para su aplicación. Para 2010, la LPGE ha establecido el coeficiente de actualización de estos valores en un 1,01 (art. 78), regulando igualmente los criterios para su aplicación.

Asimismo ha de hacerse referencia al *Real Decreto-Ley 12/2009*, de 13 de agosto, por el que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias CCAA (*BOE* de 15 de agosto), cuyo art. 7.1 prevé la exención del pago de la cuota del IBI del año 2009 de determinados inmuebles cuando se acredite la concurrencia de ciertas circunstancias indicativas de los daños sufridos en los bienes inmuebles que hayan limitado parcial o totalmente su uso normal. En tales casos, los municipios serán compensados de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 9 del *TRLHL*.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la conformidad de la previsión contenida en el art. 72.4 del *TRLHL* con diversos preceptos de nuestro texto constitucional en tres autos en que se inadmiten otras tantas cuestiones de constitucionalidad con el mismo fundamento (AATC 123/2009, 161/2009 y 163/2009). Dicho precepto, como es conocido, permite a los municipios establecer, dentro de unos determinados umbrales, tipos de gravamen diferenciados en función de las distintas categorías de bienes inmuebles. El Tribunal Constitucional

inadmite las cuestiones de constitucionalidad planteadas al no plantear esta previsión ninguna tacha desde la perspectiva del principio de reserva de ley ni una vulneración del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas contenido en el art. 31.1 CE. En relación con la reserva de ley, el Tribunal Constitucional reitera su doctrina acerca de la composición democrática de los plenos de los ayuntamientos, que permite una relación de colaboración entre la ordenanza y la ley superior a la de los reglamentos en sentido estricto y que la técnica seguida en el precepto impugnado no supone más que una técnica de colaboración al servicio de la autonomía financiera de los entes locales. Sobre la modulación del principio de reserva de ley en el ámbito local nos remitimos al trabajo de C. CHECA GONZÁLEZ, «Reserva de Ley y Tributos Municipales», *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2009, pp. 77-86. Por su parte, en relación con la posible vulneración del principio de igualdad, el Tribunal niega que se produzca discriminación alguna al tratarse de situaciones dispares, que justifican un distinto tratamiento tributario.

Por su parte, aunque el Tribunal Supremo ha resuelto un apreciable número de recursos relacionados con el IBI durante el pasado año, nos centraremos únicamente en la sentencia que, a nuestro juicio, despierta un mayor interés, dejando apuntados los aspectos centrales que fueron objeto de análisis en algunas de las sentencias de menor relevancia.

Así, en la *STS de 16 de febrero de 2009* (rec. 3788/2006), el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en relación con la posible colisión de la Orden HAC/3521/2003, por la que se fijaba el índice de referencia al mercado (RM) para los BICES, con los principios de capacidad económica e igualdad y por haberse excedido ésta de los límites de la delegación reglamentaria prevista en el art. 8.3 de la Ley 48/2002 (art. 23.3 del actual TRLCI). En relación con la primera de las cuestiones, el Tribunal Supremo niega la existencia de un tratamiento discriminatorio al encontrarnos ante una opción del legislador fundada de modo objetivo y razonable en la diversidad de situaciones y, junto a ello, reconoce que esta especificidad se basa en situaciones que justifican la mayor carga tributaria a que deben hacer frente estos inmuebles, lo cual impide considerar que la Orden cuestionada vulnere los citados preceptos constitucionales. La segunda de las cuestiones es la que despierta un mayor interés. Sobre este extremo en el recurso se señalaba, básicamente, que la citada Orden al aplicar el índice RM sobre los valores determinados conforme a la normativa reglamentaria previa a la Ley 48/2002, aplicaba criterios de valoración catastral contrarios al nuevo régimen de valoración individualizada de los BICES, resultante de las ponencias especiales previstas en la Ley 48/2002. Señala el Tribunal Supremo que los criterios de valoración aplicados a los BICES no eran distintos de los aplicables a otras clases de inmuebles antes de la modificación de la LHL por la Ley 51/2002, sin que pudiera considerarse que la aplicación de las normas de valoración contenidas en el RD 1020/1993, sobre el cual se aplicaba el índice contenido en la Orden recurrida, pudiera ser contrario al sistema de valoración previsto en la Ley 48/2002, ya que dicho RD preveía la realización de una ponencia individualizada para los actuales BICES, lo cual se encuentra en línea con la necesidad de que se realice una

ponencia especial para la determinación de su valor catastral. Ha de señalarse que también sobre este aspecto ha tenido oportunidad de pronunciarse la AN en su Sentencia de 19 de octubre de 2009 (rec. 55/2009).

Otras sentencias de nuestro Tribunal Supremo de menor relevancia son las de 3 de julio (rec. 1433/2005), que resuelve un supuesto análogo al de la STS de 30 de mayo de 2009, a la que nos referimos en el anterior número de este anuario, y de 24 de enero de 2009 (rec. 1900/2004), sobre la inexistencia de contradicción entre la modificación operada en marzo de 2003 en la Ordenanza del IBI del Ayuntamiento de Barcelona y las disposiciones transitorias de las Leyes 49/2002 y 51/2002.

Junto a ello, cumple aquí destacar el especial interés que ha generado entre la doctrina la SAN de 2 de diciembre de 2008 (rec. 446/2006), en la que la AN consideró que las autopistas explotadas en régimen de «peaje en la sombra» se encontraban sujetas al IBI, debiéndose incluir en el Catastro Inmobiliario y asignárseles, consecuentemente, valor catastral. Este peaje en la sombra, consistente en la financiación de la obra pública mediante el pago mensual por parte de la administración de una factura presentada por el adjudicatario en que se incluyen los gastos derivados de la amortización de los costes fijos y variables de la concesión, así como el beneficio esperado por el contratista, se ha considerado por la AN como excluyente de que constituya un aprovechamiento gratuito, aunque sí público, en el sentido del art. 61.5.a) TRLHL. Sobre esta controversia destacan los trabajos de A. GUILLÉN OLCINA, «La sujeción al IBI de naturaleza urbana de las autovías ejecutadas bajo el denominado peaje en la sombra», *Tributos Locales*, núm. 87, 2009, pp. 53-65, y de Á. J. DEL BLANCO GARCÍA, «El peaje en la sombra y el IBI: ¿Gratuidad del servicio?», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 22, 2009.

También presenta cierto interés la SAN de 8 de octubre de 2009 (rec. 101/2008), en que se plantean problemas acerca de la determinación del titular catastral en el marco de la transmisión de una concesión llevada a cabo sin atender a los requisitos formales. La AN considera que, en el supuesto de hecho, a pesar de no cumplirse los requisitos formales necesarios para llevar a cabo la transmisión, se ha producido aquella y, por tanto, existe un nuevo titular catastral.

Para concluir este repaso a las novedades acontecidas en el ámbito del IBI durante el pasado año, hemos necesariamente de referirnos a las aportaciones doctrinales publicadas en 2009 de mayor interés. Así, debe señalarse el comentario de la STS de 12 de octubre de 2008, reseñada en el anterior número de este anuario, realizado por J. GONZALO MIGUELÁNEZ, «La consolidación jurídica de los BICES», *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2009, pp. 71-89; así como los trabajos de J. LEAL BARROS, «Elementos que inciden en la aplicación de la bonificación en el IBI a empresas inmobiliarias», *Tributos Locales*, núm. 90, 2009, pp. 47-56, y de C. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El catastro y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles: propuesta de nueva distribución competencial», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núms. 15-16, 2009, pp. 2281-2360.

### 1.1.2. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras

En relación con este tributo ha de destacarse en primer lugar la aprobación de la *Orden EHA/2814/2009*, de 15 de octubre, por la que se modifica la Orden de 5 de junio de 2001, por la que se aclara la inclusión del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras en la letra B) del apartado 1 del art. IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, de 3 de enero de 1979 (*BOE* de 21 de octubre). Con esta Orden parece ponerse fin a la controversia planteada en los últimos años acerca de la aplicación de la exención prevista en el art. IV.1.B) del Acuerdo sobre Asuntos Económicos con la Santa Sede. Como ya referimos en números anteriores de este anuario, esta controversia había sobrepasado nuestras fronteras, sirviendo de base para la apertura de un procedimiento de investigación por parte de las autoridades comunitarias de competencia.

La Orden aclara que la exención prevista en el citado acuerdo en relación con el ICIO únicamente puede ser aplicada en relación con los mismos inmuebles que pueden beneficiarse de la exención prevista para el IBI. *In fine*, esta aclaración del ámbito de la exención prevista en el Acuerdo a efectos del ICIO supone no menos que la exclusión de la aplicación de la exención en el ICIO sobre los inmuebles de titularidad de los sujetos enunciados en el art. IV.1.B) del Acuerdo distintos de los exclusivamente reservados al culto, actividades pastorales, residencia de religiosos y miembros del sacerdocio y actividades de formación en materia eclesial.

En el plano judicial debe destacarse la continuidad de la polémica relativa a la posibilidad de inclusión de los *costes derivados de la adquisición de maquinaria* específica para la realización de la obra dentro del «coste real y efectivo de la obra». Esta polémica se ha avivado en cierta medida durante este año por la distinta posición mantenida por algunos de nuestros tribunales. Así, en diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha (6 de abril de 2009, rec. 69/2008) y de Castilla y León (11 de septiembre de 2009, rec. 94/2009 y 2 de octubre de 2009, rec. 103/2009) se excluye totalmente la posibilidad de incorporar dichos conceptos dentro de la base imponible del impuesto. Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 28 de abril de 2009 (rec. 1615/2008), ha venido a afirmar la posibilidad de que se incluyan estas partidas a la hora de determinar el coste real y efectivo de la obra cuando los elementos carezcan de singularidad fuera del marco de la obra o construcción —en el supuesto concreto, maquinaria de calefacción y fontanería—. En su sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala que habrá de atenderse a los criterios de «la imprescindibilidad, la consustancialidad, la inseparabilidad, la externidad o la autonomía funcional; pero no aplicando con carácter exclusivo y excluyente cada uno de ellos, sino conjugándolos en la medida que sea preciso» (FD 5), a la hora de determinar si el coste de adquisición de los elementos de maquinaria deberá o no ser incorporado al coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra que conforma la base imponible del impuesto. Esta cuestión igualmente ha sido objeto de análisis por la doctrina,

destacando los trabajos de M. ALONSO GIL y A. DELGADO MERCÉ, «La Base Imponible del ICIO: aspectos polémicos en torno a la Maquinaria e Instalaciones y a las bajas de adjudicación», *Tributos Locales*, núm. 86, 2009, pp. 61-70, y de E. LORIDO GONZÁLEZ y B. BEJARANO VELARDE, «A vueltas con el Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras por la construcción o instalación de Plantas fotovoltaicas, termosolares y Parques eólicos: la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura», *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 5, 2009, pp. 410-421.

Debe reseñarse aquí también la *STS de 5 de mayo de 2009* (rec. 60/2007), en la cual el Tribunal Supremo desestima un recurso en interés de la ley interpuesto por el Ayuntamiento de Lugo. En el recurso, el ayuntamiento recurrente pretendía que se fijara como doctrina legal en relación con la bonificación en el ICIO contenida en el art. 103.2.a) del TRLHL, respecto de las obras de especial interés o utilidad municipal, que únicamente pudiera ser aplicable la referida bonificación al propietario de la obra y no a los contratistas, configurados como sustitutos del contribuyente a efectos de este tributo. El Tribunal Supremo señala que lo relevante en estos casos es atender a la realización de las obras declaradas de especial interés o utilidad municipal, sin que la realización de la misma a través de contratista pueda modificar el alcance del beneficio. Adicionalmente, al referirse el tenor literal de esta norma al sujeto pasivo y no al contribuyente, no puede excluirse la solicitud presentada por el sustituto, sujeto pasivo *ex art. 36 LGT*, de la aplicación del beneficio fiscal. Sobre estos extremos puede consultarse la reflexión que realiza J. I. RUBIO DE URQUÍA, «El Tribunal Supremo sitúa en sus justos términos la bonificación del ICIO a favor de las obras de especial interés o utilidad municipal», *Tributos Locales*, núm. 90, 2009, pp. 7-10.

Debemos concluir el análisis de las novedades ocurridas en el ámbito del ICIO haciendo referencia a dos estudios doctrinales de notable interés práctico: H. LÓPEZ LÓPEZ, «Obligación de autoliquidación del ICIO y derivación de responsabilidad sancionadora por su incumplimiento», *Tributos Locales*, núm. 87, 2009, pp. 11-35, y M. T. RANCAÑO MARTÍN, «Aspectos controvertidos relativos a la aplicación del ICIO», *Tributos Locales*, núm. 91, 2009, pp. 43-70.

### 1.1.3. Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica

No se han producido en 2009 novedades normativas que afecten o se refieran directamente al IVTM, aunque sí que existe normativa tangencial aprobada en 2009 relacionada con la tributación de los vehículos sujetos al Impuesto o con su régimen administrativo, como el ya citado *Real Decreto-Ley 12/2009*, de 13 de agosto, por el que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias CCAA, cuyo art. 7.5 establece una exención de las tasas establecidas por la tramitación de las bajas de vehículos solicitadas como consecuencia de los daños producidos por los siniestros y por la expedición de duplicados de permisos de circulación o de conducción destruidos o extraviados por

dichas causas. En este orden de ideas cabría mencionar el *Real Decreto 818/2009*, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores (*BOE* de 8 de junio).

Tampoco se han producido en 2009 resoluciones judiciales o administrativas dignas de reseña. Lo que sí merece ser destacado son las aportaciones doctrinales producidas en 2009, especialmente el trabajo de J. M. UTANDE SAN JUAN; M. ZURDO VERDUGO, «El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica», *Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, suplemento núm. 10, 2009, pp. 3-29, así como el trabajo de P. PADILLA RUÍZ, «Requisitos de la exención por minusvalía en el IVTM: la imaginación al poder», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 8, 2009, pp. 1157-1174.

#### 1.1.4. Impuesto sobre Actividades Económicas

Respecto a las medidas de carácter normativo adoptadas en 2009 que afectan o se refieren de una forma particular al IAE, cabe destacar el referido *Real Decreto-Ley 12/2009*, de 13 de agosto, por el que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias Comunidades Autónomas, cuyo art. 7 establece una serie de beneficios fiscales que, entre otros tributos, afectan directamente al IAE. En concreto, para este impuesto se concede una reducción en la cuota correspondiente a 2009, que será proporcional al tiempo transcurrido desde el día en que se haya producido el cese en la actividad hasta su reinicio en condiciones de normalidad. Dicha reducción se extiende, asimismo, a los recargos legalmente autorizados sobre el Impuesto, esto es, a la cuota correspondiente al recargo previsto en el art. 134 del TRLRHL que hayan podido establecer las Diputaciones Provinciales.

Los beneficiarios de esta reducción podrán serlo las industrias de cualquier naturaleza, los establecimientos mercantiles, turísticos y profesionales, a condición de que los locales de los mismos o los bienes afectos a la actividad económica hayan sido dañados como consecuencia directa de los siniestros y siempre que hubieran tenido que ser objeto de realojamiento o se hayan producido daños que obliguen al cierre temporal de la actividad. Para los contribuyentes que ya hubiesen satisfecho los recibos correspondientes al periodo impositivo de 2009, pero que tengan derecho a esta reducción, se establece la posibilidad de que soliciten la devolución de las cantidades ingresadas. Desde el punto de vista de los entes locales perceptores de los rendimientos derivados del IAE y, en su caso, del recargo establecido sobre la cuota del mismo, esta norma prevé la compensación a cargo de los Presupuestos Generales del Estado por la pérdida recaudatoria que supone la concesión de este beneficio fiscal.

En relación con la aplicación de este beneficio fiscal, la *Orden INT/2815/2009*, de 23 de octubre (*BOE* de 21 de octubre), establece los concretos municipios en cada Comunidad Autónoma a los que resultan aplicables las medidas adoptadas en el mencionado Real Decreto-Ley 12/2009.

Cabe mencionar, asimismo, la *Resolución de 2 de junio de 2009, del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria*, por la que se modifica el plazo de ingreso en periodo voluntario de los recibos del Impuesto sobre Actividades Económicas del ejercicio 2009 relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas (*BOE* de 17 de junio). El nuevo plazo se fija desde el 15 de septiembre hasta el 20 de noviembre de 2009, ambos inclusive, utilizándose respecto al cobro de los recibos la red de entidades colaboradoras en la gestión recaudatoria.

En cuanto a las novedades jurisprudenciales relativas al IAE, merecen ser destacadas varias resoluciones. En primer lugar, las *SSTS de 5 de junio de 2009* (rec. 11/2008), y *de 10 de junio de 2009* (rec. 10/2008). Ambas SSTS resuelven sendas cuestiones de ilegalidad, planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, contra los epígrafes 861.1 y 861.2 del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, que aprueba las Tarifas e Instrucción del IAE. Los epígrafes cuestionados contemplan la actividad de arrendamiento de inmuebles urbanos y, al respecto, el Tribunal Supremo, en las dos sentencias referidas, viene a matizar la doctrina que el propio Tribunal Supremo había sentado en su sentencia de 17 de septiembre de 2002<sup>1</sup>, en sentido de considerar que dichos epígrafes no suponen una extralimitación de la base de delegación contenida en el TRLRHL. El criterio del Tribunal Supremo es que las operaciones aisladas de arrendamiento de inmuebles no están sujetas al IAE, mientras que las operaciones habituales de arrendamientos sí que están sujetas. A estos efectos, interpreta el Tribunal Supremo que aunque una sola operación de arrendamiento supere las 100.000 pesetas de cuota (hoy su equivalente en euros), esto es, cuando el valor catastral del inmueble sea superior a los 100 millones de las antiguas pesetas, dicha operación no estaría sujeta al Impuesto por tratarse de una operación aislada y no darse el requisito de la habitualidad en el ejercicio de la actividad.

Otra resolución destacable es la *STS de 4 de febrero de 2009* (rec. 6006/2003), relativa a un caso en el que un ayuntamiento, a efectos de la aplicación del coeficiente de situación en el IAE, otorga tres categorías distintas a diferentes tramos de una misma calle, coincidiendo que el tramo de calle en el que se encuentra situado un importante centro comercial es calificado como de primera categoría, mientras que otro tramo de la misma calle es calificado como de sexta categoría. El Tribunal Supremo considera que el ayuntamiento ha actuado de forma arbitraria en la categorización de las calles a efectos del IAE, al no existir la debida justificación para el otorgamiento de la primera categoría al tramo de calle cuestionado, más allá del puro afán recaudatorio del ayuntamiento<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sobre esta doctrina y las consecuencias que había desplegado nos remitimos al Informe «Haciendas Locales» correspondiente al año 2008 (*Anuario de Derecho Municipal 2008*, núm. 2, Madrid, 2009), así como al trabajo de A. GARCÍA MARTÍNEZ, «El Impuesto sobre Actividades Económicas», en D. MARÍN-BARNUEVO FABO (coord.), *Los Tributos Locales*, Cizur Menor, Thomson-Cívitas, 2005, pp. 190 y ss.

<sup>2</sup> Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la aplicación del coeficiente de situación en el IAE y a la consecuente categorización de las calles del municipio, nos remitimos al Informe «Haciendas Locales» del año anterior (*Anuario de Derecho Local 2008*, núm. 2, Madrid, 2009), así como al artículo de A. GARCÍA

En relación con esta última temática también cabe mencionar la *STS de 5 de junio de 2009* (rec. 3440/2003), relativa a la modificación de la categorización de las calles del «Polígono Químico» llevada a cabo por el Ayuntamiento de Tarragona. Para el Tribunal Supremo la actuación del municipio, elevando la categoría de las calles de esta zona del término municipal, tiene que estar debidamente motivada, realizándose, a tal efecto, los necesarios informes técnicos que justifiquen el cambio en la categorización de las calles.

Asimismo, la *STS de 7 de mayo de 2009* (rec. 5924/2005), en relación con la aplicación del coeficiente de situación, anula la regla contenida en un precepto de una Ordenanza fiscal —relativamente frecuente, por lo demás— según la cual las calles que no tengan asignada una categoría a efectos del IAE lo serán de primera categoría. Señala el Tribunal Supremo que esta regla no se ajusta al Ordenamiento jurídico, al carecer de justificación.

La *SAN de 16 de marzo de 2009* (rec. 187/2008), en un supuesto de paralización de industria para adaptar las instalaciones a las exigencias del Derecho comunitario, desestima la pretensión del contribuyente de tener derecho a la reducción de la cuota motivada por paralización de industrias, previstas en la normativa del Impuesto, al considerar la AN que este supuesto de paralización no está contemplado de forma expresa en la normativa del Impuesto, por lo que no sería procedente conceder el beneficio fiscal.

La *AN en la sentencia de 18 de mayo de 2009* (rec. 138/2009), respecto a un consorcio urbanístico que realiza la actividad de promoción de terrenos, afirma la obligación de dicho consorcio de darse de alta y tributar por el IAE, sin que le alcance la exención prevista en la normativa del Impuesto para los entes públicos.

Respecto al problema de las entidades constituidas en 2002 y la aplicación de la exención prevista para las entidades que no superen el millón de euros de importe neto de cifra de negocios, la *STSJ de Asturias de 29 de mayo de 2009* (rec. 1546/2006), considera que a dichas entidades les resulta aplicable la mencionada exención, ya que en 2001 no tenían importe neto de cifra de negocios y, por tanto, éste no podía ser superior a un millón de euros<sup>3</sup>. Sin embargo, este criterio no es compartido por el TEAC, que en Resolución de 10 de febrero de 2009 (dictada en un recurso para la unificación de criterio), señala que a las entidades constituidas en 2002 no les resulta aplicable en 2003 la exención por importe neto de cifra de negocios y, por tanto, tendrán que tributar en todo caso en el año 2003, precisamente porque no se conoce ese dato y para la extensión de las exenciones la LGT prohíbe acudir a la analogía<sup>4</sup>.

Finalmente, mencionaremos la *Resolución del TEAC de 21 de julio de 2009*, relativa al cómputo del elemento tributario «potencia instalada», considerando el Tribunal que

---

MARTÍNEZ, «El ejercicio del poder tributario municipal en el Impuesto sobre Actividades Económicas», *Tributos Locales*, núm. 58, 2006, pp. 11 y ss.

<sup>3</sup> En parecidos términos, también la *STSJ de Galicia de 11 de febrero de 2009* (rec. 15239/2009).

<sup>4</sup> En el trabajo de A. GARCÍA MARTÍNEZ, «El Impuesto sobre Actividades Económicas», cit., pp. 248 y ss., se trata este problema con detenimiento y se argumenta en contra de esta tesis mantenida por el TEAC, por lo que allí remitimos al lector interesado.

ha de tenerse en cuenta también el cómputo de la potencia correspondiente a las actividades accesorias para las que faculta el alta en la actividad principal.

En cuanto a las aportaciones doctrinales, merece destacarse el trabajo de A. GARCÍA MARTÍNEZ, «La colaboración de la AEAT en la aplicación de los Tributos Locales», *Tributos Locales*, núm. 88, 2009, pp. 81-108, porque, si bien trata un tema general que afecta a varios tributos, lo cierto es que el mismo tiene una importancia fundamental respecto a la gestión del IAE, sobre todo por lo que afecta a la formación de la matrícula por parte de la AEAT y el control del importe neto de cifra de negocios de los sujetos pasivos del impuesto, hasta el punto de que se han establecido procedimientos específicos para la colaboración de la AEAT con las entidades locales a efectos del IAE, lo que resulta de crucial importancia, por otra parte, para los municipios y Diputaciones gestoras del Impuesto.

#### 1.1.5. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

El primer aspecto que ha de destacarse en relación con este tributo es la previsión contenida en la disposición adicional segunda de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (*BOE* de 31 de agosto). Este precepto establece una *exención subjetiva para la corporación RTVE* y sus sociedades filiales prestadoras del servicio público de radio y televisión de titularidad estatal en relación con cualquier tributo local para todas las transmisiones patrimoniales derivadas de modo directo o indirecto de la aplicación de la citada norma. La redacción de la norma podría acoger la posibilidad de que esta exención se extendiera al IIVTNU al considerarse como presupuesto para la realización del hecho imponible —la alteración patrimonial referida en el art. 104 del TRLHL—, *inter alia*, la previa transmisión del derecho de propiedad. En nuestra opinión, aunque la naturaleza del propio impuesto es discutida, creemos que podría acogerse la aplicación de esta exención en el ámbito del IIVTNU dada la amplitud con que la norma define su ámbito de aplicación. De ser así las cosas, debe destacarse que, al encontrarnos ante un supuesto de exención, el periodo de generación a efectos de posteriores transmisiones de los terrenos se comenzaría a computar desde el momento en que tuvo lugar la transmisión exenta, frente a lo que sucedería de haberse configurado el supuesto como de no sujeción, de modo similar a lo que sucede en los casos de fusiones y otras operaciones de reorganización empresarial o en la extinción del condominio (al respecto, véase la contestación a consulta vinculante de la DGT V0829-09, de 17 de abril). Por último, hemos de señalar que, en relación con este precepto, la propia norma excluye la posibilidad de que los municipios sean compensados por la pérdida recaudatoria conforme a lo previsto en el art. 9.2 TRLHL.

Ha de reseñarse, por otro lado, la *STC de 18 de mayo de 2009* (STC 115/2009). En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional inadmite una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia sobre la compatibilidad de la previsión contenida en el art. 108.6 de la LHL de 1988 (sujeción y no

exención en el IIVTNU de las transmisiones derivadas de expropiación forzosa) con los arts. 31.1 y 33.3 de la CE. El Tribunal acuerda inadmitir la cuestión por no superar el juicio de relevancia al no considerarse que el juicio de validez de esta norma determinara la resolución del caso enjuiciado por el tribunal *a quo*. Sobre esta sentencia puede consultarse el comentario elaborado por M. M. SERRALLONGA Y SIVILLA, «Plusvalías obtenidas como consecuencia de expropiación forzosa: cuestión de inconstitucionalidad del art. 108 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales», *La administración práctica: Enciclopedia de la administración municipal*, núm. 9, 2009, pp. 861-862.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha resuelto en su *Sentencia de 26 de febrero de 2009* (rec. 63/2007) un recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el Ayuntamiento de Benidorm acerca de la consideración como terrenos de naturaleza urbana a efectos de su sujeción al IIVTNU de los «suelos clasificados de urbanizables programados, en un Plan General de Ordenación Urbana, aunque no tengan aprobado el plan parcial». El Tribunal Supremo desestima el recurso al considerar que la doctrina emanada de la sentencia objeto de recurso por la que se negaba la sujeción de la transmisión de dichos suelos al IIVTNU fuera gravemente dañosa para el interés general.

De la actividad de los tribunales inferiores en relación con el IIVTNU merece destacarse la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 28 de julio de 2009 (rec. 77/2006). En el supuesto planteado una sociedad lleva a cabo una escisión parcial, acogándose al régimen especial de las reorganizaciones societarias regulado actualmente en el capítulo VIII del Título VII del TRLIS, siendo, por tanto, de aplicación la regla contenida en la disposición adicional segunda de tal norma. El Tribunal estima que no puede hablarse de escisión parcial en el sentido apuntado en el actual art. 83 del TRLIS en la medida en que el traspaso patrimonial que se produce con la realización de la operación no puede ser calificado como una transmisión de una rama de actividad, al componerse únicamente de unas fincas que, obviamente, no pueden ser calificadas como una unidad económica desde el punto de vista funcional u organizacional, confirmando, por tanto, la liquidación del impuesto.

Cierto interés tiene también la contestación de la DGT a consulta vinculante V1249-09, de 26 de junio, en que, además de otros aspectos relativos a esta figura, se analiza la posible sujeción al IIVTNU de la transmisión de los derechos de aprovechamiento urbanístico previamente a que se haya llegado a la fase de ejecución. Aclara la DGT que, en tanto en cuanto no se produzca una transmisión del derecho de propiedad sobre los terrenos de naturaleza urbana, la transmisión de dicho derecho no puede encontrarse sujeta al IIVTNU, a diferencia de lo que sucedería en la fase de ejecución en que la transmisión de las unidades de ejecución sí conlleva la transmisión del derecho de propiedad sobre los citados terrenos.

No podemos dejar de hacer referencia a la firma el pasado 6 de octubre de un *convenio marco de colaboración entre la FEMP y el Consejo General del Notariado* a través del cual previsiblemente se produzca un incremento de eficiencia en la gestión de este tributo. El objetivo del convenio es reforzar la colaboración entre notarios y ayuntamientos

mediante el empleo de un sistema informático que permitirá la obtención del borrador de autoliquidación del IIVTNU por parte del notario y facilitará a los municipios el acceso a la información adicional de relevancia tributaria incluida en las escrituras, lo cual también afectará a otros tributos municipales, en especial en materia de IBI.

Para concluir con las novedades acaecidas en el ámbito del IIVTNU, deben señalarse las siguientes aportaciones doctrinales: F. GARCÍA-FRESNEDA GEA, «El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y el principio de capacidad de pago», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 144, 2009, pp. 971-1001, y J. CALVO VÉRGEZ, «La incidencia del elemento temporal en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana: análisis del periodo de generación de la plusvalía y de devengo del tributo», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2, 2009, pp. 203-217.

### 1.2. Tasas

En lo que se refiere a las *tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público*, hemos de reseñar, en primer lugar, la STS de 22 de enero de 2009 (rec. 6612/2004), que desestima el recurso de casación interpuesto por una empresa comercializadora de energía eléctrica contra la sentencia que confirmaba la Ordenanza reguladora por la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del *subsuelo, suelo o vuelo de la vía pública local* (popularmente conocida como la tasa del 1,5 por 100).

En primer lugar, se analiza la legalidad del *efecto retroactivo* de la norma impugnada. El Alto Tribunal entiende que dicha retroactividad es admisible, puesto que es consecuencia de una previsión legal y, además, cumple con los requisitos que en su día estableció el Tribunal Constitucional (por todas, *vid.* STC 182/1997) para considerar aceptable el efecto retroactivo medio o impropio en el ámbito tributario, salvaguardándose así, por tanto, el principio de seguridad jurídica garantizado en el art. 9.3 CE. A renglón seguido, una vez más, el Tribunal Supremo recuerda que las empresas comercializadoras realizan el hecho imponible de esta controvertida tasa aun no siendo las titulares de las redes a través de las cuales se realiza el suministro eléctrico. Asimismo, niega la pretensión de la actora de que se considere la tasa recurrida «materialmente como un impuesto», puesto que el hecho imponible de la misma exige el aprovechamiento efectivo del dominio público por parte del sujeto pasivo. Por último, el Tribunal Supremo rechaza igualmente que el tributo impugnado sea *incompatible con el art. 33 de la Directiva 77/388/CE*, de 17 de mayo, sexta Directiva, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativos a los impuestos sobre el volumen de negocios. En un sentido similar al caso expuesto se han pronunciado las sucesivas SSTS de 22 de enero, 26 de marzo y 7 de mayo de 2009 (recs. 8255/2004; 6883/2004 y 6902/2004, respectivamente).

A propósito de la *cuantificación* de esta misma tasa por la utilización del vuelo, suelo y subsuelo del dominio público local, la STS de 16 de febrero de 2009 (rec. 5082/2005)

ha desestimado el recurso de casación interpuesto por una empresa de telefonía móvil contra la sentencia que confirmó la legalidad de la tasa citada.

En el presente caso, el principal argumento de la recurrente se articulaba en torno a la pretendida invalidez de la fórmula de cálculo de la cuantía de la tasa por estar basada en premisas, a su juicio, carentes de justificación. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que la parte recurrente no ha asumido la carga de probar que la memoria económica que acompañaba a la creación de la tasa adolecía de defectos tales que conllevaran su ilegalidad. Por tanto, desestima el recurso interpuesto.

Por otro lado, cumple que nos refiramos a la STS de 12 de febrero de 2009 (rec. 6385/2006) que desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que confirmaba una tasa local sobre los *cajeros automáticos* accesibles desde la vía pública (polémica cuestión que hemos tratado en las ediciones anteriores).

En este caso, el litigio se centra en determinar si existe un aprovechamiento especial del dominio público local en el servicio de cajeros electrónicos situados en las fachadas de las sucursales bancarias. El Tribunal Supremo sopesa las dos soluciones distintas que han dispensado los Tribunales Superiores de Justicia: para algunos no existe tal aprovechamiento especial, puesto que se trata de un uso de la vía pública asimilable al del resto de transeúntes; para otros, por el contrario, aunque el cajero se encuentre dentro de la entidad bancaria, es utilizado desde fuera de él, lo que sí constituye un aprovechamiento especial del dominio público local. El Tribunal Supremo se inclina por esta segunda posibilidad, argumentando que los cajeros automáticos comportan una utilización *del* dominio público y no *desde* el mismo, como ocurre en el caso de los escaparates y vitrinas. Esta misma doctrina se reiteró en la STS de 22 de octubre de 2009 (rec. 32/2008).

Igualmente, se ha de resaltar la STS de 9 de julio de 2009 (rec. 6301/2003), que desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra la sentencia que anuló la ordenanza reguladora de la *tasa* por utilización privativa o aprovechamiento especial de la vía pública por *pasos, badenes o entradas de vehículos* a través de aceras o calzadas.

La cuestión litigiosa se centra en la cuantía establecida para la llamada categoría especial, de aplicación a los grandes almacenes con aparcamiento en explotación. A diferencia de lo que ocurría con el resto de tarifas, la Ordenanza se limitaba a establecer la cuantía de la categoría especial sin que mediara ningún tipo de justificación. Esta *total ausencia de fundamentación* es la que lleva al Tribunal Supremo a confirmar la ilegalidad de la tarifa impugnada y, en consecuencia, a desestimar el recurso. En el mismo sentido, se pronunció la STS de 9 de julio de 2009 (rec. 3940/2003).

Asimismo, interesa destacar la STS de 5 de febrero de 2009 (rec. 2561/2006), que desestima el recurso de casación interpuesto por un particular contra la sentencia que confirmaba la legalidad de una *tasa por tránsito de ganado*.

La resolución del presente caso versaba en dilucidar si la mencionada tasa por tránsito de ganado por la *vías públicas locales* vulneraba la prohibición de exigir tasas por

la «limpieza de la vía pública» que establece el art. 21.1.e) TRLHL. En este sentido, el Tribunal Supremo entiende como válida la interpretación realizada por la sentencia recurrida, en la que se sostuvo que lo contenido en el art. 21.1.e) TRLHL se refiere al uso normal de las calles que integran el casco urbano, mientras que la tasa impugnada se refiere a un uso especial de los caminos y veredas por lo que discurre el ganado, con apoyo, por cierto, en lo dispuesto en el art. 20.3.p) TRLHL. En consecuencia, desestima el recurso planteado.

En cuanto a las novedades doctrinales referidas a esta materia, pueden citarse el estudio general elaborado por P. CHICO DE LA CÁMARA, «La Tasa: cuestiones problemáticas», *Tributos Locales*, núm. 86, 2009, pp. 11-30; y el trabajo más específico de J. LÓPEZ LEÓN, «El funcionamiento de los mercados de electricidad, gas y telecomunicaciones y sus implicaciones en la liquidación definitiva de la tasa del 1,5 por 100», *Tributos Locales*, núm. 89, 2009, pp. 43-62.

En lo que se refiere a *las tasas por la prestación de servicios o realización de actividades públicas*, la novedad normativa más relevante ha sido, por su notoriedad, la aprobación de la *Tasa por Prestación del Servicio de Gestión de Residuos Urbanos* por parte del Ayuntamiento de Madrid.

Este nuevo tributo local ha sido criticado en algunas instancias, tanto por lo que tiene que ver con la oportunidad política de su establecimiento, como por la configuración jurídica de la tasa en cuestión, muy especialmente lo que se refiere al cálculo de su cuantía y al alcance de su hecho imponible.

En este sentido, la STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2009 (rec. 120/08), ha desestimado uno de los primeros recursos contencioso administrativos interpuestos contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Madrid por el que se aprobó la nueva tasa.

En síntesis, el principal argumento de la recurrente se funda en que se vulnera el principio de equivalencia, propio de las tasas, al basarse principalmente la cuota tributaria en el valor catastral de los inmuebles. A este respecto, la Sala recuerda que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, la equivalencia no ha de darse entre el coste del servicio *concreto* que se preste a cada particular, sino respecto del coste real o previsible del servicio o actividad *en su conjunto*. Asimismo, el hecho que se haya tenido en cuenta la capacidad económica de los contribuyentes, a juicio de la Sala, no convierte a la impugnada tasa en un impuesto, sino que se trata de una opción legítima del ayuntamiento, tal y como ha sostenido en varias ocasiones el Tribunal Supremo. En este mismo sentido, se rechaza la pretensión de la recurrente de que el uso del valor catastral para la cuantificación del tributo suponga una vulneración del art. 14 CE, toda vez que, en el ámbito tributario, la igualdad se encuentra unida indisolublemente a la capacidad económica (art. 31 CE), con lo que la asignación de distintas cuotas en función del valor de los inmuebles no puede considerarse como una discriminación arbitraria o injusta. En virtud de lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso interpuesto.

Asimismo, sobre esta controvertida tasa, se ha pronunciado la STSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2009 (rec. 274/09), desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto frente al mencionado Acuerdo del Ayuntamiento de Madrid.

En esta ocasión, la actora pretendía la anulación de la tasa al entender que la *memoria económica-financiera* correspondiente era incompleta e injustificada. Por el contrario, la Sala entendió que tanto lo que se refiere a la previsión de los costes directos e indirectos, como lo tocante al cálculo de los ingresos esperados, se ha realizado de forma adecuada y legítima y, en consecuencia, ha de entenderse que la tasa ha sido aprobada conforme a Derecho.

De igual modo, la doctrina especializada se ha encargado de analizar esta novedosa tasa. Así, puede verse el artículo de B. GARCÍA CARRETERO, «La nueva tasa por prestación del servicio de gestión de residuos urbanos del Ayuntamiento de Madrid», *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2009, pp. 13-31.

Por otro lado, abandonando la citada tasa madrileña, cumple que demos cuenta de la STS de 7 de febrero de 2009 (rec. 4290/2005), desestimatoria del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Segovia contra la sentencia que anuló varias tasas recogidas en las ordenanzas municipales.

La relevancia de este pronunciamiento judicial reside en que, frente a la pretensión de la recurrente, el Alto Tribunal aclara que tanto los «informes técnico-económicos» a los que se refiere el art. 25 TRLHL, como la «memoria económico financiera» mencionada en el art. 20 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, son documentos de contenido y requisitos análogos, cuyo objeto es, en ambos casos, justificar adecuadamente la necesidad y la cuantía de la tasa a la que acompañan.

De igual modo, cabe destacar la STS de 30 de marzo de 2009 (rec. 7147/2005), desestimatoria del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra la sentencia que declaró nulos ciertos extremos de la Tasa por Prestación de Servicios de *Otorgamiento de Licencias Urbanísticas*.

En particular, la sentencia de instancia había estimado que, en referencia a la cuantificación de la tasa, había de sustituirse la expresión «presupuesto de contrata» por la de «presupuesto de ejecución material», a fin de acomodar la base imponible del tributo al coste real y efectivo de la obra. El Tribunal Supremo ratifica la decisión del órgano *a quo*, recordando su reiterada doctrina en virtud de la cual la base imponible de las tasas devengadas por la obtención de licencias urbanísticas debe limitarse al valor del coste de la obra realizada, de forma que han de quedar fuera de la cuantificación aspectos tales como los honorarios de los profesionales que intervienen en su elaboración, así como el beneficio industrial del contratista. En consecuencia, el Alto Tribunal desestima el recurso, confirmando la sentencia de instancia.

En lo que se refiere al ámbito de las *diputaciones provinciales*, merece ser destacada la STS de 5 de febrero de 2009 (rec. 6213/2005), desestimatoria del recurso de casación

formulado contra la sentencia que anuló parte de la ordenanza reguladora de la tasa por publicación de anuncios y edictos en el *Boletín Oficial de la Provincia*.

En el presente caso, la sentencia de instancia acogió los planteamientos del abogado del Estado que pretendía, en contra de lo previsto expresamente en la ordenanza impugnada, la exención del pago de la tasa para la publicación de anuncios correspondientes a procedimientos sancionadores con imposición de multas incoados por la Administración. El Tribunal Supremo confirma la decisión del órgano *a quo*, razonando, como ya había sostenido en ocasiones anteriores, que la inserción de edictos correspondientes al procedimiento sancionador se lleva a cabo para satisfacer un «interés público general», de modo que no se puede mantener que existan «sujetos pasivos especialmente interesados o beneficiados por el servicio de publicación» (FD 3). En consecuencia, se desestimó el recurso de casación interpuesto.

En lo que se refiere a las novedades doctrinales, se ha de destacar en primer lugar el muy interesante trabajo de A. BAEZ MORENO, «Las tasas y los criterios de justicia en los ingresos públicos: una depuración adicional del ámbito de aplicación del principio de capacidad contributiva», *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, núm. 144, 2009, pp. 953-969, en el que se aborda la siempre polémica cuestión de la aplicación del principio de capacidad económica a las tasas.

Asimismo, respecto de las tasas locales por licencias urbanísticas a las que hemos hecho referencia anteriormente, cumple dar noticia de la publicación del trabajo de M. RUIZ GARIJO, «Las tasas locales por licencias urbanísticas: un ejemplo más de la extraordinaria flexibilidad del principio de reserva de ley en las tasas», *Tributos Locales*, núm. 91, 2009, pp. 71-86.

### 1.3. Contribuciones especiales

Entre los pronunciamientos judiciales recaídos sobre esta materia, merece nuestra atención la STSJ de Aragón de 20 de abril de 2009 (rec. 422/2007), que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por un particular contra un acuerdo municipal de imposición de contribuciones especiales.

En particular, se trataba de una contribución especial impuesta a los propietarios de las fincas colindantes a un camino en el que se habían acometido determinadas obras. La recurrente pretendía que los costes de las obras se repartieran entre todos los propietarios de la unidad de acción correspondiente y no sólo por los titulares de los fundos que lindaban con el vial. Esta pretensión fue rechazada por la Sala, fundándose en que se ha de distinguir entre las *cuotas de urbanización*, que se refieren a las actuaciones urbanísticas realizadas en ejecución del Planeamiento aprobado; y las contribuciones especiales, que sirven para financiar parte de las obras públicas municipales «propias de la actividad ordinaria de los ayuntamientos» (FD 5). Toda vez que entiende el Tribunal que nos encontramos en este segundo caso, rechaza las pretensiones de la recurrente y confirma la legalidad del tributo exigido.

Asimismo, debemos reseñar la STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2009 (rec. 128/2008), que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Lleida contra la sentencia que anuló varias liquidaciones de contribuciones especiales municipales, exigidas a consecuencia de las obras de remodelación de un eje comercial.

Del fondo del asunto cabe destacar, en primer lugar, que la Sala, a diferencia de lo que hizo el órgano *a quo*, entiende que el ayuntamiento llevó a cabo una adecuada *ponderación* de la relación entre el *interés general* y el *beneficio especial*, con lo que el porcentaje del coste de la obra exigido a los sujetos pasivos es adecuado. En el mismo sentido, entiende el Tribunal que la técnica de motivación *in aliunde* utilizada en el presente caso es conforme a Derecho, puesto que en ningún momento ha generado indefensión a los contribuyentes. En consecuencia, estima el recurso presentado, revocando la sentencia de instancia y confirmando las liquidaciones practicadas.

Una cuestión similar ha sido resuelta por la STSJ de Andalucía (Granada) de 29 de junio de 2009 (rec. 4268/2001), que desestima el recurso interpuesto contra la imposición de una contribución especial exigida por la reparación de un camino rural.

En este caso, la solución de la controversia estriba en dilucidar si la reparación de un vial público supone un beneficio especial para algunos sujetos o si, por el contrario, en tanto que puede ser utilizado por toda la ciudadanía, sólo existe un beneficio para toda la comunidad entendida como un conjunto. Recordando la doctrina jurisprudencial existente, la Sala resuelve que en estos casos sí puede apreciarse un beneficio especial para las fincas colindantes y, en consecuencia, se cumple el hecho imponible generador de las contribuciones especiales.

Por último, en relación con estas cuestiones, podemos reseñar el artículo de J. ROUINET MOSCARDÓ «Contribuciones especiales. Exigencia de un beneficio especial para los sujetos pasivos», *Diario La Ley*, núm. 7.300, 10 de diciembre de 2009.

## 2. Otros ingresos

En lo que se refiere a las novedades legislativas que afectan a la materia, se ha de destacar la aprobación del *Real Decreto-Ley 13/2009*, de 26 de octubre (*BOE* de 27 de octubre), por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local (el Fondo), que viene a continuar la transferencia de recursos por parte del Estado a las entidades locales que comenzara el Fondo Estatal de Inversión Local (FEIL), del que dimos cuenta en el informe del año 2008.

Este Fondo, dotado con 5.000 millones de euros y que gestionará el Ministerio de Política Territorial a través de la Dirección General de Cooperación Local, financiará inversiones de ejecución inmediata por parte de las corporaciones locales, prioritariamente proyectos de desarrollo sostenible en sus vertientes medioambiental y de apoyo a la innovación económica y social.

Al igual que ocurriera con el FEIL, los proyectos que se presenten para ser sufragados por este Fondo han de ser de nueva planificación y habrán de ser tramitados en un plazo máximo de tres meses. Asimismo, el criterio determinante para la asignación de los fondos será, de nuevo, la población de los municipios. A diferencia del FEIL, y teniendo en cuenta la precaria situación financiera de no pocos municipios, el Fondo financiará ciertos gastos corrientes, hasta un máximo del 20 por 100 del total, referidos a la educación, servicios de atención a las personas en dependencia y los derivados de las prestaciones de servicios sociales y de promoción y reinserción social.

En cuanto a la aplicación real y efectiva de este Fondo, finalizado ya el plazo concedido, 8.105 municipios españoles registraron 30.593 proyectos, con un presupuesto de 4.987 millones de euros. Hasta la fecha (marzo de 2010), de los anteriores, el Ministerio de Política Territorial ha autorizado 28.513 (un 93,2 por 100), cuyo importe total asciende a 4.722,3 millones de euros.

Asimismo, en lo que se refiere a la *participación de las entidades locales en los tributos del Estado*, se ha de resaltar la Resolución de 3 de abril de 2009, de la Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y con las entidades locales, por la que se desarrolla la información a suministrar por las corporaciones locales relativa al esfuerzo fiscal y su comprobación en las Delegaciones de Economía y Hacienda (BOE de 14 de abril).

En el ámbito jurisprudencial, debe realizarse una reseña de la STS de 8 de mayo de 2009 (rec. 3579/2003), desestimatoria del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Fuenlabrada contra la sentencia que desestimó su recurso frente a la liquidación definitiva de la *participación* de dicho municipio *en los tributos del Estado* (ejercicios 1998 y 1999).

En la línea de anteriores pronunciamientos, de los que dimos noticia el año pasado, el Alto Tribunal entiende que la liquidación llevada a cabo por la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales, en la cual se tenía en cuenta el censo del año anterior al que se liquidaba, era, en contra de lo pretendido por los recurrentes, ajustado a Derecho.

#### IV. PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS EN EL ÁMBITO LOCAL

En el ámbito de la inspección de los tributos locales han de reseñarse dos trabajos publicados en 2009 en que se abordan los problemas de las fórmulas de colaboración y delegación en el marco del IBI y del IAE: C. LÓPEZ GARCÍA, «La colaboración municipal en la inspección catastral del Impuesto sobre Bienes Inmuebles», *Tributos Locales*, núm. 89, 2009, pp. 63-88; y M. Á. GARCÍA VALDERREY, «La delegación de la inspección del Impuesto sobre Actividades Económicas», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 21, 2009, pp. 3192-3199.

En relación con la gestión tributaria local en sentido estricto hemos de hacer referencia a la *STS de 10 de septiembre de 2009* (rec. 922/2003). El caso analizado por el Alto Tribunal se sustentaba en torno a si la solicitud de una exención en el IBI había de presentarse ante los órganos de gestión catastral o ante los órganos de gestión tributaria municipal. El Tribunal Supremo, como no podía ser de otra manera, afirma que la solicitud de exención en el IBI forma parte de la gestión tributaria del impuesto, de modo que dicha solicitud únicamente podía presentarse ante los órganos de gestión tributaria municipal. Dentro de este mismo apartado, hemos de referirnos necesariamente al trabajo de J. I. GOMAR SÁNCHEZ, «La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de notificaciones: aspectos aplicables al ámbito administrativo y tributario», *Tributos Locales*, núm. 86, 2009, pp. 77-96; en el cual se analiza el siempre interesante problema relativo a las notificaciones tributarias en el ámbito local desde una perspectiva constitucional.

Debe destacarse en el ámbito de la recaudación de los tributos locales, la *STS de 24 de septiembre de 2009* (rec. 8665/2003). El fondo del asunto examinado por el Tribunal Supremo radicaba en la posibilidad de que dentro de una delegación de las funciones de gestión y recaudación de los tributos municipales de un ayuntamiento a la diputación provincial se incluyera también la potestad para dictar providencias de apremio. El Tribunal Supremo no aprecia vulneración de los arts. 106.3 LRBRL, 7 TRLHL ni del art. 106.2 del Reglamento General de Recaudación de 1990 (RD 1684/1990), ya que la delegación incluía toda la previa gestión liquidatoria de los tributos referidos, de modo que se posibilitaba que «el ente que tiene atribuida la gestión recaudatoria en periodo voluntario puede certificar la existencia y cuantía de una deuda tributaria, líquida, vencida, exigible y no satisfecha en periodo voluntario».

Igualmente en este mismo ámbito, cierto interés presentan tres resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de abril de 2009 y otra de 19 de octubre de 2009, que tratan un problema al que ya aludimos en números anteriores de este anuario. En las tres primeras resoluciones, la DGRN confirma la denegación de la inscripción de una anotación preventiva de embargo practicada por los órganos de recaudación de un municipio fuera de su territorio en virtud de lo previsto en el art. 8.2 del TRLHL. En la cuarta, por contra, se revoca la denegación de inscripción al realizarse mediante un convenio de delegación de las competencias de recaudación con la diputación provincial.

Para concluir este apartado, hemos de referirnos a la publicación del libro colectivo dirigido por J. CHAMORRO GONZÁLEZ, *Régimen jurídico de los tributos locales. Especial referencia al catastro y a los órganos de revisión locales*, Consejo General del Poder Judicial, Colección Estudios de Derecho Judicial, núm. 126, 2008.

## V. PRESUPUESTOS DE LAS HACIENDAS LOCALES

Entre las novedades legislativas que afectan a este ámbito, se ha de reseñar la aprobación del *Real Decreto-Ley 5/2009*, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes

para facilitar a las entidades locales el *saneamiento de deudas* pendientes de pago con empresas y autónomos (BOE de 25 de abril).

Esta norma intenta paliar la delicada situación económica en la que se encuentran las pequeñas y medianas empresas suministradoras de las entidades locales, ocasionada por el retraso del pago de las deudas pendientes, motivado, a su vez, por la limitada liquidez con que cuentan las haciendas locales.

En este sentido, el Real Decreto-Ley introduce dos grandes medidas que afectarán al ámbito presupuestario local. Por un lado, regula la autorización para concertar una *operación extraordinaria de endeudamiento bancario* a aquellas entidades locales que hubieran liquidado el ejercicio 2008 con remanente de tesorería negativo, o aquellas que tengan obligaciones vencidas y exigibles pendientes de aplicar al presupuesto. Esta autorización está sujeta a dos condiciones. La primera consiste en la necesidad de aprobar un plan de saneamiento que asegure la capacidad de pago para cancelar la operación de crédito en el plazo que se haya comprometido, que no podrá ser superior a seis años. La segunda condición tiene que ver con la necesidad de aplicar los recursos obtenidos por el empréstito a pagar las obligaciones pendientes con empresas y autónomos en el perentorio plazo de un mes.

Este Real Decreto-Ley ha sido desarrollado mediante Resolución de 5 de mayo de 2009, de la Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales (BOE de 13 de mayo), en la que se establece el procedimiento y la información a suministrar por las entidades locales que se acojan a lo dispuesto en el Título I de dicha norma.

La otra medida relevante introducida por la norma tiene que ver con la puesta en funcionamiento de una *línea de avales*, por parte del Instituto de Crédito Oficial, que garantice los impagos de facturas endosadas por las empresas y autónomos correspondientes a obras y servicios prestados a entidades locales. En cualquier caso, se ha de tener presente que los impagos garantizados no podrán superar el 25 por 100 de la cantidad que, en el ejercicio 2009, corresponda a cada entidad local en concepto de entregas a cuenta de su participación en los tributos del Estado.

Asimismo, se ha de reseñar que la disposición adicional 46.<sup>a</sup> de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, ha modificado el art. 53.2 del TRLHL, de forma que, con carácter excepcional y exclusivamente para el año 2010, se elevó del 110 al 125 por 100 el porcentaje establecido a efectos de determinar los supuestos en los que, por su nivel de endeudamiento, las entidades locales deberán solicitar *autorización para concertar operaciones de crédito a largo plazo* a los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda o de la CA respectiva en el caso de que tenga atribuida en su Estatuto de Autonomía competencia en esta materia.

De igual modo, el ámbito presupuestario local se ha visto afectado por la Resolución de 14 de septiembre de 2009, de la Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales (BOE de 29 de septiembre),

por la que se dictan medidas para el desarrollo de la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las Entidades Locales, de la cual dimos noticia el año pasado.

En cuanto a la jurisprudencia recaída sobre la materia, cumple resaltar la STS de 6 de mayo de 2009 (rec. 5163/2006), parcialmente estimatoria de un recurso de casación interpuesto por un municipio salmantino contra la SAN que desestimó su recurso frente a la denegación de una solicitud del *1 por 100 cultural* generado por obra pública.

En este caso, el Tribunal Supremo aclara que, si bien del art. 68 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, no se deriva directamente un derecho subjetivo de los ayuntamientos afectados por las obras públicas a percibir el 1 por 100 de los fondos destinados a su financiación; no es menos cierto que a dichas entidades locales sí les asiste el derecho a que sus peticiones sean evaluadas por la Comisión Mixta correspondiente, evaluación que, en el presente caso, nunca se llevó a cabo. En consecuencia, el Tribunal Supremo estimó el recurso, ordenando que se retrotrajeran las actuaciones para que la petición del recurrente sea estudiada por el órgano competente. En este mismo sentido, se ha pronunciado, entre otras, la STS de 22 de octubre de 2009 (rec. 2079/2007).

# Medio ambiente urbano

Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo*  
*Universidad Autónoma de Madrid*

**Palabras clave:** medio ambiente; entes locales; ruido; telefonía móvil.

**Key words:** environment; local governments; noise; mobile telephony.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. INSTRUMENTOS DE PROGRAMACIÓN Y PLANIFICACIÓN E INSTRUMENTOS FINANCIEROS Y AYUDAS (ÁMBITOS COMUNITARIO, ESTATAL, AUTONÓMICO Y LOCAL).—II. NORMATIVA COMUNITARIA.—III. NORMATIVA ESTATAL.—IV. NORMATIVA AUTONÓMICA.—V. NORMATIVA MUNICIPAL.—VI. JURISPRUDENCIA.—1. Presentación.—2. Sentencias en materia de contaminación acústica.—2.1. *Condena por delito contra el medio ambiente (art. 325 CP) por emisión de ruidos.*—2.2. *Vulneración de los derechos fundamentales a la vida privada, integridad física y moral, intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio por contaminación acústica.*—3. Método para la financiación de los costes de la operación de eliminación de los residuos urbanos, en aplicación del principio de «quien contamina paga». Es ajustado al ordenamiento comunitario el establecimiento de una tasa calculada sobre la base de una evaluación del volumen de residuos generado y no sobre la base de la cantidad de residuos realmente generada y entregada para su recogida.—4. Sentencias en materia de telefonía móvil. Sentencias que analiza la legalidad en concreto de las determinaciones que se incluyen en las normas municipales en materia de telefonía móvil.—4.1. *Exigencia de un Plan Técnico previo para la autorización de antenas de telefonía móvil.*—4.2. *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. El caso de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona.*—VII. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

## I. INTRODUCCIÓN. INSTRUMENTOS DE PROGRAMACIÓN Y PLANIFICACIÓN E INSTRUMENTOS FINANCIEROS Y AYUDAS (ÁMBITOS COMUNITARIO, ESTATAL, AUTONÓMICO Y LOCAL)

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

instrumentos 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 horizontabilidad o transversalidad. Con este objetivo de integración de las exigencias ambientales en todas las políticas, se utilizan diversos instrumentos, entre ellos ha de destacarse, además de los documentos de programación y planificación (estrategias, bases políticas, directrices, programas y planes), los instrumentos financieros y las ayudas.

La utilización de estos instrumentos para la aplicación de la cláusula de horizontabilidad o transversalidad la encontramos en todos los niveles del ordenamiento jurídico: comunitario, estatal, autonómico y local.

En el año 2009 *en el ámbito comunitario* ha de recogerse la Convocatoria de Propuestas de LIFE+ para 2009 de la Comisión Europea (publicada en el *DOUEC* 111, de 15 de mayo de 2009). El Instrumento Financiero para el Medio Ambiente (LIFE+), fue regulado por el Reglamento CE núm. 614/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007. El objetivo general del Instrumento Financiero LIFE+, de acuerdo con el art. 1 del Reglamento, es contribuir a la aplicación, actualización y desarrollo de la política y legislación comunitaria en materia de medio ambiente, en particular en lo que se refiere a la integración del medio ambiente en las demás políticas y al desarrollo sostenible en la Comunidad. Esta acción 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. LIFE+ respaldará la aplicación del mencionado 6.º PMA y financiará medidas y proyectos con valor añadido europeo en los Estados miembros. Esta convocatoria abarca, en lo que aquí nos interesa, proyectos en el ámbito del «medio ambiente urbano» que contribuyan a mejorar el comportamiento medioambiental de las zonas urbanas europeas y, en el ámbito del «ruido», a proyectos que contribuyan al desarrollo y la aplicación de políticas en materia de ruido ambiental.

En el *ámbito de la Comunidad de Madrid* ha de reseñarse que en el año 2009, la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior dispuso de una línea de ayudas destinadas a financiar actuaciones en zonas verdes y de embellecimiento de espacios urbanos, con las que se realizó 58 actuaciones en 53 municipios de la región. En 2009, el gobierno

regional ha invertido 1,5 millones para sufragar el acondicionamiento y recuperación de parques urbanos y periurbanos, zonas verdes y arbolado.

En lo que respecta al *ámbito local*, ha de indicarse que con fecha de 19 de enero de 2009 se presentó el *Plan de Calidad del Paisaje Urbano de la Ciudad de Madrid*. Este Plan contiene 128 directrices y 50 recomendaciones, cuyo objetivo es orientar la actuación pública en esta materia, previéndose para ello la progresiva adaptación de once normas municipales, concretamente diez Ordenanzas, Instrucciones y Documentos de Normatización, para lo que se fija un plazo máximo de dos años, así como el Plan General de Ordenación Urbana, con un plazo máximo de cuatro años. En este sentido ha de señalarse que en el inicio del año 2009 ya se aplicaron estas Directrices y Recomendaciones a la nueva Ordenanza de Limpieza de los espacios públicos y gestión de residuos, así como a la Ordenanza de Publicidad Exterior. Dichas Ordenanzas quedan reseñadas en el apartado siguiente de este trabajo.

Además ha de señalarse que el 21 de septiembre de 2009 se aprobó un *Convenio Marco General* de Colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino y el ayuntamiento de Madrid *en el ámbito del saneamiento y la depuración, para la ejecución del Plan Nacional de Calidad de las Aguas, Saneamiento y Depuración 2007-2015*.

## II. NORMATIVA COMUNITARIA

En lo que respecta al Derecho comunitario, ha de resaltarse que en el año 2009 se aprobaron las siguientes normas:

— Reglamento núm. 401/2009, del Consejo y el Parlamento, de 23 de abril, por el que se crea la Agencia Europea del Medio Ambiente y la Red Europea de Información y de Observación sobre el Medio Ambiente.

— Reglamento núm. 1221/2009, del Consejo y Parlamento, de 25 de noviembre, sobre participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), deroga el Reglamento (CE) núm. 761/2001, de 19 de marzo de 2001, y las Decisiones 2001/681/CE, de 7 de septiembre de 2001.

— Directiva 2009/28/CE, del Consejo, de 23 de abril, sobre fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y derogan las Directivas 2001/77/CE, de 27 de septiembre de 2001, y 2003/30/CE, de 8 de mayo de 2003.

— Directiva 2009/29/CE, del Consejo y Parlamento, de 23 de abril, sobre contaminación atmosférica, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE, de 13 de octubre de 2003, para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

### III. NORMATIVA ESTATAL

El año 2009 se destaca por la aprobación de normas reglamentarias en materia de Aguas Continentales, Energía Nuclear, Recursos naturales y Residuos.

En materia de *Aguas Continentales* se han aprobado dos normas: *el Real Decreto 1383/2009, de 28 de agosto, por el que se determina la composición, estructura orgánica y funcionamiento del Consejo Nacional del Agua y el Real Decreto 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro.*

Este último *Real Decreto 1514/2009, de 2 octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro*, incorpora al Derecho español la Directiva 2006/118/CE y los apartados 2.3, 2.4 y 2.5 del anexo V de la Directiva 2000/60/CE, relativos al estado químico de las aguas subterráneas, objeto también de las disposiciones contenidas en el art. 92 ter del Texto Refundido de la Ley de Aguas y en el art. 32 del Reglamento de la Planificación Hidrológica, aprobado mediante el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio. Los objetivos principales del este Reglamento son prevenir o limitar la contaminación de las aguas subterráneas y establecer los criterios y los procedimientos para evaluar su estado químico. Además de las disposiciones relativas al estado químico de las aguas subterráneas, este Real Decreto establece las medidas para determinar e invertir las tendencias significativas y sostenidas al aumento de las concentraciones de contaminantes y para prevenir o limitar las entradas de contaminantes en las aguas subterráneas. La regulación parte del hecho de que las aguas subterráneas constituyen un recurso natural dotado de un significativo valor estratégico, cuya protección reviste especial interés para el mantenimiento de los ecosistemas acuáticos de ellas dependientes y para el abastecimiento de agua potable.

En materia de *Energía Nuclear* se ha aprobado el Real Decreto 1428/2009, de 11 de septiembre, por el que se modifica el Plan Básico de Emergencia Nuclear (PLABEN), aprobado por Real Decreto 1546/2004.

De acuerdo con lo previsto en el párrafo *c)* del art. 3 del Real Decreto 1546/2004, de 25 de junio, el PLABEN podrá modificarse, a propuesta del ministro del Interior, previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear y de la Comisión Nacional de Protección Civil, cuando se considere necesario, a propuesta de las autoridades competentes y organismos concernidos de las Administraciones Públicas, señalados en el Plan Básico, como consecuencia de la experiencia obtenida en la aplicación de los planes exteriores de emergencia nuclear.

El Plan Básico de Emergencia Nuclear (en adelante PLABEN) ha de servir de pauta obligada para los Planes de Emergencia Nuclear del nivel de respuesta exterior correspondientes a las diferentes centrales nucleares, los cuales, como establece la disposición adicional primera del Real Decreto 1546/2004, de 25 de junio, se aprobarán por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previa iniciativa de

sus directores respectivos, previo informe favorable del Consejo de Seguridad Nuclear y de la Comisión Nacional de Protección Civil.

Los Planes de Emergencia Nuclear exteriores a las centrales nucleares de Burgos (PENBU), Cáceres (PENCA), Guadalajara (PENGUA), Tarragona (PENTA) y Valencia (PENVA), adaptados al PLABEN, fueron aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros del día 9 de junio de 2006, sustituyendo así a los vigentes desde el 28 de diciembre de 1990. Por Sentencia de 17 de diciembre de 2008, de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, se estima el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares (AMAC), con lo que se anula el citado Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de junio de 2006 y se reconoce el derecho de la Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares a ser oída en el procedimiento de elaboración de los indicados planes. El origen de la modificación realizada por este Real Decreto 1428/2009, es el trámite de audiencia mantenido con la asociación recurrente, en ejecución de la citada sentencia, fruto del cual se ha considerado oportuno incorporar en el órgano ejecutivo de cada Plan de Emergencia Nuclear exterior a un alcalde elegido de entre los presidentes de las Corporaciones de los municipios establecidos en la Zona I de cada Plan. Por otra parte, desde la aprobación de los Planes de Emergencia Nuclear se han producido variaciones competenciales derivadas de la modificación de algunos de los Estatutos de Autonomía y, en otros casos, novedades organizativas en las Administraciones implicadas que igualmente han hecho necesario introducir cambios en el PLABEN para su futura revisión.

En materia de *Recursos Naturales* se ha aprobado el *Real Decreto 948/2009, de 5 de junio, por el que se determina la composición, las funciones y las normas de funcionamiento del Consejo Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad*.

La Ley 42/2007, de 13 de diciembre de 2007, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, establece el régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, establecido en el art. 45.2 de la Constitución. La Ley crea, en su art. 8, el Consejo Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad, como órgano de participación pública en el ámbito de la conservación y el uso sostenible del patrimonio natural y la biodiversidad y establece que su composición y funciones se determinarán reglamentariamente, previa consulta con las Comunidades Autónomas, garantizándose, en todo caso, la participación de las organizaciones profesionales, científicas, empresariales, sindicales y ecologistas más representativas. Teniendo en cuenta que el uso sostenible del patrimonio natural y biodiversidad se incardina en el ámbito de la protección medioambiental, se dispone en este Reglamento que el Consejo Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad asumirá las funciones atribuidas al Consejo Asesor de Medio Ambiente, regulado en el art. 19 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia

en materia de medio ambiente, en aquellos asuntos que por su especificidad hayan de someterse a su consideración.

En materia de *Residuos*, se han aprobado tres normas: el *Real Decreto 243/2009, de 27 febrero, por el que se regula la vigilancia y control de traslados de residuos radiactivos y combustible nuclear gastado entre Estados miembros o procedentes o con destino al exterior de la Comunidad*; *Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras*, y el *Real Decreto 1304/2009, de 31 julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante el depósito en vertedero*.

El *Real Decreto 243/2009, de 27 febrero, por el que se regula la vigilancia y control de traslados de residuos radiactivos y combustible nuclear gastado entre Estados miembros o procedentes o con destino al exterior de la Comunidad*, incorpora a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2006/117/EURATOM del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativa a la vigilancia y al control de los traslados de residuos radiactivos y combustible nuclear gastado y la Decisión de la Comisión 2008/312/EURATOM, de 5 de marzo, por la que se establece el documento uniforme para la vigilancia y el control de los traslados de residuos radiactivos y combustible gastado.

El *Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras*, tiene por objeto el establecimiento de medidas, procedimientos y orientaciones para prevenir o reducir en la medida de lo posible los efectos adversos que sobre el medio ambiente, en particular sobre las aguas, el aire, el suelo, la fauna, la flora y el paisaje, y los riesgos para la salud humana que puedan producir la investigación y aprovechamiento de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos, y, fundamentalmente, la gestión de los residuos mineros. Será de aplicación a todas las actividades de investigación y aprovechamiento de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos.

Y, por último, en lo que respecta al *Real Decreto 1304/2009, de 31 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante el depósito en vertedero*, ha de señalarse que modifica la regulación contenida en el *Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero* (que incorporaba al ordenamiento jurídico español la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos). Esta modificación tiene como fin principal subsanar algunas deficiencias en la transposición, puestas de manifiesto por la Comisión Europea. Dicha modificación consiste, por una parte, en incluir como requisito previo a la concesión de una autorización para un nuevo vertedero, o para la ampliación o modificación de uno existente, la comprobación, por parte de las autoridades competentes, de que el proyecto de vertedero cumple con todos los requisitos y obligaciones establecidas en el *Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre*, incluidos sus anexos. Y, por otra parte, y al objeto de dar cumplimiento al mandato de la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, que establece que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas

necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma a más tardar el 16 de junio de 2001, se incluye un nuevo apartado en el art. 15 del citado Real Decreto, en virtud del cual será de aplicación a los vertederos que hayan solicitado u obtenido autorización entre el 16 de julio de 2001 y el 30 de enero de 2002.

#### IV. NORMATIVA AUTONÓMICA

En el *ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid*, no hay novedades normativas a reseñar. En lo que concierne a las demás Comunidades Autónomas destacamos las siguientes normas:

Canarias, ha creado la *Agencia Canaria de Desarrollo Sostenible y Cambio Climático*, por *Ley 3/2009, de 24 de abril*.

La Comunidad Autónoma de Baleares ha aprobado dos normas a destacar: la *Ley 2/2009, de 19 de marzo, sobre normas reguladoras de rehabilitación y mejora de barrios de los municipios de las Illes Balears*, y la *Ley 6/2009, de 17 de noviembre, sobre medidas ambientales para impulsar las inversiones y la actividad económica en las Illes Balears*.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha aprobado la *Ley 6/2009, de 17 de diciembre, por la que se crea la Agencia del Agua*.

La Comunidad Autónoma de Castilla y León ha aprobado las siguientes normas: la *Ley 1/2009, de 26 de ebrero, por la que se modifica la Ley 11/2003, de Prevención Ambiental de Castilla y León*; la *Ley 3/2009, de 6 de abril, de Montes*; y la *Ley 5/2009, de 4 de junio, por la que se aprueba las Normas reguladoras del Ruido de Castilla y León*.

Y, por último, ha de destacarse también la *Ley 20/2009, de 4 de diciembre, sobre prevención y control ambiental de las actividades de Cataluña*.

#### V. NORMATIVA MUNICIPAL

En el año 2009, el ayuntamiento de Madrid ha realizado una importante labor normativa. La primera Ordenanza que reseñamos es la *Ordenanza Reguladora de la Publicidad Exterior aprobada por Acuerdo del Pleno de 30 de enero de 2009*, aprobada por Acuerdo del Pleno del ayuntamiento de fecha de 30 de enero de 2009. Esta Ordenanza deroga la Ordenanza de Protección del Paisaje Urbano de 31 de mayo de 2001. Esta ordenanza tiene por objeto la regulación, en el ámbito de las competencias del ayuntamiento de Madrid, de todas aquellas conductas y actividades dirigidas a la limpieza de los espacios públicos y privados, así como la recogida, almacenamiento, transporte, valorización, tratamiento y eliminación de los residuos urbanos o municipales, con el fin de conseguir las condiciones adecuadas de salubridad, bienestar ciudadano, pulcritud y ornato, en orden a la debida protección de la salud de las personas, los espacios públicos y el paisaje urbano, así como del medio ambiente, fomentando actitudes encaminadas

a mantener la ciudad limpia y posibilitar la reducción, reutilización, reciclado y otras formas de valorización de los residuos.

