

QDL41

Junio de 2016 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Q

QDL41

Junio de 2016 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Edición

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Velázquez, 90, 4.º - 28006 Madrid

Producción

Dagaz Gráfica, s.l.u.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955

Foto de cubierta: iStockphoto LP



La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

Consejo Científico

Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Diego Córdoba Castroverde, *Tribunal Supremo*
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*
Jesús Leguina Villa, *U. de Alcalá (†)*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Luis Ortega Álvarez, *Tribunal Constitucional (†)*
Luciano Parejo Alfonso, *U. Carlos III*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Francisco Rubio Llorente, *expresidente del Consejo de Estado (†)*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

Consejo de Redacción

Presidente: Ramon Camp i Batalla, *Fundación Democracia y Gobierno Local*
Director: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*
Secretario: Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*
Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *Diputación de Barcelona*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*

Coordinadora

Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

QDL41

Estudios, ponencias, crónicas o notas sobre las leyes del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público (leyes 39/2015 y 40/2015)

14

I.

El procedimiento administrativo común en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

50

El nuevo procedimiento administrativo común (Ley 39/2015, de 1 de octubre)

ALEJANDRO HERNÁNDEZ DEL CASTILLO

72

II.

La administración electrónica en las leyes 39 y 40/2015

RICARDO RIVERO ORTEGA

86

Validez y eficacia. Avances y retrocesos en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Su incidencia en la Administración local

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

124

III.

Encomiendas de gestión y convenios

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

150

Encomiendas de gestión, encargos y convenios en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

JESÚS COLÁS TENAS

Sumario

Otros estudios, ponencias, crónicas o notas

De la representación política a la identificación orgánica
MARCOS PEÑA MOLINA 186

Ordenanzas de civismo y sustitución de multas pecuniarias por trabajos en beneficio de la comunidad.
Especial referencia a los menores
PILAR JUANA GARCÍA SAURA 200

Sobre l'aplicació de la Llei de transparència a l'Administració local
RAMON CAMP I BATALLA 235

El funcionamiento de las diputaciones provinciales en nuestro modelo territorial
ÓSCAR ROMERA JIMÉNEZ 255

Jurisprudencia

Crónica de jurisprudencia (de 11 de febrero a 10 de junio de 2016)
ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ 326

QDL41

**Estudios,
ponencias,
crónicas o notas
sobre las leyes
del Procedimiento
Administrativo
Común de las
Administraciones
Públicas y de
Régimen Jurídico
del Sector Público
(leyes 39/2015 y
40/2015)**

QDL41

I.

El procedimiento administrativo común en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas*

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES
*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Complutense de Madrid*

1. Consideración previa
2. El ámbito subjetivo de aplicación de la LPAC
3. Principales novedades en la regulación del procedimiento administrativo común
 - 3.1. Una precisión inicial sobre la tensión entre el procedimiento administrativo común y los procedimientos administrativos especiales
 - 3.2. Las actuaciones previas al inicio del procedimiento
 - 3.3. Las medidas provisionales antes y después de la iniciación del procedimiento administrativo
 - 3.4. La iniciación del procedimiento por denuncia, la delación y la clemencia
 - 3.5. El expediente administrativo: documentos que forman parte del mismo
 - 3.6. El nuevo supuesto de terminación de los procedimientos iniciados de oficio por desistimiento de la Administración y la reiniciación del procedimiento caducado cuando no se hubiere producido la prescripción
 - 3.7. Supuestos de suspensión del plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución

Artículo recibido el 04/05/2016; aceptado el 15/05/2016.

* Texto de la conferencia pronunciada en la Jornada: “La nueva legislación sobre Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Régimen Jurídico del Sector Público”, organizada por la Diputación de Segovia y la Fundación Democracia y Gobierno Local, y pronunciada en la Diputación de Segovia el 21 de abril de 2016.

- 3.8. El sempiterno problema del silencio administrativo: un nuevo supuesto de silencio desestimatorio, la cuestión del silencio en la resolución de los recursos de alzada y de reposición, y la expedición de oficio del certificado acreditativo del silencio
- 3.9. El cómputo del nuevo plazo por horas, el carácter inhábil de los sábados en el cómputo de los plazos por días, y el cómputo de los plazos cuando se fijen en meses o años
- 3.10. El nuevo procedimiento administrativo de tramitación simplificada
- 3.11. La ampliación del plazo para la resolución de los procedimientos de revisión de oficio a seis meses y la suspensión administrativa de la ejecución de la resolución o acto como consecuencia de la declaración de lesividad
- 3.12. Los recursos administrativos: mantenimiento del *status quo*, con la única rectificación de la regla del plazo de interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición en los casos de silencio administrativo, y la previsión de las causas de inadmisión de los recursos
- 3.13. La supresión de las reclamaciones administrativas previas y su mantenimiento en determinados asuntos propios de la competencia del orden jurisdiccional social

Resumen

Exposición y comentario de las principales novedades de la nueva regulación del procedimiento administrativo común, establecida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Palabras clave: *procedimiento administrativo común; procedimientos especiales; procedimiento simplificado; expediente administrativo; silencio administrativo; caducidad del procedimiento; recursos administrativos; reclamaciones administrativas previas.*

The administrative procedure in the new Law 39/2015, of 1 October: changes and some problematic issues

Abstract

This article describes and comments the main changes of Law 39/2015, of 1 October, regarding the regulation of the administrative procedure.

Keywords: administrative procedure; special administrative procedures; simplified procedure; administrative file; administrative silence; expiration of the procedure; administrative appeals; preliminary administrative complaint.

1

Consideración previa

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), presenta una sistemática parecida a la aún vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992 (en adelante, LRJPAC), y buena parte de su contenido viene a ser coincidente y, por tanto, meramente reiterativo, sin incorporar cambios especialmente significativos.

De todas formas, en la nueva LPAC dejan de regularse algunas cuestiones que sí se contemplaban en la LRJPAC. Es el caso de las relaciones interadministrativas, los órganos administrativos y las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales, así como la potestad sancionadora y la responsabilidad de la Administración, a excepción de los aspectos procedimentales. Todas estas cuestiones, a excepción de las reclamaciones previas (que, con carácter general, han quedado suprimidas, a salvo de lo que al respecto sigue disponiendo la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, de acuerdo con la nueva redacción dada a algunos preceptos de la misma), han pasado a ser reguladas en la nueva Ley de Régimen del Sector Público de 1 de octubre de 2015 (en adelante, LRJSP), que deroga la Ley 6/1997, de 4 abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y la Ley 28/2006, de 18 julio, de Agencias Estatales, así como aspectos parciales de otras normas, y que modifica con cierta amplitud la Ley 50/1997, de 27 noviembre, del Gobierno.

La nueva LPAC de 2015, en efecto, no introduce cambios sustanciales. La estructura básica del llamado procedimiento administrativo común se mantiene, sin perjuicio de haberse introducido algunas correcciones en aspectos concretos de los diversos trámites procedimentales, y de reajustar determinadas reglas al nuevo contexto de una Administración que aspira a desterrar el papel y a que su funcionamiento sea íntegramente electrónico, por considerar que con ello se sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia y, a la vez, se refuerzan las garantías de los interesados.

Más destacada es, desde luego, la novedad de que los anteriores procedimientos especiales sobre potestad sancionadora y responsabilidad patrimonial, que la LRJPAC de 1992 regulaba en títulos separados, con la nueva LPAC han pasado a integrarse como especialidades del procedimiento administrativo común. Una opción esta un tanto discutible, como oportunamente puso de manifiesto el Consejo de Estado en sus dictámenes sobre los correspondientes anteproyectos de ley(aunque sin éxito alguno), por cuanto complica innecesariamente la ordenación sistemática de la regulación de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y porque, además, en lo que atañe a los principios generales y sustantivos, ha venido acompañada de su desglose o separación de los referidos aspectos procedimentales, para pasar a ser regulados en otra norma, concretamente, en la LRJSP de 2015.

Hecha esta advertencia general, seguidamente se da cuenta de las principales novedades de la nueva regulación del procedimiento administrativo común, con especial referencia a algunas cuestiones problemáticas¹.

2

El ámbito subjetivo de aplicación de la LPAC

Con carácter previo conviene hacer algunas precisiones sobre el ámbito de aplicación de la nueva LPAC. La Ley tiene por objeto regular, según declara su artículo 1.1, “los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria”, y resulta aplicable al sector público y, por tanto, no solo a las Administraciones Públicas. Al igual que sucede con la LRJSP, esto significa que el ámbito de aplicación de la LPAC alcanza a las siguientes entidades que integran el sector público, de acuerdo con la descripción que se hace en su artículo 2.1:

1. Ya se han anticipado algunas valoraciones globales y de conjunto sobre ambas leyes por J. M.^a BAÑO LEÓN, “La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”, *DA. Nueva Época*, núm. 2, 2015; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: una primera evaluación”, *DA. Nueva Época*, núm. 2, 2015; y M. SÁNCHEZ MORÓN, “Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *El Cronista*, núm. 56, 2015, pp. 18 y ss.

- a) Las Administraciones Públicas territoriales, o lo que es lo mismo, la AGE, la Administraciones autonómicas y las entidades que integran la Administración local;
- b) Las entidades que integran el sector público institucional; y esas entidades son (artículo 2.2):
 - cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas;
 - las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley “que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas”; y
 - las Universidades públicas, que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de esta Ley.

Aún debe añadirse que el artículo 2.3 LPAC reconoce la condición de Administraciones Públicas no solo, claro es, a las Administraciones territoriales (AGE, autonómicas y locales), sino también a determinadas entidades institucionales: concretamente, a los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas (territoriales), si bien quedan al margen (inexplicablemente) las Universidades públicas (lo cual, en todo caso, en manera alguna puede significar que las mismas no ostenten esa condición). Y, por otra parte, en relación con las Corporaciones de Derecho Público (que no integran el sector público), se precisa que se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por ley, o delegadas por una Administración Pública, y supletoriamente por la LPAC (artículo 2.4).

De esta delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la LPAC y, por tanto, del llamado procedimiento administrativo común, hay un aspecto central a destacar. Y es que, marcando una diferencia radical con las regulaciones precedentes, la Ley alcanza y es aplicable a las entidades de derecho privado “cuando ejerzan potestades administrativas”. Resulta lógico, desde luego, que si una determinada entidad ejercita potestades administrativas, ese ejercicio quede sujeto a las reglas del procedimiento administrativo. Pero esa atribución de potestades constituye una novedad importante, de gran calado, que viene a romper con los criterios hasta el presente mantenidos en relación con el régimen jurídico al que quedan sujetas las entidades (institucionales) de derecho privado de las que instrumentalmente se sirven las Administraciones Públicas territoriales o, incluso, las entidades (institucionales) de derecho público dependientes de estas (los organismos públicos).

Conviene recordar, a este respecto, que la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento

de la Administración General del Estado, con relación a uno de los tipos de entidades institucionales de derecho privado más relevantes, es decir, las sociedades mercantiles estatales, establecía que las mismas “se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación”. Y añadía: “En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”. Y también las fundaciones privadas de iniciativa pública o, de acuerdo con la terminología legal, las fundaciones del sector público, quedaron sujetas al mismo criterio, aun cuando no se precisara que en ningún caso podrían disponer de facultades que implicaran el ejercicio de autoridad pública (artículo 46 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones). Sin embargo, la LRJSP, manteniendo la caracterización general de que las entidades del sector público configuradas como entidades de derecho privado quedarán sujetas al ordenamiento jurídico privado, con relación a las sociedades mercantiles estatales dispone, en el inciso final del artículo 113: “En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle[s] el ejercicio de potestades administrativas”. Por tanto, se procede a un reconocimiento expreso de que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades administrativas, aunque obsérvese que ese reconocimiento queda negado rotundamente en el caso de las fundaciones del sector público estatal, por cuanto, según el artículo 128.2, párrafo 2.º, en su inciso final, “las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas”.

Así pues, la personificación jurídico-privada de las referidas entidades resulta, en principio, determinante del régimen jurídico-privado aplicable a las mismas, sin perjuicio de lo que se refiere a su régimen presupuestario, contable, patrimonial y financiero, así como, por directa imposición del Derecho de la Unión Europea, en materia de contratación y, asimismo, en lo que respecta al régimen de responsabilidad patrimonial, una vez que el artículo 35 LRJSP expresamente ha previsto que “cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza (privada), su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”. Se ha superado de esta forma definitivamente el problema de que, por razón de su personalidad y régimen jurídico, este tipo de entidades privadas e, incluso, las propias entidades de derecho público que actúan con arreglo al derecho privado (caso

de las entidades públicas empresariales), escaparan al régimen de la responsabilidad patrimonial objetiva, quedando sujetas, por tanto, a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

En consecuencia, al margen de las excepciones señaladas, ni el régimen de validez y eficacia de los actos administrativos, ni las reglas del procedimiento administrativo, ni el régimen sancionador, alcanzan a unas entidades a las que, por su naturaleza y configuración jurídico-privada, no pueden alcanzar. Como tampoco les puede alcanzar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en orden al conocimiento y enjuiciamiento de las actuaciones y actos de tales entidades, tal como resulta inequívocamente de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de su Ley reguladora.

Ahora bien, a partir del reconocimiento expreso de que las sociedades mercantiles de titularidad pública, vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, pueden ejercitar potestades administrativas, no deja de ser lógico que, pudiendo ejercitar “potestades administrativas”, cuando así lo hagan, sus actuaciones deban ajustarse a la LPAC, en los términos señalados (artículo 1.1). Como tampoco deja de ser lógico que de esas mismas actuaciones pueda (y deba) conocer la jurisdicción contencioso-administrativa, a pesar de la literalidad de los citados artículos 1 y 2 LJCA.

Sin embargo, lo que sucede es que con esta respuesta no se solventa el problema previo derivado del hecho de que entidades que no dejan de ser formalmente privadas, por mucha que sea su vinculación y dependencia de las Administraciones Públicas, pueden quedar investidas de “potestades administrativas”. Pues en estrecha relación con esa atribución surgen dificultades añadidas en orden a deslindar –si es que hubiera lugar a ello– entre las “potestades administrativas” (que son susceptibles de atribución a las sociedades mercantiles públicas), las “potestades públicas” (que no pueden atribuirse a las fundaciones públicas), y las “facultades que implican el ejercicio de autoridad pública” (que tampoco pueden ser atribuidas, ni a sociedades mercantiles, ni a fundaciones públicas)². Un deslinde que difícilmente nos parece puede alcanzarse desde criterios puramente conceptuales, ya que más bien todo parece quedar remitido a la determinación sin más del legislador.

Por otra parte, la opción por la que se ha decantado el legislador tampoco resulta fácilmente conciliable con otras reglas y exigencias legales. A este respecto, téngase en cuenta que mientras que el personal de las sociedades mercantiles estatales, incluido el que tenga la condición de directivo, “se

2. En el mismo sentido, *vid.* L. MARTÍN REBOLLO, “Tribuna”, *REDA*, núm. 174, 2015, p. 17.

regirá por el derecho laboral, así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, incluyendo siempre entre las mismas la normativa presupuestaria, especialmente lo que se establezca en las leyes de Presupuestos Generales del Estado” (artículo 112.4 LRJSP), el artículo 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP), dispone que “en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”³. La imposibilidad jurídica, por tanto, de que una sociedad mercantil estatal pueda ejercitar potestades públicas o administrativas, surge con naturalidad del hecho de que las mismas no disponen de funcionarios, que son los únicos que pueden participar, directa o indirectamente, en el ejercicio de tales potestades. Por tanto, solo en la medida en que simultáneamente se corrigiese la regla del artículo 112.4 LRJSP, abriendo la posibilidad de que también las

3. Es verdad, de todas formas, que la reserva de funciones a los funcionarios no deja de presentar excepciones. Baste recordar, por ejemplo, cómo la disposición transitoria segunda del EBEP de 2007, bajo la rúbrica: “Personal Laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario”, ya dispuso que “el personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario [o puestos clasificados como propios de personal funcionario], podrán seguir desempeñándolos”. Todo lo cual explica que, ocho años más tarde, el apartado 5 del artículo 87 LRJSP, al establecer que el real decreto de transformación de entidades institucionales preexistentes en otras preverá la posibilidad de integrar el personal en la entidad transformada o en la AGE, procediéndose a tal efecto de acuerdo con los procedimientos de movilidad establecidos en la legislación de función pública o en la laboral que resulte aplicable, expresamente afirma que “la integración de quienes hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo podrá realizarse con la condición de ‘a extinguir’, debiéndose valorar previamente las características de los puestos afectados y las necesidades de la entidad donde se integren”. Un reconocimiento, por tanto, sorprendente, ya que, sencillamente, equivale a admitir que se viene incumpliendo sin consecuencia alguna la regla de que las funciones reservadas a funcionarios públicos solo pueden ser realizadas por funcionarios. Y todo ello sin perjuicio de que tampoco faltan casos en los que la propia Ley reconoce el ejercicio de efectivas potestades administrativas a empleados públicos en régimen laboral, si bien no es menos cierto que a tales empleados solo se les aplican directamente las disposiciones del EBEP cuando así lo disponga su legislación específica: tal es el caso, por ejemplo, del personal del Banco de España [caso, por ejemplo, del artículo 4.h) del TREBEP, que, en principio, lo exceptiona de su ámbito de aplicación y lo sujeta a lo que en su legislación propia se disponga], de manera que, con arreglo al artículo 6 bis de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, “el personal del Banco de España está vinculado al mismo por una relación de derecho laboral”, a pesar de que la función inspectora que parte de ese personal desarrolla supone el ejercicio de una efectiva potestad pública o una función de autoridad.

sociedades mercantiles estatales pudieran disponer de funcionarios, o, en su caso, se eliminara la regla del artículo 9.2 TREBEP, admitiendo la participación en el ejercicio de las funciones públicas a todo empleado público (funcionario o no), podría disponerse de un cauce que permitiera a dichas sociedades el ejercicio de tales potestades.

En cualquier caso, con independencia de estas desviaciones y excepciones a la taxativa regla de la reserva a los funcionarios públicos de aquellas funciones que guarden relación, directa o indirecta, con el ejercicio de potestades públicas, en el supuesto que nos ocupa difícilmente se pueden conciliar previsiones antagónicas, como la de que, por una parte, se reconozca a las sociedades mercantiles estatales la posibilidad de atribuirles el ejercicio de potestades administrativas, mientras que, por otra, ninguna excepción se prevea en relación al régimen jurídico del personal al servicio de las mismas, que en ningún caso será el régimen estatutario-funcionario. De manera que, aun cuando se lograra justificar que esas potestades administrativas no conllevan facultades que implican el ejercicio de autoridad pública (lo que, desde luego, no se antoja fácil), lo cierto es que la referida reserva alcanza de lleno al ejercicio directo o indirecto de cualesquiera potestades públicas, o, lo que es lo mismo, a cualesquiera potestades administrativas.

Resta añadir que la jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en algunas ocasiones⁴. Especialmente relevante resulta, a este respecto, la STS (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 22 de enero de 2013 (RJ 1360), que anuló una resolución de la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía por la que se formalizó con la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo una encomienda de gestión para que esta realizase las actividades materiales y de gestión, exclusivamente administrativas, del Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del sector de la construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, pues, como declara la sentencia, con esa encomienda se sustraía el ejercicio de potestades a los funcionarios, al encargarse su ejercicio a quienes no reunían dicha condición. Y es que las tareas de clasificación y registro de contratistas y subcontratistas, por los efectos que representan para estos (ser presupuesto para la participación en la contratación administrativa), requieren de actos que, aunque sean de trámite en muchos casos, suponen el ejercicio de verdaderas potestades

4. Una exposición reciente de esa jurisprudencia en J. JORDANO FRAGA, “Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios”, *REDA*, núm. 174, 2015, pp. 133 y ss.

administrativas (f.d. 3). También significativa resulta la STS (Sala 3.^a, Sección 5.^a) de 24 de noviembre de 2009 (rec. 4035/2005), que vino a afirmar los límites existentes a la “privatización” a través de sociedades mercantiles de titularidad pública, ya que, en relación con el supuesto enjuiciado, “la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de autotutela, de recuperación y la imposición de sanciones, cuya tramitación corresponde a los funcionarios públicos y a los agentes de medio ambiente en particular”. De manera que la conclusión no sería otra que la de considerar inválidos los estatutos de una sociedad mercantil de titularidad pública por infringir la regla de la reserva de las señaladas funciones públicas a favor de los funcionarios.

Habrà que esperar, pues, a ver cómo se resuelve la contradicción señalada y, por tanto, la posición que adopta la jurisprudencia o el propio legislador. De todas formas, fácilmente se comprende la confusión conceptual y sistemática que se genera con esta mezcla de criterios tan heterogéneos y hasta opuestos, lo que, a la postre, termina por desnaturalizar y hace perder todo significado a los conceptos y categorías jurídicas, que son las piezas imprescindibles para la construcción de un verdadero sistema jurídico dotado de claridad, coherencia y seguridad.

3

Principales novedades en la regulación del procedimiento administrativo común

Seguidamente se exponen las principales novedades que la LPAC incorpora en la regulación del procedimiento administrativo común. Se prescindirá, no obstante, de una exposición sistemática del procedimiento en sus distintas fases, por cuanto, como ya hemos dicho, se mantiene la tradicional estructura de las tres fases de iniciación, instrucción y finalización, y en lo sustancial se mantiene, asimismo, su regulación, a excepción precisamente de las novedades que de inmediato se referirán. Y se prescindirá igualmente de todo lo relativo a las comunicaciones y el procedimiento electrónico, así como de las especialidades del procedimiento sancionador, por ser objeto específico de otras ponencias en esta misma Jornada.

Debe señalarse, de todas formas, que esas novedades no son todas las que deberían haberse introducido. Algunas cuestiones necesitadas de corrección o de atención quedan sin atender. Así, entre otras, por referir un par de ejemplos, se sigue careciendo de una regulación adecuada de la inspección

administrativa⁵ y, asimismo, de una regulación mucho más precisa de la declaración responsable y comunicación previa⁶, al limitarse en este particular extremo a reproducir sin más lo que dispusiera la LRJPAC tras su reforma en 2009.

3.1

Una precisión inicial sobre la tensión entre el procedimiento administrativo común y los procedimientos administrativos especiales

La CE, además de lo dispuesto en su artículo 103, incorpora en el artículo 149.1.18.^a una previsión expresa que se refiere al procedimiento administrativo. Consiste en atribuir al Estado la competencia exclusiva para regular “el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas”. Se explica así que la Ley del Proceso Autonómico de 1983 (dictada tras la STC de 5 de agosto de 1983, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra el proyecto de Ley Orgánica y de Armonización del Proceso Autonómico) dispusiera que la legislación del Estado sobre el procedimiento administrativo común sería aplicable a las Administraciones autonómicas y sus organismos y entidades instrumentales (artículo 12). Sin embargo, quedaba abierta la posibilidad de que se introdujeran especialidades derivadas de la organización propia de cada Administración Pública. Unas especialidades que la jurisprudencia constitucional ha coadyuvado a potenciar, al restringir el alcance de la competencia del Estado. De este modo, se ha interpretado que,

5. Entre otros, desde hace tiempo ha insistido sobre esa insuficiencia y la necesidad de remediarla, M. REBOLLO PUIG, “Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas”, en F. SAINZ MORENO (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2005, pp. 447 y ss. Asimismo, vid. R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000; S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002; A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006; y L. PAREJO ALFONSO, *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

6. Lo que no deja de suscitar problemas jurídicos de primer orden, como bien han puesto de manifiesto J. M.^a BAÑO LEÓN, “Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada *better regulation*”, *REDA*, núm. 167, 2014, pp. 23 y ss.; y M. REBOLLO PUIG, “El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas. En especial, la tutela de los terceros perjudicados por actividades privadas ilegales”, en AA. VV., *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, II, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1991 y ss.

más allá de las especialidades derivadas de la organización administrativa, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a esta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla. Y con ello se ha facilitado sobremanera la proliferación de procedimientos singulares (una proliferación que muy gráficamente se ha descrito como la “balcanización” del procedimiento administrativo).

La STC 227/1988, de 20 de noviembre, f.j. 32, concretó qué debe entenderse por “procedimiento administrativo común”, que es la expresión utilizada por el artículo 149.1.18.^a CE para atribuir al Estado la competencia relativa a su regulación. Merece la pena recordar los términos en que lo hizo:

El adjetivo “común” que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento. Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del “procedimiento administrativo común”, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa racione materiae. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que esta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las comunidades autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha

sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a esta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias.

La LRJPAC de 1992 fue muy receptiva a esta jurisprudencia constitucional, que no ha dejado de reiterarse (entre otras, SSTC 130/2013, de 4 de junio, y 166/2014, de 22 de octubre). Tanto que la regulación del procedimiento administrativo común quedó reducida, tal como se dijera en el preámbulo de la Ley, a “la estructura general del procedimiento que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración”. Y, además, dejó subsistentes, en todo lo que no la contradijeran, aquellas normas estatales, autonómicas y locales, reguladoras de los distintos procedimientos (disposición derogatoria 3.^a), si bien con la obligación de que se procediese a su adecuación mediante norma reglamentaria (disposición adicional 3.^a, incorporando con ello una clara deslegalización). Fácilmente se comprende, pues, que las dificultades existentes para conocer la norma reguladora de cada procedimiento fueran notables, quedando relegado el “procedimiento administrativo común” a una serie de principios informadores. Una situación que trató de corregirse con la Ley 4/1999, de reforma de la LRJPAC, al establecerse por su disposición adicional 1.^a que en el plazo de dieciocho meses se llevarían a cabo por vía reglamentaria las modificaciones requeridas para adecuar las normas reguladoras de los distintos procedimientos al procedimiento administrativo común. Pero la realidad es que la medida ha sido insuficiente para corregir la dispersión procedimental creada⁷.

Pues bien, no es aventurado afirmar que, con la aprobación de la nueva LPAC, la situación descrita en bien poco va a cambiar. Hasta es posible, incluso, que algunos cambios que ha incorporado terminen siendo regresivos. Y es que, en cierta medida, la nueva regulación supone un retroceso al mantener y, a la vez, recuperar en el procedimiento algunas especialidades *rationae personae* y *rationae materiae*. No otro es el caso, por ejemplo, del régimen especial al que quedan sujetas las Universidades públicas, o las propias Corporaciones de Derecho Público en el ejercicio de las funciones públicas que la ley les atribuya o la Administración les delegue, tal como resulta, respectivamente, de lo dispuesto en el artículo 2.2.c) y 2.4 LPAC.

7. *Vid.*, entre otros, F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Cincuenta años de procedimiento administrativo en un mundo cambiante*, Iustel, Madrid, 2009; J. J. Díez SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992; y F. GARCÍA RUBIO, *Procedimiento administrativo común y procedimientos singulares*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.

Unas especialidades que, además y sobre todo, se agravan por razón de la materia, dados los términos de la disposición adicional 1.ª LPAC. De manera que bien puede concluirse que no se establece lo común a todos los procedimientos, sino solo lo común a algunos procedimientos.