La nueva ordenanza reguladora de la publicidad exterior, además de establecer el régimen aplicable a la actividad publicitaria privada visible desde la vía pública, se constituye como una herramienta que contribuye al desarrollo del paisaje urbano como manifestación formal de una realidad social, cultural e histórica, regulando la actividad privada de publicidad exterior, abarcando la que se lleva a cabo con medios publicitarios tradicionales y la que utiliza los nuevos medios publicitarios tecnológicamente más avanzados. Ante la proliferación de nuevas actuaciones publicitarias de carácter efímero, sin utilización de soportes fijos, se introduce, por primera vez, la posibilidad de autorizarlas de forma individual de acuerdo con el impacto y repercusión que puedan originar en el entorno. Téngase en cuenta que con fecha de 30 de julio de 2009, se aprobaron las Instrucciones para la aplicación de esta Ordenanza Reguladora de Publicidad Exterior (*BO del Ayuntamiento de Madrid* de 3 de agosto de 2009, núm. 5990).

El día 27 de febrero de 2009, por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid se aprobó la norma municipal reguladora de una materia de importancia vital como son los residuos urbanos o municipales. Se trata de la *Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y Gestión de Residuos*. Esta nueva norma deroga el Libro III de la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano.

Esta nueva ordenanza regula el ámbito jurídico de servicios de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos de la ciudad de Madrid, adaptándolo a lo previsto en las leyes estatales y autonómicas, y adecuándolo a la nueva realidad social, con la finalidad de atender, en todo lo posible, las demandas sociales y mejorar el medio ambiente de la Ciudad de Madrid y, en definitiva, la calidad de vida de la ciudadanía. Tiene por objeto establecer, en el marco de la legislación estatal y autonómica, el régimen jurídico de las actividades relativas a la limpieza de los espacios públicos y de la recogida y tratamiento de residuos urbanos y municipales, así como la previsión de un régimen sancionador para las conductas u omisiones que contravengan la propia ordenanza. Esta ordenanza de limpieza de los espacios públicos y gestión de residuos responde a la necesidad de conseguir comportamientos ambientalmente adecuados, obedeciendo toda la regulación a los principios de prevención, minimización, máximo aprovechamiento, responsabilidad del productor, que habrá de asumir los costes de la adecuada gestión de los residuos que genera responsabilidad solidaria, quien contamina paga, y en general todos los principios que deben regir las acciones y servicios a prestar en una ciudad con un objetivo de sostenibilidad como Madrid.

Otra ordenanza de importancia práctica capital es la *Ordenanza por la que se establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades*, aprobada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 29 de junio 2009.

Esta ordenanza diseña un modelo que da entrada a la colaboración privada en el ámbito de la preparación de la solicitud de licencias urbanísticas de actividades, así como en el de la colaboración en el mantenimiento de las condiciones que justificaron el

otorgamiento de la licencia. Las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas se erigen, de esta forma, en una pieza importante y novedosa en el modelo que diseña esta ordenanza. Esta participación de entidades colaboradoras con el objetivo de incrementar la eficacia y la eficiencia del servicio. La nueva Ordenanza define el papel de estas entidades que se encargarán de verificar la suficiencia técnica y documental de cada solicitud, supervisar las obras y realizar el control periódico de las actividades incluidas en su ámbito de aplicación.

Estas entidades se conciben como personas jurídico privadas constituidas para la realización de los cometidos antes señalados, y que deben cumplir con unos rigurosos requisitos establecidos en la ordenanza con el objeto de garantizar tanto el correcto desarrollo de sus funciones (en términos de objetividad, imparcialidad, eficacia, celeridad, transparencia, rigor técnico) como la efectividad de su responsabilidad en el caso de que incurran en los supuestos que la generan en Derecho.

La tarea que se encomienda a las entidades colaboradoras en el procedimiento de otorgamiento de licencia, queda limitada a la colaboración con el solicitante para verificar que la actividad, tal y como se proyecta desarrollar de forma concreta, se ajusta plenamente a la legalidad, de forma tal que sólo podrán tramitarse por el ayuntamiento aquellas solicitudes de licencia que vengan acompañadas del oportuno certificado de conformidad emitido por una entidad colaboradora. De esta forma, la entidad colaboradora realiza una primera o inicial tarea de comprobación del cumplimiento de las exigencias de la legalidad en el proyecto, en la forma en que lo pretende el interesado. Si la entidad colaboradora no emite el certificado de conformidad, que es el instrumento mediante el cual certifica o acredita que, en su criterio técnico, el contenido de lo proyectado se ajusta al ordenamiento urbanístico, el procedimiento administrativo municipal no puede iniciarse. Constituye, por tanto, este certificado un requisito imprescindible para la tramitación del procedimiento, que sigue siendo de Derecho público y de responsabilidad municipal, de forma tal que el ayuntamiento de Madrid mantiene íntegras las potestades de decisión sobre el otorgamiento o denegación de la licencia solicitada.

Ha de resaltarse también que en cumplimiento del Real Decreto 1513/2005, que desarrolla la Ley 37/2003 del Ruido, en el año 2009 se ha elaborado el *Plan de Acción en Materia de Contaminación Acústica de Madrid* junto con la elaboración del *Mapa estratégico del Ruido*.

Para finalizar ha de señalarse que con fecha de 26 de marzo de 2009 se han aprobado las *Instrucciones para Interpretación de la estructura y organización interna del Inventario del Ayuntamiento de Madrid y del Inventario de Vías Públicas y Zonas Verdes*, de 30 de diciembre de 2008 (*BO del Ayuntamiento de Madrid* de 17 de abril de 2009, núm. 5.917).

## VI. JURISPRUDENCIA

### 1. Presentación

En el año 2009 ha de destacarse en materia de residuos municipales una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En lo referente al Tribunal Constitucional, el 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 materia de Ruido.

### 2. Sentencias en materia de contaminación acústica

En esta materia se tratarán sentencias tanto de los Tribunales de la Jurisdicción Penal como de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

#### 2.1. *Condena por delito contra el medio ambiente (art. 325 CP) por emisión de ruidos*

En la jurisprudencia penal se establece un criterio de distinción entre infracción administrativa y delito ecológico, regulado en el art. 325 CP. Dicha distinción deriva de la remisión del Código Penal a las infracciones administrativas en materia medioambiental, de manera que la infracción administrativa opera como un presupuesto de este tipo de delitos. Esta circunstancia lleva a plantear la cuestión de cuándo la conducta queda en infracción, o cuándo alcanza la gravedad de delito. Las sentencias sostienen (de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria) el criterio de la apreciación de la idoneidad y capacidad de la conducta para lesionar gravemente los sistemas naturales. Así en el art. 325 CP, que tipifica el delito contra el medio ambiente, se recoge toda una serie de conductas que, aparte de contravenir la normativa administrativa, deben tener una entidad de tal calibre que como establece literalmente el Código, puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Ello, sin duda, tiene especial relevancia a efectos de la actividad probatoria, pues para imponer una sanción administrativa bastará con demostrar la realización efectiva de la actuación infractora; sin embargo, para la verificación de la comisión de un delito ecológico, será necesario además que esa conducta atente gravemente contra el equilibrio de los recursos naturales o para la salud de las personas y sea susceptible, por tanto, de dañarlos de manera considerable.

Así se aprecia en la *STS núm. 708/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 16 de junio, recurso de casación núm. 1946/2008*, en cuyo FD 3, literalmente afirma: «En el *factum* se dice que el uso del equipo musical del bar “Macumba” ocasiona insomnio a los vecinos, por el ruido que proviene de tal uso; y luego, en el FJ 1 se pone de manifiesto la existencia de un informe pericial en el cual se describen las posibles consecuencias de

semejante ruido, que sin la menor duda deben calificarse de graves (fatiga, depresión y reducción del rendimiento). Como quiera que en el art. 325.1 del CP se castiga a los que contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque ruidos o vibraciones, estableciendo una agravación de la correspondiente pena “si el riesgo grave de perjuicio fuese para la salud de las personas”, y resulta evidente, por todo lo anteriormente expuesto, que, en el presente caso, concurren ambas circunstancias, es patente que el motivo carece de fundamento y que, por tanto, debe ser desestimado».

Téngase en cuenta también en el mismo sentido las *SSTS (Sala de lo Penal)*: núm. 1112/2009, de 16 de noviembre (recurso de casación núm. 599/2009), FD 3; núm. 1307/2009, de 5 de noviembre (recurso de casación núm. 954/2009), FFDD 5 y 6; y núm. 1307/2009, de 5 de noviembre (recurso de casación núm. 954/2009) FFDD 3 y 4.

## 2.2. *Vulneración de los derechos fundamentales a la vida privada, integridad física y moral, 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). Así se recoge en la *STSJ de la Comunidad Foral de Navarra* núm. 307/2009, de 19 de mayo (recurso de apelación núm. 9/2009), FD 3, y en la *STSJ de Castilla y León (Sala de Burgos)*, núm. 244/2009, de 24 de abril, recurso de apelación núm. 39/2009, FD 5. De la misma manera se reconoce de forma implícita en la *STC 141/2009, de 15 de junio*, FJ 7.

## 3. **Método para la financiación de los costes de la operación de eliminación de los residuos urbanos, en aplicación del principio de «quien contamina paga». Es ajustado al ordenamiento comunitario el establecimiento de una tasa calculada sobre la base de una evaluación del volumen de residuos generado y no sobre la base de la cantidad de residuos realmente generada y entregada para su recogida**

La *STJCE (Sala 2.<sup>a</sup>)*, de 16 de julio de 2009, *As. C-254/08*, analiza el art. 15, letra a), de la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos, y, en particular, del principio «quien contamina paga». Y llega a la conclusión de que debe entenderse que este precepto comunitario «no se opone a una normativa nacional que establece, a efectos de la financiación de un servicio de gestión y eliminación de residuos urbanos, una tasa calculada sobre la base de una evaluación del volumen de residuos generado por los usuarios de dicho servicio

y no sobre la base de la cantidad de residuos que realmente han generado y entregado para su recogida. No obstante, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar, basándose en los elementos de hecho y de Derecho que se le han presentado, si la tasa sobre los residuos de que se trata en el litigio principal lleva a imputar a determinados “poseedores”, en el caso de autos los establecimientos hoteleros, unos costes manifiestamente desproporcionados respecto de los volúmenes o de la naturaleza de los residuos que pueden generar» (*vid.* apartado 59).

#### **4. Sentencias en materia de telefonía móvil. Sentencias que analizan la legalidad en concreto de las determinaciones que se incluyen en las normas municipales en materia de telefonía móvil**

Téngase en cuenta que el análisis de los preceptos de las Ordenanzas cuestionadas va a ser realizada por los Tribunales desde la perspectiva 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. Exigencia de un Plan Técnico previo para la autorización de antenas de telefonía móvil*

La *STS de 18 de junio de 1998, recurso de 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.º Garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas.
- 2.º 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 se sitúa la *STS de 17 de noviembre 2009* (recurso de casación núm. 5583/2007), FD 3.

4.2. *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. El caso de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona*

Es una realidad que en la normativa municipal reguladora del establecimiento de estaciones base de telefonía móvil prolifere la introducción de normas que imponen niveles máximos de emisión radio-eléctrica o fijan distancias mínimas de situación de las estaciones.

La jurisprudencia asentada en esta materia viene estableciendo que la regulación referida a la fijación de niveles máximos de emisión radio-eléctrica es una 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.

Se desvincula totalmente de esta jurisprudencia mayoritaria la *STS de 17 de noviembre de 2009* (recurso de casación núm. 5583/2007, FFDD 7 y 8), que analiza la legalidad de la modificación parcial de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona, de 17 de octubre de 2003. Esta norma municipal recoge los siguientes preceptos:

«91.3.d): En el desplazamiento urbano de las instalaciones de radiocomunicación se aplicará adicionalmente el “principio de evitación prudente”, que consiste en tomar medidas simples, fáciles y de bajo coste a fin de evitar la exposición innecesaria y siempre en ausencia de un riesgo demostrable. Por tanto, además de cumplir las directrices y estándares establecidos se elegirán las acciones que suponen menor exposición en radiofrecuencias.

96.4): Los titulares de las licencias procederán periódicamente a la medición del campo electromagnético en el entorno de las instalaciones. El ayuntamiento podrá requerir la realización de las mediciones citadas y subsidiariamente realizarlas a través de sus servicios técnicos.

91.7): El ayuntamiento promoverá y gestionará un sistema de control remoto de los niveles de emisión de las antenas sectoriales de telefonía móvil instaladas en la ciudad de Barcelona que garantice la comprobación continua e ininterrumpida por la Administración municipal del funcionamiento de los elementos radiantes de estas instalaciones bajo los parámetros ambientales y prevención del riesgo para la salud de las personas previstos en la normativa de aplicación. Los costos de diseño, mantenimiento e instalación de este sistema repercutirán sobre los operadores en proporción al número de estaciones base que se disponen en la ciudad de Barcelona. Una vez haya sido aprobado por el órgano competente el modelo técnico de implantación del sistema de control remoto de este sistema y se haya formulado el correspondiente proyecto de desarrollo, la asunción de los gastos mencionados por cada operadora será condición *sine qua non* para el otorgamiento

de las licencias municipales para el establecimiento de elementos de telefonía móvil por radiocomunicación».

Ante ello, el Alto Tribunal determina que la regulación del ayuntamiento de Barcelona se ajusta a la legalidad, *admitiendo que pueda establecer normas adicionales de protección en esta materia*. El razonamiento que recoge la sentencia es el que sigue: «el riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad [...]. Por ello, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos. El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer *medidas adicionales de protección* en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles —colegios, hospitales, parques y jardines públicos—, estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas».

En lo que respecta a la fijación de distancias mínimas de situación de las estaciones, en la jurisprudencia se encuentran pronunciamientos judiciales contradictorios en cuanto a la consideración de la fijación de distancias como una cuestión urbanística o medio-ambiental. Sólo en el primer caso se entiende ajustada a derecho la fijación de distancias mínimas y, siempre que la medida no se pueda considerar desproporcionada. En esta línea, la *STS de 6 de octubre de 2009* (recurso de casación núm. 2542/2005), FD 2, considera contraria al ordenamiento jurídico la determinación del planeamiento urbanístico municipal que establece una prohibición general para instalar antenas de telefonía móvil en todo el término municipal, salvo en un concreto paraje. Señala la sentencia que «...por señalar una exclusiva ubicación a dichas instalaciones... no está justificada por resultar desproporcionada y más perjudicial para el medio y la salud al tener que incrementarse la potencia de emisión con un empeoramiento e incluso pérdida del servicio, sin que tal decisión por ser contraria al ordenamiento jurídico, pueda ampararse en el principio de igualdad».

## VII. NOTA BIBLIOGRÁFICA

En lo que se refiere a las monografías publicadas en el año 2009, ha de tenerse en cuenta, el libro *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, vol. 6 (*Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente*), coordinado por T. CANO CAMPOS, del que destacamos, los trabajos de B. LOZANO CUTANDA: «Las técnicas horizontales de protección del medio ambiente» y «Las técnicas de ordenación, limitación y control en materia ambiental», y el trabajo de T. CANO CAMPOS: «La disciplina ambiental: inspección, restablecimiento de la legalidad y sanciones».

En lo concerniente a las revistas, además de tenerse en cuenta las revistas especializadas en medio ambiente, han de tenerse en cuenta, los artículos siguientes:

- BAUTISTA ROMERO, J. J.: «El sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente», *Medio Ambiente y Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 18, 2009.
- CREMADES GARCÍA, P.: «Respuesta jurídica al ruido y la responsabilidad civil derivada del mismo», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, núm. 4 (ejemplar dedicado a: Protección del medio ambiente), 2009.
- DE MADARIA RUVIRA, J.: «La protección penal del medio ambiente. Breve análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2008», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, núm. 4 (ejemplar dedicado a: Protección del medio ambiente), 2009.
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G.: «Las conexiones entre urbanismo, vivienda y medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 38 (ejemplar dedicado a: Dret a l'habitatge, urbanisme i cohesió social), 2009.
- MOLINA GIMENO, F. J.: «Evolución jurisprudencial del delito y la falta de lesiones como resultado material del delito contra el medio ambiente en la modalidad de contaminación acústica», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 15, 2009.
- PÉREZ FERRER, F.: «Derecho penal *versus* cambio climático: los delitos contra el medio ambiente (el art. 325 del Código Penal)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12 (ejemplar dedicado a: Derecho y cambio climático), 2009.
- PIZARRO NEVADO, R.: «Medio ambiente: contaminación acústica, ruido producido por aviones que sobrevuelan núcleos de población a baja altura», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2009.



# Ordenación del territorio y urbanismo

Sofía SIMOU

Becaria FPU-MEC en el Área de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid

**Palabras clave:** ordenación territorial y urbanística; asignación de usos; licencias urbanísticas; gestión urbanística; disciplina urbanística.

**Key words:** regional and town planning law; use zoning; planning permissions/permits; land use management; land use control power.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES NORMATIVAS MÁS TRASCENDENTES Y DOCTRINA:—1. Novedades legislativas.—1.1. *Ámbito estatal*.—1.2. *Ámbito autonómico*.—2. Novedades reglamentarias.—III. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA.—1. Jurisdicción Contencioso-administrativa y Procedimiento Administrativo: Impugnación indirecta de planes y directa de instrumentos de gestión o ejecución urbanística.—2. Planeamiento Urbanístico.—2.1. *Los conceptos de alteración sustancial, modificación, revisión, suspensión y corrección de errores materiales de los planes urbanísticos*.—2.2. *Control de legalidad y oportunidad de los planes*.—2.3. *Tutela judicial efectiva, apariencia de buen Derecho y suspensión cautelar de planes*.—2.4. *Válidez y conservación de actos adoptados al amparo de instrumentos de ordenación urbanística viciados de nulidad*.—2.5. *Jerarquía entre planes*.—3. Ejecución del planeamiento.—3.1. *Aprovechamiento, cesiones obligatorias, sistemas generales*.—3.2. *«Crear ciudad» como criterio para que el suelo rústico expropiado destinado a la obra se valore como urbanizable*.—3.3. *Alteración en los sistemas de ejecución del planeamiento: de compensación a expropiación-motivación*.—4. Disciplina y licencias urbanísticas.—4.1. *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva e imposibilidad de suspender una demolición de obras ilegales con base en una previsible modificación del planeamiento*.—4.2. *Licencias municipales, protección registral del tercero hipotecario y carga de la prueba*.—4.3. *Tutela judicial efectiva y procedimiento de restauración de la legalidad urbanística*.—4.4. *El silencio administrativo contra legem en el ámbito de las licencias urbanísticas tras la reforma de la Ley 4/1999*.—5. Patrimonio público del suelo y haciendas locales.

## I. INTRODUCCIÓN

En el año 2009 apenas se han producido modificaciones sustanciales en la legislación autonómica y estatal sobre urbanismo y ordenación del territorio. A pesar de la falta de una actividad legislativa intensa —que caracterizó los dos años anteriores—, las

aportaciones teóricas de la doctrina han sido abundantes y ciertas sentencias revisten gran interés. En el contexto de la promulgación del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante TRLS de 2008), la doctrina ha intentado profundizar en varios de los aspectos de la nueva Ley y dilucidar sus consecuencias prácticas. En este sentido, merecen destacarse dos libros que contienen un comentario sistemático del articulado de la última Ley de Suelo: la obra de E. SÁNCHEZ GOYANES *et al.*, «Ley de Suelo, comentario sistemático al Texto Refundido de 2008», *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, 2009, y el libro de V. GUTIÉRREZ COLOMINA y Á. CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, *Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley Estatal*, Editorial Aranzadi, 2009. Los autores de esta última obra, con destacado rigor y exhaustividad, proceden al análisis del articulado de la nueva Ley y de la jurisprudencia que pudiera ser de aplicación a los preceptos contenidos en la norma, aportando su propia visión y comentarios desde la óptica de ayuda a su aplicación efectiva. El libro se dirige tanto a las distintas Administraciones (territoriales y de justicia), como al ámbito académico y a los profesionales y promotores que se dedican a este campo.

Aparte de los comentarios sistemáticos que se han realizado en relación con el articulado de la nueva Ley, la doctrina ha prestado particular énfasis en algunas vertientes específicas de la aplicación del TRLS de 2008. En este sentido, M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, en su artículo «El suelo urbanizable como situación básica del suelo en el TRLS de 2008: usos y obras autorizables», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 254, 2009, pp. 27-66, profundiza en la nueva categorización del suelo que se introduce por el TRLS de 2008 y más específicamente en el suelo rural. En el trabajo se exponen las posibilidades de conceder autorizaciones para usos y obras de carácter provisional en este tipo de suelo y se analizan a través de la jurisprudencia más destacada los problemas jurídicos que estas acciones implican. En la misma línea, destaca por su maestría y la excelencia explicativa con la que comenta el TRLS de 2008, el artículo de M. BASSOLS COMA, «La ordenación territorial y urbanística en el TRLS de 2008», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 19, 2009, pp. 15-30.

Además, es obligado referirse, dentro de las aportaciones doctrinales de carácter general en el ámbito del urbanismo y de la ordenación del territorio, al libro del profesor J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, 2009. No es desproporcionado sostener que el contenido en este libro constituye una obra maestra que cambia la comprensión de nuestro Derecho urbanístico y permite adquirir conocimientos sustantivos del trasfondo de todas las leyes autonómicas y estatales en la materia. La sistematización realizada en el libro reconstruye las instituciones del Derecho urbanístico a la luz del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 y trata temas actuales como el paradigma ambiental en el urbanismo, con un exhaustivo análisis de la evaluación estratégica como método de equilibrio entre el desarrollo urbanístico y la protección ambiental; la repercusión del Derecho comunitario en todo el urbanismo; la concepción del procedimiento urbanístico como una técnica de ponderación de los distintos intereses; la construcción sistemática de la urbanización como obra pública, que integra todos los sistemas de

actuación; la apuesta por una revalorización de los derechos del propietario frente a la Administración, con una nueva visión de la garantía expropiatoria frente a la potestad de planeamiento; la propuesta, en definitiva, de un cambio profundo de la Administración frente a la indisciplina urbanística, basado en la recuperación de la policía administrativa frente al uso desproporcionado, rígido e ineficaz de la represión penal. El libro es una obra llena de ideas y contenidos que no se limita solamente a la descripción sistemática del Derecho urbanístico sino que aborda cada una de las cuestiones planteadas con pensamiento crítico. Ese trabajo es de gran utilidad para todos los profesionales que trabajan en el urbanismo y una obra indispensable para toda la comunidad universitaria. Y es que, finalmente, tal y como pone de relieve F. ROMERA SAURA, en la reseña del libro en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 255, 2010, p. 188, nos encontramos con «un verdadero tratado llamado a ocupar un puesto muy relevante en el panorama bibliográfico».

Por otro lado, hay que detenerse un instante en esta parte introductoria de las novedades urbanísticas del año 2009, para recomendar sin reservas el estudio de AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo, ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente* (coord. T. CANO CAMPOS), vol. VI, Iustel, 2009. El libro es una pieza de referencia indiscutible en la que se relacionan de la forma más completa posible las tres áreas de estudio: la ordenación territorial, el urbanismo y sus impactos en el medio ambiente.

A continuación, por razones de sistematización explicativa de las novedades más importantes del año 2009 en los distintos sectores de la actividad urbanística y territorial, se procederá, en un primer momento, a la exposición de las normas generales, de rango legislativo y reglamentario, que se han adoptado durante este año y, en segundo lugar, se realizará el análisis de la jurisprudencia más relevante al respecto. Finalmente, la doctrina correspondiente a estas normas y sentencias recorrerá todo el texto del informe. Claro está que la selección de las normas, sentencias y aportaciones con más trascendencia del año 2009 exige un fuerte componente subjetivo. No obstante, la selección de todos los elementos que constituyen este trabajo se han intentado sistematizar y comparar con las referencias de los expertos en la materia.

## II. NOVEDADES NORMATIVAS MÁS TRASCENDENTES Y DOCTRINA

### 1. Novedades legislativas

#### 1.1. *Ámbito estatal*

En el año 2009 no se ha producido ningún cambio legislativo de origen estatal que pueda afectar, al menos, de forma directa —tal y como sucedió los dos años anteriores con la nueva legislación estatal de suelo— a los ámbitos de la ordenación del territorio y del urbanismo. Esto es coherente con la falta, en principio, de un título

competencial al respecto si tenemos en cuenta que, según la Constitución, el Estado no ostenta competencias en estas materias. Solamente, en concordancia con lo establecido en la jurisprudencia, el Estado puede incidir en esas materias a través de otros títulos competenciales legítimos, siempre que esa incidencia sea proporcional. En este sentido, quizás sea la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que transpone la *Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006*, relativa a los servicios en el mercado interior, la que a largo plazo pueda tener alguna repercusión en el ámbito del urbanismo y en concreto en las licencias urbanísticas. Aunque es verdad que la Directiva deja fuera de su ámbito de regulación el «urbanismo», eso no significa que, aunque en las legislaciones de los Estados miembros el término urbanismo no tenga el mismo significado que el concepto manejado en la Directiva, no pueda verse afectada la regulación de este sector. Más específicamente, tal y como pone de manifiesto el profesor F. VELASCO CABALLERO, en el *Boletín Electrónico*, núm. 32, del Instituto de Derecho Local, octubre, noviembre y diciembre de 2009, las leyes urbanísticas españolas manejan un amplísimo concepto de actividad urbanística que no pueden reconducir, sin más, al concepto de «urbanismo» manejado en la Directiva. Así, mientras no se puede poner en duda que las licencias de urbanización y de edificación regulan aspectos urbanísticos *stricto sensu*, no se puede llegar a la misma conclusión para las licencias de actividad y de apertura que tienen una finalidad muy distinta. En este caso, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio puede tener unas repercusiones muy graves en las regulaciones autonómicas y locales del Derecho urbanístico, exigiendo la supresión de estas licencias urbanísticas, *lato sensu*, si no se puede justificar su existencia por una razón imperiosa de interés general.

En este sentido, en el año 2009 se ha publicado, también, un libro de F. LÓPEZ PÉREZ, denominado *El impacto de la directiva de servicios sobre el urbanismo comercial*, Rústica Atelier, 2009. En el estudio, el autor procede al análisis de la Directiva de Servicios y su impacto en la vigente legislación comercial, presentando unas bases que pueden servir como alternativa a la actual intervención y utilizando con este objeto, el urbanismo y la ordenación del territorio, cuyos instrumentos de planificación se perciben como adecuados para minimizar los impactos que este tipo de comercios tienen sobre el modelo de ciudad compacta. Ese libro, como apunta F. LÓPEZ RAMÓN en su reseña en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 253, 2009, p. 199, es una buena síntesis de los datos jurídicos que conforman la problemática y una razonada y razonable toma de postura a favor del interés público urbanístico.

### 1.2. *Ámbito autonómico*

Sin duda alguna, la novedad legislativa más importante en materia de urbanismo para el año 2009 es la aprobación en la Comunidad Autónoma de Aragón de la nueva *Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo*. Esta ley tiene por objeto regular la actividad urbanística y el régimen urbanístico del suelo, el vuelo y el subsuelo en la Comunidad

Autónoma de Aragón. Diez años después de la anterior, se exterioriza así en la Comunidad Autónoma de Aragón un proceso de reforma del ordenamiento urbanístico que, unido a la aprobación de la *Ley 4/2009, de 22 de junio, de Ordenación del Territorio de Aragón, y la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida*, constituye un nuevo marco para las políticas de vivienda y suelo en esa Comunidad Autónoma. Ese proceso se enmarca, además, en el iniciado por el Estado mediante la aprobación de la *Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, hoy refundida con otras disposiciones mediante el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*. Hay que destacar que ésta es la primera ley autonómica que desarrolla de forma global los nuevos planteamientos de la legislación estatal y que regula el urbanismo en base a unos principios renovados que perciben el suelo como un recurso natural y agotable y no como un objeto de actuaciones de la Administración y los propietarios. Sobre la nueva ley de Aragón en materia urbanística y algunos de sus aspectos más específicos e innovadores, se puede consultar el artículo de R. SÁNCHEZ GIMÉNEZ, «Análisis de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón», en *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, núm. 87, 2009, pp. 26-53. En la misma línea y en relación con el impacto de la nueva legislación en los pequeños municipios destaca el trabajo de N. A. GUILLÉN NAVARRO y M. MARTÍNEZ PÉREZ, Crónica del Curso «Urbanismo y gestión en pequeños municipios. Novedades, legislación urbanística en Aragón. Ley estatal de Contratos en el Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009, pp. 569-586.

Trasladándonos ahora a la Comunidad de Madrid, hay que señalar que no se ha adoptado durante el 2009 ninguna norma de rango legislativo que altere de forma contundente la situación urbanística o territorial. No obstante, la promulgación de la *Ley 10/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la CAM* a finales del año modifica puntualmente (arts. 14 y 15) la *Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid, y la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas*. Las modificaciones establecidas, tal y como se expone en el preámbulo de la Ley, tienen por finalidad fomentar el dinamismo urbanístico en la Comunidad de Madrid impulsando, por un lado, las actuaciones económicas de interés regional que puedan generar puestos de trabajo y riqueza para la Comunidad, y abaratando, por otro lado, los costes para los promotores en la ejecución de las obras de urbanización de los desarrollos urbanísticos. Ambas medidas se estiman necesarias, en la época de carestía que atraviesan los ayuntamientos, para que los promotores que quieran proceder a ejecutar los desarrollos urbanísticos anteriormente aprobados, no se vean limitados por problemas financieros.

En la Comunidad Autónoma de Cataluña la alteración legislativa con más trascendencia en el ámbito de la ordenación urbanística ha sido la adopción de la *Ley 3/2009, de 10 marzo, de regularización y mejora de urbanizaciones con déficits urbanísticos*. Tal y como su nombre indica, la nueva ley se ha promulgado para hacer frente a las carencias de muchas de las edificaciones que se destinaron, en un primer momento, a partir de los años setenta, a cubrir necesidades de segunda residencia y que posteriormente se han

convertido en urbanizaciones de primera residencia. Esto, como es esperado, provocó una serie de carencias importantes en los servicios, afectando de una forma más directa y continuada a un número más elevado de ciudadanos. El objeto, por tanto, de esa ley es enfrentar esta problemática y facilitar los procesos de regularización definitiva de las urbanizaciones, entendida, según el caso, en términos de consolidación o de reducción parcial o total de la urbanización.

En la Comunidad Autónoma de Canarias se han aprobado dos leyes con incidencia directa en el ámbito de la ordenación del territorio. Así, en primer lugar, se ha promulgado la *Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial* y, en segundo lugar, la *Ley 7/2009, de 6 mayo por la que se modifica el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias sobre declaración y ordenación de áreas urbanas en el litoral canario*.

En cuanto a la Comunidad Autónoma de Cantabria, el año 2009 ha traído una modificación del régimen del suelo rústico en esa Comunidad por la aprobación de la *Ley 2/2009, de 3 de julio, por la que se aprueba la modificación de la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria*. Aunque después de esta Ley la regulación del suelo rústico mantiene sus dos categorías, de especial protección y de protección ordinaria, en el primer caso se amplían las posibilidades de autorizar determinadas obras, mientras que en el segundo, se establece además una diferenciación del suelo rústico de protección ordinaria según su proximidad a los núcleos urbanos o tradicionales. En definitiva, lo que se pretende potenciar es, por un lado, la rehabilitación y reforma de las edificaciones existentes que puedan ser destinadas a usos residenciales o de turismo rural y, en segundo lugar, que en los ámbitos próximos a los núcleos urbanos y tradicionales, donde existen infraestructuras de servicios y siempre a costa del promotor, puedan autorizarse nuevas construcciones que se integren en el entorno. Asimismo, para garantizar la sostenibilidad ambiental de cualquier actuación se crea, a través de esa ley, la figura del Catálogo de Edificaciones en Suelo Rústico, de carácter municipal, y la del Plan Especial de Suelo Rústico, cuyo último control recaerá en la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo. Sobre la modificación introducida en el régimen de suelo de Cantabria se puede consultar el artículo escrito por J. M.<sup>a</sup> MENÉNDEZ ALONSO, «La nueva regulación del suelo rústico en Cantabria: especial referencia a las viviendas unifamiliares», en *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, núm. 87, 2009, pp. 18-25.

Finalmente, dos Comunidades Autónomas, Castilla-La Mancha y Navarra, han optado por actualizar o dinamizar puntualmente a través de sus correspondientes leyes —la primera, mediante la *Ley 2/2009, de 14 de mayo, de medidas urgentes en materia de Vivienda y Suelo*, y la segunda, mediante la *Ley Foral 6/2009, de 5 de junio, de medidas urgentes en materia de urbanismo y vivienda*—, el régimen urbanístico del suelo y de la vivienda. En este sentido, la primera ley modifica puntualmente el *Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística aprobado por el Decreto*

*Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre de 2004*, con la finalidad de garantizar una mejor interacción entre las políticas de suelo y de vivienda, así como para introducir mejoras en los procedimientos de determinados instrumentos urbanísticos que permitan la agilización de sus trámites y doten a los mismos de una mayor transparencia y seguridad jurídica. Por otra parte, la Ley de la Comunidad de Castilla-La Mancha procede a distintas modificaciones para dinamizar la producción de suelo para viviendas sujetas a algún tipo de protección pública y adopta medidas para la agilización de procedimientos relativos a instrumentos urbanísticos contenidos en el Texto Refundido. La Ley Foral, por su parte, pretende ser una parte de la solución de los distintos problemas a los que Navarra, al igual que el resto de las comunidades españolas, se está enfrentando, al haberse visto afectada de manera muy importante por la crisis financiera y económica. El conjunto de las medidas de reactivación de la economía foral debe ser complementado a través de otro tipo de medidas en materia de urbanismo y vivienda. Esas medidas, que se recogen en la presente Ley Foral, pretenden dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos y de las empresas y servir para mitigar, y corregir, en su caso, los efectos negativos sobre el empleo del sector de la construcción, generados por la crisis económica.

## 2. Novedades reglamentarias

Las novedades de rango reglamentario en el ámbito urbanístico y de la ordenación del territorio han sido, un año más, abundantes. Sin embargo, por razones de economía del presente informe destacaremos las que a nuestro juicio han sido las más relevantes primero en el ámbito autonómico y, a continuación, en el municipal.

En primer lugar, en la Comunidad de Castilla y León se ha producido una alteración en el Reglamento de Urbanismo por el *Decreto 45/2009, de 9 de julio, que modifica el Decreto 22/2004, de 29 de enero de 2004, que aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León*. La *Ley 4/2008, de 15 de septiembre, de Medidas sobre Urbanismo y Suelo*, aprobada en el año anterior, realizó una amplia y ambiciosa reforma de la vigente *Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León*. Como es lógico, los efectos de esta reforma hicieron que muchos de los preceptos del Reglamento de urbanismo resultasen incompatibles con el nuevo marco legal, de modo que la reforma se tuvo que abordar con urgencia. En cuanto a las aportaciones más trascendentes de esa modificación, destacamos, entre otras, la creación de nuevas figuras de planeamiento general y el ahora único criterio para clasificar el suelo como urbano: la inserción en la red de dotaciones y servicios de un núcleo de población y la nueva concepción del suelo urbanizable próxima a la antigua categoría de suelo urbanizable delimitado. El Reglamento resuelve, además, las dudas técnicas que ha planteado la *Ley 4/2008*, en cuanto a la extinción de la condición de solar, las excepciones a la regla de colindancia del suelo urbanizable con el suelo urbano; las limitaciones de la clasificación como suelo urbanizable de terrenos protegidos; y el momento a partir del cual la completa ejecución de las determinaciones del planeamiento permite considerar los terrenos ya urbanizados como suelo urbano consolidado (preámbulo del *Decreto 45/2009*).

En segundo lugar, en materia de vivienda, en la Comunidad de Madrid se ha aprobado en el año 2009 el *Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de Madrid 2009*. Fruto del contexto socioeconómico actual que se caracteriza por un importante e imprescindible ajuste del mercado de la vivienda, tanto en precios como en volumen, el nuevo Reglamento pretende dotar al mercado de una mayor flexibilidad y simplificar el marco jurídico. El Reglamento configura, además, el Plan de Vivienda 2009-2012, que regula el sistema de promoción y acceso a la vivienda de protección pública, estableciendo precios máximos de venta y arrendamiento como principal ayuda a los beneficiarios de las mismas. En el ámbito de la vivienda, hay que destacar, el trabajo de J. F. IGLESIAS GONZÁLEZ, «El Nuevo Plan de Vivienda 2009-2012 y sus efectos sobre el urbanismo; en especial, las reservas de suelo para vivienda protegida», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 19, 2009, pp. 45-72, pues, aunque la aprobación del plan está enmarcada en el año 2008, sus consecuencias jurídicas han sido objeto de reflexión durante el año 2009.

En tercer lugar y con implicaciones directas en el ámbito urbanístico, la Comunidad Autónoma de Cataluña ha establecido a través del *Decreto 80/2009, de 19 de mayo, el régimen jurídico de las viviendas destinadas a hacer efectivo el derecho de realojamiento, y modificó el Reglamento de la Ley de Urbanismo con respecto al derecho de realojamiento*. En concreto este Decreto tiene como objetivo principal establecer las condiciones básicas de acceso y el régimen jurídico de las viviendas de sustitución destinadas a hacer efectivo el derecho de realojamiento de las personas que, por el solo hecho de residir en una vivienda situada en un ámbito de actuación urbanística, se ven obligados, previos los trámites legales pertinentes, a desocupar el inmueble afectado. En este sentido, mediante la modificación puntual del Reglamento de Urbanismo, el Decreto intenta dar respuesta adecuada a esas personas estableciendo las bases para el acceso a una vivienda con protección oficial específica.

En cuarto lugar, el 2009 ha sido un año de aprobación de varios decretos de los planes de Ordenación del Territorio de distintas áreas. Así, por ejemplo, los *Decretos 308/2009, de 21 de julio, 267/2009, de 9 de junio, y 26/2009, de 3 de febrero, que aprobaron respectivamente los Planes de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Málaga, de Sevilla y del Levante Almeriense* y que crearon sus Comisiones de Seguimiento.

En quinto lugar, como consecuencia directa derivada de la promulgación en el año 2009 de la, anteriormente mencionada, *Ley 2/2009, de 14 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia de Vivienda y Suelo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*, adoptó el *Decreto 83/2009, de 23 de junio, de establecimiento de varias medidas de agilización y de apoyo a los Municipios en la concertación interadministrativa de Instrumentos de Ordenación Territorial y Urbanística* para adaptarse a ese cambio regulatorio. Así, mediante este Decreto se modifican determinados aspectos de la regulación de la

concertación interadministrativa creando el informe único de concertación y las Comisiones de Concertación Interadministrativa. El objeto de ese cambio en la regulación es garantizar la máxima participación posible de todas las Administraciones públicas afectadas en la concertación interadministrativa, así como coordinar y armonizar todas las políticas sectoriales en un informe único de concertación. En el presente Decreto se regulan la estructura orgánica, las competencias y las reglas de funcionamiento de las Comisiones de Concertación Interadministrativa. La aportación doctrinal relacionada con esta ley viene de manos del M. CORCHERO PÉREZ, «El Derecho Urbanístico de Castilla-La Mancha tras la reforma operada por Ley 2/2009, de 14 de mayo, de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Suelo», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 19, 2009, pp. 147-178.

En último lugar, y trasladándonos al ámbito municipal, el ayuntamiento de Granada demostró una voluntad firme de adaptación a las nuevas exigencias impuestas por la Directiva de Servicios y, así, procedió a la adopción de tres ordenanzas municipales que pueden producir un impacto importante en el ámbito urbanístico. Las tres ordenanzas son las siguientes: la *Ordenanza de 25 de marzo de 2009, reguladora de licencias de instalación y de apertura*; la *Ordenanza de 23 de diciembre de 2009, reguladora de las licencias de instalación y de apertura o funcionamiento de establecimientos y actividades*, y la *Ordenanza municipal de 4 diciembre 2009 para la aprobación definitiva de la modificación de la Ordenanza para la tramitación de licencias urbanísticas*.

En la misma línea y para hacer efectivo el mandato de simplificación administrativa que subyace al texto de la Directiva de Servicios, el ayuntamiento de Madrid aprobó en 2009 la *Ordenanza municipal de 29 de junio de 2009, por la que establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividad*. La ordenanza tiene por objeto establecer el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas y de las comunicaciones previas para la implantación, desarrollo, modificación o cambio de una serie de actividades incluidas en el art. 9.2 de la ordenanza, impliquen o no la realización de obras. Lo que persigue, principalmente, es contribuir al cumplimiento de los intereses y derechos de los ciudadanos para el logro de un mayor nivel de eficacia y sin que se excluya la indiscutible responsabilidad pública en la materia, todo ello en sintonía con los modelos de regulación más avanzados cuyo objetivo responde a la necesidad de simplificar, en la medida de lo jurídicamente posible, el régimen de intervención administrativa en la materia (exposición de motivos de la ordenanza).

Por su parte, el ayuntamiento de Valencia adoptó la *Ordenanza municipal de 2 de febrero de 2009, y reguló algunos aspectos de las licencias de obras menores y algunos elementos auxiliares de obras*. El objetivo principal es, en ese caso también, establecer una normativa que regule la tramitación de los procedimientos para la concesión de obra menor, de forma más flexible y en consonancia con el mandato de agilización y simplificación administrativa. En ese sentido, para las obras de escasa entidad que el texto precisa se seguirá un procedimiento de actuaciones comunicadas para agilizar los trámites sin que por ello se reste eficacia a los actos que derivan de dichos trámites.

### III. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

#### 1. Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Procedimiento Administrativo: Impugnación indirecta de planes y directa de instrumentos de gestión o ejecución urbanística

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) dictó a mediados del año 2009 una sentencia de especial interés en relación con las *competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para conocer de recursos contra la aprobación de programas de actuación integrada y delimitación de unidades de ejecución del planeamiento urbanístico*. En efecto, por su *Sentencia de 23 de julio de 2009* (recurso núm. 2587/2008, de casación) el Tribunal declaró la inadmisión del recurso de casación interpuesto porque consideró la inexistencia del carácter reglamentario de los programas de actuación integrada y de delimitación de las unidades de ejecución del planeamiento urbanístico, aun cuando se incorpore en ellos la impugnación indirecta del Plan.

El principal argumento se basa en el siguiente planteamiento: después de la reforma operada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, introducida por la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocen, ex art. 8.1 de la Ley Jurisdiccional, *de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico*. Corresponde, por tanto, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia ex art. 10.2.

Según el Tribunal, el acuerdo impugnado en grado de casación queda comprendido en el ámbito del art. 8.1 de la Ley de la Jurisdicción, ya que los Programas de Actuación integrada (PAI), cuando no modifican la ordenación del ámbito, así como los Proyectos de Reparcelación y de Delimitación de Unidades de Ejecución, *constituyen instrumentos de gestión o ejecución urbanística, careciendo de naturaleza reglamentaria, y correspondiendo, por tanto, el conocimiento de su impugnación en primera instancia, tras la referida reforma legal, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo*. La conclusión anterior no resulta desvirtuada por el hecho de que en la demanda también se impugnase *indirectamente un instrumento de planeamiento general*. Porque aun así, en los supuestos de impugnación indirecta de instrumentos de planeamiento urbanístico no puede considerarse que la competencia para el conocimiento del recurso estuviese atribuida, aún después de la Ley Orgánica 19/2003, a los Tribunales Superiores de Justicia, dado que ello supondría la negación en esta materia urbanística del derecho al recurso de apelación reconocido expresamente en el apartado *d*) del art. 81.2 de la Ley Jurisdiccional.

## 2. Planeamiento urbanístico

El planeamiento urbanístico, por su carácter multidimensional y por la complejidad que le acompaña, es siempre, en muchas de sus manifestaciones y vertientes, fuente inagotable de debate doctrinal y jurisprudencial. Así, en el año 2009 se han escrito varios artículos, capítulos y libros sobre la materia, entre los cuales destacan, por el interés del tema que tratan y por la calidad de los autores, los siguientes: en primer lugar y por su repercusión directa en el ámbito local, el artículo de M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, «Urbanismo, autonomía local y poder autonómico de sustitución: impugnación de Normas Subsidiarias en materia de clasificación de suelo, suelo no urbanizable», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2009. En segundo lugar, subrayamos el estudio de M. J. SARMIENTO ACOSTA, «Los planes generales de ordenación como paradigmas del urbanismo español», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 248, 2009, pp. 53-120. En último lugar, y con un carácter formativo general, debemos mencionar el artículo de J. GARCÍA DEL PRADO, «Impugnación del Plan General y consecuencias», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 254, 2009, pp. 55-88.

### 2.1. *Los conceptos de alteración sustancial, modificación, revisión, suspensión y corrección de errores materiales de los planes urbanísticos*

Durante el año 2009, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse varias veces sobre los distintos aspectos de la modificación y revisión de los Planes Generales de Ordenación Urbana y de *las consecuencias jurídicas de esta acción en relación con el trámite de información pública*. En primer lugar, nos vamos a referir a la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 11 de mayo de 2009* (recurso núm. 4816/2006, de casación), que trata de dilucidar varios aspectos jurídicos sobre la modificación sustancial de un PGOU durante su tramitación. En esta sentencia el Alto Tribunal casa una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que se dictó contra la Orden de Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León de aprobación definitiva de la revisión de un PGOU. La cuestión que se suscitaba en este caso era la no apertura de un segundo trámite de información pública, contraria a lo dispuesto en la Ley urbanística de Castilla y León, aunque se hubieran introducido modificaciones sustanciales en el PGOU después de la aprobación inicial de su revisión. El TSJCyL estimó el recurso por considerar imprescindible la apertura de un segundo trámite de información pública al ser sustanciales las modificaciones introducidas en el planeamiento. Así, el Tribunal Supremo revalidó el planteamiento del Tribunal Superior de Justicia y desestimó el recurso de casación al entender que la sentencia impugnada no contradecía la jurisprudencia de la Sala.

Tal y como se pone de manifiesto en el fundamento jurídico séptimo, durante la tramitación de los planes urbanísticos la fase de información pública debe reiterarse

siempre que, tras su aprobación inicial, se modifique su ordenación de una manera sustancial. Según el Tribunal, lo que se entiende por modificación sustancial es la alteración global del Plan, en sus aspectos esenciales, que afecta a sus elementos estructurales y, como consecuencia de ello, al propio modelo de planeamiento elegido. Las modificaciones para las que no se requiera repetición de la fase de información pública deben ser puntuales, aisladas y limitadas en un sector concreto, pero no pueden alterar el Plan de manera decisiva. Así, en el caso concreto, el Tribunal estima que, por ejemplo, *la rebaja de la edificabilidad* como consecuencia de la aplicación de nuevos límites legales de densidad de población y edificación afecta de manera indiscriminada a todos los ámbitos en los que se superaban, obligando a modificar su ordenación y, con ella, los beneficios y cargas de los propietarios. Por tanto, ese es un cambio profundo en la ordenación que no puede ser aprobado sin la apertura de un nuevo trámite de información pública.

En la misma línea, *el incremento global de la reserva de sistemas generales* que tiene lugar entre la aprobación inicial y la definitiva del Plan que, además, en el caso concreto conllevó la creación de nuevos equipamientos públicos relevantes no incluidos en la ordenación primigenia, tiene, indudablemente, carácter estructurante y configurador del propio modelo de ciudad. Por tanto, afecta de una manera sustancial a la esencia del propio Plan, y a los derechos y deberes de los ciudadanos en multitud de ámbitos.

Planteamientos similares al anterior se han puesto de relieve, además, en otras muchas de las *Sentencias del Tribunal Supremo* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) entre las cuales podemos indicar las otras dos *Sentencias de 11 de mayo de 2009* (recursos núm. 4814/2006 y 6341/2006, de casación), que se caracterizan por una argumentación casi idéntica a la expuesta anteriormente, y la *Sentencia de 9 de febrero de 2009* (recurso núm. 6714/2004, de casación). En ese último caso, los hechos son muy parecidos a los descritos en la Sentencia de 11 de mayo de 2009. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto contra una sentencia estimatoria del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que consideró que era necesario un nuevo trámite de información pública por haberse modificado el modelo urbanístico sustancialmente entre la fase de aprobación inicial y definitiva de un Plan. Para el Tribunal Supremo no cabía ninguna duda de que el modelo propuesto inicialmente en la modificación quedaba radicalmente alterado en la aprobación provisional, puesto que se *creaba ex novo un tercer campo de golf no previsto en la aprobación inicial y una nueva urbanización de 700 viviendas* tampoco prevista en esa aprobación (FJ 5).

En este ámbito no sólo tiene interés el concepto de variación sustancial en el contenido de instrumentos de ordenación urbanística y su interconexión con la necesidad de los trámites de información pública, sino también *el soporte probatorio en que debe ésta fundarse en la vertiente procesal*. En efecto, éste es un tema que se trata, con suficiente grado de detalle en el FJ 5 en la *Sentencia del Tribunal Supremo* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), *de 23 de abril de 2009* (recurso núm. 10814/2004, de casación).

En el año 2009 se han dictado por el Alto Tribunal (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) dos sentencias de singular interés, confirmatorias de los pronunciamientos de las Salas de instancia, que tratan el tema de la *suspensión o anulación de los planes urbanísticos o territoriales por no contar previamente con un informe preceptivo o un estudio específico en la documentación requerida para su aprobación*. En concreto, las *Sentencias de 6 de julio* (recurso núm. 658/2008, de casación) y *de 17 de diciembre de 2009* (recurso núm. 4370/2006, de casación) se ocupan de la falta del informe preceptivo de la Confederación Hidrográfica para la elaboración de un plan parcial y el estudio económico para la aprobación de la revisión del Plan Insular de Ordenación de Lanzarote, respectivamente. En el primer caso, la falta reconduce a la suspensión del plan y, en el segundo caso, a la anulación del mismo. En los dos supuestos se pone de relieve la posibilidad de indemnización por daños y perjuicios.

En cuanto a la *rectificación de errores materiales en actos de aprobación de instrumentos de ordenación urbanística*, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 5.<sup>a</sup>) se ha pronunciado en su *Sentencia de 2 de abril de 2009* (recurso núm. 11438/2004, de casación). En esta sentencia, el Tribunal Supremo confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto por «Garraf Park, S. A.», frente a la resolución autonómica denegatoria de la corrección de errores materiales solicitada respecto de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Sitges en cuanto a las líneas de edificación en el ámbito del Plan Especial.

La sentencia recuerda, en primer lugar, que tal y como se ha manifestado con anterioridad en la doctrina, la procedencia de las rectificaciones de errores materiales constituye, en principio, un cauce no sujeto a plazo. No obstante, ese argumento no se pudo alegar en el supuesto concreto por dos razones: por un lado, porque ese argumento va dirigido, según el Tribunal, a eludir la vía procedente del recurso administrativo y recurso contencioso-administrativo frente al acto administrativo aprobatorio del instrumento de ordenación urbanística que no se interpusieron en su momento; por otro lado, porque el planteamiento de la recurrente no puede prosperar, puesto que el pretendido error material se basa solamente en la afirmación de que existe disparidad entre el texto escrito de la normativa y el grafiado del plano de las Normas Subsidiarias, pero esa disparidad que se alega está lejos de resultar evidente de la mera contemplación de ambas determinaciones, la gráfica y la escrita. Para su constatación, el Tribunal alega que se precisaría una prueba técnico-arquitectónica que la pusiese de manifiesto (FJ 2). Así que resulta obvio que para que la jurisprudencia acepte la rectificación de errores materiales como motivo de nulidad de un acto pasados, los plazos de impugnación de las Normas *debe poder apreciarse con facilidad la evidencia de este error y la falta de intención de eludir los procedimientos de impugnación de los actos instituidos a efecto*.

Otra cuestión de particular relevancia es la referida a la *legalización de irregularidades urbanísticas a través de la modificación de los planes de ordenación urbana*. Este tema se trata con bastante detenimiento en la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sec-*

ción 5.<sup>a</sup>) de 24 de marzo de 2009 (recurso núm. 10055/2004, de casación), que conoce del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que estimó el recurso presentado contra la resolución del Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 9 de octubre de 1997, que, por su parte, desestimó el recurso ordinario formulado contra el acuerdo plenario del ayuntamiento de Vera (Almería) de aprobación definitiva de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de planeamiento de dicho municipio.

En la revisión aprobada de las Normas Subsidiarias de planeamiento de Vera se modificó el uso asignado a una zona, pasando de hotelero a residencial, y se alteró, a la vez, la edificabilidad máxima de esta zona para incluir unas viviendas anteriormente construidas. El Tribunal de primera instancia entendió que las modificaciones puntuales de los instrumentos de planeamiento deben llevarse a cabo por razones de interés público y a través de una visión del conjunto propia del planeamiento al que modifican. Esas razones, por tanto, *no deben ni pueden reconducir a la satisfacción de intereses particulares como los del caso concreto: la regularización de la situación de las viviendas construidas*, en primer lugar, por la sociedad promotora la modificación puntual de las normas subsidiarias. El Alto Tribunal, por su parte, mantuvo esa doctrina y entendió que considera incursas en desviación de poder (*art. 70.2 LRJCA*) las modificaciones puntuales del planeamiento efectuadas con el propósito principal de legalizar o regularizar edificaciones ilícitamente construidas. A su juicio, esas acciones incurren en reserva de dispensación e infracción del principio de igualdad, ya que el establecimiento en el plan de ordenaciones singulares o especiales, que sólo benefician a determinados propietarios en detrimento de los demás, no se amparan en las finalidades de interés público y no pueden ser aceptadas (FJ 7).

## 2.2. Control de legalidad y oportunidad de los planes

La extensión del alcance de los controles autonómicos sobre los planes urbanísticos municipales ha ocupado muchas veces tanto a la jurisprudencia como a la doctrina. Una sentencia realmente curiosa del *Tribunal Supremo* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) se dictó *el 22 junio de 2009* (recurso núm. 1690/2006, de casación) en relación con la decisión autonómica de subdividir un sector de suelo urbanizable del PGOU en dos subsectores a desarrollar mediante sendos planes parciales. En este recurso el ayuntamiento de Sant Quirze del Vallés impugnó la resolución del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalitat de Cataluña y la Sala de instancia estimó el recurso contencioso administrativo y anuló la resolución autonómica impugnada. El Tribunal Supremo, sin embargo, entendió que, de esta forma, la Sala había negado facultades a la Generalitat de Cataluña para resolver en alzada las cuestiones de su competencia porque la cuestión que se planteó en su recurso de alzada aun siendo de naturaleza municipal (diseño de un solo sector o de dos sectores) era una *cuestión de legalidad y no de mera oportunidad*. Para el Tribunal, lo que se alegaba en la alzada,

con apoyo en un dictamen técnico, era que el señalamiento de un solo sector «impide y dificulta la justa distribución de beneficios y cargas en el polígono E previsto» y que «esta falta de homogeneización complicará extraordinariamente la gestión del polígono E, toda vez que se han de cumplir los principios básicos de distribución justa entre los propietarios de los beneficios y cargas del planeamiento». Así, aunque se admite que la cuestión seguía siendo un problema de estricto alcance municipal, se trataba, sin embargo, de un problema de equidistribución, es decir, de legalidad, y no de oportunidad, susceptible, por tanto, de ser controlado por la Administración autonómica tanto en fase de aprobación definitiva como en fase de recurso de alzada. Por este motivo, el Alto Tribunal estimó el recurso de casación (FJ 9).

### 2.3. Tutela judicial efectiva, apariencia de buen Derecho y suspensión cautelar de planes

La aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el planeamiento urbanístico es delicada y necesita afrontarse con mucha cautela por los efectos que pueda tener en los derechos de los ciudadanos. Aunque es jurisprudencia constante, debemos destacar que una vez más el *Tribunal Supremo* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) en la *Sentencia de 24 de marzo de 2009* (recurso núm. 5087/2007, de casación) subraya que de la complejidad procedimental que implica la elaboración de instrumentos de ordenación urbanística se desprende que, salvo en supuestos tasados que así lo determinen, *hasta la aprobación definitiva no cabe impugnación judicial de los instrumentos de planeamiento urbanístico* (FFJJ 3 y 6).

En la misma línea, pero con un contenido diferente, el *Tribunal Supremo* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) en la *Sentencia de 15 de enero de 2009* (recurso núm. 6038/2007, de casación), confirmó el auto denegatorio de la medida cautelar y el desestimatorio del recurso de súplica dictados por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en cuya virtud se denegó la suspensión cautelar de la ejecución del acto que aprobó una modificación aislada y por el que se recalificó la parcela de equipamiento de sistema local deportivo a uso residencial. La sentencia avala, aunque admite otra corriente jurisprudencial del propio Tribunal Supremo, los argumentos esgrimidos por la Sala de instancia. Su primer argumento se basa en que *una disposición de carácter general, como es el plan, representa un interés público más acentuado que los actos de su aplicación*, lo que limita la suspensión de su ejecutividad y supedita la misma a la producción de unos perjuicios de una dimensión superior o, al menos, igual a los que llevaría la demora en su ejecución (FJ 3). En segundo lugar, el Tribunal considera que los perjuicios que declaraba la demandante serían siempre determinables y resarcibles, por lo que la demora en la tramitación del proceso no le haría perder su finalidad en el caso de que se dictase sentencia anulatoria de la referida modificación puntual (FJ 4). Finalmente, en relación con la *doctrina de la apariencia de buen Derecho*, el Tribunal pone de manifiesto que la jurisprudencia más reciente hace una *aplicación mucho más matizada* de esta doctrina, utilizándola en casos muy concretos —nulidad de pleno Derecho, existencia de un juicio reiterado por la jurisprudencia que la Administración se resiste a aplicar y ante actos

dictados en cumplimiento de una disposición general declarada nula—, y considera que la demandante no ha manifestado se existencia en el caso examinado.

#### 2.4. *Validez y conservación de actos adoptados al amparo de instrumentos de ordenación urbanística viciados de nulidad*

Otro pronunciamiento de particular interés del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) se ha manifestado a través de su *Sentencia de 22 de julio de 2009* (recurso núm. 2327/2005, de casación). En esta sentencia se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia parcialmente estimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido frente al Acuerdo del Pleno por el que fue definitivamente aprobado el Plan Parcial de iniciativa particular, así como contra la declaración de conservación que el citado acuerdo contiene de los acuerdos, por los que se aprobaron definitivamente las Bases y Estatutos de la Junta de Compensación, el Proyecto de Compensación y el Proyecto de Urbanización. La Sala 3.<sup>a</sup> declara la inaplicabilidad de la doctrina de conservación de los actos administrativos a los tres acuerdos señalados por carecer como fundamento habilitante de un Plan Parcial válidamente aprobado. El Tribunal estima que *el Plan Parcial era inválido porque carecía totalmente de un soporte normativo como un Plan General y que este último no es que fuera válido pero ineficaz por falta de publicación oficial sino totalmente inexistente* (FFJJ 4 y 6). De esta forma, se pone de relieve la extensión de los vicios de legalidad a los instrumentos de ejecución.

#### 2.5. *Jerarquía entre los planes*

En el recurso de casación planteado en la *Sentencia del Tribunal Supremo* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) *de 26 de junio de 2009* (recurso núm. 1079/2005, de casación), el Tribunal estimó la pretensión de la parte recurrente en relación con el principio de jerarquía entre los distintos planes, dando lugar al recurso y estimándolo parcialmente. Conforme a lo dispuesto por el Tribunal, *el Plan Especial impugnado en el caso concreto pero, en general, también, no puede contradecir en su ámbito sectorial propio y modificar los trazos gruesos como son la determinación del instrumento de desarrollo y la fijación del modelo general de rehabilitación comercial que respecto a dicho ámbito ya había trazado el Plan General*. Por tanto, por no someterse a las disposiciones del Plan General, el Tribunal anuló el Plan Especial y el proyecto de reparcelación.

### 3. Ejecución del planeamiento

En el seno de la ejecución del planeamiento y, en concreto, en la vertiente que se refiere al deber de los propietarios *de cesión de terrenos a la Administración, se ha profundizado este año por la doctrina en la posibilidad de sustituir esa concesión por su equivalente dinerario*. Hay que destacar, tanto por la dificultad y novedad (en cuanto se estudia

de forma minuciosa su regulación en el TRLS de 2008) del tema manejado como por la sistematización y análisis efectuados en su trabajo, el artículo de J. A. CHINCHILLA PEINADO, «El régimen jurídico de la sustitución de los deberes de entrega de terrenos en las actuaciones de transformación urbanística. La denominada monetarización», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 253, 2009, pp. 11-54. La actualidad de la monetarización se hace patente aún más con la inclusión de la *Sentencia núm. 481/2009 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 20 de julio de 2009*, en la recopilación de la jurisprudencia más importante en el ámbito de la gestión urbanística que efectúa F. BENGOTXEA ARRIETA en «Estudio de reciente jurisprudencia sobre gestión urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 254, 2009, pp. 96-122. Finalmente, si se quiere profundizar más en la monetarización, varios aspectos de esta figura se ponen de relieve por el *Tribunal Superior de Justicia de Madrid* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) en las *Sentencias 1210/2009, de 10 octubre, y 835/2009 de 1 de julio*.

### 3.1. Aprovechamiento, cesiones obligatorias y sistemas generales

En la actividad referente a la gestión urbanística, una de las sentencias más relevantes del año 2009, por la transversalidad del asunto y la argumentación jurídica, es la dictada por el *Tribunal Supremo* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) *el 17 de febrero de 2009* (recurso núm. 10668/2004, de casación). En esta Sentencia se casa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que estimó parcialmente el recurso contra la Resolución del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalitat de Cataluña y que aprobó definitivamente la modificación del Plan General Metropolitano para la creación de un área de nueva centralidad junto a la Autopista A-2, tramitado a instancias del Fútbol Club Barcelona.

En la presente sentencia se plantearon distintos problemas: quién es el órgano competente para la aprobación definitiva de la modificación del planeamiento que contiene una diferente zonificación de los espacios deportivos; *el tipo de aprovechamiento que debe ser aplicado; la obligación de cesión de terrenos para sistemas generales; la asunción de los costes de los sistemas y la carga de la prueba*. Así, según el Tribunal, el órgano competente para aprobar la modificación del planeamiento que implica una diferente zonificación es el Consejo Ejecutivo de la Generalitat y la carga de la prueba de la inadecuación de la modificación corresponde a quien así lo argumenta y pretende basar en ella la anulación del acto administrativo. En cuanto al aprovechamiento y las cesiones obligatorias, en primer lugar, los propietarios tienen que ceder el 10 por 100 del aprovechamiento medio, tal y como disponía la entonces vigente ley estatal, al referirse la modificación a un suelo urbano no consolidado, demostrado por el hecho del establecimiento de nuevos viales y la necesidad de una reparcelación, operaciones típicas de creación de urbanización. En segundo lugar, los propietarios tienen que ceder también el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general incluye en el ámbito correspondiente a efectos de su gestión, sin perjuicio de que los propietarios tengan la

obligación de costear la urbanización de esos sistemas generales. Esto último se deduce de lo establecido en la *norma estatal de carácter básico que goza de primacía* sobre lo regulado en las normas autonómicas (FFJJ 8 y 9).

### 3.2. «Crear ciudad» como criterio para que el suelo rústico expropiado destinado a la obra se valore como urbanizable

Otro pronunciamiento importante por tratar con suficiente detalle y concisión los problemas de los sistemas generales y la valoración del suelo, es la *STS* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) *de 11 de mayo de 2009* (recurso núm. 1237/2005, de casación). La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dictó sentencia estimando en parte el recurso contencioso-administrativo promovido por la Administración General del Estado frente al acuerdo adoptado por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Burgos. El Tribunal Supremo ha reconocido en casación el caso ante la impugnación de la Sentencia de instancia, pero no ha dado lugar al recurso confirmando la Sentencia del Tribunal Superior y argumentando, a grandes rasgos, que aunque la tasación del suelo se hace atendiendo a la clasificación del suelo previamente efectuada con unas excepciones, una línea ferroviaria de alta velocidad no cumple con los criterios para constituir una excepción. En concreto, se precisa que *para que unos terrenos destinados a sistemas generales, que se encuentren clasificados como no urbanizables o carezcan de clasificación específica, se valoren como urbanizables, deben ser destinados a «crear ciudad»*, salvo que, por reunir los requisitos señalados por el legislador, su clasificación como urbanos resulte obligada. Ésta es una excepción que se explica porque, cuando se trata de implantar servicios para la ciudad, aunque el suelo afectado se haya considerado por el planificador como rústico, al encontrarse asignado a la estructura general de ordenación urbanística del municipio, de su red viaria y dotacional, debe estimarse como una obra de infraestructura básica adscribible al suelo urbano o al urbanizable (FJ 2).

A pesar de lo dispuesto anteriormente, en este caso concreto, el Tribunal estima que *una línea ferroviaria de alta velocidad, de proyección europea, no puede considerarse integrada en la malla urbana*, ya que no forma parte de los viales municipales ni contribuye a crear ciudad. Además, aunque la obra en cuestión estuviese prevista en el Plan General de Ordenación Urbana, eso carece de relevancia, puesto que lo importante no es que la infraestructura se incorpore al planeamiento, sino que esté destinada a crear ciudad. La previsión de una infraestructura en el planeamiento general no lo convierte automáticamente en una dotación local, por contribuir a articular la población sino que esa previsión responde a la coordinación que exige acomodar el planeamiento municipal a las determinaciones de los instrumentos de ordenación de superior alcance territorial (FJ 2). La misma afirmación se puso también de relieve en la *STS* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) *de 23 de marzo de 2009* (recurso núm. 342/06, de casación, FJ 4).

### 3.3. *Alteración en los sistemas de ejecución del planeamiento: de compensación a expropiación-motivación*

La viabilidad económica de un proyecto puede requerir una *alteración en los sistemas de ejecución del planeamiento que se aplican*. En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), en su *Sentencia de 25 de mayo de 2009* (recurso núm. 661/2005, de casación), puso de relieve que un cambio del sistema de compensación al de expropiación está justificado siempre que esté suficientemente motivado, proceda por razones de urgencia de la ejecución del plan y esté acreditada su viabilidad económica por un estudio económico y financiero suficiente. Ahora bien, como es evidente, el sistema de expropiación para la ejecución del planeamiento urbanístico implica una afectación, justificada o no, según el caso, de algunos derechos humanos. Sobre este tema, se podría consultar un artículo muy interesante desde la óptica de la interrelación de las expropiaciones urbanísticas con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de R. FERNÁNDEZ BAUTISTA, «Las garantías de las expropiaciones urbanísticas a la luz del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 249, 2009, pp. 11-41. Por otra parte, con respecto al mismo tema, sobre la relación entre la ordenación del territorio, el urbanismo y el derecho de la propiedad es recomendable el artículo de C. VILLALÓN PRIETO, «Proyección de la propiedad, urbanismo y ordenación del territorio en la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Cívitas, núm. 142, 2009, pp. 333-361.

## 4. **Disciplina y licencias urbanísticas**

### 4.1. *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva e imposibilidad de suspender una demolición de obras ilegales con base en una previsible modificación del planeamiento*

En materia de disciplina urbanística se han observado, sin duda alguna, más novedades de particular interés durante el año 2009, tanto desde el punto de vista jurisprudencial como doctrinal. Como no podría ser de otra manera, en primer lugar, debemos referirnos a la *STC* (Sala 1.ª) *22/2009, de 26 de enero*, que pone en evidencia *el alcance y la frecuente imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo*. Tal y como pone de manifiesto J. A. RAZQUIN LIZARRAGA («Tutela judicial efectiva e imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo: a propósito de la *STC* 22/2009, de 26 de enero», en la *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2009, 85-99), un elemento crucial y a la vez espinoso del proceso contencioso-administrativo ha sido y es la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales contencioso-administrativos. Es más, esta problemática se complica aún más cuando la no ejecución de la sentencia puede vulnerar algún derecho fundamental constitu-

cionalmente protegido como sucedió en el presente caso. Así, la sentencia constitucional dictada en el recurso de amparo por infracción del art. 24 de la Constitución (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión) se planteó frente a la suspensión de la ejecución de una sentencia que había anulado una licencia de construcción y ordenado su demolición.

En efecto, el punto de partida de este caso fue el recurso interpuesto por el demandante de amparo solicitando la declaración de ilegalidad de la construcción de una vivienda y de la licencia que la amparaba, con la consiguiente demolición en la parte afectada. El recurso fue estimado por sentencia firme y a este efecto el demandante solicitó la ejecución de la Sentencia. El ayuntamiento instó la inejecución parcial de la sentencia y, subsidiariamente, la suspensión de la demolición de las obras declaradas ilegales hasta que no se aprobase la revisión del Plan General de Ordenación Urbana en tramitación, que podía dar lugar a la legalización de lo ilegalmente construido, debido a los graves e irreparables perjuicios que se podrían producir en caso de ejecución inmediata. Así, por Auto se acordó la suspensión parcial del cumplimiento de la sentencia, en cuanto a la demolición acordada, por entender el Tribunal que aunque no se había producido todavía ninguna transformación de la situación con la propuesta de cambio normativo que plantea el ayuntamiento, no podían obviarse en el juicio ponderado y equitativo que debe presidir toda solución, las graves consecuencias que para el titular de las obras conllevaría el cumplimiento inmediato de la sentencia.