En efecto, según el número 2 de la referida disposición adicional primera, la LPAC pasa a ser supletoria de la correspondiente normativa específica en relación con las actuaciones y los procedimientos en las materias tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa, en las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo, en las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería, y, asimismo, en las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo. Y junto a este elenco de regímenes especiales *rationae materiae*, la misma disposición adicional habilita genéricamente a las que denomina “leyes especiales por razón de la materia” (y que no parecen ser otras que cualesquiera leyes sectoriales, confundiendo así ley meramente sectorial, que puede complementar y concretar las determinaciones de la LPAC, con ley estrictamente especial, capaz de desplazar su aplicación directa) para que puedan dejar de exigir alguno de los trámites previstos, o para que puedan regular trámites adicionales o distintos, bastando que lo justifiquen “atendiendo a la singularidad de la materia o a los fines perseguidos”, tal como exige el artículo 129.4, párrafo 2.º, de la misma Ley.

En consecuencia, como ya hemos anticipado, la LPAC solo establece lo común a algunos procedimientos, no lo común a todos los procedimientos. Queda de este modo gravemente afectado el régimen del procedimiento administrativo que debe garantizar un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas, ya que queda abierta la vía para que el legislador sectorial pueda introducir excepciones en cualquier momento.

3.2

Las actuaciones previas al inicio del procedimiento

El artículo 55.1 LPAC reitera lo ya dispuesto por el artículo 69.2 LRJPAC, aunque no se limita a permitir que con anterioridad al acuerdo de iniciación del procedimiento se pueda abrir un período de información, sino que expresamente habilita para realizar “actuaciones”. Y en el número 2 del mismo artículo 55 específicamente se prevén esas actuaciones previas en el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora, señalando que “se orientarán a

determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros”, reiterando ahora lo dispuesto por el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Sobre este particular extremo, poco más cabe añadir a lo ya señalado en la doctrina⁸. Se ha dicho con razón que estas actuaciones previas pueden llegar a operar como un mecanismo fraudulento, al servicio de ampliar anticipadamente los plazos de resolución máxima de los procedimientos iniciados de oficio y amenazados de caducidad. Pero es que, además, teniendo en cuenta que, por lo que respecta al procedimiento sancionador, la determinación de los hechos (que es el objeto principal del procedimiento, junto a la autoría y la responsabilidad) no puede ser realizada fuera del mismo, con carácter anticipado y sin la participación del presunto culpable, difícilmente se puede aceptar que dichas actuaciones previas puedan consistir, tal como parece pretenderse, en la realización de todo tipo de actividades de instrucción, incluidas las probatorias. De manera que, al menos, la admisibilidad de estas actuaciones previas solo resultará posible si las mismas respetan el límite señalado.

3.3

Las medidas provisionales antes y después de la iniciación del procedimiento administrativo

También la regulación de las medidas provisionales guarda parecido con la que se contiene en el artículo 72 de la LRJPAC. Pero de inmediato se advierte un cambio importante, y es que mientras que las medidas que pueden adoptarse antes de la iniciación del procedimiento (pueden calificarse como “medidas provisionalísimas”) quedan ceñidas a “los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de ley”, el nuevo artículo 56.2 LPAC prescinde de ese condicionamiento. Con lo que puede suscitarse el problema de si esta habilitación genérica cumple con las exigencias de la reserva de ley.

Por otra parte, la nueva regulación exige expresamente que la adopción de las medidas se haga “de forma motivada” y que sean “necesarias y pro-

8. Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: una primera evaluación”, *DA*, núm. 2, 2015.

porcionadas” (aunque también la exigencia de la proporcionalidad, junto a la intensidad y la necesidad de las mismas, ya se previó en el artículo 15.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador), lo que, con carácter general, reafirma y despeja cualquier duda acerca de la posibilidad de que la decisión administrativa pueda ser controlable por la jurisdicción. Y reitera, asimismo, como un límite añadido, que “no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes” (artículo 56.4).

Debe añadirse que, como novedad, el artículo 56.3 concreta las medidas provisionales que antes de la iniciación, o una vez iniciado el procedimiento administrativo, podrán ser acordadas. Y esa concreción se hace por remisión a lo que al respecto dispone la LEC de 2000 (suspensión temporal de actividades, prestación de fianzas, retirada o intervención de bienes y productos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, cierre temporal del establecimiento, embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos, etc.), lo que, una vez más, más allá de las apariencias, puede considerarse excesivo, dado que viene a equiparar en poderes a la Administración con el juez. Por eso, seguramente resulta más acorde con los derechos y garantías de los ciudadanos la actual regulación del artículo 72 LRJPAC, que, como hemos dicho, remite en todo caso a la correspondiente ley concreta y sectorial la determinación de las medidas que podrán ser adoptadas.

3.4

La iniciación del procedimiento por denuncia, la delación y la clemencia

Sobre la iniciación de oficio del procedimiento por denuncia es preciso resaltar algunos extremos.

En primer lugar, que la presentación de la denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento (artículo 62.5). Aunque esta precisión no aclara la cuestión de si la denuncia obliga a que el órgano competente tenga que iniciar necesariamente el procedimiento, parece lógico que, a diferencia de la solicitud del interesado, que necesariamente determina la iniciación del procedimiento, la denuncia solo dé derecho a quien la formule a que le sea comunicada la decisión de si el mismo se inicia o no, con la salvedad, claro es, de que el denunciante

reúna además la condición de interesado. No obstante, la LPAC prevé esa comunicación solo cuando la denuncia invoque “un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas”, en cuyo caso dispone el artículo 62.3 LPAC, con una redacción manifiestamente mejorable, que “la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento”. Parece presuponerse, pues, que, más allá del referido supuesto cualificado (el que la denuncia invoque un perjuicio patrimonial para la Administración), y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 64.1 respecto de la denuncia que lleve a la incoación de un procedimiento de naturaleza sancionadora (lo que deberá ser comunicado al denunciante “cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean”), con carácter general al denunciante no solo no le asiste derecho a que el procedimiento se inicie, sino que ni tan siquiera lo tiene a que la decisión o acuerdo que se adopte le sea notificado.

Y, en segundo lugar, la denuncia formulada por quien haya participado en una infracción que suponga un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas y en la que existan otros infractores, determinará para el denunciante la exención del pago de la multa que le pudiera corresponder, o cualquier otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, siempre que se den las tres circunstancias siguientes: que sea el primero en aportar los elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, que en el momento de aportar dichos elementos no se disponga por la Administración de elementos suficientes para ordenar esa iniciación, y que, además, proceda a reparar el perjuicio causado. De este modo, se ha incorporado al procedimiento administrativo común un sistema de clemencia a favor de los denunciantes hasta ahora ceñido básicamente al ámbito tributario y a la defensa de la competencia.

En todo caso, parece que se ha de tratar de denuncia relativa a una infracción que suponga un perjuicio para el patrimonio de las Administraciones Públicas, tal como parece desprenderse de la expresión “cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza” que utiliza el artículo 62.4 LPAC, pues la infracción “de esta naturaleza” solo puede referirse a la denuncia mencionada en el anterior número 3 del mismo artículo 62 y, por tanto, a aquella en la que se invoque un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones, lo que, por lo demás, parece quedar avalado por el inciso final del mismo artículo 62.4, cuando afirma, como una de las condiciones para la clemencia, que el denunciante “repare el perjuicio causado”.

Ahora bien, tampoco esta novedad merece una valoración positiva. El sistema de clemencia a favor de los denunciantes es un sistema propio del modelo judicial norteamericano, que, vinculado a la delación, responde a prácticas más propias de los sistemas penales preconstitucionales. Y, además, es un peligroso mecanismo, por cuanto puede servir para instrumentalizar el aparato del Estado con el exclusivo fin de causar daño o desprestigio a terceros (como, por lo demás, suele suceder en el ámbito de la defensa de la competencia con relación a los competidores dotados de un mayor poder económico)⁹. En suma, es un procedimiento primitivo de represión cuya generalización no deja de ser cuestionable.

3.5

El expediente administrativo: documentos que forman parte del mismo

De acuerdo con lo establecido por el artículo 70 LPAC, el expediente administrativo tendrá formato electrónico y se formará mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlo. No obstante, expresamente se dispone que “no formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento” (artículo 70.4 LPAC).

Esta restricción del contenido del expediente administrativo tampoco deja de suscitar reparos, al buscar abiertamente ocultar las propias opiniones internas y juicios de valor de los servicios y funcionarios adscritos al órgano que debe resolver, y que pueden resultar de la mayor relevancia para el mejor control de la decisión administrativa.

9. Vid. J. E. SORIANO GARCÍA, *La defensa de la competencia en España*, Iustel, 2007, pp. 213 y ss.

3.6

El nuevo supuesto de terminación de los procedimientos iniciados de oficio por desistimiento de la Administración y la reiniciación del procedimiento caducado cuando no se hubiere producido la prescripción

El artículo 93 LPAC prevé, como novedad, que, en los procedimientos iniciados de oficio, la Administración “podrá desistir, motivadamente, en los supuestos y con los requisitos previstos en las leyes”. De todas formas, se trata de una novedad de no excesiva relevancia, pues, como de inmediato se verá, no impide que el procedimiento de oficio pueda también concluir por caducidad derivada de la inactividad de la propia Administración, sin que, además, ninguna diferencia se establezca en cuanto a las consecuencias o los efectos derivados de la finalización del procedimiento por una u otra causa¹⁰.

Junto al desistimiento de la Administración, la nueva regulación, al igual que la precedente, prevé que la caducidad del procedimiento iniciado de oficio también puede producirse como consecuencia de la inactividad de la Administración. Una caducidad que se regula en el artículo 25.1.b) LPAC y en los mismos términos en que lo hace el artículo 44.2 LRJPAC, y que se producirá por la falta de notificación de la resolución expresa en el plazo máximo previsto para resolver, aunque –obsérvese bien– se ha de tratar de un procedimiento incoado de oficio que conlleve “efectos desfavorables o de gravamen” para el interesado, ya que, en caso contrario, la falta de resolución expresa y notificación en plazo determinará la entrada en juego del silencio negativo, a los efectos de que el interesado que hubiere comparecido pueda considerar desestimada su pretensión [artículo 25.1.a) LPAC]¹¹.

10. La previsión del desistimiento, como alternativa a la caducidad, podría llevar a pensar que, a diferencia de esta, el desistimiento no permitirá reiniciar el procedimiento aunque no se haya producido la prescripción. Pero lo cierto es que la LPAC nada dice al respecto, por lo que, en principio, todo dependerá de lo que sobre ello disponga la norma que prevea el desistimiento, si bien, por su propia naturaleza, nada debe impedir que el procedimiento se pueda reiniciar siempre que no se haya producido la prescripción (exactamente igual, por lo demás, que en la caducidad). De ahí que el desistimiento de la Administración, siendo posible la caducidad, poco añada, al menos por lo que se refiere a los procedimientos de oficio desfavorables.

11. No estará de más recordar que la caducidad del procedimiento por inactividad de la Administración se previó con carácter general, por vez primera, en la LRJPAC de 1992. Con anterioridad, ante la falta de regulación en la LPA de 1958, la jurisprudencia mantuvo de manera constante que la caducidad únicamente se podía producir cuando la paralización del procedimiento lo fuese por causa imputable al interesado, es decir, solo cuando se tratase de un procedimiento incoado a instancia de persona interesada. No obstante, algunos sectores doctrinales defendieron la conveniencia de que fuera acogida la caducidad por

La caducidad debe ser formalmente declarada por la Administración, de oficio o a instancia del interesado, y producirá el archivo de las actuaciones, si bien no por ello prescriben las acciones ejercidas en el procedimiento (aunque no se olvide que el procedimiento caducado no interrumpe el plazo de prescripción). De manera que, siendo posible la iniciación de un nuevo procedimiento en tanto no se haya producido la prescripción, el artículo 95.3, párrafo 2.º, LPAC, expresamente dispone ahora que al nuevo procedimiento se podrán incorporar “los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad”, todo ello sin perjuicio de que “en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado”.

Ahora bien, la cuestión verdaderamente problemática es la relativa a la reapertura del procedimiento caducado y no prescrito, o lo que es lo mismo, la relativa a los efectos de la caducidad. Una reapertura del procedimiento en tanto no haya prescrito la acción que, de hecho, en buena medida priva de utilidad a la caducidad. De ahí las críticas doctrinales a que se prevea esa

inactividad de la Administración al menos en los procedimientos sancionadores, y ello por razones de seguridad jurídica, de celeridad y eficacia, y para evitar también perjuicios indebidos a las personas sujetas a tales procedimientos. Y poco a poco tales propuestas fueron calando, acogiéndose ya en 1976 la caducidad por inactividad de la Administración en los procedimientos sancionadores en materia de disciplina de mercado y de defensa del consumidor (Real Decreto 2530/1976, de 8 de octubre, sobre prescripción de las infracciones y caducidad del procedimiento en materia de disciplina de mercado, y Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regularon las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria). De este modo, con la aprobación de la LRJPAC de 1992 se llegó a la actual regulación general de la caducidad por inactividad de la Administración en los procedimientos administrativos “no favorables”, si bien esta regulación general no se aplica directamente a los procedimientos administrativos en materia tributaria, seguridad social y desempleo, infracciones del orden social y liquidación de cuotas de la Seguridad Social, disciplina del personal administrativo, y en materia de tráfico y seguridad vial (así resulta de lo dispuesto en las disposiciones adicionales 5.ª a 8.ª bis LRJPAC, aunque en las regulaciones específicas de estos procedimientos también se prevé la referida caducidad, si bien con algunas diferencias respecto del régimen general).

En la doctrina, *vid.* F. GONZÁLEZ NAVARRO, “La llamada caducidad del procedimiento administrativo”, *RAP*, núm. 45, 1964, pp. 191 y ss.; F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La caducidad del procedimiento administrativo*, Montecorvo, Madrid, 1998; R. CABALLERO SÁNCHEZ, *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999; V. AGUADO I CUDOLA, *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*, Marcial Pons, Madrid, 1999; M. GÓMEZ PUENTE, “Prescripción, caducidad y perención administrativas”, *Justicia Administrativa*, núm. 4, Lex Nova, 1999, pp. 17 y ss.; J. A. LÓPEZ PELLICER, “La actuación extemporánea de la Administración en el procedimiento sancionador”, *REDA*, núm. 105, 2000, pp. 105 y ss.; J. MESEGUER YEBRA, *La caducidad en el procedimiento sancionador*, Bosch, Barcelona, 2002; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “Caducidad del procedimiento (art. 44 LRJ-PAC)”, *RAP*, núm. 168, 2005, pp. 7 y ss.; L. A. DE DIEGO DÍEZ, *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2006; y F. LÓPEZ RAMÓN, “La caducidad del procedimiento de oficio”, *RAP*, núm. 194, 2014, pp. 11 y ss.

posibilidad de reabrir el procedimiento, máxime cuando se trata de procedimientos sancionadores, lo que se ha llegado a considerar inconciliable con la garantía misma del principio *non bis in idem*. En este sentido, la solución que debería darse a esta cuestión debería ser la misma que se ha previsto en el ámbito sancionador tributario, de manera que, tal como dispone el artículo 211.4 de la Ley General Tributaria de 2003, la declaración de caducidad “impedirá la iniciación de un nuevo procedimiento sancionador”.

Por todo ello, ninguna justificación tiene que el artículo 25.1.b) mantenga intacta la redacción del artículo 44.2 LRJPAC, posibilitándose así que los procedimientos caducados puedan reabrirse cuantas veces lo permitan los plazos de prescripción. La conquista de la caducidad de los procedimientos de oficio que se logró con la LRJPAC de 1992 vino acompañada de esa posibilidad de reapertura que ahora se mantiene y que, a mi juicio, debería haber quedado definitivamente eliminada.

3.7

Supuestos de suspensión del plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución

Manteniéndose las mismas reglas de la LRJPAC relativas al plazo para resolver y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento, la LPAC prevé dos nuevos supuestos de suspensión facultativa del plazo en las letras c) y g) del artículo 22.1. En concreto, se podrá suspender “cuando exista un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución de que se trate, desde que se tenga constancia de su existencia, lo que deberá ser comunicado a los interesados, hasta que se resuelva, lo que también habrá de ser notificado”, y “cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, desde el momento en que se solicita, lo que habrá de comunicarse a los interesados, hasta que la Administración tenga constancia del mismo, lo que también deberá serles comunicado”. Y junto a los supuestos de suspensión facultativa, se prevén *ex novo* otros supuestos en los que la suspensión se producirá automáticamente. Así sucederá “cuando una Administración requiera a otra para que anule o revise un acto que entienda que es ilegal y que constituya la base para el que aquella haya de dictar en el ámbito de sus competencias, produciéndose la suspensión desde que se realice el requerimiento hasta que se atienda o, en su caso, hasta que se resuelva el recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39.5 LPAC y 44 LJCA”; o “cuando el órgano

competente para resolver decida realizar alguna actuación complementaria de las previstas en el artículo 87 de la misma LPAC, produciéndose la suspensión desde el momento en que se notifique a los interesados el acuerdo motivado del inicio de las actuaciones hasta que se produzca su terminación”; y, por último, “cuando los interesados promuevan la recusación en cualquier momento de la tramitación de un procedimiento, produciéndose la suspensión desde que la recusación se plantee hasta que sea resuelta por el superior jerárquico del recusado” (artículo 22.2 LPAC).

3.8

El sempiterno problema del silencio administrativo: un nuevo supuesto de silencio desestimatorio, la cuestión del silencio en la resolución de los recursos de alzada y de reposición, y la expedición de oficio del certificado acreditativo del silencio

Regirá el silencio negativo en los supuestos que enumera el artículo 24.1, párrafos 2.º y 3.º, LPAC, y, entre ellos, cuando de estimarse por silencio la solicitud, la estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, o impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente (un supuesto este que ha sido añadido por la LPAC y que trae causa de la jurisprudencia comunitaria, que considera que no debe admitirse en ningún caso el silencio positivo en el caso de solicitudes de autorizaciones para el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente: entre otras, STJUE de 14 de junio de 2001, *as. C 230/00, Comisión/Bélgica*), y, por último, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Asimismo, rige el silencio negativo cuando se trate de procedimientos de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados y de la resolución de recursos administrativos (“procedimientos de impugnación de actos y disposiciones”, dice el artículo 24.1, párrafo 3.º, LPAC), si bien, en este caso, se excepciona el supuesto del recurso de alzada contra la desestimación por silencio de una solicitud previa, dado que el silencio en resolver el recurso pasa a ser positivo siempre que el silencio no se haya producido en alguno de los asuntos o materias anteriores.

Respecto de este último supuesto, conviene destacar que la regla general de la transformación del doble silencio en silencio positivo –que, por otra parte, solo se prevé en relación con el recurso de alzada– encuentra el límite de los supuestos relativos al ejercicio del derecho de petición y a la adqui-

sición de facultades relativas al dominio público, al servicio público o a actividades que puedan dañar el medio ambiente, y procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración, y que ese límite ya se justificó por la jurisprudencia en aplicación de lo dispuesto por la LRJPAC de 1992, a pesar de que esta no realizaba la precisión que ha incorporado el párrafo 3.º *in fine* del artículo 24.1 LPAC¹².

En suma, la excepción a la regla de que el silencio es negativo en los procedimientos de impugnación de actos –ya que, cuando se trata de un recurso de alzada frente a una desestimación por silencio, el nuevo silencio en la resolución del recurso se transforma en silencio positivo– solo regirá cuando el silencio negativo haya sido establecido por ley y por una imperiosa razón de interés general y, además, no se refiera a las materias en las que, con carácter general, la propia LPAC dispone que el silencio será siempre negativo.

Por último, el acto administrativo producido por silencio (positivo) se puede hacer valer ante la Administración y ante cualquier persona física o jurídica, y se puede probar por cualquier medio, incluido el “certificado acreditativo” que debe emitir de oficio la Administración en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento o, en su caso, desde el día siguiente a aquel en el que la petición del interesado tuviere entrada en el registro electrónico de la Administración u organismo competente para resolver (artículo 24.4 LPAC).

3.9

El cómputo del nuevo plazo por horas, el carácter inhábil de los sábados en el cómputo de los plazos por días, y el cómputo de los plazos cuando se fijan en meses o años

En relación con el cómputo del plazo por horas –una llamativa novedad de la LPAC–, de inmediato se verá que el mismo se separa de la tradicional regla que para las actuaciones judiciales mantiene el artículo 130 LEC, según el

12. La STS de 8 de enero de 2013 (rec. 3558/2010) lo expresó así: “Esta contra excepción no debe regir en los casos de derecho de petición o de facultades relativas al dominio público, pero rige sin duda en los casos exceptuados del silencio positivo en el primer párrafo del artículo 43.2 de la Ley 30/92. La lógica así lo impone: si el supuesto es de un recurso de alzada contra una desestimación presunta, de suyo va que se refiere a materia en la que, por excepción, no rige la norma general del silencio positivo, sino el negativo. En conclusión, la Ley 30/92 quiere que en los casos de desestimación presunta de un recurso de alzada interpuesto contra una desestimación presunta, el silencio sea positivo aunque en vía de petición rija, por otra ley, el silencio negativo”.

cual habrán de practicarse en días y horas hábiles, si bien “se entiende por horas hábiles las que median desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde, salvo que la ley, para una actuación concreta, disponga otra cosa”, y sin perjuicio, no obstante, de lo que pueda establecerse para las “actuaciones electrónicas”.

Los criterios relativos al cómputo de los plazos se encuentran previstos en el artículo 30 LPAC, y pueden resumirse, en lo fundamental, de la siguiente manera:

- los plazos pueden estar fijados por horas, días, meses y años;
- salvo que por ley o por el Derecho de la Unión Europea se disponga otro cómputo, cuando el plazo se señale por horas se entiende que estas son hábiles, pero lo relevante es que lo son todas las horas del día que formen parte de un día hábil. El plazo en horas no podrá tener una duración superior a veinticuatro horas (ya que en tal caso el plazo se expresará en días) y el cómputo se realizará de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto (artículo 30.1);
- cuando el plazo se fija por días, y siempre, una vez más, que por ley o por norma de la Unión Europea no se disponga otro cómputo, se entiende que son días hábiles, en cuyo caso (y a diferencia de los días naturales) quedan excluidos del cómputo los domingos y festivos y, asimismo, los sábados (novedad esta que ha incorporado la nueva LPAC, acogiendo así el mismo criterio que rige en las actuaciones judiciales), comenzando el cómputo a partir del día siguiente al que tenga lugar la notificación o publicación del acto, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo (artículo 30.2, párrafo 1.º, y 3); y si expresamente el plazo se señala por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones (artículo 30.2, párrafo 2.º); por último,
- cuando el plazo se fija en meses o años, el cómputo se realizará a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo, si bien el plazo concluirá el mismo día en que se produjo la notificación, publicación o silencio administrativo en el mes o el año de vencimiento (artículo 30.4), lo que significa que el cómputo termina siendo de fecha a fecha, si bien, para el caso de que en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente, se entenderá que el plazo expira el último día de dicho mes, mientras que si el último día del plazo es inhábil, se entiende prorrogado hasta el primer día siguiente hábil (artículo 30.5).

Con esta regulación, la cuestión del cómputo del plazo fijado en meses ha quedado debidamente resuelta, sin dejar ya suelta duda alguna¹³. El plazo

13. Ha de tenerse en cuenta que la regla del cómputo de fecha a fecha no estaba enunciada como tal en el artículo 48.2 LRJPAC, a diferencia del artículo 5.1 del Código Civil, que dispone que “si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha”. En efecto, el artículo 48.2 LRJPAC, tras la reforma de 1999, para nada utilizaba esa expresión, limitándose a establecer que “si el plazo se fija en meses o años, estos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo”, añadiendo que “si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes”. Sin embargo, la expresión “de fecha a fecha”, que se omitía, ya se había utilizado por el artículo 60.2 LPA de 1958 (“Si el plazo se fija en meses, estos se computarán de fecha a fecha”), y lo mismo sucedió con la LRJPAC en su versión inicial de 1992 (al disponer el artículo 48.2 que “si el plazo se fija en meses o años, estos se computarán de fecha a fecha”). Cabe preguntarse, pues, por qué desapareció en la redacción del artículo 48.2 LRJPAC esa expresión, y por qué, a pesar de ello, se siguió afirmando que el cómputo lo era de fecha a fecha.

La desaparición de esa expresión del artículo 48.2 LRJPAC seguramente se debió al hecho de relacionar la referida regla con aquella otra de que el *dies a quo non computatur in termino*, lo que supone que el plazo comienza “a partir del día siguiente al de la notificación o publicación” (o, en su caso, estimación o desestimación por silencio administrativo). Esta tradicional regla se aplicaba al cómputo de los plazos fijados en meses o años previstos por la LPA de 1958, y se aplicó, asimismo, tras la reforma de la LRJPAC en 1999. Sin embargo, en la redacción de 1992, el artículo 48.4 LRJPAC la suprimió (al disponer que los plazos por meses y por años “se contarán a partir del día de la notificación o publicación del correspondiente acto, salvo que en él se disponga otra cosa”), de manera que el cómputo de fecha a fecha significaba que el inicio del plazo se producía el día de la notificación o publicación, y el mismo concluía el día equivalente del mes correspondiente; es decir, que si el plazo era de un mes, notificado, por ejemplo, el acto el día 1 de marzo, el plazo concluiría el 1 de abril.

Hay que advertir, de todas formas, que ese cómputo de fecha a fecha, comenzando a correr el plazo el mismo día de la notificación, suponía, ciertamente, que el plazo de un mes en realidad se transformaba en un mes y un día, pues es obvio que, siguiendo con el ejemplo, el 1 de abril habría comenzado un nuevo mes. De manera que, en estrictos términos, el plazo de un mes a contar desde el mismo día de la notificación (1 de marzo) debería concluir el día 31 de marzo. Sin embargo, obsérvese que si el plazo de un mes se contaba a partir del día siguiente a la notificación (por tanto, el día 2 de marzo), el plazo concluiría el día 1 de abril, fecha esta que coincidiría con la del cómputo de fecha a fecha, aunque, en este caso, siempre a contar desde el día de la notificación. El resultado, por tanto, era el mismo, si bien resultaba más correcto este segundo criterio de cómputo, ya que el plazo resulta ser estrictamente de un mes (sencillamente porque el inicio del plazo lo es al día siguiente de la notificación), mientras que en el cómputo de fecha a fecha, iniciándose el cómputo el día de la notificación (y no el siguiente), determina que el plazo sea de un mes y un día. Desde luego que, si se aplicaran conjuntamente las dos reglas (cómputo de fecha a fecha e inicio del cómputo el día siguiente a la notificación), el plazo de un mes no concluiría ya el 1 de abril, sino el 2 de abril (una vez que el plazo de un mes con relación al acto notificado el 1 de marzo se iniciaría el día 2 de marzo y el cómputo de fecha a fecha nos llevaría al 2 de abril).

Así pues, el resultado final de este galimatías terminó siendo el siguiente: que el plazo podía computarse de fecha a fecha, pero tomando como *dies a quo* el día de la notificación o publicación y no el día siguiente a la notificación; o, como alternativa, tomarse como inicio del plazo el día siguiente a la notificación, pero entonces contando estrictamente un

concluye el mismo día en que se haya producido la notificación, publicación o silencio en el mes o año de vencimiento (por tanto, de fecha a fecha, aunque tomando como *dies a quo* la fecha de la notificación o publicación), aunque el plazo comience a correr el día siguiente.

Por otra parte, en el cómputo de los plazos fijados en días ya hemos dicho que son inhábiles, con carácter general, los sábados, los domingos y los festivos laborales en función del domicilio de los interesados y del lugar donde tenga su sede el órgano administrativo competente, y, asimismo, cuando un día sea hábil en el Municipio o Comunidad Autónoma en que resida el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso (artículo 30.6)¹⁴.