En este sentido, el recurso de amparo tuvo por objeto determinar si se había vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de su ejecución en sus propios términos. Según el Tribunal, sólo es posible la alteración del principio de íntegra ejecución cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas. Y un cambio normativo sobrevenido puede constituir una excepción a la ejecución. Sin embargo, *la decisión judicial de suspender la demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del art. 24.1 CE* (FJ 3). En conclusión, lo que viene a decir esta sentencia es que una modificación sobrevenida de la normativa puede, siempre que se cumplan los criterios, constituir una excepción a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de su ejecución, pero una expectativa de una futura modificación jurídica no puede amparar algo así, pues puede vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como se podía esperar, esta sentencia ha sido objeto de un debate doctrinal intenso cuyas manifestaciones podemos encontrar en varios trabajos jurídico-científicos como el mencionado anteriormente de J. A. RÁZQUIN LIZARRAGA, el artículo de I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Demolición de obras ilegales, restablecimiento de la legalidad y tutela judicial efectiva: reflexiones a propósito de la STC 22/2009, de 26 de marzo», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 22, 2009 y el estudio de I. ARROYO MARTÍN,

«Estudio de reciente jurisprudencia sobre planeamiento urbanístico», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 250, 2009, p. 106.

#### 4.2. *Licencias municipales, protección registral del tercero hipotecario y carga de la prueba*

Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre un caso similar al expuesto justo anteriormente sobre los aspectos jurídicos de la concesión de las licencias municipales y su interconexión con los instrumentos del planeamiento. Sin extendernos demasiado a los antecedentes de hecho del caso, la importancia de la *Sentencia de 4 de febrero de 2009* (recurso núm. 1745/2007, de casación), reside en la relación que se ha invocado *entre la demolición de las obras realizadas al amparo de una licencia anulada que contravenía la norma urbanística y el juicio de infracción inexistente del principio de protección registral del tercero hipotecario adquirente de las viviendas*. En la misma Sentencia se reitera la jurisprudencia sobre la imposibilidad de ejecución de sentencias firmes y se invocan algunos casos de esta índole, desestimando finalmente el recurso.

Otro pronunciamiento interesante del *Tribunal Supremo* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) en el ámbito de la disciplina y las licencias urbanísticas se ha efectuado a través de la *Sentencia de 12 de febrero de 2009* (recurso núm. 9511/2004, de casación). Lo que se planteaba en ese caso era la distribución de la carga de la prueba entre la Administración y el particular para probar que se había realizado una *obra con exceso de lo autorizado por la licencia municipal*. El Tribunal Supremo estimó, finalmente, el recurso de casación interpuesto por la Administración por considerar que frente a la manifestación de que las obras realizadas no se ajustan a la licencia otorgada y *que quedan avaladas según el expediente administrativo no se debe imputar a la Administración la carga de probar dicho desajuste a la legalidad a pesar de no haber practicado prueba concreta cuando quien se opone a ello no ha probado sus alegatos* (FFJJ 5 y 6). Sobre el régimen jurídico de las licencias urbanísticas y el mandato de simplificación administrativo tan presente en el momento actual de nuestro Derecho urbanístico hay que destacar por las ideas manifestadas en su análisis el artículo de J. C. LAGUNA DE PAZ, «La soportable levedad de las licencias urbanísticas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 251, 2009, pp. 11-33.

#### 4.3. *Tutela judicial efectiva y procedimiento de restauración de la legalidad urbanística*

En un sentido diferente a la sentencia anterior, el *Tribunal Constitucional* volvió a resolver un asunto en relación con la interconexión entre la tutela judicial efectiva y las licencias municipales en su *Sentencia 79/2009, de 23 de marzo de 2009*. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional ha anulado la orden de demolición ejecutada el 9 de enero de 2008 sobre la vivienda unifamiliar propiedad del matrimonio de nacionalidad

británica en Vera (Almería) al considerar «incuestionable» que el proceso contencioso-administrativo incoado por el ayuntamiento y la Junta de Andalucía vulneró su derecho de tutela judicial efectiva y les situó en una situación de indefensión que derivó en la pérdida de su casa. En este caso, hay que subrayar que la pareja contaba primariamente con la licencia municipal requerida aunque posteriormente se declaró ilegal por el Juzgado y así el ayuntamiento les exigió con *una notificación no adecuada*, a juicio del Tribunal Constitucional, la restauración de la legalidad urbanística. El Tribunal estimó que la notificación y todo el procedimiento seguido por la Administración vulneraron el derecho fundamental del particular a la tutela judicial efectiva.

#### 4.4. *El silencio administrativo contra legem en el ámbito de las licencias urbanísticas tras la reforma de la Ley 4/1999*

Otro tema de gran calado y de singular controversia que siempre ocupa la doctrina y la jurisprudencia es, indudablemente, la *concesión de licencias urbanísticas por silencio administrativo «contra legem»*. En el año 2009, a raíz de la *sentencia* de gran interés para toda la comunidad jurídica, del *Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009*, los pronunciamientos doctrinales han sido abundantes. Pero antes de exponer algunas de las contribuciones que efectuó la doctrina sobre el tema, veamos el contenido de la Sentencia.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), en su Sentencia de 28 de enero de 2009 (recurso núm. 45/2007, de casación) resolvió un recurso en interés de ley planteado por el ayuntamiento de Málaga, donde se plantea la eficacia del silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas *tras la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. El solicitante interpuso recurso contencioso-administrativo alegando que él había obtenido su licencia por silencio administrativo positivo. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo desestimó el recurso del solicitante contra la resolución del ayuntamiento de Málaga que denegó la licencia de primera ocupación de vivienda una vez transcurrido el plazo legal para dictar resolución expresa, razonando que no existía concesión de la licencia por silencio positivo, puesto que no cabe entender adquiridas por silencio facultades contrarias a la legislación o al planeamiento urbanístico. A continuación, apelada la sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, estimó el recurso de apelación planteando la eficacia del silencio positivo respecto de una licencia urbanística y aplicando la regulación del silencio tras la reforma de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999. A juicio del Tribunal Superior de Justicia, la estimación por silencio de una solicitud tiene igual naturaleza que el acto administrativo expreso estimatorio de la misma, de donde se deriva que para dejar sin efecto un acto administrativo producido por silencio se necesita acudir al procedimiento de revisión de los actos administrativo expresos. Ahora bien, es verdad que sobre esta vertiente concreta del tema (si puede haber silencio positivo tras la reforma) no había jurisprudencia del Tribunal Supremo, así que influido por el Tribunal Superior

de Justicia de Valencia que se pronunció también de tal manera cuando tuvo la ocasión, la sentencia indica que no cabe el desconocimiento del silencio positivo por un acto expreso posterior en sentido contrario siendo la única salida la revisión de oficio en el supuesto de nulidad de pleno derecho.

Posteriormente, el ayuntamiento de Málaga interpuso recurso de casación frente a la sentencia de apelación en interés de ley por considerarla errónea y gravemente dañosa para los intereses generales por cuanto genera una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de tanta trascendencia social como es el urbanismo. El Tribunal Supremo conoce finalmente el asunto, entendiendo que aunque su jurisprudencia ha mantenido siempre que en ningún caso pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra del ordenamiento urbanístico, concurre aquí la novedad de que el Tribunal Superior de Justicia con sede en Málaga, se basa en la modificación introducida por la Ley 4/1999, cuestión sobre la que no se había pronunciado todavía el Tribunal Supremo.

Pues bien, la argumentación del Tribunal Supremo se inicia haciendo referencia al mantenimiento de una disposición similar a la que había en la legislación anterior en la que se dispone que en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística [art. 8.1. *b*) del TRLS de 2008]. EL TRLS en calidad de Ley estatal se aplica a todo el territorio nacional. Por otro lado, la disposición modificatoria en cuestión indica que los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Y esto es lo que hace exactamente el artículo de TRLS de 2008, excepcionar la regla de adquisición de derechos por silencio administrativo positivo. Así pues, en la confrontación entre los principios de seguridad jurídica y de legalidad, el Tribunal Supremo da primacía en este caso al segundo tal como observa J. A. RÁZQUIN LIZARRAGA, «Silencio administrativo y urbanismo: imposibilidad de adquirir licencias urbanísticas por silencio positivo *contra legem*», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2009, p. 56.

Sobre el mismo tema, como adelantamos, en el 2009, hubo muchos estudios por parte de la doctrina. En este sentido, A. del C. NETTEL BARRERA, «El silencio positivo *contra legem* en el Derecho urbanístico, punto crítico de encuentro entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima», en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 248, 2009, pp. 151-194, pone de manifiesto los diferentes aspectos del manejo del principio de legalidad por la Administración y los jueces, la posibilidad de revocación de actos adoptados por silencio administrativo positivo y la interrelación entre los principios jurídicos de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima. Por otra parte, hay que destacar el artículo de J. A. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Silencio administrativo y licencias urbanísticas», en el *Diario La Ley*, 7156, 2009, donde se formula una crítica precisa y directa en la jurisprudencia señalada con anterioridad. En la misma línea, G. AGUILLAUME GANDASEGUI, con sus artículos: «La

evolución jurídica del silencio administrativo en las licencias urbanísticas», en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 250, 2009, pp. 11-47, y *Post Scriptum* al trabajo sobre el silencio administrativo en las licencias urbanísticas: «Reflexiones sobre la STS de 28 de enero de 2009», en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 252, 2009, pp. 57-63, y Á. CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, con su trabajo, «La regla de la no adquisición por silencio de las facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial y urbanística», en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 252, 2009, pp. 11-56, han contribuido con sus análisis jurisprudenciales y sus aportaciones teóricas a comprender un poco más la figura del silencio administrativo positivo en el Derecho urbanístico español.

## 5. Patrimonio público del suelo y haciendas locales

En lo que se refiere, finalmente, al patrimonio municipal del suelo hay que destacar la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 11 de mayo de 2009 (recurso 2800/2007, de casación), que se refiere a la posibilidad de destinar ingresos pertenecientes al patrimonio municipal del suelo a la financiación de suplementos de crédito ajenos a las finalidades legales de aquél. En este caso, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Sala de instancia reiterando la doctrina sentada por la propia Sala relativa a la imposibilidad de que los ayuntamientos conviertan el patrimonio municipal del suelo en fuente de financiación de cualquiera de las necesidades municipales. Según el Tribunal Supremo la naturaleza de dichos patrimonios es, acorde a lo dispuesto en la normativa urbanística, cumplir con un fin último como es el destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social de acuerdo con el planeamiento urbanístico sin que quepan interpretaciones flexibles (FFJJ 6 y 7).

En último lugar, es de especial importancia la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 16 de abril de 2009 (recurso 6903/2003, de casación), sobre la no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de las cesiones gratuitas de inmuebles en ejercicio de funciones públicas. El Tribunal Supremo considera que la cesión gratuita de parcelas a la Empresa Municipal de Vivienda a un ayuntamiento por parte de la Gerencia de Urbanismo destinadas a la construcción de viviendas se produce en el ejercicio de una función pública y no de una actividad empresarial o profesional, lo que determina su no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido.

# Ordenación del tráfico de vehículos y personas

Tomás CANO CAMPOS  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad Complutense*

**Palabras clave:** tráfico; seguridad vial; circulación; infracciones; sanciones; procedimiento; notificaciones; prescripción; ejecutividad de las sanciones; recursos contra las sanciones.

**Key words:** traffic; road safety; traffic; infractions; fines; proceedings; notices; prescription, enforcement of sanctions, appeals against sanctions.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ORDENANZAS MUNICIPALES DE CIRCULACIÓN.—1. Algunos ejemplos de ordenanzas aprobadas o modificadas.—2. La competencia del Pleno para ejercer la potestad normativa municipal.—III. RÉGIMEN SANCIONADOR.—1. Determinación de la cuantía de las multas por un Decreto de un concejal.—2. Presunción de inocencia y presunción de veracidad de las denuncias.—IV. RETIRADA DEL VEHÍCULO DE LA VÍA PÚBLICA POR ABANDONO.—V. LA REFORMA DE LA LEY DE TRÁFICO DE 2009 Y SU INCIDENCIA EN LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES.—1. Introducción.—2. Las sanciones de tráfico.—2.1. *La determinación legal de la cuantía exacta de las multas.*—2.2. *La suspensión de autorizaciones. La eliminación de la sanción de suspensión del permiso de conducción.*—2.3. *La naturaleza jurídica de la pérdida de puntos.*—3. El nuevo procedimiento de imposición de las sanciones de tráfico.—3.1. *Iniciación del procedimiento y contenido de las denuncias de los agentes de la autoridad.*—3.2. *El procedimiento abreviado.*—3.3. *Procedimiento sancionador ordinario.*—4. El sistema de notificaciones.—5. Los recursos contra las sanciones de tráfico.—5.1. *La eliminación de los recursos administrativos en el procedimiento abreviado.*—5.2. *El recurso potestativo de reposición en el procedimiento ordinario.*

## I. INTRODUCCIÓN

El año 2009 viene marcado por la importante reforma del Texto Articulado de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial (LTSV) llevada a cabo por la Ley 18/2009, de 23 de noviembre. En la medida en que dicha Ley modifica por completo el régimen sancionador de la LTSV, en especial el procedimiento sancionador, y los municipios son competentes para sancionar las infracciones a las normas de circulación en las vías urbanas, la reforma

afecta plenamente al ámbito municipal. Por eso conviene dar cuenta en esta crónica de los aspectos más importantes de la reforma, en particular de los que más afectan a los municipios (las sanciones y más concretamente la determinación legal de las multas; el nuevo procedimiento de imposición de las sanciones de tráfico, con sus dos variantes de procedimiento abreviado y ordinario; el sistema de notificaciones, que trata de hacer frente a los problemas que se han planteado sobre todo en el ámbito local, y los recursos contra las sanciones). Lo haremos en el último apartado de esta crónica.

Antes de ello daremos cuenta de algunas novedades normativas (aprobación o modificación de numerosas ordenanzas de tráfico o movilidad) y de las resoluciones jurisprudenciales más importantes que afectan a la ordenación del tráfico de vehículos y de personas en las vías urbanas, en concreto las relativas al régimen sancionador y las que afectan a las medidas de inmovilización y retirada de vehículos de las vías urbanas.

## II. ORDENANZAS MUNICIPALES DE CIRCULACIÓN

El art. 7 de la Ley de Tráfico atribuye a los municipios, entre otras, la competencia para regular mediante ordenanza municipal 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. Con base en dicho precepto, la mayoría de los municipios han aprobado sus respectivas ordenanzas. En 2009 son muchos los que lo han hecho o han modificado las existentes para hacer frente a los cambiantes problemas del tráfico urbano y a los nuevos modos de movilidad (bicicletas, monopatines, patines, *quads*). Daremos cuenta de algunas de las más significativas. La jurisprudencia también ha vuelto a reiterar que la potestad para aprobar normas en la materia en el ámbito municipal corresponde únicamente al Pleno municipal.

### 1. Algunos ejemplos de ordenanzas aprobadas o modificadas

Una de las ordenanzas que ha sido objeto de mayores críticas, en muchas ocasiones tergiversando parcialmente su contenido, ha sido la de Ciudad Real, aprobada por el Pleno del ayuntamiento el 27 de marzo de 2009. Las críticas se han centrado en algunos de sus preceptos, que prohíben una serie de conductas y las sancionan con multas de 75 euros. Entre ellas destacan comportamientos como los que siguen y que también pueden verse en otras muchas ordenanzas, como por ejemplo la de Madrid: saltar o correr por la vía pública de forma que se moleste a los demás usuarios, esperar los autobuses fuera de los refugios o aceras, invadir la calzada para solicitar la parada de auto-taxis o coches

de servicio público, formar grupos en las vías que entorpezcan la circulación, estacionar utilizando más espacio del necesario, dejar más de 25 cm entre el bordillo de la acera y las ruedas del vehículo, apearse de un vehículo por el lado contrario al que se encuentra detenido, o por estacionar en un mismo lugar de la vía pública durante más de cinco días hábiles, aparcar una moto entre dos coches, etcétera.

En la mayor parte de las ordenanzas modificadas se aprecia la necesidad de regular el uso de las bicicletas, monopatines, etc., y de limitar la velocidad en algunas zonas de las ciudades. Es el caso de la de Pamplona, aprobada por el Pleno del ayuntamiento en sesión de fecha 5 de marzo de 2009. La ordenanza permite que las bicicletas circulen por las aceras señalizadas al efecto, pero respetando siempre la prioridad del peatón. En los pasos para peatones los ciclistas deberán echar el pie al suelo para cruzarlos. La nueva ordenanza limita a 30 km por hora la velocidad de los vehículos en algunas zonas de la ciudad y a 20 km por hora en las zonas peatonales y en el casco antiguo.

También cabe destacar la propuesta de modificación de la Ordenanza de Tráfico, Aparcamiento, Circulación y Seguridad Vial del ayuntamiento de Palencia (*BOP* de Palencia, de 9 de octubre de 2009). En el Anexo I, relativo a las bicicletas, su art. 1 establece la obligación de que las bicicletas circulen por las vías ciclistas o por los itinerarios señalizados en zonas de prioridad peatonal y donde no existan por la calzada. Las bicicletas deben estar dotadas de timbre y de los elementos reflectantes y luminosos que exige la legislación vigente. En los artículos siguientes se establecen límites de velocidad (20 km/h), sentido de la circulación, transporte de bultos o personas, etc., y se establecen algunas señales específicas.

De las bicicletas y de los monopatines, también se ocupan las Ordenanzas de Movilidad de L'Hospitalet de Llobregat, con medidas que han sido criticadas (con la limitación de la velocidad a 5 km/h, la prohibición de llevar remolques para el transporte de personas y carga, etc.), la del ayuntamiento de Avilés, la del de Málaga, la ordenanza ya citada de Ciudad Real, etcétera.

## 2. 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 es clara e indudable, por lo que debe ser descartada la posibilidad de que los alcaldes u otros órganos dicten con carácter general —salvo el supuesto previsto en el art. 21.1.j) LBRL— bandos en la materia. Como destacamos en la crónica del número anterior de este Anuario, la *Sentencia núm. 253/2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26, de 23 de septiembre de 2008*, declaró la nulidad del Decreto del Concejal del Gobierno de Seguridad y Servicios del ayuntamiento de Madrid, de 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), pues dicho decreto tenía carácter normativo y, por tanto, había sido dictado por un órga-

no incompetente, debiendo haber sido el Pleno del ayuntamiento mediante ordenanza el que debería haber ampliado dicho servicio. 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, pero la sentencia no declaró la nulidad de dicho precepto porque cabe una interpretación del mismo 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».

La reciente *Sentencia núm. 911/2009 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de abril de 2009*, desestima el recurso interpuesto por el ayuntamiento de Madrid contra dicha sentencia por las mismas razones, añadiendo que de la propia ordenanza se deduce que el Pleno del ayuntamiento tenía conciencia del carácter normativo de la fijación de la Zona SER cuando ordena su publicación en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, y añade que no puede examinar si el art. 63.2 de la citada ordenanza es o no conforme a Derecho por cuanto que no ha sido objeto de impugnación.

### III. RÉGIMEN SANCIONADOR

#### 1. Determinación de la cuantía de las multas por un Decreto de un concejal

La *STSJ de Madrid núm. 1397/2009, de 18 de junio (ponente González de Lara Mingo)*, anula un Decreto de 3 de noviembre de 2005, dictado por el concejal del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del ayuntamiento de Madrid, por el que se aprueba el nuevo cuadro de claves de infracciones a la normativa de circulación vial, así como el importe de las sanciones que con carácter provisional han de corresponder a las mismas. El referido decreto fue dictado en virtud de lo dispuesto en el art. 109 de la Ordenanza de Movilidad para la Ciudad de Madrid, de fecha 26 de septiembre de 2005, que es del siguiente tenor: «Las infracciones que pudieran cometerse contra lo dispuesto en la presente ordenanza serán sancionadas con multa y, en su caso, con suspensión del permiso o licencia de conducción o cualquier otra medida accesoria establecida en la ley. La cuantía de la multa será fijada por el alcalde o el órgano en que delegue mediante la aprobación de un cuadro de claves de infracciones e importe de

sanciones según las tipificaciones establecidas en el texto articulado de la Ley de Tráfico y en el Reglamento General de Circulación». El texto articulado de la Ley de Tráfico, antes de la reciente reforma de 2009, establecía los siguientes límites mínimo y máximo para cada tipo de infracción: hasta 90 euros para las infracciones leves, de 91 a 300 euros para las graves y de 301 a 600 para las muy graves. En el caso de infracciones graves podía imponerse, además, la sanción de suspensión del permiso o licencia por un plazo mínimo de un mes y máximo de tres meses; en el caso de las infracciones muy graves se debía imponerse en todo caso dicha sanción por el plazo mínimo de un mes y máximo de tres meses (art. 67.1 LTSV).

Del examen de la disposición impugnada, señala la sentencia (que así califica al decreto del concejal), «se desprende claramente que se infringe el principio de la jerarquía normativa, pues establece una cuantía fija para cada tipo de infracción sin tener en cuenta que la ley establece un margen o recorrido de la sanción, a modo de ejemplo, para las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 90 euros, lo que implica que pueden ser sancionadas con multa inferior a los 90 euros que de modo general establece la norma, que es en el concreto acto de imposición de la sanción cuando de manera motivada se debe elegir la concreta sanción a imponer teniendo en consideración todos los elementos del caso, y no puede de manera apriorística determinarse el importe de la sanción».

Aunque a la sentencia le basta ese argumento para declarar la nulidad del decreto, el recurrente también alega la vulneración del principio de proporcionalidad. Y, en efecto, también se vulnera dicho principio, pues al establecer la Ley de Tráfico unos topes mínimos y máximos para cada tipo de infracción y unos criterios de graduación de la concreta sanción a imponer (art. 69), es en el proceso de aplicación del Derecho, esto es, cuando se cometa una concreta infracción, cuando la Administración (los municipios en las vías urbanas) ha de concretar la cuantía fija de la multa con arreglo a las circunstancias del caso y la concurrencia o no de los referidos criterios (gravedad y trascendencia del hecho, antecedentes del infractor, peligro potencial creado, etc.), y no con carácter general y, sobre todo, sin distinguir o individualizar entre unos comportamientos y otros dentro de cada tipo de infracción leve, grave y muy grave. Es cierto que el art. 129.3 de la LAP habilita a los reglamentos de desarrollo de las leyes sancionadoras para introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones y sanciones, de modo que contribuyan a la más correcta identificación de las conductas y a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes, pero el decreto no procede a dicha especificación o identificación de las conductas para atribuirle una sanción fija o determinada, sino que procede a fijar la cuantía de las multas para los mismos tipos genéricos de infracciones que ya tipifica la ley, vulnerando así el principio de proporcionalidad que exige una adecuación o relación de proporción entre la gravedad del comportamiento y la concreta respuesta punitiva. Esa adecuación puede hacerla la Ley e impedir que la haga la Administración al dictar reglamentos o incluso al aplicar las sanciones, como hace ahora la LTSV (que determina las multas de las infracciones graves y muy graves de forma fija), pero si la Ley no la realiza totalmente, sino que deja un margen a los reglamentos,

éstos pueden establecer multas fijas (dentro de los márgenes legales) para atribuirlos a conductas que especifiquen dentro de las diversas clases de infracciones (leves, graves y muy graves). Si no lo hacen, como es el caso, el principio de proporcionalidad (dentro de los márgenes que ha dejado el legislador) no se respeta. Es más, si el Decreto procediera a la referida especificación o identificación de las conductas y atribuir a las mismas sanciones fijas dentro de los márgenes de la Ley de Tráfico (respetando así la reserva de ley), también debería declararse su nulidad por no ser el órgano que lo aprueba, el concejal del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios, el competente para ello. Son las normas reglamentarias quienes pueden realizar esa operación a que alude el art. 129.3 LAP. Y en el ámbito local quienes gozan de esa potestad normativa no son los concejales, sino los Plenos de los ayuntamientos. Por consiguiente, debería ser la Ordenanza de Movilidad de Madrid —como hacen otras muchas ordenanzas en sus anexos— la que procediera a esa operación de especificación de las conductas y graduación de las sanciones previstas en la LTSV, por lo que la habilitación que contiene en su art. 109 para que lo haga el alcalde o el órgano en quien delegue también resulta nula de pleno Derecho.

## 2. Presunción de inocencia y presunción de veracidad de las denuncias

En virtud del derecho fundamental a la inocencia, la carga de la prueba de las infracciones de tráfico (como de cualquier otra) corresponde a la Administración. La Administración puede destruir la presunción de inocencia presentando como prueba de cargo una denuncia de los agentes de la autoridad que han presenciado los hechos, la cual goza de la denominada presunción de veracidad (art. 76 de la Ley de Tráfico), pero dicha prueba puede ser desvirtuada por otras que presenten los interesados. En el caso concreto un conductor había sido sancionado por el ayuntamiento de Madrid por rebasar en rojo un semáforo. Frente a su alegación de que en el lugar indicado en la denuncia no había semáforo alguno, el ayuntamiento se limita a decir que la denuncia del funcionario de policía, debidamente ratificada, se presume cierta. En la ratificación de la denuncia el policía denunciante adjuntaba un croquis de la zona de la denuncia en la que se señala un lugar en el que no hay semáforo alguno. El letrado del ayuntamiento afirma, además, que corresponde al demandante acreditar la imposible comisión de la infracción al no existir semáforos en el lugar reseñado en la denuncia. La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1, de fecha 10 de diciembre de 2008, estimó la demanda y anulo la sanción. La STSJ de Madrid núm. 1935/2009, de 22 de octubre de 2009, desestima el recurso de apelación interpuesto por el ayuntamiento contra dicha sentencia.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala que se «equivoca el Letrado Consistorial cuando afirma que corresponde al demandante acreditar la imposible comisión de la infracción al no existir semáforos en el lugar reseñado en la denuncia. No es al actor al que corresponde acreditar dicho extremo, sino a la administración demandada titular de la potestad sancionadora, toda vez que en este tipo de procedimientos sancionadores rige el principio de presunción de inocencia explícitamente establecido en el art. 24 de

la Constitución y reconocido legalmente en el art. 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece que los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. La prueba le corresponde a la administración y ello es independiente de que pueda constituir prueba suficiente de la infracción los hechos constatados por un agente de la autoridad toda vez que el art. 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados, precepto éste reiterado por el art. 76 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, que afirman que las denuncias efectuadas por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico harán fe, salvo prueba en contrario, respecto de los hechos denunciados, sin perjuicio del deber de aquéllos de aportar todos los elementos probatorios que sean posibles sobre el hecho denunciado. Ahora bien, como ya ha reiterado este Tribunal, existen infracciones en las cuales no es posible obtener otro medio probatorio diferente a la denuncia. En estos casos debe bastar como prueba la declaración testifical o ratificación del agente. Pero hay infracciones, como las relativas a estacionamiento prohibido, en que son perfectamente fáciles otras pruebas, tales como una fotografía. En estos casos, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 1.248 del Código Civil, ha de negarse el carácter de prueba plena a la sola declaración testifical, pues entenderlo de otra forma supondría establecer una presunción *iuris et de iure* en orden a la certeza de lo informado por el agente denunciante, lo que sería contrario a la presunción de inocencia que no permite que los hechos denunciados por un agente o funcionario público sean considerados intangibles, sino que, por el contrario, posibilita que la realidad de lo consignado en la denuncia pueda quedar desvirtuado mediante la adecuada prueba en contrario, o aún por la ausencia de toda otra prueba. Es evidente que la existencia o no de un poste semafórico en una determinada intersección puede ser acreditado por otro medio distinto a la constatación del agente y dicha prueba le corresponde al ayuntamiento, pero además en el presente caso del documento obrante al folio 9 del expediente administrativo se deduce que no existe poste semafórico alguno en la intersección de las calles Eugenia de Montijo con la calle Jacobina, lugar que se indica en todos los actos dictados en el expediente sancionador, sino en un lugar cercano (la intersección de las calles Eugenia de Montijo con la Avenida de los Poblados), por lo que debe concluirse que no existe prueba suficiente para fracturar la presunción de inocencia, sin que sea admisible el cambio del lugar de la comisión de la infracción, pues ésta viene determinada entre otros datos por la fecha y hora de la infracción y su lugar de comisión, produciéndose una infracción del derecho de defensa del interesado si se procediera de esta forma. Por lo que el recurso de apelación ha de ser desestimado».

#### IV. RETIRADA DEL VEHÍCULO DE LA VÍA PÚBLICA POR ABANDONO

El art. 71.1.a) de la LTSV (en la actualidad art. 85 tras la reforma de 2009) establece que la Administración podrá proceder, si el obligado a ello no lo hiciera, a la retirada del vehículo cuando pueda presumirse racionalmente su abandono en la vía, precisando que se presumirá racionalmente su abandono: «a) cuando transcurran más de dos meses desde que el vehículo haya sido depositado tras su retirada de la vía pública por la autoridad competente; b) cuando permanezca estacionado por un periodo superior a un mes en el mismo lugar y presente desperfectos que hagan imposible su desplazamiento por sus propios medios o le faltan las placas de matriculación. En este caso tendrán tratamiento de residuos sólidos urbanos de acuerdo con la normativa ambiental correspondiente. En el supuesto contemplado en el apartado a), y en aquellos vehículos que, aun teniendo signos de abandono, mantenga la placa de matriculación o dispongan de cualquier signo marca visible que permita la identificación de su titular, se requerirá a éste, una vez transcurridos los correspondientes plazos, para quien el plazo de quince días retirase el vehículo del depósito, con la advertencia de que, en caso contrario, se procederá a su tratamiento como residuo sólido urbano».

El titular de un vehículo permaneció ingresado en el Centro Penitenciario de Logroño desde el 4 de julio de 2003 hasta el 10 de marzo de 2006. Su vehículo estaba estacionado en la vía pública con una serie de desperfectos (ruedas deshinchadas, ausencia de los espejos retrovisores, luna trasera y pilotos rotos, etc.). Ante esa circunstancia, la policía municipal procedió a su recogida de la vía pública y su entrega en el depósito municipal. En el expediente administrativo constan los intentos de notificación al propietario de las consecuencias del abandono del vehículo en el domicilio que constaba en los Registros de Tráfico. El propietario interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución municipal por la que se desestimaba su reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial, que fue desestimado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Logroño. La STSJ de Logroño 347/2009, de 11 de noviembre, desestima el recurso de apelación contra dicha sentencia y la pretensión del recurrente de que se revoque dicha sentencia, se declare nula la resolución de la Alcaldía objeto del recurso y que se ordene que el vehículo en cuestión sea reintegrado a su titular en las mismas condiciones en que se encontraba cuando fue estacionado en la vía pública en el año 2003 (previa reparación de todos los desperfectos), que sea dado de alta a nombre de su propietario por la Jefatura Provincial de Tráfico de La Rioja y que no le sea exigido el pago de ninguna tasa por la retirada del mismo.

El Tribunal Superior de Justicia de Logroño, haciendo suyos los argumentos de la sentencia de instancias, señala lo que sigue: «Tratándose el expediente de abandono de un expediente iniciado de oficio, y no habiéndose indicado otra dirección mediante solicitud del administrado, procedía efectuar las notificaciones en el domicilio que constaba en el registro público correspondiente, esto es, los registros de la Dirección General de Tráfico. Las notificaciones fueron intentadas en tal lugar, si bien fue infructuosa su

práctica. Tales intentos se llevaron a cabo en diferentes ocasiones, y a este respecto debe recordarse que el art. 59.5 de la Ley 30/1992 establece que: «cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignora el lugar de notificación o el medio al que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del ayuntamiento en su último domicilio, en el *Boletín Oficial del Estado*, de la comunidad autónoma o de la provincia, según cuál sea la administración de la que proceda al acto notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó...». En cuanto a la pretendida devolución del vehículo en el estado en el que se encontraba cuando fue aparcado por el recurrente en la vía pública, tampoco puede acogerse, tanto por resultar correctamente tramitado el expediente para la declaración del abandono del vehículo, como por la constancia de que en el momento de la actuación municipal el bien ya presentaba los desperfectos por los que se reclama, lo que excluye la responsabilidad administrativa en tal resultado lesivo... En cuanto a la pretensión de exacción de las tasas correspondientes a la ordenanza fiscal no se ha acreditado que concurra causa legal para la exención del pago, amén de tratarse de una cuestión que no fue planteada expresamente en vía administrativa y sobre la que no ha habido pronunciamiento por la administración demandada». Por todo lo cual procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto con expresa imposición de las costas causadas.

## V. LA REFORMA DE LA LEY DE TRÁFICO DE 2009 Y SU INCIDENCIA EN LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES

### 1. Introducción

La reforma de la LTSV por medio de la Ley 18/2009, de 23 de noviembre, se presenta como una suerte de continuación y complemento de la Ley 17/2005, de 19 de julio, que reformó también la LTSV introduciendo en nuestro país el permiso y la licencia de conducción por puntos. Se trataría de seguir avanzando en el camino recorrido (que se ha traducido en una reducción muy significativa de la mortalidad en las carreteras), pero modificando aquellos aspectos de la actual regulación que han restado eficacia al sistema, sobre todo el procedimiento administrativo sancionador. Puede así leerse en la Exposición de Motivos de la Ley 18/2009, que la implantación del permiso de conducción por puntos ha dado lugar a un cambio de comportamiento de los conductores que se ha traducido en una reducción significativa de la mortalidad, pero transcurridos más de tres años desde que se implantó el nuevo sistema del permiso de conducción por puntos, «es ya posible dirigir el grueso de las críticas hacia el elemento que precede a toda detracción de puntos: el procedimiento sancionador». Un procedimiento que presentaría estas deficiencias: su excesiva dilación en el tiempo (mayor, incluso, que el que se precisa en el proceso penal para reprimir los delitos contra la seguridad vial), lo que provoca una sensación de impunidad y la incertidumbre que en la mayoría de los conductores provo-

ca el desconocimiento acerca de un procedimiento en marcha (debido a los medios de técnicos de detección de las infracciones, y al actual sistema de notificaciones).

Todo ello, unido a determinadas especialidades que presentaría el sector (carácter masivo del fenómeno, el carácter mismo de las infracciones de tráfico donde la veracidad sobre los hechos que otorgan los medios técnicos y las denuncias de los agentes dejan poco margen para la duda, diversidad de Administraciones con competencias, etc.), aconsejaría una reforma integral del procedimiento sancionador al objeto de configurar un procedimiento específico mucho más ágil y menos formalista que se aleje de las rigideces de las reglas procedimentales comunes, tal y como ocurre ya respecto de las infracciones en el orden social o en los procedimientos administrativos en materia tributaria.

La reforma se aprovecha también para incluir algunos cambios puntuales en la tipificación de las infracciones (describiendo más detalladamente algunas conductas), para modificar el régimen de las sanciones (estableciendo una determinación exacta de la cuantía de las multas, suprimiendo las sanciones de suspensión del permiso de conducción y de circulación, etc.), para determinar con mayor precisión los sujetos responsables de las infracciones (sobre todo cuando no se identifica en el acto al conductor), para alterar los plazos de prescripción, para incluir algunas novedades en la ejecución de las sanciones, así como para introducir algunas modificaciones en cuestiones más alejadas del ámbito sancionador (nueva ordenación del Consejo de Seguridad vial, revisión de las medidas de inmovilización y retirada de vehículos, creación del Registro Estatal de Víctimas y Accidentes de Tráfico, etc.).

Entre los aspectos más destacados conviene detenerse en las cuestiones siguientes:

- La regulación de las sanciones.
- El nuevo procedimiento sancionador.
- El sistema de notificaciones.
- El sistema de recursos.

## 2. Las sanciones de tráfico

El elenco de las sanciones de tráfico se ha visto reducido con la reciente reforma, pues ahora desaparecen como sanción tanto la suspensión del permiso y la licencia de conducción (que antes se podía imponer, junto a la multa, por infracciones graves y muy graves), como la suspensión del permiso de circulación. Se sigue manteniendo, sin embargo, la sanción de suspensión de otras autorizaciones en la materia, como las relativas a las autoescuelas y a los centros de reconocimiento de conductores, mientras que sigue sin estar claro si la pérdida de puntos constituye o no una sanción. La reforma también afecta a la determinación de la cuantía de las multas por infracciones graves y muy graves, pues ya no se establecen con un tope mínimo y máximo, como antes, sino que ahora las determina de forma exacta el propio legislador.

### 2.1. *La determinación legal de la cuantía exacta de las multas*

En efecto, ahora la cuantía de las multas, salvo para las infracciones leves (y otras infracciones que se precisan más abajo), se establece de forma fija o exacta, sin un tipo mínimo y máximo como antes: *hasta* 100 euros para las infracciones leves, *de* 200 euros para las graves y *de* 500 para las muy graves. El Anexo IV, por su parte, establece también de forma exacta la cuantía de las multas en función del exceso de velocidad: 100, 300, 400, 500 o 600 euros.

La justificación de este cambio, según la Exposición de Motivos, es que la anterior determinación ofrecía «a las diferentes Administraciones públicas con competencias en materia de tráfico un elevado grado de discrecionalidad, provocando grandes diferencias en el reproche jurídico por unos hechos similares». Pero no es cierto, como es evidente, que la Administración gozara antes, como tampoco ahora respecto de las infracciones leves u otras donde las sanciones no se determinan de forma fija, de discrecionalidad para determinar la concreta sanción a imponer dentro de los márgenes anteriores: de 91 a 300 euros para las graves y de 301 a 600 para las muy graves. La Administración, dentro de esos márgenes, está vinculada por el principio de proporcionalidad que se manifiesta a través de los criterios de graduación de las sanciones de los arts. 68 LTSV y 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

La determinación de la exacta cuantía de las multas por el propio legislador no vulnera dicho principio. Primero, porque nada impide que el juicio de proporcionalidad lo haga con carácter general y exclusivo el propio legislador, que establece una modulación en función de la gravedad de la infracción cometida. Esta proporcionalidad en la ley ha sido admitida por el TEDH a efectos de la aplicación del art. 6.1 CEDH (Sentencia *Malige c. Francia*, de 23 de septiembre de 1998, a propósito de la naturaleza de la pérdida de puntos del permiso de conducción, y sentencia *Ali Göktaş c. Francia*, de 2 de julio de 2002). La nueva Ley, además, establece en su art. 68 que la cuantía de tales sanciones pecuniarias se podrá incrementar en un 30 por 100 en atención a la gravedad y trascendencia del hecho, los antecedentes del infractor y su condición de reincidente, el peligro potencial creado para él mismo y para los demás usuarios de la vía y al criterio de proporcionalidad. El legislador efectúa pues un juicio de proporcionalidad «a la baja» en el art. 67.1 y en el Anexo IV, estableciendo el mínimo imprescindible de reproche punitivo a efectuar por la Administración; mínimo que se podrá incrementar en el porcentaje referido si concurren circunstancias que exijan una respuesta sancionadora más adecuada o proporcionada a las mismas.

El art. 67.2 prevé multas mucho más elevadas (que pueden llegar hasta los 20.000 euros) para determinados tipos de infracciones. Así el incumplimiento por el titular del vehículo o el arrendatario del mismo con el que se ha cometido una infracción de la obligación de identificar verazmente al conductor responsable de la misma, cuando

sea requerido para ello [art. 65.5.j) LTSV], llevará aparejada una multa del doble de la prevista para la infracción originaria que la motivó, si la infracción es leve, y del triple, si la infracción es grave o muy grave. La conducción de vehículos que tengan instalados inhibidores de radar o cualesquiera otros mecanismos encaminados a interferir en el correcto funcionamiento de los sistemas de vigilancia del tráfico [art. 65.5.b) LTSV] se sanciona con multa *de* 6.000 euros. Mientras que las infracciones tipificadas en el art. 65.6 LTSV (realizar obras sin autorización en la vía; retirar, ocultar o deteriorar la señalización; incumplir las normas sobre actividades industriales que afectan directamente a la seguridad vial; incumplir las normas sobre autorización y funcionamiento de autoescuelas y centros de reconocimiento de conductores; etc.) llevan aparejadas una multa de entre 3.000 y 20.000 euros.

La disposición final segunda de la LTSV autoriza al Gobierno a actualizar, mediante Real Decreto, la cuantía de las multas atendiendo a la variación que experimente el índice de precios al consumo; mientras que la disposición adicional tercera establece la obligación de destinar íntegramente el importe de las multas a la financiación de actuaciones y servicios en materia de seguridad vial, prevención de accidentes de tráfico y ayuda a las víctimas.

## 2.2. *La suspensión de autorizaciones. La eliminación de la sanción de suspensión del permiso de conducción*

La LTSV, en su redacción originaria, siempre previó como sanciones la suspensión temporal y la revocación de las autorizaciones en el sector (esencialmente, el permiso de conducir, el permiso de circulación, la autorización para desarrollar la enseñanza de los conocimientos y técnicas de la conducción y la autorización para la constatación de las aptitudes psicofísicas de los conductores). Así lo disponía el art. 67 de dicho texto, en sus apartados 1 y 4.

Ahora, sin embargo, sólo se prevé la sanción de suspensión, y no de todas las autorizaciones, sino sólo de las relativas a las autoescuelas y a los centros de reconocimiento (autorizaciones de apertura y funcionamiento de tales centros y autorizaciones que permiten acceder a la actuación profesional en los mismos). Así lo prevé el nuevo art. 67.2 LTSV. Según este precepto, cuando se incumplan las normas sobre el régimen de autorización y funcionamiento de los centros de enseñanza y formación y de los centros de reconocimiento de conductores autorizados por el Ministerio del Interior o por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, que afecten a la cualificación de los profesores o facultativos, al estado de los vehículos utilizados en la enseñanza, o a elementos esenciales que incidan directamente en la seguridad vial [incumplimiento que el art. 65.6.e) califica como infracción muy grave], se *podrá* imponer la sanción de suspensión de la correspondiente autorización por el periodo de un año.

Pero en el ámbito de las sanciones, la novedad más importante del nuevo régimen sancionador, junto con la eliminación de la sanción consistente en la imposibilidad de

obtener el permiso por el periodo de dos años tras haber sido denunciado —hoy condenado— por conducir careciendo de permiso, radica en la eliminación de la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducción (también del permiso de circulación), que antes se preveía para las infracciones graves y muy graves y que podía llegar hasta los tres meses. Subsiste, sin embargo, como ya se ha señalado, la posibilidad de la suspensión cautelar de tales autorizaciones en los procedimientos de declaración de nulidad, lesividad y pérdida de vigencia (art. 64 LTSV).

La razón de esa supresión no se explicita en la EM de la nueva Ley, pero son de sobra conocidos los problemas que planteaba la imposición de dicha sanción, imposición que correspondía siempre a la Administración del Estado aunque la sanción de multa que siempre acompañaba a aquélla la impusieran las CCAA con competencias ejecutivas en la materia (País Vasco y Cataluña) o los propios municipios en las vías urbanas. En ello quizá también ha influido el nuevo sistema de detracción de puntos y su carácter materialmente sancionador, por mucho que el texto inicial del Gobierno remitido al Congreso se empeñara en señalar su carácter no sancionador y ahora la nueva Ley no recoja dicha pérdida o detracción en el elenco de sanciones. Lo único que al respecto dispone el art. 67 LTSV, que como hemos visto es el que se ocupa de las sanciones, es lo siguiente: «En el supuesto de infracciones que impliquen detracción de puntos, el agente denunciante tomará nota de los datos del permiso de conducción y los remitirá al órgano sancionador competente que, cuando la sanción sea firme, los comunicará juntamente con la sanción y la detracción de puntos correspondiente al Registro de Conductores e Infractores».

Por eso procede detenerse un momento en la naturaleza jurídica de la pérdida o detracción de puntos del permiso o licencia de conducción.

### 2.3. La naturaleza jurídica de la pérdida de puntos

La naturaleza jurídica de la pérdida de puntos es una cuestión debatida. El texto remitido por el Gobierno del que trae causa la reciente reforma negaba expresamente su carácter sancionador: «no tienen el carácter de sanciones la detracción de puntos como consecuencia de la imposición de sanciones firmes en vía administrativa» (art. 67.5 LTSV). Pero a su paso por el Congreso se eliminó dicho apartado del art. 67 y hoy nada se dice al respecto. Así, en el actual catálogo de sanciones no figura la detracción de puntos, pero tampoco se niega de forma expresa, como antes, su carácter de sanción.

La Exposición de Motivos de la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se introduce dicho sistema en nuestro país, resulta ambigua, pues señala que con el mismo se pretende combinar dos elementos esenciales. De un lado, su *carácter eminentemente reeducador* al configurar el cauce adecuado para modificar determinados comportamientos mediante la realización de cursos de sensibilización y reeducación vial de los conductores multitreincidentes; carácter reeducador que se va a llevar a cabo con el objetivo esencial de sensibilización y permanente llamada de atención sobre las gravísimas consecuencias que

tienen los comportamientos reincidentes en la inobservancia de las normas. De otro, su efecto *punitivo* para tales comportamientos y que se traduce en la disminución o pérdida del crédito en puntos con que cuenta un conductor, titular del permiso o licencia de conducción. Tales puntos son el reflejo del nivel de confianza que como tal conductor le otorga la sociedad en un momento dado y cuya pérdida, a su vez, señala el reproche que tales conductas merecen.

Pudiera entenderse, como al parecer hace el Derecho alemán, que la declaración de pérdida de vigencia del permiso de conducción por la pérdida del saldo total de puntos no es una sanción, sino una revocación por la pérdida sobrevenida de uno de los requisitos exigidos para su obtención. Pero ante ello cabe señalar que la tenencia del saldo total de puntos no es un requisito exigido para obtener el permiso o la licencia de conducción, sino una consecuencia de su otorgamiento: no es un *prius*, sino un *posterius*. El saldo de puntos se obtiene, precisamente, cuando se otorga el permiso de conducir. No es tanto un requisito para la obtención del permiso, cuanto para su mantenimiento (art. 60.4 LTSV).

Por eso también podría considerarse que estamos en presencia de una revocación de la autorización por incumplimiento de las condiciones a que la misma se somete, en concreto las condiciones a que se somete el ejercicio de la actividad a que la autorización habilita, esto es, la conducción de vehículos a motor. La condición a que se sometería la autorización sería por tanto hacer un correcto uso de la misma, de la que la pérdida de puntos vendría a ser una suerte de «termómetro» que al llegar a un determinado nivel (la pérdida total de los mismos) indicaría que tal uso es del todo incorrecto y procede por tanto declarar la revocación o pérdida de vigencia de la autorización. El art. 60.3 LTSV avalaría esta tesis: «La vigencia del permiso o la licencia de conducción estará condicionada a que su titular no haya perdido su asignación total de puntos...».

Pero son muchos —y seguramente de más peso— los argumentos que juegan a favor del carácter sancionador tanto de la pérdida de puntos como de la pérdida de vigencia de la autorización como consecuencia de la pérdida total del saldo de puntos.

En primer lugar, los puntos se pierden porque se cometen determinadas infracciones, son la consecuencia de su comisión, de forma tal que si no concurre alguno de los requisitos de éstas no puede perderse punto alguno. El propio art. 67.3 LTSV así lo reconoce: «En el supuesto de infracciones que impliquen la detracción de puntos...». Y otro tanto hace el Anexo II de dicha norma, cuya rúbrica es la siguiente: «Infracciones que llevan aparejada la pérdida de puntos». En efecto, el fundamento de la pérdida de puntos no es tanto la imposición de sanciones firmes en vía administrativa, cuanto, como dice ya la Exposición de Motivos de la Ley 17/2005 (que introduce el sistema), «la actitud de reiterada vulneración de las reglas que intentan poner el necesario orden en la circulación de vehículos a motor y que sistemáticamente son ignoradas por algunos usuarios de la vía, generando riesgos a los que una sociedad como la nuestra ha de hacer frente de forma severa». Además, como se ha visto, la propia Exposición de Motivos alude al «efecto punitivo» de la pérdida de puntos, aunque luego se diga —en

un entendimiento incorrecto del *non bis in idem*— que «no se trata, por tanto, de idear una doble penalización por unos mismos hechos, las infracciones de tráfico, pues éstas seguirán siendo, con independencia del sistema de puntos, objeto del correspondiente procedimiento sancionador...». La dualidad (o pluralidad) de sanciones cuya imposición prohíbe el *non bis in idem* debe ser entendida correctamente: realmente, no se trata de que no se puedan imponer dos o más sanciones por lo mismo, pues casi todas las normas sancionadoras (también las propias de tráfico: multa y suspensión de autorizaciones) prevén como reacción punitiva dos o más sanciones y de diverso tipo (normalmente una pecuniaria y otra privativa de derechos), sino de que se efectúen dos o más reproches punitivos por lo mismo, esto es, valorar y sancionar desde la misma perspectiva jurídica lo ya valorado y sancionado. Por eso, la adición de la pérdida de puntos (como sanción) a determinadas infracciones graves y muy graves (ahora sólo junto con la multa, pues se ha eliminado la suspensión del permiso de conducción), no puede nunca merecer un reproche desde la perspectiva del *non bis in idem*, sino, a lo sumo, desde la óptica del principio de proporcionalidad.

En segundo lugar, la pérdida de puntos encaja perfectamente en el concepto de sanción: castigo o mal impuesto por la Administración. En efecto, su contenido es perjudicial para quien lo sufre, pues supone la privación o restricción de un valor o ventaja que estaba previamente en la esfera jurídica de quien lo sufre. Ese perjuicio se busca expresamente como tal: el ordenamiento busca con ello de forma directa y deliberada causar un mal, imponer un castigo. Lo que no es incompatible con su finalidad preventiva, que es propia de toda sanción. El mal que se causa o el castigo que se impone no se hace a ciegas, por castigar, sino para prevenir, para evitar conductas similares en el futuro, esa «reiterada vulneración de las reglas que intentan poner el necesario orden en la circulación de vehículos a motor» de que habla la EM de la Ley 17/2005. Se trata, en definitiva, de agravar la situación del afectado y de dotar de eficacia a las normas por él vulneradas.

De este modo, determinadas infracciones graves y muy graves (relacionadas con la conducción de vehículos para los que se exija autorización administrativa para conducir) llevarían aparejadas dos consecuencias jurídicas sancionadoras: la multa y la detracción de determinados puntos, que se anotarían en el Registro de Conductores e Infractores. La revocación o declaración de pérdida de vigencia de la autorización por la pérdida total de los puntos no sería más que la concreción formal de la acumulación de los efectos que esas sanciones previamente impuestas (los puntos restados) tienen sobre la autorización para conducir cuando se llega al tope fijado por el legislador. Es decir, no se trataría de una nueva sanción, sino de la expresión de las consecuencias que la acumulación —llegado un determinado nivel— de una serie de sanciones previstas tiene sobre una autorización administrativa o, más exactamente, sobre el derecho a utilizar legítimamente vehículos de motor a que dicha autorización habilita.

Cabe incluso otra construcción que serviría para hacer frente a la eventual objeción de que, como lo que en último término se ve afectado es el derecho a conducir, la pér-

didada parcial de puntos como tal no es una sanción, pues no tiene contenido afflictivo alguno, no causa un daño directo a quien los pierde que, por esa simple pérdida, no vería alterada su situación jurídica. Construcción que también serviría para salvar una aparente colisión entre la reincidencia, que podría subyacer en el sistema del permiso por puntos, y la regla del *non bis in idem*. La explicación, como han hecho algunos penalistas para la agravante de reincidencia, podría ser ésta: la comisión de determinadas infracciones de tráfico, además de una multa, tiene otra consecuencia adicional sancionadora que queda en suspenso: la revocación del permiso o licencia (y, por tanto, la prohibición de conducir vehículos de motor), que sólo operaría cuando se realizasen nuevas infracciones (tantas cuantas sean precisas para perder el saldo total de puntos). La realización ulterior de tales infracciones constituiría una condición resolutoria que tendría como consecuencia jurídica la sanción de revocación de la autorización para conducir, previa su declaración formal con arreglo al procedimiento previsto en el art. 37 del Reglamento General de Conductores.

La jurisprudencia parece inclinarse también por la naturaleza materialmente sancionadora de la pérdida de puntos. La STC 63/2007, aunque en *obiter dicta*, apuntó que estamos en presencia de una sanción cuando afirmó que «para reprimir las infracciones de tráfico la Ley previene un amplio catálogo de sanciones que van, en función de la gravedad de la infracción considerada, desde la multa a la suspensión del permiso de conducción, pasando hoy, tras la modificación introducida por la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la pérdida de puntos» (FJ 3). También destacó su carácter sancionador, estimando por ello un recurso contencioso-administrativo por no constar en la denuncia los puntos que se perdían, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 3 de Pamplona, de 9 de octubre de 2007.

Por su parte, la STS de 4 de junio de 2009, recurso núm. 25/2006, ponente Calvo Rojas, no deja lugar a dudas. Según dicha sentencia, «aunque la Abogacía del Estado se expresa en este punto con alguna indefinición, y pese a que la pérdida de puntos no aparece incluida en el catálogo de sanciones del art. 67 LTSV, es indudable que la pérdida de puntos es una medida que tiene carácter materialmente sancionador. El que el descuento de los puntos no se haga efectivo sino cuando la sanción (multa) es firme no viene sino a confirmar la naturaleza sancionadora de la pérdida de puntos, pues es también después de la firmeza cuando se produce la anotación de la sanción en el Registro de Conductores e Infractores» Y añade: «no ignoramos que, al afirmar que en la impugnación dirigida contra la resolución sancionadora puede combatirse la pérdida de puntos, se está contemplando la posibilidad de combatir una medida que todavía no se ha materializado, pues el descuento de puntos sólo tiene lugar cuando la sanción es firme. Pero es indudable que la pérdida de puntos es una consecuencia directa y automática de la sanción, y participa de su misma naturaleza, por lo que debe quedar sujeta al mismo régimen de impugnación».

En este sentido conviene añadir que la posibilidad de combatir una sanción todavía no materializada no es algo específico de la pérdida de puntos, sino de cualquier

otro tipo de sanción (multa, suspensión o revocación de autorizaciones, prohibición de actividades, de recibir subvenciones, de contratar con la Administración, etc.). Lo que ocurre con la pérdida de puntos es que dicha medida no necesita ser ejecutada forzosa-mente (salvo que se entienda que su ejecución es la anotación de la pérdida de puntos), no es un acto administrativo de carácter ejecutorio, pues su contenido se agota en una declaración: la que declara dicha pérdida. Lo que no quiere decir que no tenga carácter constitutivo (que es una de las notas que suelen predicarse de las sanciones), pues eso mismo ocurre con otros actos claramente constitutivos como la nacionalización: no necesita ser ejecutada y, sin embargo, tiene carácter constitutivo.

Por último, también conviene recordar que la STHDH de 23 de septiembre de 1998 (*Sentencia Malige c. Francia*) considera que la pérdida de puntos tiene naturaleza punitiva, constituyendo una «pena» en el sentido del art. 6.1 del Convenio. En el mismo sentido, y respecto del mismo asunto, se pronunció la Comisión Europea de Derechos Humanos con fecha de 29 de mayo de 2006.

En cualquier caso, en su actual configuración legal, la trascendencia de la naturaleza jurídica de la pérdida de puntos es relativa, pues en la medida en que se aplica cuando se comete una infracción y la sanción de multa es firme en vía administrativa, se le aplican las garantías propias del Derecho sancionador: reserva de ley, tipicidad, culpabilidad, necesidad de que se notifique en la denuncia los puntos que se pueden perder, procedimiento administrativo previo, respeto de las garantías o derechos propios del mismo, etc.

### 3. El nuevo procedimiento de imposición de las sanciones de tráfico

De especial trascendencia, como se ha adelantado, es la reforma del procedimiento de imposición de las sanciones. Como vimos, la Exposición de Motivos de la Ley 18/2009, de reforma de la LTSV hace especial hincapié en la necesidad de configurar un procedimiento específico (como ocurre en el orden social o en materia tributaria), «alejado de la rigidez de unas reglas comunes, que contemple las especiales características del tráfico». De este modo se reforma expresamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para «sacar» de la misma al procedimiento sancionador del tráfico.

A tal objeto, la Ley 18/2009 incluye una modificación expresa de la LRJAP-PAC a la que se incorpora una nueva disposición adicional octava bis que altera el orden de prelación de fuentes al señalar que «los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones por infracciones de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, se regirán por lo dispuesto en su legislación específica y, supletoriamente, por lo dispuesto en esta Ley». Por su parte, el nuevo art. 70 LTSV señala que: «No se podrá imponer sanción alguna por las infracciones tipificadas en esta Ley sino en virtud de procedimiento instruido con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y en las dispo-

siones reglamentarias que lo desarrollen y, supletoriamente, por lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». Con todo, lo que se «saca» de la LRJAP-PAC no es tanto el *iter* procedimental, que no está en dicha Ley, o las garantías propias del mismo (que la LRJAP-PAC no hace más que recoger siguiendo la jurisprudencia constitucional, por lo que ninguna Ley las puede sortear), sino otras cuestiones ajenas al procedimiento mismo como el sistema general de notificaciones y el régimen común de recursos administrativos, lo que debe hacer reflexionar sobre el acierto de la actual regulación de tales cuestiones en la propia LRJAP-PAC.

Las novedades más importantes son las siguientes:

— Una delimitación más exacta del contenido de la denuncia de los agentes de la autoridad (denuncias obligatorias), al objeto de que pueda cumplir adecuadamente su función y, sobre todo, satisfacer el derecho fundamental a ser informado de la acusación.

— La introducción de un procedimiento abreviado junto al ordinario.

— La terminación de oficio del procedimiento ordinario ante la falta de actuaciones por parte del infractor.

### 3.1. *Iniciación del procedimiento y contenido de las denuncias de los agentes de la autoridad*

Según el apartado 1 del art. 73 LTSV, el procedimiento sancionador de tráfico se incoará de oficio por la autoridad competente que tenga noticia de los hechos que puedan ser constitutivos de infracción, por iniciativa propia o mediante denuncia de los agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico o de cualquier persona que tenga noticia de los hechos (o, cabría añadir, mediante orden superior o petición razonada).

Pero el apartado 2 añade lo siguiente: «No obstante, la denuncia formulada por los agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico y notificada en el acto al denunciado, constituye el acto de iniciación del procedimiento sancionador, a todos los efectos». Esta otra forma de iniciación del procedimiento sancionador, que constituye una excepción en el panorama de nuestro Derecho administrativo sancionador, no supone una novedad de la reciente reforma, sino que ya estaba presente en la normativa anterior. El antiguo art. 75 LTSV no lo señalaba de forma clara, pero el RPSTr no dejaba lugar a dudas: «El procedimiento sancionador se incoará de oficio por la autoridad competente que tenga noticia de los hechos que puedan constituir infracciones [...] o mediante denuncia formulada por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia y seguridad del tráfico» (art. 3); en tales denuncias se hará constar, entre otros extremos, «que con ellas quedan incoados los correspondientes expedientes» (art. 10.1). La jurisprudencia lo ha justificado en la circunstancia de que «ambas partes, Administración sancionadora y sujeto responsable de la infracción, poseen a partir de

ese momento los elementos y datos necesarios para el ejercicio de sus competencias y la defensa de sus intereses respectivamente. La Administración puede proceder al ejercicio de la potestad sancionadora en defensa de la seguridad vial y de los intereses asociados a la misma, puesto que tiene los datos necesarios para la instrucción del expediente, sin que haya razón alguna para que la iniciación del procedimiento quede diferida a un momento posterior a voluntad de la propia Administración. El infractor, por su parte, ha quedado notificado de la infracción supuestamente cometida, y sabe que la Administración ha iniciado un procedimiento sancionador, por lo que queda excluida toda posible indefensión» (STS de 4 de junio de 2004).

En el sector del tráfico se traslada, pues, a los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico una competencia que, en el resto de sectores, corresponde al órgano competente para iniciar el procedimiento, que es quien, además, valora si las denuncias son o no fundadas y si es preciso o no abrir un trámite de actuaciones previas para determinar si concurren o no las circunstancias que justifican la iniciación del procedimiento. Pero en la medida en que ese automatismo sólo se aplica a las denuncias de los agentes por hechos de la circulación (que ellos mismos han apreciado directamente) y, sobre todo, que en la denuncia se informa, como vamos a ver de inmediato, de la acusación que se formula, del derecho a presentar alegaciones, a proponer prueba, etc., no parece que ello merezca ningún reproche de inconstitucionalidad, único que podría hacerse por tratarse de una previsión legal.

Lo novedoso de la nueva regulación es la detallada, y más correcta, regulación que ahora se hace del contenido de tales denuncias, denominadas obligatorias a tenor del art. 4 Reglamento de Procedimiento Sancionador de Tráfico de 1994 (RPSTr). Una regulación coherente con la función que la misma cumple en el nuevo procedimiento sancionador. En efecto, según el art. 74 LTSV, además de constar la identificación del vehículo, la identidad del denunciado (si fuere conocida), una descripción sucinta del hecho (con expresión del lugar o tramo, fecha y hora) y del nombre y domicilio del denunciante o el número de identificación profesional del agente, en las denuncias de éstos que se notifiquen en el acto deberá constar también, entre otros extremos: la infracción presuntamente cometida, la sanción que pudiera corresponder y el número de puntos cuya pérdida lleve aparejada la infracción; que dicha denuncia inicia el procedimiento y que dispone de un plazo de veinte días naturales para efectuar el pago o formular alegaciones y proponer pruebas; el órgano competente para imponer la sanción, etc. Se satisface así el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a la defensa y la prueba, cosa que antes, con la anterior regulación, no sucedía, pues el contenido que se exigía a las denuncias obligatorias (arts. 75.3 LTSV y 5 RPSTr) se limitaba a los extremos señalados en primer lugar, sin incluir la acusación realizada o cargos que se imputan al presunto responsable, por lo que necesariamente había que informar de tales extremos en la propia denuncia —que era la práctica seguida aunque las normas no lo previeran— o en un trámite ulterior. En otro caso, la denuncia no podía convertirse en propuesta de resolución, incluso aunque no figurasen o no se hubiesen tenido en cuenta otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

### 3.2. *El procedimiento abreviado*

La denuncia de los agentes de la autoridad se puede notificar en el acto o en un momento posterior, pero para ello debe darse alguna de estas circunstancias: que la denuncia se formule en circunstancias en que la detención del vehículo pueda originar un riesgo para la circulación (debiendo el agente indicar tales motivos), que se realice estando el vehículo estacionado cuando el conductor no esté presente, o que la autoridad sancionadora tenga conocimiento de los hechos a través de medios de captación y reproducción de imágenes que permitan la identificación del vehículo (art. 76 LTSV).

Una vez notificada la denuncia, en el acto o en la dirección que luego se verá más abajo, el denunciado dispone de un plazo de quince días naturales para realizar el pago voluntario de la multa con una reducción de su cuantía del 50 por 100, o para formular alegaciones y proponer o aportar las pruebas que estime oportunas. En función de que se efectúe dicho pago voluntario o no, el procedimiento a seguir varía: si el pago se realiza en ese plazo se sigue el procedimiento abreviado, si no se paga voluntariamente la multa se seguirá el procedimiento ordinario.

El procedimiento abreviado se basa, según la Exposición de Motivos de la Ley 18/2009, en la idea que preside los juicios rápidos en el ámbito penal, ofreciendo así al infractor la posibilidad de suscribir un pacto con la Administración sancionadora que le permita cumplir rápidamente el castigo impuesto a cambio de una rebaja sustantiva en el mismo.

Este procedimiento no se aplica, en ningún caso, cuando se ha cometido alguna de las siguientes infracciones (art. 80 LTSV): la conducción de vehículos que tengan instalados inhibidores de radar o cualesquiera otros mecanismos encaminados a interferir en el correcto funcionamiento de los sistemas de vigilancia del tráfico [art. 65.5.h)]; el incumplimiento del titular o arrendatario del vehículo con el que se ha cometido la infracción de la obligación de identificar verazmente al conductor responsable cuando sea debidamente requerido para ello [art. 65.5.j)]; o cuando se cometa cualquiera de las infracciones previstas en el art. 65.6 LTSV (realización de obras sin autorización, retirada, ocultación, alteración o deterioro de la señalización; incumplimiento de las normas que regulan las actividades que afectan directamente a la seguridad vial, etc.).

En el resto de infracciones, el procedimiento abreviado es de aplicación si la multa se paga de forma voluntaria, bien cuando se entrega en el acto la denuncia o dentro del plazo de los quince días naturales contados desde el día siguiente al de su notificación (el art. 74 relativo a la denuncia habla, sin embargo, de un plazo de veinte días naturales). En realidad no es que se siga un procedimiento abreviado cuando eso ocurre, sino que «se tendrá por concluido el procedimiento sancionador con las siguientes consecuencias» (art. 80):

- La reducción del 50 por 100 del importe de la multa.
- La renuncia a formular alegaciones (si se formulan se tendrán por no presentadas).

— La terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago.

— El agotamiento de la vía administrativa, siendo recurrible la sanción únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (plazo para interponer dicho recurso se iniciará el día siguiente a aquél en que tenga lugar el pago).

— La firmeza de la sanción en vía administrativa desde el momento del pago, produciendo plenos efectos desde el día siguiente.

— La sanción no computará como antecedente en el Registro de Conductores e Infractores, siempre que se trate de infracciones graves que no lleven aparejada pérdida de puntos.

Lógicamente, si se trata de una infracción que lleva aparejada la pérdida de puntos, éstos deberán ir reflejados en la denuncia y se producirá su pérdida desde el momento mismo en que se realice el pronto pago de la multa, ya que en ese momento se produce *ex lege* la firmeza de la misma.

Debe repararse en que esta rapidez en la conclusión del procedimiento, y su peculiar forma de terminación, puede ir en detrimento de la regla de la prejudicialidad penal, recogida, como se acaba de ver, en el art. 72 LTSV. Esta regla puede resultar también de aplicación en el procedimiento abreviado, pues no se excluyen del mismo las infracciones que pudieran dar lugar a un concurso de normas con los delitos contra la seguridad vial. De este modo, en el caso de que se quiera pagar la multa por la infracción cometida en el acto de la denuncia, la única autoridad que podría poner en marcha dicha regla, rehusando el pago y remitiendo las actuaciones —o advirtiendo de que probablemente deben ser remitidas— al Ministerio Público, sería el agente denunciante. Si el pago se hace con posterioridad, en los quince días naturales siguientes, las posibilidades son algo mayores y el instructor puede percatarse de que los hechos son constitutivos de delito. Pero una vez que se pague, el procedimiento concluye y dicha regla ya no podrá ser aplicada. De este modo, al incentivo del 50 por 100 de reducción de la multa, habrá que añadir la eventualidad de soslayar una sanción penal, pues son bien conocidos los problemas que en tales casos puede suponer una posterior sanción penal desde la perspectiva del *non bis in idem* (SSTC 177/1999 y 2/2003, que rectifica la doctrina anterior).

### 3.3. Procedimiento sancionador ordinario

En los demás casos (no se paga la multa, o se trata de las infracciones referidas), se seguirá el procedimiento ordinario, cuyos trámites más importantes son los que siguen (art. 81 LTSV):

Alegaciones. Notificada la denuncia, el interesado dispondrá de un plazo de quince días naturales para formular alegaciones (y proponer pruebas), lo que constituye una manifestación de su derecho de defensa. Si no se produjo la detención del vehículo y, por tanto, no se sabe con certeza quién es el infractor, el titular, el arrendatario a largo plazo o el conductor habitual, en su caso, disponen de un plazo de quince días natu-

rales para identificar al conductor responsable de la infracción contra el que se iniciará el procedimiento sancionador. Si las alegaciones formuladas aportasen nuevos datos o datos distintos de los constatados por el agente denunciante, si el instructor lo estima necesario, se dará traslado de los mismos para que el agente informe en el plazo de quince días naturales.

**Prueba.** Se deben proponer en el referido plazo de quince días naturales. Cabe, como es lógico, cualquier medio de prueba válido en Derecho. El instructor puede denegar las pruebas propuestas de forma motivada, dejando constancia de ello en el expediente sancionador. El instructor también puede acordar de oficio que se practiquen las pruebas que estime pertinentes para la averiguación y calificación de los hechos y para la determinación de las posibles responsabilidades.

**Propuesta de resolución.** Concluida la instrucción, el órgano encargado de la misma elevará propuesta de resolución al órgano competente para sancionar para que dicte la resolución que proceda. De dicha propuesta sólo se dará traslado al interesado para que formule nuevas alegaciones en el plazo de quince días naturales, si figuran en el procedimiento o se han tenido en cuenta en la propuesta de resolución otros hechos u otras alegaciones y pruebas diferentes a las aducidas por el interesado. En este sentido conviene recordar que el Tribunal Supremo tiene señalado que «el derecho a ser informado de la acusación que recoge el art. 24 de la CE se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, su subsunción en un concreto tipo infractor y la consecuencia punitiva que lleva aparejada. Excepcionalmente, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso» (SSTS de 30 de junio de 1999, 10 de mayo de 2001, 12 de febrero de 2003 y 3 de mayo de 2004, entre otras).

**Resolución.** Nada prevé el art. 81 LTSV sobre la resolución del procedimiento ordinario. El apartado 5 de dicho precepto añade, sin embargo, que si el denunciado no formula alegaciones ni abona el importe de la multa en el plazo de quince días naturales siguientes a la notificación de la denuncia, ésta surtirá el efecto de acto resolutorio del procedimiento sancionador. En la anterior regulación, la denuncia podía convertirse en propuesta de resolución; ahora puede llegar a convertirse incluso en la resolución misma (denuncia-resolución o denuncia-sanción). En tal caso, la ley precisa que la sanción podrá ejecutarse transcurridos treinta días naturales desde la notificación de la denuncia. Pero tales previsiones (conclusión del procedimiento con la denuncia misma, ejecutoriedad de la sanción) sólo son de aplicación cuando se trate de infracciones leves, infracciones graves que no detraigan puntos o infracciones graves y muy graves cuya notificación se efectuase en el acto de la denuncia.

**Caducidad.** El art. 92.3 LTSV establece un plazo de caducidad del procedimiento sancionador de un año: «si no se hubiera producido la resolución sancionadora transcu-

rrido un año desde la iniciación del procedimiento, se producirá su caducidad y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el órgano competente para dictar resolución». Como puede verse, el plazo no es, como en el régimen general, para resolver y notificar, sino sólo para resolver, lo que resulta criticable desde la perspectiva de las garantías del ciudadano, máxime tratándose de un plazo tan amplio. Pero el Tribunal Supremo ha señalado (por ejemplo, en sentencia de 2 de abril de 2004) la posibilidad de que una regulación legal específica, como es el caso, establezca una previsión distinta a la general que fija como *dies ad quem* la notificación de la resolución sancionadora. El art. 92.3 de la LTSV precisa, además, que cuando la paralización del procedimiento se haya producido a causa del conocimiento de los hechos por la jurisdicción penal, el plazo de caducidad se suspenderá y, una vez haya adquirido firmeza la resolución judicial, se reanudará el cómputo del plazo de caducidad por el tiempo que restaba en el momento de acordar la suspensión.