Los plazos pueden ser ampliados (salvo precepto en contrario, como sucede, por ejemplo, con los plazos para recurrir), siempre que no hayan vencido y no se perjudiquen derechos de terceros, por un período que no exceda de la mitad de los mismos (artículo 32 LPAC). También se prevé la posibilidad de ampliar los plazos cuando, tratándose del funcionamiento de los registros electrónicos, se produzcan incidencias técnicas que hayan imposibilitado el funcionamiento ordinario del sistema y hasta que se solucione el problema, debiéndose publicar en la sede electrónica correspondiente tanto la incidencia como la ampliación concreta del plazo no vencido (artículo 32.2 LPAC). Y excepcionalmente, por razones de interés público, se puede acordar la tramitación de urgencia, lo que supone la reducción de los plazos a la mitad, aunque siempre con la excepción de los relativos a la presentación de solicitudes y de recursos (artículo 33 LPAC).

Por último, en relación con el cómputo de los plazos en el registro electrónico de cada Administración u organismo, el artículo 31.2 dispone que el mismo se registrará por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, añadiendo las siguientes reglas de funcionamiento de dicho registro: se permitirá la presentación de documentos todos los días del año durante las veinticuatro horas; además, a los efectos del cómputo del plazo fijado en días hábiles, la presentación en un día inhábil se entenderá realizada en la primera hora del primer día hábil siguiente, salvo que una norma permita expresamente la recepción en día inhábil; los documentos se considerarán presentados por el orden de hora efectiva en el que lo fueron en el día in-

mes (que como ya hemos visto no se corresponde con el mismo día del mes siguiente, sino con el día anterior). Por eso, no dejaba de ser correcto que el artículo 48.2 LRJPAC, al restablecer la regla de que el plazo se iniciaba al día siguiente de la notificación o publicación del acto, procediera a omitir toda referencia al cómputo de fecha a fecha.

14. Vid. M. J. IZU BELLOSO, “La fijación de los días inhábiles en el ordenamiento español”, *RAP*, núm.186, 2011, pp. 425 y ss.

hábil, y los documentos presentados en tal día se reputarán anteriores, según el mismo orden, a los que lo fueran el primer día hábil posterior; y el inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir las Administraciones se determinará por la fecha y hora de presentación en el registro electrónico, debiéndose comunicar a quien haya presentado el documento.

3.10

El nuevo procedimiento administrativo de tramitación simplificada

La LPAC ha establecido, como novedad, la posibilidad de que, en determinados supuestos, el procedimiento administrativo común pueda ser objeto de una tramitación simplificada. Esta tramitación simplificada (que con anterioridad se había previsto en los procedimientos especiales sancionadores y de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas) podrá acordarse, tal como establece el artículo 96.1 LPAC, de oficio o a solicitud del interesado, cuando concurren razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconseje.

No obstante, la concurrencia de esas razones, aunque es condición necesaria, no impone necesariamente que deba seguirse la tramitación simplificada. Y es que la viabilidad de la misma queda completamente supeditada a que el órgano competente, en cualquier momento anterior a la adopción de la resolución, no decida seguir la tramitación ordinaria, y, asimismo, a que en los procedimientos de oficio no haya oposición expresa del interesado; a que, cuando hubiese necesidad de dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, el mismo no sea contrario a la propuesta de resolución formulada, por cuanto en tal caso el órgano competente acordará continuar con la tramitación ordinaria; o, en fin, a que sea necesario realizar un trámite distinto al de la emisión de un informe preceptivo [artículo 96.1, párrafo 2.º, 2 y 6.g), párrafo 3.º, LPAC].

Por lo demás, la simplificación consiste en que el procedimiento deberá ser resuelto en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de seguir esta tramitación, y en que únicamente se observarán los siguientes trámites: tras la iniciación y la posibilidad, en su caso, de subsanar los defectos de la solicitud presentada, se abrirá un trámite de alegaciones durante el plazo de cinco días; solo se abrirá el ulterior trámite de audiencia cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado; y únicamente se emitirán los informes o dictámenes que sean preceptivos, con la particularidad de que, cuando se trate del dictamen

preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, el mismo versará sobre la propuesta de resolución que el órgano competente haya preparado (artículo 96.6 LPAC).

3.11

La ampliación del plazo para la resolución de los procedimientos de revisión de oficio a seis meses y la suspensión administrativa de la ejecución de la resolución o acto como consecuencia de la declaración de lesividad

El artículo 106.5 LPAC ha ampliado de tres a seis meses el plazo de caducidad del procedimiento de revisión de oficio, y se mantiene que, si el procedimiento se hubiera incoado a instancia de interesado, podrá entenderse que el transcurso de dicho plazo desde la solicitud de revisión del acto sin dictar resolución expresa será determinante de la desestimación por silencio, abriéndose el plazo para, en su caso, interponer recurso contencioso-administrativo.

Por otra parte, mientras que en la anterior regulación nada se preveía respecto a la posibilidad de suspender la eficacia del acto declarado lesivo, por lo que, a diferencia de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, no parece que la declaración de lesividad pudiera estar acompañada de la suspensión administrativa del acto (razón por la cual la Administración, en caso de que lo considerase necesario y ajustado a derecho, debía solicitar dicha suspensión del órgano jurisdiccional que conociera del recurso de lesividad), el nuevo artículo 108 LPAC también ha reconocido la posibilidad de suspender la ejecución en este supuesto de declaración de lesividad.

3.12

Los recursos administrativos: mantenimiento del *status quo*, con la única rectificación de la regla del plazo de interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición en los casos de silencio administrativo, y la previsión de las causas de inadmisión de los recursos

En lo sustancial, la LPAC reitera el vigente sistema de recursos administrativos. Prácticamente, la regulación en nada ha cambiado. Ello explica que no falten opiniones muy críticas. Dada la práctica seguida, que evidencia que, como regla, si para algo sirven es para dilatar la respuesta al conflicto (pues,

salvo algún caso excepcional, los recursos suelen ser desestimados, lo que no deja de tener cierta lógica, una vez que es la Administración autora del acto o, incluso, el mismo órgano, quienes han de resolverlos), se han propuesto diversas alternativas (aunque sin éxito alguno), desde la más radical de que queden definitivamente suprimidos a otras algo más matizadas, como, por ejemplo, la de encomendar su resolución a específicos órganos administrativos fuera de la estricta línea jerárquica, o la de extender el carácter potestativo del recurso de reposición al recurso de alzada.

Con carácter general, los recursos administrativos no cumplen en la práctica con las funciones básicas que de los mismos cabría esperar, lo que determina que su mantenimiento quede en gran medida privado de justificación. Los actuales recursos administrativos no sirven, en efecto, ni al autocontrol de la Administración, ni al reforzamiento de las garantías de los derechos e intereses de los particulares, ni, por tanto, al alivio de la conflictividad ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El recurso administrativo, máxime cuando es obligatorio (caso del recurso de alzada), supone retrasar el acceso a la jurisdicción, ya que solo excepcionalmente es estimado. Y lo mismo cabe decir cuando es potestativo (caso del recurso de reposición). Además, como medios de autocontrol de la propia Administración, a fin de posibilitar la unificación de criterios en la toma de decisiones y evitar con ello contradicciones, lo lógico sería que la interposición del recurso suspendiera automáticamente la ejecución del acto. Pero, a diferencia de la mayoría de los ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, esa suspensión automática hasta la resolución del recurso e interposición del contencioso-administrativo, o hasta el transcurso del plazo sin haberlo interpuesto, solo está prevista cuando se trate del recurso frente a un acto dictado en el ejercicio de la potestad sancionadora (artículo 90.3 LPAC), negándose en todos los demás supuestos (artículo 117 LPAC), con lo que la obligatoriedad de acudir a la vía del recurso administrativo como condición de acceso a la jurisdicción termina siendo un requisito desproporcionado. De manera que, de mantenerse la obligatoriedad del recurso administrativo (en la actualidad, la obligatoriedad del recurso de alzada), no dejaría de ser razonable que su interposición suspendiera la ejecutividad del acto, lo que, sin embargo, como regla es negado por la vigente regulación. En otro caso, el recurso debería pasar a ser, en todos los casos, meramente potestativo, lo que tampoco sucede, más allá del recurso de reposición y de los recursos especiales en materia de contratación, el recurso ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y el recurso o reclamación en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.

Por otro lado, el mantenimiento de los recursos administrativos previos al acceso a la jurisdicción podría encontrar mayor justificación si el conocimiento de los mismos quedase atribuido, en todo caso, a órganos administrativos dotados de independencia funcional o, en otros términos, no sujetos a instrucciones jerárquicas, tal como se ha hecho en relación con el recurso ante los llamados (impropiamente) Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales frente a determinados actos en materia de contratos administrativos y del sector público (un recurso administrativo especial, por otra parte, que, además de tener carácter potestativo, tiene, asimismo, efecto suspensivo del acto de adjudicación del contrato, lo que da cuenta del éxito que esta vía previa al contencioso-administrativo está teniendo), y, asimismo, con el recurso (denominado reclamación) ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno frente a las desestimaciones de peticiones de información a la Administración y otros poderes y entidades previsto por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y con el recurso en materia de dopaje en el deporte del que conoce el llamado Tribunal Administrativo del Deporte, que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 y la disposición final 4.^a de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, está adscrito orgánicamente al Consejo Superior de Deportes, pero actúa con independencia de este.

Sigue pendiente, por tanto, una reforma en profundidad de la regulación de los recursos administrativos, tan tradicional como arcaica¹⁵. La LPAC ha tenido la ocasión de hacerlo, pero de manera decepcionante ha orillado una vez más acometer reforma tan necesaria.

De todas formas, sí se ha procedido a un reajuste de los plazos previstos para interponer los recursos. El artículo 122.1, párrafo 1.º, LPAC prevé que, si el acto fuera expreso, el plazo de interposición será de un mes, de manera que el transcurso del mismo sin que se haya interpuesto el recurso

15. Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Presentación: reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso”, *DA*, núm. 221, 1990, pp. 5 y ss.; J. PEMÁN GAVÍN, “Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial”, *RAP*, núm. 127, 1992, pp. 145 y ss.; J. TORNOS MAS, “Los recursos administrativos en la Ley 4/1999”, *Justicia Administrativa*, núm. 5, Lex Nova, 1999, pp. 5 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas”, en F. SÁINZ MORENO (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 179 y ss.; J. M.^a BAÑO LEÓN, “El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica”, en F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al profesor R. Martín Mateo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, y “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público Español”, en AA. VV., *Los recursos administrativos. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, febrero 2016*, INAP, Madrid, 2016.

determinará que el acto o la resolución alcance firmeza a todos los efectos (lo que significa que el ulterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa no será viable, al concurrir causa de inadmisión que impedirá que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto). Por el contrario, si no hay acto expreso, el párrafo 2.º del mismo artículo 122.1 establece que el recurso podrá interponerse “en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo”. Esta regla, que, para los casos en que entra en juego el silencio administrativo, ha eliminado el establecimiento de un plazo para recurrir (lo que supone, por cierto, un cambio relevante respecto de la regulación tradicional que la anterior LRJPAC de 1992 mantuvo, al fijar en su artículo 115.2 el plazo de tres meses, transcurrido el cual sin interponer el recurso se consideraba que se producía la firmeza del “acto no expreso”), resulta de todo punto lógica con la funcionalidad misma del silencio negativo y acorde con la doctrina de la STC 52/2014, de 10 de abril, que ha interpretado el artículo 46.1 LJCA en el sentido de que la impugnación jurisdiccional de la desestimación por silencio no está sujeta al plazo previsto en dicho artículo. Cuestión distinta es, no obstante, que la posibilidad de recurrir en alzada en cualquier momento, tanto por el solicitante como por otros posibles interesados, alcance también a los supuestos de silencio positivo, tal como resulta del tenor literal del señalado artículo 122.1, párrafo 2.º, LPAC, ya que el mismo no hace distingo alguno. Y es que, en este caso, el no establecimiento de un plazo determinado resulta mucho más problemático, al generar una situación de inseguridad jurídica difícilmente aceptable desde la consideración de que el silencio administrativo positivo equivale a un verdadero acto (acto presunto) y no a una mera ficción de acto (como sucede en los supuestos de silencio negativo).

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 122.2 LPAC, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso es de tres meses, entrando en juego el silencio negativo en el supuesto de que transcurra dicho plazo sin que recaiga la resolución. Todo ello sin perjuicio, como ya hemos visto, de la excepción que resulta del artículo 24.1, párrafo 3.º, inciso final, que dice así: “No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado”.

Queda por recordar que la resolución del recurso de alzada es un acto que agota la vía administrativa, aunque, como excepción a la regla general

antes vista, el artículo 122.3 LPAC establece que, frente a esa resolución, cabe el recurso extraordinario de revisión en los supuestos previstos por el artículo 125.1 de la misma Ley.

En relación con el recurso de reposición, el artículo 124.1 LPAC establece los mismos plazos que para el recurso de alzada, por lo que debe tenerse en cuenta lo ya señalado respecto del plazo cuando se trate de un acto no expreso. En concreto: el plazo para la interposición del recurso será de un mes si el acto fuera expreso; y si el acto no fuera expreso, el recurso podrá interponerse en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso, tal como dispone el artículo 124.2, será de un mes, aunque, a diferencia de lo que sucede con el recurso de alzada, la nueva LPAC, al igual que la LRJPAC, tampoco dice nada acerca de qué sucederá si transcurre ese plazo sin que se haya adoptado resolución alguna. Ante este silencio legal, debe estarse a la regla general establecida en el artículo 24.1, párrafo 3.º, de la misma LPAC, que prevé el efecto desestimatorio en todo tipo de procedimiento de impugnación de actos y disposiciones, a salvo de lo dispuesto para el recurso de alzada.