#### 4. El sistema de notificaciones

Una novedad capital de la actual regulación del procedimiento sancionador del tráfico, introducido también por la reciente Ley 18/2009, es la creación de un nuevo sistema de notificaciones. Un sistema, dice su EM, que se adapta a la realidad actual, que supera las garantías formales que ofrecen los tradicionales boletines oficiales y que tiene en cuenta el traslado continuo de los conductores, los cuales deben poder contar con un lugar cierto de notificaciones y comunicaciones. Sus dos piezas esenciales son la Dirección Electrónica Vial (DEV) y el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA).

La DEV se asigna voluntariamente a las personas físicas y de forma obligatoria a las jurídicas titulares de una autorización administrativa (art. 59 bis.3 LTSV). Las denuncias y los demás actos a que dé lugar el procedimiento sancionador se notificarán en la DEV. Si el denunciado carece de ella, la notificación se realizará en el domicilio que haya indicado y, en su defecto, en el domicilio que figure en los Registros de la Dirección General de Tráfico (art. 77 LTSV). A tal efecto se prevé que los ayuntamientos y la Agencia Tributaria puedan comunicar a la DGT los domicilios de que tengan constancia (art. 59 bis y disposición final tercera de la LTSV, que modifica la LGT). El sistema de notificación en la DEV permitirá acreditar la fecha y hora en 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 a todos los efectos legales. Si existe constancia de la recepción de la notificación en la DEV y transcurren diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada y se tendrá por efectuado el trámite, salvo que de oficio o a instancia de parte se comprueba la imposibilidad técnica o material del acceso.

En cuanto a la notificación en el *domicilio físico* (sólo para las personas físicas que no soliciten la DEV), el Proyecto de Ley 18/2009 sólo preveía un intento de notificación,

pero la aprobación definitiva de la misma volvió al sistema tradicional de dos intentos. Así, de no hallarse presente el interesado en el domicilio, podrá hacerse cargo de la notificación cualquier persona que se encuentre en él y haga constar su identidad. Si nadie se hace cargo, se anotará dicha circunstancia en el expediente sancionador, junto con el día y hora del intento, y se practicará de nuevo dentro de los tres días siguientes. Si tampoco fuera posible la entrega, se dará por cumplido el trámite, procediéndose a la publicación en el TESTRA (art. 77.3).

Del referido Tablón se ocupa el art. 78, el cual señala que las notificaciones que no puedan efectuarse en la DEV o en el domicilio indicado se practicarán en el TRESTA. Transcurridos veinte días naturales desde que la notificación se hubiese publicado en el mismo se entenderá que ésta ha sido practicada, dándose por cumplido dicho trámite y continuándose con el procedimiento. De la gestión del mismo se ocupará la DGT, debiendo ser regulado por Orden del Ministerio del Interior. El funcionamiento, la gestión y la publicación en dicho Tablón se hará con pleno sometimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección del derecho al honor, y a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (disposición adicional decimoquinta de la LTSV).

La disposición adicional quinta de la Ley 18/2009, de reforma de la LTSV, prevé que las CCAA con competencias ejecutivas en la materia podrán sustituir las notificaciones en la DEV por notificaciones a través de sus propias plataformas informáticas, para aquellos ciudadanos que opten por las mismas. Lo mismo podrá hacerse en relación a la publicación en el TESTRA, que podrá ser sustituido por sus propios tablonos edictales, si bien deberán operar entre sí permitiendo al ciudadano, a través de un único acceso, el conocimiento y comunicación de cualesquiera notificaciones de procedimientos sancionadores que existan sobre él. Por su parte, las Administraciones Locales pertenecientes a los ámbitos territoriales de dichas CCAA podrán suscribir convenios de colaboración para efectuar las notificaciones telemáticas a través de las plataformas de notificación y de los tablonos edictales de las CCAA.

## 5. Los recursos contra las sanciones de tráfico

El nuevo régimen de recursos que introduce la reciente reforma de la LTSV presenta algunos de los cambios que la doctrina viene demandando desde hace tiempo y que deberían generalizarse haciéndolo suyo la propia LRJAP-PAC. En concreto que las resoluciones sancionadoras en la materia ponen fin a la vía administrativa y que contra ellas sólo podrá interponerse el recurso potestativo de reposición, pues constituye opinión generalizada que el sistema actual ni constituye un control efectivo de la legalidad, ni está configurado como un instrumento idóneo de control interno de naturaleza jerárquica.

### 5.1. *La eliminación de los recursos administrativos en el procedimiento abreviado*

En el procedimiento abreviado, aunque su conclusión agota la vía administrativa, ni siquiera cabe recurso potestativo de reposición, sino que sólo cabe acudir a la vía judicial mediante el recurso contencioso-administrativo, cuyo plazo, como hemos visto, se iniciará desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el pago [art. 80.d) y e)]. Por eso se declara la especialidad de la LTSV y su preferente aplicación respecto de la LRJAP-PAC, la cual prevé como voluntaria la interposición del recurso de reposición.

La eliminación de esta opción en la LTSV no vulnera la CE, pues no hay ningún derecho ni ninguna previsión constitucional que imponga al legislador la necesidad de prever un recurso administrativo —de carácter obligatorio o facultativo— antes de obtener la tutela de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

### 5.2. *El recurso potestativo de reposición en el procedimiento ordinario*

En el procedimiento ordinario la resolución sancionadora pone fin a la vía administrativa y contra ella puede interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución sancionadora, que será la competente para resolverlo (art. 82.1 y 2). No obstante, en el supuesto del art. 81.5 (terminación del procedimiento ordinario mediante el acto de denuncia por no presentarse alegaciones), el recurso no lo resuelve el agente autor de la denuncia, sino el jefe provincial de Tráfico correspondiente, pues aunque en este caso la Ley atribuya efectos sancionadores a la denuncia y pueda por tanto considerarse que él es el que dicta la resolución, tales efectos no se extienden, como es evidente, a la resolución del eventual recurso de reposición contra la misma.

El régimen jurídico del recurso de reposición es casi similar al que con carácter general contempla la LRJAP-PAC: se interpone en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la notificación de la sanción; se interpone ante el mismo órgano que dictó la resolución sancionadora, que será quien lo resuelva; la interposición no suspende la ejecutividad de la sanción; se produce la desestimación del recurso si no recae resolución expresa en el plazo de un mes; etc.

Se altera, sin embargo, el sentido del silencio en el supuesto de que se solicite la suspensión de la ejecución de la sanción. Frente a la regla del silencio positivo prevista en el art. 111.3 LRJAP-PAC, el art. 82.3 LTSV señala que «en el caso de que el recurrente solicite la suspensión de la ejecución, ésta se entenderá denegada transcurrido el plazo de un mes desde la solicitud sin que se haya resuelto». Y se señala también, frente a la previsión del art. 112 LRJAP-PAC, que «no se tendrán en cuenta en la resolución del recurso hechos, documentos y alegaciones del recurrente que pudieran haber sido aportados en el procedimiento originario» (art. 82.4).



# Servicios públicos y actividad económica de los municipios

Julia ORTEGA BERNARDO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid

**Palabras clave:** Derecho de la Unión Europea; servicios económicos de interés general; Derecho de la competencia; tribunales autonómicos de la competencia; directivo de secciones; ordenanzas locales.

**Key words:** Law of the European Union; economic services of general interest; competition rules; Judicial regional organs to control competition rules; EU Directive of services; local regulations.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES RELATIVAS A LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL.—1. Referencia al Derecho de la Unión Europea: la regulación de los servicios económicos de interés general en los nuevos Tratados constitutivos.—2. Consideraciones desde una perspectiva doctrinal.—3. La regulación contenida en el proyecto de Ley andaluza sobre autonomía local.—III. CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL.—1. Consideraciones desde una perspectiva doctrinal.—2. La actividad municipal y su control por los órganos que garantizan el respeto al Derecho de la competencia (Comisión Nacional de la Competencia y Tribunales de defensa de la competencia autonómicos).—2.1. *Concepto de «empresa» a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia.*—2.2. *La fiscalización del ejercicio de las potestades administrativas utilizando como parámetro de control la legislación de defensa de la competencia.*—2.3. *La aplicación o exclusión del Derecho de la competencia a la actividad económica realizada directa o indirectamente por los ayuntamientos.*—2.4. *Cuestiones derivadas de la aplicación del Derecho de la competencia a la actividad de las Entidades locales: la identificación de prácticas restrictivas de la competencia.*—3. La Transposición de la Directiva de Servicios y su aplicación en el ámbito local desde el punto de vista del respeto al Derecho de la competencia.—3.1. *Modificaciones legislativas y reglamentarias introducidas para la transposición de la Directiva 2006/123/CE y sus efectos en el régimen local español.*—3.2. *La reforma de las Ordenanzas locales: ámbito y criterios de la nueva regulación que se adopte.*

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente informe se pretenden plasmar las cuestiones más relevantes que han tenido lugar a lo largo del último año en el ámbito de los servicios públicos y de la ac-

tividad económica desarrollada por los municipios. Como se expondrá a continuación, se trata de una materia que sigue siendo objeto de estudio y tratamiento doctrinal desde una perspectiva jurídico-administrativa, y en la que se siguen produciendo pronunciamientos, fundamentalmente procedentes de los órganos competentes en materia de la competencia, en torno a los problemas que en la práctica plantea la iniciativa económica emprendida por los ayuntamientos. Asimismo en relación con el 2009 hay que hacer referencia a tres grandes hitos que han tenido lugar a finales de año; siendo el más relevante de ellos, por el impacto que supone en el régimen local, la entrada en vigor de la reforma de los Tratados Constitutivos de la Unión Europea. Junto a ello, hay que hacer referencia obligada a la aprobación de las leyes estatales que transponen al ordenamiento jurídico español la Directiva de servicios; sin embargo, esta cuestión se abordará al final de este informe desde una óptica limitada, la que proporciona la perspectiva del Derecho de competencia. En estas páginas de lo que se trata es de relatar en apretada síntesis cómo afecta el contenido de estas dos nuevas leyes estatales, y concretamente la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, así como del Reglamento de Servicios de las Entidades locales, a la iniciativa económica municipal y a la regulación que han de aprobar las entidades locales sobre las diferentes actividades económicas desde el punto de vista del respeto al Derecho de la competencia, aplicable indistintamente a la actividad económica privada como a la pública, cuando ésta se somete a las reglas del mercado. Con carácter previo también se aludirá, por su relevancia, a la aprobación del Proyecto de Ley andaluza sobre autonomía local, en el que se alumbra ya la reforma del régimen de la actividad municipal en lo que atañe a los servicios públicos y a las actividades económicas que pasan a englobarse en la nueva categoría, acorde con el Derecho de la Unión Europea, de «servicios locales de interés general».

## II. CUESTIONES RELATIVAS A LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

### 1. Referencia al Derecho de la Unión Europea: la regulación de los servicios económicos de interés general en los nuevos Tratados constitutivos

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (el 1 de diciembre de 2009) se modifican los Tratados constitutivos de la Unión, que se transforman en el *Tratado de la Unión Europea* (TUE) y un tratado que lo desarrolla, el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE). En ellos se encuentran referencias específicas a los «servicios económicos de interés general», teniendo en cuenta, como se declara expresamente, que los mismos ocupan una posición destacada entre los valores comunes de la Unión y cumplen un papel muy relevante en la promoción de la cohesión social y territorial. Así en el art. 14 del TFUE se incluye un mandato de garantía de la prestación de dichos servicios con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. Se hace referencia a que los mismos serán regulados por

reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros para prestar, encargar y financiar dichos servicios.

## 2. Consideraciones desde una perspectiva doctrinal

A la vista de lo anterior, no es de extrañar que a la doctrina jurídico administrativa le incumba ocuparse, dada la relevancia de la materia, del papel de los servicios económicos de interés general en el ámbito local. Esto es así, teniendo en cuenta que se trata de un elemento esencial del Derecho europeo económico, como pone de manifiesto que siga contenido en los vigentes Tratados constitutivos de la Unión Europea, modificados por el Tratado de Lisboa, y en el protocolo anexo relativo a dichos servicios. Por ello resulta muy destacable la aportación de C. LÓPEZ GARCÍA, con el título «El papel de los servicios de interés general en la reforma de la legislación española de régimen local», aparecido en el núm. 308 de la *Revista de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, septiembre-diciembre 2008), que se distribuyó en 2009, en el que se plantean los efectos del Tratado de Lisboa sobre la legislación de régimen local y la definitiva recepción de este concepto de servicio de interés económico general en las competencias locales.

## 3. La regulación contenida en el proyecto de Ley andaluza sobre autonomía local

La Futura Ley de Autonomía Local de Andalucía (LALA) constituye una norma de gran trascendencia política y jurídica. Dicha norma se está elaborando en el marco de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, dando cumplimiento a su art. 98, que desarrolla el régimen local desde los postulados de la Carta Europea de la Autonomía local y bajo los principios de autonomía, responsabilidad, cooperación, desconcentración, descentralización, subsidiariedad, coordinación, suficiencia financiera y lealtad institucional. Con independencia de otras novedades relevantes, este Proyecto regula los servicios locales y la iniciativa económica local en el Título II del Proyecto (arts. 26-49). En el mismo se establece el régimen jurídico de los servicios locales de interés general, integrando dentro de los mismos no sólo las actividades que prestan las entidades locales, sino también aquellas que regulan y garantizan. Ello da lugar a una acertada clasificación de los servicios locales en servicios públicos (responsabilidad de las entidades locales que los realizan de modo directo o indirecto) y servicios reglamentados (prestación realizada por particulares conforme a una ordenanza que les impone obligaciones específicas de servicio público), a la que se anudan las correspondientes consecuencias jurídicas. Asimismo se dispone el régimen de la iniciativa económica local, en el que lo destacable es que se vincule su ejercicio preferentemente a la adopción de la forma jurídica de empresa pública local —sociedad mercantil en la que la entidad local participa como regla general mayoritariamente—. En este punto, resulta muy apropiado que la justificación de la creación de la empresa lo-

cal mediante un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida se regule, exigiendo un contenido mínimo obligatorio a dicho expediente, como que ha de incluir los datos adecuados para verificar su conveniencia. Lo que no resulta tan adecuado es que el expediente sólo se exija para la creación de este tipo de sociedades (por mucho que éstas se reputen como la fórmula de ejercicio preferente) y no para cualquier otra forma de gestión de la iniciativa económica local.

### III. CUESTIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL

#### 1. Consideraciones desde una perspectiva doctrinal

Es indudable que en el último año la situación de las Corporaciones locales con relación al Derecho europeo y, señaladamente, al Derecho de la competencia, está siendo objeto de estudio, lo que se plasma en algunas aportaciones doctrinales. Así en la revista *Cuadernos de Derecho Local* pueden encontrarse varios artículos doctrinales que abordan esta cuestión desde perspectivas distintas. El primero de ellos se encuentra recogido en el núm. 21 de la revista (octubre 2009), es un artículo de *Berberoff Ayuda*, letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, titulado *Las entidades locales ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, en el que se pone de relieve, en el marco de la jurisprudencia emanada por este órgano en relación con el ejercicio de competencias de las Entidades locales y el Derecho comunitario, cómo estas organizaciones jurídico-públicas se someten a las diferentes reglas de la competencia y fundamentalmente aquellas que prohíben el abuso de posición dominante en el mercado. Del citado artículo se desprende que hay numerosas sentencias del Tribunal Superior de Justicia europeo en las que se declara que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación —a colación se traen, en particular, las Sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, apartado 21, y de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06—. Asimismo de la misma fuente jurisprudencial se extrae —se citan para ello las Sentencias de 10 de diciembre de 1991, de 13 de diciembre de 1991 y de 19 de mayo de 1993—, que basta con que una empresa disfrute de un monopolio legal en una parte sustancial del mercado para otorgarle una posición dominante en el mismo. La exposición de estos asuntos le sirve como catalizador de una breve pero interesante alusión al actual grado de liberalización de los servicios funerarios en España. En concreto, se hace referencia al informe del Tribunal de Cuentas de Cataluña de 20 de julio de 2006, y se concluye que la liberalización del servicio funerario no ha alcanzado el objetivo de evitar las discriminaciones entre prestadores ni ha permitido la entrada del juego de la libre competencia, «al no existir suficientes condiciones objetivas que favoreciesen la iniciativa privada, debido en parte, a juicio del informe reseñado, a la ausencia de normas supralocales, del Estado y de las Comunidades Autónomas, que fijen los límites de los requisitos que pueden establecerse por los ayuntamientos». El informe puso de manifiesto que en once

de los trece ayuntamientos analizados de Cataluña sólo operaba una empresa funeraria, y en los otros dos sólo estaban autorizados dos operadores.

Otro de los artículos con interés que tratan sobre esta cuestión se encuentra recogido en la misma publicación de *Cuadernos de Derecho local*, en el núm. 20 (junio de 2009), con el título *Derecho de la competencia y servicio público local*. El autor, P. GONZÁLEZ TORROBA, Letrado consistorial del ayuntamiento de Madrid, contribuye al análisis de esta cuestión. Este estudio se centra fundamentalmente en las exclusiones a las reglas de la competencia permitidas por la legislación española de defensa de la competencia, precisamente por el art. 4.2 de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, cuando dispone que las prohibiciones de prácticas anticompetitivas se aplicarán «a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas siempre que carezcan del amparo legal previsto en el apartado 1 (prohibiciones a las conductas que resulten de la aplicación de una ley)». De este modo, este autor señala sistemáticamente tres interpretaciones posibles del precepto que regula la excepción, las cuales han sido adoptadas bien por la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, bien por el Tribunal de Defensa de la Competencia. La primera de ellas se resumiría en «exclusión por habilitación legal genérica». Esto significa que en la medida en que se enjuicie una competencia atribuida por la ley a una entidad local, se debe considerar como una actividad no susceptible de ser calificada como empresarial. La segunda sería una excepción basada en el «levantamiento del velo». Para esta segunda interpretación resulta determinante que una actividad municipal pueda quedar excluida de las reglas de la competencia si la actividad es susceptible de considerarse servicio público y no como una actividad económica. A fin de averiguarlo es necesario hacer un mayor esfuerzo interpretativo que consiste en «levantar el velo» de la actuación de las Administraciones y determinar si bajo la apariencia de actuaciones regulatorias se ocultan actividades económicas. Una forma alternativa de aplicar esta doctrina del levantamiento del velo es analizar, no si la actividad consiste en la prestación de un servicio público o de una mera actividad económica, sino estudiar cuál es el fin último de la actividad enjuiciada que prevalece sobre los demás. Así, si en la actividad prevalece el fin económico, se aplicarán las reglas sobre competencia, y si es otro, como un fin social o de interés general, el que prevalece sobre el económico, la actividad quedará exenta. El problema es que este mecanismo de interpretación presenta inconvenientes, pues hay que definir igualmente qué es actividad económica, la relevancia del ánimo de lucro o qué es servicio de interés general o beneficio social. Por último, la tercera vía que el autor entiende aplicable para interpretar las excepciones que en el ámbito local pueden producirse al Derecho de la competencia, es la que él denomina «teoría del enjuiciamiento mínimo», en virtud de la cual todas las actividades de una Corporación local pueden ser estudiadas desde la perspectiva del Derecho de la competencia, aunque sólo se haga para concluir que no se infringen tales normas o que la actividad que se desarrolla no es constitutiva de práctica anticompetitiva. En este sentido, la doctrina del enjuiciamiento mínimo supone adentrarse en el análisis individualizado de la con-

ducta que no queda justificada por la mera existencia de un objetivo social ni por una cobertura legal genérica.

## **2. La actividad municipal y su control por los órganos que garantizan el respeto al Derecho de la competencia (Comisión Nacional de la Competencia y Tribunales de defensa de la competencia autonómicos)**

En este ámbito es importante reseñar que se han producido diversos y enjundiosos pronunciamientos durante el año 2009, adoptados fundamentalmente por los órganos autonómicos competentes para garantizar el respeto de la legislación sobre defensa de la competencia, que afectan a la actividad económica prestada por las entidades locales, ya sea bajo la forma de servicio público, lo que, en principio, cabría entender excluido de la aplicación de tales normas, o en concepto de iniciativa pública local, lo que significaría una plena aplicación de las mismas.

Conviene, por tanto, reseñar que por lo que se refiere a la materia de defensa de la competencia, las competencias se ejercen tanto por el Estado y por las Comunidades Autónomas, conforme a lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias entre el Estado y las Comunidades en este sector, correspondiendo a los órganos autonómicos la instrucción y resolución —con arreglo al art. 1.3 de la citada Ley— cuando las conductas hubieran podido producir efectos restrictivos de la competencia en un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma.

En primer lugar, para apreciar si el Derecho de la competencia se puede aplicar con normalidad a las Administraciones locales, se aludirá al ámbito de aplicación de este sector del ordenamiento jurídico, que gravita en torno al concepto de empresa (2.1), y que incluye no sólo la actividad económica o empresarial de las Administraciones públicas, sino que también se extiende al control de aquellas actividades a través de las que una organización jurídico-pública, en este caso, local, despliega sus funciones por medio de ejercicio de poder público o autoridad (2.2).

A continuación se dará cuenta de un primer grupo de pronunciamientos (2.3) en los que la cuestión principal es dilucidar si la actividad económica desarrollada directa o indirectamente por la Administración municipal es considerada como servicio público y por tanto excluida de las reglas de la competencia, o es, por el contrario, conceptuada como actividad económica y sometida, por consiguiente, a la aplicación de las referidas reglas. Seguidamente se expondrán aquellos otros pronunciamientos (2.4) que versan sobre el posible incumplimiento de la legislación de defensa de la competencia sobre la base de que se asiste a un despliegue de actividad empresarial realizada por la Administración municipal o cuando ésta interviene de algún otro modo, dirigiendo o contratando la actividad empresarial desarrollada por operadores privados que actúan en el mercado en concurrencia con otras empresas.

### 2.1. Concepto de «empresa» a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia

En este punto resulta preciso traer a colación la doctrina que en la actualidad, y concretamente en los últimos meses, sigue reputando aplicable este Derecho de la competencia a las Administraciones públicas. En este sentido, resulta un ejemplo paradigmático la *Resolución de 14 de abril de 2009 —Expte. 639/08— de la Comisión Nacional de la Competencia* sobre supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (derogada en la actualidad pero aplicable al caso), realizadas por el Consejo de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y el Servicio de Salud (SESCAM) de dicha Comunidad Autónoma. En ella se expone el concepto funcional de empresa que se emplea en este ámbito del ordenamiento jurídico, y que se extrae de la jurisprudencia tanto nacional como europea. Conforme al citado concepto se entiende por empresa, a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia, «cualquier agente económico, término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado (SAN de 18 de febrero de 2009, recurso núm. 327/2006, Ambulancias Orense)». Esta concepción de la empresa, en la que se subsumen los órganos y organizaciones tanto jurídico-públicos como privados de las entidades locales, es asimismo jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y comprende «cualquier entidad que desarrolla algún tipo de actividad económica o comercial, independientemente del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación» (entre otras, STJ de 24 de abril de 2001, As 41/98, Höfner y Elser, apartado 21). Dicha concepción se ha elevado a la categoría de concepto legal en virtud de la disposición adicional cuarta.1.<sup>a</sup> de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia (en adelante LDC).

En relación con este concepto de «empresa» empleado en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia, también se pronuncia la *Autoridad Catalana de la Competencia en el Informe (Ref. OB 4/2009), Observaciones relativas a la gestión de los gastos para desplazamientos en taxi a cargo del servicio catalán de salud* —elaborado, con base en la reciente Ley 1/2009, para analizar en clave de competencia la actuación del Servicio Catalán de la Salud, mediante las regiones sanitarias, en relación a la gestión de la prestación de gastos por desplazamientos con taxi de sus asegurados—, para afirmar lo siguiente: «El Derecho positivo español también ha adoptado este concepto amplio y funcional de empresa u operador económico en la disposición adicional cuarta.1.<sup>a</sup> de la Ley 15/2007. Para el Derecho de defensa de la competencia, lo que es relevante no es el estatus jurídico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente perjudicial o restrictivo de la competencia en el mercado. Por eso es necesario que la conducta se haya desarrollado de forma autónoma y tenga naturaleza económica».

Para ilustrar esta cuestión de la aplicación del Derecho de la competencia a las Administraciones públicas puede también traerse a colación la *Resolución de 4 de junio de 2009 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Expte. 2779.07, Consejo*

*Regulador de Denominación de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar*). En este caso se aplica la legislación que garantiza la competencia mercantil a una Corporación de Derecho público representativa de intereses económico-sectoriales, constituida a partir de asociaciones de base privada. El Consejo regulador pertenece a un tipo de Corporaciones que tiene naturaleza jurídica, cuanto menos mixta, pública y privada. Además en el caso enjuiciado se fiscalizan sus acuerdos consistentes en el establecimiento de cupos sobre ventas para las bodegas de esta denominación de origen en función de sus ventas históricas.

## 2.2. *La fiscalización del ejercicio de las potestades administrativas utilizando como parámetro de control la legislación de defensa de la competencia*

Asimismo en las citadas *Resoluciones de 4 de junio y de 14 de abril de 2009 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia* se pone de manifiesto que la prohibición de restricciones conforme al Derecho de la competencia — se hace referencia concretamente a las prácticas colusorias — se aplica incluso en «el ejercicio de otras potestades administrativas», es decir, no sólo cuando la Administración actúa como operador económico, sino también cuando ejerce poder regulador. En *Resolución de 14 de abril* se declara que ambas organizaciones (Colegio de Farmacéuticos y Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma) incurren en infracción del Derecho de la competencia al realizar conjuntamente una conducta anticompetitiva de reparto del mercado cuando conciertan entre ellas un mecanismo de organización colegiada de la actividad de dispensación o suministro de las oficinas de farmacia mediante la instauración de turnos rotatorios respecto de la prestación fármaco-terapéutica pública a residentes de los centros sanitarios públicos y privados concertados de Castilla-La Mancha. Concretamente se considera que estos acuerdos resultan colusorios de la competencia en la medida en que en virtud de ellos los colegios van a fijar para determinados periodos quién tiene que dispensar los medicamentos y a quién en cada ámbito territorial, y además van a establecer una bonificación del 6 por 100 sobre el precio de facturación, que viene a representar el beneficio que obtiene el SESCOAM por su actuación. En este orden de cosas, esta *Resolución de 14 de abril de 2009 —Expte. 639/08— de la Comisión Nacional de la Competencia*, pone de manifiesto, aunque se trate de un asunto relativo a la Administración autonómica, que la función de fiscalización que ejercen los órganos que controlan la competencia no se aplica sólo al ejercicio de actividades de índole económica emprendidas por la Administración, sino que se extiende al ejercicio de poder público por las organizaciones jurídico-públicas. Abarca así también el control del poder regulador del que disponen algunos órganos u organizaciones de la Administración en la medida que a través del mismo se dispone o fija el marco y el ámbito en el que despliegan sus empresas los particulares, y, en la medida, por tanto, en que las mismas deben crear las condiciones adecuadas para que las actividades económicas se desarrollen en un espacio de mercado abierto regido por el principio de libre competencia.

En esta misma línea se encuentra una decisión del *Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC) cuando decide por Resolución de 30 de abril de 2008 (Expedt. S 3/2008)*, examinar conforme a los parámetros que le proporciona la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, la actividad municipal de control de la instalación de puestos de venta ambulante. Aunque finalmente el Tribunal declarara no acreditada la conducta infractora de la legislación de la competencia, lo cierto es que los servicios de la competencia de esta Comunidad Autónoma investigaron el asunto porque consideraron que los hechos denunciados contenían indicios de prácticas que podían suponer falseamiento de la competencia y del interés público, elementos indispensables para aplicar lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 15/2007. Concretamente lo denunciado consistía en que ciertos comerciantes ambulantes de Galicia estaban instalando puestos de venta sin exponer públicamente la tarjeta de autorización municipal de Registro de Comerciantes, que se constituye como un control debido sobre la legalidad del acceso a esta actividad, y que, por tanto, los ayuntamientos estarían haciendo dejación de estas funciones de control respecto de la exigencia de exhibir la citada tarjeta. En este caso, pues, se denuncia a las Administraciones públicas, no porque actuasen como operadores económicos realizando actos de competencia desleal, sino porque estaban consintiendo que los puestos ambulantes se instalasen incumpliendo la normativa que regula esa actividad (en concreto el Decreto 194/2001, de 26 de julio, de Ordenación de la Venta ambulante).

Dentro de este mismo grupo de pronunciamientos se encuentra la *Resolución de 19 de noviembre de 2009 del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia (expte. 17/07 B, ARC/Representaciones artísticas)*. En este supuesto se denuncia un acuerdo de bloqueo de mercado de la contratación de orquestas y/o grupos musicales más solicitados en la provincia de Lleida, de manera que sólo pueden actuar a través de las empresas de representación artística que a su vez contraten dichos servicios con los ayuntamientos en los que se realizan las actuaciones. En realidad, las denunciadas eran, en principio, las empresas intermediarias entre las orquestas y los ayuntamientos, pues a ellas se imputaba haberse repartido el mercado de una parte del territorio catalán, con lo que restringirían la competencia de otras orquestas que no habrían usado esa intermediación. De haberse declarado la conducta lesiva de la competencia, esto hubiera podido también afectar a las Administraciones locales que contrataban sus servicios, en la medida que habría que haberse tenido que indagar si la contratación de las mismas con carácter exclusivo resultaba ser un acuerdo lícito desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Lo cierto es que el órgano autonómico, en este caso, desecha desde el inicio que quede probado que las empresas de representación artística estén excluyendo la concurrencia de orquestas a las que no representan, en la medida que queda demostrado que en el ámbito geográfico delimitado en el que despliegan su actividad se da el caso de ayuntamientos que han podido contratar directamente los servicios de éstas sin necesidad de acudir a intermediarios.

### 2.3. *La aplicación o exclusión del Derecho de la competencia a la actividad económica realizada directa o indirectamente por los ayuntamientos*

Entre este grupo de resoluciones relativas a la cuestión de la procedencia de la aplicación (o no) de las normas que garantizan la competencia leal entre empresas, habría que citar varios pronunciamientos. Entre ellos, cabría mencionar el caso del que conoce el *Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia (Resolución del expediente 14/09, caso AGBAR)*, en la que se denuncia a la «Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A.», prestadora del servicio de abastecimiento domiciliario de agua en el municipio de Barcelona y en la que se reputa que no hay infracción de las mencionadas normas. [Hay que tener en cuenta que la relevancia del asunto a efectos del presente informe viene dada simplemente porque el objeto de la resolución del órgano competente en materia de defensa de la competencia afecta a una sociedad anónima que presta un servicio público municipal, no en tanto a la infracción que se la imputa, claramente infundada desde el punto de vista del derecho de la competencia (suspensión del suministro a un abonado por impago de las facturas emitidas por esta entidad)].

En esta línea, resulta especialmente de interés cuestionarse sobre el sometimiento o no de las reglas de la competencia de la actividad de «impartición de cursos de inglés a cargo de un ayuntamiento». A este respecto se ha pronunciado el *Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC), en Resolución del 20 de febrero de 2009 (Expte. 18/2008, del SGDC)*, en relación con el ayuntamiento de Ferrol. Esta entidad local fue denunciada por otros potenciales competidores en el mercado de academias de idiomas, imputándole presuntas prácticas restrictivas de la competencia, en la medida que los cursos se impartían gratis por una empresa contratada por el ayuntamiento a estos efectos. El Tribunal autonómico archivó la denuncia y resolvió que no había lugar a la incoación de un expediente administrativo sancionador. Las razones expuestas por los denunciantes para sostener que se trataba una práctica restrictiva la competencia se centraban en considerar que la impartición de cursos era una actividad empresarial, como ponía de manifiesto el dato de que fuera prestada por una empresa privada y no directamente por el ayuntamiento, y que su oferta se realizara de modo general sin tener en cuenta los niveles de renta de la población a la que iba destinada y a precios inferiores a los del mercado. Todo ello, a juicio de la parte denunciante, «afectaba a libre competencia y desestabiliza el mercado de la actividad de las academias». El Tribunal consideró que razones de interés público justificaban la realización de esta actividad por parte del ayuntamiento —el fomento del aprendizaje del inglés entre los escolares del término municipal, a los que iba destinado el servicio— en régimen de excepción a las reglas de la competencia. Se trataría del ejercicio de competencias en materia de educación y cultura, amparado en los arts. 28 de la LRBRL y 86.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia. Por este motivo resultaría admisible, desde una perspectiva jurídica, incluso su prestación gratuita. En este punto, la gratuidad se fundamenta en la Ley de Haciendas Locales (art. 44 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 4 de marzo, que

aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) que permite ofertar los servicios públicos a un precio inferior a su coste real (precios políticos).

En este mismo orden de cosas, habría que mencionar la *Resolución de 4 de enero de 2010 del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (Expte. RA 26/2009, Gimnasio de Ferrolterra)*, que se pronuncia sobre la aplicación de la legislación de Defensa de la competencia a la posibilidad de que un ayuntamiento conceda la explotación de un centro deportivo a una empresa privada a precios «inferiores en relación con los precios de mercado». Concretamente la conducta procedía del ayuntamiento de Ferrol y consistía en la previsión por parte del mismo de suscribir un contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro deportivo y de ocio en el suelo del municipio. La infracción que se le imputa por parte de empresas dedicadas a esta actividad es que la apertura futura de ese centro afectaría a la competencia porque supondría una ventaja para la empresa adjudicataria, dado el precio del suelo resultante de las condiciones de la concesión de obra pública que se le adjudicaría para la construcción y explotación del centro deportivo, y porque los servicios del futuro centro deportivo no se dirigirían a ningún colectivo desfavorecido sino a todos los habitantes del ayuntamiento e incluso de ayuntamientos limítrofes, y a precios no de mercado. El órgano que tiene que resolver el asunto se plantea entonces dos cuestiones: si los ayuntamientos pueden realizar ofertas de servicios que entran en competencia con servicios prestados por empresas privadas, y si esto está sólo justificado cuando la iniciativa privada no satisface la demanda de forma adecuada (principio de subsidiariedad).

La resolución del Tribunal de Defensa gallego acuerda declarar como no acreditada la existencia de prácticas contrarias a la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia. Para ello este órgano se basa, dada la similitud de argumentaciones, en diversas resoluciones realizadas sobre centros deportivos por el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) de ámbito estatal, en la actualidad Comisión Nacional de la Competencia (R 477/01, Centros Deportivos Almazora; R 493/01, Centros Deportivos Castellón; R 554/03, Centros Deportivos Almazora 2; R 572/03, Servicios Deportivos Logroño; R 529/03, Centros Deportivos Castellón; R 625/04, Centros Deportivos Castellón; R 653/04, Deportes Alva; R 648/05, Centros Deportivos Benicarló, y R 673/05, Deportes Valladolid). Asimismo, teniendo en cuenta que varias de las resoluciones antedichas fueron recurridas ante la Audiencia Nacional, también las consideraciones de este órgano jurisdiccional resultan relevantes para el caso. Por ello se recuerda que la Audiencia Nacional (Sentencia de 11 de noviembre de 2003, dictada en el recurso núm. 839/2000) consideró que la LDC resulta aplicable no sólo a los empresarios privados, sino también a todos aquellos agentes económicos, cualquiera que sea su forma jurídica, que medien o incidan en la mediación en el mercado; es decir, cuando actúan como operadores económicos. Consecuentemente todos los operadores, privados y públicos, deben respetarla en sus actuaciones en el mercado.

En relación con la aplicación del principio de subsidiariedad a este ámbito el Tribunal trajo a colación la conocida Sentencia núm. 763/2003 del Tribunal Superior de Jus-

ticia de la Comunidad Valenciana, en el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Centros Deportivos de Castellón contra un acuerdo del ayuntamiento de Villareal en el que en relación con dicho principio se declara: «...por mucho que sea invocado por el TDC en las resoluciones traídas a estos autos por la actora, carece de rango constitucional; de forma que los poderes públicos pueden perfectamente ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado, en competencia con las empresas privadas, aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada, al menos desde la perspectiva de los principios de la Constitución económica. Así la STS de 24 de mayo de 1984 (RJ 1984, 3132) afirma significativamente que no existe una única economía de mercado (un modelo único), sino varias. Y la STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7352) afirma expresamente que nuestra Constitución se ha apartado del principio de subsidiariedad».

Esto, como pone de manifiesto, aunque de forma poco sistemática, la Resolución del Tribunal gallego aquí reseñada, significa que la oferta pública sería jurídicamente admisible siempre que la normativa así lo reconozca y se justifique en el caso concreto que se contribuye al interés público. Para lo primero se busca el amparo legal de la actuación del ayuntamiento de Ferrol en el art. 80.2.n) de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de la Administración local de Galicia, y en el art. 25.2.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen local, que faculta genéricamente a los ayuntamientos para organizar, directa e indirectamente, actividades deportivas.

Por otra parte, el Tribunal gallego, siguiendo al TDC (R 653/04, Deportes Álava), hace referencia a que las Administraciones públicas municipales pueden elegir formas indirectas de gestión que implican que el desarrollo directo de la actividad económica es realizado por particulares: «Por otra parte, el TDC hace referencia a que las administraciones públicas municipales, desde la libertad de ejercicio de sus propias prerrogativas (*sic*), cuenten con la iniciativa personal para dotar de mayor alcance y de mayor eficiencia a los múltiples objetivos de su actuación, optando, si fuera el caso, por dar entrada al sector privado a la gestión de las actividades a desarrollar».

Por último, el órgano de la competencia gallego se plantea la cuestión —alegada por el denunciante— de si todas las actividades físicas que van a desarrollarse en el centro deportivo se subsumirían en los servicios de deporte que el municipio está justificado que preste, o bien quedarían fuera algunos de los incluidos en la genérica competencia municipal para responsabilizarse de la prestación de actividades deportivas. Concretamente se alude a los cursos de aeróbic y musculación. A esta pregunta, en la que se pone de manifiesto si la cobertura general que proporcionan las bases jurídicas de la legislación de régimen local, se puede aplicar a cualquier tipo de actividad o prestación relacionada con la misma, con independencia de la intensidad con la que el interés público esté presente en su desenvolvimiento o interese este servicio a las empresas competidoras existentes en el mercado, se responde, citando expresamente otra *resolución del TDC (Resolución de 10 de marzo de 2006, Expte. R 648/05, Centros Deportivos Benicarló)*, lo siguiente: «...dado el amplio apoyo jurisprudencial a la posibilidad de que la gestión de los servicios públicos no se limite a los servicios esenciales y pueda prestarse en régimen de concurrencia

con la iniciativa privada, siempre que sean de utilidad pública, se presten dentro del término municipal correspondiente y en beneficio de sus habitantes, no puede atribuirse al ayuntamiento de Benicarló una conducta abusiva».

#### 2.4. *Cuestiones derivadas de la aplicación del Derecho de la competencia a la actividad de las Entidades locales: la identificación de prácticas restrictivas de la competencia*

Son numerosas las prácticas administrativas de las que pueden derivarse obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados (así lo pone expresamente de manifiesto la *Resolución de 2 de febrero de 2009 del Tribunal vasco de defensa de la competencia, Expte. 07/2008, TKI*, en relación con diversos proyectos empresariales para los que se solicitaron ayudas públicas que fueron denegadas). Se alude sintéticamente a las siguientes: la concesión de un monopolio a una empresa por parte de un ayuntamiento, las regulaciones de precios u otras condiciones en un mercado determinado, las actuaciones administrativas en el marco de la contratación pública o incluso ayudas de Estado contrarias a la competencia.

Entre los pronunciamientos de los órganos en materia de defensa de la competencia que versan, no ya sobre si resulta de aplicación este Derecho a la actividad que desarrollan las entidades locales, sino sobre su efectivo cumplimiento en el ámbito de dicha actividad —pues se presupone que ésta no se halla excluida—, se encuentran varias decisiones que se centran en la cuestión del abuso de la posición dominante en el mercado.

En primer lugar, encontramos algún pronunciamiento sobre la creación de la posición dominante en el mercado, lo que por sí mismo no es contrario al Derecho de la competencia. En este sentido, resulta de interés la *Resolución del Tribunal catalán de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 2009 (Exp. Ar. 30/80, Asociación de Funerarios de Lérida)*, en la medida en que la misma declara conforme a Derecho, contrariamente a lo que entendían los denunciantes, la licitación y adjudicación de un contrato administrativo mediante concurso público para la prestación del servicio de transporte funerario por disposición judicial, en las divisiones del Instituto de Medicina Legal de Cataluña para la investigación forense en los procesos instruidos por causa de muerte. La declaración de que dicha decisión es conforme a Derecho se basa en dos motivos. En primer lugar, se considera admisible jurídicamente que la Generalitat de Cataluña, que dispone de competencias de auto-organización, pueda determinar cuál es la mejor manera de atender el servicio de traslados de difuntos hasta el citado Instituto. Por otro lado, desde el punto de vista de la política de la competencia, se considera que se ha producido un cierre de mercado como consecuencia del concurso público promovido por la Administración, pero se reputa como admisible en la medida en que se respetan ciertas condiciones. Sobre este punto se cita (Resolución, exp. núm. 436/00 Hospital La Princesa/Funerarias, y expte. R. 152/98 Quioscos Moncofar) la doctrina anterior del Tribunal de Defensa de la Competencia. En aplicación de la misma se formulan ciertos requisitos para garantizar el respeto al principio de libre competencia en los casos en los

que se otorgan derechos exclusivos a favor de una empresa adjudicataria. Concretamente se requiere la superación de dos condiciones: por un lado que la duración del contrato sea corta y se renueve periódicamente la competencia entre empresas; y, por otra, la realización del procedimiento de adjudicación de acuerdo con la contratación administrativa, que garantiza los mismos principios de igualdad, publicidad y concurrencia que las reglas del Derecho de la competencia.

En relación con esta cuestión, pero referida a diversos problemas derivados de la efectiva aplicación de la legislación sobre competencia a empresas, y por tanto, personas jurídico-privadas de capital público, y titularidad de las Entidades locales, se encuentra la *Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de marzo de 2009 (Expte. 650/08), en relación con las empresas funerarias que desarrollan su actividad en la Comunidad Autónoma de Baleares y la intervención en este sector del ayuntamiento de Mallorca*. En este supuesto se imputa al ayuntamiento de Mallorca, propietario del capital íntegro de una empresa funeraria, la infracción de la prohibición de abuso de la posición dominante —regulada en el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia—. Concretamente se considera probado que la empresa en cuestión, cuyo objeto social es la prestación de servicios funerarios y de cementerios, y financiada íntegramente con capital público, opera en los dos cementerios de Palma de Mallorca y tiene una posición de dominio en el mercado insular de servicios mortuorios. También resulta probado que tanto esta empresa como el ayuntamiento *realizan prácticas para favorecer la posición de dominio y restringir las actividades de competidores reales o potenciales de la misma*. Esto se pone en evidencia por la adopción de directrices por el ayuntamiento, titular de la empresa, dirigidas a las empresas funerarias situadas en otros ayuntamientos —que al amparo de una licencia de transporte mortuario prestan sus servicios funerarios de recogida y transporte en el mismo municipio de Palma—, en virtud de las cuales se les impide realizar prácticas mortuorias, como acondicionamiento de cadáveres, u otras que son indispensables y que quedan integradas en la llamada «policía mortuoria». La prohibición de este tipo de actividad a las empresas funerarias de transporte no es más que, a juicio de la Comisión, una práctica restrictiva de la competencia que infringe el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues queda probado que en el transporte de cadáveres también se incluyen de ordinario estas actividades o prácticas inherentes al servicio que se presta.

Dentro de las resoluciones que fiscalizan el cumplimiento por personas jurídico-públicas del Derecho de la competencia resulta de interés la *Resolución de 26 de febrero de 2009 del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (Expte. 10/08), Cesta Punta*, en la que dicho órgano autonómico ha de pronunciarse sobre la supuesta infracción de la legislación de defensa de la competencia que se imputa a un ente público de Derecho privado, ETV (Euskal Irrati Telebista-Radio Televisión Vasca) y a una persona jurídico-privada, «Eusko Basque, S. L.». Los hechos consisten en que ambas han suscrito un contrato por el que se atribuye a dicha empresa con exclusividad la retransmisión de partidos de pelota vasca (cesta punta), con lo que excluye del mercado a otros competidores, en la medida en que además de obtener los beneficios económicos procedentes del citado contrato, favorece la participación de sus pelotaris en perjuicio de otros de

similar calidad en campeonatos organizados por terceros y en particular en el Campeonato Mundial de Cesta Punta. Además se denuncia que la empresa «Euro Basque, S. L.» se vale de este contrato televisivo para expulsar del mercado a su principal competidora, dado que los propietarios de los frontones (ayuntamientos, en su gran mayoría) prefieren conceder la organización de un festival de cesta punta a la empresa que les garantice la retransmisión televisiva.

Así, tomando como referencia las normas que regulan la defensa de la competencia en el contexto económico y social en el que se insertan, el expediente concluye con una terminación convencional, prevista en el art. 52 de la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia, en el que las partes afectadas presentan unos compromisos para resolver los efectos sobre la competencia derivados de sus conductas, de modo que quede suficientemente garantizado el interés público y el Tribunal vasco de Defensa de la Competencia declara la conformidad con el derecho de dichos compromisos. De esta forma se adecúa la aplicación del contrato firmado a la nueva situación del mercado, en el que la empresa «Eusko Basque» tiene nuevos competidores.

Los presupuestos sobre los que se basa la declaración de conformidad al Derecho de la competencia de tales compromisos es la constatación, por el órgano competente vasco, tanto de la posición relevante en el mercado de la empresa «Eusko Basque», derivada del contrato firmado con el ente público de televisión vasca, como la afirmación de que dicho contrato no ha de implicar ninguna conducta abusiva reprochable desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Todo ello lo entiende el órgano autonómico de defensa de la competencia sin perjuicio de que el ente público de televisión, que tiene encomendada por el ordenamiento la función de promocionar la cultura vasca en sus diferentes vertientes (y también en la deportiva), utilice los medios destinados a la promoción del deporte de la forma más eficiente posible.

De indiscutible interés también resulta la *Resolución de 2 de febrero de 2009, Expte. R 7/2008, del Tribunal gallego de Defensa de la Competencia*, sobre el Transporte fluvial de Lugo, en la que se fiscaliza la adecuación al Derecho de la competencia del ejercicio directo por parte de la Diputación provincial de Lugo de la actividad de transporte fluvial de viajeros con embarcaciones de su propiedad por la «Ruta de los Embalses». Se denuncia a esta administración local porque en la explotación directa de los servicios aplicó durante dos anualidades precio por debajo del coste, lo que comportaría la realización de actos de competencia desleal en perjuicio de otra empresa privada competidora en ese ámbito. El Tribunal de Defensa de la Competencia enjuicia si la referida actividad incurre en las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la legislación de defensa de la competencia.

En un primer momento, lo que se intenta fiscalizar es si la actuación de la Diputación se realiza en el ámbito de sus propias prerrogativas y conforme a la Ley. Se cita para ello el art. 109.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, relativo a las competencias propias de las Diputaciones provinciales, que recoge entre tales competencias, en su apartado *d)*: «En general, el fomento y la administración de los

intereses peculiares de la provincia». Asimismo se toman en consideración otras previsiones legales [art. 36.1.d) de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen local, y art. 109.1.d) de la Ley 5/1997, de Administración local de Galicia] que atribuyen a las Diputaciones provinciales «la cooperación en el fomento y desarrollo económico y social de la provincia». En este punto, considera el Tribunal que cabe admitir el argumento de la Diputación que sostiene que los servicios de transporte fluvial tienen por objetivo «impulsar y promover el desarrollo de las zonas ribereñas de los embalses». Sin embargo, el Tribunal gallego considera que él no es competente para resolver esta cuestión, sino que resultaría competencia de la jurisdicción contencioso administrativa —cita como fundamento la Resolución de 4 de noviembre de 2005 (Expte. 653/04, Deportes Álava) del Tribunal de Defensa de la Competencia—. Sin perjuicio de lo anterior, este órgano autonómico pasa a enjuiciar la actividad de la Diputación porque considera que se trata de una actividad económica a la que resulta de aplicación general la LDC sin excepciones sectoriales y sin distinción de operadores públicos y privados. Trae en este punto a colación el Tribunal la afirmación del TDC de que «El Derecho administrativo no es el único Derecho que regula toda la actividad de la Administración pública» (Expte. R 572/03, Servicios Deportivos Logroño).

Posteriormente, el Tribunal se plantea sucesivas infracciones de la legislación de defensa de la competencia por parte de la Diputación provincial de Lugo. Para ello comienza valorando si tal conducta infringe alguno de los artículos de la LCD (en su versión anterior a 2007), y si tiene capacidad para distorsionar gravemente las condiciones de competencia y afectar al interés público. En este sentido tiene en cuenta que la conducta denunciada es tanto la supuesta venta por debajo del coste realizada durante varias anualidades (2002-2003), como la fijación del precio del transporte fluvial sin respetar el procedimiento establecido. Con respecto a esto último, el Tribunal desecha su fiscalización, pues considera, acertadamente, que ésta es una cuestión que puede constituir vulneración de la legislación administrativa pero es ajena a su función de control. Con respecto a la conducta desleal durante los años 2002 y 2003, el Tribunal la examina intentando subsumirla en alguna de las posibles infracciones de la legislación de la competencia: por ejemplo, que se trate de una *venta a pérdida*. Así, si se realiza con la intención de eliminar a los posibles competidores al imposibilitarles la entrada en el mercado para ofrecer el servicio de transporte fluvial —lo que se conoce en el lenguaje jurídico-mercantil como *doctrina de los precios predatorios* (art. 7, en conexión con el art. 17 LDC, en su antigua versión)—, o si concurre una *conducta desleal derivada de la violación de normas o competencia desleal* derivada de la *cláusula general o residual del antiguo art. 5 LCD*. Pues bien, en el análisis que se realiza de la regulación de defensa de la competencia para proceder a su aplicación al caso concreto, se pone de manifiesto la dificultad práctica que resulta de aplicar estas normas a las Administraciones públicas. Expresamente afirma el Tribunal gallego de Defensa de la Competencia, siguiendo en esto al antiguo órgano nacional (TDC): «La dificultad proviene de que el test de recuperación de costes —probabilidad de recuperación de los costes derivados de la estrategia predatoria una vez eliminado el competidor o competidores actuales o potenciales— resulta de imposible aplicación a la

actividad económica de la Administración pública, dado que no existe razón para que la misma actúe de modo que el beneficio se incremente en el futuro».

Por último, frente a la posible denuncia de que la oferta de servicios de transporte fluvial realizada a pérdida por la Diputación podría ser considerada una ayuda pública, y, en cuanto tal, distorsionadora de las reglas del mercado, el Tribunal gallego sostiene que se encuentra ante una cuestión para la que resulta incompetente. Este órgano no tiene competencias, conforme al ordenamiento jurídico, para evaluar ayudas públicas en el marco de un expediente sancionador.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que los órganos de Defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas sí que pueden elaborar informes sobre ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial. En este ámbito se incardina la *Resolución de 20 de mayo de 2009, el Tribunal vasco de Defensa de la Competencia (Expte. 02/2009, «Fomento de San Sebastián, S. A.»)* cuando resuelve sobre la supuesta financiación de una empresa, con fondos públicos, para actuar en el mismo mercado de la empresa denunciante. Concretamente se denuncia a la empresa «Fomento San Sebastián, S. A.», la cual es una sociedad municipal encargada de promover el desarrollo económico de Donostia-San Sebastián, en el mercado de la construcción de equipamientos industriales y de servicios para el sector audiovisual en Gipuzkoa, mercado en el que actúan tanto operadores económicos de naturaleza privada como diferentes sociedades públicas de ámbito local que realizan actividades de promoción económica. Los denunciantes alegan que se puede estar infringiendo la legislación de defensa de la competencia por cuanto se estaría financiando con fondos públicos una empresa privada para promover un proyecto idéntico al que ellos desarrollan. Se trata de construir un polo audiovisual en el polígono industrial de Z. de dicho ayuntamiento de San Sebastián, publicitando que se promoverán políticas de alquileres bonificados con el fin de incentivar la implantación de empresas del sector sobre dicha promoción pública. El Tribunal vasco archiva la denuncia al considerar que no existen indicios de infracción de los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia.

### **3. La Transposición de la Directiva de Servicios y su aplicación en el ámbito local desde el punto de vista del respeto al Derecho de la competencia**

El hito que ha supuesto la incorporación de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, de servicios en el mercado interior al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (Ley paraguas), sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone la Directiva, y sus efectos en el ámbito local ha sido un tema necesariamente tratado por la doctrina jurídico-administrativa en este último año, en la medida que supone un nuevo marco de referencia en la regulación del sector servicios.

Entre otras, destacan las siguientes aportaciones doctrinales: «La transposición de la Directiva Bolkestein, la libertad de establecimiento y las competencias de las entidades

locales», de F. MORA BONGERA, en *El consultor de los ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4, 2009, pp. 530-543, y «La Directiva de servicios y las Entidades Locales», de I. MOLINA FLORIDO, en la misma revista en el núm. 19, 2009, pp. 2794-2811.

Concretamente I. MOLINA FLORIDO, Subdirector General de Organización y Régimen Jurídico del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del ayuntamiento de Madrid, pone de manifiesto que este nuevo régimen sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio tiene como objetivo principal suprimir las barreras que restringen injustificadamente el acceso y ejercicio de actividades de servicios. Con la eliminación de estas trabas injustificadas se quieren alcanzar ciertas finalidades, como crear un entorno más favorable a la actividad, a la creación de empleo, a la puesta en marcha de nuevos proyectos emprendedores y, en general, a la dinamización del sector servicios con repercusiones positivas en el conjunto de la actividad económica, y también se avanza hacia una mayor garantía de la libre competencia.

### *3.1. Modificaciones legislativas y reglamentarias introducidas para la transposición de la Directiva 2006/123/CE y sus efectos en el régimen local español*

Con carácter general se aprecia que, tanto el art. 9 de la Directiva, como el art. 5 de la Ley 17/2009, establecen un principio general conforme al cual, el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización. Únicamente podrán mantenerse los regímenes de autorización cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general, el cual, como pone de manifiesto el autor antes citado (MOLINA FLORIDO), no es un concepto jurídico indeterminado que cada administración pública pueda interpretar libremente. Por el contrario, y teniendo en cuenta que dicho concepto ha de ser interpretado conforme ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, comprende, al menos, los siguientes ámbitos: «el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural». Asimismo la autorización sólo puede imponerse si el objetivo perseguido no pueda lograrse con otra medida menos restrictiva. En este sentido, el art. 5 indica que, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios se sujetará a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos, y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

Por este motivo y teniendo en cuenta la seguridad jurídica y con el objeto de ofrecer a las Administraciones públicas de fórmulas jurídicas con las que sea posible eliminar las

autorizaciones previas, la Ley Ómnibus —Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio— incluye (en sus arts. 1 y 2 respectivamente) una modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y del art. 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).

La nueva redacción del art. 84 LRBRL es la siguiente: «1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: *a)* Ordenanzas y Bandos. *b)* Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 sobre el libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma. *c)* Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el art. 71 *bis* de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *d)* Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma. *e)* Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo. 2. La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue. 3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondiente leyes sectoriales».

Asimismo se ha introducido un nuevo precepto, art. 71 *bis*, en la LRJPAC, donde se definen tanto las comunicaciones previas como las declaraciones responsables.

Por último, hay que tener en cuenta también que por *Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, se ha modificado el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955* (en adelante RSCL) para adaptarlo a la nueva redacción de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, que ha introducido la comunicación previa o la declaración responsable como mecanismo ordinario de intervención en el ámbito local, junto a las licencias, que quedarán sujetas, respecto de las actividades de servicios, a los principios incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Estos principios, como pone de manifiesto la Exposición de motivos del Real Decreto 2009/2009, de modificación del RSCL, implican la introducción de nuevas formas de control de la actividad más eficaces, pero menos gravosas para ciudadanos y empresas. Concretamente se da una nueva redacción al art. 5 («La intervención de las corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios enunciados en la legislación básica en materia de régimen local») y al art. 22.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales («La apertura de establecimientos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica en materia

de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio»), sin perjuicio de las competencias normativas que corresponden a las Comunidades Autónomas y de la autonomía local. Asimismo, se suprimen los arts. 8 y 15.2, al considerar que son manifiestamente incompatibles con la nueva redacción de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como con el contenido y principios de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

Como pone de manifiesto MOLINA FLORIDO, puede decirse que tanto la Directiva como la legislación aprobada para su incorporación al Derecho español establecen cuatro niveles distintos de intervención administrativa en las actividades de servicios, de menor a mayor intensidad:

1. Libre acceso y ejercicio de actividades de servicios. El prestador de servicios puede operar sin más limitaciones que las que se le imponen a cualquier otra actividad económica. Es el régimen general.

2. Libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, si bien se exige el cumplimiento de determinados requisitos que no precisan de comunicación previa o declaración responsable.

3. Régimen de notificación o declaración responsable. El prestador puede operar desde el momento en que notifica el cumplimiento de los requisitos necesarios para llevar a cabo la actividad. En tales casos podrá realizarse un control *a posteriori*.

4. Régimen de autorización. Implica el cumplimiento de requisitos que exigen una comprobación previa por parte de la autoridad competente. Es el tradicional régimen de autorización *a priori*.

No cabe duda de que esta nueva regulación contribuirá a crear competencia, en la medida que logra liberalizar determinadas actividades y a eliminar requisitos innecesarios y simplificar procedimientos a través de las nuevas figuras de la comunicación previa y de la declaración responsable.

### 3.2. *La reforma de las Ordenanzas locales: ámbito y criterios de la nueva regulación que se adopte*

En este epígrafe de lo que se trata es de aproximarse a cómo afecta el contenido de estas dos nuevas leyes estatales, y concretamente la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, así como del Reglamento de Servicios de las Entidades locales (RSEL) de 1955, a la regulación que han de aprobar las entidades locales sobre las diferentes actividades económicas desde el punto de vista del respeto al Derecho de la competencia, aplicable indistintamente a la actividad económica privada como a la pública, cuando ésta se somete a las reglas del mercado.

Estos nuevos principios y esta nueva regulación introducida por la Ley paraguas (Ley 17/2009) y la Ley ómnibus (Ley 25/2009) conducen a que las entidades locales deban reformar sus ordenanzas locales a fin de establecer los nuevos requisitos para la prestación de servicios, con independencia de que los mismos precisen o no de comu-

nicación o estén o no sujetos a autorización previa, ya que esta nueva legislación señala que los regímenes deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se exija de forma arbitraria. Existe un plazo temporal muy limitado. Las entidades locales deberían de haber asegurado la compatibilidad de sus normas y actuación con la Ley sobre el Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios antes del 28 de diciembre de 2009. La Ley 17/2009, en su disposición final quinta, apartado 2, establece que las entidades locales comunicarán a la Administración General del Estado, antes del 26 de diciembre de 2009, las disposiciones reglamentarias de su competencia que hubieran modificado para adaptar su contenido a lo establecido en la Directiva y en esta nueva ley.

A estos efectos, la doctrina (*cf.* MOLINA FLORIDO) considera que lo deseable sería que cada entidad local pudiera elaborar una «*Ordenanza Omnibus*», equiparable a la ley estatal, si bien se reconoce que esta opción resulta fuertemente limitada por el hecho de que ha de producirse previamente la adaptación a la Directiva de la legislación de cada Comunidad Autónoma. En todo caso habrá que analizar detenidamente toda la normativa local y determinar si está o no afectada por esta nueva legislación, analizar reglamentos, ordenanzas y procedimientos, para averiguar si las materias sobre las que versan están dentro o fuera del ámbito de aplicación. Debe tenerse también presente que según establece la disposición transitoria única de la Ley, los procedimientos de autorizaciones iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud. Si la tramitación y resolución se produce a partir del 28 de diciembre de 2009 y la normativa de aplicación incluye requisitos prohibidos según el art. 10 de la Ley, no se tendrá en cuenta por el órgano competente, salvo que el interesado desistiera de su solicitud y optara por la aplicación de la nueva normativa. De esta forma las Entidades locales se verán obligadas a aplicar las previsiones de la futura Ley, aún cuando no tengan adaptadas sus respectivas ordenanzas, lo cual puede ser una fuente inagotable de conflictos y dificultades interpretativas.

MOLINA FLORIDO señala que la sustitución de los regímenes de autorización previa por otros regímenes tendrá un alcance muy limitado en el ámbito de la Administración local. Considera que esto es debido a que la mayor parte de la actividad autorizatoria de las entidades locales se centra en dos ámbitos, el dominio público municipal y las licencias urbanísticas, en los que o bien existe una exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva, o bien existen razones imperiosas de interés general que justifican el establecimiento de un régimen de autorización a posteriori. Además, en ambos casos existen razones imperiosas de interés general que justifican el establecimiento de regímenes de silencio administrativo negativo. El citado autor considera que esto no excluye que, en aquellas ordenanzas municipales que regulen licencias urbanísticas u ocupación del dominio, deban eliminarse los requisitos prohibidos por la Directiva que pudieran encontrarse, ni tampoco que, en los supuestos en los que la legislación estatal o autonómica lo permita, las ordenanzas municipales puedan incluir supuestos de comunicación previa o declaración responsable, cuando se considere que ello puede

suponer ventajas de cara a la simplificación y agilización en la tramitación de los procedimientos administrativos.

Sin perjuicio de que se apruebe legislación autonómica de desarrollo de las Leyes paraguas y ómnibus, las entidades locales tendrán que adaptar sus ordenanzas en aquellas materias en las que están afectados los servicios o que incluyen regímenes de autorización que deberán ser revisados atendiendo a los principios que se derivan de la nueva legislación tales como las ordenanzas en materia de venta ambulante, servicios de mudanzas, servicios funerarios, autorizaciones de contenedores en vía pública, mercados, autotaxis, protección del medio ambiente urbano (atmosférico, ruidos y vibraciones, residuos).

# Bienes públicos y expropiación forzosa

Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO  
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo*  
*Universidad Autónoma de Madrid*

**Palabras clave:** bienes de las entidades locales; protección y defensa; expropiación forzosa; garantías jurídicas.

**Key words:** property of local authorities; protection and defense; eminent domain; legal guarantees.

**SUMARIO:** I. BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES.—1. Procedimiento de deslinde. Caducidad.—2. Recuperación de oficio de los bienes demaniales.—3. Cesión gratuita de bienes inmuebles a entidades sindicales.—4. Enajenación de bienes patrimoniales.—II. EXPROPIACIÓN.—1. Determinación de la normativa aplicable.—2. Prevalencia de la utilidad pública de la expropiación para explotaciones mineras y suelos rústicos especialmente protegidos.—3. Declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación. Distinto ámbito.—4. La anulación del procedimiento expropiatorio o de los instrumentos de planeamiento de que trae causa impide fijar el justiprecio.—5. Condición de sujeto expropiado.—6. Irregularidades en la tramitación del expediente expropiatorio.—7. Composición del jurado provincial de expropiación.—8. Valoración de los bienes y derechos expropiados.—8.1. *Fecha a la que referir la valoración.*—8.2. *Valor de la hoja de aprecio.*—8.3. *Procedimiento de tasación conjunta.*—8.4. *Valoración de suelo urbano.*—8.5. *Valoración de suelo no urbanizable.*—8.6. *Valoración de otros derechos e intereses.*—9. Pago y consignación.—10. Retasación e intereses de demora.—11. Reversión.—12. Recurso de casación.

## I. BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES

### 1. Procedimiento de deslinde. Caducidad

Cuando se trata de un expediente de deslinde iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la Ley 30/1992 que tuvo lugar en 1999, el mismo no podía caducar. Para la *STS de 15 de junio de 2009* (recurso de casación núm. 3067/2006), en atención a su propia y específica naturaleza del expediente de deslinde, que persigue establecer la exacta identificación del dominio público, debe afirmarse que el mismo pro-

mueve y defiende intereses generales que revierten en beneficio de los ciudadanos, por lo que debe excluirse la aplicabilidad de la regla prevista en el art. 43.4 de la Ley 30/1992, en su redacción original, que precisaba que «cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada». Por el contrario, si el procedimiento de deslinde se inicia tras la reforma de la Ley 30/1992 de 1999, y la normativa aplicable con rango de Ley establece un plazo máximo de resolución del expediente de deslinde, el mismo debe configurarse como un plazo de caducidad, puesto que como precisa, por ejemplo, la *STS de 25 de mayo de 2009* (recurso de casación núm. 5631/2006), la redacción actual del art. 44.2 de la Ley 30/1992 no se refiere a procedimientos iniciados de oficio «no susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos», sino que su objeto es, pura y simplemente, los procedimientos en que la Administración ejercite potestades «de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen». Esa modificación terminológica conduce al Tribunal a considerar que el efecto desfavorable debe proyectarse no sobre la ciudadanía, sino sobre la persona concreta afectada por la actuación administrativa que tiene la condición de interesado. Desde esta premisa, el sujeto privado que impugna un deslinde de bienes públicos resulta afectado cuando el deslinde afecta a bienes que tal sujeto cree de su propiedad, por lo que el procedimiento de deslinde se encuentra sometido al plazo de caducidad fijado legalmente o, en su defecto, al plazo de tres meses establecido por la Ley 30/1992.

## 2. Recuperación de oficio de los bienes demaniales

Como ha reiterado la jurisprudencia, interpretando los arts. 70 y ss., del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, el procedimiento de recuperación de oficio de los bienes demaniales requiere una acreditación de la posesión pública del bien, siquiera con carácter indiciario pero incontrovertible, y de la perturbación posesoria del mismo, debiendo estar perfectamente identificados los bienes sobre el terreno, ya que si existe confusión sobre su ubicación o extensión, deberá realizarse previamente un expediente de deslinde. Por ello no cabe el ejercicio de esta facultad cuando la posesión pública no aparezca como inequívoca e indudable, o su dilucidación exija complicados juicios de valor o de ponderación. Desde estas premisas, resulta imposible ejercer la recuperación de oficio a través de la emisión, simplemente, de un certificado municipal que y teniendo en cuenta un informe emitido por los servicios técnicos municipales, haga constar que el bien está identificado como Camino Público según el Plan General de Ordenación Urbana, exigiendo la adecuación del Inventario de Caminos Públicos. Aquí no se ha seguido procedimiento alguno que garantice los derechos de los sujetos privados afectados, como precisa la *STSJ de Murcia de 27 de febrero de 2009* (recurso contencioso-administrativo núm. 1102/2004).

En todo caso, la competencia para ejercer la acción de recuperación de oficio de los bienes públicos municipales no corresponde al Pleno, dado que no se trata de una acción judicial, sino de una acción administrativa y, consecuentemente, al no estar atribuida expresamente por la Ley de Bases al Pleno corresponde al alcalde su ejercicio.

### 3. Cesión gratuita de bienes inmuebles a entidades sindicales

Ciertamente la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, prevé la posibilidad de que las entidades locales cedan gratuitamente a los sindicatos que tengan la condición de más representativos bienes patrimoniales para la realización de las actividades propias de tales organizaciones. Lo que no cabe es una cesión gratuita de un bien demanial por el ayuntamiento, como precisa la *STS de 23 de marzo de 2009* (recurso de casación núm. 3260/2006), sin seguir el procedimiento establecido en la Ley de Bases de Régimen Local y la normativa autonómica de desarrollo. Además, y en todo caso, dicha cesión debe respetar el principio de no discriminación con el resto de sindicatos que ostenten también la condición de más representativos.

### 4. Enajenación de bienes patrimoniales

La decisión de enajenar diversas parcelas patrimoniales mediante concurso, cuando se han establecido tres licitaciones diferenciadas, impide valorar conjuntamente las proposiciones presentadas de forma individualizada en cada una de ellas, aún cuando en las mismas sólo participen los dos mismos licitadores, a efectos de otorgar el concurso, *STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2009* (recurso de apelación núm. 656/2007).

## II. EXPROPIACIÓN

### 1. Determinación de la normativa aplicable

En cuanto a la determinación de la normativa a aplicar, aún cuando la fecha en la que se fije el justiprecio por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa o el órgano autonómico de valoración ya estuviese en vigor la Ley 8/2007, de 28 de mayo (lo que tuvo lugar el 1 de julio de 2007), la fecha relevante es aquella en la que adopta el acuerdo de necesidad de ocupación es anterior, debe aplicarse las reglas valorativas de la Ley 6/1998, como realiza, sin mayor argumentación, que la referencia al art. 21 de la LEF, por ejemplo, *STSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 18 de diciembre de 2009* (recurso contencioso-administrativo 63/2008), lo que lleva a valorar el suelo rústico de protección de infraestructuras expropiado para la construcción/ampliación del aeropuerto de Burgos como si fuese suelo urbanizable, al constituir un sistema general.

## 2. Prevalencia de la utilidad pública de la expropiación para explotaciones mineras y suelos rústicos especialmente protegidos

Ciertamente el otorgamiento de una concesión para la explotación de recursos mineros de la Sección C lleva aparejada la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios, en los términos previstos por la Ley de Minas. Pero cuando dicha concesión se proyecta sobre terrenos rústico de especial protección, la prevalencia de la explotación minera sólo derivará del resultado de la evaluación ambiental, puesto que en caso de ser ésta negativa o no existir, no podrá procederse a la expropiación, *STS de 2 de diciembre de 2009* (recurso de casación núm. 4624/2006).

## 3. Declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación. Distinto ámbito

La *STS de 22 de septiembre de 2009* (recurso contencioso-administrativo núm. 311/2007), precisa la diferente función que los trámites de declaración de utilidad pública y de necesidad de ocupación presentan en el procedimiento expropiatorio. En concreto señala que «...el distinto contenido y alcance de la declaración de utilidad pública y la resolución acordando la necesidad de ocupación, constituyendo la primera una actuación previa a la expropiación, que se limita a valorar la utilidad pública o interés social del fin al que haya de afectarse el objeto expropiado, cuya identificación sólo tiene ese alcance de utilidad para el fin perseguido, siendo el acuerdo de necesidad de ocupación el que concreta y precisa los bienes que se afectan al fin de la expropiación, que han de ser los estrictamente indispensables para tal fin, que ha de lograrse con el mínimo de sacrificio posible para la propiedad...». De esta distinta finalidad el Tribunal Supremo extrae las siguientes consecuencias: «...El distinto alcance e incidencia inmediata en las titularidades dominicales afectadas por la expropiación, que tienen la declaración de utilidad pública o interés social y el acuerdo de necesidad de ocupación, se refleja en el procedimiento establecido para su adopción, y, concretamente, en lo que atañe a la intervención de los interesados, que se contempla específicamente en relación con la necesidad de ocupación y no así respecto de la declaración de utilidad pública. Finalmente, dentro de este planteamiento general, conviene señalar que el control de legalidad de cada acto del procedimiento expropiatorio ha de efectuarse desde el contenido y alcance que le es propio, no pudiéndose trasladar las exigencias propias de un concreto acuerdo, como el de necesidad de ocupación, a otro de distinto alcance, como es la declaración de utilidad pública o interés social...». La consecuencia es que si el acuerdo de necesidad de ocupación se proyecta sobre bienes que no responden a la declaración de utilidad pública, el procedimiento debe ser anulado. El supuesto concreto es la declaración de utilidad pública de los terrenos urbanizados en la playa del Algarrobico, por lo que el acuerdo de necesidad de ocupación no puede proyectarse sobre terrenos que no han sufrido tal transformación urbanística.

#### 4. La anulación del procedimiento expropiatorio o de los instrumentos de planeamiento de que trae causa impide fijar el justiprecio

Resulta evidente que la desaparición del procedimiento expropiatorio impide cuestionar el justiprecio o valor del terreno afectado y sobre el que resulta imposible su restitución. Lo que procede es una indemnización por los perjuicios causados por tal actuación administrativa y, en particular, la que con carácter sustitutorio resulte de la imposibilidad material de devolución de los bienes. Es cierto que con carácter tradicional se ha tomado como referencia por la jurisprudencia, a efectos de fijar dicha indemnización, la aplicación de un porcentaje de incremento sobre el justiprecio que correspondería al terreno, caso de estar éste fijado por el Jurado, en razón de la vía de hecho en que incurre la Administración por la desaparición sobrevenida de la causa *expropiandi*, sin que ello permita identificar ambos conceptos ni suponga que, necesariamente, haya de fijarse tal indemnización con referencia al justiprecio previamente determinado en forma, a tenor de la *STS de 27 de noviembre de 2009* (recurso de casación núm. 3633/2006).

Evidentemente, la vía de hecho se produce no solo cuando se anula el procedimiento expropiatorio, sino también cuando el mismo es inexistente. En concreto, la *STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2009* (recurso contencioso-administrativo núm. 143/2008), considera que dicha vía de hecho se ha producido si en la ejecución sobre unos terrenos correctamente expropiados para la erección de la nueva sede del Archivo Municipal de Móstoles se ocupa suelo no expropiado de forma evidente y grosera, cuando tal extralimitación sobre los límites del suelo previamente expropiado no pudo pasar desapercibida a la Administración, puesto que, además de que los linderos con la finca de los sujetos no expropiados estaban claramente definidos, en el proyecto inicial de la obra se respetaban, por lo que cualquier replanteo que excediera la superficie y límites originarios debió contar con la necesidad de adquirir previamente el título que autorizara su ejecución. Lo relevante es que el Tribunal Superior de Justicia precisa el alcance de la pretensión de restitución del bien privado usurpado y la posibilidad o no de poder declarar en la propia sentencia la concurrencia de dicha imposibilidad, sin necesidad de tener que esperar al trámite de ejecución de sentencia. En efecto, la Sala precisa que acreditada en el proceso la imposibilidad de reponer el terreno a su estado anterior a la ocupación, no es razonable acordar tal reposición en la sentencia para después, en fase de ejecución, tener que tramitar, a instancia de la Administración, el incidente previsto en el apartado 2 del art. 105 de la Ley Jurisdiccional... Esa sustitución, acordada en la sentencia, no constituye una extralimitación en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino, por el contrario, el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el art. 33.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ahora bien, si a los autos no se ha aportado dato alguno que permita concluir en la existencia de tal imposibilidad lo procedente es la estimación de la pretensión de restitución, con independencia de que, en su caso, en ejecución de sentencia pudiera acreditarse la existencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 105.2 de la LJCA.

En todo caso, las consecuencias indemnizatorias que excedan del valor del bien expropiado deben ser imputadas, cuando en el procedimiento expropiatorio actúa también un beneficiario de la expropiación, a la Administración expropiante, dado que ésta es la titular de la competencia expropiatoria y la responsable de la tramitación del expediente expropiatorio, tal y como afirma la *STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2009* (recurso contencioso-administrativo núm. 1564/2004).

## 5. Condición de sujeto expropiado

La *STS de 4 de noviembre de 2009* (recurso de casación núm. 3999/2006) niega la condición de sujeto expropiado a una mercantil que firma un contrato de suministro de áridos con el sujeto expropiado. Y ello porque el art. 4 LEF impone que las actuaciones hayan de entenderse no sólo con el titular del dominio, sino también con los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, así como con los arrendatarios cuando se trata de inmuebles rústicos o urbanos. Pero esa condición no nace de una pura relación obligacional. Ciertamente el contrato de suministro le confiere un interés sobre el objeto expropiado, pero aquí el art. 6 del REF impone que los titulares de derechos o intereses sobre el bien expropiado, salvo los arrendatarios rústicos urbanos, no perciban indemnización independiente, sin perjuicio de que puedan hacerlos valer sobre el precio derivado de la expropiación principal, siendo esa la vía de tutela que debe ejercer el titular de un derecho obligacional.

## 6. Irregularidades en la tramitación del expediente expropiatorio

El procedimiento expropiatorio es un procedimiento complejo, pero en definitiva un procedimiento administrativo al que deben aplicarse supletoriamente las reglas de la Ley 30/1992. Por ello, si se producen irregularidades formales en el levantamiento de las Actas Previas a la Ocupación, las mismas no afectan a la regularidad del procedimiento expropiatorio, salvo que hayan producido indefensión en el sujeto expropiado, tal y como precisa la *STS de 23 de junio de 2009* (recurso de casación núm. 7139/2005). Ello se observa claramente en la *STS de 16 de junio de 2009* (recurso de casación núm. 6556/2005), donde ante la falta de indicación en la información pública del levantamiento de las actas previas a la ocupación no contenía la relación concreta de los bienes afectados, el Tribunal no anula el procedimiento porque el sujeto expropiado efectuó efectivamente las alegaciones procedentes respecto a la inclusión de bienes de su propiedad.

Desde otra perspectiva, la *STS de 21 de abril de 2009* (recurso de casación núm. 1607/2005) reitera la exigencia de proceder a la notificación individual, a pesar del silencio del art. 52 LEF, y ello porque el art. 21.3 LEF, que obliga a la notificación de la declaración de la necesidad de ocupación en el procedimiento expropiatorio ordinario,

debe ser interpretado extensivamente como una garantía propia de cualquier procedimiento expropiatorio, ya que se trata de que el afectado pueda combatir la declaración de necesidad de ocupación antes de que la ocupación misma se lleve a cabo. Su ausencia determina la nulidad del expediente expropiatorio. Igual nulidad se produce si no se requiere al sujeto expropiado para que presente su Hoja de Aprecio, puesto que como indica la *STS de 18 de febrero de 2009* (recurso de casación núm. 1425/2006), se coloca al sujeto expropiado en una situación de desigualdad.

## 7. Composición del jurado provincial de expropiación

La participación del vocal arquitecto del jurado en la elaboración de las Ponencias de Valores Catastrales no supone, por sí misma, una causa de invalidez de la resolución del jurado, puesto que no se constituye ni como causa de abstención ni como causa de recusación, como precisa la *STS de 19 de mayo de 2009* (recurso de casación núm. 3887/2005).

## 8. Valoración de los bienes y derechos expropiados

### 8.1. Fecha a la que referir la valoración

La *STS de 30 de junio de 2009* (recurso de casación núm. 7159/2005) reitera la doctrina jurisprudencial a cuyo tenor de conformidad con el art. 36 LEF: «...la valoración del bien expropiado debe referirse al momento de inicio del expediente de justiprecio. Y es cierto que, una vez acordada la expropiación, la Administración expropiante no debe demorarse, por lo que el inicio del expediente de justiprecio debería, en principio, coincidir con el acto expropiatorio, que viene dado por la declaración de necesidad de ocupación. Ello explica lo dispuesto por el inciso inicial del art. 28 REF: “El expediente de justiprecio a que se refiere el capítulo III de la Ley se entenderá iniciado, a todos los efectos legales, el día siguiente a aquél en que haya adquirido firmeza el acuerdo declaratorio de la necesidad de la ocupación, con independencia de la fecha en que la Administración expropiante extienda la correspondiente diligencia de apertura”. Ocurre, sin embargo, que esta presunción absoluta de coincidencia de la fecha de inicio del expediente de justiprecio con el día en que el acuerdo de necesidad de ocupación adquiere firmeza ha venido siendo considerada ilegal por numerosas sentencias de esta Sala. La razón es que si se produce un retraso en el comienzo de las actuaciones tendentes a la determinación del justiprecio, como a menudo sucede, la aplicación de esa presunción absoluta obligaría al expropiado a soportar las consecuencias negativas de una tardanza que no le es imputable; o, dicho de otra manera, se privaría al expropiado del incremento de valor que durante el periodo de retraso haya podido experimentar el bien expropiado, del que se aprovecharía injustificadamente el beneficiario. Dado que esta consecuencia sería in-

aceptable por justificar tardanzas no reprochables al expropiado y dado, asimismo, que la mencionada presunción absoluta de ninguna manera es prevista —ni siquiera implícitamente— por la Ley de Expropiación Forzosa, la jurisprudencia viene entendiendo que la citada disposición reglamentaria de desarrollo es ilegal, al menos en la medida en que la presunción por ella establecida es absoluta...».

### 8.2. *Valor de la hoja de aprecio*

El elemento relevante, desde el punto de vista de la cuantificación del justiprecio, viene constituido por las hojas de aprecio de las partes, ya que, conforme a reiterada jurisprudencia, la hoja de aprecio formulada por el propietario contiene una declaración de voluntad dirigida a la otra parte que interviene en la expropiación, por lo que los límites determinados por la cantidad solicitada no pueden ser rebasados ni por el jurado, ni por el órgano jurisdiccional por imposición del principio de congruencia con los actos propios. Ello impide a los Jurados de Expropiación o a los Tribunales revisar los actos de la parte señalando justiprecios o indemnizaciones superiores a los solicitados en las respectivas hojas de aprecio, con independencia de que en estricta aplicación de los criterios valorativos establecidos normativamente, el valor de posible aplicación al caso debiera resultar superior al consignado en dicha hoja de aprecio, siempre y cuando la misma haya sido presentada por el sujeto expropiado sin condicionante ninguno en la cuantificación de la valoración, como precisa la *STS de 11 de noviembre de 2009* (recurso de casación núm. 4377/2006).

La afirmación constante del carácter invariable de la hoja de aprecio, como derivación del principio de vinculación a los actos propios, se extiende por la *STS de 21 de abril de 2009* (recurso de casación núm. 5814/2004) a la fijación del aprovechamiento urbanístico referible al suelo urbano realizada por la Administración en tal hoja de aprecio, por lo que posteriormente no puede alegar que ha sufrido un error en su cálculo.

### 8.3. *Procedimiento de tasación conjunta*

En cuanto a la impugnación del procedimiento de tasación conjunta, la cuestión que surge es si el mismo debe ser impugnado previamente en vía administrativa o, por el contrario, debe acudir directamente a la vía contenciosa. Sobre esta cuestión la *STSJ de Madrid de 6 de noviembre de 2009* (recurso contencioso-administrativo núm. 804/2006), al pronunciarse sobre la resolución de la Comisión de Urbanismo de Madrid que aprobó definitivamente el proyecto de delimitación y expropiación del sector Valdelacasa de Alcobendas, precisa que el acuerdo aprobatorio del procedimiento de tasación conjunta constituye un acto complejo, cuyo efecto más importante es el de la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes y derechos. Este dato conduce al Tribunal Superior a considerar que la resolución aprobatoria del expediente de tasación conjunta es susceptible de recurso jurisdiccional autónomo, salvo en lo que se refiere a los aspectos valora-

tivos, cuya decisión corresponde al Jurado Territorial de expropiación de la Comunidad de Madrid, cuya decisión es la que pone fin a la vía administrativa

#### 8.4. Valoración de suelo urbano

La problemática suscitada respecto a la valoración del suelo urbano, consolidado o no consolidado, bajo la vigencia de la Ley 6/1998, reside, fundamentalmente, en la determinación de la vigencia o no de las Ponencias Catastrales de Valoración. En este punto, la doctrina jurisprudencial es clara. La *STS de 15 de diciembre de 2009* (recurso de casación núm. 2578/2006) precisa que tal pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales es pérdida de vigencia en sentido formal. Ésta se produce bien por expiración del plazo legal de validez de las ponencias catastrales, bien por una modificación de las determinaciones del planeamiento urbanístico tenidas en cuenta en el momento de elaboración de las ponencias catastrales; pero no por la mera inadecuación a lo que cada uno considera como verdadero valor de mercado. Y ello porque en tal caso se estaría admitiendo la libertad estimativa en la valoración del suelo. Aquí debe precisarse que no cualquier modificación del instrumento de planeamiento resulta relevante, sino únicamente aquella que incida sustancialmente sobre el terreno objeto de expropiación. Lo relevante es que aquí el Tribunal Supremo, de forma expresa, afirma que el art. 33 de la Constitución no exige, de forma necesaria, un criterio valorativo que remita a la libertad estimativa del mercado. Desde esta doctrina, la *STS de 9 de octubre de 2009* (recurso de casación núm. 1313/2006) sí considera que la modificación del instrumento de planeamiento incide sustancialmente sobre el terreno cuando, manteniendo la clasificación, modifica la calificación del mismo.

Cuando se trata de un suelo urbano no consolidado, en la valoración deben deducirse los costes de urbanización, como recuerda la *STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2009* (recurso contencioso-administrativo núm. 2138/2004). En todo caso, la Sala precisa que la determinación del valor del suelo urbano no consolidado por el método residual dinámico requiere un verdadero estudio de mercado con fuentes contrastables y seguras, no bastando meras referencias a publicaciones o estudios. En esta misma línea, la *STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2009* (recurso contencioso-administrativo núm. 1256/2005), sólo admite la destrucción de la presunción de acierto de la resolución del jurado cuando el Informe Pericial explica y justifica los valores adoptados.

Cuando el suelo urbano expropiado no tiene atribuido por el instrumento de planeamiento aprovechamiento lucrativo alguno no incluido en un determinado ámbito de gestión, el art. 29 de la Ley 6/1998 dispone que se tomará como referencia, a los solos efectos de su valoración, el aprovechamiento resultante de la media ponderada de los aprovechamientos, referidos al uso predominante, del polígono fiscal en que, a efectos catastrales esté incluido el mismo. Aplicando dicho precepto, la *STS de 17 de noviembre de 2009* (recurso de casación núm. 08/2006) precisa que el ámbito que debe tomarse en cuenta es el polígono fiscal, que puede comprender terrenos con distinta clasificación y

calificación. En consecuencia, si bien se individualiza el uso a tener en cuenta, que ha de ser el que resulte más abundante o prepondera sobre los demás en el polígono, no sucede lo mismo con los aprovechamientos, al no distinguirse uno concreto o los referidos a determinada clase de suelo ni se limita a las zonas más próximas sino que el precepto remite a la media ponderada de los mismos en el polígono fiscal.

### 8.5. Valoración de suelo no urbanizable

En la legislación de 1998, la dualidad de métodos de valoración del suelo no urbanizable no otorgaba una libertad de elección a los operadores jurídicos. Por el contrario, como precisa la *STS de 21 de abril de 2009* (recurso de casación núm. 10408/2004), los métodos establecidos en el art. 26 de la Ley 6/1998 para la valoración del suelo no urbanizable no resultan alternativos o electivos, sino que el segundo sólo es aplicable con carácter subsidiario cuando resulte de imposible aplicación el primero, por lo que es necesario justificar esta circunstancia para que pueda estarse a la aplicación del método de capitalización de rentas

La aplicación del método de comparación previsto por el art. 26.1 de la Ley 6/1998 para adoptar el valor de suelo no urbanizable no puede adoptarse tomando como referencia el valor de un terreno cuyo precio es muy superior al que realmente se valora, ya que ello hace perder toda razón a la analogía, como precisa la *STS de 23 de septiembre de 2009* (recurso de casación núm. 2722/2006). Desde esta perspectiva, la *STSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2009* (recurso contencioso-administrativo núm. 1910/2005) considera procedente la utilización del método de comparación, en la medida en que el propietario ha aportado «...diferentes valoraciones de fincas colindantes a las ahora expropiadas, en función de la realización de compraventas entre partes independientes y, otros supuestos, en los que se describe valoraciones realizadas por la propia Administración a efectos de la liquidación de los impuestos correspondientes. Se trata de las valoraciones relacionadas a partir de la página 13 del escrito de demanda, que hacen referencia a terrenos en zonas no urbanizables adquiridos por la propia recurrente en el año 1994 a un precio de 446 pesetas el metro cuadrado, valoraciones de parcela en zona no urbanizable realizadas por la administración como consecuencia de comprobaciones de valoración en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales con valores desde 459 pesetas metro cuadrado hasta 400 y 333 pesetas el metro cuadrado, y, por último, adquisición en el mes de julio del año 1996 de dos fincas que también son parcialmente objeto de la presente expropiación y situadas a escasos metros de las fincas propiedad de la recurrente. Asimismo, compraventa realizada en fecha del 9 de junio del año 2000, referida a una parcela colindante con las afectadas por el presente expediente expropiatorio y en la que se pagó un precio de 4,47 euros el metro cuadrado. A tenor de las anteriores previsiones, cabe concluir que la recurrente logra desvirtuar la premisa mayor sobre la que se asienta la valoración contenida en la resolución impugnada, pues tras la anterior relación de términos de comparación en la misma zona en que se halla la finca ahora expropiada, exhibe la concurrencia de elementos materiales suficientes para aplicar el

prioritario método de valoración al que remite la Ley 6/1998 cuanto de la expropiación de suelos no urbanizables se trata. De la forma expuesta, se ofrece un amplio abanico de testigos empleables para la utilización del principal método de valoración de fincas no urbanizables señalado legalmente y frente a las carencias que en el anterior sentido ofrece la resolución del jurado. Por lo demás, el método empleado por la recurrente aparece justificado, a partir de los documentos que se acompañan a la demanda, refiriéndose a parcelas ubicadas en la misma zona...». Ahora bien, no basta para acreditar el valor por el método de comparación la simple afirmación del Jurado Provincial de su previa experiencia. No hay ahí, *STS de 10 de febrero de 2009* (recurso de casación núm. 4816/2005), ninguna comparación.

Respecto a la valoración del suelo no urbanizable, la *STS de 27 de abril de 2009* (recurso de casación núm. 1126/2008) confirma el criterio de la cualificación profesional de los arquitectos, junto con los ingenieros agrónomos. Resulta evidente que el art. 340.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que los peritos hayan de contar con la titulación oficial requerida para la materia objeto de dictamen. Ahora bien, también ha de tomarse en consideración la naturaleza del dictamen. En consecuencia, para valorar una finca rústica resulta imprescindible la intervención de un ingeniero agrónomo si se practica en función de su aprovechamiento agropecuario, pero no lo será tanto si se trata de tasar su valor en el mercado inmobiliario. Por ello, la jurisprudencia ha admitido que el vocal técnico del jurado y, por consiguiente, el perito que dictamina en la fase contencioso-administrativa sea un arquitecto aun cuando se trate de tasar una finca rústica, si, haciendo abstracción de su condición de tal, se atiende a su vocación urbana o a unas concretas expectativas urbanísticas.

#### 8.6. Valoración de otros derechos e intereses

En la valoración de los derechos de caza, debe rechazarse el criterio del rendimiento neto del coto, cuando éste no está suficientemente probado, siendo correcto aplicar por analogía el criterio de la Ley de Arrendamientos Rústicos, ante la necesidad de aplicar el criterio de libertad estimativa del art. 43 LEF, *STS de 1 de diciembre de 2009* (recurso de casación núm. 2205/2006).

### 9. Pago y consignación

Una vez fijada en instancia el justiprecio de los bienes expropiados, aún cuando sea recurrida en casación por la Administración expropiante o el beneficiario, si la parte expropiada solicita la ejecución provisional de la sentencia no procede consignar el justiprecio. Y ello porque, como precisa la *STS de 20 de octubre de 2009* (recurso de casación núm. 6744/2005), el pago de la cantidad fijada en el fallo como justiprecio responde a la ejecución, provisional o definitiva, de la misma y, por tanto, carece de fundamento acudir a la consignación que se regula en el art. 50 LEF, en la medida en que el mismo

sólo se está refiriendo al justiprecio fijado en vía administrativa que se halla en litigio y no al que se fije posteriormente por el órgano jurisdiccional al resolver el recurso, cuyo pago responde a la ejecución de la sentencia, bien provisional si no es firme o definitiva si lo es. En consecuencia, como pago en ejecución de sentencia, sea voluntaria o forzosa, ha de efectuarse directamente a los acreedores o bien a través del órgano jurisdiccional correspondiente, sin que pueda otorgarse efectos liberatorios a una consignación que no responde a ninguna de las exigencias legalmente establecidas.

Tampoco resulta procedente, una vez fijado el justiprecio por el jurado y recurrido en vía contencioso-administrativa por la Administración expropiante o el beneficiario, que éstos soliciten la suspensión cautelar de la resolución del jurado. La *STS de 9 de marzo de 2009* (recurso de casación núm. 7223/2005) reitera que los acuerdos de los jurados de expropiación que cifran el justiprecio no son susceptibles de suspensión. Esta tajante afirmación se explica por su especial naturaleza, pues se tratan de decisiones que se agotan en su propia función tasadora. No quiere decirse con ello que carezcan de fuerza ejecutiva, sino que su ejecutividad se concreta en los efectos que la legislación sectorial anuda a los mismos. Una vez determinado el justiprecio debe ser pagado por el beneficiario, quien, de incumplir, incurrirá en morosidad, con las consecuencias sobre el abono de intereses. Ahora bien, si el justiprecio se impugna en la vía contencioso-administrativa, el beneficiario únicamente queda obligado a abonar la cantidad concurrente. En esa tesitura, si quien recurre es el beneficiario o la Administración expropiante, pretendiendo una suma inferior, la obligación de pago no se extiende, pues, a la totalidad del justiprecio determinado por el Jurado, de modo que el expropiado sólo puede exigir el pago hasta la cantidad en la que converjan sus posiciones. En este escenario la ejecutividad del acto impugnado, mientras penda el litigio y sin perjuicio de su resultado final, sólo alcanza al montante en que se encuentran las pretensiones de ambas partes, de modo que el beneficiario o la Administración expropiante únicamente queda obligado a pagar hasta dicho límite, sin que, así concretada, esa ejecutividad pueda suspenderse, pues supondría tanto como admitir, en contra de las explícitas previsiones del legislador, que durante la tramitación del proceso no habría morosidad para el obligado, privando así indebidamente al expropiado de los derechos que la ley le concede por esa demora.

## 10. Retasación e intereses de demora

No cabe solicitar una segunda retasación en el trámite de ejecución de sentencia que confirma la procedencia de una primera retasación y fija su cuantía, dado que ello debe plantearse primeramente en vía administrativa, y sólo posteriormente, si no es atendida dicha solicitud por la Administración expropiante, residenciarse en vía contencioso-administrativa. De lo contrario, en la fase de ejecución se estarían resolviendo cuestiones no debatidas y fijadas por el fallo, como precisa la *STS de 14 de octubre de 2009* (recurso de casación núm. 3308/2006).

Si el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa u órgano autonómico equivalente ha realizado una referencia, siquiera genérica, a la procedencia del abono de los intereses de demora, el Tribunal de Instancia está obligado a pronunciarse sobre su concreta determinación si el propietario plantea dicha pretensión, sin que quepa diferir esta cuestión a la fase de ejecución de sentencia, como precisa la *STS de 10 de julio de 2009* (recurso de casación núm. 849/2006), tomando como referencia para su determinación que «...el *dies a quo*, a efectos del cómputo de los intereses por demora en la tramitación y pago del justiprecio en los procedimientos de urgente expropiación, es el siguiente a la fecha de la efectiva ocupación de los bienes o derechos —art. 52.8 de la Ley de Expropiación Forzosa— hasta que el justiprecio determinado definitivamente en vía administrativa se paga, deposita o consigna eficazmente, sin que, por tanto, exista solución de continuidad entre los intereses de los arts. 56 —demora en la fijación— y 57 —demora en el pago— de la Ley de Expropiación Forzosa, 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...».

## 11. Reversión

En aquellos supuestos donde se aplica el art. 54 de la LEF en su redacción original, o el art. 40 de la Ley 6/1998 (pero no el art. 54 LEF en su actual redacción), debe apreciarse que la reversión resulta proceden por alteración sobrevenida del fin cuando el terreno fue expropiado para la implantación de un polígono industrial y finalmente el terreno se destina a un uso residencial, *STS de 7 de julio de 2009* (recurso de casación núm. 7441/2005), dado que el nuevo uso no es dotacional

## 12. Recurso de casación

Como reitera el *ATS de 17 de diciembre de 2009* (recurso de casación núm. 4399/2009), la determinación de la cuantía del recurso a efectos de la admisibilidad del recurso de casación en los términos del art. 86.2. *b*) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en materia expropiatoria, debe determinarse por la diferencia entre el valor del bien expropiado fijado en la resolución del jurado y el asignado al mismo por el recurrente en su hoja de aprecio o en el proceso contencioso-administrativo seguido en la instancia, en su caso, salvo en caso de estimación del recurso contencioso-administrativo, en que el justiprecio establecido en la sentencia sustituye al fijado por el jurado como término de comparación. No obstante, cuando quien recurre es la Administración expropiante, la cuantía del recurso viene determinada por la diferencia entre el justiprecio fijado por el Jurado de Expropiación —cuya conformidad a Derecho sostiene— y el

fijado por la Sala de instancia. Si bien estas reglas son claras, cuando el bien expropiado es titularidad de varios sujetos, la determinación de la cuantía tiene que tener en cuenta este dato, tanto cuando quienes recurren en casación son los propietarios como cuando quien recurre es la Administración expropiante o el beneficiario de la expropiación, diferenciando la cuantía en atención a la cuota de participación. Y ello es así, porque si se atendiese exclusivamente al interés casacional de la concreta parte recurrente se haría de mejor condición en cuanto a su acceso al recurso, a la Administración o al beneficiario de la expropiación (que recurre por la suma total y por ello alcanzarían más fácilmente la cuantía mínima casacional), lo que resultaría incompatible con el principio constitucional y procesal de igualdad de las partes.

# Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial<sup>1</sup>

Luis MEDINA ALCOZ  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad Complutense*

**Palabras clave:** Entes locales; responsabilidad patrimonial; responsabilidad civil extracontractual; jurisdicción contencioso-administrativa.

**Key words:** Local Government; State Liability; non-contractual civil liability; judicial review; administrative process.

**SUMARIO:** I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—1. La Ley 13/2009, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Oficina Judicial y la Ley Orgánica 1/2009, complementaria de la anterior.—2. La legitimación del concejal para impugnar los actos de su corporación.—3. La legitimación del concejal para impugnar actos de la Comunidad Autónoma.—4. El llamado «blindaje» de las normas forales tributarias.—II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.—1. La reforma de la Ley 30/1992.—2. La obra sobre responsabilidad patrimonial de la Fundación Democracia y Gobierno Local.—3. La jurisprudencia de los tribunales.

## I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

### 1. La Ley 13/2009, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Oficina Judicial y la Ley Orgánica 1/2009, complementaria de la anterior

El 3 de noviembre de 2009, las Cortes Generales aprobaron dos leyes que afectan a todo el sistema procesal y, en particular, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco de los Proyectos I+D del Ministerio de Educación y Ciencia con referencias SEJ 2007-64055 y DER 2009-13764, integrados en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid (ref. 930189), sobre «Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa».

La primera y fundamental es la *Ley 13/2009, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*, que entrará en vigor, prácticamente en su totalidad, el 4 de mayo de 2010. El texto modifica nada menos que 64 artículos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), además de la rúbrica de dos capítulos y una sección, y añade un nuevo artículo y la disposición adicional octava. La segunda es la *Ley Orgánica 1/2009, de medidas complementarias* al texto anterior, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que entró en vigor el pasado 5 de noviembre.

Estas leyes realizan sin duda una muy amplia y ambiciosa reforma. Pero, en realidad, la regulación del proceso contencioso-administrativo no ha sufrido una revisión tan profunda como, en principio, puede dar a entender la multitud de preceptos revisados o añadidos. La mayor parte de las modificaciones responden al objetivo de adaptar el texto de la Ley a la implantación de la nueva Oficina Judicial. Las leyes mencionadas pretenden, en esencia, agilizar y mejorar la justicia y optimizar sus recursos descargando a los órganos judiciales de todas las funciones que no pueden reputarse estrictamente «jurisdiccionales» para atribuírselas a los secretarios judiciales. Se trata de que la nueva «Oficina Judicial» realice las actuaciones «procesales» de carácter no jurisdiccional. Así lo expresan las Exposiciones de Motivos de los dos textos legislativos: «La reforma de la justicia se ha convertido en un objetivo crucial e inaplazable. Los ciudadanos tienen derecho a un servicio público de la Justicia ágil, transparente, responsable y plenamente conforme a los valores constitucionales. Uno de los medios esenciales para conseguirlo es la implantación en España de la nueva Oficina judicial, cuyo objetivo es la racionalización y optimización de los recursos que se destinan al funcionamiento de la Administración de Justicia. Se trata, en síntesis, de que los jueces y magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para ello es preciso descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales que se acaban de señalar, y a ello tiende el nuevo modelo de la Oficina judicial. En ella, se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional y, por otra parte, se establecerán sistemas de organización del trabajo de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, de forma que su actividad profesional se desempeñe con la máxima eficacia y responsabilidad. En este nuevo diseño, jugarán un papel de primer orden los integrantes del Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios judiciales. La implantación de la nueva Oficina judicial y la correlativa distribución de competencias entre jueces y secretarios judiciales exige adaptar nuestra legislación procesal a las previsiones que ya contiene la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativas a las Oficinas judiciales y a los Secretarios judiciales, y a dicha reforma integral de nuestras leyes procesales se dirige la presente Ley [...]. La idea inspiradora de la reforma ha sido la de concretar las competencias procesales del Cuerpo de Secretarios judiciales, configurado como un cuerpo superior jurídico, de modo que salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al secretario judicial.

De este modo, se garantiza que el juez o Tribunal pueda concentrar sus esfuerzos en la labor que le atribuyen la Constitución y las leyes como función propia y exclusiva: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (EM Ley 13/2009). A su vez, como afirma su Exposición de Motivos, la LO 1/2009 adopta medidas complementarias con el objetivo de la modernización y otras reformas «encaminadas a la agilización de la Justicia, que tienen como objetivo la optimización de los recursos y mejorar su prestación en tanto que servicio público esencial».

No son pocas las críticas formuladas contra la reforma. Se afirma la posible inconstitucionalidad del fraccionamiento de la actividad procesal en dos tipos (la jurisdiccional y la meramente procesal), pues puede no ser compatible con el art. 117.3 CE. Se ha puesto de relieve la completa ajenidad de estas medidas con nuestra cultura jurídico-procesal y se plantean problemas desde la perspectiva de la imparcialidad y la independencia como consecuencia de la dependencia funcional de los secretarios judiciales del Ministerio de Justicia. En este sentido, hay una Declaración de Profesores Universitarios de Derecho Procesal que, adoptada durante la tramitación de los proyectos que han dado lugar a las Leyes referidas, se posiciona claramente en contra ([www.ucm.es/info/procesal/declaracion.pdf](http://www.ucm.es/info/procesal/declaracion.pdf)). Y en esta línea no son pocos los trabajos publicados durante 2009: J. M.<sup>a</sup> ASENSIO MELLADO, «Algunas reflexiones sobre la nueva oficina judicial y los Secretarios judiciales», *El Notario del siglo XXI/Revista online del Colegio Notarial de Madrid*, 29/2009, noviembre-diciembre ([www.elnotario.com/egest](http://www.elnotario.com/egest)); J. BANACLOCHE PALAO, «El proyecto de Nueva Oficina Judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?», *Diario La Ley*, 7251/2009, 29 de septiembre; J. J. MUERZA ESPARZA, «Sobre el proceso, la nueva oficina judicial y la Administración de Justicia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 773/2009, (<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/773/tribuna/sobre-el-proceso-la-nueva-oficina-judicial-y-la-administracion-de-justicia>); A. DE LA OLIVA SANTOS, «El “acabose” de nuestra justicia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 3/2009, pp. 16-25.

Pero no han faltado voces a favor de la reforma. Hay una Declaración de profesionales jurídicos hacia una Administración de Justicia del siglo XXI, garantista, racional y eficiente para el ciudadano, suscrita por profesores universitarios y otros operadores del mundo del Derecho (en la página web del Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales: [www.coseju.com](http://www.coseju.com)). Hay también valoraciones positivas en A. FERNÁNDEZ BUJÁN, «El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial», *Diario la Ley*, 7191/2009, 8 de junio; L. M.<sup>a</sup> LÓPEZ GUERRA, «La justicia como derecho ciudadano. Algunas cuestiones actuales», *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, 5/2009, pp. 27-40. Un resumen de las novedades introducidas por la LO 13/2009, en J. J. MUERZA ESPARZA, «La reforma orgánica complementaria a la regulación de la nueva oficina judicial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 793/2010.

## 2. La legitimación del concejal para impugnar los actos de su corporación

Informes de años pasados han puesto de relieve cómo el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional parecen sostener posiciones antitéticas en torno a la legitimación *especial* de los concejales para recurrir los actos de su corporación: 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, parece que los concejales o diputados provinciales ausentes o abstentidos en la deliberación carecen o disponen de legitimación según que se aplique uno u otro criterio. Durante el año 2009 el Tribunal Supremo, que venía absteniéndose de hacer referencia a la jurisprudencia constitucional, la ha tenido en cuenta en la *STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 7 de octubre de 2009, ponente N. Maurandi Guillén, RJ 2009/7490*.

D. León, en su condición de miembro de la Diputación de Lugo, interpone recurso contencioso-administrativo contra el Decreto del Presidente de 6 de octubre de 2005 de convocatoria pública de selección de personal para prestar servicios de carácter laboral temporal y el Decreto de 23 de noviembre de 2005 de inadmisión del recurso de reposición. El juzgado estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulando ambas resoluciones; y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestima el recurso de apelación formulado por la Diputación. Éste interpone después recurso de casación en interés de Ley, que es desestimado por la *STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 7 de octubre de 2009, ponente N. Maurandi Guillén, RJ/2009/7490*. La corporación recurrente reconoce que hay una jurisprudencia constitucional según la cual los concejales pueden recurrir todos los actos dictados por órganos de los que no forman parte, así como todas las resoluciones de los órganos colegiados de los que son miembros (Pleno y, en su caso, Junta de Gobierno) si no estaban presentes en la sesión, se abstuvieron o votaron en contra. Pero advierte de que es claramente contraria al art. 63.1. *b*) LBRL (que no ha sido declarado inconstitucional), pues conforme al mismo la legitimación *especial* para recurrir sólo la tiene el miembro de la corporación que votó en contra. Sobre esta base, la Diputación solicita la revocación de la sentencia recurrida y el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad en relación con el art. 63.1. *b*) LBRL porque «siendo esta doctrina aquí pedida contraria a lo que han declarado las sentencias del Tribunal Constitucional..., aunque prosperara el actual recurso, se generaría confusión sobre los tribunales inferiores sobre el criterio que habría de seguirse y, además, no se evitaría que la efectividad de la nueva doctrina legal pudiera quedar desvirtuada mediante el planteamiento de un recurso de amparo en la concreta litis donde fuera aplicada». Sin embargo, afirma la sentencia que «el claro mandato de ajustarse a la doctrina del Tribunal Constitucional que resulta de ese precepto legal [art. 5 LOPJ], hace bastante difícil que esta Sala pueda corregir o revisar, como se viene a pretender, la interpretación que, desde el prisma de la Constitución, ha hecho el Tribunal Constitucional de ese art. 63.1. *b*) LBRL al que está referida la concreta doctrina legal cuya fijación aquí se está reclamando». Por lo demás, el Tribunal se alinea claramente esta vez con Tribunal Constitucional: «Pero es que, además, tampoco resultan convincentes los argumentos que han sido esgrimidos para ello, y no lo son por todo lo que continúa. Esta Sala entiende que la tesis del actual recurso preconiza una interpretación muy literalista de los arts. 20.1. *a*) LJCA y 63.1. *b*) LBRRL, que se acomoda

mal con el carácter axiológico que la Constitución atribuye al principio de legalidad (sus arts. 1 y 9.1 hablan de ordenamiento jurídico y no simplemente de la ley, y el primero configura ese ordenamiento como un esquema de valores y principios). Y considera, por el contrario, más acertada la solución que ha sido seguida por el TC, de interpretar esos preceptos tomando en cuenta el valor de la representatividad popular y la autonomía de actuación que en virtud de ella ha de reconocerse a los miembros de las Corporaciones locales o provinciales».

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha amparado a un concejal que recurrió un acuerdo del alcalde de su corporación. Se trata de un supuesto no problemático, pero los fundamentos de la sentencia podrían dar a entender que el Tribunal admite que los concejales ausentes o abstencionistas carecen de legitimación para recurrir los actos del órgano colegiado del que forman parte (el Pleno y, en su caso, la Junta de Gobierno), en contra de lo que dan a entender otras SSTC comentadas en informes anteriores de este Anuario. Con todo, no parece que ésta haya sido la intención del Tribunal.

Un concejal del ayuntamiento de Cotillas interpone recurso de reposición contra la resolución del alcalde de nombramiento como funcionarios de carrera a los candidatos declarados aptos por un Tribunal calificador por violación de las bases de la convocatoria y los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia dicta sentencia de inadmisión. La recurrente formula incidente de nulidad contra esta sentencia, que es desestimado por Auto. Solicitado el amparo del Tribunal Constitucional, la *STC 210/2009, de 26 de noviembre, ponente M. Aragón Reyes*, estima el recurso, resumiendo de este modo la doctrina del Alto Tribunal: «De este modo, como ya dijimos en la citada *STC 173/2004, FJ 4*, para el caso de los concejales —y reiteramos en la *STC 108/2006, FJ 3*, para el supuesto de los diputados provinciales—, doctrina a la que es obligado remitirse, sin necesidad de incurrir en reiteraciones innecesarias, el concejal, por su condición de miembro —no de órgano— del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido ‘mediante sufragio universal, libre, directo y secreto’ de los vecinos (art. 19.2 LBRL, en relación con los arts. 176 y ss. de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado —Pleno o Junta de Gobierno Local, allí donde ésta exista—, no hubiera votado en contra de su aprobación».

Los Tribunales Superiores de Justicia se han enfrentado a casos de este tipo. Y, en alguna ocasión, han partido de que el elemento crucial es que el concejal recurrente votara en contra, en línea con el planteamiento tradicional luego alterado por el Tribunal Constitucional.

Varios concejales y vecinos del municipio navarro de Orcoyen recurren ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pamplona el acuerdo de este Ayuntamiento por el que se desestiman las reclamaciones presentadas contra los acuerdos del Consejo de Administración de la «Sociedad Pública Municipal Iturgain, S. A.». El órgano judicial dictó Sentencia de 20 de marzo de 2008 declaratoria de inadmisibilidad del re-

curso interpuesto. Según el juzgado, los vecinos no pueden ejercer acción popular y los concejales no pueden acogerse al supuesto especial de legitimación del art. 63.1 LBRL «al no haberse recogido en la documentación del acuerdo impugnado, de marzo de 2006, ni quiénes habían votado a favor, ni quiénes habían votado a favor del mismo en sesión celebrada, no habiéndose recogido, tampoco la presentación de objeción alguna por los demandantes que son concejales, frente al citado acuerdo que se impugna ante la jurisdicción». Interpuesto recurso de apelación, el *Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª*, revoca el pronunciamiento de instancia en *sentencia 245/2009, de 20 de abril, ponente J. A. Hurtado Martínez, RJCA 2009/550*. La Sala parece entender que sólo si los concejales se oponen expresamente al acto recurrido puede reconocérseles legitimación. Pero afirma que el juzgado pudo realizar comprobaciones y que los indicios disponibles apoyan la hipótesis de que el requisito se verifica en el caso: «Es indudable que la Magistrada de instancia hace bien sacando a colación la regulación recogida en el art. 63.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, y según la cual están legitimados para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico, los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos. Pero no es menos cierto que en el presente caso, la propia Magistrada reconoce y refleja en el texto de la Sentencia cómo la documentación de la sesión municipal y de la propia resolución impugnada carecen de cualquier referencia sobre quienes han concurrido a la junta, sobre el cumplimiento o no del quórum exigible, sobre quienes han votado a favor acto administrativo y quienes habrían votado a favor; es decir, que no consta que por parte de los hoy demandantes se hubiera votado en contra del acto por la sencilla razón de que la documentación aportada es muy deficiente; no se ordenó el complemento de expediente administrativo para suplir esta deficiencia, ni tampoco se solicitó ni acordó una diligencia probatoria enderezada a acreditar los extremos omitidos. Si a ello sumamos que los concejales formularon la reclamación de nulidad que dio lugar a la resolución impugnada, por lo cual debían abstenerse de asistir y votar por tener interés directo en el asunto, y que la propia representación procesal de los concejales afirma que no asistieron a la votación por tal motivo (sin que ello haya sido contradicho), claramente resulta que la declaración de falta de legitimación sobre los concejales no resulta ajustada a Derecho y debe ser revocada».

D. Alfredo, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Cieza, impugna ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia el acuerdo del Pleno de aprobación del Presupuesto General Municipal y el acto del alcalde por el que se tiene definitivamente aprobado el acuerdo anterior por transcurso del plazo de exposición pública sin reclamaciones. El Tribunal dicta *Sentencia 120/2009, de 16 de febrero, ponente F. Castillo Rigabert, JUR 2009/197955*, desestimando el recurso. Lo relevante a nuestros efectos es que niega los argumentos de la parte demandada en orden a negar la legitimación del recurrente: «no puede negarse la legitimación del recurrente, pues en el mismo concurre la condición de concejal que votó en contra del acuerdo y de vecino del municipio de Cieza».

Por lo demás, el Tribunal Supremo ha resuelto que el sistema de legitimación especial de la Ley de Bases de Régimen Local que permite al concejal recurrir los actos de su corporación se aplica en los territorios históricos del País Vasco, al no existir una regulación autonómica similar. Se trata de un pronunciamiento que ha comentado J. L. ETXEBERRÍA MONASTERIO: «La legitimación de los apoderados a Juntas Generales de

Bizkaia para recurrir en vía contencioso administrativa Normas Forales aprobadas por las Juntas Generales: Sentencia del TS sobre la Norma Foral 11/2002 que crea y regula el canon de utilización de infraestructuras viarias», *Forum fiscal de Bizkaia*, mes 9, 2009, pp. 39-50.

Las Juntas Generales de Vizcaya aprueban la Norma Foral 11/2002, de 12 de diciembre, de creación y regulación del canon de utilización de infraestructuras viarias y de disciplina de determinados aspectos del régimen tributario de la Sociedad Pública Foral «Bizkaiko Hegoaldko Akzesibilitatea, S. A». D. Julián y otros recurren ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que dicta sentencia de 28 de febrero de 2006 estimando el recurso y anulando la norma foral mencionada. En orden a la legitimación, esta sentencia afirma la inaplicabilidad del art. 63.1. *b*) LBRL y que, no existiendo una norma foral equivalente, los recurrentes no pueden hacer valer su condición de junteros que votaron en contra para impugnar. No obstante, pueden acogerse al régimen ordinario de legitimación establecido en la LJCA al haber una afectación de su esfera de derechos o intereses legítimos: «los apoderados del Grupo Juntero Popular no pueden, ni como componentes o miembros del mismo, ni actuando en nombre del propio Grupo, impugnar la Norma Foral 11/02 como discrepantes políticos de una decisión mayoritaria, al no existir norma foral que haya previsto tal posibilidad, pero, sin embargo, los junteros sí estarían legitimados para impugnar en su propio nombre y derecho ya que lo importante en tales casos es determinar si los recurrentes han singularizado o no un derecho que les afecte para poder recurrir, pues cierto es que no pueden impugnar basándose simplemente en el mero interés de la legalidad; y en el presente caso han acreditado su interés singular como ciudadanos residentes en el País Vasco y como posibles usuarios de la red de infraestructuras y, en concreto, de la Autopista A-8, ya como conductores pues algunos de ellos han presentado carnet de conducir o bien como usuarios del transporte público, resultando afectados claramente por la norma en cuanto crea un canon de utilización de infraestructuras viarias». Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima en *STS, Sala 3.ª, Secc. 2.ª, de 12 de febrero de 2009, ponente J. G. Martínez Micó, RJ 2009/1798*, reduciendo el alcance de la declaración anulatoria de la sentencia de instancia. En orden a la legitimación, sienta el criterio de la «aplicabilidad a los junteros del art. 63.1. *b*) de la Ley estatal 7/1985» en virtud «de lo dispuesto en el art. 39 y en la disposición adicional segunda de la propia Ley 7/1985» y de la jurisprudencia constitucional que entronca la legitimación especial de concejales con «el derecho de los españoles a participar en los asuntos públicos» y el derecho a la tutela judicial efectiva. Afirma, literalmente: «En virtud del art. 39, los órganos forales de Vizcaya conservan su régimen peculiar en el marco del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco. 'No obstante, las disposiciones de la presente Ley les serán de aplicación con carácter supletorio'. Y con arreglo a la disposición adicional segunda, las disposiciones de la presente Ley, de acuerdo con la Constitución y el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, se aplicarán en los Territorios Históricos de... Vizcaya» con las peculiaridades que indican y que no afectan a la temática que aquí nos ocupa. Así pues, los Junteros, como miembros electos de las Juntas Generales, deben poder impugnar, sin más requisito que esa condición y la de haber votado en contra, los actos y acuerdos de las Juntas Generales que pudieren ser contrarios al Ordenamiento, porque, tratándose de legislación procesal, si nada hay regulado al respecto en la normativa foral y autonómica, e incluso si ésta es una materia en la que el Estado tiene

competencia exclusiva (ex arts. 149.1.6.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> de la Constitución), entonces obligado será que se aplique, por su carácter supletorio, la normativa de la LBRL, en particular su art. 63.1.*b*), sobre todo si se reflexiona sobre el verdadero significado de esa legitimación reforzada que se reconoce en ese art. 63.1.*b*) a los miembros de las Corporaciones que hubieren votado en contra de los actos y acuerdos que hubieren incurrido en infracción del Ordenamiento jurídico, pues, según la sentencia 173/2004, de 18 de octubre, del Tribunal Constitucional, el precepto indicado no atribuye propiamente, sino que se limita a reconocer una legitimación consecuencia del sistema democrático representativo que entroncaría con el derecho de los españoles a participar en los asuntos públicos «directamente o por medio de representante, libremente elegido en elecciones periódicas por sufragio universal». Se afirma, además, que los recurrentes tienen legitimación en todo caso, sobre la base del régimen general: «Los recurrentes en instancia han demostrado que son propietarios de automóviles y como tales no se les puede negar su condición de eventuales usuarios de la red de infraestructuras viarias y, en concreto, de la Autopista A-8 bien como usuarios directos, en cuanto conductores de sus propios vehículos, o del transporte público. No cabe desconocer la verosimilitud del argumento que emplean de que la sede principal de la Casa de Juntas se halla en Guernica, a donde se accede mediante el itinerario Bilbao-Amorebieta-Gernika, itinerario cuyo tramo Bilbao-Amorebieta sólo cabe recorrerlo por la Autopista A-8 o por la CN-634, cuyas condiciones de saturación la hacen inviable muchas veces. Es evidente pues que, caso de anularse la Norma Foral en cuestión, los recurrentes en instancia dejarían de tener que pagar el canon, lo que incidiría directamente en sus intereses. Por lo tanto, es claro que los recurrentes defendían con su recurso un interés legítimo particular, de modo efectivo y acreditado, en cuanto la anulación del canon les reporta una ventaja».

### 3. La legitimación del concejal para impugnar los actos de la Comunidad Autónoma

El Tribunal Supremo ha dado a entender que la condición de concejal puede constituir el fundamento de una suerte de legitimación especial para recurrir, no ya los actos de la corporación local, sino de la Comunidad Autónoma. No lo dice con toda claridad, pero su expresión sí permite afirmar que, a juicio de este órgano judicial, esa condición constituye un elemento a tener en cuenta y que puede *reforzar* de algún modo la legitimación de que dispone el recurrente.

D. Saturnino, concejal del Ayuntamiento de Zizur Mayor, recurre ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra la resolución foral 735/2005, de 16 de agosto, del Director General de Obras Públicas, y la orden foral 19/2006, de 8 de febrero, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, que desestima el recurso de alzada interpuesto. Tales acuerdos deniegan la solicitud de modificación de las señales del tramo de la Autovía N-111 entre Pamplona y Puente de la Reina y que discurre por el tramo municipal de Zizur Mayor para que recojan la denominación oficial bilingüe de dicha población (Zizur Mayor/Zizur Nagusia). La STSJ de 10 de abril de 2007 estima el recurso. En orden a la legitimación, aprecia que la Administración actúa en contra de sus propios actos al objetar la legitimación del actor, dado que en vía administrativa había tramitado

su pretensión como ejercicio del derecho de petición. Pero afirma que no puede acogerse a ningún sistema de legitimación especial ni puede hacer valer un interés por la mera legalidad de la actuación administrativa. No obstante, entiende que hay la afectación de un interés particular legitimador conforme a la LJCA. Interpuesto recurso de casación por la Comunidad Foral de Navarra, el Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Secc. 3.ª, dicta la Sentencia de 23 de diciembre de 2009, ponente E. Espín Templado, JUR 2010/42475, confirmando el pronunciamiento de instancia. No obstante, discrepa parcialmente de los argumentos del Tribunal Superior de Justicia en cuanto a la legitimación: «Debe señalarse que, frente a lo que afirma la Sala de Instancia, en forma alguna puede considerarse contradictorio el aceptar una solicitud bajo el amparo del derecho de petición, cuya amplitud supera con mucho la de la legitimación procesal en un recurso contencioso administrativo, con posteriormente objetar tal legitimación ante la jurisdicción [...]. Dicho lo anterior, acierta la Sala de Instancia al rechazar la objeción de admisibilidad formulada por la Administración navarra, razón por la cual procede igualmente desestimar el presente motivo. En efecto, el recurrente tiene sin duda un interés legítimo particular, como ciudadano cuya residencia en la localidad de Zizur Mayor, en que la legalidad se cumpla en este punto, puesto que es un presumible usuario frecuente de las vías de tráfico del municipio, por lo que se ve directa y personalmente afectado por la circunstancia de que la denominación de la localidad no se encuentre adecuadamente reflejada en ambas lenguas en los rótulos de tráfico. Otra cosa podría suceder en el supuesto de un ciudadano no residente en la localidad, cuya afección por el uso adecuado o no del vascuence en las carreteras del término municipal por parte de la Administración autonómica fuese más o menos esporádico, pues entonces un recurso semejante podría efectivamente considerarse expresión de un mero interés de legalidad». Lo interesante es que, según el Tribunal Supremo, la condición de concejal constituye un factor relevante a los efectos de la legitimación para recurrir actos autonómicos: «Debe añadirse, además, que la circunstancia de que el actor fuese concejal refuerza hasta la evidencia su legitimación para entablar la acción procesal que ejerció. Se confunde la Administración cuando entiende que su legitimación procesal como tal cargo público estaría limitada a las decisiones municipales. Antes al contrario, su condición de concejal sin duda supone que ostenta un legítimo interés, superior y más directo que cualquier otro ciudadano, en que determinados aspectos de la acción pública de cualquier Administración que se refieran al municipio en el que ejerce su cargo se acomoden al ordenamiento jurídico, pues el velar por ello afecta en todo caso al cumplimiento de su función y a su responsabilidad con los ciudadanos que le eligieron. No sería procedente extender esta afirmación de forma mecánica y con carácter general a toda actuación pública, pero desde luego sí procede aplicarla a competencias tan próximas a los intereses municipales como lo es la titulación de las indicaciones de la localidad en las vías públicas que transcurren por el término municipal».

#### 4. El llamado «blindaje» de las normas forales tributarias

Durante el año 2009 se han tramitado dos reformas orientadas a impedir la fiscalización jurisdiccional de las normas forales y a afirmar la sola posibilidad de un control del Tribunal Constitucional. Tales reformas han visto la luz en 2010, por lo que serán comentadas en el Anuario del año próximo, pero han generado ya literatura jurídica. Hay

autores que invocan la singularidad de los territorios históricos para justificar el «blindaje» de sus normas forales (J. L. EXTEBERRÍA MONASTERIO, «En defensa del “blindaje” de las Normas Forales tributarias», *Forum fiscal de Guipuzkoa*, Mes 1, 2009, pp. 21-24). Pero otros se muestran críticos. Así, el profesor Juan José Solozábal (diario *La Rioja*, 8 de octubre de 2009, en Internet: <http://www.elcorreo.com>), que insiste en que las normas forales vascas no son leyes, a diferencia de las normas forales navarras. Son, desde luego, expresión de una potestad fiscal singular que tiene asegurado un ámbito frente a las leyes autonómicas y estatales; pero no son leyes. Señala en este sentido que «no es juicioso que por salir de una situación de dificultad en el trance de aprobar los presupuestos, abordable seguramente de cualquier otra forma, se ponga patas arriba nuestro sistema de justicia constitucional y también nuestro sistema de justicia ordinaria, afectando al tipo de normas controlables y a la legitimación para su impugnación; al tiempo que se ofrece la imagen ante el resto de comunidades autonómicas de un Gobierno dispuesto a seguir por una senda bastante irrazonable».

## II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

### 1. La reforma de la Ley 30/1992

En materia de responsabilidad patrimonial la innovación más sorprendente (y cuestionable) es la introducción de un *nuevo apartado 5 en el art. 139 de la Ley 30/1992*, en virtud de lo dispuesto en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial: «El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad». Se trata de una muy llamativa novedad consecuente con la reciente *STS, Sala 3.ª, de 26 de noviembre de 2009, ponente: R. Enríquez Sancho, RJ 2009/5692*, que, a la vista de la reforma (pero sin que hubiera entrado en vigor) admite como posible *ex art. 9 CE* la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, aunque descarta su existencia en el caso concreto por ausencia de daño efectivo. El análisis de esta sentencia y, en general, de esta extensión inesperada del instituto resarcitorio excede los propósitos de este informe, que se limita a las novedades que afectan cada año a la responsabilidad de las Administraciones, singularmente las del mundo local. No obstante, quiero dejar aquí constancia del desconcierto que suscita la adopción de una medida de estas características dentro de una Ley que aborda cuestiones bien distintas, sin un debate previo y sin reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que es el texto que, en su caso, podría estar en condiciones de imponer límites o condiciones a la actividad del máximo intérprete de la Carta Magna.

## 2. La obra sobre responsabilidad patrimonial de la Fundación Democracia y Gobierno Local

La Fundación Democracia y Gobierno Local ha iniciado una línea de trabajo que consiste en la creación de grupos de expertos para el análisis de las instituciones con el fin de señalar sus defectos y proponer reformas y, de este modo, contribuir a una mejor gestión pública local. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido la primera de las instituciones analizadas. El trabajo del grupo de expertos ha dado lugar a la publicación del libro *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, coordinado por Joaquín Ortiz Blasco y Petra Mahillo García, FDGL, Madrid, 2009. Se trata de una muy interesante obra colectiva que incluye trabajos de docentes universitarios como el catedrático de la Universidad Complutense Germán Fernández Farreres y el profesor titular de la Universidad de Barcelona, autor de referencia en la materia en los últimos años, Oriol Mir Puigpelat. Pero hay múltiples contribuciones de otros profesionales jurídicos.

El trabajo incluye unas interesantes conclusiones con críticas y propuestas de reforma del sistema de responsabilidad patrimonial. El trabajo se muestra crítico con la legislación vigente, muy general, ambigua e imprecisa. Propone la responsabilidad por falta de servicio como regla general. Mantiene la causalidad adecuada como teoría causal fundamental. Y entiende que el principio de plenitud indemnizatoria no debe ser consustancial al sistema. El análisis de estas propuestas excede también los propósitos de este Anuario. No obstante, creo que buena parte de los problemas de inseguridad y ausencia de rigor que, en efecto, caracterizan al sistema son imputables, no al legislador, sino a la jurisprudencia y a la propia doctrina. Me parece que hay múltiples supuestos de responsabilidad basada en razones distintas de la falta de servicio (sacrificio especial, incumplimiento, riesgo específico) que están cabalmente cubiertos en la actualidad y que dejarían de estarlo si se afirma expresamente la culpa como criterio general, y ello sin perjuicio de que es cierto cuanto se señala en las conclusiones en torno a la necesidad de superar la idea de que la responsabilidad patrimonial se basa sólo en la existencia de daño antijurídico y nexo causal. Por otra parte, según he razonado en otros lugares y en este mismo Anuario, el problema de la causalidad es, por lo general, en la realidad jurisprudencial, un problema de prueba sobre el que nada dice la teoría de la causalidad adecuada y sí, en cambio, otras en gran medida inexploradas por la doctrina y la jurisprudencia (como la llamada «pérdida de oportunidad»). Me parece también que el daño sigue siendo un elemento carente de suficiente tratamiento doctrinal y jurisprudencial, pese a ser el cardinal en la responsabilidad patrimonial. Es preciso, a mi juicio, estudiar el principio de plenitud indemnizatoria (y sus corolarios: principio valorista, principio de *compensatio lucri cum damno*, principio de vertebración), antes de proponer su eliminación o matización. Son, en fin, muchos los aspectos que, a mi juicio, deberían ser cabalmente teorizados por la academia antes de proceder a la reforma del sistema de responsabilidad patrimonial.

### 3. La jurisprudencia de los tribunales

En 2009 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 *SSTSJ Madrid, Secc. 2.ª, dicta Sentencia 1462/2009, de 9 de julio, JUR 2010/31267*. Se trata de una sentencia plausible desde la perspectiva de la valoración del daño, pues se atiende a criterios de racionalidad. Aunque, justamente en este punto, el voto particular formulado realiza una muy relevante y acertada precisión.

D.ª Enma sufrió una caída en la calle Chile esquina calle Veracruz, Móstoles, como consecuencia del mal estado de la rampa de acceso al garaje de superficie de los edificios 2 y 4 de la segunda de las vías citadas. Ante el silencio del Ayuntamiento, la dañada acude al juez de lo contencioso-administrativo núm. 26 de Madrid, que desestima el recurso. Apelado el pronunciamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2.ª, dicta Sentencia 1462/2009, de 9 de julio, JUR/2010/31267, estimando parcialmente el recurso. El Tribunal recoge la clásica descripción general del sistema como un régimen de responsabilidad objetiva: «a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio de la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo. c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas. d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado. Además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así en Sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, FJ 4, y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero y 1 de abril de 1995) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los arts. 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado. Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para

exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos».

No obstante la afirmada objetividad del sistema, la culpa o anormalidad entra en juego a través de los requisitos de la antijuridicidad y la causalidad: «Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social... En el presente supuesto, la Sala discrepa de la fundamentación jurídica del juez *a quo*, toda vez que de la prueba documental fotográfica obrante en autos, en conjunción con las declaraciones testificales, resulta indubitada la existencia de nexo causal entre el mal estado de la acera y las lesiones que sufrió la apelante y cuya indemnización se reclama, por lo que surge la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento de Móstoles por funcionamiento anormal del servicio público de mantener las vías públicas en condiciones de transitabilidad y seguridad».

Para valorar el daño, la Sala tiene en cuenta, sin decirlo expresamente, el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación (incluido hoy en el Texto Refundido aprobado por RD Legislativo de 29 de octubre de 2004, reformado por Ley 21/2007 de junio). Condena al ayuntamiento de Móstoles a indemnizar con 65,48 euros por cada uno de los cinco días de estancia hospitalaria, y 53,20 por cada uno de los 360 días de incapacidad para sus ocupaciones habituales, incrementado la suma total resultante con el factor de corrección del 10 por 100. Reconoce además tres puntos de secuelas por material de osteosíntesis en tobillo a razón de 693,86 el punto. Precisa que estas cantidades no devengarán interés legal alguno al estar actualizadas conforme a la resolución actualizadora de 20 de enero de 2009, vigente en el momento de dictarse la resolución. Y afirma que no ha lugar el abono de los 1.104 euros pagados a persona para la realización de labores domésticas, «al estar incluido dicho concepto en la indemnización correspondiente a los días de impedimento». Este último aspecto motiva el voto particular de D. Marcial Viñoly Palop. Allí razona el magistrado que debió abonarse también esa cantidad porque «la lista de conceptos recogida en las disposiciones legales antes mencionadas no es en ningún caso una lista tasada de supuestos, cabiendo la posibilidad de acordar indemnizaciones por conceptos distintos de los recogidos en los distintos anexos, salvo que ya estuviesen contemplados. Porque el objeto de las valoraciones dadas en los distintos anexos en atención a los distintos supuestos que se pueden dar no es más que un intento de cuantificar de manera objetiva solamente el quebranto del derecho a la salud del administrado, por lo que no se incluyen todos los demás gastos que se hayan podido derivar y estén debidamente acreditados. Porque cuando se distingue en la Resolución de fecha 24 de enero de 2006 entre días con estancia hospitalaria y no hospitalaria, y dentro de éstos, entre impeditivos y no impeditivos, se está valorando, no los gastos que conlleva una u otra situación, sino la mayor gravedad de la situación por la que está pasando el administrado al lesionarse su derecho a la salud».

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 2009. Así, por ejemplo, la STS, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 28 de abril de 2009, ponente L. M.ª Díez-Picazo Giménez, RJ 2009/4093. En este punto, resulta criticable la manera en que la sentencia ventila la cuestión indemnizatoria, sin ponderación de criterio alguno de racionalidad, salva la indicación del criterio manejado por la Sala con anterioridad. Nótese que, al cuantificarse los perjuicios personales sin sujeción a criterios objetivos y, muy en particular, sin atender de manera rigurosa a los establecidos en el sistema legal de valoración, resulta imposible establecer el *quantum* a la fecha de la producción del daño, actualizándolo al día de la sentencia con arreglo al Índice de Precios al Consumo, tal como prescribe el art. 141.3 LRJPAC. El Tribunal Supremo, cuando deja de aplicar parámetros racionales y fija indemnizaciones globales, no puede saber qué cantidad habría estimado adecuada en el día en que las lesiones tuvieron lugar. Esto explica que la sentencia examinada, al igual que muchas otras abordadas por este Anuario en años anteriores, utilicen la fórmula de reconocer una suma global, señalándose que «ha de entenderse como ya actualizada».

D. José Ramón circulaba en motocicleta y, al llegar a una rotonda, perdió el control del vehículo cayendo en el interior de un barranco. Quedó parapléjico. Reclamó la indemnización al ayuntamiento de Puzol, encargado de la conservación y mantenimiento de la rotonda, sin obtener respuesta. Acudió después al Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que dictó sentencia de 9 de julio de 2003, desestimando el recurso. Finalmente, en casación, la STS, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 28 de abril de 2009, ponente L. M.ª Díez-Picazo Giménez, RJ 2009/4093, revoca la sentencia recurrida y recobra la instancia para estimar parcialmente el recurso interpuesto. Asume como cierto el razonamiento de la Sala *a qua* en cuanto que «hubo cierta negligencia», pues «la rotonda estaba señalizada» y «el recurrente conocía su existencia». Pero aprecia que la Administración propició el agravamiento del daño. En este orden de ideas, señala que el ayuntamiento debió vallar el barranco tal como puso de relieve un informe de la Policía Local sobre los peligros de aquella rotonda. Y entiende que esta omisión tuvo una incidencia causal inequívoca: «según la experiencia, una simple colisión en motocicleta con una rotonda, sin ningún otro vehículo implicado, y a la velocidad a que circulaba el recurrente debidamente provisto de caso no habría conducido normalmente a consecuencias tan trágicas como las que por desgracia se produjeron. La ausencia de vallada sobre el barranco, en otras palabras, ocasionó un agravamiento del daño, que sólo es imputable al ayuntamiento de Puzol». La conclusión es que hay «conurrencia de culpas del recurrente y del ayuntamiento de Puzol». A la hora de calcular la indemnización, valora la totalidad de los daños en 600.000 sin otro razonamiento que la invocación mera de que «en supuestos en que el particular queda parapléjico... suele esta Sala otorgar una indemnización en torno a los 600.000». Después pondera la culpa de la propia víctima para rebajar esa cantidad a la mitad. Y afirma que la cantidad adjudicada de 300.000 euros «debe entenderse actualizada a la fecha de la presente sentencia».

El incumplimiento del principio de confianza legítima es el fundamento inexpressado de la responsabilidad patrimonial declarada en la STS, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 3 de marzo de 2009, ponente: Octavio Juan Herrera Pina, RJ 2009/1302. El criterio aplicado es cuestionable, pues pondera los beneficios dejados de obtener por el recurrente. Sin embargo, cuando la responsabilidad se basa en la confianza legítima, el resarcimiento queda limitado a los daños vinculados a las operaciones realizadas o dejadas de realizar en la creencia generada por la Administración de que se obtendría o mantendría una ventaja (la lesión del denominado interés negativo). En definitiva, si la Administración da a entender equivocadamente que hay el derecho a determinadas posibilidades urbanísticas, el particular, si actuó de buena fe, podrá recibir compensación por los daños vinculados a esa creencia (normalmente gastos o inversiones), pero en ningún caso los beneficios derivados de la actividad que no podía desarrollar legítimamente.

La Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía declaró bien de interés cultural el conjunto histórico de Aracena en julio de 1991. El ayuntamiento de Aracena solicitó autorización de la Junta para la aprobación de un Proyecto de Urbanización del Sector la Boleta, que le fue concedida al no figurar los terrenos objeto del desarrollo urbanístico entre los explícitamente mencionados como bienes de interés cultural. En octubre de 1993 el Ayuntamiento aprobó definitivamente el Proyecto en el marco de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico de Aracena. La promotora del proyecto, la entidad «Conimpro Inmobiliaria, S. L.», inicia las tareas de ejecución, sufriendo avatares de diverso tipo (suspensión, luego levantada, en previsión de posibles restos arqueológicos; incoación de expediente de delimitación del entorno afectado por la declaración de bienes de interés cultural, que incluía los terrenos objeto del Proyecto; denegación de la autorización solicitada por la promotora para la construcción de una hilera de viviendas unifamiliares). Pero el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ordenó en marzo de 1994 la suspensión de las tareas de ejecución del Proyecto y, finalmente, en sentencia luego confirmada por el Tribunal Supremo (STS de 21 de noviembre de 2000), lo anuló por ser de inexcusable observancia «el excepcional valor histórico-monumental que representa para Aracena específicamente, y para todo el país, el castillo enclavado en la cima de una colina, y la consecuencia derivada de ello, de la necesidad de preservar de conjuntos edificatorios, proyectados sobre las laderas de la colina, que puedan desfigurar y alterar la serena contemplación del citado castillo». «Conimpro Inmobiliaria», ante la imposibilidad de ejecutar el Proyecto, reclama daños y perjuicios tanto al ayuntamiento como a la Junta de Andalucía. Ante la ausencia de respuesta expresa, recurre al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dicta sentencia de 18 de marzo de 2004 estimando parcialmente la pretensión resarcitoria de la actora. Declara su derecho a la compensación de los honorarios de arquitectos (7.550.058 pesetas) y del importe de los seguros, las maquetas, los diseños elaborados, la acometida de agua, los gastos financieros por el aval exigido, los gastos de materiales, así como de los sueldos y salarios de los trabajadores. Y reconoce igualmente 35.000.000 de pesetas en concepto de pérdida de beneficios. De este modo, condena a las dos Administraciones (local y autonómica) en concepto de responsabilidad patrimonial solidaria al pago de un total de 52.508.759 pesetas, más los intereses legales desde la reclamación administrativa y hasta la notificación de la sentencia, sin perjuicio de los que puedan devengarse *ex art.* 106 LJCA. El Tribunal Supremo confirmó este pronunciamiento en STS, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 3 de marzo de 2009, ponente: Octavio Juan

Herrera Pina, RJ 2009/1302. Insiste la Sala en que hay responsabilidad de la Comunidad Autónoma por cuanto que aprobó las Normas Subsidiarias de Planeamiento con infracción de la Ley del Suelo. Y señala que también incurre en responsabilidad el Ayuntamiento, pues la prohibición incumplida era aplicable aunque las normas subsidiarias vigentes no se ajustaran a ella.

El *sacrificio especial* funciona como criterio de imputación (con los matices que después se harán) en *STS, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 16 de febrero, ponente: J. Huelin Martínez de Velasco, RJ 2009/1238*.

La Comunidad de Madrid incoó dos expedientes sancionadores contra las empresas del grupo «Ballesteros» porque, al parecer, había indicios de irregularidades en el funcionamiento de dos de las salas de bingo que ellas explotaban, «Pegaso» y «Príncipe». Iniciados los procedimientos, acordó el cierre cautelar durante doce días de ambas salas y finalmente impuso las sanciones. Pero los acuerdos sancionadores fueron anulados después en sentencia firme por ausencia de pruebas de cargo. Formulada reclamación resarcitoria en 7 de abril de 2003 y ante la ausencia de resolución expresa, las empresas recurren ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que sin examinar el fondo rechaza la reclamación. Después, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.ª, que dictó la sentencia de 16 de febrero, ponente: J. Huelin Martínez de Velasco, RJ 2009/1238.