Por último, establece el artículo 119.1 LPAC que “la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión”. Lo mismo establecía el artículo 113.1 LRJPAC de 1992, pero conviene llamar la atención sobre el hecho de que, a diferencia de esta, en la nueva regulación se especifican ahora las causas de inadmisión. Concretamente, dispone el artículo 116 lo siguiente: “Serán causas de inadmisión las siguientes: a) Ser incompetente el órgano administrativo, cuando el competente perteneciera a otra Administración Pública. El recurso deberá remitirse al órgano competente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público; b) Carecer de legitimación el recurrente; c) Tratarse de un acto no susceptible de recurso; d) Haber transcurrido el plazo para la interposición del recurso; e) Carecer el recurso manifiestamente de fundamento”.

En realidad, la inadmisión es determinante de la desestimación del recurso, por lo que, en principio, la distinción entre una y otra no tiene mayor trascendencia que la de existir o no un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada. Cuando el recurso se desestime por concurrir causa de inadmisión, la desestimación se deberá a la concurrencia de un óbice o impedimento que impide al órgano que resuelve adoptar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada (incompetencia, falta de legitimación, extemporaneidad del recurso o, en fin, no ser susceptible de impugnación el

acto o resolución). Y así ha venido aplicándose, aun cuando formalmente no estuviera expresamente previsto ese elenco de causas de inadmisión¹⁶.

No obstante, de inmediato se debe observar que, entre las causas previstas, figura una singular, que obliga a matizar en parte lo que se acaba de decir. Pues, en efecto, la carencia manifiesta de fundamento en el recurso planteado no es sino una nueva causa de inadmisión que, sin embargo, no deja de conllevar un juicio anticipado sobre el fondo del asunto planteado. Y es que, por ser manifiestamente carente de fundamento lo alegado y pretendido en el recurso (incluso, una ausencia de fundamento apreciable *ictu oculi*, sin necesidad, por tanto, del más mínimo esfuerzo de apreciación), no deja de ser razonable que, en tal caso, se permita anticipar ese juicio, sin necesidad de observar todo el procedimiento previsto para adoptar formalmente un pronunciamiento sobre el fondo. Ahora bien, este mecanismo, que no deja de tener sentido en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero siempre que quede limitado a algunos concretos recursos y no sin reparos, en gran medida deja de tenerlo cuando se aplica a los recursos administrativos. Pues en bien poco cambian las cosas por apelar a una causa de inadmisión como la señalada en lugar de proceder a la desestimación del recurso por idéntica razón y justificación, máxime cuando el plazo de resolución de los mismos varía entre uno y tres meses y sin que, además, se tengan que observar especiales trámites en el procedimiento conducente a su adopción.

3.13

La supresión de las reclamaciones administrativas previas y su mantenimiento en determinados asuntos propios de la competencia del orden jurisdiccional social

Hasta la aprobación de la LPAC de 2015, la legislación de procedimiento administrativo preveía y regulaba las llamadas reclamaciones previas al ejercicio o planteamiento de acciones civiles y laborales contra la Administración¹⁷. Unas reclamaciones que guardaban cierta semejanza con los

16. Vid. C. CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo. Estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Iustel, Madrid, 2009.

17. Vid. P. ESCRIBANO COLLADO, “La necesaria superación de las reclamaciones administrativas previas como condición legal al ejercicio de acciones civiles y laborales”, en AA. VV., *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011; T. QUINTANA LÓPEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “El derecho a la tutela judicial efectiva: reclamación administrativa previa y principio *pro ac-*

recursos administrativos, por cuanto se trataba de procedimientos que se tramitaban ante la Administración con carácter previo al planteamiento de las acciones contra la misma y de las que habían de conocer los órganos de la jurisdicción civil o de la social. Lo señalaba claramente el artículo 120.1 LRJPAC de 1992: “La reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública, salvo los supuestos en que dicho requisito esté exceptuado por una disposición con rango de ley”. Sin embargo, ahí acababan las semejanzas. Y es que, a diferencia de los recursos administrativos, las reclamaciones no tenían carácter propiamente impugnatorio de un acto o resolución, dado que los conflictos de los que traían causa no suponían en todos los casos la existencia de un previo acto o decisión de la Administración.

Pues bien, cuestionada a lo largo del tiempo la razonabilidad de estas reclamaciones, dado que su exigencia retrasaba el acceso a la jurisdicción y, además, ni siquiera cumplían la función conciliatoria que de las mismas cabría esperar (ya que normalmente eran desestimadas), la nueva LPAC ha procedido a suprimirlas. En efecto, la LPAC ya no contempla las tradicionales reclamaciones administrativas previas en la vía civil y laboral. El preámbulo de dicha Ley lo advierte expresamente: “De acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas”. Se ha optado, de esta forma, por prescindir de las mismas, a pesar de que el Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 275/2015, de 29 de abril, sobre el anteproyecto de la Ley, advirtió que “no debe ignorarse la relevancia que estas reclamaciones siguen teniendo en ciertos ámbitos concretos en los que su supresión podría suponer para algunos interesados una carga mayor que su exigencia, al obligarles a acudir siempre y en todo lugar a la vía jurisdiccional, con los costes que ello conlleva (así, por ejemplo, en materia de Seguridad Social)”, razón por la

tioné”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2003, pp. 1909 y ss.; D. VERA JURADO, “La reclamación administrativa previa al ejercicio de acciones civiles y laborales”, *RAP*, núm. 134, 1994, pp. 253 y ss.; J. L. PIÑAR MAÑAS, “Las reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales”, en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 352 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, *RAP*, núm. 77, 1975, pp. 81 y ss.; y M. ALONSO OLEA, *La reclamación administrativa previa*, IGO, Sevilla, 1961.

cual quizás la mejor solución sería la de mantener tales reclamaciones, si bien otorgándoles carácter potestativo.

Esta supresión en la LPAC de las reclamaciones previas no significa, de todas formas, que en el ámbito laboral hayan desaparecido por completo, dado que la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, modificada en algunos extremos por la disposición final tercera de la LPAC de 2015, en algún caso sigue contemplándolas y exigiéndolas como presupuesto procesal. Concretamente, cuando no medie acto o resolución administrativa y, por tanto, ningún agotamiento proceda, la exigencia de formular reclamación administrativa previa al ejercicio de la acción se mantiene en el supuesto de prestaciones de Seguridad Social, pues, como excepción a la supresión general que ha establecido la LPAC, el artículo 71 de la misma Ley de la Jurisdicción Social sigue disponiendo que “será requisito necesario para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social, que los interesados interpongan reclamación previa ante la entidad gestora de las mismas”, salvo que se trate de “procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda el alta médica emitidas por los órganos competentes de las entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal”. Y el mismo artículo 71 regula ante quién deberá interponerse dicha reclamación previa, el plazo de interposición y el plazo de resolución, así como los efectos denegatorios en caso de silencio administrativo. Por lo demás, la reclamación administrativa en materia de prestaciones de Seguridad Social vincula al demandante, de manera que en el proceso laboral “no podrán introducirse variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración”, a no ser que se trate de “hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad” (artículo 72). Y esta reclamación “interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad, reanudándose estos últimos al día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada” (artículo 73).

Más allá del supuesto que se acaba de referir, conviene tener en cuenta que la regla general es que “para poder demandar al Estado, Comunidades Autónomas, Entidades locales o Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos será requisito necesario haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable” (artículo 69.1), si bien quedan exceptuadas las demandas de tutela de

derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical, en las que no será necesario ese agotamiento (artículo 70). De manera que el interesado podrá formalizar la demanda en el plazo de dos meses desde que se deba entender agotada la vía administrativa, o en el plazo de veinte días hábiles en el supuesto de acciones derivadas de despido y demás acciones sujetas a plazo de caducidad (artículo 69.2 y 3 de la misma Ley de la Jurisdicción Social), sin que, por otra parte, sea preciso observar el requisito previo de la conciliación o, en su caso, mediación (artículo 64).

Por consiguiente, en el ámbito de la jurisdicción laboral se aplica el mismo régimen general del agotamiento previo de la vía administrativa que rige en relación con el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre, claro es, que medie un acto o resolución administrativa.

El nuevo procedimiento administrativo común (Ley 39/2015, de 1 de octubre)

ALEJANDRO HERNÁNDEZ DEL CASTILLO
Abogado

- 1. Marco de la nueva regulación del procedimiento administrativo común contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre**
- 2. Novedades que incorpora la Ley**
 - 2.1. Medidas provisionales (artículo 56)
 - 2.2. Fomento de la iniciación del procedimiento administrativo mediante denuncia y premio para el delator (artículo 62)
 - 2.3. Inicio del procedimiento sancionador y del procedimiento de responsabilidad patrimonial (artículos 63 a 65)
 - 2.4. Iniciación del procedimiento a solicitud del interesado (artículo 66)
 - 2.5. Expediente administrativo (artículo 70)
 - 2.6. Instrucción del procedimiento (artículos 75 a 83)
 - 2.7. Finalización del procedimiento (artículos 84 a 95)
 - 2.8. Tramitación simplificada del procedimiento administrativo común (artículo 96)
 - 2.9. Ejecución de la resolución (artículo 97 y siguientes)

Resumen

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, supuso un importante hito en la tramitación del procedimiento administrativo común, introduciendo novedades a fin de agilizar aquella tramitación, pero que pronto se demostraron inoperantes, como es el caso de la comunicación previa introducida en el originario artículo 110.3, y que fue suprimida con la reforma

Artículo recibido el 17/02/2016; aceptado el 15/05/2016.

por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Por su parte, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, continúa con la obsesión de agilizar la tramitación del procedimiento administrativo (podríamos decir, incluso, que en nuestro país la demora en la tramitación de cualquier procedimiento, tanto administrativo como judicial, se ha convertido en una lacra del sistema que lo estrangula, haciendo que las soluciones tan tardías dejen de ser verdaderas soluciones).

Con este propósito la Ley 39/2015 introduce novedades que, en la mayoría de los casos, son fruto de la experiencia acumulada a través de la práctica procesal y de la doctrina de los tribunales, dando respuesta, además, a alguna aspiración ciudadana, como es el caso de la consideración como inhábiles de los sábados. Ciertamente es loable la introducción del uso generalizado y obligatorio de medios electrónicos o la simplificación del procedimiento administrativo, aunque en el primer caso se haga con una forma un tanto discutible, pues llama la atención que, rigiéndose toda la actuación de la Administración por el principio de legalidad, se deje en manos de la misma determinar los sujetos que vengán obligados a ese uso de medios electrónicos en atención a su capacidad económica, técnica o dedicación profesional, por ejemplo. Menos aún se comprende que en los tiempos que corren de publicidad y transparencia se explicita que no forman parte del expediente administrativo los informes internos o entre órganos o entidades administrativas, pues es precisamente esa transparencia, y no el ocultismo, la que dignifica a la Administración en su actuación, consolidando la confianza legítima de los ciudadanos.

Palabras clave: *legalización; medios electrónicos; simplificación; expediente.*

The new administrative procedure (Law 39/2015, of 1 October)

Abstract

Law 30/1992, of 26 November, signified a milestone in the field of administrative procedural law. Despite the fact that this law introduced several measures for speeding up the administrative process, rapidly became inoperative, being an example the mechanism of the prior communication established by article 110.3 and suppressed by Law 4/1999, of 13 January. Law 39/2015, of 1 October, also pursues the goal of

speeding up the administrative procedure (in fact, we can sustain that in Spain delays in administrative and judicial procedures are flaws in the system: late solutions are not really solutions).

In this context, Law 39/2015 introduces new measures which, in most of the cases, are the result of the procedural experience and the knowledge of courts. Moreover, some of these measures provide answers to citizens' requests, for instance, one of these measures qualifies Saturdays as a public holiday, and therefore, it does not count for procedural administrative deadlines. It is praiseworthy the generalization –and obligation to use– of electronic means or the simplification of the administrative procedure. However, in the case of bolstering the electronic administration, Law 39/2015 has taken a controversial decision from the point of view of the rule of law: the public administration determines the private individuals which are obligated to use electronic means, taking into account criteria such as the economic, technical or professional capacity. In addition, in these days in which transparency is a relevant trend, it is far more questionable that internal reports or between administrative bodies or entities are not part of the administrative file. It is precisely transparency which dignifies administrative action and consolidates the confidence of citizens in the public administration.

Keywords: legalization; electronic administration; administrative simplification; administrative file.

1

Marco de la nueva regulación del procedimiento administrativo común contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre

Desde la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y su posterior modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha sido una preocupación constante del legislador garantizar una igualdad en las condiciones jurídicas básicas de todos los ciudadanos en sus relaciones con las diferentes Administraciones Públicas, única manera de hacer real y efectiva la proclama constitucional de atribución de competencia exclusiva al Estado para el establecimiento de un “procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas” (artículo 149.1.18.^a CE).

La nueva regulación del procedimiento administrativo común contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que dedica a dicha materia su Título VI, distribuido a lo largo de siete capítulos (arts. 53 a 105), viene presidida por tres grandes ejes:

1) La legalización de los procedimientos sobre potestad sancionadora y responsabilidad, que venían regulados a nivel reglamentario (Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, para la responsabilidad patrimonial, y Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, para la potestad sancionadora). Con la derogación de la Ley 30/1992 se cambia la orientación, pues mientras en esta se recogen los principios generales en dos títulos diferenciados (IX y X), dejando a los reglamentos, como se ha expuesto, la concreción de cada procedimiento, con la Ley 39/2015 ha optado el legislador por especificar, dentro del procedimiento administrativo común, las especialidades propias de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial, reforzando así la seguridad jurídica y evitando la dispersión normativa.

Se ha optado por trasladar los principios que rigen la potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Podríamos decir que es esta una ley en la que el legislador se ha preocupado de regular las relaciones internas entre las diversas Administraciones Públicas, así como las que rigen entre distintos órganos de cada Administración, en tanto que la Ley 39/2015 es una ley con vocación *ad extra*, es decir, que rige las relaciones entre Administración y administrados.

2) El uso generalizado y obligatorio de medios electrónicos en la tramitación del procedimiento administrativo, dejando a la Administración, a través del reglamento (no al Legislativo) la facultad de imponer ese uso de medios electrónicos a determinados sujetos que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios (artículo 14.3).

Ello trae como forzosa consecuencia que el expediente administrativo también ha de tener formato electrónico.

3) La simplificación del procedimiento. Dedicar la Ley el artículo 96 a la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común. No es que existan dos procedimientos, uno general y otro simplificado, sino que el procedimiento es único, el procedimiento administrativo común, y dentro del mismo, bajo determinados condicionantes, se puede acordar por la Administración la tramitación simplificada. Se trata de recoger la experiencia de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, donde su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 429/1993, pre-

vió esa tramitación simplificada con el nombre de “procedimiento abreviado”.

En la tramitación del procedimiento administrativo común van a incidir también muchas otras normas ubicadas sistemáticamente en lugares distintos de la Ley, pero de obligada observancia en la tramitación del procedimiento, tales como motivación de actos, presentación de copias a la Administración o cómputo de plazos y notificación de resoluciones.

Precisamente en cuanto a la notificación recordemos que la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 5.^a) de 28 de octubre de 2004 fija la siguiente doctrina legal: “a efecto de dar cumplimiento al artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, la expresión ‘en una hora distinta’ determina la validez de cualquier notificación que guarde una diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó el primer intento de notificación”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional tiende a hacer prevalecer la materialidad sobre la forma¹.

Y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 4.^a) de 28 de noviembre de 2004, recaída en el recurso 4/2003, señala: “Pero es que además esta Sala, estima, adecuada la doctrina de la Sala de Instancia, pues de un lado, tratándose cual se trata de interpretar una norma que regula el régimen de las notificaciones, su aplicación ha de tratar de posibilitar, que se consiga el fin de la notificación, que esta llegue al interesado, y si un día no estaba en el domicilio en las primeras horas de la mañana se ha posibilitar, que la segunda notificación sea en franja horaria distinta, por ejemplo, al final de la mañana, y de otro, porque esa interpretación la exige en parte

1. La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 32/2008, de 25 de febrero, dictada en recurso de amparo núm. 7482/2004, establece: “En atención a lo expuesto hay que concluir, conforme también interesa el Ministerio Fiscal, que se ha vulnerado a la entidad recurrente su derecho a la defensa y a ser informado de la acusación [art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836)]. En efecto, es cierto que, como se señala en la Sentencia recaída en la vía judicial previa, el Ayuntamiento de Madrid cumplió con la obligación formal de dirigir las diversas notificaciones a que daban lugar los procedimientos sancionadores al domicilio de la entidad recurrente que figuraba en el Registro de Vehículos y que fue la recurrente la que incumplió su obligación, como titular de un vehículo, de notificar a dicho Registro el cambio de domicilio. Ahora bien, más allá de ello, una vez frustradas las posibilidades de notificación personal a la entidad recurrente por ser ignorado su paradero en ese domicilio, la Administración sancionadora no podía limitarse a proceder a la notificación edictal sin desplegar una mínima actividad indagatoria en oficinas y registros públicos para intentar determinar un domicilio de notificaciones alternativo en que pudiera ser notificada personalmente. Ello le hubiera llevado, sin mayor esfuerzo, a una correcta determinación del domicilio social de la recurrente, tal como se verifica con la aparente normalidad con la que en vía de ejecución se accedió a dichos datos para la notificación de la providencia de apremio”.

la norma, cuando dice, dentro de los tres días y en hora distinta, pues, si al legislador le hubiese dado igual el horario concreto, debía haberse limitado a decir, que la segunda notificación se practicará en el día siguiente o en el otro, y no dice eso, sino que dice, dentro de los tres días en hora distinta, y hora distinta a los efectos de la notificación, no es 9,30 cuando la anterior se había realizado a las 10, aunque ciertamente las nueve y las diez sean horas distintas según el diccionario, pues esas horas distintas, se ha de entender a los efectos de la notificación, las que se practican en distintas franjas horarias, como pueden ser, mañana, tarde, primeras horas de la mañana o de la tarde”.

Es precisamente en esta Sentencia donde se ha inspirado la Ley 39/2015, al exigir su artículo 42 que si el primer intento de notificación se efectuó antes de las quince horas, el segundo ha de efectuarse después de las quince horas, y viceversa, debiendo existir al menos un margen de diferencia de tres horas entre uno y otro intento.

En cuanto a la fijación de plazos por horas, hay que advertir que no es una novedad de la Ley 39/2015, pues dicha posibilidad aparece ya contemplada en nuestro ordenamiento en otros sectores. Un buen ejemplo es la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. Con arreglo a la misma, ante la comunicación de una manifestación o reunión a la autoridad gubernativa, esta, si considera que concurren razones fundadas de alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir dicha reunión o manifestación o, en su caso, proponer su modificación. En tal supuesto el artículo 11 de dicha Ley Orgánica prescribe: “De no ser aceptada por los organizadores o promotores la prohibición u otras modificaciones propuestas, podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia competente, en el plazo de cuarenta y ocho horas, trasladando copia de dicho recurso debidamente registrada a la autoridad gubernativa con el objeto de que aquella remita inmediatamente el expediente a la Audiencia”.

Respecto de los documentos presentados mediante fotocopias, es la Sala Primera del Tribunal Supremo la que dispone de un gran acervo jurisprudencial. Sirva como muestra que el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), en la Sentencia núm. 750/2012, de 12 diciembre, F.D. Sexto, señala: “Por lo demás, la jurisprudencia de esta Sala no niega absolutamente valor probatorio a las fotocopias [SSTS 19-1-00 (RJ 2000, 110), 22-6-00, 22-1-01 (RJ 2001, 1679), 6-4-01, 27-9-02 (RJ 2002, 7878) y 16-12-04 (RJ 2005, 275) entre otras] ni a los documentos privados impugnados por la parte a quien perjudiquen pero que se valoren por el tribunal de instancia en conjunción con otros medios de prueba [SSTS 19-2-08 (RJ 2008, 3508), 26-5-03

(RJ 2003, 3927), 17-3-03 (RJ 2003, 2593) y 27-11-00 (RJ 2000, 9242) entre otras]”².

En fin, en cuanto a la motivación de los actos recordemos que se amplían los supuestos (art.35) frente a la Ley 30/1992 (art.54), pero a mi juicio de modo insuficiente, pues dicha motivación debiera ser la regla general, ya que difícilmente se puede concebir el ejercicio de sus funciones por un poder público si no es fundamentando en razones jurídicas sus decisiones.

Fijado el marco del procedimiento administrativo común, vamos a centrarnos ahora en las novedades que en su tramitación incorpora la Ley, que en la mayoría de los casos son fruto de la práctica procesal, como la prueba, o bien producto de la doctrina de los tribunales, como es el caso de las notificaciones, e incluso de las aspiraciones ciudadanas, como es el supuesto del cómputo de plazos, incluyendo los sábados como días inhábiles.

2

Novedades que incorpora la Ley

2.1

Medidas provisionales (artículo 56)

Como se sabe, se distinguen las medidas provisionales a adoptar una vez iniciado el procedimiento de aquellas otras que se adopten antes de la iniciación del mismo, y supeditadas estas últimas a que efectivamente se inicie.

En el primer caso, se restringe la libertad del órgano administrativo para adoptar las correspondientes medidas provisionales según su arbitrio, pues cualesquiera que fueren las que se acuerden, todas ellas han de decidirse de

2. Una de ellas, en concreto la Sentencia núm. 629/2000, de 22 junio (F.D. Segundo), se pronuncia así: “ ‘Una cosa es la presentación de fotocopias, que por sí no causa ninguna situación de indefensión para la contraparte en cuanto que las puede impugnar y cuestión distinta es la valoración apreciativa de las mismas a cargo de los órganos judiciales, lo que esta Sala de Casación Civil ha resuelto, creando doctrina jurisprudencial, en el sentido de que las reproducciones fotográficas de documentos, cuando se niegan de contrario, necesitan la correspondiente adveración probatoria para que surtan efecto [sentencias de 25-5-1945 (RJ 1945, 690), 27-9-1962 (RJ 1962, 3329), 17-2 y 22-10-1992 (RJ 1992, 1519 y 8401) y 20-4-1993 (RJ 1993, 3107)] [...]’ [Sentencia 17-7-1996 (RJ 1996, 5724)] y, sin perjuicio de que su contenido lo tenga por acreditado el Tribunal de Instancia por su valoración conjunta de la prueba aportada en Autos, [...]”.

acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad, recogiendo así una larga tradición jurisprudencial³.

En el segundo caso, el de las llamadas medidas cautelarísimas, se amplían los supuestos en que pueden adoptarse las mismas, toda vez que ha desaparecido la exigencia contenida en la Ley 30/1992 de que tales medidas solamente podían acordarse en los supuestos previstos expresamente por una norma con rango de ley, pero al propio tiempo se refuerza su justificación y necesidad, toda vez que tales medidas cautelarísimas solamente podrán adoptarse de forma motivada, y siempre y cuando resulten necesarias y proporcionadas.

En todo caso, en esta materia la Ley 39/2015 es tributaria de la experiencia procesal civil, hasta el punto de que el apartado tres del artículo 56 se remite a la propia Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a las medidas cautelares específicas a adoptar, de modo que reproduce, con las necesarias adaptaciones, el contenido del artículo 727 de dicha Ley, debiendo recordarse que las medidas enumeradas, tanto allí como aquí, tienen carácter de *numerus apertus* y no de *numerus clausus*, pues en uno y otro supuesto, y a modo de cláusula de cierre, se prevé también la posibilidad de adoptar aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

3. El Auto del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1987 (Sala Tercera) ya fijó doctrina sobre la proporcionalidad de las medidas, que se resume en que el principio de proporcionalidad que rige en toda materia de intervención administrativa exige que la cuantía de la caución para responder de los posibles daños o perjuicios se atempere al contenido del acuerdo impugnado. Así, en su F.D. Primero señala: “En tal sentido la Sala comparte la tesis apelante referente a la desproporcionalidad de la medida cautelar atendidas las características del caso de autos, esto es, que el contenido del acuerdo suspendido consiste en la Orden de demolición de un frontón levantado en la finca del actor (sin afectar en principio a terceros) y cuyo presupuesto de obra fue de [...]. Por ello parece razonable la moderación de la cifra de garantía exigida por imperativo del principio de proporcionalidad que rige en toda materia de intervención administrativa y a tal efecto debe estimarse como suficiente la de [...] que, además, puede prestarse en cualquiera de las formas permitidas en derecho”.

La STS de 7 de noviembre de 2005 (Sala Tercera, Sección Cuarta), recaída en recurso de casación núm. 306/2003 contra Auto relativo al cierre cautelar de una oficina de farmacia acordado por la Administración, establece en su F.D. Primero que: “Así pues, y sin negar el evidente interés público que subyace en la actividad administrativa que desembocó en el cierre de la oficina, debe considerarse que la concreta medida cautelar adoptada no parece responder a la nota de idoneidad insita en el principio de proporcionalidad inherente a todas las medidas cautelares, por cuanto no es adecuada para alcanzar el fin pretendido de salvaguarda de la salud pública”.

2.2

Fomento de la iniciación del procedimiento administrativo mediante denuncia y premio para el delator (artículo 62)

Como es conocido, la denuncia es una forma de iniciación de oficio del procedimiento administrativo, y la Ley fomenta esta forma de iniciación recogiendo la experiencia de los llamados programas de clemencia en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, premiando a aquellos sujetos que sean los primeros en denunciar si, junto con otros, han participado en la comisión de determinada infracción, bien eximiéndoles del pago de la multa o sanción no pecuniaria que correspondería, bien reduciendo el importe de dicha multa o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario; pero lo hace en términos tales que difícilmente se va a poder defender el denunciante frente a la Administración, si esta no aprecia esa exención o reducción de responsabilidad. En efecto, se exige que el denunciante sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, y además que en ese momento no disponga la Administración de elementos suficientes para ordenar esa iniciación, y se repare, claro está, el perjuicio causado. Así es para la exención, mientras que si no se cumple alguno de tales requisitos podría acogerse el denunciante a la reducción de la sanción a imponer, pero esta posibilidad se sujeta, a su vez, al cumplimiento de otro requisito esencial, cual es que los elementos de prueba facilitados por el denunciante aporten un valor añadido significativo respecto de los que ya disponga la Administración. Se trata, en definitiva, de una lluvia de conceptos jurídicos indeterminados que van a dificultar enormemente la defensa del denunciante frente a la Administración, si esta no aplica cualquiera de los beneficios pretendidos por aquel.

Lo que sí es claro es que se fomenta la delación, pues ante la solidaridad que rige la responsabilidad por las infracciones cometidas por varias personas conjuntamente (artículo 28.3 de la Ley 40/2015) es muy posible que uno o varios de tales sujetos tengan interés en ser el primero en denunciar a fin de obtener la correspondiente prebenda.

Y la reflexión, a modo de crítica, es si no estamos ante una confesión del fracaso del sistema para la aplicación de la potestad sancionadora, y por ello se fomenta la delación.

2.3

Inicio del procedimiento sancionador y del procedimiento de responsabilidad patrimonial (artículos 63 a 65)

El acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, que ha de efectuarse siempre de oficio, debe contener los hechos que motivan la incoación de dicho procedimiento y su posible calificación, posibilitando así el derecho de defensa del administrado. Pero puede ocurrir que en dicho momento no se disponga de los elementos suficientes para esa calificación. En tal caso, y a fin de asegurar el acierto jurídico, se posibilita que la citada calificación pueda realizarse en una fase posterior, a cuyo fin se elaborará el pliego de cargos que será oportunamente notificado al interesado para formular alegaciones.