La Sala declara, en primer lugar, que la acción resarcitoria no ha prescrito, aunque haya transcurrido más de un año desde el cierre cautelar y la presentación de la reclamación. Aplica el (acertado) criterio de que el *dies a quo* en este caso es la fecha de la notificación de las sentencias declaratorias de la ilegalidad de las sanciones impuestas: «parece evidente que el daño, según se dice antijurídico, se manifestó en toda su extensión cuando la jurisdicción pronunció su última palabra sobre la ilegalidad de las sanciones y su obligada anulación, momento en el que arrancó el cómputo del plazo de prescripción de un año dispuesto para el ejercicio de la acción por el art. 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27 de noviembre). Habida cuenta de que las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid fueron notificadas los días 9 de enero y 10 de marzo de 2003, el 7 de abril siguiente la acción para reclamar aún estaba viva».

La Sala afirma, esta vez sin detenerse en la exposición detallada habitual, la objetividad del sistema de responsabilidad patrimonial. Pero advierte que si el daño deriva del ejercicio de potestades discrecionales o la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, el particular no tiene derecho a indemnización si la actuación administrativa es razonable, aunque haya sido declarada ilegal por otra instancia jurisdiccional. Se trata de una ya tradicional doctrina que viene a afirmar, de manera enmascarada, que la responsabilidad por actos ilegales es una responsabilidad por culpa y que, en consecuencia, si la ilegalidad cometida en supuestos en que la Administración dispone de márgenes de apreciación era razonable, no surge el crédito resarcitorio: «Decíamos entonces que el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el art. 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dic-

tados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la anti-juridicidad de la lesión [véase nuestra Sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, FJ 3, rememorada en la de 24 de enero de 2006 (casación 536/02, FJ 3); en igual sentido se manifestaron las Sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/95, FJ 2), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/02, FJ 5), 5 de junio de 2007 (casación 9139/03, FJ 2), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 3), y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/06, FJ 3)]. Ahora bien, no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico, ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos Sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4 y 3, respectivamente)».

Ahora bien, en lo que hace al caso concreto, el Tribunal parece desvincular la procedencia de la indemnización de la pertinencia o no de la medida cautelar. Parece, en definitiva, que con base en la doctrina del sacrificio especial (por acto lícito o autorizado, pero quebrantador de la igualdad ante las cargas públicas), afirma la responsabilidad patrimonial por los daños derivados de un cierre cautelar (lícito o no) que devienen completamente injustificados cuando sobrevienen las sentencias anulatorias de las sanciones impuestas: «En nuestra indagación, dado que nos encontramos ante una reclamación para compensar los daños y perjuicios derivados de un cierre cautelar producido en el seno de unos procedimientos sancionadores que desembocaron en la imposición de unas sanciones anuladas en sede jurisdiccional, debemos precisar que esas medidas precautorias, aunque separadamente recurribles (y así lo fueron en el caso debatido), carecen de existencia autónoma. Sólo tienen razón de ser si se enderezan a asegurar la efectividad de una resolución definitiva (en este caso sancionatoria), a cuyas resultas se encuentran indefectiblemente vinculadas. De este modo, revocadas las multas impuestas, las medidas cautelares pierden toda justificación, con independencia de su intrínseca legitimidad [Sentencia de 18 de diciembre de 2000 (casación 8669/96, FJ 5)]».

No obstante, el Tribunal acaba vinculando el resarcimiento, no con el sacrificio especial impuesto, sino con la ilegalidad de la medida cautelar en sí. Se esfuerza en este sentido en argumentar que el decreto de cautelas de este tipo está completamente reglado y en que las concretamente impuestas eran por completo desproporcionadas, pues «eran innecesarias para salvaguardar la decisión final». Además, «no resultaba imprescindible proceder a su puesta en práctica mediante la irrupción de las fuerzas policiales en los locales en plena sesión y en presencia de los clientes, pudiendo hacerse ese mismo día en otras circunstancias menos gravosas para los afectados». La sentencia se remata con la declaración de que «el único concepto resarcible consiste en las pérdidas o las ganancias dejadas de percibir por el cierre cautelar entre el 15 (a las seis de la tarde) y el 27 de septiembre de 2000, cuyo importe se precisará en la fase de ejecución de sentencia atendiendo a la media aritmética de los beneficios declarados por el grupo empresarial en el impuesto sobre sociedades de los dos ejercicios anteriores (1998 y 1999), teniendo en cuenta, en la medida de lo posible, los datos relativos a la segunda quincena del mes de septiembre de ambos periodos. La suma que así se obtenga, referida al año 2000, deberá incrementarse desde entonces hasta su total pago con el interés legal del dinero, cantidad que también devengará a partir de la notificación de esta sentencia ese interés legal, con arreglo al art. 106, apartado 2, de la Ley reguladora de esta jurisdicción».

# Empleo público

María DE SANDE PÉREZ-BEDMAR

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Madrid*

**Palabras clave:** estatuto básico; leyes; presupuestos; desarrollo normativo; competencias; autoorganizativas; evaluación; desempeño; gestión indirecta.

**Key words:** Basic statute; statutes; budgets; regulatory development; competences; self-organizational; assessment; performance; indirect management.

**SUMARIO:** I. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO TRES AÑOS DESPUÉS.—II. PROBLEMAS DE GESTIÓN EN MATERIA DE PERSONAL: LOS EFECTOS DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LOS AYUNTAMIENTOS. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. AMORTIZACIONES DE PLAZAS. DESPIDO. CONTRATACIÓN IRREGULAR.—III. CUESTIONES RELATIVAS A LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.—1. Algunos aspectos de la negociación colectiva en el ámbito local.—2. Crisis económica y topes presupuestarios: la incidencia en el ámbito local.—3. Retribuciones de los trabajadores en los convenios colectivos de los entes locales.—IV. ASPECTOS RELATIVOS A LA JUBILACIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.—1. Compromisos de pensiones por los ayuntamientos.—2. Problemas de desarrollo respecto a la jubilación parcial.

## I. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO TRES AÑOS DESPUÉS

Existen varios factores que convierten al empleo público en una especialidad poco conocida o al menos conocida sólo parcialmente. El empleo público comprende un importante volumen de empleados, siendo importante también en cuanto a la actividad negociadora que se lleva a cabo en él, e importante además por la atención que le dispensa la doctrina y la práctica judicial. Como es sabido, la materia concerniente al empleo público ocupa un espacio fronterizo entre el derecho del trabajo y el derecho administrativo que fuerza la convivencia entre normas jurídicas muy diferentes entre sí y provoca la interinfluencia entre instituciones de uno y otro régimen. En atención a todos estos factores, la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público abrió buenas expectativas en este campo, dándole mayor visibilidad.

Buena muestra de este interés es la abundancia de trabajos doctrinales aparcados tras la publicación de la ley. Durante el año 2009 ha continuado este interés de parte de la doctrina por la materia. Desde la óptica laboralista, por ejemplo, se encuentra la monografía de LÓPEZ GÓMEZ: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, publicada por Cívitas en 2009. Se trata de un trabajo que continúa uno anterior que el autor publicó en 1995 en la misma editorial y que fue pionero en el estudio del régimen jurídico del personal laboral al servicio de las administraciones públicas. Otro ejemplo de cómo se ha seguido estudiando la materia en sus muchos aspectos, lo constituye la publicación en dos tomos del XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo por el MTIN en 2009: *El Estatuto Básico del Empleado Público*. Desde el punto de vista administrativo, el interés por la materia se hace patente en numerosas publicaciones; así, y en tono muy crítico, puede verse el artículo de GONZÁLEZ-HABA GUIADO: «El EBEP. Reflexiones de forma y fondo», en *El Consultor*, 5/2009, pp. 715 a 731. Este trabajo es una reflexión acerca del EBEP analizando cuestiones relacionadas con lo regulado por este texto normativo. En el análisis se ponen de manifiesto ejemplos de redacción defectuosa o de imprecisiones y desde el punto de vista material se denuncia la posición de privilegio o de favor en la que se han visto situados determinados sectores a juicio del autor.

Sin estar plenamente de acuerdo con las opiniones críticas del trabajo citado, no se puede por menos que coincidir en el resultado insatisfactorio del EBEP tras estos años de recorrido. Ya lo advertíamos: «La necesaria existencia de normativa específica, por un lado, y de normativa de desarrollo por otro, junto a la compleja regulación que el EBEP contiene sobre su entrada en vigor, permite pronosticar una complicada aplicación de su contenido». Se han introducido dosis considerables de incertidumbre al posponer cuestiones importantes que tan sólo quedaban esbozadas y a la espera de un ulterior desarrollo que, de momento, no se ha producido.

El EBEP ha diseñado para la gestión del empleo público un sistema claramente más articulado y descentralizado. Este dato, que es, sin duda, un factor novedoso y positivo, está teniendo efectos perversos. Y ello porque la capacidad autoorganizativa de las administraciones territoriales se ha visto reforzada y ante materias donde se permite ahora una intervención de las distintas administraciones, si no ha habido iniciativa para negociar o ha faltado el acuerdo en los niveles centrales, se puede perder por completo la posibilidad de articular un modelo determinado. Quiere esto decir que si la iniciativa se adopta desde instancias territoriales que toman la decisión de hacerlo sin contar más que en lo imprescindible con las organizaciones sindicales, se habrá perdido la oportunidad de negociar y consensuar el diseño de materias tan altamente estratégicas y novedosas como puede ser la evaluación del desempeño, por ejemplo.

En el ámbito local (y también en el autonómico) es indudable el reforzamiento de las capacidades auto-organizativas en sentido de poder llevar a cabo la dirección objetiva de su empleo. Es bueno tener esto en cuenta a la vista de la existencia de retos estratégicos, porque ya hay iniciativas emprendidas desde algunas administraciones territoriales que

sólo mencionan su capacidad auto-organizativa y no las múltiples llamadas al desarrollo del EBEP a través de la negociación colectiva. Ello se percibe en el ámbito local, que es, por ejemplo, donde más impacto podría traer consigo la negociación mixta, por ser éste un ámbito especialmente importante para esta negociación en desarrollo.

Precisamente en materia de gestión y evaluación del desempeño, como muestra del alto interés y valor que tiene la materia sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos, pueden verse dos artículos de CORTÉS CARRERES: «La evaluación de desempeño en el EBEP», en el núm. 1 de 2009 de *El Consultor*, pp. 37 a 69, y del mismo autor con JIMÉNEZ HERNÁNDIS, «La carrera profesional en el EBEP», también en *El Consultor* de 2009, pp. 1891 a 1914. Estos trabajos pretenden enmarcar una técnica como es la evaluación del desempeño en el nuevo contexto del EBEP, haciendo referencia a experiencias en el entorno europeo y centrándose en clarificar cuestiones de tipo técnico. Al tratarse de materias no muy conocidas, estos trabajos tienen interés por su utilidad al hacer un recorrido sobre todos aquellos aspectos que es necesario contemplar para su implantación desde una perspectiva técnica que facilite la aplicación legal. Pero no debiera olvidarse la necesaria intervención de la representación de los trabajadores en el procedimiento de puesta en marcha de sistemas que tienen una trascendencia clara no sólo sobre los aspectos económicos de los empleados, sino también sobre otros como la carrera y la formación. También es interesante la reflexión acerca de los sistemas retributivos de los empleados públicos que efectúa F. A. CASTILLO en «Informe sobre el empleo público local», Barcelona, 2009.

Críticas también ha cosechado la nueva regulación de los funcionarios con habilitación de carácter estatal. Así, RUIZ DÍAZ, en «La Administración Local del futuro: antes y después del EBEP», publicado en *El Consultor* 4/2009, pp. 589 a 591, objeta las reformas llevadas a cabo en materia de selección y provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal mediante la disposición adicional segunda, EBEP por entender que suponen el inicio de un proceso de desintegración del cuerpo de habilitados estatales, particularmente, dado el nuevo sistema de control interno de la actividad administrativa de los entes locales, ahora menos intenso. En esta misma línea de análisis de este cuerpo de funcionarios puede verse el trabajo de VERA TORRECILLAS, «Las funciones reservadas y el EBEP: Algunas consideraciones sobre la reforma de los funcionarios de habilitación estatal», *El Consultor* 9/2009, pp. 1311 a 1328. Tras el EBEP se abre una nueva etapa en el devenir del colectivo de los funcionarios con habilitación estatal y se trata de un futuro incierto porque la regulación plantea interrogantes en el contexto de la función pública local. Lo que ponen de manifiesto los trabajos publicados al respecto es que se ha legislado sobre este cuerpo en el EBEP desoyendo las recomendaciones de la Federación Española de Municipios y Provincias y del propio colectivo de profesionales y el resultado ha sido la disposición adicional segunda. En este mismo sentido, puede verse en *El Consultor* 12/2009, pp. 1743 a 1761, del mismo autor, «Algunas consideraciones sobre la reforma de los sistemas de acceso y provisión de puestos de los funcionarios locales de habilitación estatal tras el EBEP», donde se abunda en la opinión de que se trata de un colectivo al borde de su desaparición.

ción y se critica la precipitación del legislador en una disposición adicional que no ha satisfecho a nadie, ni tan siquiera a las comunidades autónomas que ahora asumen la práctica totalidad de las competencias sobre este colectivo.

En cualquier caso, si algo puede destacarse de la opinión de la doctrina acerca del EBEP durante el año 2009, es la unanimidad en torno a la necesidad de desarrollo. En la actualidad nos hallamos en una situación de «compás de espera»; todas las posibilidades abiertas están esperando su turno. En la misma línea de clamor por un desarrollo que no llega, se puede ver en torno a la selección, el trabajo de BELMONTE MARTÍNEZ, «La problemática que plantea la selección en el ámbito local tras la entrada en vigor del EBEP. La necesidad de su desarrollo por las comunidades autónomas. El caso particular de la comunidad de Murcia», *El consultor*, 14/2009, pp. 2046 a 2068. Es una reflexión crítica, una vez transcurridos dos años desde la entrada en vigor, sobre la falta de desarrollo que le ha encomendado el legislador.

## **II. PROBLEMAS DE GESTIÓN EN MATERIA DE PERSONAL: LOS EFECTOS DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LOS AYUNTAMIENTOS. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. AMORTIZACIONES DE PLAZAS. DESPIDO. CONTRATACIÓN IRREGULAR**

El contexto de «crisis económica» en el que nos movemos seguramente está detrás de la escasa muestra de voluntad por impulsar el programa que contenía el EBEP. En el ámbito local, la crisis se deja sentir de un modo más abierto aún que en otros niveles territoriales de la administración pública. Durante el año 2009 se ha percibido un repunte de la conflictividad laboral de las entidades locales y se pueden ver abundantes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto. Es patente la utilización de vías descentralizadoras que ahorran costes en materia de personal. Con independencia de las objeciones que se puedan oponer a la práctica generalizada de la gestión indirecta de los servicios públicos, lo que es claro es que dichas operaciones deben ser completadas con respeto a los derechos de los empleados públicos que se ven afectados por la reorganización de su servicio.

Es interesante, a estos efectos, la *STSJ Navarra de 21 de julio de 2009* (recurso de suplicación núm. 166/2009), que resuelve el litigio que plantea un colectivo de 30 trabajadoras que prestaban servicios todas ellas para el ayuntamiento de Pamplona como trabajadoras familiares y dentro del Área de Servicios Sociales y de la Mujer de dicho ayuntamiento. Las funciones que desarrollaban las contratadas eran tareas domésticas, tareas de cuidado personal, tareas relativas a las relaciones sociales y familiares, además de «todas aquellas tareas que se le encomienden y que sean propias de su categoría profesional». En todos los casos la prestación de servicios se había articulado mediante contratos administrativos celebrados de conformidad con lo establecido en el art. 88. b) del Estatuto de Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra para

cubrir las vacantes de trabajador familiar del Área de Servicios Sociales existentes en la plantilla orgánica municipal de funcionarios. También se indicaba en los contratos que su duración sería hasta que se produjese la cobertura «en propiedad» de la vacante o la amortización de la plaza.

La transferencia del servicio de atención domiciliaria desde el Gobierno de Navarra al ayuntamiento de Pamplona fue lo que motivó la contratación de las trabajadoras familiares, porque dicha transferencia exigía cubrir de forma provisional las vacantes que se habían generado como consecuencia de la adscripción municipal del citado servicio de atención domiciliaria hasta su cobertura definitiva, la cual no ha llegado a producirse.

Por Acuerdo de Pleno del ayuntamiento se constituyó la empresa pública «Asistencia Municipal en Casa, S. A.» (ASIMECSA), para la gestión del servicio de atención domiciliaria y al mismo tiempo se fijó que las plazas vacantes de trabajadores familiares que figuraban en la plantilla orgánica del ayuntamiento y que estaban siendo ocupadas interinamente por estas trabajadoras, «quedan amortizadas». De modo que la relación contractual con el ayuntamiento del personal que las ocupaba interinamente finalizaría en las fechas señaladas para la entrada en funcionamiento de la empresa pública. En el mismo Acuerdo se recoge que las 35 trabajadoras familiares contratadas sobre las plazas vacantes de la plantilla pasarán a formar parte de la empresa pública. Se trata más bien de una posibilidad, puesto que es opcional, debiendo ejercer la opción antes de un determinado plazo. La empresa pública suscribió con las trabajadoras contratos temporales cuya duración se extendía hasta la finalización del proceso selectivo iniciado para la cobertura definitiva de las plazas. Se puso en marcha, de hecho el proceso selectivo en cuestión, pero no llegó a celebrarse porque se acordó la suspensión cautelar del mismo solicitada por la asistencia letrada de las trabajadoras como medida cautelar en el Juzgado de lo Social.

La Sala del TSJ de Navarra se extiende sobre la doctrina dictada por el Tribunal Supremo cuyo criterio judicial ha seguido siendo reiterado en sentencias sucesivas que reconocían la competencia de la jurisdicción social para conocer en supuestos en los que la apariencia formal de un contrato administrativo deja ver una realidad subyacente propia de una relación laboral en la que el objeto de la contratación no es sino una actividad genérica llevada a cabo en régimen de subordinación. Pero, a pesar de haber invocado este claro criterio judicial, el TSJ hace un quiebro en la argumentación y reproduce extensamente la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional en una sentencia de 20 de septiembre de 1990 dictada en conflicto positivo de competencia entre el Gobierno de la Nación y Navarra. Así, en aplicación al caso de la doctrina judicial de la sentencia citada, el Tribunal concluye que el ayuntamiento de Pamplona tiene potestad para la contratación temporal en régimen administrativo en el ámbito de la Comunidad Foral y en consecuencia la contratación de las demandantes ha de ser considerada administrativa, dado que el art. 88.c) del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra da cobertura a la contratación administrativa para atender nuevas necesidades de personal debidamente justificadas.

Es sorprendente el sentido del fallo del Tribunal en esta sentencia, cuando al amparo del razonamiento anteriormente expuesto, declara que el conocimiento del litigio surgido en estas relaciones de servicios en las que no se aprecia ningún desajuste entre la realidad de los hechos y la norma legal de amparo, no corresponde a la jurisdicción social. Es un supuesto en el que la excepción reconocida a Navarra para que disfrute de un régimen singular con respecto a sus funcionarios como consecuencia de sus derechos históricos, desemboca en el amparo proporcionado a una situación que de haber sido enjuiciada con arreglo al régimen común, sin duda hubiera supuesto el otorgamiento de la razón a las trabajadoras demandantes.

Ciertamente, la regulación foral prevé la posibilidad de la celebración de contratos administrativos para la sustitución de personal y la provisión provisional de vacantes, como es el caso. Pero la situación en la que se encuentran estas trabajadoras es claramente peor si se compara con la de otras comunidades sometidas a la regulación general que impide la utilización de la contratación administrativa como un resorte de mano de obra temporal sin las contrapartidas de la norma laboral, y todo ello, además, sustraído del conocimiento del orden social de la jurisdicción. Esto también se ha planteado en otros ámbitos geográficos, pero la respuesta judicial ha sido clara e inequívoca como la propia sala del TSJ ha recordado, no ha sido así en este supuesto y eso merece una reflexión crítica.

Y más aún, si se examina el trasfondo del supuesto presente que no es otro que la gestión indirecta a través de una empresa pública de un servicio de atención domiciliaria. Son también muy frecuentes los litigios que se dan como consecuencia de estas relativamente recientes fórmulas de gestión pública que indefectiblemente precarizan al personal que se ve implicado en ellas. Pues bien, súmense los dos elementos y el panorama resultante es el que es: Que las trabajadoras deberían haber sido objeto de una contratación de naturaleza laboral y que su paso a la empresa pública debería haberse producido en condiciones de estabilidad, habida cuenta de que no se trataba de una actividad de naturaleza temporal.

Otro ejemplo de cómo la cesión de trabajadores está afectando de lleno en el ámbito de la Administración Local lo encontramos en la *STS de 24 de febrero de 2009* (núm. recurso de casación para la unificación de doctrina: 1365/2008). El supuesto de hecho es nuevamente el de una trabajadora que fue contratada por la entidad privada «Gerencia de Obras y Servicios de Marbella, S. L.», pero que prestó desde el primer día servicios en la Gerencia de la Alcaldía del ayuntamiento de Puerto Banús, realizando control del personal y recibiendo instrucciones de trabajo directamente del concejal delegado. En un momento determinado, la trabajadora fue cesada y demandó por despido. El Juzgado de lo Social que conoció en la instancia declaró la existencia de un despido improcedente y de una cesión ilegal entre la citada entidad y el ayuntamiento, así que impuso la responsabilidad solidaria de ambas entidades y otorgó, al amparo del art. 43.3 ET, el derecho de opción a la trabajadora para adquirir la condición de trabajadora fija en una o en otra de las entidades codemandadas. Se especifica que de ser la opción a favor del

ayuntamiento de Marbella su condición laboral habría de ser la de trabajadora indefinida en función de la normativa existente para la cobertura de las plazas dentro de las administraciones públicas. El Tribunal Supremo confirma en esta sentencia su doctrina y establece que si se reconoce el derecho de opción en caso de despido improcedente al trabajador, tratándose de una Administración Pública el reintegro a la actividad laboral nunca se podrá hacer en concepto de trabajador fijo, sino de trabajador indefinido.

De modo que durante el año 2009 se han seguido reiterando los supuestos de reconocimiento del derecho de opción del trabajador no ya sólo por cesión ilegal sino también por despido. El *Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de febrero de 2009* (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 78/2008), establece que la opción corresponde al trabajador en aplicación del convenio colectivo del ayuntamiento de Galdar, tanto si se trata de un despido disciplinario improcedente como si es una extinción de contrato temporal irregular, como parece ser el caso. Otro pronunciamiento referido a condenas por despido en los entes locales es el de la *STSJ de Extremadura de 3 de enero de 2009*.

Igualmente en materia de personal pero referido a la contratación temporal irregular, destaca la *STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 7 de enero de 2009*, que estima el recurso interpuesto por un trabajador frente al ayuntamiento de León por amortización de plaza y lo declara despido nulo. Entiende el tribunal que el ayuntamiento tiene capacidad y posibilidad para organizarse y organizar a su personal como tenga por conveniente, incluso amortizar las plazas, pero respetando las formalidades establecidas para la extinción de los contratos por causas objetivas, concretamente por amortización de plaza, regulada específicamente en la letra *c)* del art. 52 ET, porque de no hacerse así se haría de peor derecho al trabajador indefinido que al trabajador interino.

Muy relacionado con la contratación temporal irregular se encuentra la situación de los funcionarios interinos, por eso es de interés destacar en este punto el trabajo de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «El régimen jurídico de los funcionarios interinos, Especial referencia a la administración local», publicado en *El Consultor*, 2/2009, pp. 218 a 237, en el que analiza el régimen jurídico de los funcionarios interinos con especial incidencia en el ámbito local después de la aprobación del EBEP y haciendo referencia a la situación jurisprudencial más reciente.

### III. CUESTIONES RELATIVAS A LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

#### 1. Algunos aspectos de la negociación colectiva en el ámbito local

El reforzamiento de la autonomía local dentro del marco general del empleo público hace que, aunque sean igualmente aplicables en este ámbito los principios de igualdad, mérito, capacidad y sean reconocidos idénticos derechos y deberes básicos a todos los

empleados públicos locales, se tengan en cuenta las peculiaridades que se dan en el empleo público local. El ámbito local, como se ha recordado en muchas ocasiones, es un ámbito que ocupa a un numeroso bloque de empleados públicos y en el que se gestionan servicios y actividades cercanas al ciudadano, se encuentran incluidos en él ayuntamientos muy diferentes entre sí, porque igualmente podemos hablar de grandes municipios, como de poblaciones muy pequeñas. Por si fuera poco, hay aspectos relativos al personal que son particulares en este ámbito, la composición del personal es una de ellas, por ejemplo, con una mayor presencia de personal laboral. Por todo ello, también la negociación colectiva tiene una especial incidencia en este ámbito.

Precisamente, la dispersión y heterogeneidad de la estructura local hace que en municipios pequeños la negociación colectiva encuentre serios obstáculos para su desarrollo o que la que se dé no sea llevada a cabo de un modo óptimo. Ese es el motivo por el cual en el EBEP se han articulado instancias supramunicipales legitimadas para la negociación que podrían facilitar procedimientos de negociación útiles para evitar vacíos. Ésta es la razón de ser del reconocimiento que se hace en el EBEP, art. 34.2, de la legitimación negocial de Asociaciones de Municipios, así como a las entidades locales de ámbito supramunicipal.

Sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos se ciernen variables muy diferentes entre sí; se puede ver la abundancia y la heterogeneidad de normativa aplicable en el trabajo de DÁNJOU GONZÁLEZ, «Guía Jurídica orientativa de legislación y jurisprudencia aplicable al personal de la Administración Local», en *El Consultor*, 3/2009, pp. 369 a 424. Pero hay que tener presente la virtualidad del Convenio Colectivo como instrumento de fijación de las condiciones de trabajo del personal laboral y los Acuerdos y Pactos para el personal funcionario.

Cuando el instrumento es la negociación colectiva laboral, se amplía la posibilidad de abarcar un mayor número de materias. Y aunque una interpretación excesivamente formal de la reserva legal para regular el estatuto de la función pública ha conducido a una en la práctica absoluta limitación, negando en el ámbito local la posibilidad de negociar una gran mayoría de asuntos tales como pagas extraordinarias, jornada, licencias, permisos, vacaciones, derechos colectivos, protección social, lo más importante a efectos de la regulación de las condiciones de trabajo del personal laboral de los entes locales es que sí se ha admitido jurisprudencialmente un mayor campo de acción.

## **2. Crisis económica y topes presupuestarios: la incidencia en el ámbito local**

Las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente ley de presupuestos. El párrafo 2.º del art. 21 EBEP añade también que no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un

incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos para el personal laboral.

La posibilidad de fijar topes a los incrementos salariales para el personal al servicio de las Administraciones públicas es una de las más llamativas peculiaridades que puedan detectarse en el régimen regulador del salario de los empleados públicos. Esta realidad limitadora evidencia la necesaria sintonía entre todo el personal, funcionario o laboral, al servicio de la Administración, de cualquier Administración. Y ello es así, porque los topes a los incrementos salariales rigen por igual para todo tipo de empleados públicos. Así, el art. 24 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre (BOE de 24), de Presupuestos Generales del Estado para 2010, establece que las retribuciones no podrán experimentar un incremento global superior al 0,3 por 100 con respecto a las del año 2009, en términos de homogeneidad para los dos periodos de comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

El *Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012* (Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, BOE 26 de octubre de 2009), sin dejar de tener en cuenta las competencias que corresponden a cada una de las administraciones, pretende servir de referencia a aquellos otros que puedan concretarse en los ámbitos locales, y en ese sentido quedan establecidas una serie de medidas retributivas que responden al principio del mantenimiento del poder adquisitivo del personal al servicio de las administraciones públicas en el periodo de vigencia del acuerdo. A tales efectos se tendrá en cuenta la evolución presupuestaria del incremento del IPC, la previsión de crecimiento económico, la capacidad de financiación de los presupuestos generales del Estado y la valoración del aumento de la productividad del empleo público derivado de acciones o programas específicos.

En coherencia con lo previsto para la LPG, para 2010 se establece que la subida salarial sea del 0,3 por 100 del conjunto de la masa salarial. En contrapartida, se adquiere el compromiso por parte de la Administración de incorporar los créditos necesarios para compensar la pérdida del poder adquisitivo que pudiera ocasionarse durante la vigencia del acuerdo. Ello se ha llevado a cabo en la correspondiente cláusula de revisión salarial que establece que dentro del primer trimestre del año 2012 se debe percibir el importe correspondiente a la desviación que se hubiera producido entre los incrementos establecidos en las leyes de presupuestos y la inflación efectiva en esos años y de idéntica manera se procederá en 2013.

El límite al incremento retributivo es una norma de carácter básico, por lo que las leyes de las CCAA y los presupuestos de las Corporaciones Locales deberán recoger estos criterios. Puede verse el número abundante de sentencias que abordando esta cuestión declaran el necesario sometimiento de las administraciones territoriales a los topes establecidos en la LPGE. Así pues, siendo indubitada la competencia estatal para fijar límites máximos respecto del volumen total de las retribuciones correspondientes a cada grupo, incluido también el personal laboral. Con respecto a los entes locales, se declara que la

autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) no es aplicable a materias como éstas que competen al Estado, como es el caso de las bases del régimen jurídico estatutario entre las que se encuentra el sistema retributivo. El EBEP, como estamos viendo, mantiene esa reserva legal para las retribuciones complementarias. Debería facilitarse un cauce de comunicación con las administraciones locales para evaluar la propuesta de gobierno e incorporar las aportaciones que se efectúen desde el ámbito municipal. En definitiva, es necesario contar con la participación de las administraciones territoriales en la toma de decisiones presupuestarias.

### **3. Retribuciones de los trabajadores en los convenios colectivos de los entes locales**

El convenio colectivo se sitúa en primera línea en la determinación de las condiciones de trabajo. También en el ámbito local. Pero ello no significa desconocer los condicionamientos que la naturaleza jurídico-pública de una de las partes impone a este tipo de negociación. Están las cuestiones presupuestarias a las que ya se ha hecho referencia, pero también pesan mucho otros elementos como la propia tendencia a la homogeneización y aproximación de condiciones entre los distintos tipos de personal.

En cualquier caso, ya se ha visto que el art. 27 EBEP contiene una remisión expresa a la legislación laboral. El deliberado laconismo de este precepto del EBEP se explica en el hecho de que en el Informe de la Comisión de Expertos se sostenía que la equiparación vía legal de los aspectos retributivos de laborales y funcionarios no era adecuada por las implicaciones presupuestarias que tenía y porque suponía incorporar rigideces en el ámbito laboral del empleo público. Sin embargo, pese a que en apariencia haya quedado un mayor campo de actuación para los laborales a través de la negociación colectiva, en la práctica, tal libertad no es perceptible porque los condicionamientos de partida son importantes e insoslayables.

El ya mencionado condicionante presupuestario impone que el incremento a la masa salarial del personal laboral deba reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente ley de presupuestos y que no puedan acordarse incrementos globalmente superiores a los límites fijados por la LPGE. Un ejemplo puede verse en la *STS/ País Vasco, de 27 de enero de 2009*, núm. recurso 2718/2008. Según el art. 25 PLPG, se entiende por masa salarial el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados durante 2009 por el personal laboral con el límite de las cuantías informadas favorablemente por el MEH, exceptuándose las prestaciones e indemnizaciones de la seguridad social, las cotizaciones del empleador al sistema de seguridad social, las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos, las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador. Desde el 1 de enero de 2010 la masa salarial del personal laboral del sector público estatal no podrá experimentar un crecimiento global superior al 0,3 por 100 respecto de la establecida para el ejercicio de 2009.

Y luego están los condicionantes derivados del ámbito público en el que se negocian estos convenios colectivos, que fuerzan a que en el caso de la administración local se den con especial intensidad, en comparación con otros ámbitos, mecanismos de negociación en paralelo que se plasman en instrumentos jurídicos diferenciados pero que contienen modelos retributivos que poseen la misma inspiración. Un porcentaje elevado de convenios colectivos adoptan estructuras retributivas para los laborales inspiradas en el modelo funcional.

En todo caso es notable la intensidad con la que los convenios colectivos regulan los aspectos salariales de la relación del personal laboral con la administración, algo que sólo puede compararse con la negociación relativa a la clasificación profesional, que es tradicionalmente una de las que más atención ha recibido por la negociación colectiva en el sector público. Ello se explica por el interés en homogeneizar en lo posible estos elementos, la clasificación profesional o las retribuciones, que presentan en el ámbito local una absoluta heterogeneidad en sus rasgos. Así se puede ver, por ejemplo, en el *Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral del ayuntamiento de Madrid* (BOCM de 24 de octubre de 2006, núm. 253, p. 50). O en el *Convenio Colectivo de Alpedrete* (BOCM de 21 de noviembre de 2008), que incorpora en su art. 51 expresamente una previsión de equiparación entre funcionarios y personal laboral haciendo referencia directa a las previsiones e instrumentos que para tal fin ha previsto el EBEP. Y en general, en idéntico sentido deben entenderse expresiones que se encuentran en buena parte de los convenios vistos que establecen como objetivo prioritario de las partes firmantes, proceder a la «racionalización del sistema de complementos de puesto de trabajo, lo que implica, necesariamente, la racionalización de la estructura salarial».

La gran mayoría de convenios establecen una suerte de principios generales ordenadores del salario estableciendo definiciones que son reiteraciones de la norma como la relativa a la consideración como tal de «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, y a los periodos de descanso computables como de trabajo». A partir de ella se establece la estructura salarial que, en la mayoría de los casos vistos, guarda importantes similitudes con la estructura prevista para los funcionarios públicos, fundamentalmente porque se diferencia en la estructura entre retribuciones básicas y complementarias.

El art. 93 de la LBRL, precepto que se mantiene en vigor tras la aprobación del EBEP, establece que las retribuciones básicas de los funcionarios locales tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública y que las complementarias se atenderán asimismo a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos. El EBEP (arts. 22 y ss.) establece que las retribuciones de los funcionarios de carrera se clasifican en básicas y en complementarias. Las básicas son las que retribuyen al funcionario según la adscripción de su cuerpo o escala a un determinado subgrupo o grupo de clasificación

profesional y por su antigüedad en el mismo. Las retribuciones básicas se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y están integradas, única y exclusivamente, por el sueldo y los trienios.

Las retribuciones complementarias son las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario. Su cuantía y estructura se establecen por las leyes de cada administración pública con arreglo a la consideración de determinados factores como son, entre otros: la progresión alcanzada por el funcionario en su carrera, la especial dificultad técnica, la responsabilidad, la dedicación o la incompatibilidad que se exija, el grado de iniciativa o esfuerzo, así como la valoración de rendimiento del funcionario en su trabajo y los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

Pues así, por ejemplo, el *Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Diputación de Sevilla para los años 2007-2009* establece para su personal como conceptos retributivos, Retribuciones Básicas y Complementarias: Como Retribuciones Básicas establece el Salario Base (el Salario Base es el correspondiente a cada uno de los Grupos Económicos en que se clasifican los trabajadores conforme a lo recogido en Tablas incorporadas al Convenio), la antigüedad y las pagas extraordinarias. Y como Retribuciones Complementarias enumera una gran variedad, entre ellas están el Complemento de Productividad, el Complemento de Responsabilidad, el Complemento de Complejidad Técnica, el Complemento de Disponibilidad, el Complemento de Exposición al Riesgo, el Complemento de Rotación y el Complemento de Guardias Localizadas, el Complemento de Superior Categoría, el Complemento de Desempeño de Cargo..., y así un largo etcétera, que incluye pluses de alternativa y disponibilidad, complementos personales transitorios y Complemento de Nocturnidad.

También el *Convenio Colectivo Único del ayuntamiento de Madrid* establece una similar estructura retributiva que distingue entre Retribuciones Básicas, que comprenden el salario base y las pagas extraordinarias, y Retribuciones Complementarias, que comprenden complementos tales como de puesto de trabajo, de estructura o de cantidad o calidad. Y este convenio, además, incorpora un apartado de retribuciones personales que comprenden el complemento de antigüedad y complementos personales absorbibles. El *Convenio Colectivo de Arganda* (BOCM de 19 de junio de 2006) es ejemplar en esta observación, puesto que hace referencia expresa a la legislación aplicable a la función pública vigente con anterioridad al EBEP y copia la denominación clásica de la estructura retributiva funcional haciendo referencia a las retribuciones básicas y a las complementarias e incluyendo dentro de estas últimas los complementos de destino y el específico con una detallada regulación de este último. Lo mismo puede observarse, de una forma más clara aún si cabe, en el *Convenio Colectivo para el Personal Laboral Concell* (BO Illes Balears, 3 de julio de 1993, núm. 81, p. 5635), que contiene la previsión de que las retribuciones del personal laboral acomodan su estructura y contenido a las del personal funcionario.

En general se puede advertir que cuando el ayuntamiento es de mayor tamaño, la precisión en el manejo de los términos es mayor, se vigila y se asimila en mayor grado la estructura retributiva de todos los colectivos. Ello a pesar de que en ningún convenio de los consultados se excluyen las pagas extraordinarias de la calificación de retribuciones básicas. En entidades locales de menor tamaño la diversidad es más clara. Pueden verse, por ejemplo, los *Convenios de los Ayuntamientos de Batres* (BOCM de 6 de noviembre de 2007), de *Ajalvir* (BOCM de 24 de enero de 2006) o de *Becerril de la Sierra* (BOCM de 27 de noviembre de 2007).

#### IV. ASPECTOS RELATIVOS A LA JUBILACIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

##### 1. Compromisos de pensiones por los ayuntamientos

El proceso de desarrollo local ha ido acompañado desde el principio de un espectacular desarrollo de la plantilla de personal que presta sus servicios para la Administración local, todo ello acompañado de un importante incremento de los recursos financieros disponibles. Es fácil comprender la importancia que encierra la implantación de mecanismos de previsión social para el personal que presta sus servicios en estas administraciones. Responde, por un lado, a su cualidad de instrumentos de política de personal y también a la trascendencia económica que tienen en concreto los planes y fondos de pensiones. No debe olvidarse que dentro de la materia relativa a la previsión social en el empleo público, los planes de pensiones han ido adquiriendo cada vez una mayor importancia. Por otro lado, el ámbito local presenta complicaciones propias que también han jugado su papel en el desconocimiento existente hasta ahora sobre la materia, así como en el hecho de que se encuentre en un estadio poco desarrollado la cuestión relativa a la previsión social en estos ámbitos debido a la peculiar composición de las plantillas, a la compleja regulación existente sobre el personal y a otros factores similares.

La previsión social en el ámbito local ha ido desarrollándose a través de un elenco de mejoras voluntarias para cuya cobertura se han ido estableciendo fondos sociales al efecto mediante compromisos adquiridos en la negociación colectiva entre representantes de la Administración local y representantes de los empleados públicos de dicha Administración. Un análisis rápido de la mayoría de los convenios colectivos del personal laboral de las entidades locales muestra que a estas cuestiones dedican invariablemente la regulación algunos artículos. La entrada en vigor del EBEP ha producido también algunas modificaciones en aspectos importantes que conciernen a las Administraciones locales. Se trata de una norma básica, y precisamente por ello, no sólo afecta a las clases de empleados públicos, o a la configuración de los derechos colectivos de estos empleados, sino que también delimita el alcance de lo que debe considerarse básico y reconoce mayores ámbitos a cada Administración, también a la local, para que pueda configurar su propia política de personal. Esto último es particularmente importante para las en-

tidades locales, que presentan una realidad heterogénea y que cuentan con un número cada vez más significativo de empleados.

El Estatuto Básico afectará así, pues, a la promoción y puesta en funcionamiento de los Planes de Pensiones en el ámbito local, no sólo porque ahora debe tenerse en cuenta la nueva regulación que en él se contiene sobre las clases de personal y sobre la negociación y la representación colectiva de sus intereses, aspectos que, como es sabido, tienen mucho que ver con estos mecanismos de previsión social, sino también en lo relativo a la consideración que quepa hacer de los compromisos asumidos en esta materia mediante la negociación colectiva.

Existen numerosos ejemplos de puesta en marcha de estos sistemas de previsión complementaria en el ámbito local. Pioneros han sido el del ayuntamiento de Madrid, el de la Diputación de Aragón, el de la Diputación Provincial de Valencia o el del Cabildo Insular de Tenerife. Estos Planes municipales buscan garantizar a los empleados municipales un complemento a sus pensiones de jubilación, incapacidad, viudedad u orfandad; estimular el ahorro a largo plazo, compensar la pérdida de poder adquisitivo y seguir las recomendaciones del Pacto de Toledo.

Se trata de medidas que son el fruto de la negociación colectiva entre administración y sindicatos como consecuencia de acuerdos marco como, por ejemplo, la Declaración para el Diálogo Social en la Administración Local de Aragón, como consecuencia de la cual, la comisión de control del plan de pensiones de la Diputación General de Aragón acordó transformar el plan de pensiones que afectaba únicamente a los empleados de la administración autonómica, en un plan de pensiones de promoción conjunta que pusiera a disposición de todas las administraciones locales aragonesas (diputaciones, ayuntamientos comarcas y mancomunidades) y de sus empleados un instrumento de previsión social complementaria ya establecido en la Diputación General desde el año 2001 y desde el 2004 en el ámbito de la Administración General del Estado. En su momento fue un plan único en su género ya que es el primero que se ha adoptado en una comunidad autónoma con los entes locales.

Estos planes permiten ahorrar esfuerzos y concentrar medios y voluntades de forma más eficaz, ya que si bien la adopción de un plan de pensiones de forma individualizada por parte de grandes instituciones puede no suponer un gran esfuerzo, sí que supone un obstáculo para las pequeñas entidades locales por sus costes de gestión y administración, limitando en consecuencia el acceso de los empleados públicos a beneficios sociales de esta naturaleza.

Las cantidades destinadas a financiar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro tendrán a todos los efectos la consideración de retribución diferida. El art. 29 EBEP establece que las Administraciones públicas podrán destinar cantidades, hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en las correspondientes leyes de presupuestos generales del Estado, a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación para el personal incluido en sus ámbitos de acuerdo con lo establecido en la normativa

reguladora de los planes de pensiones. En este sentido, el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012 (Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, *BOE* 26 de octubre de 2009) garantiza la continuidad de las contribuciones de los promotores a los Fondos de Pensiones de la Administración en el marco de cada escenario presupuestario. Se establece que la aportación que se efectuará al Plan de Pensiones de la Administración General del Estado será del 0,3 por 100 para 2010, del 0,5 por 100 para 2011 y del 0,7 por 100 para 2012, del conjunto de la masa salarial.

## 2. Problemas de desarrollo respecto a la jubilación parcial

La jubilación parcial ha venido siendo de aplicación exclusiva para el personal laboral, pero reciente jurisprudencia basada en la nueva legislación para el empleo público ha abierto las puertas a su reconocimiento; no obstante, la falta de desarrollo normativo plantea serios problemas en cuanto a su efectiva aplicabilidad en la administración local. Véase el trabajo de MOLINA CANTERO, «La problemática en la aplicación de la jubilación parcial del empleado público en la Administración local», en *El Consultor*, 7/2009, pp. 982 a 991, y sobre los problemas que plantea el ejercicio de la jubilación parcial de los funcionarios para la organización del personal en la administración autonómica y local, puede verse el comentario «La jubilación parcial de los funcionarios», escrito por la autora de este informe y publicado en *Aranzadi Social* 1/2009, pp. 29 a 36. Por último, también sobre la jubilación, véase «La actuación municipal por jubilación forzosa de sus funcionarios», en *El Consultor*, 20/2009, pp. 3025 a 3031, de GARCÍA VALDERREY.



---

# Responsabilidad penal y ayuntamientos

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ  
*Fiscal*

**Palabras clave:** reforma del código penal; delitos urbanísticos; prevaricación; cohecho; malversación.

**Key words:** penal code reform; crimes against town-planning; breach of trust; bribery; embezzlement.

**SUMARIO:** I. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.—1. Algunos aspectos novedosos ligados a la actividad de los entes locales.—2. La reforma de los delitos urbanísticos.—3. La nueva regulación del cohecho.—II. JURISPRUDENCIA PENAL RELACIONADA CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL.—1. Delitos de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos.—2. Delitos de cohecho y malversación.

## I. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

### 1. Algunos aspectos novedosos ligados a la actividad de los entes locales

En fecha 13 de noviembre de 2009 el Consejo de Ministros aprobó el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se trata de una reforma ambiciosa, que afecta a múltiples ámbitos, algunos de gran calado, como la flexibilización del denominado «periodo de seguridad», la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la posibilidad de imponer medidas de seguridad a personas plenamente imputables a través de la llamada «libertad vigilada». También en el terreno del cumplimiento de obligaciones internacionales la modificación es prolija. No obstante, debemos centrarnos exclusivamente en los aspectos novedosos que afectan a las áreas relacionadas con la responsabilidad criminal que puede contraerse en el ejercicio de funciones públicas municipales.

Desde la estricta perspectiva de este informe, ha de destacarse que el proyectado sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas no incluye a las de naturaleza

pública. Por tanto, los entes locales no están sujetos a esta responsabilidad. La Exposición de Motivos del Proyecto aclara que:

«[...] únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea y no podrá ser exigida al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de Derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».

A su vez, el nuevo art. 31 bis del proyecto incluye un apartado 5 que da forma jurídica a la exclusión de responsabilidad aludida, haciendo excepción de entes creados como pura fachada o pantalla de actividades genuinamente criminales:

«Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de Derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal».

Entre las reformas realizadas en la Parte General del Código, y dejando al margen nuevas reglas de extraordinaria importancia, las modificaciones introducidas en materia de prescripción del delito tienen efectos reflejos sobre las infracciones penales cometidas en el ámbito municipal. No me refiero tanto a la nueva regulación del cómputo y de la interrupción del lapso prescriptivo —conforme a la doctrina constitucional sobre la cuestión— como al nuevo plazo general de prescripción del delito, que pasa a ser de cinco años, acabando con el actual plazo de tres años que se reservaba a ciertos delitos menos graves. Es el caso de los delitos urbanísticos del art. 319 del texto punitivo, caracterizados por un plazo de prescripción inferior incluso al previsto para las infracciones administrativas homogéneas de la normativa autonómica. La Exposición de Motivos del proyecto fundamenta la reforma del modo que sigue:

«El replanteamiento del régimen procesal de la prescripción en los términos expuestos aconseja también revisar algunos aspectos de su regulación sustantiva. En este sentido, se opta por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años. Si el fundamento material del instituto de la prescripción se anuda a la extinción del impacto que el hecho delictivo produce en la sociedad, no puede obviarse que ese impacto guarda relación directa, en nuestros días, con la capacidad del ordenamiento jurídico y de la Administración de Justicia de dar una respuesta real y efectiva al delito. Acontecimientos notorios nos han demostrado que la

impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (las estafas, *los delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública*), cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, genera un elevado grado de alarma social, que redundará en descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas. Alarma social que, en consecuencia, no se relaciona tanto con la gravedad de la pena que hubiera podido imponerse como con la percepción de que se ha burlado de modo público y notorio la acción de la Justicia. La elevación de las penas en estos supuestos sólo es constitucionalmente aceptable cuando se justifique conforme al principio de proporcionalidad, que liga la gravedad de la pena a la de la conducta del delincuente. En consecuencia, sin afectar a ese principio, la simple elevación del plazo de prescripción aparece como solución más equilibrada para evitar que la pena prevista, con no ser elevada, no llegue siquiera a poder hacerse efectiva».

Ya en el ámbito de la Parte Especial y, por tanto, de las concretas figuras delictivas, conviene hacer mención a la tipificación expresa del delito de acoso laboral, ya que esta nueva infracción penal puede cometerse también en el seno de todo tipo de relaciones laborales y funcionariales. No son excepcionales las denuncias por el denominado «mobbing» en el seno de las administraciones locales. El nuevo párrafo segundo del apartado 1 del art. 173, dentro de los delitos contra la integridad moral, dispone que:

«Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima».

Ligada a la competencia de los entes locales en materia de venta ambulante está la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial cometidos por los denominados «manteros». La reforma en curso opta por invertir la tendencia agravatoria de las últimas reformas y establecer una cláusula privilegiada para los supuestos de venta al por menor caracterizados por el escaso beneficio conseguido, de modo que en estos supuestos no se imponga la pena de prisión —y la expulsión sustitutiva en caso de ser el autor del delito un ciudadano extranjero no residente legalmente en España, como es habitual en estos casos—. La Exposición de Motivos fundamenta la reforma de la siguiente forma:

«El agravamiento penológico operado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, ha evidenciado, en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias piratas de obras amparadas por tales derechos, una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena respecto de la gravedad de la conducta, máxime cuando —no infrecuentemente— los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia. Por ello, añadiendo un párrafo segundo al apartado 1 del art. 270 y modificando el apartado 2 del art. 274, se opta por señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad para aquellos casos de distribución al por menor, de escasa trascendencia, atendidas las características del culpable y la

reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste. Naturalmente, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias de agravación que el propio Código Penal ya prevé».

El nuevo párrafo segundo del apartado 1 del art. 270 dispone lo siguiente:

«No obstante, en los casos de distribución al por menor en que no se dé ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, el juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días».

La misma regla se ha introducido en el apartado 2 del art. 274 para los supuestos de propiedad industrial:

«No obstante, en los casos de distribución al por menor en que no se dé ninguna de las circunstancias del art. 276, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, el juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días».

## 2. La reforma de los delitos urbanísticos

Una de las líneas maestras del proyecto de 2009 es el reforzamiento normativo de la lucha contra la corrupción. La primera manifestación de esta orientación político legislativa la encontramos en las novedades introducidas en el capítulo I del título XVI del Libro II, relativo a los delitos urbanísticos y contra la ordenación del territorio.

Podemos sintetizar la reforma en los siguientes puntos:

1. Se introduce una nueva rúbrica para el capítulo, que pasa a incluir una referencia al urbanismo. Se denomina ahora «De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo».

2. Se tipifica expresamente la realización de obras de urbanización. Se sigue en este punto la línea marcada por la frustrada reforma de 2007 y se pretende poner fin a la paradoja que supone la impunidad de estas conductas, que suponen una verdadera modificación de la naturaleza del suelo afectado. Por otra parte, en el texto de la reforma de 2009 las obras punibles en suelo no urbanizable común y en suelos especialmente protegidos son siempre las mismas: de urbanización, construcción o edificación.

3. Se establece un nuevo sistema de multa, que combina el mecanismo de los «días multa» con la denominada «multa proporcional». Se pretende evitar que la realización de las obras ilegales pueda ser económicamente rentable. A estos efectos, si el beneficio obtenido por el autor es superior al importe de la multa conforme al sistema de «días multa» se ha de imponer una multa proporcional del tanto al triple del montante del beneficio obtenido.

4. Junto a la demolición se hace referencia a la reposición de la realidad física alterada a su estado originario. Se armoniza así la tutela restablecedora de la legalidad urbanística con las disposiciones administrativas concordantes, en las que la demolición

es una especie singular dentro del género de la reposición de los terrenos afectos a su estado originario. Además, en todo caso ha de procederse al comiso de las ganancias provenientes del delito «cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar».

5. En la reforma, el delito urbanístico es una de las modalidades delictivas que permiten la imposición de penas a las personas jurídicas que resulten responsables conforme al sistema de imputación del art. 31 bis.

6. En materia de prevaricación urbanística del art. 320 del Código se introduce una referencia a los proyectos de urbanización y a las normas de ordenación territorial. Sin embargo, la principal novedad en este punto se encuentra en la introducción de una modalidad omisiva consistente en silenciar en el ejercicio de actividades de inspección la infracción de las normas urbanísticas o territoriales o en la simple omisión de las inspecciones obligatorias.

### 3. La nueva regulación del cohecho

Según la Exposición de Motivos del proyecto:

«En los delitos de cohecho se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del art. k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea».

La adaptación a estos instrumentos, y a las observaciones realizadas por el GRECO en el marco del primero de ellos, ha supuesto una alteración significativa del régimen de penas aplicables, aunque, en realidad, la modificación pretendida por el proyecto supone una verdadera reestructuración sistemática y técnica. Los tipos de cohecho quedan contemplados del modo siguiente:

1. El cohecho cometido por el funcionario se castiga: 1) en el art. 419 cuando tiene por objeto la realización de un acto contrario a los deberes del cargo, con establecimiento de una cláusula concursal si dicho acto es constitutivo de delito; 2) en el art. 420, si el acto es propio del cargo; 3) en el art. 421 se precisa que son de aplicación de las penas de los dos preceptos precedentes si el beneficio se obtiene por el funcionario como recompensa por la previa realización de la conducta, y 4) en el art. 422 se prevé el cohecho impropio, esto es, la aceptación de la dádiva o regalo recibida en consideración al cargo o función, sin supeditación a la concreta realización de actos.

2. El art. 424 prevé en su apartado 1 la imposición al particular de las mismas penas fijadas para el funcionario, salvo el supuesto del art. 422, que queda fuera del elenco. El apartado 2 aclara la aplicabilidad del precepto a los supuestos en los que el particular admite la solicitud realizada por el funcionario.

Por otra parte, se aclara la aplicación de los delitos de cohecho a los «funcionarios comunitarios o a los funcionarios miembros de otro Estado de la Unión» (nuevo art. 427), introduciendo una definición expresa de estos conceptos. También en este ámbito se prevé la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (art. 427.2), que la reforma extiende a los delitos de tráfico de influencias (art. 430).

Se adapta también la reforma a las exigencias de la OCDE sobre el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales previsto en el art. 445 del Código.

## II. JURISPRUDENCIA PENAL RELACIONADA CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL

### 1. Delitos de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos

La jurisprudencia penal del año 2009 nos deja un claro ejemplo de delito de prevaricación cometido en el ámbito de la actividad administrativa municipal. Es el caso resuelto en casación por la *STS núm. 284, de 13 de marzo (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Sánchez Melgar, RJ 2820)*. Rechazada por el Pleno del ayuntamiento de Cervelló un proyecto de compensación urbanística, el alcalde procedió a dictar decreto dándolo por aprobado por silencio positivo. En la resolución hizo constar la falta de decisión expresa por parte del Pleno. Para el Tribunal Supremo, concurren todos los requisitos del delito de prevaricación, pues:

«[...] la conducta denunciada ha sido realizada por el alcalde de una Corporación Municipal, esto es, una autoridad administrativa, dictando el decreto ya citado, lo que supone la intervención en asunto administrativo, por tratarse de la resolución de un proyecto de Compensación de naturaleza urbanística. Tal actuación ha sido contraria a Derecho, por la simple razón que tal resolución administrativa aplica la teoría de los actos presuntos de la Administración, y concretamente en este caso, otorgando los efectos del silencio administrativo positivo, bajo la apariencia de que la Corporación municipal no había resuelto de forma expresa, por lo que decidió conceder la aprobación de tal proyecto, “pese a tener perfecta constancia de que los dos acuerdos antes indicados no habían obtenido el voto favorable del Pleno Municipal” (hechos probados) [...]».

El alto tribunal mantiene igualmente la condena de instancia por delito de falsedad del art. 390.1.4.º (falsedad ideológica), rechazando que la acumulación al delito de prevaricación apreciado vulnera el principio *non bis in idem*. En este caso se excede de la vocación ordinaria del delito de prevaricación, en el que la resolución injusta tiende a plasmarse por escrito, pues se hacen constar deliberadamente en la resolución hechos contrarios a la verdad, fundamentalmente la falta de pronunciamiento del Pleno municipal sobre el proyecto presentado.

Por el contrario, la falta de claridad, y la consiguiente sospecha de decisionismo «intuitivo» en materia de prevaricación es apreciable en la *STS núm. 723, de 1 de julio (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Ramos Gancedo, RJ 4352)*. La acusación atribuye

el delito en este caso a un decreto de un alcalde que, según parece desprenderse de los hechos probados —bastante confusos— y de los razonamientos jurídicos —tampoco excesivamente claros en este punto—, avocándose competencia por razón de urgencia, había ordenado la incoación de procedimiento de revisión de oficio de un decreto anterior que declaraba la compatibilidad de una actividad profesional privada de un funcionario de la corporación. El decreto del alcalde reputado delictivo había dispuesto igualmente la suspensión durante la tramitación del expediente de revisión de la eficacia de la resolución revisada.

La acusación particular, en representación del funcionario afectado y sosteniendo el recurso de casación ante el Tribunal Supremo frente a la sentencia de instancia absoluta, mantuvo que la resolución dictada por el alcalde era constitutiva del delito de prevaricación. Consideraba el recurrente que existían dos causas de abstención deliberadamente ignoradas por el acusado: la pendencia de una causa penal entre el alcalde y el funcionario afectado y la enemistad manifiesta entre ambos. Además, una sentencia contencioso-administrativa posterior había declarado la nulidad del decreto por falta de competencia, al parecer por estimar que no concurrían realmente los motivos de urgencia invocados por el alcalde.

La Sentencia del Tribunal Supremo que desestima el recurso de casación se adscribe a la línea jurisprudencial tradicional de la Sala 2.<sup>a</sup>, que exige la especial cognoscibilidad de la ilegalidad de la resolución dictada. En este caso, el Tribunal sostiene que el Código Penal de 1995 ha separado más claramente que la legislación criminal precedente los elementos constitutivos de los tipos de prevaricación administrativa y de prevaricación judicial. Para la primera modalidad delictiva, el texto punitivo vigente exige que se dicte una resolución «arbitraria», mientras que la segunda sólo requiere que la decisión adoptada sea «injusta». La diversidad de adjetivos justifica, según razona la sentencia, que la infracción normativa propia de la prevaricación del funcionario deba ser tildada de patente, clamorosa o incluso «estruendosa». No debe, por tanto, llevar a error la lectura completa del fundamento jurídico cuarto de la resolución. Aunque el Tribunal Supremo recoge en este fundamento la última jurisprudencia recaída en relación con el art. 404, que pone de relieve la diversidad conceptual de la «arbitrariedad» de la resolución contenida en el precepto penal vigente y la «injusticia» que venía exigiendo el precedente art. 358 del Código de 1973, lo cierto es que la sentencia aludida aplica sencilla y llanamente el canon de la patente cognoscibilidad. De este modo, cuando el Tribunal rechaza la existencia de prevaricación en el caso concreto, afirma que:

«Se precisa una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria».

Por otra parte, la Sala 2.<sup>a</sup> reafirma en esta resolución el criterio sentado en la *Sentencia 189/2008, de 25 de abril (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Julián Sánchez Melgar, RJ 1855)* —a la que se hizo mención en el informe del año anterior—, conforme al

cual la sola infracción del deber de abstención no puede ser determinante del delito de prevaricación, puesto que tal ilegalidad:

«[...] 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».*

El Tribunal rechaza igualmente que pueda apreciarse el delito de prevaricación en el acuerdo de la Comisión de Gobierno que había acordado la incoación de procedimiento sancionador por posible violación de la incompatibilidad cautelarmente reactivada. La Sala estima que la «resolución» exigida por el tipo del art. 404 ha de ser un acto administrativo decisorio, y considera que el aludido acuerdo era un mero acto de trámite no susceptible de esta catalogación, puesto que del mismo no se derivaba consecuencia sancionadora alguna.

La misma interpretación del concepto de «resolución» lleva al Tribunal Supremo en la *Sentencia núm. 586, de 1 de junio (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Delgado García, RJ 3526)*, a anular una condena de la que se dio noticia en el informe del año precedente. Se trata de la SAP de Las Palmas —Secc. 2.ª— 53/2008, de 18 de abril (JUR 244455). El tribunal provincial había dado por probado que el alcalde, conociendo que dos de los concejales que habían pedido la convocatoria de un pleno extraordinario no habían sido debidamente notificados, había procedido a su celebración urgente —sin motivo suficiente—, impidiendo así a los dos afectados participar en la sesión. Consideró la Audiencia indiferente que el resultado de la votación no hubiera variado de haber asistido al acto los dos concejales, pues lo esencial era que se les había impedido de forma arbitraria el ejercicio de su derecho a la participación política recogido en el art. 23 CE. Impuso el tribunal provincial la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público electo o de designación política.

El Tribunal Supremo entiende, en cambio, que esta irregularidad administrativa no justifica la aplicación del tipo penal, puesto que, en opinión de los magistrados, el acto administrativo no tenía contenido resolutorio:

«Hemos de considerar que, desde luego, esa decisión del alcalde acusado, por la que acordó que se celebrara el pleno extraordinario y urgente del ayuntamiento de Santa Brígida, que había convocado para las dieciséis horas de ese 2 de diciembre de 2004, no es el acto administrativo con el que finalizó el expediente relativo a ese pleno extraordinario, sino un mero “acto de trámite” de ese expediente que finalizó después en esa

misma tarde mediante el rechazo de la moción presentada por el referido grupo de cinco concejales».

En consecuencia, el alto tribunal revoca la condena y absuelve al alcalde acusado.

El concepto de resolución es clave también en la *Sentencia 405, de 13 de abril (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Marchena Gómez, RJ 2948)*, que considera como mero acto de trámite la «nota informativa» del director de Urbanismo del ayuntamiento de Vitoria, en la que proponía la alteración al alza del precio de venta de viviendas municipales de protección oficial.

Por su parte, en la *Sentencia núm. 562, de 28 de mayo (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Martínez Arrieta, RJ 3516)* la absolución se fundamenta en la defectuosa resolución condenatoria de instancia, incapaz de individualizar las normas jurídicas infringidas por el funcionario. Para el Tribunal Supremo:

«Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar. El hecho probado no refiere qué norma ha sido aplicada arbitrariamente, ni el concreto hecho que supone la arbitrariedad típica de la prevaricación. El recurrente [...] denuncia que la ausencia en el hecho probado y en la fundamentación de la norma infringida le supone indefensión al no poder cuestionar la subsunción de la sentencia al no declarar el precepto infringido ni los presupuestos fácticos sobre los que actuó el acusado al otorgar la licencia [...]».

Por otra parte, en el informe del año anterior se hizo referencia a la *SAP de Madrid —Secc. 4.ª—, núm. 60, de 7 de mayo de 2008 (JUR 186857)*. En 2009 se ha resuelto el recurso de casación interpuesto contra la resolución provincial aludida a través de la *STS 1026, de 16 de octubre (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Soriano Soriano, RJ 5994)*. La Audiencia de Madrid había enjuiciado las posibles conductas criminales relacionadas con el proceso de enajenación parcial de los títulos de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios. La sentencia provincial contenía un muy prolijo relato fáctico que se apoyaba en una extensa y detallada motivación de los hechos probados. Finalmente, condenaba 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, consideraba la sentencia de la Audiencia que había hecho caso omiso de la advertencia de los órganos técnicos acerca del verdadero contenido de la oferta de la empresa seleccionada y en relación al 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 había propuesto como adjudicataria del concurso a la empresa en cuestión, causando un grave perjuicio a los intereses públicos, según había estimado la sentencia del Tribunal provincial.

Los magistrados de la Audiencia consideraron que el carácter no vinculante del informe de la Intervención General no excluía la actuación prevaricadora, pues su

contenido dejaba bien clara la incompatibilidad de la opción seguida por el acusado con el interés general. Se reconocía, no obstante, una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, puesto que los hechos enjuiciados acaecieron en 1992. Esto supuso la imposición de una pena realmente nimia de dos años y un día de suspensión de cargo público. Los demás acusados resultaron absueltos, al considerar el tribunal que su conducta era subsumible en un delito de tráfico de influencias que había quedado prescrito.

El Tribunal Supremo rechaza los motivos casacionales invocados por la defensa del acusado —tres de ellos relativos a supuestos errores de valoración probatoria, otro aduciendo violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y otros tres denunciando la errónea aplicación del tipo de prevaricación administrativa aplicable a la fecha de los hechos (art. 358 del Código de 1973)—. Las impugnaciones de Derecho material sirven a la Sala para repasar los elementos fundamentales del tipo penal aludido. El recurrente afirmaba que se había violado la jurisprudencia derivada del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.<sup>a</sup> de 30 de junio de 1997, que admite la posibilidad de prevaricación en comisión por omisión siempre que resulte imperativo realizar una concreta actuación administrativa. La Sala pone de manifiesto que las diversas omisiones imputables al acusado fueron seguidas por una resolución expresa que, condonando a la deuda, suponía la contravención directa y activa de las normas aplicables, determinando la aplicación de la modalidad ordinaria del delito de prevaricación.

También se rechaza la falta de concurrencia del elemento subjetivo, el conocimiento de la injusticia de la resolución. Para la Sala, la posible voluntad del acusado de concluir un proceso de adjudicación que consideraba ventajoso para los intereses públicos no podía ocultar el manifiesto «beneficio injusto que atribuía a un tercero, ilegal a todas luces», sobre todo a la vista de los informes técnicos que ponían de manifiesto la improcedencia de la decisión adoptada.

De mayor interés son los argumentos de las acusaciones. La Audiencia de Madrid había absuelto a dos de los acusados por considerar que su asesoramiento al teniente de alcalde había sido superfluo. El tribunal provincial había estimado que la actividad persuasiva desplegada por éstos había sido, en todo caso, constitutiva de un delito de tráfico de influencias ya prescrito. Las acusaciones defendieron en casación la calificación de estas conductas como cooperación necesaria al delito de prevaricación. La Sala 2.<sup>a</sup> recuerda en la sentencia los dos requisitos que viene exigiendo para apreciar la cooperación necesaria: *a)* el subjetivo, consistente en el acuerdo o concierto, previo o coetáneo a la acción, que puede consistir incluso en la tácita aquiescencia en el momento de realización del hecho delictivo, y *b)* el objetivo, que se materializa en una contribución efectiva y real a la realización del delito, con trascendencia tal que pueda ser calificada de «imprescindible». Descarta el Tribunal que el *factum* de la sentencia de instancia contenga elementos suficientes para entender como cooperación necesaria la conducta de los acusados absueltos. No obstante, no llega a la misma conclusión respecto a la simple complicidad (cooperación no necesaria), poniendo de manifiesto la relevancia del

asesoramiento realizado por uno de los acusados, al que consecuentemente condena en segunda sentencia como cómplice del delito de prevaricación.

Finalmente, siguiendo la tesis expuesta por la acusación popular, el alto tribunal considera que no ha prescrito el delito de tráfico de influencias atribuido a este mismo acusado. La Sala estima que el delito aludido conforma con la prevaricación una unidad indisoluble a efectos prescriptivos, de forma que, no prescrita la prevaricación, tampoco lo está el tráfico, dada la conexión instrumental entre los dos tipos en el caso concreto y la participación en ambos del acusado afectado.

Para concluir el apartado hay que hacer referencia a la *Sentencia núm. 511, de 14 de mayo (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Ramos Gancedo, RJ 4331)* en el que el delito de prevaricación aparece relacionado con la comisión de un delito electoral. Recurriendo en casación la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Cáceres, el Fiscal acredita ante el Tribunal Supremo mediante documentos que el alcalde acusado había incluido días antes de las elecciones municipales de forma fraudulenta a nueve personas en el padrón de residentes a efectos de provocar la consiguiente alteración del censo electoral. La relevancia de la manipulación se advierte mejor teniendo en cuenta que el total de votantes en la localidad era 128. Frente a la argumentación del tribunal provincial, que atribuía estas disfunciones a la mera dejación de los funcionarios municipales, el Tribunal considera que:

«Una valoración mínimamente racional de este cúmulo de datos pone de manifiesto que el empadronamiento de estas nueve personas a las que se refiere el fiscal, excede con mucho de esa “cierta dejación” en la llevanza de los expedientes de empadronamiento por parte de los dos funcionarios municipales encargados de esta función (uno de los cuales era, precisamente, la hija del alcalde), que tampoco requirieron a los interesados la documentación legalmente exigida a tal fin [...] teniendo en cuenta el directo interés del alcalde en el resultado de las elecciones a las que se presentaba, y que finalmente autorizó con su firma la reclamación de esas personas —irregularmente empadronadas— para ser incluidas en el censo ya cerrado para que pudieran emitir su voto; estima esta Sala que una valoración unitaria de todo ello, desde las máximas más elementales del pensamiento crítico, del sentido más primario de la lógica de los hechos y de las enseñanzas de la experiencia acumulada en esta clase de actuaciones, conduce inexorablemente a un juicio de inferencia de la culpabilidad del alcalde acusado, como la persona que urdió el proyecto y adoptó las medidas necesarias para que fueran ilegalmente empadronadas al menos nueve personas y, con ello, alterar el censo electoral de manera fraudulenta, siendo esta conducta perfectamente subsumible en el art. 139.1 LOREG».

## 2. Delitos de cohecho y malversación

En el ámbito del cohecho destaca la *Sentencia núm. 1149, de 26 de octubre (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Maza Martín, RJ 5998)*. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó en instancia a dos funcionarios municipales del Instituto Municipal de Hacienda. Con anterioridad a la realización de los hechos ambos acusados habían estado

destinados en el departamento encargado de las plusvalías. Los dos habían cambiado de destino antes de la fecha de los hechos objeto de acusación. A cambio de sumas de dinero entregadas por tres particulares que resultaron también condenados, los funcionarios utilizaron claves informáticas de otros compañeros para acceder al programa de gestión de las plusvalías y alterar la fecha de adquisición de determinados inmuebles a efectos de reducir el importe de la liquidación de la cuota tributaria a ingresar en las arcas municipales.

Los condenados alegaban en casación la indebida aplicación del art. 419 del Código Penal argumentando que, al no estar formalmente destinados en el servicio que gestionaba las plusvalías, no concurría en ellos el requisito típico de realización «en el ejercicio del cargo» del acto comprometido con los corruptores. La Sala desestima este argumento conforme a su doctrina jurisprudencial consolidada, que entiende que requisito de «ejercicio del cargo» ha de interpretarse como mera conexión del acto pretendido con las actividades públicas que se desempeñan. Basta, por tanto, que las funciones ejercidas determinen una mayor facilidad para conseguir la actuación determinante del cohecho, sin que sea preciso que su realización se encuentre entre las específicas competencias del funcionario corrupto. El Tribunal llega sin embargo a la conclusión contraria en relación al delito de falsedad documental, por el que había recaído igualmente condena en instancia. Considera que el tipo agravado contenido en el art. 390 del Código para el funcionario público sí requiere que éste actúe en el área de sus concretas atribuciones. De este modo, revoca la previa condena y aplica en su lugar el precepto relativo a los particulares (art. 392) y la agravante séptima del art. 22, pues entiende que la facilidad de acceso derivada de la condición de funcionario del ente se subsume en la circunstancia de prevalimiento del carácter público.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo absuelve a uno de los dos funcionarios condenados al apreciar vulneración del derecho a la presunción de inocencia por fundamentarse la condena de instancia exclusivamente en la declaración de dos coimputados.

Igualmente prototípico del delito cohecho es el caso resuelto por la *Sentencia núm. 719, de 30 de junio (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Delgado García, RJ 4915)*. Prescindiendo de los detalles —bastante interesantes, por otra parte— de los hechos probados, el aparejador municipal del ayuntamiento de Madrid había aceptado la cantidad de veinte millones de pesetas por informar favorablemente la solicitud de licencia realizada por la compañía SEAT para la remodelación de dos edificios que habían quedado sin uso después del traslado de la sede social de la entidad a la ciudad de Barcelona. La sentencia de instancia absolvió al considerar prescrito el delito imputado. El fiscal consideraba que el cohecho imputado encajaba en la modalidad de realización de un «acto injusto» —lo que implicaba un plazo prescriptivo mayor en razón de la pena señalada—. En cambio, la sentencia de instancia concluyó que se había pactado la realización de un «acto no prohibido».

El Tribunal Supremo mantiene el criterio de la Audiencia; considera que el acto realizado por el funcionario era de carácter reglado y que no había quedado acreditada

ilegalidad alguna en su contenido, por lo que el cohecho debía subsumirse en la modalidad menos penada y, por tal motivo, la declaración de prescripción era correcta.

Finalmente, ya en materia de malversación, cabe citar la *Sentencia núm. 14, de 23 de enero (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Andrés Ibáñez, RJ 439)*; confirma la condena de instancia a un alcalde que cobraba en su propio beneficio cheques teóricamente destinados al pago de deudas municipales, confeccionando facturas ficticias para justificarlo. El alto tribunal se limita a anular la sentencia de instancia en lo relativo a los gastos de kilometraje, manteniendo la esencia de la resolución condenatoria, incluidas las penas correspondientes. No se hacen en este caso impugnaciones de fondo que merezcan reseña en este informe, siendo todas las cuestiones planteadas de carácter probatorio.



# INFORMES DE AYUNTAMIENTOS



---

# Reserva de puestos de trabajo a funcionarios con habilitación de carácter estatal en el Ayuntamiento de Madrid

*Ayuntamiento de Madrid*<sup>1</sup>

El objeto del presente informe se centra en el análisis de la reserva de puestos de trabajo a funcionarios con habilitación de carácter estatal, en particular, en el ámbito del ayuntamiento de Madrid.

## I. RÉGIMEN LOCAL GENERAL

La *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local* (en adelante LBRL), en su redacción inicial, contenía en el capítulo II de su título VII determinadas disposiciones comunes a los funcionarios de carrera. En concreto, su art. 92 se refería a los entonces denominados funcionarios con habilitación de carácter nacional [ahora funcionarios con habilitación de carácter estatal, tras la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* (en adelante EBEP)]. Así, sus apartados 3 y 4 señalaban:

«3. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional:

*a)* La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

*b)* El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación.

4. La responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podrá ser atribuida a miembros de la Corporación o funcionarios sin habilitación de carácter nacional, en aquellos supuestos excepcionales en que así se determine por la legislación del Estado».

De acuerdo con este precepto las funciones de secretaría y de control y fiscalización interna quedaban reservadas, en todo caso, a este colectivo, pues respecto al resto

---

<sup>1</sup> Este informe ha sido redactado por la Dirección General de Organización y Régimen Jurídico, Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública.

(contabilidad, tesorería y recaudación) podían establecerse excepciones por la legislación estatal.

En este mismo sentido, el *Real Decreto-Legislativo 781/1986, de 18 de abril*, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (en adelante, TRRL), en sus arts. 161 a 165, ahora derogados por el EBEP, establecía que los puestos de secretaría, intervención y tesorería estarían reservados a estos funcionarios.

Respecto de la función de tesorería vuelve a hacer mención (art. 164.2) a la posibilidad que corresponde al legislador estatal de exceptuar esta reserva a favor de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, recogida en el art. 92.4 LBRL, a la que ya hemos hecho referencia.

Esta última previsión, sin embargo, no ha sido impedimento para que se suscribiera un *convenio de colaboración* entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT) y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) para la recaudación en vía ejecutiva de los tributos de las entidades locales por parte de la AEAT, suscrito el *15 de abril de 2003* entre el ministro de Hacienda, el presidente de la AEAT y la presidenta de la FEMP.

Este convenio permite que la función recaudatoria en vía ejecutiva de los tributos de las entidades locales pueda ejercerse por la AEAT. Conforme a las cláusulas de este convenio, la AEAT asume:

- Notificar la providencia de apremio y realizar las actuaciones del procedimiento de apremio encaminadas al cobro de las deudas.
- Resolver las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento presentadas una vez notificada la providencia de apremio.
- Resolver las tercerías que puedan promoverse en el procedimiento de apremio.
- Resolver los recursos de reposición interpuestos contra actos dictados por los órganos de recaudación de la Agencia Tributaria, así como tramitar y resolver las solicitudes de suspensión de dichos actos.
- Defender los derechos de cobro relativos a los recursos objeto del Convenio que se hallen sujetos a proceso concursal, en aquellos casos en que las deudas tributarias de las entidades locales se encuentren cargadas en las bases de datos de la Agencia Tributaria.
- Adoptar las medidas cautelares en los términos previstos en la Ley General Tributaria.
- Ejecutar las garantías conforme a lo establecido en el art. 74 del actual Reglamento General de Recaudación (art. 111 del anterior).

Esta «traslación» en la gestión de tareas correspondientes a la función recaudatoria se produce sin que exista la obligación correlativa por parte de la AEAT de proveer los puestos de trabajo para la realización de estas funciones con funcionarios habilitados de carácter estatal.

Por su parte, el *EBEP* deroga el art. 92 LBRL y establece una nueva regulación en su disposición adicional segunda respecto de las funciones reservadas a los funcionarios con habilitación de carácter estatal, cuyo apartado 1.2 señala:

«1.2. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter estatal:

- a) La de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.
- b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación».

Como puede verse, la redacción, en este extremo, es idéntica a la del derogado art. 92.3 LBRL.

## II. RÉGIMEN ESPECIAL DE MUNICIPIOS DE GRAN POBLACIÓN

La *Ley 57/2003, de 16 de diciembre*, de medidas para la reforma del gobierno local, entre otras cuestiones, introduce un título X en el texto de la LBRL (arts. 121 a 138), referido al «régimen de organización de los municipios de gran población».

Respecto de la reserva de funciones en estos municipios a funcionarios con habilitación de carácter nacional se indica que quedan expresamente reservados los siguientes puestos de trabajo:

- El secretario general del Pleno (art. 122.5 *in fine*).
- El titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local (art. 126.4).
- El titular del órgano responsable del control y de la fiscalización interna (art. 136.3).
- El titular del órgano u órganos que tengan atribuidas las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación (art. 134.2).

Por último cabe citar también la disposición adicional undécima de la LBRL, introducida por la *Ley 57/2003*, que señala que «las disposiciones contenidas en el título X para los municipios de gran población prevalecerán sobre las demás normas de igual o inferior rango en lo que se opongan, contradigan o resulten incompatibles».

Así pues, el título X será de aplicación preferente para esta categoría de municipios sobre el resto de preceptos de la LBRL y del TRRL. El *EBEP*, por su parte, no introduce ninguna modificación en el régimen aplicable a los municipios de gran población.

## III. LEY 22/2006, DE 4 DE JULIO, DE CAPITALIDAD Y DE RÉGIMEN ESPECIAL DE MADRID (EN ADELANTE LCREM)

Al amparo del régimen de los municipios de gran población, expuesto en el apartado anterior, en la ciudad de Madrid quedaban reservados *ex lege* al colectivo de funcionarios

con habilitación de carácter estatal los puestos que se correspondían con la Secretaría General del Pleno, la Oficina del Secretario de la Junta de Gobierno, la Intervención General, la Tesorería y el titular del órgano que desempeñase las funciones de recaudación.

Posteriormente, la LCREM, con carácter de legislación básica y especial, desarrolla el tratamiento legal específico derivado de las singularidades de la ciudad de Madrid para hacer posible un gobierno municipal más eficaz, dando continuidad a las previsiones establecidas al respecto tanto por el texto constitucional como por el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

En este contexto, la reserva *ex lege* a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional queda claramente circunscrita en la LCREM a la Secretaría General del Pleno (art. 13.1 *in fine*), la Intervención General (art. 23.2) y la Tesorería (art. 24.2). Por su parte, el art. 26, en términos similares al art. 135 LBRL, aplicable a los municipios de gran población, prevé la creación de un ente autónomo de gestión tributaria, al que le corresponderá ejercer la función de recaudación, respetando, en su caso, lo dispuesto en la legislación básica en materia de gobierno y administración local. El apartado 3.º de este mismo artículo dispone que «la función de recaudación se ejercerá por el titular del ente de gestión tributaria, así como por los funcionarios adscritos al mismo de acuerdo con las disposiciones que, en su caso, se adopten». Ninguna referencia se hace, por tanto, a que el titular del ente de gestión tributaria, al que también corresponde ejercer la función recaudatoria, deba ostentar la condición de funcionario con habilitación de carácter nacional.

Por otra parte, la función contable se atribuye en el art. 23.1 a la Intervención General, a la que corresponderá también la función de control interno de la gestión económica y financiera del sector público municipal. Ambas funciones serán ejercidas por un funcionario con habilitación de carácter nacional como titular de aquel órgano, de acuerdo con el ya mencionado art. 23.2.

A efectos ilustrativos, merece la pena poner en conexión lo afirmado hasta aquí con el contenido que tenía el Proyecto de LCREM respecto de estos órganos y las vicisitudes habidas durante el transcurso de su tramitación parlamentaria.

Así, el proyecto contemplaba la posibilidad de que los puestos de Intervención General y Tesorería pudieran ser provistos por funcionarios del grupo A de cualquier Administración Pública, propuesta que fue objeto de enmienda en el Congreso de los Diputados (Grupos parlamentarios Socialista y Popular), estableciéndose la reserva a favor del colectivo de funcionarios objeto de este informe.

La regulación contenida en el proyecto de LCREM respecto de la Intervención y Tesorería pretendía fundamentalmente que se aplicaran unas reglas similares a la de este tipo de órganos en el ámbito estatal y autonómico, sin específica reserva a cuerpo o escala alguna. Recordemos que según el Real Decreto 1127/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda,

el titular de la Intervención General del Estado tiene rango de subsecretario de Estado, lo que determina que los requisitos de nombramiento sean los previstos en el art. 15.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente). Del mismo modo lo establecía con anterioridad el Real Decreto 1552/2004, de 25 de junio.

Igualmente, el art. 4 del Decreto 114/2004, de 29 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda, atribuye al interventor general de la Comunidad de Madrid el rango de viceconsejero. En este sentido, el art. 44 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid establece que los viceconsejeros sean nombrados por Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta del consejero correspondiente, sin establecer requisitos específicos para su nombramiento. Este planteamiento no ha variado en el Decreto 115/2008, de 24 de julio, por el que se modifican las competencias y estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda, que no sólo mantiene las características del interventor general, sino que incluso crea la Intervención Central, también con consideración de alto cargo, y sin reserva de dicho puesto a un cuerpo específico de funcionarios.

En la tramitación parlamentaria del Proyecto en el Congreso el Grupo Parlamentario Mixto y el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds presentaron una enmienda que pretendía modificar el art. 26 («ente autónomo de gestión tributaria»), en su apartado 3.º, en el siguiente sentido: «Las funciones de recaudación quedan reservadas a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. Su nombramiento corresponderá a la Junta de Gobierno y la provisión de los puestos reservados a estos funcionarios se efectuará por los sistemas previstos en el art. 99 de la Ley 7/1958 (*sic*), de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, y en las disposiciones reglamentarias de desarrollo y requerirá, en todo caso, una previa convocatoria pública». El Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds reiteró su formulación en el Senado.

El diputado RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, en representación del Grupo Mixto, insistió en el debate de aprobación en el Pleno en la introducción de esa enmienda, siguiendo el mismo criterio que para la Intervención y la Tesorería. Cabe traer a colación algunos de los argumentos expuestos para la defensa de dicha enmienda<sup>2</sup>:

- «El personal funcionario al servicio de las entidades locales, como todos ustedes saben, se integra por sus funcionarios propios, seleccionados y formados por cada entidad local, y por los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, como se dice normalmente, y tiene reservado el ejercicio de ciertas funciones declaradas necesarias literalmente para la mejor

<sup>2</sup> Diario de sesiones del Congreso. Pleno y Diputación Permanente, año 2006, VIII Legislatura, núm. 175. Sesión plenaria núm. 164, celebrada el jueves, 11 de mayo de 2006.

garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función (...).

- «Esta reserva de funciones a favor de funcionarios —vuelvo a repetir— denominados de carácter nacional se asienta en dos aspectos fundamentales: la especialidad técnica y la garantía de independencia y objetividad en el ejercicio de sus funciones. La necesidad de contar con funcionarios dotados de una especial cualificación obedece, señorías, a una necesidad estructural de las organizaciones locales de determinadas funciones que, por su propia naturaleza, quedan reservadas a determinados funcionarios con un específico grado de formación (...).
- «Se debe garantizar, por otra parte, que hay independencia y objetividad en el ejercicio de sus funciones. Estos funcionarios no ejercen funciones propias de la ejecución de políticas públicas municipales, sino funciones más ligadas a una actividad de control de legalidad, de fiscalización, de manejo y custodia de caudales públicos y de recaudación.

Los ciudadanos perciben de una forma más positiva que quien ejerza este tipo de funciones tenga un perfil más institucional y menos sujeto a fluctuaciones políticas y todo ello se logra fundamentalmente mediante un régimen de selección, provisión y disciplina, que garantice esa independencia y objetividad.

La reserva de funciones a favor de un determinado cuerpo de funcionarios es una técnica conocida en todas las administraciones públicas, en especial cuando se trata de garantizar el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho. No parece por tanto razonable que la regulación de las funciones de secretaría, intervención, tesorería y recaudación en el ayuntamiento de Madrid se aparten del régimen común, del régimen de los municipios de gran población».

- «En consecuencia, con todo lo expuesto, cabe deducir que la existencia de los cuerpos de funcionarios de Administración local con habilitación que se denomina de carácter nacional es una garantía para la adecuada gestión y control de la actividad económico-financiera de las entidades locales, por lo menos tal como está estructurado hoy el Estado español. Otra cuestión es que la estructura del Estado español, consecuentemente con su carácter autonómico, adoptase el criterio de que no fueran funcionarios con habilitación denominada de carácter nacional, aunque sí deberían seguir manteniendo el resto de los requisitos que hay hoy en día, por lo menos según nuestro criterio. Entendemos que, al no existir estas razones, sería bueno que la ley tuviese coherencia en este aspecto».

Todos estos argumentos y, consecuentemente, la enmienda al art. 26.3 de la LCREM, fueron rechazadas por el legislador, mostrando su clara voluntad de no reservar las funciones de recaudación a un cuerpo específico de funcionarios. En cualquier caso, la independencia, imparcialidad y objetividad quedan garantizadas, ya que se presuponen con carácter general para todos los empleados públicos.

A mayor abundamiento, cabe reseñar que el citado título X de la LBRL establece en su art. 130 que, como regla general, «el nombramiento de los coordinadores generales, y de los directores generales deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de

las Comunidades Autónomas, de las entidades locales o funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente».

En esta misma línea, la LCREM tan sólo efectúa las reservas, ya indicadas, de la Secretaría General del Pleno (art. 13.1 *in fine*), la Intervención General (art. 23.2) y la Tesorería (art. 24.2). Por tanto, no hay reserva de otros puestos directivos a cuerpos, escalas o clases de funcionarios, sino que en su art. 21.2 se decanta por criterios objetivos de competencia profesional y experiencia para su nombramiento.

Aprobado el EBEP y en lo que afecta específicamente al ayuntamiento de Madrid, la LCREM resulta de aplicación preferente, en todo caso, frente a lo dispuesto en aquél, por su carácter ya señalado de ley básica especial, máxime cuando el propio EBEP no ha establecido ninguna especialidad o particularidad en esta materia.

De acuerdo con este esquema, la reciente modificación de los Estatutos del Organismo Autónomo Agencia Tributaria de Madrid, en virtud de Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (*BOAM* de 30 de diciembre), respeta la normativa vigente y concreta lo dicho hasta ahora cuando en sus arts. 14 y 16 establece para el director y el director adjunto su carácter directivo y que «el nombramiento deberá efectuarse entre funcionarios de carrera, respetando en todo caso lo dispuesto en el art. 21.2 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid».

#### IV. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto en los apartados anteriores, se puede concluir lo siguiente:

I. En el ayuntamiento de Madrid, de acuerdo con la LCREM, sólo se encuentran reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal los puestos de secretario general del Pleno, interventor general y tesorero (arts. 13.1, 23.2 y 24.2).

II. En el ayuntamiento de Madrid no cabe entender reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal los puestos relacionados con la función recaudatoria.

III. La LCREM, en cuanto ley básica y especial, es de aplicación preferente respecto de las demás disposiciones normativas en materia de gobierno y administración local.

Madrid, 12 de febrero de 2009.



---

# Posibilidad de redactar una ordenanza reguladora del empadronamiento que incluya un procedimiento sancionador

*Ayuntamiento de Madrid*<sup>1</sup>

Por la Dirección General de Estadística se remite a esta Dirección General consulta sobre la posibilidad de redactar una ordenanza que, en base al marco legal existente, regule el proceso de empadronamiento, contemplando, asimismo, un procedimiento sancionador para los incumplimientos de la misma, formulándose las siguientes consideraciones:

## I. ANTECEDENTES

Tal y como se afirma en el escrito de la Dirección General de Estadística, el Padrón municipal está básicamente regulado por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), y por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales. En ninguno de los textos citados se contempla un proceso sancionador para los incumplimientos de los ciudadanos en relación a sus obligaciones del padrón.

Por su parte, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regula los principios que ha de respetar la Administración pública en el ejercicio de la potestad sancionadora:

«Art. 127. Principio de legalidad.

1. La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local».

---

<sup>1</sup> Este informe ha sido redactado por la Dirección General de Organización y Régimen Jurídico, Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública.

«Art. 129. Principio de tipicidad.

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local».

Es preciso, pues, analizar en el ámbito local el contenido del citado título XI LBRL, introducido por la Ley 57/2003, de 26 de diciembre. Básicamente nos referiremos aquí a su art. 139:

«Art. 139. Tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias.

Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes».

Analizaremos por tanto si estos preceptos amparan el establecimiento de un procedimiento sancionador a través de una ordenanza municipal sin una ley previa que establezca el marco al que ceñirse.

## II. ANÁLISIS JURÍDICO

Para resolver la cuestión planteada en el punto anterior partiremos de los criterios expuestos por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2.<sup>a</sup>) en su Sentencia 215/2005, de 19 de febrero, recogiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional:

a) Esta cuestión ha de analizarse a la luz de la doctrina contenida en la *STC 132/2001, de 8 de junio*, que expresamente señala que desde la *STC 42/1987, de 7 de abril*, nuestro alto Tribunal viene declarando que el *art. 25.1 de la Constitución Española proscribe toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio*.

Esta doctrina ha sido luego pormenorizada y especificada para distintos supuestos de colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones. De esta forma se ha precisado, en relación con normas reglamentarias del Estado o de las Comunidades Autónomas, que la ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (SSTC 3/1988, de 21 de enero; 101/1988, de 8 de junio, y 341/1993, de 18 de noviembre).

Con una formulación más directa, la *STC 305/1993, de 25 de octubre*, indicó que el art. 25.1 de la Constitución Española obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamenta-

ria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley; esta declaración ha sido luego reiterada, entre otras, en la STC 6/1994, de 17 de enero.

Es claro que, con una u otra formulación, nuestra jurisprudencia viene identificando en el art. 25.1 de la Constitución una exigencia de tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones, correspondiendo al *reglamento*, en su caso, el *desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley*.

b) Ahora bien, esta doctrina está enunciada para definir la relación entre las leyes y los reglamentos, por lo que necesita de *ulteriores precisiones cuando se trata de definir la colaboración normativa de las ordenanzas municipales*.

En efecto, a fin de precisar el alcance de la reserva de ley sancionadora respecto de las ordenanzas municipales parece oportuno recordar lo ya dicho por el Tribunal Constitucional en relación con la reserva de ley para el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 de la CE), y en concreto para el establecimiento de tributos (art. 133 de la CE).

En la STC 233/1999, de 13 de diciembre, sobre la Ley de Haciendas Locales, se exponía una concepción flexible de la reserva de ley en relación con las tasas y los precios públicos locales y, por consiguiente, un amplio ámbito de regulación para las ordenanzas dictadas por los ayuntamientos. El ámbito de colaboración normativa de los municipios, en relación con los tributos locales, era mayor que el que podría relegarse a la normativa reglamentaria estatal.

Los datos normativos se consideraron entonces relevantes para llegar a aquella conclusión:

- Que las ordenanzas municipales se aprueban por un órgano —el Pleno del ayuntamiento— de carácter representativo [art. 22.2.d) LBRL].
- Que la garantía de la autonomía local (arts. 137 y 140 de la CE) impide que la Ley contenga una regulación agotadora de una materia —como los tributos locales— donde está claramente presente el interés local.

Con todo, la STC 233/1999 concluía que aquella concepción flexible de la reserva de Ley tributaria —en relación con las ordenanzas fiscales— no toleraba la renuncia de la Ley a todo encuadramiento normativo de la potestad tributaria local. Así, se ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del ayuntamiento, pero esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley.

Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a los municipios —conforme a la exigencia del art. 25.2 LBRL— no contiene en sí la autorización para que cada municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia.

No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por ordenanza municipal puede o debe ser castigada.

La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador. Del art. 25.1 de la CE derivan dos exigencias mínimas.

- En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos —ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de ordenanza municipal—, sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la hora de establecer los tipos de infracción.

- En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 de la Constitución Española deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada ordenanza municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica.

c) Se trata, pues, de *determinar si existe norma con rango de ley que haya fijado un criterio de antijuridicidad* conforme al cual el ayuntamiento de Madrid pueda establecer como sancionable el incumplimiento de determinadas obligaciones en materia del Padrón Municipal.

La exposición de motivos de la anteriormente citada Ley 57/2003, de 16 de diciembre de 2003, señala que el nuevo título XI de la LBRL viene a tratar un aspecto ineludible del régimen jurídico de las entidades locales, al regular la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias.

Se trataba, por tanto, de colmar la laguna legal existente en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentren apoyatura en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina establecida por la STC 132/2001, de 8 de junio.

Por tanto, la ley respeta y reconoce el principio de legalidad pero establece una serie de criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones, doctrina ésta elaborada por la propia STC citada.

Los *criterios mínimos de antijuridicidad se encuentran en el actual art. 139 LBRL*, dedicado a la tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias y que

establece que para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes.

Los criterios en concreto se encuentran en el art. 140, que a su vez clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves, siendo muy graves las que supongan:

- Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.
- El impedimento del uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.
- El impedimento o la grave y relevante obstrucción al normal funcionamiento de un servicio público.
- Los actos de deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público.
- El impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.
- Los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles, no derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana.

Las demás infracciones se clasificarán en graves y leves, de acuerdo con los siguientes criterios:

- La intensidad de la perturbación ocasionada en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o actividades.
- La intensidad de la perturbación causada a la salubridad u ornato públicos.
- La intensidad de la perturbación ocasionada en el uso de un servicio o de un espacio público por parte de las personas con derecho a utilizarlos.
- La intensidad de la perturbación ocasionada en el normal funcionamiento de un servicio público.
- La intensidad de los daños ocasionados a los equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio o de un espacio público.

En definitiva, tal y como afirma la STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª) 2247/2006, de 15 de diciembre, la redacción dada al título XI sobre «Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias» por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre (normativa que tiene el carácter de básica, en virtud de las competencias atribuidas al Estado en el art.149.1.18.º de la

Constitución), ha dado una *cobertura legal genérica a todas las ordenanzas municipales siempre que respeten las limitaciones establecidas en los arts. 139, 140 y 141 de la citada LBRL o las establecidas en la legislación sectorial.*

De esta forma, con la nueva regulación el principio de legalidad en materia sancionadora en el ámbito normativo de las Corporaciones locales ha pasado de necesitar una específica vinculación positiva, es decir, una participación del legislador sectorial (estatal o autonómico) con la tipificación de las infracciones y sanciones para que los entes locales puedan imponer sanciones, a una *vinculación negativa* que implica que las Administraciones locales podrán imponer sanciones siempre que respeten el contenido establecido en los nuevos arts. 140 y ss. LBRL y en la legislación sectorial (tanto estatal como autonómica).

En este sentido, y por último, habrá que tener en cuenta que el art. 141 LBRL establece como *límites de las sanciones económicas* si son muy graves hasta 3.000 euros, si son graves hasta 1.500 euros y leves hasta 750 euros, cuantías que no podrán superarse en la ordenanza que se pudiera elaborar.

### III. CONCLUSIONES

a) La LBRL ofrece cobertura legal genérica a todas las ordenanzas municipales siempre que respeten las limitaciones establecidas en los arts. 139, 140 y 141 de la citada LBRL o las establecidas en la legislación sectorial.

b) Cabe entender que las infracciones en materia de Padrón Municipal encajan en la previsión del art. 139 LBRL: «...adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos...».

c) Se puede concluir, por tanto, que es posible la regulación de un procedimiento en materia de empadronamiento en el ayuntamiento de Madrid, contemplando, asimismo, un procedimiento sancionador para sancionar sus incumplimientos.

Madrid, 24 de noviembre de 2009.

---

# Cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria en la aprobación de la liquidación del presupuesto de 2008 del Ayuntamiento de Majadahonda y entidades dependientes

*Ayuntamiento de Majadahonda*<sup>1</sup>

El presente informe se emite en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 16.2 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales.

## **I. NORMATIVA BÁSICA APLICABLE**

LRBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

TRLHL: Texto Refundido de Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de mayo.

RDP: Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el capítulo I del título VI de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales.

ICAL(n): Instrucción del Modelo Normal de Contabilidad Local, aprobada por Orden EHA/4041/2004, de 23 de noviembre.

LGP: Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

TRLGEP: Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por RDL 2/2007, de 28 de diciembre.

RLGEP: RD 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el desarrollo de la LGEP, en su aplicación a las entidades locales.

---

<sup>1</sup> Este informe ha sido redactado por Julio Prinetti Márquez, Interventor del Ayuntamiento.

## **II. OTRAS DISPOSICIONES Y DOCUMENTOS DE REFERENCIA O DE APLICACIÓN**

SEC-95: Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, constituido como norma jurídica obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable a todos los Estados miembros de la Unión Europea por el Reglamento (CE) 2223/96, de 25 de julio de 1996.

MANUAL SEC-95: Manual de cálculo del déficit en Contabilidad Nacional adaptado a las Corporaciones Locales (1.ª ed.), confeccionado por la Intervención General del Estado en el marco de las actuaciones previstas en el «Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos sobre mejora en la transparencia en el ámbito de la información económica y estadística proporcionada por el Gobierno».

## **III. SUJECIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES AL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA**

Según el art. 3.1 del TRLGEP, las entidades locales, los organismos autónomos y los entes públicos dependientes de aquéllas que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, «se sujetarán al principio de estabilidad presupuestaria en los términos establecidos en el art. 19 de la Ley».

En este sentido, el art. 19.3 de la mencionada ley establece que «El resto de las entidades locales<sup>2</sup>, en el ámbito de sus competencias, ajustarán sus presupuestos al principio de estabilidad presupuestaria entendido como la situación de equilibrio o de superávit en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC-95)».

## **IV. EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL OBJETIVO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA APROBACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL PRESUPUESTO**

El art. 4.1 del RGLGEP dispone que las entidades mencionadas en el apartado anterior «aprobarán, ejecutarán y liquidarán sus presupuestos consolidados ajustándose al principio de estabilidad» definido en el art. 19.3 del TRLGEP.

Dicho principio se entenderá cumplido, según el art. 15 del RLGEP, cuando las liquidaciones presupuestarias de las citadas entidades alcancen, una vez consolidadas, el equilibrio o superávit en los términos establecidos por el SEC-95.

---

<sup>2</sup> Para el caso del ayuntamiento de Majadahonda, al no estar comprendido en las entidades citadas en el art. 111 del TRLHL, el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria se define en este artículo.

Por otro lado, el resto de entidades dependientes de la entidad local matriz no incluidas en las que se han citado anteriormente, entre las que están aquellas que prestan servicios o producen bienes financiados mayoritariamente por ingresos de mercado, tendrán igualmente que cumplir el objetivo de estabilidad, individualmente consideradas, es decir sin formar parte del grupo de consolidación previsto en el apartado anterior, aprobando sus respectivas cuentas de pérdidas y ganancias en situación de equilibrio financiero.

## V. EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL OBJETIVO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA LIQUIDACIÓN DEL PRESUPUESTO DEL AYUNTAMIENTO DE MAJADAHONDA PARA 2008 Y DE LAS ENTIDADES DEPENDIENTES DEL MISMO

### 1. Entidades sujetas al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria

Para la aplicación a las entidades locales de los criterios para la evaluación del objetivo de estabilidad presupuestaria, el art. 1 del RLGEP prevé la existencia de un Inventario de Entes del Sector Público Local, formado y gestionado por la Dirección General de Coordinación Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda, donde deben figurar todas las entidades locales y los organismos y demás entes dependientes de ellas, clasificadas según los criterios establecidos en el art. 2 del mencionado Reglamento.

Consultado dicho Inventario, los datos que en él aparecen referidos al ayuntamiento de Majadahonda contienen numerosos errores y no reflejan la situación actual. Hay que decir que este ayuntamiento no ha comunicado a la citada Dirección General las modificaciones necesarias para corregir dichos datos en el plazo establecido para tal fin, por problemas en la transmisión telemática de los mismos.

Por tanto, en este informe se intentará clasificar los entes dependientes del ayuntamiento de Majadahonda, de acuerdo con lo dispuesto en el citado art. 2 del RLGEP, así como estudiar la naturaleza y actividad de los mismos a los efectos de la evaluación del objetivo de estabilidad.

De acuerdo con lo que se expone en el apartado 4.º del presente informe, los distintos grupos de consolidación que, según el RLGEP, hay que tener en cuenta para la evaluación del cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria pueden no coincidir con el estado de consolidación del Presupuesto General del ayuntamiento que, en virtud del art. 166 del TRLHL, debe unirse como anexo en el expediente de aprobación del mismo y que, como consta en el informe de Intervención de 22 de diciembre de 2008, incluye las siguientes entidades:

- El Presupuesto del ayuntamiento.
- El Presupuesto del Organismo Autónomo «Patronato Monte del Pilar».

— El estado de previsión de gastos e ingresos de la Sociedad Anónima de capital íntegramente municipal «Patrimonio Municipal de Majadahonda, S. A.». (PAMMASA).

Los presupuestos de las entidades anteriores solamente formarán parte del grupo de consolidación previsto en el art. 4.1 del RLGEP si cumplen las condiciones establecidas en dicho precepto y en el art. 2 de ese Reglamento y que se detallan en el Manual SEC-95.

Por otro lado, debe estudiarse la inclusión en el mencionado grupo de aquellas entidades en las que participa este ayuntamiento, cuyos presupuestos no se incluyen en el Presupuesto General. En este sentido, consta en la memoria de la Cuenta General del ejercicio 2007 la participación de este ayuntamiento en las siguientes entidades:

— Instituciones sin fines de lucro participadas [art. 2.1.e) RGLEP]:

- Fundación Centro Internacional de Estudios Económicos y Sociales.

— Consorcios constituidos con otras Administraciones públicas [art. 2.1.f) RLGEP]:

- Consorcio deportivo y de servicios de la zona noroeste de Madrid.
- Consorcio televisión digital local Madrid noroeste.

— Las principales características de estas entidades se resumen en el siguiente cuadro:

<b>Nombre del Ente</b>	Ayuntamiento de Majadahonda	O. Aut. P. Monte del Pilar	Patrimonio M. Majadahonda, S.A. (PAMMASA)	C. Deportivo y Serv. Zona Noroeste de Madrid	C. Televisión Digital Local Madrid-Noroeste	Fundación Centro internacional de estudios económicos y sociales
<b>Tipo de ente</b>	Ayuntamiento	O. A. Administrativo	Sociedad mercantil 100% pública	Consorcio	Consorcio	Fundación
<b>Sede</b>	Majadahonda	Majadahonda	Majadahonda	Boadilla	Pozuelo de Alarcón	Majadahonda
<b>Provincia</b>	Madrid	Madrid	Madrid	Madrid	Madrid	
<b>Régimen contable</b>	Público	Público	Privado	Público	Público	Privado
<b>Finalidad principal</b>	—	Conservación y mejora del Monte del Pilar	Promoción y gestión de actividades urbanísticas	Gestión y promoción de servicios e instalaciones de deporte	Gestión del servicio público de televisión digital local	Investigación, formación y asesoramiento económico y social

<b>Participes</b>	—	—	Ayuntamiento de Majadahonda	Municipios de: Boadilla, Majadahonda, Pozuelo de Alarcón	Municipios de: Boadilla, Brunete, Majadahonda, Pozuelo de Alarcón, Las Rozas de Madrid, Villanueva de la Cañada, Villanueva del Pardillo, Villaviciosa de Odón	Ayuntamiento de Majadahonda, Fundación Caja Madrid, Fundación MAPFRE Estudios
<b>Porcentaje de participación</b>			100%	Sin información	Sin información	Sin información
<b>Ámbito territorial donde se desarrolla la actividad</b>	Municipio de Majadahonda	Municipio de Majadahonda	Municipio de Majadahonda	Municipios partícipes	Municipios partícipes	Territorio nacional y extranjero

## 2. Clasificación de las entidades a efectos del SEC-95

Los criterios de clasificación del Manual SEC-95 deben aplicarse a cada una de las entidades relacionadas en el apartado anterior, con independencia de su naturaleza jurídica y del concepto de Administración pública que pueda establecerse en nuestro ordenamiento jurídico. Dichos criterios imponen la verificación de una serie de características, respetando los siguientes pasos:

- Delimitación de unidades institucionales.
- Delimitación de unidades institucionales públicas.
- Delimitación de unidades institucionales públicas no de mercado.

### 2.1. Unidades institucionales

De acuerdo con el Manual SEC-95, todas las entidades dotadas de un estatuto que les confiera personalidad jurídica pueden considerarse unidades institucionales, en cuanto tienen autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal, además de disponer de contabilidad completa. Desde este punto de vista, todas las entidades citadas anteriormente tendrían la consideración de unidades institucionales.

## 2.2. Unidades institucionales públicas

En el SEC-95 tienen esta consideración todas las entidades delimitadas en el apartado anterior que adopten «forma de derecho público», refiriéndose tal circunstancia al grado de dependencia de la entidad matriz y no a la naturaleza jurídica de las mismas. Entre la variada nómina de entidades relacionadas en el citado art. 2 RLGP, en este concepto se incluyen los organismos autónomos y entidades públicas empresariales dependientes, las sociedades mercantiles y consorcios, siempre que cumplan las condiciones de participación, financiación y control de los órganos de gobierno establecidas por el citado precepto, así como, las instituciones sin fines de lucro participadas se considerarán *unidades institucionales públicas* cuando estén controladas o financiadas mayoritariamente por la entidad matriz o por entidad dependiente de la misma.

De acuerdo con estos criterios y tras examinar los estatutos o normas fundacionales de las entidades relacionadas en el apartado 5.1 de este informe, tienen la condición de unidades institucionales públicas:

- El Organismo Autónomo Patronato Monte del Pilar.
- La sociedad mercantil PAMMASA.

Quedarían excluidos en este apartado:

- La fundación Centro Internacional de Estudios Económicos y Sociales, en cuanto no se deduce de sus estatutos un control y financiación mayoritarios por parte de este ayuntamiento.
- El consorcio deportivo y de servicios de la zona noroeste de Madrid, por no tener este ayuntamiento una participación mayoritaria en el mismo ni control de sus órganos de gobierno.
- El consorcio televisión digital local Madrid noroeste, por no tener este ayuntamiento una participación mayoritaria en el mismo ni control de sus órganos de gobierno.

## 2.3. Unidades institucionales públicas no de mercado

Según el SEC-95, las entidades públicas que tengan como función principal redistribuir renta y riqueza y que ofrezcan a los ciudadanos bienes y servicios a título total o parcialmente gratuito son Administraciones públicas y, en sentido contrario, no se incluyen dentro de este concepto aquellas que vendan bienes o servicios percibiendo precios económicamente significativos, entendiéndose como tales aquellos que permitan cubrir al menos el 50 por 100 del coste de producción. La verificación del cumplimiento de este criterio, según el Manual SEC-95, requiere el análisis de lo siguiente:

*Actividad económica real que realiza sin atender a su forma jurídica:* Las entidades que realicen actividades públicas de redistribución de renta y riqueza, incluyendo sociedades mercantiles que realicen infraestructuras por mandato de la entidad se incluyen en este apartado. Sin embargo no se incluyen aquellas entidades públicas que realicen por cuenta propia una actividad comercial o empresarial como una entidad privada y reciban a cambio pagos que guarden relación con los bienes o servicios producidos. Considerando que uno de los cometidos de la sociedad mercantil PAMMASA, según sus estatutos, es la realización de infraestructuras urbanísticas por encomienda del ayuntamiento, todas las entidades no excluidas en el apartado anterior deberían estar incluidas aquí, de acuerdo con este criterio.

*Naturaleza de los ingresos que perciben:* Las entidades que no se incluyen en este apartado deben percibir ingresos por ventas al mercado, aunque tengan forma jurídica de tasas o precios públicos, que sean económicamente significativos, entendiéndose por tales aquellos que influyen significativamente en las cantidades que los productores están dispuestos a vender y los compradores a adquirir. Con este criterio resultaría dudosa la clasificación en este apartado de la sociedad mercantil PAMMASA.

*Aplicación de la regla del 50 por 100:* Esta regla compara las ventas con los costes de producción, y si las primeras superan el 50 por 100 de los costes, la unidad pública es un productor de mercado. Aplicando esta regla, sólo tendría consideración de unidad institucional pública no de mercado el Organismo Autónomo Patronato Monte del Pilar, ya que las ventas de la sociedad mercantil PAMMASA suponen un 66 por 100 de los costes de producción de las mismas. El detalle del cálculo de este porcentaje, partiendo de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias de 2008 y siguiendo el Manual SEC-95, se expresa en el siguiente cuadro:

<b>VENTAS (Manual SEC-95 IGAE)</b>		<b>3.176.852,00</b>
<b>A1) Importe neto cifra negocios:</b>		<b>2.112.959,50</b>
a) Ventas	472.247,18	
b) Prestaciones de servicios	1.640.712,32	
<b>Ingresos accesorios</b>		<b>1.063.892,50</b>
A5a) Ingr. Accesorios y otros de expl. cte.	962.159,92	
12a) Ingr. Financieros de participación en instrumentos de patrimonio	83.840,95	
12b) Ingr. Fin. de valores negociables de créditos del activo inmovilizado	17.891,63	
<b>Variación de existencias (A2)</b>		<b>0,00</b>
<b>COSTES PRODUCCIÓN (Manual SEC-95)</b>		<b>4.782.396,88</b>
<b>Remuneración asalariados</b>		<b>2.000.000,00</b>

<i>Gastos de personal (A6a y b-641)</i>	494.559,96	
<b>Consumos intermedios y otros gastos expl.</b>		<b>2.331.125,72</b>
A4) <i>Aprovisionamientos</i>	1.062.341,75	
A7a) <i>Servicios exteriores</i>	1.066.818,41	
A7b) <i>Tributos</i>	201.965,56	
<b>Consumo capital fijo</b>		<b>451.271,16</b>
<i>Amortización</i>	451.271,16	
<b>VENTAS (Manual SEC-95 IGAE)</b>		<b>3.176.852,00</b>
<b>COSTES PRODUCCIÓN (Manual SEC-95)</b>		<b>4.782.396,88</b>
<b>RATIO</b>		<b>0,66</b>

De acuerdo con lo anterior, las entidades que deben formar el grupo de consolidación para la evaluación del cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, según el art. 4.1 del RLGP, son las siguientes:

- El ayuntamiento como entidad matriz.
- El Organismo Autónomo Patronato Monte del Pilar.

Por otro lado, la sociedad mercantil PAMMASA deberá ser objeto de evaluación individual del cumplimiento del citado principio de estabilidad presupuestaria a través del análisis de su cuenta de pérdidas y ganancias, que tiene que aprobarse, según el art. 4.2 del RLGP, en situación de equilibrio financiero, de acuerdo con los criterios del plan de contabilidad que le sea de aplicación.

## VI. EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL OBJETIVO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LAS ENTIDADES COMPRENDIDAS EN EL ART. 4.1 DEL RLGP

Según el citado precepto, estas entidades liquidarán sus presupuestos consolidados ajustándose al principio de estabilidad establecido en el apartado 3 del art. 19 del TRLGP que se define como la situación de equilibrio o de superávit en términos de capacidad de financiación según el SEC-95 y se calcula como diferencia entre los ingresos no financieros (capítulos I a VII) y los gastos no financieros (capítulos I a VII).

### 1. Ayuntamiento de Majadahonda

La liquidación del presupuesto del ayuntamiento para 2008 se aprobó por Decreto de la Alcaldía Presidencia de 28 de febrero de 2009 y arroja los siguientes datos:

<b>CAPACIDAD DE FINANCIACIÓN</b>				
<b>Capítulos de ingresos</b>	<b>Prev. iniciales</b>	<b>Modificaciones</b>	<b>Prev. definitivas</b>	<b>Dchos. rec. netos</b>
I. Impuestos directos	28.440.647,00	0,00	28.440.647,00	26.292.761,78
II. Impuestos indirectos	5.467.339,00	0,00	5.467.339,00	2.820.536,16
III. Tasas y otros ingresos	8.439.746,00	334.767,09	8.774.513,09	14.447.091,17
IV. Transferencias corrientes	18.676.330,00	670.523,22	19.346.853,22	18.925.310,74
V. Ingresos patrimoniales	5.063.404,00		5.063.404,00	5.108.826,25
<b>INGRESOS CORRIENTES</b>	<b>66.087.466,00</b>	<b>1.005.290,31</b>	<b>67.092.756,31</b>	<b>67.594.526,10</b>
VI. Enajenación inversiones reales	122.000,00		122.000,00	235.549,93
VIII. Transferencias de capital	152.000,00	3.157.334,67	3.309.334,67	531.130,85
<b>INGRESOS NO FINANCIEROS</b>	<b>66.361.466,00</b>	<b>4.162.624,98</b>	<b>70.524.090,98</b>	<b>68.361.206,88</b>
<b>CAPÍTULOS DE GASTOS</b>	<b>Prev. iniciales</b>	<b>Modificaciones</b>	<b>Prev. definitivas</b>	<b>Oblig. rec. netas</b>
I. Gastos de personal	31.289.209,00	-204.153,94	31.085.055,06	28.323.370,59
II. Gastos en bienes c/c y servicios	29.721.365,00	986.520,00	30.707.885,00	29.002.657,27
III. Gastos financieros	1.233.775,00	6.000,00	1.239.775,00	451.584,23
IV. Transferencias corrientes	2.121.520,00	-38.106,10	2.083.413,90	2.037.675,23
<b>GASTOS CORRIENTES</b>	<b>64.365.869,00</b>	<b>750.259,96</b>	<b>65.116.128,96</b>	<b>59.815.287,32</b>
VI. Inversiones reales	10.282.262,00	114.152.606,65	124.434.868,65	12.878.937,99
VII. Transferencias de capital	346.289,00	248.641,70	594.930,70	202.119,23
<b>GASTOS NO FINANCIEROS</b>	<b>84.994.420,00</b>	<b>115.151.508,31</b>	<b>190.145.928,31</b>	<b>72.896.344,54</b>
<b>CAPACIDAD DE FINANCIACIÓN</b>	<b>-8.632.954,00</b>	<b>-110.988.883,33</b>	<b>-119.621.837,33</b>	<b>-4.535.137,66</b>

Sobre estos datos, el Manual SEC-95 recomienda la realización de determinados ajustes para homogeneizar el cálculo del déficit o superávit en los términos de contabilidad nacional. Entre todos los propuestos en dicha publicación, de acuerdo con el criterio de esta Intervención, se aplicarán los que se relacionan a continuación, junto con una breve explicación de su procedencia:

### 1.1. *Impuestos, tasas y otros ingresos*

En la contabilidad presupuestaria, los ingresos se registran en el momento en que se reconoce el respectivo derecho, que puede ser previo o simultáneo al cobro, según provenga, respectivamente, de liquidaciones de contraído previo o no. Actualmente el SEC-95 establece que el criterio para la imputación de los ingresos fiscales es el de caja.

De acuerdo con este criterio, si el importe de tales derechos reconocidos supera el valor de los cobros, tanto del ejercicio corriente como de los cerrados, se efectuará un ajuste negativo que reducirá el saldo presupuestario, incrementando el déficit público a efectos del SEC-95. Si, por el contrario, la cuantía de los derechos reconocidos es inferior al importe de los cobros del presupuesto corriente y de presupuestos cerrados, el ajuste positivo, resultante de la diferencia de valores, disminuirá el déficit en contabilidad nacional.

Así pues, sobre los datos de la liquidación presupuestaria de 2008 deben realizarse, respecto a los ingresos tributarios, los siguientes ajustes:

Cap.	Denominación	Contabilidad presupuestaria				Contab. Nacional	Ajuste	
		Derechos reconocidos	Cobros (año n)	Cobros (año n-1)	Total cobros	Importe	Mayor déficit	Menor déficit
I	Impuestos directos	<b>26.292.761,78</b>	23.268.057,95	1.270.602,44	24.538.660,39	<b>24.538.660,39</b>	1.754.101,39	0,00
II	Impuestos indirectos	<b>2.820.536,16</b>	1.950.840,62	502.598,76	2.453.439,38	<b>2.453.439,38</b>	367.096,78	0,00
III	Tasas y otros ingresos	<b>14.447.091,17</b>	13.437.532,98	331.976,34	13.769.509,32	<b>13.769.509,32</b>	677.581,85	0,00
	<b>Total ingresos</b>	<b>43.560.389,11</b>	<b>38.656.431,55</b>	<b>2.105.177,54</b>	<b>40.761.609,99</b>	<b>40.761.609,09</b>	<b>2.798.780,02</b>	<b>0,00</b>

### 1.2. Intereses

Presupuestariamente se imputan los intereses explícitos e implícitos de deudas en el momento del reconocimiento de la obligación, esto es, según su vencimiento, recogién-dose en el capítulo III, «Gastos financieros», del estado de gastos del presupuesto.

En la contabilidad nacional, por el contrario, rige el principio de devengo; así, a fin de ejercicio deberán incorporarse los intereses explícitos devengados, tanto vencidos como no vencidos.

De este modo, por la diferencia entre los intereses devengados y las obligaciones reconocidas en el presupuesto, puede surgir:

Un mayor gasto no financiero a efectos de la contabilidad nacional, cuando la cuantía devengada supere el importe de las obligaciones reconocidas en el periodo; en este caso, el ajuste supondrá un mayor déficit.

Un menor gasto no financiero en la contabilidad nacional que el reconocido en el presupuesto, cuando la cuantía devengada sea inferior a las obligaciones reconocidas; aquí, el ajuste determinará una mayor capacidad de financiación o menor déficit.

Sobre los datos de la liquidación del presupuesto de 2008 procede el siguiente ajuste:

Año	Contabilidad presupuestaria	Contabilidad nacional	Ajuste	
	Intereses (oblig. recon.) (Cap. 3)	Intereses devengados (Cap. 3)	Mayor déficit	Menor déficit
2008	351.219,97	415.683,07	64.463,10	0
<b>Total</b>	<b>351.219,97</b>	<b>415.683,07</b>	<b>64.463,10</b>	<b>0</b>

### 1.3. Obligaciones pendientes de aplicar al Presupuesto

En la contabilidad presupuestaria se recogen aquellas obligaciones vencidas y exigibles para las que se ha dictado el correspondiente acto formal de reconocimiento y liquidación. Sin embargo, puede suceder que a final del ejercicio existan obligaciones vencidas y exigibles que, por diversos motivos, no hayan sido objeto de reconocimiento formal en dicha contabilidad; el importe de dichas obligaciones, en virtud de lo establecido en la vigente ICAL(n), debe recogerse en el balance de situación de la entidad a 31 de diciembre, a través del saldo acreedor de la cuenta «413 Acreedores por obligaciones pendientes de aplicar a presupuesto».

En la contabilidad pública, el principio del devengo se enuncia con carácter general para el registro de cualquier flujo económico y, en particular, para las obligaciones. La aplicación de este principio implica el cómputo de cualquier gasto efectivamente realizado en el déficit de una unidad pública, con independencia del momento en que tiene lugar su imputación presupuestaria.

Sobre los datos de la liquidación presupuestaria de 2008 procede efectuar, por este motivo, el siguiente ajuste:

Año	Contabilidad presupuestaria	Contabilidad nacional	Ajuste	
	Gasto	Gasto	Mayor déficit	Menor déficit
2008	0,00	<b>5.099.495,94</b>	5.099.495,94	
<b>Totales</b>	<b>0,00</b>	<b>5.099.495,94</b>	<b>5.099.495,94</b>	<b>0,00</b>

El resultado presupuestario, considerando únicamente las operaciones no financieras y aplicando los ajustes anteriores para homogeneizar dicha magnitud con los criterios de cálculo del déficit o superávit en la contabilidad nacional se expone en el siguiente cuadro:

Conceptos	Derechos reconocidos netos	Obligaciones Reconocidas netas	Resultado	Ajustes menos déficit	Ajustes más déficit	Total
a) Operaciones corrientes	67.594.526,10	59.815.287,32	<b>7.779.238,78</b>			
b) Otras operaciones no financieras	766.680,78	13.081.057,22	<b>-12.314.376,44</b>			
<b>1. Total operaciones no financieras (a+b)</b>	<b>68.361.206,88</b>	<b>72.896.344,54</b>	<b>-4.535.137,66</b>			<b>-4.535.137,66</b>

Conceptos	Derechos reconocidos netos	Obligaciones Reconocidas netas	Resultado	Ajustes menos déficit	Ajustes más déficit	Total
<b>Ajustes SEC-95</b>						
1. Realiz. Ingresos tributarios	-2.798.780,02				2.798.780,02	<b>-2.798.780,02</b>
2. Intereses explícitos devengados		64.463,10			64.463,10	<b>-64.463,10</b>
3. Obligaciones pendientes de imputación Pptaria.		<b>5.099.495,94</b>			<b>5.099.495,94</b>	<b>-5.099.495,94</b>
<b>Capacidad de financiación</b>						<b>-12.497.876,72</b>

## 2. Patronato Monte del Pilar

De la liquidación del Presupuesto de 2008 de este organismo autónomo dependiente del ayuntamiento de Majadahonda se extraen los siguientes datos:

<b>CAPACIDAD DE FINANCIACIÓN</b>				
Capítulos de ingresos	Prev. iniciales	Modificaciones	Prev. definitivas	Dchos. rec. netos
I. Impuestos directos			0,00	
II. Impuestos indirectos			0,00	
III. Tasas y otros ingresos		12.600,00	12.600,00	10.220,00
IV. Transferencias corrientes	1.027.556,00		1.027.556,00	1.027.556,00
V. Ingresos patrimoniales			0,00	
<b>INGRESOS CORRIENTES</b>	<b>1.027.556,00</b>	<b>12.600,00</b>	<b>1.040.156,00</b>	<b>1.037.776,00</b>
VI. Enajenación inversiones reales			0,00	
VIII. Transferencias de capital	69.604,00		69.604,00	69.604,00
<b>INGRESOS NO FINANCIEROS</b>	<b>1.097.160,00</b>	<b>12.600,00</b>	<b>1.109.760,00</b>	<b>1.107.380,00</b>
CAPÍTULOS DE GASTOS	Cdtos. iniciales	Modificaciones	Cdtos. definitivos	Oblig. rec. netas
I. Gastos de personal	220.000,00		220.000,00	204.972,57
II. Gastos en bienes c/c y servicios	807.506,00	12.600,00	820.106,00	815.902,31
III. Gastos financieros	50,00		50,00	0,80
IV. Transferencias corrientes			0,00	
<b>GASTOS CORRIENTES</b>	<b>1.027.556,00</b>	<b>12.600,00</b>	<b>1.040.156,00</b>	<b>1.020.875,68</b>
VI. Inversiones reales	69.604,00	10.236,92	79.840,92	69.433,99
VII. Transferencias de capital			0,00	
<b>GASTOS NO FINANCIEROS</b>	<b>1.097.160,00</b>	<b>22.836,92</b>	<b>1.119.996,92</b>	<b>1.090.309,67</b>
<b>CAPACIDAD DE FINANCIACIÓN</b>				<b>17.070,33</b>

Sobre los datos anteriores no procede hacer, según el criterio de esta Intervención, ningún ajuste de los propuestos en el Manual SEC-95.

### 3. Capacidad de financiación consolidada

El art. 4.1 del RLGEP impone la consolidación de los datos derivados de las liquidaciones presupuestarias de la entidad local y de todas las entidades dependientes que presten servicios o produzcan bienes no financiados mayoritariamente con ingresos comerciales.

El cuadro de consolidación, incluyendo únicamente las operaciones no financieras de las dos entidades, es el siguiente:

<b>CAPACIDAD DE FINANCIACIÓN</b>				
<b>Capítulo de ingresos</b>	<b>Ayuntamiento</b>	<b>Monte Pilar</b>		
	<b>Dchos. rec. netos</b>	<b>Dchos. rec. netos</b>	<b>Ajustes consolidación</b>	<b>Total consolidado</b>
<b>I</b> Impuestos directos	26.292.761,78			26.292.761,78
<b>II</b> Impuestos indirectos	2.820.536,16			2.820.536,16
<b>III</b> Tasas y otros ingresos	14.447.091,17	10.220,00		14.457.311,17
<b>IV</b> Transferencias corrientes	18.925.310,74	1.027.556,00	1.027.556,00	18.925.310,74
<b>V</b> Ingresos patrimoniales	5.108.826,25			5.108.826,25
<b>INGRESOS CORRIENTES</b>	<b>67.594.526,10</b>	<b>1.037.776,00</b>	<b>1.027.556,00</b>	<b>67.604.746,10</b>
<b>VI</b> Enajenación inversiones reales	235.549,93			235.549,93
<b>VII</b> Transferencias de capital	531.130,85	69.604,00	69.604,00	531.130,85
<b>INGRESOS NO FINANCIEROS</b>	<b>68.361.206,88</b>	<b>1.107.380,00</b>	<b>1.097.160,00</b>	<b>68.371.426,88</b>
<b>CAPÍTULOS DE GASTOS</b>				
	<b>Oblig. rec. netas</b>	<b>Oblig. rec. netas</b>	<b>Ajustes consolidación</b>	<b>Total consolidado</b>
<b>I</b> Gastos de personal	28.323.370,59	204.972,57		28.528.343,16
<b>II</b> Gastos en bienes c/c y servicios	29.002.657,27	815.902,31		29.818.559,58
<b>III</b> Gastos financieros	451.584,23	0,80		451.585,03
<b>IV</b> Transferencias corrientes	2.037.675,23		1.027.556,00	1.010.119,23
<b>GASTOS CORRIENTES</b>	<b>59.815.287,32</b>	<b>1.020.875,68</b>	<b>1.027.556,00</b>	<b>59.808.607,00</b>
<b>VI</b> Inversiones reales	12.878.937,99	69.433,99	69.433,99	12.878.937,99
<b>VII</b> Transferencias de capital	202.119,23			202.119,23
<b>GASTOS NO FINANCIEROS</b>	<b>72.896.344,54</b>	<b>1.090.309,67</b>	<b>1.096.989,99</b>	<b>72.889.664,22</b>
<b>CAPACIDAD DE FINANCIACIÓN</b>	<b>-4.535.137,66</b>	<b>17.070,33</b>	<b>170,01</b>	<b>-4.518.237,34</b>

La capacidad de financiación consolidada, considerando los ajustes recomendados por el Manual SEC-95, es negativa por valor de -12.480.976,40 €, que representa el 18,25 por 100 de los derechos reconocidos netos consolidados por operaciones no financieras:

Conceptos	Derechos reconocidos netos consolid.	Obligaciones reconocidas netas consolid.	Resultado	Ajustes menos déficit	Ajustes más déficit	Total
a) Operaciones corrientes	67.604.746,10	59.808.607,00	<b>7.796.139,10</b>			
b) Otras operaciones no financieras	766.680,78	13.081.057,22	<b>-12.314.376,44</b>			
<b>1. Total operaciones no financieras (a+b)</b>	<b>68.371.426,88</b>	<b>72.889.664,22</b>	<b>-4.518.237,34</b>			<b>-4.518.237,34</b>
<b>Ajustes SEC-95</b>						
1. Realiz. Ingresos tributarios	-2.798.780,02				2.798.780,02	<b>-2.798.780,02</b>
2. Intereses explícitos devengados		64.463,10			64.463,10	<b>-64.463,10</b>
3. Obligaciones pendientes de imputación Pptaria.		<b>5.099.495,94</b>			<b>5.099.495,94</b>	<b>-5.099.495,94</b>
<b>Capacidad de financiación</b>						<b>-12.480.976,40</b>

## VII. EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL OBJETIVO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LAS ENTIDADES COMPRENDIDAS EN EL ART. 4.2 DEL RLGP

La evaluación del cumplimiento de estas entidades se realizará, como se ha dicho, individualmente, debiendo aprobar sus respectivas previsiones de cuentas de pérdidas y ganancias en situación de equilibrio financiero.

De las cuentas anuales del ejercicio 2008 formuladas por el Consejo de Administración y pendientes de aprobación por la Junta General de la sociedad mercantil PAM-MASA, única entidad comprendida en el ámbito del art. 4.2 del RLGP, se deduce que la cuenta de pérdidas y ganancias presenta un resultado del ejercicio negativo, por valor de -467.290,06 €, por lo que, de acuerdo con el art. 4.2 del RLGP dicha entidad no está en situación de equilibrio financiero.

En este sentido, el art. 24 del RLGP establece que estas entidades incumplirían el objetivo de estabilidad cuando incurran en pérdidas cuyo saneamiento requiera la dotación de recursos no previstos en el escenario de estabilidad del art. 4.1 de dicho texto.

Esta Intervención, con los datos de que dispone<sup>3</sup>, interpreta que sólo cuando las pérdidas acumuladas de la sociedad mercantil provoquen un desequilibrio patrimonial

<sup>3</sup> A la hora de emitir el presente informe esta Intervención sólo dispone de un ejemplar del informe de auditoría y las cuentas anuales de la sociedad.

que requiera una aportación extraordinaria de su único accionista, el ayuntamiento de Majadahonda, para compensar las mismas, o bien la Junta General de la sociedad apruebe voluntariamente una subvención corriente a la explotación para enjugar dichas pérdidas, resultaría afectado, por esta circunstancia, el equilibrio o desequilibrio en el escenario de estabilidad previsto en el art. 4.1 del RLGEP. Como quiera que ninguno de estos supuestos tiene lugar, puede considerarse que las pérdidas reflejadas en las cuentas anuales de 2008 de PAMMASA no llevarían a dicha entidad a incumplir el objetivo de estabilidad, según el art. 24 del RLGEP.

### **VIII. CONCLUSIÓN**

De acuerdo con estos datos, tras la liquidación del presupuesto de 2008, el ayuntamiento de Majadahonda se encontraría en una situación de déficit, en los términos del SEC-95, en un porcentaje superior al 4,81 por 100 de los derechos reconocidos netos consolidados por operaciones no financieras, establecido en el acuerdo de 30 de marzo de 2009 de la Subcomisión de Régimen Económico, financiero y fiscal de la Comisión Nacional de Administración Local, por lo que es necesario adoptar las medidas pertinentes de corrección previstas en el art. 22 de la LGEP.

A tal efecto se emite el presente informe, con carácter independiente del emitido en cumplimiento del art. 168.4 del TRLHL que debe elevarse al Pleno. Por otro lado, en cumplimiento del último párrafo del art. 16 del RLGEP, deberá remitirse el presente informe a la Dirección General de Coordinación Financiera con las entidades locales en el plazo de quince días desde la elevación al Pleno de este informe.



---

# La tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas de telefonía móvil: criterios jurisprudenciales

*Ayuntamiento de Alcobendas*<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La reforma de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas locales (hoy RDLeg 2/04, TRLHL), que hizo la Ley 51/2002, tenía un objetivo bien definido: afirmar que las empresas que prestan servicios de telefonía móvil quedan sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, aunque sea con sujeción al régimen general de determinación de su cuantía, previsto en el *art. 24.1.a) de la Ley*. Y ello es así porque, tal y como viene declarando la jurisprudencia mayoritaria, para la prestación de dichos servicios de telefonía móvil se utilizan las redes de telefonía tendidos en el dominio público local —tanto los tendidos por las operadoras de servicios móviles como las líneas de telefonía fija, a las que se accede en virtud de los correspondientes derechos de interconexión y acceso—, realizándose de este modo el hecho imponible de la tasa.

Con anterioridad a la Ley 51/2002, pero en el mismo sentido, el *Informe de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Locales* (actual *Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales*), de fecha *1 de febrero de 2000*, sentó la siguiente doctrina: «...si la entidad consultante prestase sus servicios de suministro masivo utilizando para ello redes, conducciones, canalizaciones o demás infraestructura de titularidad ajena, que precisamente son las que dan lugar a la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, mediante el pago de un canon, alquiler o figura similar, el sujeto pasivo de la tasa sería quien resultase titular de esas redes o conducciones. La cuantificación de la referida tasa se realizaría por el régimen general o por el régimen especial del 1,5 por 100... No obstante, conviene precisar que si le resultase de aplicación al titular de la red el régimen especial del 1,5

---

<sup>1</sup> Este informe ha sido redactado por Joaquín Tejeiro Trompeta, Letrado del Ayuntamiento.

por 100, debería incluir como una partida de sus ingresos brutos el canon o alquiler que recibiese de las entidades que utilizan su red. Asimismo debe señalarse que si la entidad consultante utilizase las redes, conducciones o canalizaciones ajenas antes aludidas, pero subrogándose totalmente en la posición del titular de tales redes, el sujeto pasivo titular de la tasa sería la propia entidad consultante...».

En el año 2009, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó un total de ocho sentencias, todas ellas derivadas de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las principales empresas de telefonía móvil que operan en España contra las ordenanzas fiscales de diversos municipios que incluían la correspondiente tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público. En todos los casos, y con la salvaguarda de los detalles procesales o fácticos que de forma concreta pudieran darse para cada uno de ellos, el Tribunal Superior de Justicia estima el recurso o lo estima parcialmente, si bien se inclina por una clara línea jurisprudencial en cuanto a la determinación de la cuota tributaria, verdadero centro del debate en la mayoría de los recursos y que determina en todos los casos expuestos la estimación o la estimación parcial de aquél. A título ilustrativo, las SSTSJ de Madrid son las siguientes: ST núm. 1533, de 12 de noviembre de 2009, ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón. Estima el recurso de apelación; ST núm. 1524, de 10 de noviembre de 2009, ayuntamiento de Parla. Estima parcialmente; ST núm. 1503, de 5 de noviembre de 2009, ayuntamiento de Móstoles. Estima parcialmente; ST núm. 1507, de 5 de noviembre de 2009, ayuntamiento de Coslada. Estima el recurso; ST núm. 1525, de 29 de octubre de 2009, ayuntamiento de San Lorenzo del Escorial. Estima el recurso; ST núm. 1488, de 29 de octubre de 2009, ayuntamiento de Alcalá de Henares. Estima parcialmente; ST núm. 1499, de 29 de octubre de 2009, ayuntamiento de Madrid. Estima parcialmente; ST núm. 1303, de 19 de junio de 2009, ayuntamiento de Valdemoro. Estima el recurso.

## **II. PRINCIPALES ARGUMENTOS IMPUGNATORIOS DE LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA MÓVIL EN VÍA JURISDICCIONAL: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

En la práctica totalidad de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las ordenanzas fiscales que incluyen la regulación de la tasa mencionada, los operadores de telefonía móvil fundan sus pretensiones principalmente en los siguientes motivos:

- Falta de realización del hecho imponible.
- Vulneración de la reserva de ley contenida en los arts. 31.3 y 133 CE, y arts. 8 y 36 de la Ley 58/2003, LGT, pues los artículos de las correspondientes ordenanzas que regula la tasa en cuestión suponen una indebida extensión del hecho imponible de la misma, así como del sujeto pasivo y de la base imponible, elementos esenciales del tributo que deben ser regulados por Ley.

— Exención para los servicios de telefonía móvil de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público, según art. 24.1.c) TRLHL.

— Vulneración del método de cuantificación de la tasa con infracción de los arts. 24.1.a) y 25 del TRLHL.

— Doble imposición sobre el mismo hecho, pues las empresas de telefonía móvil ya pagan otros tributos por telefonía móvil.

— Vulneración de las Directivas 2002/20/CE y 2002/21/CE, y su transposición en la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (LGTel).

También en algunos casos se plantean por los demandantes la vulneración de los principios constitucionales de capacidad económica en la imposición de los tributos, el derecho a la igualdad, la no confiscatoriedad y la interdicción de la arbitrariedad, llegando incluso en ocasiones a plantear una posible cuestión prejudicial ante el TJCE y una cuestión de inconstitucionalidad.

Ampliamente desestimados por la jurisprudencia mayoritaria, en especial por lo dispuesto en las *SSTS de fecha 16 de febrero de 2009* (recurso núm. 5082/20059) y *16 de julio de 2007* (recurso núm. 26/06), esta última dictada en recurso de casación en interés de ley, con estimación de doctrina legal, tales motivos impugnatorios no han sido sin embargo suficientes para que en sede jurisdiccional los municipios afectados vieran favorecidas sus pretensiones, y ello por no ser ajustado a Derecho el método de cuantificación de la tasa.

Así, basta recoger lo que señala la *STSJ de Madrid núm. 1533, de 12 de noviembre de 2009*, donde se estiman las pretensiones de la empresa recurrente («Telefónica Móviles España, S. A.», por no estar debidamente cuantificada la tasa) pero donde se sienta y se trae a colación la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otros Tribunales Superiores de Justicia en la materia, en el siguiente sentido:

— En cuanto a la falta de realización del *hecho imponible* y a la supuesta vulneración de la reserva de Ley tributaria y, por ende, la (inexistente) exención para los servicios de telefonía móvil de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público, según art. 24.1.c) TRLHL, la STSJ citada expone: «No se puede excepcionar las empresas del sector de las telecomunicaciones de la imposición regulada en el art. 24.1.c) LRHL, no sólo por lo dicho en el punto anterior sino también porque se trata de dos leyes que, aunque sometan a imposición determinados hechos o situaciones, que *prima facie* puedan parecer coincidentes y en concreto la utilización del dominio público, en realidad se trata de ámbitos competenciales diferentes. La LGTel, en su título VIII, describe los principios aplicables a las tasas en materia de telecomunicaciones y en el anexo I establece distintas tasas que grava ese sector y que son competencia de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, lo que ha quedado completado y desarrollado por el Real Decreto 1620/2005, de 30 de diciembre, por el que se regulan las tasas establecidas en dicha LGTel. Esto es: tasa general de operadores (art. 3), tasa por numeración telefónica (art. 9), tasa por reserva del dominio público radioeléctrico (art. 13), tasa de telecomunicaciones. No

existe, por tanto, ningún conflicto ni colisión entre la LGTel y el art. 24.1.c) de la LRHL que grava la utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, vuelo o subsuelo de las vías públicas municipales por empresas explotadoras de servicios de suministro».

Y añade en relación con el hecho imponible: «La utilización de todas las redes, propias o ajenas, tendidas en el dominio público local, supone para las empresas de telefonía móvil una utilidad que también debe valorarse, como resulta de las sentencias de esta Sala de 10 y 18 de mayo y 21 de noviembre de 2005, que han afirmado la sujeción a la tasa por utilización o aprovechamiento del dominio público local de las empresas comercializadoras de energía eléctrica, que emplean para la prestación de sus servicios redes ajenas... constituye, pues el hecho imponible de la tasa no tanto por la utilización privativa del dominio público local como por el aprovechamiento, que indudablemente, se lleva a cabo aunque no se sea titular de la red de distribución de energía...».

Así las cosas, la *STC núm. 104/2000, de 13 de abril*, sostiene que la Ley de Haciendas locales (hoy TRLHL) es la norma que concreta los recursos financieros de las entidades locales en orden a la consecución de su suficiencia como medio para alcanzar la autonomía constitucionalmente garantizada. Así, dicho texto legal se caracteriza por dos notas que ha obviado el demandante. De un lado, *el formal*, en cuanto es complementaria de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, de manera que es norma básica aplicable a todo el territorio nacional, dictada al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución y reguladora de la materia de la competencia exclusiva del Estado, como es el sistema tributario local y la participación de las entidades locales en los tributos del Estado, según se desprende de los arts. 133 y 142 de la CE, respetando los límites derivados de los regímenes financieros forales o especiales y de los Tratados internacionales. De otro lado, de carácter *material*, que implica la ordenación de un sistema financiero encaminado a hacer efectivos los principios constitucionales de suficiencia y autonomía local, autonomía que supone la capacidad de los entes locales para gobernar sus respectivas haciendas y que implica algo más que la supresión de la tutela del Estado, y suficiencia financiera, que no sólo se institucionaliza, sino que, además, encuentra en el TRLHL los mecanismos necesarios para poder convertirse en una realidad material, poniendo a disposición de los entes locales dos vías fundamentales e independientes de financiación: los tributos propios y la participación en los tributos del Estado.

— En cuanto a la *doble imposición* por el mismo hecho, y la supuesta vulneración de la doctrina comunitaria, la Sentencia citada dispone: «Finalmente en relación con la participación en los tributos que abona la titular de las redes que utiliza la actora coincide la Sala en la inexistencia de doble tributación y con los razonamientos efectuados por la Administración demandada al concretar que se trata de dos personas jurídicas distintas entre las que no cabe ese pretendido efecto de que la tributación de una valga para otra; cada empresa satisfará las prestaciones patrimoniales que correspondan a su efectiva actividad, explotación, titularidad o utilización. Y por otra parte, en cuanto la

utilización compartida de infraestructuras —realidad que aquí ya apunta la demanda—, no excluye de tributación a ninguno de los intervinientes, sino que cada cual deberá ser gravado por la propia utilidad que percibe».

— A ello habría que añadir, en cuanto a la presunta *infracción al Derecho Comunitario*, que tales disposiciones comunitarias van dirigidas a la exclusión de cualquier duplicidad o sobreimposición sobre los servicios de telecomunicaciones, pero no cabe interpretarlas como excluyentes de la satisfacción de la correspondiente exacción cuando se utilice o aproveche especialmente el dominio público local, dado el carácter sinalagmático o bilateral de la contraprestación por tal utilización o aprovechamiento, que nada autoriza a entender haya de ser gratuito para las empresas de telefonía móvil. No cabe extrapolar a esas tasas por utilización o aprovechamiento del dominio público local la jurisprudencia comunitaria relativa a exacciones en relación a la puesta en funcionamiento del servicio.

Sobre este particular, y tal y como ha señalado la *STSJ de Madrid de 13 de junio de 2008, núm. de recurso 1558/2003*, «...tampoco aprecia esta Sala motivos fundados en Derecho para plantear una cuestión de inconstitucionalidad ni una cuestión prejudicial comunitaria. Así, resultando que el hecho imponible de una tasa puede venir constituido por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local (art. 20 LHL), nada obsta a que el legislador pueda regular y configurar un supuesto específico de aprovechamiento especial del dominio público, a saber, el que se constituya sobre el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas comercializadoras de los servicios de suministros en la modalidad tanto de titularidad de las redes de suministros y también en la de la titularidad de derechos de uso, acceso o interconexión a las citadas redes. En consecuencia, ninguna infracción del ordenamiento comunitario puede apreciarse por cuanto no se comparte la tesis del demandante de hallarnos ante un caso de doble imposición material, dado que el supuesto fáctico que nos ocupa no es sino, como ya se afirmó anteriormente, una nueva modalidad de aprovechamiento especial del dominio público local y como tal, hecho imponible de una tasa, no de un impuesto (...). Ninguna infracción del ordenamiento comunitario puede apreciarse por cuanto no se comparte la tesis del demandante de hallarnos ante un caso de doble imposición material, dado que el supuesto fáctico que nos ocupa no es sino, como ya se afirmó anteriormente, una nueva modalidad de aprovechamiento especial del dominio público local y como tal, hecho imponible de una tasa, no de un impuesto».

Los criterios expuestos han sido ampliamente recogidos por la jurisprudencia de otros Tribunales Superiores de Justicia, donde destacan las *SSTSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2005 y 26 de junio de 2008*; *STSJ de Canarias (Tenerife), de 6 de febrero de 2009*; *STSJ de Valencia de 1 de diciembre de 2009*; *STSJ de Extremadura de 12 de junio de 2009*.

No obstante, en todas las sentencias citadas, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se inclina por considerar que la determinación de la base imponible, tipo y cuo-

ta se hace mediante «un sistema objetivo», alejado por completo de la regla a aplicar [art. 24.1.a) del TRLHL] en beneficio de la regla prohibida [art. 24.1.c) del TRLHL]. Sirva como ejemplo, por resultar prácticamente idénticos los métodos de cálculo utilizados por los municipios madrileños, lo recogido en la *Sentencia núm. 1503/2009, de 5 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, que transcribe el correspondiente artículo de la Ordenanza impugnada:

«Artículo 6

Base imponible y cuota tributaria: Servicios de telefonía móvil.

1. Para determinar la cuantía de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público municipal por parte de los servicios de telefonía móvil, que precisan utilizar la red de telefonía fija instalada en este Municipio, se aplicarán las siguientes fórmulas de cálculo:

Base imponible

La base imponible, deducida de la estimación del aprovechamiento especial del dominio público por el servicio de telefonía móvil se calcula:

$$BI = (Cmf * Nt) + (NH * Cmm)$$

Siendo:

$Cmf$  = Dato del consumo telefónico medio estimado, por unidad urbana, corregido por el coeficiente atribuido, a la participación de la telefonía móvil. Su importe para el ejercicio 2008 es de 77,14 euros/año.

$Nt$  = Número de teléfonos fijos instalados en el municipio, en el año 2007, que es de 59.503.

$NH$  = 90 por 100 del número de habitantes empadronados en el municipio. En 2006:  $0,9 * 205.718 = 185.146$ .

$Cmm$  = Consumo telefónico medio estimado por teléfono móvil (llamadas a móviles). Su importe para 2008 es de 253,78 euros/año.

$BI\ 2008 = (77,14 \text{ euros consumo telefónico medio estimado, por unidad urbana, corregido por el coeficiente atribuido a la participación de la telefonía móvil} * 59.503 \text{ Número de teléfonos fijos instalados en el Municipio}) + (185.146 \text{ habitantes usuarios de móvil} * 253,77 \text{ Consumo telefónico medio estimado por teléfono móvil}) = 51.574.561,84 \text{ euros.}$

Cuota básica

La cuota básica global se determina aplicando el 1,5 por 100 a la base imponible:

$$B = 1,5 \text{ por } 100 \text{ } s/BI$$

Valor cuota básica para 2008 =  $1,5 \text{ por } 100/51.574.561,84 \text{ euros} = 773.618,43 \text{ euros.}$

$$\text{Cuota tributaria/ operador} = CE * QB$$

Siendo:

$CE$  = coeficiente atribuible a cada operador, según su cuota de participación en el mercado, incluyendo las modalidades de postpago y prepago.

El valor de la cuota básica ( $QB$ ) para 2008 es de 773.618,43 euros.

Imputación por operadores

Para 2008 el valor de  $CE$  y la cuota trimestral a satisfacer por cada operador son los siguientes:

CE Cuota Trimestral

- Movistar, 45 por 100, 87.032,07 euros.
- Vodafone, 29 por 100, 56.087,34 euros.
- Orange, 15 por 100, 29.010,69 euros.

A efectos de la determinación de la cuota tributaria por operador, los sujetos pasivos podrán declarar ante el ayuntamiento o éste podrá comprobar que la cuota tributaria real por operador en el ejercicio 2008 es diferente de la imputada. En este caso las liquidaciones trimestrales se ajustarán aplicando esta última una vez que haya sido comprobada por la Administración municipal».

Frente a esta realidad señala el Tribunal Superior de Justicia: «Por tanto, no se calcula la tasa, como expresamente exige el art. 24.1.a) del TRLRHL “tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público”, sino que se calcula este valor del uso del dominio público local en la Memoria, pero luego no se toma esta magnitud como referencia para calcular la tasa, sino que se acoge un sistema del 1,5 por 100 de los ingresos estimados de las operadoras de telefonía móvil en el municipio, sistema que, *de facto*, se asimila al contenido en el art. 24.1.c) de dicha norma, del que expresamente el legislador excluyó a las empresas de telefonía móvil, limitándose la Memoria a destacar que los ingresos estimados por la aplicación de la Ordenanza, con el sistema descrito del 1,5 por 100 de los ingresos de las operadoras en el municipio, no superan la cifra final de valoración del derecho de uso del dominio público local que ostentan tales operadoras. Como puede verse, el apartamiento del sistema de cuantificación establecido en el art. 24.1.a) del TRLRHL es claro. En definitiva, se ha huido expresamente de actuar conforme exige el apartado a) del precepto y se ha optado por una solución similar a la del apartado c) a efectos de su facilidad de estimación y ello se desprende, además, de la propia Memoria económico financiera en la que —como ya hemos dejado expuesto—, al expresarse que debe aplicarse el 1,5 por 100 de los ingresos estimados de las operadoras en el municipio...».

No obstante, ante un supuesto similar al citado y al aplicado por la mayoría de los municipios, la *Sentencia núm. 1544, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 1 de diciembre de 2009*, que desestima el recurso de «Telefónica Móviles España, S. A.», señala lo siguiente: «Del Informe Técnico-Económico se desprende que la base imponible [ $BI = IF(162.476,00) + IM(1.642.272,00) = 1.804,746,00$  euros] toma en

consideración para su cálculo el número de líneas de teléfono fijo en el municipio de Finestrat por el consumo medio anual de móvil a fijo, el número de teléfonos móviles en el municipio por el consumo medio anual de las llamadas de móvil a móvil, a lo que se aplica un tipo del 1,5 por 100 para una tasa total del municipio de 27.071,19 euros, que es declarado inferior al valor de mercado de la utilidad obtenida por las tres operadoras de telefonía móvil... De ahí que los criterios utilizados por el ayuntamiento de Finestrat para cuantificar la tasa cuestionada no puedan ser considerados como el resultado de una decisión arbitraria, sino como cálculos técnicos que permiten una cierta aproximación a un valor que no puede ser objeto mediante fórmula matemática alguna, pues el valor de mercado de la utilidad derivada del aprovechamiento de un bien de dominio público sólo puede ser hipotético y, por tanto, meramente aproximativo».

### III. CRITERIOS DEL TRIBUNAL SUPREMO. SENTENCIAS DE 16 DE FEBRERO DE 2009 Y DE 16 DE JULIO DE 2007. ESPECIAL REFERENCIA A LA CUANTIFICACIÓN DE LA TASA

En la *Sentencia de 16 de julio de 2007*, recaída en recurso de casación en interés de Ley, el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina legal, con la consecuente modificación del art. 24.1.c) del TRLHL: «La tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el art. 24.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil».

El citado recurso de casación en interés de Ley fue interpuesto por el ayuntamiento de Reus contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Tarragona, que estimó las pretensiones de «Telefónica Data España, S. A.», relativas a la liquidación de la tasa por telefonía móvil. El Tribunal Supremo, apoyándose en anteriores resoluciones (STSS de 9, 10 y 18 de mayo de 2005), señala que tales empresas, en cuanto prestadoras de servicios de suministros en el suelo, vuelo o subsuelo municipal, están sujetas a la, a mi entender, mal llamada en ocasiones «tasa del 1,5 por 100». Señala la sentencia citada: «El párrafo tercero del art. 24.1.c) LRHL sólo excluye de su ámbito de aplicación los servicios de telefonía móvil, por lo que no existe ningún impedimento para que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones (excepción hecha del régimen especial de compensación de “Telefónica España, S. A.”) queden sometidas a la tasa del 1,5 por 100, y máxime a la luz de las sentencias de este Tribunal de fechas 9, 10 y 18 de mayo de 2005, en las que se ha entendido que

todas las empresas de suministro de electricidad, gas, telecomunicaciones, agua y otros servicios que utilicen o disfruten del dominio público local con líneas, canalizaciones, redes, etc., en su vuelo, suelo o subsuelo, con independencia de que sean titulares o no de aquellos soportes a través de los que se realiza el suministro y con independencia de que éste afecte a la generalidad o no del vecindario (...). En cualquier caso, una de las cuestiones suscitadas en el debate procesal de la instancia, la eventual contradicción entre el art. 24.1.c) LRHL y la LGTel no podía resolverse mediante la consideración prevalente de esta última, por la simple utilización de los principios de *lex specialis* y *lex posterior*, olvidando la específica función que la primera de dichas leyes tiene, como ley básica, en el régimen local y singularmente del régimen jurídico financiero de la Administración local, dictada al amparo del art. 149.1.18 CE (*cf.* art. 1 del Texto Refundido de la LRHL)».

No obstante, es necesario señalar que la anterior sentencia del Tribunal Supremo, aun con la fijación de doctrina legal y su permanente llamada a que las empresas de telefonía móvil quedan sometidas a «la tasa del 1,5 por 100 del art. 24.1.c) del TRLHL», no resuelve el verdadero debate de fondo (el método de cuantificación de la tasa), asunto del que se encarga la *STS de 16 de febrero de 2009*, que empieza señalando que «si tanto los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público como los operadores de telefonía móvil son operadores de comunicaciones electrónicas a efectos de los arts. 5 a 8 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, y del contenido del Real Decreto 424/2005, y el régimen del art. 24.1.c) es un régimen “especial” respecto del “régimen general” del art. 24.1.a), deben incluirse en este régimen general a los operadores expresamente excluidos del régimen especial. De lo contrario se estaría haciendo una distinción entre operadores de comunicaciones electrónicas (los de telefonía móvil y el resto) que podría ser contraria al principio de igualdad tributaria previsto en el art. 3.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria, y en el art. 14, en relación con el art. 31.1, ambos de la Constitución, principio de igualdad que ha sido defendido por este Tribunal Supremo, en materia de tributos locales, en Sentencias de 30 de abril de 2001 y 21 de noviembre de 2006».

Interpretar lo contrario a lo señalado, esto es, que las empresas de telefonía móvil están exentas del pago de la tasa, es contrario a la interpretación gramatical, lógica, sistemática y teleológica de las normas jurídicas (art. 3 del Cc), y supondría, en todo caso, una exención injustificada.

Además, en el presente caso se plantea la posibilidad, al establecer el tipo de gravamen de la tasa, de acudir al parámetro del 1,5 por 100 del apartado c) del art. 24 del TRLHL, si bien empleando para ello bases distintas a los ingresos brutos procedentes de la facturación obtenidos anualmente en el término municipal para cada operador. Sobre este particular, y teniendo en cuenta que en el caso analizado por la sentencia los parámetros que se utilizan para determinar la cuantía de la tasa (tarifa básica por año, tiempo de duración de la utilización privativa o aprovechamiento especial y coeficiente específico atribuible a cada operador según cuota de mercado en el municipio) figu-

ran suficientemente claros en la Memoria Económica Financiera, el Tribunal Supremo dispone: «Los parámetros indicados no pueden ser considerados, de ninguna manera, como una fórmula encubierta para lograr gravar a las empresas operadoras en el sector de la telefonía móvil con el 1,5 por 100 de los ingresos brutos, tal y como establece el art. 24.1.c) de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, máxime cuando el suministro de telefonía móvil está expresamente excluido, sino que es un prudente criterio que nos permite el cálculo del importe final de la tasa, respetando los principios de proporcionalidad, equidad en la distribución de la carga tributaria e igualdad tributaria... Nada de ilegal hay en ello, pues el valor de mercado establecido para la utilidad derivada del aprovechamiento es, como dice el art. 24.1.a) de la LTHL, una “referencia” que debe tomarse en cuenta para establecer el importe de la tasa que, sin embargo, no tiene por qué coincidir con dicho valor, sino que se fija a partir del mismo haciendo uso de la discrecionalidad política que incumbe a los órganos municipales competentes para la aprobación de las ordenanzas fiscales. La legislación aplicable no establece criterios de referencia ni imposición alguna para el cálculo del importe de la tasa, motivo por el cual las corporaciones locales pueden establecer diferentes formas de cálculo siempre que se respete el límite contenido en el art. 24.1.a), es decir, que se ha de tomar como referencia el valor de la utilidad o aprovechamiento en el mercado si los bienes no fuesen de dominio público; por ese motivo, y ante la libertad por parte de los entes locales de establecer fórmulas de cálculo de la referida tasa, siempre que se respeten los parámetros y criterios reseñados, el ayuntamiento de Badalona, en el marco de libertad de regulación que la Ley aplicable permite, establece un coeficiente de ponderación, acudiendo a la normativa existente tanto en la determinación del valor del dominio público afectado como en el de la utilización de ese dominio público, acudiendo a valores existentes en la normativa tributaria. Ciertamente que, atendiendo a la naturaleza del aprovechamiento que realizan las empresas de telefonía móvil, el valor de mercado de la utilidad podría haberse determinado utilizando criterios distintos de los empleados en la ordenanza impugnada. Pero, en cualquier caso, lo que nos parece indudable es que la disposición de que se trata, así como el Informe técnico elaborado, descansan sobre criterios que, con independencia de que se compartan o no, aparecen explicitados con la suficiente claridad, de modo que no puede considerarse infringido, en ningún caso, el art. 25 de la LHL».

#### IV. CONCLUSIÓN

Sin perjuicio de las especialidades que recojan, en su caso, las distintas ordenanzas fiscales sobre la materia, lo cierto es que el centro de todos los debates procesales en vía jurisdiccional ha girado en torno a la cuantificación de la tasa, con una línea jurisprudencial, por parte de algunos Tribunales Superiores de Justicia, más restrictiva, pero con una postura del Tribunal Supremo mucho más amplia y acorde con la realidad del fenómeno, en el sentido de que si bien la cuantificación de este tipo de tasas debe

hacerse a través de la regla general del art. 24.1.a) del TRLRHL, hay que tener en cuenta que el valor de mercado no puede ser objeto cálculo mediante fórmula matemática alguna, pues el valor de mercado de la utilidad derivada del aprovechamiento de un bien de dominio público sólo puede ser hipotético y, por tanto, meramente aproximativo.



---

# Denegación de la inscripción en el padrón de habitantes por carecer de título que legitime la ocupación de la vivienda o habitar en lugares no autorizados o carentes de licencia. Comprobación de datos previa a la inscripción

*Ayuntamiento de Rivas-Vaciamadrid*<sup>1</sup>

## I. OBJETO DEL INFORME

Por la Dirección del Área de Organización, Modernización y Seguridad se solicita de esta Secretaría General que emita informe sobre: «La posibilidad de denegar el alta a una persona en el padrón por carecer de título que legitime la ocupación de la vivienda y el tratamiento que ha de seguirse en los casos de solicitud de empadronamiento en infraviviendas, así como la posibilidad de comprobación de datos, por los miembros de la Policía Local, previa a la inscripción padronal».

## II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

### 1. Posibilidad de denegar el alta a una persona en el padrón por carecer de título que legitime la ocupación de la vivienda y el tratamiento que ha de seguirse en los supuestos de solicitud de empadronamiento en infraviviendas o lugares no autorizados

El art. 16.1 de la LRBRL define al Padrón Municipal como: «El registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan, tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos».

Por su parte, el art. 17 de la LRBRL dispone que corresponde a los ayuntamientos la formación, mantenimiento, revisión y custodia del Padrón Municipal de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado.

---

<sup>1</sup> Este informe ha sido redactado por Pedro Joaquín Maldonado Canito, Técnico de Administración General.

El art. 15 de la LRBRL, determina que: «Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año».

En cuanto a la posibilidad de que el ayuntamiento pueda denegar una solicitud de alta, y de acuerdo con lo establecido en la consulta, aclaración sobre la manera de actuar ante el hecho de que se produzcan altas y bajas de personas en un mismo domicilio en un lapso breve de tiempo, resuelta por la Comisión Permanente del Consejo de Empadronamiento en su sesión de 1 de diciembre de 2004, hay que señalar que, con carácter general, siempre que un ciudadano solicite el alta en el padrón de un municipio aportando los documentos que se relacionan en el apartado 3. Comprobación de Datos de la Resolución de 4 de julio de 1997, conjunta de la presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del director general de Cooperación Territorial por la que se dictan instrucciones técnicas a los ayuntamientos sobre actualización del Padrón Municipal, para probar su residencia real en el mismo, se procederá a realizar su inscripción en el padrón. Señala el citado apartado que: «la posibilidad de que el ayuntamiento solicite del vecino “el título que legitime la ocupación de la vivienda” (art. 59.2 del Reglamento) no atribuye a las Administraciones locales ninguna competencia para juzgar cuestiones de propiedad, de arrendamientos urbanos o, en general, de naturaleza jurídico-privada, sino que tiene por única finalidad servir de elemento de prueba para acreditar que, efectivamente, el vecino habita en el domicilio que ha indicado. Por ello, este título puede ser una escritura de propiedad o un contrato de arrendamiento, pero también un contrato de suministro de un servicio de la vivienda (agua, gas, electricidad, teléfono, etc.), o, incluso, no existir en absoluto (caso de la ocupación sin título de una propiedad ajena, sea pública o privada). En este último supuesto, el gestor municipal debería comprobar por otros medios (informe de Policía Local, inspección del propio servicio, etc.) que realmente el vecino habita en ese domicilio, y en caso afirmativo inscribirlo en el padrón, con completa independencia de que el legítimo propietario ejercite sus derechos ante las autoridades o tribunales competentes, que nunca serán los gestores del padrón».

En todo caso, la facultad atribuida a los ayuntamientos en el art. 59.2 del Reglamento de Población para comprobar la veracidad de los datos consignados por los vecinos, exigiendo al efecto, entre otros documentos, la presentación del título que legitime la ocupación de la vivienda, tiene como única finalidad servir como un elemento de prueba para acreditar que el vecino efectivamente reside en el domicilio que ha indicado, con independencia de que esté legalmente legitimado para residir en ese domicilio y/o de las acciones legales que puedan ejercitar los propietarios legítimos de la vivienda por su ocupación ilegal, pues el padrón es el registro administrativo que pretende reflejar el domicilio donde residen las personas que viven en España.

Por consiguiente, carecer del título que legitima la ocupación de la vivienda no inhabilita al ciudadano para su inscripción en el padrón, pudiendo el ayuntamiento recurrir a otros medios de prueba, como puedan ser contratos de algún servicio de la

vivienda (agua, luz, gas,...) o a informes de la Policía Local. Con respecto a otros medios de prueba que puedan ser aportados por los afectados, consistentes en certificaciones de vecinos, el ayuntamiento dispone de sus propios medios para comprobar la veracidad de los datos, pudiendo aceptarlos como prueba o comprobar la residencia por sí mismo.

Ahora bien, cuando existan indicios que hagan dudar de que se vaya a establecer la residencia en el municipio, antes de proceder al alta en el padrón, el ayuntamiento podrá efectuar las comprobaciones adicionales que estime oportunas para comprobar la veracidad de los datos consignados en la solicitud de alta.

### *1.1. Empadronamiento en infraviviendas o lugares no autorizados*

De acuerdo con lo establecido en los puntos 3 y 4 de la Resolución de 4 de julio de 1997, por la que se dictan instrucciones técnicas a los ayuntamientos sobre actualización del Padrón Municipal, el padrón debe reflejar el domicilio donde realmente vive cada vecino del municipio. En consonancia con este objetivo, la norma fundamental que debe presidir la actuación municipal de gestión del padrón es la contenida en el art. 17.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su nueva redacción dada por la Ley 4/1996, de 10 de enero. Realizarán las actuaciones y operaciones necesarias para mantener actualizados sus Padrones de modo que los datos contenidos en éstos concuerden con la realidad.

De ello, se deduce que sólo debe recurrirse a una dirección ficticia cuando se tiene conocimiento de que la persona reside en el municipio pero no tiene un domicilio fijo que pueda constar en su inscripción y al que sea razonable esperar que le llegue una comunicación. Si, por el contrario, existe un lugar fijo de residencia dentro del municipio se le debe empadronar en el mismo, independientemente de las circunstancias que afecten al domicilio en cuestión (caravana instalada en lugar no autorizado, locales y naves industriales abandonadas, espacios en los que el ordenamiento legal no permite su uso como vivienda, asentamientos que no tienen concedida la habitabilidad, que están declarados en ruina, etc.).

El ciudadano elige libremente su residencia y debe asumir las consecuencias judiciales que de ello puedan derivarse, no siendo responsabilidad, en ningún caso, del ayuntamiento. Todo ello sin perjuicio de que éste pueda recurrir a la información relativa al domicilio contenida en el padrón para ejercer las competencias que le atribuye el art. 25.2 de la mencionada Ley de Bases como son: Ordenación del tráfico, Protección Civil, Disciplina urbanística, Servicios Sociales, etcétera.

Por ejemplo, el servicio municipal correspondiente puede averiguar, a partir de la información contenida en el padrón relativa al domicilio, que una caravana está instalada en un lugar público yendo ello en contra de las ordenanzas municipales y ejercer las acciones oportunas.

Por otra parte, si el gestor del padrón tiene constancia, en el momento de realizar una inscripción, que una persona se va a empadronar en un asentamiento no autorizado, como son los casos expuestos de una caravana instalada en un lugar público, de un domicilio que está declarado en ruina o sobre el que se está tramitando un expediente para su derribo, etc., lo deberá poner en conocimiento del interesado, siendo éste, en cualquier caso, el responsable de residir en ese domicilio y de empadronarse en el mismo.

### *1.2. Empadronamiento de recién nacidos*

Para los supuestos del empadronamiento de un recién nacido en un domicilio sin licencia de construcción en el que tampoco están empadronados los padres, por la misma razón hemos de precisar que según el art. 54.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, en su nueva redacción dada por el Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre, los menores de edad no emancipados y los mayores incapacitados tendrán la misma vecindad que los padres que tengan su guarda o custodia o, en su defecto, de sus representantes legales, salvo autorización por escrito de éstos para residir en otro municipio.

Por otra parte, de acuerdo con el punto 4 de la Resolución de 4 de julio de 1997, por la que se dictan instrucciones técnicas a los ayuntamientos sobre actualización del Padrón Municipal, el padrón debe reflejar el domicilio donde realmente vive cada vecino del municipio y es completamente independiente de las circunstancias físicas, higiénico-sanitarias o de otra índole que afecten al domicilio.

Por ello el ayuntamiento, en este caso particular, debe comprobar si los padres residen realmente en esa vivienda. Una vez comprobado este hecho, el ayuntamiento debe proceder al empadronamiento de los padres y a dar el alta procedente del Boletín de Nacimiento del recién nacido en el domicilio mencionado si ésta es su residencia habitual, con independencia de si la casa tiene o no licencia de construcción y de si se va a iniciar el expediente para su derribo.

### *1.3. Empadronamiento de marginados*

Hay que destacar que según prevé el apartado 4 de la Resolución de 4 de julio de 1997, conjunta de la presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del director general de Cooperación Territorial, por la que se dictan instrucciones técnicas a los ayuntamientos sobre actualización del Padrón Municipal, «el padrón debe reflejar el domicilio donde realmente vive cada vecino en el municipio. Siempre que se produzca esa realidad debe hacerse constar en el padrón. Y de la misma manera que la inscripción padronal es completamente independiente de las controversias jurídico-privadas sobre la titularidad de la vivienda, lo es también de las circunstancias físicas, higiénico-sanitarias o de otra índole que afecten al domicilio.

En consecuencia, las infraviviendas (chabolas, caravanas, cuevas, etc., e incluso ausencia total de techo) pueden y deben figurar como domicilios válidos en el Padrón Municipal. El criterio que debe presidir esta decisión viene determinado por la posibilidad o imposibilidad de dirigir al empadronado una comunicación al domicilio que figure en su inscripción. En el caso de que sea razonable esperar que esa comunicación llegue a conocimiento del destinatario, se le debe empadronar en esa dirección.

La correcta aplicación de ese criterio determina, por un lado, que se deba aceptar como domicilio cualquier dirección donde efectivamente vivan los vecinos, y, por otro, que pueda y deba recurrirse a una “dirección ficticia” en los supuestos en los que una persona que carece de techo reside habitualmente en el municipio y sea conocida de los Servicios Sociales correspondientes».

#### *1.4. Empadronamiento de extranjeros*

La normativa reguladora del Padrón Municipal de Habitantes, establece que todas las personas que vivan en España están obligadas a inscribirse en el Padrón del municipio en el que residen habitualmente (arts. 15 LRBRL y 54 RPDT). Por tanto, dicha obligación se refiere tanto a españoles como a extranjeros, si bien en el caso de estos últimos, su inscripción en el padrón no constituirá prueba de su residencia legal en España, ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España (arts. 18.3 LRBRL y 56.2 RPDT).

En consecuencia, pues, el empadronamiento de extranjeros no presenta singularidad con la exigencia de requisitos distintos de los solicitados a los ciudadanos españoles. En todo caso el apartado 5 de la Resolución de 4 de julio de 1997, zanja de manera clara cualquier controversia a este respecto cuando señala que: «El art. 18.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, en su nueva redacción dada por la Ley 4/1996, refleja en forma clara y definitiva la separación entre las funciones que corresponden a los ayuntamientos y las que corresponden al Ministerio del Interior en relación con la residencia en España de ciudadanos extranjeros.

El control de la permanencia en España de ciudadanos extranjeros corresponde al Ministerio del Interior, que se sirve para ello del Registro de permisos de residencia regulado por el art. 13.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España.

El ayuntamiento ni interviene en la concesión de los permisos de residencia ni es competente para controlarlos. Su obligación es reflejar en un registro, el padrón, el domicilio y las circunstancias de todas las personas que habitan en su término municipal. Y de la misma manera que no debe controlar a través del padrón la legalidad o ilegalidad de la ocupación de la vivienda, tampoco debe realizar ningún control sobre la legalidad o ilegalidad de la residencia en territorio español de ninguno de sus vecinos.

Una vez más debe reiterarse que la misión del padrón es constatar el hecho de la residencia, y no controlar los derechos de los residentes. Y justamente porque ésta es la finalidad del padrón, el art. 18.2 de la Ley de Régimen Local determina que la inscripción padronal no es un acto administrativo idóneo para que de él se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función».

En relación con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y la reciente modificación operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, hay que señalar que en el art. 6.3, señala que: «Los ayuntamientos incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos».

La incorporación al padrón otorga al extranjero no residente el acceso al derecho a la asistencia sanitaria, de conformidad con lo establecido en el art. 12 de la citada Ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por cuanto que el legislador ha vinculado la inscripción en el Padrón Municipal en el que el extranjero tenga su domicilio habitual, al acceso al derecho *a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*.

## **2. Posibilidad de comprobación de datos, por los miembros de la Policía Local, previa a la inscripción padronal**

El Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, en su modificación operada en el Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre, dispone en el art. 54.1 que toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el padrón del municipio en el que resida habitualmente, a cuyos efectos el ayuntamiento puede, por una parte, comprobar la veracidad de los datos consignados en la presentación de la hoja padronal o formulario de solicitud de empadronamiento (art. 59.2 del citado Reglamento) y, por otra parte, una vez efectuada la inscripción en el padrón, darla de baja si se demuestra indebida, tras la tramitación del oportuno expediente (art. 72 de la misma norma).

La solicitud de empadronamiento formulada por el interesado da lugar a la iniciación del oportuno expediente, sujeto en lo no previsto por su normativa específica a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicha disposición obliga a la Administración a dictar resolución expresa sobre la petición presentada en un plazo no superior a tres meses, salvo que la normativa de rango legal reguladora del procedimiento concreto disponga otro plazo, lo que no consta en el supuesto que nos ocupa (art. 42.1 y 3 de la citada Ley 30/1992). La falta de resolución en dicho plazo de una solicitud de empadronamiento daría lugar por tanto a su estimación por silencio administrativo, a tenor de lo previsto en el art. 43.2 de la LRJPAC.

En este sentido, conviene recordar que el alta en el Padrón Municipal de habitantes (a diferencia de la baja) no es automática. El alta en el padrón se produce por un acto administrativo que resuelve una solicitud del interesado. Las normas que regulan el procedimiento para la tramitación de este expediente (Resoluciones de 1 de abril de 1997 y 4 de julio de 1997, amén del Reglamento de Población), no establecen plazo para su resolución y notificación al interesado, por lo que habrá que acudir al plazo general de tres meses establecido en el art. 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como venimos sosteniendo.

Durante ese plazo de tres meses (contados desde la fecha en que la solicitud de alta haya tenido entrada en el Registro municipal), descontado el periodo necesario para el trámite de audiencia (mínimo diez días y máximo quince, según el art. 84 de la LR-JPAC), el órgano competente del ayuntamiento realizará de oficio los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (art. 78 de la Ley 30/1992).

Si el ayuntamiento, pues, no notifica dentro de los tres meses la resolución estimando o desestimando la solicitud, opera el silencio positivo y el ciudadano quedará a todos los efectos empadronado en ese municipio.

Por otra parte, y siguiendo el razonamiento expuesto en la consulta, necesidad o no de que las inscripciones padronales se lleven a cabo mediante un acto administrativo, resulta por la Comisión Permanente del Consejo de Empadronamiento en su Sesión de 21 de abril de 2005, en el supuesto de denegación de la inscripción, la misma ha de motivarse, según el art. 54.1 de la Ley 30/1992, y deberá hacerse constar que, como toda actividad administrativa que perjudique a los ciudadanos, las resoluciones que dicte un ayuntamiento denegando el alta en el Padrón Municipal, serán susceptibles de impugnación conforme al régimen general establecido en los arts. 52 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; el capítulo II del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En conclusión, el procedimiento de inscripción en el padrón es un acto administrativo, y en el caso de denegación de la misma, sería necesaria una resolución expresa por parte del alcalde.

A este respecto, aprovechamos para destacar que, por lo que se refiere a las competencias del secretario y del alcalde en el caso de denegación del alta y a la situación resultante en dicho caso, es competencia del alcalde dictar cualquier Resolución sobre la gestión de padrón de conformidad con lo establecido por el art. 21.1.s) de la citada Ley 7/1985, correspondiendo al secretario ejercer las funciones públicas reservadas de fe pública y asesoramiento legal preceptivo según el art. 92.3 de la misma Ley y el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

### 3. Abuso de derecho en las inscripciones padronales

Nuestro ordenamiento jurídico recoge de modo expreso el principio de que la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial del mismo, disponiendo el art. 7.2 del Código Civil que «todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

La STS de 5 de diciembre de 1995 indica las medidas que puede adoptar la Administración para evitar el abuso de derecho en esta materia, al afirmar que «el fraude de ley que puede comportar la inscripción en un Padrón Municipal en el que no tenga la residencia habitual, puede ser advertido en el acto por el que se inscribe el interesado de no constar la circunstancia necesaria para la inscripción o, en su caso, previo expediente de revisión de oficio, o en vía de recurso».

En este sentido, cuando el particular solicita su empadronamiento da lugar, como ya se ha expuesto, a la iniciación del oportuno expediente durante cuya tramitación la Administración, si aprecia la existencia de indicios racionales de que la inscripción padronal que se pretende puede ser fraudulenta, no sólo puede sino que debe efectuar las indagaciones oportunas para intentar comprobar la veracidad de las declaraciones del interesado, siendo posible, por tanto reiterar las visitas de la Policía Local. En este caso, la Administración municipal no estaría haciendo otra cosa que comprobar que concurren los requisitos que posibilitan la inscripción en el padrón.

Como tal la inscripción no es discrecional, sino «el ejercicio de la libertad de residencia que concede el art. 19 de la Constitución», tal actividad indagatoria es imprescindible en el supuesto de que se sospeche que la inscripción padronal pretendida es indebida, puesto que, el alta en el padrón únicamente podrá ser desestimada por el ayuntamiento cuando existan pruebas suficientes que demuestren que el interesado no reside habitualmente en el término municipal ni tiene intención de hacerlo en el futuro. Ello se pone de manifiesto en la STSJ de Madrid de 28 de marzo de 1996, que indica que la denegación del alta en el padrón «sin que concurra para ello ninguna causa legal está vulnerando por parte de la Administración el derecho a elegir libremente residencia en cualquier lugar del territorio español...».

La Resolución conjunta de la presidenta del INE y del director general de Cooperación Territorial de 4 de julio de 1997, por la que se dictan instrucciones técnicas a los ayuntamientos sobre actualización del Padrón Municipal, dispone en su punto tercero, en relación a la comprobación de datos, que: «En consecuencia, tan pronto como el gestor municipal adquiera la convicción de que los datos que constan en la inserción padronal se ajustan a la realidad, deja de estar facultado para pedir al vecino ulteriores justificantes que acrediten aquel hecho», de modo que en última instancia, en defecto de

títulos de propiedad, arrendamiento o prestación de servicios de suministros, el gestor municipal «debería comprobar por otros medios (informe de Policía local, inspección del propio servicio, etc.) que realmente el vecino habita en ese domicilio».

En consecuencia, pues, se está reconociendo en primer lugar la necesidad de que por unos medios u otros la Administración municipal alcance una certeza dentro de lo razonable sobre la veracidad de las declaraciones de los interesados, sin que deba efectuar la inscripción o corrección de los datos del padrón en tanto no adquiriera tal convicción y, en segundo lugar, que una vez alcanzada ésta se debe resolver inmediatamente sobre la petición formulada sin requerir otras actuaciones de los interesados ni demorar innecesariamente la inscripción.

Esta posibilidad no habilita, sin embargo, para vulnerar las previsiones sobre el plazo máximo del que dispone la Administración para resolver.

En todo caso hemos de subrayar que la denegación de la inscripción impide adquirir la condición de vecino y el ejercicio de los derechos y deberes previstos en el art. 18 de la LBRL. La inscripción en el padrón del domicilio en el que se vive está vinculada al ejercicio de derechos, algunos fundamentales, como son el derecho de participación, el derecho a la libertad de circulación, o bien el derecho a la educación, a los servicios sociales y a la asistencia sanitaria. Las limitaciones a estos derechos deben estar recogidas en una norma legal que respete el contenido esencial, como así se recoge en la STC 11/1981, de 8 de abril; y es que la normativa de empadronamiento no establece otras limitaciones más que las de comprobación de la identidad del solicitante y la de la residencia efectiva en el municipio.

En el caso de los niños y menores de edad, la denegación de la inscripción implica perjuicios a los menores cuando es una obligación legal de los poderes públicos proteger a los menores, sin ningún tipo de discriminación (arts. 1, 11 y 12 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica al Menor). Tanto el acceso a los servicios sociales como la escolarización o la asistencia sanitaria ambulatoria dependen del certificado de empadronamiento.

#### **4. Posibilidad de revisar las altas efectuadas**

Como en la nota de solicitud de este informe se indica siempre existe la posibilidad de que se puedan realizar, en aquellos supuestos en los que se ha debido dar de alta en el padrón a determinadas personas en circunstancias en las que se sospecha el carácter fraudulento de la inscripción, actuaciones posteriores a la misma de las que pueda llegarse a la convicción de que tal inscripción fue indebida, procediéndose en tal caso como prevé el art. 72 del reiteradamente citado Reglamento de Población y Demarcación.

En este sentido nada obsta la posibilidad de que tales actuaciones se efectúen inmediatamente después de haberse producido la inscripción del alta, de modo que las actuaciones de comprobación, como por ejemplo las visitas periódicas de la Policía Local,

se desarrollen de la misma forma que lo harían las previas a la inscripción, si bien en un momento posterior, con la finalidad de detectar y corregir las solicitudes dirigidas a obtener inscripciones indebidas.

### III. RECOMENDACIONES

I. La inscripción en el Padrón Municipal es una obligación de las personas que vivan en España, que obliga a inscribirse en el municipio que residan de forma habitual, art. 54.1 del RPDT.

II. La naturaleza jurídica del Padrón Municipal, es la de registro administrativo, cuya función es ser reflejo del domicilio y circunstancias de todas las personas que habitan en el municipio, con la inscripción la persona adquiere la condición de vecino, según el art. 15 de la LBRL.

III. El art. 59.2 del RPDT faculta a los ayuntamientos para comprobar la veracidad de los datos consignados por los vecinos, ello no significa que las Administraciones locales tengan atribuciones para juzgar aquellas cuestiones que tienen que ver con la propiedad, o cuestiones de naturaleza jurídico privada; más allá de la finalidad de servir como elemento de prueba para acreditar que el vecino habita en el domicilio indicado.

Tampoco resultan relevantes a los efectos de negar la inscripción en el padrón, aquellas cuestiones que tienen que ver con las circunstancias físicas, higiénico-sanitarias o de otra índole que afecten al domicilio; el padrón es el reflejo del domicilio donde reside cada vecino del municipio, y siempre que se produzca una realidad está será reflejada en el padrón.

IV. La denegación de la inscripción en el padrón vinculada, pues, a la adquisición de la condición de vecino del municipio, y por tanto al ejercicio de los derechos y deberes previstos en el art. 18 de la LBRL, se vincula necesariamente al ejercicio de ciertos derechos fundamentales, de lo que se deduce que no se puede denegar el empadronamiento a las personas que residen en el municipio, basado en motivos ajenos a la normativa, naturaleza y función del padrón, máxime cuando se ven afectados derechos fundamentales.

V. El art. 54.2 del RPDT resalta que el domicilio de los menores de edad no emancipados y los mayores incapacitados será el que ostenten sus padres que ostenten la guarda y custodia, o el de sus representantes legales, en consecuencia y pese a no existir un concepto legal de guarda y custodia como señala la Instrucción 1/2006, de la Fiscalía General del Estado sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de menores, recogiendo la STS de 19 de octubre de 1983, señalando que ésta ha de identificarse con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, de manera que salvo prueba en contrario el lugar de residencia habitual de los menores no emancipados y los mayores incapacitados es el de los padres que ostenten la guarda y custodia, o el de sus representantes legales.

VI. La administración dispone de un plazo de tres meses para resolver sobre la petición de empadronamiento, a tenor de lo dispuesto en el art. 42.3 de la Ley 30/1992, plazo dentro del cual se pueden realizar y reiterar las actuaciones que sean precisas para adquirir la convicción de que la solicitud de interesado se ajusta a la realidad.

VII. Transcurrido dicho plazo, y salvo ampliación excepcional del mismo al amparo de lo dispuesto en el art. 42.6 de la misma ley, el particular puede, de no haberse producido resolución expresa, entender estimada su petición por silencio administrativo, por lo que, con carácter general, no puede demorarse la resolución del procedimiento más tiempo al objeto de efectuar otras comprobaciones.

VIII. Tales comprobaciones pueden realizarse en momento posterior a la inscripción dando lugar a la rectificación del padrón si se aprecia que la inscripción en el mismo fue indebida, a tenor de lo dispuesto en el art. 72 del Reglamento de Población y Demarcación.

IX. En tanto no transcurra el plazo de tres meses señalado, resulta posible que el órgano competente para la gestión del padrón, realice los actos de comprobación necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, según prevé el art. 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre LRJPAC.

En consecuencia, de conformidad con lo expuesto, el técnico que suscribe, sin perjuicio de mejor y superior criterio en derecho, emite presente informe, el cual no tiene carácter preceptivo.

El Técnico de Administración General.



# Infracciones urbanísticas en la Comunidad de Madrid

*Ayuntamiento de Meco*<sup>1</sup>

A petición de la Alcaldía y en cumplimiento de lo previsto en el art. 3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se aprueba el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación nacional, informo:

## I. NORMATIVA LEGAL APLICABLE

Tras la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, ha quedado sancionado que conforme prescribe el art. 148.1.3.<sup>a</sup> de la Constitución Española, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

La Comunidad de Madrid ha asumido dichas competencias; siendo la Administración competente para regular el urbanismo de la Comunidad Autónoma, que ha ejercido a través de la vigente Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, como anteriormente lo hizo con la Ley 4/1984, de 10 de febrero, sobre medidas de disciplina urbanística; la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, o la Ley 20/1997, de 15 de julio, de medidas urgentes en materia de suelo y urbanismo.

La disciplina urbanística es una materia urbanística y por tanto objeto de regulación jurídica por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus potestades propias, disponiendo de competencias de desarrollo reglamentario, a través del planeamiento a favor de los municipios.

Teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de la disciplina urbanística constituye una potestad pública de control y limitación del ejercicio de derechos individuales y de penalización de conductas, que no se ajusten a la normativa aplicable, requiere disponga de las mismas garantías, que se aplican en Derecho penal y sancionador, de ahí el interés de que la norma legal habilitadora disponga de la regulación precisa, en cuanto a la determinación del ilícito urbanístico, tipos aplicables, personas responsables, medidas de legalización o restablecimiento de la legalidad urbanística y sanciones aplicables.

<sup>1</sup> Este informe ha sido redactado por Teófilo Arranz Marina, Secretario del Ayuntamiento.

## II. REGULACIÓN DE LA DISCIPLINA URBANÍSTICA EN LA COMUNIDAD DE MADRID

El título V de la Ley 9/2001, regula la disciplina urbanística, al igual que lo hacía su precedente Ley 4/1984, del siguiente modo:

- Arts. 190 a 192, La inspección urbanística.
- Arts. 193 a 200, protección de la legalidad urbanística.
- Arts. 201 a 237, infracciones urbanísticas y su sanción.

La regulación normativa citada nos permite extraer una serie de ideas básicas, para comprender mejor la materia que se analiza:

### 1. Concepto de infracción urbanística

Las acciones u omisiones que vulneren o contravengan la Ley, los planes y las ordenanzas (art. 201).

### 2. Supuestos de infracción urbanística

a) Los actos de uso del suelo, construcciones y edificación para implantación y desarrollo de actividades, *ejecutados sin licencia* y que requieren de la misma. Los actos sujetos a licencia urbanística se regulan en el planeamiento aplicable y en el art. 151 de la Ley 9/2001. Estos actos los podemos clasificar: en actos de edificación, de parcelación urbanística, de usos del suelo, de primera utilización de las edificaciones, de construcciones y de instalaciones.

b) Los actos de uso del suelo, construcciones y edificación para implantación y desarrollo de actividades, *ejecutados con licencia*, pero sin ajustarse a la concedida o bien por realizar otras obras que no constan en la licencia otorgada o además por no ser conformes con la legalidad urbanística.

c) Los actos de uso del suelo, construcciones y edificación para implantación y desarrollo de actividades, *ejecutados con licencia o con orden de ejecución*, la cual es contraria al planeamiento urbanístico o a la normativa urbanística aplicable.

### 3. Control de los actos de uso del suelo, construcciones y edificación para implantación y desarrollo de actividades

Se debe realizar a través del servicio de inspección que debe existir en la propia Comunidad de Madrid y en los municipios, constituyendo una obligación de los ayuntamientos contar con una unidad administrativa dedicada exclusivamente al ejercicio

de funciones inspectoras y en caso de carencia de medios pedir justificadamente la colaboración de la Consejería de Medio Ambiente, conforme se regula en los arts. 190 y 191 de la Ley 9/2001, regulándose en el art. 192 el procedimiento a seguir de visitas y levantamiento de actas de inspección.

#### 4. Restablecimiento de la legalidad urbanística. Medidas de reacción municipal para protección de la legalidad urbanística

a) *Suspensión de actos de uso del suelo, construcciones y edificación sin licencia.* Por el órgano municipal competente, dictará orden de paralización inmediata del acto y simultáneamente comunicará la orden a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio y al interesado. La orden de suspensión deberá disponer, como medidas provisionales complementarias, el precinto de las obras o el local y la retirada de maquinaria y material que se utilicen en las obras, cuyos gastos de retirada serán a cargo de forma solidaria del constructor, promotor y propietario. El incumplimiento de la orden de suspensión dará lugar a multas coercitivas por periodos de diez días de 150 € o el 5 por 100 del valor de la obra si fuera ésta superior. Del incumplimiento de la suspensión se dará cuenta al Ministerio Fiscal, a efectos de exigencia de responsabilidad penal (art. 193 de la Ley 9/2001). En el propio acto administrativo de paralización y suspensión de los actos sujetos a licencia, se concederá el plazo de dos meses para solicitar la legalización o en su caso ajustar las obras o los usos a la licencia u orden de ejecución (art. 194 de la Ley 9/2001).

b) *Actos de edificación o uso del suelo finalizados sin licencia u orden de edificación o sin ajustarse a las condiciones señaladas en la misma.* Art. 195 de la Ley 9/2001. Si no han transcurrido cuatro años desde la terminación total de las obras o usos del suelo, se otorgará a promotor, constructor y propietario el plazo de dos meses para legalizar las obras y se comunicará la resolución a la Consejería y al interesado. El cómputo para determinar el final de las obras se regula en el art. 196 de la citada Ley 9/2001.

c) *Actos de edificación o uso del suelo en ejecución que se realizan al amparo de una licencia u orden de edificación, pero que la misma es contraria al planeamiento o a la normativa urbanística* (art. 197 de la Ley 9/2001).

— El órgano municipal competente dispondrá la suspensión de la eficacia y cese inmediato de los actos de edificación o uso del suelo iniciado y desarrollado al amparo de actos administrativos, que constituyan manifiestamente una infracción grave o muy grave.

— El ayuntamiento comunicará la orden de suspensión en el plazo de diez días, al órgano competente de la Jurisdicción contenciosa administrativa (Juzgados de lo Contencioso-Administrativo provincial o de la Comunidad Autónoma, en caso de usos del suelo u obras hasta un presupuesto de 1.502.530,26 € y por encima de ese importe al Tribunal Superior de Justicia de Madrid), según los arts. 8 y 10 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

— El restablecimiento de la legalidad urbanística quedará a resultas de la sentencia que dicte el órgano jurisdiccional. De declararse la anulación de la licencia se ordenará la incoación de expediente sancionador y supondrá la obligación de demoler las obras ejecutadas, que precisa de una orden del órgano municipal competente o en su caso de la Consejería (art 198 de la Ley 9/2001).

*d) Actos de edificación o uso del suelo realizados al amparo de una licencia u orden de edificación, pero que la misma es contraria al planeamiento o a la normativa urbanística (art. 197 de la Ley 9/2001):*

— Si las obras o usos del suelo están terminados y constituyen infracciones graves o muy graves según la Ley 9/2001, serán revisadas por el órgano municipal correspondiente, siguiendo el procedimiento establecido en el art. 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de revisión de oficio de los actos anulables declarativos de derecho, o en su caso en el art. 102, de revisión de los actos nulos. Procedimiento de revisión independiente del sancionador.

## 5. Restablecimiento de la realidad física. Medidas de reacción municipal

Las obras o usos del suelo que no sean legalizables o que por parte del obligado a solicitar su legalización, no lo hiciera en tiempo y plazo antes referido, conllevará a que se dicte orden de demolición de las edificaciones, construcciones e instalaciones realizadas o la obligación de reconstruir lo demolido improcedentemente o restablecer el uso del suelo infringido. El restablecimiento de la realidad física es una consecuencia de la imposibilidad jurídica de legalización o de la negativa de quien debiera hacerlo se negará (arts. 194, 198 y 199 de la Ley 9/2001).

La ejecución de la demolición o del restablecimiento de la realidad física infringida será de cuenta y cargo del infractor; disponiendo el ayuntamiento de las potestades públicas para la ejecución de los actos administrativos conforme se regula en el art. 95 y siguientes de la Ley 30/1992, entre los que se encuentra la ejecución subsidiaria (art. 98), y la multa coercitiva.

Para la ejecución subsidiaria de la demolición o restablecimiento de la realidad física y jurídica alterada puede precisarse la entrada en domicilio, a cuyo objeto debe tramitarse con remisión del expediente completo de lo actuado al juez de lo contencioso administrativo provincial, designando letrado y procurador o en su caso letrado como servicio municipal, a los efectos previstos en el art. 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## 6. Actos de edificación y uso del suelo en zonas verdes y espacios libres (art. 200 de la Ley 9/2001)

Los actos de construcción, edificación o uso del suelo que se realicen sin licencia o sin ajustarse a la misma, les será aplicable el régimen general referido.

Las licencias contrarias al planeamiento o legalidad urbanística serán nulas de pleno derecho.

Las infracciones serán calificadas de muy graves.

## 7. Prescripción de las infracciones y sanciones (arts. 236 y 237)

— Será de cuatro años en general, según cómputo de plazos establecidos en los preceptos citados; teniendo en cuenta los aspectos sobre infracción continuada. Es un plazo de prescripción y no de caducidad.

— Las infracciones urbanísticas que afecten a zonas verdes o espacios libres, no prescriben nunca.

## 8. Régimen sancionador

Además del régimen jurídico de restablecimiento de la legalidad urbanística, frente a las infracciones urbanísticas se deberán incoar expedientes sancionadores, que respetando los principios legales que rige la materia punitiva y sancionadora deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

*a) Calificación de las infracciones.* Leves, graves y muy graves (art. 204 de la Ley 9/2001).

*b) Personas responsables.* Según el art. 205 Ley 9/2001, con una responsabilidad solidaria y con las circunstancias modificativas de la responsabilidad según el art. 206 de la misma norma.

— Obras o usos del suelo, sin licencia o sin ajustarse a la misma:

- Los técnicos facultativos redactores de los proyectos o documentos técnicos si las obras fueran incompatibles con la legalidad urbanística aplicable.
- Los promotores constructores, propietarios o directores de las obras o usos del suelo (según los arts. 12 y 13 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación).

— Obras con licencia contraria a la legalidad urbanística aplicable:

- Los técnicos que hubieran informado favorablemente con conocimiento de la vulneración del orden jurídico.
- El secretario si no advierte de la falta de informes preceptivos, técnico y jurídico.

- El titular del órgano que concedió la licencia sin los preceptivos informes o cuando estos sean desfavorables.

c) *Cuantía de las sanciones, graduación, interconexión de las sanciones, concurso de infracción y tipos de sanciones por materias.* Se regula en los arts. 207 a 237 de la Ley 9/2001.

d) *Prohibición de beneficio económico.* Rige el principio de que el infractor no puede obtener beneficio con la infracción; a tal efecto si fuera necesario la multa se aumentará hasta garantizar este principio (art. 212 de la Ley 9/2001). A este efecto el restablecimiento de la legalidad urbanística tiene que tener las consecuencias legales que prescribe el art. 202.

## 9. Potestades municipales en materia de disciplina urbanística

Implican una doble consecuencia de la Administración actuante; una de facultad o poder y otra de obligación o deber. Es preciso el art. 202.2 cuando dice expresamente: «En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal». Potestad de facultad-deber, criterio consolidado en la tradición legislativa de nuestro derecho y sancionada por los tribunales y la doctrina jurídica.

## III. COLABORACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

A través de los arts. 307 al 310 del Texto Refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio<sup>2</sup>, se contempla el acceso al registro de la propiedad de diferentes actos de naturaleza urbanística, acceso que incluso se puede hacer por certificación administrativa. Esta norma ha sido objeto de desarrollo a través del Reglamento sobre Inscripción en el registro de la propiedad de actos de naturaleza urbanística, aprobado por Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, el cual ofrece entre otras colaboraciones las de:

- La de anotación preventiva en el registro de la propiedad de incoación de expedientes de infracción urbanística, conforme se regula en el capítulo VII (arts. 56 a 66).
- Anotaciones preventivas ordenadas en proceso contencioso-administrativo, reguladas en el capítulo VIII (arts. 67 a 72).
- La inscripción de los actos de parcelación, regulada en el capítulo X (arts. 78 a 82).

<sup>2</sup> Norma sustituida por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal.

#### IV. LA SANCIÓN PENAL DE ILÍCITOS URBANÍSTICOS

El vigente Código Penal, en sus arts. 319 y 320, regula como tipos penales, entre otros, «la construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección».

El art. 321 regula y sanciona los delitos sobre patrimonio histórico, en los supuestos de «derribar o alterar gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental...».

#### V. CONCLUSIONES

I. La disciplina urbanística constituye un deber y una obligación de los ayuntamientos.

II. La inacción administrativa supone para el obligado la asunción de las responsabilidades propias, ya que infracción lo constituye la acción u omisión, y las responsabilidades que regula el art. 78 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

III. La disciplina urbanística requiere de convicciones y voluntad de perseguir el ilícito urbanístico desde el principio, para lo cual debe disponerse del servicio de inspección y que su actuación sea eficaz.

IV. Si el restablecimiento de la legalidad urbanística y sobre todo el restablecimiento de la realidad física no se aborda desde el inicio en que se tiene conocimiento de las obras, previo servicios de inspecciones continuadas, es mucho más difícil abordarlo cuando las obras o actos de uso del suelo se están completando su ejecución.

V. Si es la voluntad municipal atajar y dar respuesta al mandato legal de la disciplina urbanística, debe tener en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) Hacer campañas de información.
- b) Persuadir sobre la obligatoriedad de cumplir la legalidad urbanística.
- c) Aplicar hasta el final el régimen de restablecimiento de la legalidad urbanística, restablecimiento de la realidad física y sancionar, haciendo patente el principio que incumplir la norma no supone beneficio alguno.
- d) Disponer de medios materiales y humanos, para perseguir el ilícito urbanístico y sancionar las conductas ilegales.
- e) Disponer del cartel de obras, previsto en la ley.
- f) Efectividad del mandato constitucional previsto en el art. 14 de la Constitución Española, de trato igualitario.

Lo que se informa a los efectos legales interesados, sin perjuicio de que opinión más fundada en derecho, diga otra cosa.



---

# Aplicación del régimen del silencio administrativo a las licencias urbanísticas

*Ayuntamiento de Meco*<sup>1</sup>

## INFORME JURÍDICO

*Asunto:* Solicitud de certificado de obtención de licencia de primera ocupación por silencio administrativo.

*Solicitante:* Promociones [...], representada por [...], cuya representación no acredita, sin perjuicio de considerar manifestada dicha representación en otras actuaciones en este ayuntamiento.

*Objeto de la licencia de obras:* Licencia de primera ocupación de vivienda unifamiliar en la [...].

*Núm. de expediente:* [...] de licencia de primera ocupación o primera utilización edificios.

*Fecha de la solicitud de la licencia:* el día [...] acompañando certificado final de obra, visado [...] colegio de aparejadores (arquitectos técnicos) y [...], colegio de arquitecto. Declaración catastral 902-N de [...], autoliquidación tasa.

### I. TRÁMITES ADMINISTRATIVOS

a) Acta de inspección del técnico municipal, D. [...] de [...], manifiesta que en el acto está presente, D. [...] arquitecto director de la obra, pero sin embargo no consta la firma del mismo; al indicar el acta que queda requerido.

b) La citada acta pone de manifiesto las siguientes deficiencias, entre otras que la cubierta es plana y el proyecto la contempla inclinada y existen diferentes deficiencias que afectan a la urbanización exterior con ocasión de la ejecución de las obras. La cubierta en el modo propuesto supone que se supera la altura máxima a alero, que se contiene en la ordenanza aplicable en el Plan Parcial del sector.

---

<sup>1</sup> Este informe ha sido redactado por Teófilo Arranz Marina, Secretario del Ayuntamiento.

## II. CONSIDERACIONES LEGALES

a) Las licencias urbanísticas municipales se regulan, en cuanto a su tramitación y plazos para resolverlas, en los arts. 151 al 157 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

b) En el art. 154.6 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, que remite al art. 153, apartados 4, 5, 6 y 7, establece, en relación con la licencia de primera ocupación:

— Que una vez que se comunica la certificación final de la obra, se realizará por los servicios municipales la inspección de la obra, en el plazo de un mes, indicando la conformidad o disconformidad de las mismas, de acuerdo con el proyecto objeto de licencia, al destino y uso al que van a ser destinadas y su conformidad con la ordenación urbanística.

— Si existe conformidad según el informe técnico, procede conceder la licencia de primera ocupación o primera utilización del edificio.

— El plazo para resolver la licencia de primera ocupación, desde el levantamiento del acta de inspección, la licencia de primera ocupación será de un mes.

c) De conformidad con lo referido en el punto anterior y lo previsto en el art. 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la existencia de deficiencias documentales o de la obra fácilmente resolubles o que pueden ser objeto de legalización, deberá ser objeto de requerimiento por una sola vez, con el otorgamiento de plazo proporcionado al objeto del mismo, normalmente diez días más cinco de prórroga para subsanar, mejorar o corregir las deficiencias; requerimiento que interrumpe el plazo para el cómputo del establecido para resolver, reiniciándose su cómputo, una vez completada la documentación.

d) Es obligación de la Administración resolver los expedientes en plazo, como recoge el art. 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, según redacción dada por la Ley 4/1999, ya que de no hacerlo incurre en la responsabilidad de funcionamiento anormal del servicio, y los efectos del silencio, como garantía del administrado, suponen un acto presunto estimatorio o denegatorio de lo solicitado, que como criterio general en materia de licencias es estimatorio. El plazo máximo de resolver las licencias no es el previsto en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, como pretende la solicitante de la certificación de acto presunto, pues es el indicado del art. 153, que sería un mes para levantar el acta de inspección y un mes para resolver. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la institución jurídica del silencio administrativo, o resolución presunta, no constituye un medio para dejar de resolver la Administración, sino una garantía para el administrado, que con la aplicación de dicha técnica jurídica está habilitado para el acceso al derecho objeto de la solicitud o para ejercitar las vías de revisión de los actos, según sean los efectos del acto presunto, por silencio administrativo positivo o negativo. En este sentido, existe obligación de la Administración de resolver

en plazo y del personal que sirve en la misma, observando lo establecido en el art. 74 de la mencionada Ley 30/1992, que obliga, bajo responsabilidad del funcionario o personal que no lo haga, de despachar los asuntos por orden riguroso de incoación de los asuntos de homogénea naturaleza.

e) La Ley 9/2001 establece en sus arts. 153, 154 y 155 plazos para resolver las licencias municipales, en relación con los supuestos que contempla cada precepto; otorgando efectos positivos a la no resolución en plazo de concesión de licencia. Pero este principio tiene una limitación en el texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en su art. 242.6, que prescribe que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico aplicable», precepto que resulta vigente después de la STC 61/1997, de 20 de marzo, y actualmente el art. 8.1. b) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo estatal; doctrina que se recoge en la jurisprudencia de forma mayoritaria, casi unánime y recientemente la STS de 28 de enero de 2009 de la Sala 3.ª, publicada en el *BOE* de 20 de marzo de 2009, por la que se declara, «como doctrina legal que el art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el art. 8.1. b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas».

f) Según se infiere del informe técnico, en cuyo caso debe ser completado, la obra ejecutada no se ajusta a la licencia concedida y no es legalizable, ya que el art. 2.4.1 del Plan Parcial del SAU-12 prohíbe la cubierta plana, sin perjuicio de las consideraciones sobre la altura máxima de la edificación.

### III. CONCLUSIONES

*Primera.* Con la precisión técnica sobre si son legalizables las obras, de persistir el incumplimiento de la licencia y resultar no ser legalizable, como parece deducirse, procede denegar la licencia de primera ocupación, denegar la solicitud de obtención de la licencia por acto presunto, y la entrega de certificado de acuerdo de acto presunto, de acuerdo con los aspectos jurídicos referidos en este informe. De igual modo, procede iniciar expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística y restauración de la realidad afectada, con inacción de expediente de infracción urbanística y sancionador.

*Segunda:* Si fueran legalizables las obras y no fueran contrarias al planeamiento urbanístico, podrían haberse adquirido las mismas, por silencio administrativo, sin perjuicio de requerir que se completara cualquier deficiencia; que no parece el caso. Según la doctrina establecida por el fallo jurisprudencial, se requiere para que el silencio administrativo sea positivo, no sólo que haya transcurrido el plazo legalmente establecido para resolver, sino que también los actos objeto de licencia, sean conformes con el ordenamiento urbanístico vigente.

*Tercera:* En cualquier caso, el proceder municipal debe adecuarse a los plazos previstos para resolver que se recogen en cada caso en la norma urbanística; siendo exigible el requerimiento expreso al solicitante, de mejora o subsanación de la solicitud y deficiencias a través del acta de inspección previa firma del representante del solicitante de la licencia y en la que se indica el requerimiento o bien, a través de requerimiento expreso, resolviendo lo que proceda, una vez completado el plazo, que dispone para completar la documentación o realizar las correcciones interesadas, a fin de resolver en el plazo que resta para completar el interrumpido, con ocasión del requerimiento efectuado.

Lo que se informa, sin perjuicio de opinión más fundada en derecho diga otra cosa o se aprecie por el órgano sustantivo, el alcalde o en caso de acordar demoliciones o restauración de la realidad física la Junta de Gobierno Local, pueden apreciar al dictar la resolución, dado que este informe no es vinculante.

---

# Procedimiento administrativo. Creación de registro auxiliar

*Ayuntamiento de Móstoles<sup>1</sup>*

El presente informe se emite en virtud de lo establecido en los arts. 54.1 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril); 3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, y 230.1 del Reglamento Orgánico Municipal aprobado por el Pleno en sesión de 31 de marzo de 2005 (BOCM de 29 de abril de 2005).

## I. ANTECEDENTES

Con fecha 19 de los corrientes se recibe en esta Secretaría General escrito de la concejala delegada de Sanidad, Servicios Sociales, Mayores, Consumo y Cooperación, remitiendo «Propuesta sobre creación de una nueva oficina de registro auxiliar del Área de Consumo, cuya aprobación se pretende elevar a la consideración de la Junta de Gobierno Local, para que sea emitido el oportuno informe jurídico».

## II. LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

Resolución de la Alcaldía de 22 de febrero de 2005.

## III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

*Primera.* Debe advertirse previamente que no ha de tratarse de la creación de una nueva oficina de registro auxiliar «del Área de Consumo», sino de una nueva oficina auxiliar del Registro General del ayuntamiento.

---

<sup>1</sup> Este informe ha sido redactado por José López Viña, Secretario General del Ayuntamiento.

Y en este sentido, recordar que conforme se indica en la consideración jurídica segunda, la referida oficina auxiliar del Registro General del ayuntamiento ha de contar con el soporte informático que reúna los requisitos establecidos y esté conectado e integrado con el Registro General. Y, naturalmente, ha de realizar las funciones de registro, tanto de entrada como de salida de documentos, y todo ello cumpliendo todas las determinaciones y extremos exigidos en el art. 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la referida Resolución de la Alcaldía.

*Segunda.* Siempre que se cuente con los medios personales y materiales necesarios y adecuados y se ajuste el funcionamiento del registro auxiliar a lo establecido en la Resolución de la Alcaldía de 22 de febrero de 2005 (de la que tomó conocimiento la Junta de Gobierno Local en la misma fecha), no se encuentra inconveniente legal para la creación de dicho registro auxiliar.

Las normas sobre régimen jurídico y funcionamiento de los registros de este ayuntamiento son las siguientes:

*Régimen jurídico y funcionamiento de los registros de este ayuntamiento.*

1. En el ayuntamiento de Móstoles existe un único Registro General, cuya oficina está ubicada en la Casa Consistorial y está adscrita a la Secretaría General (Concejalía de Hacienda y Recursos Humanos).

2. Las demás oficinas de registro, que serán auxiliares del registro general, son aquellas que, ejerciendo idénticas funciones que la oficina de Registro General, se encuentran situadas en dependencias diferentes de aquella.

3. El Registro General está instalado en soporte informático y el sistema garantizará la constancia, en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del escrito o comunicación que se registra.

La instalación en soporte informático de las oficinas de registro garantizará la plena interconexión e integración de las de carácter general y las respectivas oficinas de carácter auxiliar; estableciendo una única numeración correlativa de los asientos en función del orden temporal de recepción o salida.

En todo caso los asientos incluirán la fecha, expresada con ocho dígitos para el día mes y año, y la hora, expresada con seis dígitos para la hora, minutos y segundos, además de los restantes datos especificados en el art. 38.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. Las oficinas de registro, tanto la de carácter general como las de carácter auxiliar, desarrollan las siguientes funciones:

a) La recepción de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a cualquier órgano o dependencia de la Administración municipal; así como los dirigidos a los órganos de otras Administraciones Públicas en los términos del convenio suscrito con la

Administración General del Estado y la Comunidad de Madrid conforme al art. 38.4.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

b) La expedición de recibos de la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones.

c) La anotación de asientos de entrada o salida de las solicitudes, escritos y comunicaciones.

d) La remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones a las personas, órganos o unidades destinatarias.

e) La expedición de copias selladas de los documentos originales que los ciudadanos deban aportar junto con una solicitud, escrito o comunicación, así como el registro de dicha expedición.

f) La realización de cotejos y la expedición de copias compulsadas de documentos originales aportados por los interesados.

g) Cualesquiera otras que se les atribuyan legal o reglamentariamente.

5. Las funciones de constancia y certificación en los supuestos de litigios, discrepancias o dudas acerca de la recepción o remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones, corresponderán a la oficina de Registro General.

6. La creación, modificación o supresión de las oficinas de registro se efectuará, a propuesta de la Concejalía correspondiente o a iniciativa del alcalde, por resolución de la Alcaldía, previo el informe de la Secretaría General y oída la Junta de Gobierno.

7. Se podrán crear registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones que se transmitan por medios telemáticos, con sujeción a lo establecido en el art. 38.9 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La creación se efectuará por el mismo procedimiento que el de la creación de las oficinas de registro. Además, la resolución de creación del registro telemático será publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* y su texto íntegro deberá estar permanentemente disponible para consulta en la dirección electrónica a la que haya de accederse para presentar solicitudes, escritos y comunicaciones.

La resolución de creación de un registro telemático tendrá el siguiente contenido mínimo:

a) Indicación de la dirección o direcciones electrónicas o telemáticas en las que puede accederse al registro.

b) Requerimientos técnicos mínimos necesarios para el acceso y la utilización del registro.

c) Sistema o sistemas de firma electrónica reconocidos por el registro para la identificación del usuario y la admisión de la solicitud, escrito o comunicación.

d) Identificación orgánica del responsable de seguridad del registro y la indicación de la disponibilidad para consulta de un resumen de los protocolos de seguridad del registro y de las transacciones telemáticas.

e) Especificación de los trámites y procedimientos a los que se refieren las solicitudes, escritos y comunicaciones que pueden presentarse.

f) Identificación del órgano competente para la aprobación y modificación de la relación de solicitudes, escritos y comunicaciones que pueden presentarse en el registro, en los términos del párrafo e).

g) Indicación del calendario de días inhábiles, estatal, autonómico o local, que rige el registro, a efectos de la aplicación de las reglas de cómputo del art. 18.a) del Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo.

A los efectos de hacer efectiva la previsión contenida en este apartado 3.7, se insta a la Concejalía de Innovación Tecnológica para que realice todas las actuaciones técnicas necesarias. En todo caso, la creación de dichos registros habrá de ajustarse a todas las determinaciones contenidas en el art. 38.9 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el capítulo VI del Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo.

*Tercera.* Una vez creado el Registro auxiliar por Resolución de la Alcaldía, oída previamente la Junta de Gobierno Local, debe procederse por la Secretaría General publicarse en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, con indicación del lugar de ubicación y los días y horario de funcionamiento, en cumplimiento de lo establecido en el art. 38.8 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

#### IV. CONCLUSIÓN

Bajo las consideraciones expuestas, se informa favorablemente la propuesta formulada.

El Secretario General.

## 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](mailto: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) Palabras clave en lengua castellana y lengua inglesa.
  - e) Sumario de la contribución.
  - f) Fecha de finalización del trabajo.
  - g) Nota bibliográfica.
  - h) 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...*

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. El resultado será puesto en conocimiento del autor por la Secretaría de Redacción del *Anuario*.