Para la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, ya sea de oficio o a petición del interesado, se hace hincapié en que solamente es posible dicha iniciación siempre y cuando no haya prescrito el derecho a reclamar (un año).

Hemos de advertir que se desarrolla la responsabilidad por actos del Legislativo, aunque en este caso en la Ley 40/2015 (artículo 32), frente a la escasa regulación contenida en la Ley 30/1992. Se distingue según el daño sea consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, o sea consecuencia de la aplicación de una norma contraria al derecho de la Unión Europea, pero en ambos casos queda restringida la posible indemnización a que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño. Es, pues, requisito *sine qua non* que el particular haya accionado frente a la actuación administrativa dañosa. En caso contrario, no obtendrá el reconocimiento del derecho a ser indemnizado.

2.4

Iniciación del procedimiento a solicitud del interesado (artículo 66)

Siempre ha sido polémico determinar si es o no requisito necesario para formular la solicitud de iniciación estampar la firma del solicitante. Desde luego que el legislador del año 1992 no le dio tanta importancia a la firma, y prueba de ello es que, al regular los recursos administrativos, el artículo 110 de la Ley 30/1992, en su redacción originaria, no exigía la estampación de dicha firma entre los requisitos exigidos, sustituyéndola por la identificación personal del recurrente. No fueron pocos los detractores de tal supresión, y

mediante la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, se reinstauró la obligación de extender la firma en el correspondiente escrito de recurso.

Y ahora la cuestión va a seguir siendo polémica, pues mientras el artículo 66 exige para formular la solicitud de iniciación del procedimiento estampar la firma o bien (es decir, con carácter disyuntivo) acreditar la autenticidad de la voluntad del interesado expresada por cualquier medio, el artículo 11 de la propia Ley 39/2015, ubicado sistemáticamente en el Título I dedicado a los interesados en el procedimiento, sí que exige el uso obligatorio de la firma para formular solicitudes, junto a otros supuestos (presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos).

2.5

Expediente administrativo (artículo 70)

La ordenación del procedimiento se inicia con la regulación expresa en la Ley del expediente administrativo, abarcando tanto su definición como su contenido.

Es algo novedoso, y a la vez loable, tal planteamiento, pues aunque se sobreentendía qué era el expediente administrativo, a veces existía cierto confusionismo entre el mismo y el procedimiento administrativo, cuando son conceptos diferentes.

Si, en términos sencillos, por procedimiento administrativo podemos entender el conjunto de actos concatenados de la Administración tendentes a la consecución de un fin, la Ley aclara que el expediente administrativo es el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento de la resolución administrativa, a lo que se añaden las diligencias necesarias para su ejecución. Ello pone de relieve dos extremos: de un lado, el soporte documental necesario, aunque sea electrónicamente, para la motivación de la resolución administrativa de acuerdo con el principio general de motivación de los actos del artículo 35, y, de otro, que la actividad administrativa no debe terminar con el dictado de la correspondiente resolución, sino que se debe extender también a la ejecución de la misma, en parangón con las previsiones de la potestad jurisdiccional, que comprende tanto juzgar como hacer ejecutar lo juzgado.

Pero va a continuar siendo polémico el contenido del expediente administrativo, que siempre tendrá formato electrónico. Ante la eventual invocación por un interesado de su derecho a conocer el estado de tramitación del procedimiento y obtener copia de los documentos contenidos en el

mismo (artículo 53, y antes artículo 35 de la Ley 30/1992, aunque con defectuosa técnica en ambos casos, pues los documentos no se contienen en el procedimiento, sino propiamente en el expediente administrativo), no son pocas las ocasiones en que el órgano administrativo correspondiente ha denegado a dicho interesado el acceso a algún informe que debería obrar dentro del expediente administrativo, alegando que se trata de un documento de carácter interno, con olvido de la transparencia y publicidad del procedimiento.

Pero, como decimos, va a seguir existiendo polémica, y no tanto por el contenido positivo del expediente administrativo (apartado 2 del artículo 70) como por el contenido negativo (apartado 4), es decir, por aquellos elementos que según el legislador no forman parte del expediente administrativo, ya que si bien es claro que no se integran dentro del mismo las meras notas, borradores u opiniones, no lo es tanto el que no formen parte del expediente los informes internos o entre órganos o entidades administrativas (no alcanzamos a comprender tal previsión, pues, salvo en los excepcionales supuestos del carácter reservado, la misma es diametralmente opuesta a la transparencia que debe regir la actuación administrativa), o la referencia a que tampoco se entenderá que forman parte del expediente administrativo los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, ya que uno no alcanza a comprender por qué una Administración Pública ha de emitir juicios de valor.

Y todo ello es más criticable aún cuando en el artículo siguiente (71), después de mantenerse el impulso de oficio del procedimiento en todos sus trámites, se hace hincapié en que han de respetarse los principios de transparencia y publicidad.

2.6

Instrucción del procedimiento (artículos 75 a 83)

La Ley insiste de manera pertinaz en el uso de medios electrónicos, pues al tratar de la instrucción recalca que todos los actos de instrucción deberán llevarse a cabo a través de medios electrónicos (artículo 75), al igual que hizo anteriormente al referirse a los actos de impulso del procedimiento, e incluso recuerda que los informes deberán ser emitidos a través de medios electrónicos (artículo 80) o que la resolución se dictará electrónicamente (artículo 88).

Cuando hablamos de instrucción pone su acento la Ley en la necesidad de facilitar la simplificación y la publicidad de los procedimientos, recor-

dando siempre el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados, propios de las leyes procesales.

En materia de **prueba**, el artículo 77, después de admitir la posibilidad de poder acreditar los hechos por cualquier medio de prueba admisible en derecho, prevé que la valoración se realice, como no podía ser de otro modo, según los criterios establecidos en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que significa que, según los casos, esa valoración tendrá carácter tasado o bien se realizará según las reglas de la sana crítica.

Se contempla expresamente a nivel legal la posibilidad de apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a 10 días, que antes solo se recogía en cada reglamento a la hora de regular el procedimiento correspondiente. Junto a ello, y con mejor sistemática que hasta ahora, el artículo 77 recoge la previsión de que, en materia sancionadora, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a la Administración respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien; así como la presunción de veracidad de los hechos constatados por funcionarios a quienes se reconoce la condición de autoridad y que hayan sido reflejados en documentos formalizados, con observancia de los requisitos legales correspondientes.

No obstante, llama la atención la rareza de la previsión del apartado 6 del artículo 77, al establecer que: “Cuando la prueba consista en la emisión de un informe de un órgano administrativo, organismo público o entidad de derecho público, se entenderá que este tiene carácter preceptivo”, ya que está transformando en preceptivo lo que originariamente era facultativo, pues, en principio, no hay obligación de solicitar el informe como prueba, salvo que se entienda que, dado que el juicio de relevancia de la prueba es de la competencia del instructor, si este solicita el referido informe es porque viene obligado a ello, bien por no tener por ciertos los hechos alegados por los interesados, bien porque la naturaleza del procedimiento lo exija (artículo 77.2).

Finalmente, si el fundamento básico de la decisión administrativa es la valoración de las pruebas practicadas, tal valoración debe incluirse en la propuesta de resolución, lo que no deja de constituir una manifestación más de la amplitud de los supuestos de motivación de la actividad administrativa.

Mención aparte merecen los informes, donde el artículo 80.3 de la Ley, en relación con el artículo 22.1.d) de la misma, viene a poner fin a una polémica suscitada con la Ley 30/1992 y que tuvo que ser clarificada por nuestro Tribunal Supremo. Me refiero al supuesto de no emisión de un informe en el plazo previsto, que como regla general permite proseguir las actuaciones sin perjuicio de la responsabilidad del causante de la demora.

Por excepción, en la Ley 30/1992 (artículo 83.3) se suspende el plazo máximo legal para resolver si el informe no emitido es un informe preceptivo que además, y esto es lo importante, sea “determinante para la resolución del procedimiento”, con la dificultad que conlleva discernir si un informe es o no determinante para esa resolución. La Ley 39/2015 suprime la exigencia de que el informe sea determinante para la resolución del procedimiento, con lo que viene a eliminar dudas, pero al propio tiempo clarifica la cuestión relativa a si la suspensión del plazo máximo legal para resolver tiene o no límites, en el sentido apuntado por la doctrina del Tribunal Supremo [STS de 18 de marzo de 2008, que aclaró la eventual contradicción entre el art.42.5.c) y el 83.3 de la Ley 30/1992], que no es otro que la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento, evitando así, por ejemplo, su caducidad; cuando se solicita un informe preceptivo, lo es con el límite del tiempo que media entre la petición del informe y su recepción, sin que en ningún caso pueda exceder de tres meses. Y esta doctrina es la que recoge el artículo 80.3 de la Ley 39/2015, en conexión con la letra d) del artículo 22.1 de la misma, de modo que ese plazo máximo de suspensión por tres meses impide que se acuerden nuevas y sucesivas suspensiones del mismo plazo en espera del dictamen preceptivo solicitado.

En materia de **responsabilidad patrimonial**, se regula con mejor sistemática la cuantía de la reclamación a partir de la cual es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la comunidad autónoma respectiva. Y es que la cuestión no ha sido pacífica, habida cuenta de las modificaciones que introdujeron diversas leyes autonómicas respecto de la cuantía a partir de la cual era preceptivo el dictamen del Consejo de Estado (Comisión Permanente) según la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, reguladora del mismo. En esta, en un primer momento el dictamen era preceptivo cualquiera que fuere la cuantía reclamada, mientras que por ejemplo la Ley 8/1993, de 19 de octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía, solo atribuyó el carácter preceptivo al dictamen de dicho órgano consultivo cuando la cuantía reclamada excediese de 10 millones de pesetas (60 000 €). Y la polémica quedó pronto zanjada por cuanto si la Administración autonómica, en el legítimo ejercicio de su potestad de autoorganización, puede decidir si crea o no un órgano consultivo propio, del mismo modo podrá fijar los límites económicos a partir de los cuales será preceptivo el dictamen de su órgano consultivo.

La cuestión ha sido objeto de diversos vaivenes, y así, la Ley Orgánica del Consejo de Estado fijó el límite en 6000 € en virtud de la modificación operada en la misma por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre; límite que, no obstante, ha desaparecido en virtud de la modificación introducida

por la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, en tanto que en Andalucía, con la vigente Ley reguladora de su Consejo Consultivo –Ley 4/2005, de 8 de abril–, ese límite se mantiene en 60 000 €.

Pero lo cierto es que la Ley 39/2015, en su artículo 81.2, pretende zanjar la cuestión, aunque lo hace de una manera un tanto absurda, ya que si lo pretendido era trasladar a la Ley 39/2015 el mismo criterio introducido como inciso final del artículo 142.3 de la Ley 30/1992 por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en realidad no ha sido exactamente así. En efecto, ese inciso final señala que “en el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la comunidad autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50 000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”. Sin embargo, el artículo 81.2 de la Ley 39/2015 fija el límite a partir del cual es preceptivo el dictamen en 50 000 €, para a continuación dejar a salvo lo que puedan establecer tanto la Ley Orgánica del Consejo de Estado como la respectiva legislación autonómica; es decir, sobra la referencia a los 50 000 €, pues habría bastado con señalar que será preceptivo el dictamen en los casos señalados tanto en la Ley Orgánica del Consejo de Estado como en la respectiva legislación autonómica.

Antes de solicitar el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico, o el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma, debe darse audiencia a los interesados, y en este trámite destacan dos aspectos en la Ley 39/2015.

De un lado, la puesta de manifiesto a los interesados permite que estos examinen cuantos documentos y antecedentes obren en el respectivo expediente a fin de formular con acierto sus alegaciones, pero hay una referencia explícita en el artículo 82.1 a las limitaciones recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por lo que han de respetarse dos tipos de límites legales: el primero es el representado por los límites recogidos en el artículo 14 de la citada Ley 19/2013, es decir, cuando el acceso pueda suponer un perjuicio para, entre otras, la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, etc., y el segundo es el representado por la protección de datos personales en virtud del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, a la que se remite el artículo 15 de la Ley 19/2013.

El segundo aspecto destacable, es el énfasis que pone el artículo 82.5 de la Ley en la instrucción de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración, por los daños y perjuicios causados a terceros

durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de dicha Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, donde se resalta que “será necesario en todo caso dar audiencia al contratista”. Ante las dudas que venía planteando la reclamación de daños y perjuicios en el supuesto de ejecución de contratos públicos en orden a determinar la jurisdicción competente, si en vía civil contra el particular o en vía contencioso-administrativa contra la Administración, o en una o en otra contra ambos, el aspecto destacado y que comentamos viene a confirmar la intervención medial de la Administración y la unicidad jurisdiccional, de modo que frente a la resolución que adopte el órgano administrativo competente cabe recurso contencioso-administrativo a interponer, bien por el particular, bien por el contratista, según sea el sentido de aquella decisión administrativa.

2.7

Finalización del procedimiento (artículos 84 a 95)

Las novedades se centran más en el modo normal de terminación del procedimiento, cual es la resolución, que en los demás constituidos por el desistimiento, la renuncia y la caducidad, adquiriendo particular relevancia la resolución de los procedimientos sancionadores, tanto en lo que respecta a la reducción en determinados casos de las sanciones pecuniarias como respecto de la ejecutividad de la resolución sancionadora.

Junto a ello, el artículo 86.5, al regular la terminación convencional de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, viene a legalizar el criterio que ya expuso a través de su Preámbulo el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, en el sentido de que el acuerdo de terminación convencional no puede suponer ningún tipo de transacción sobre la existencia o no de relación de causalidad o de reconocimiento pactado de la responsabilidad, sino que ha de limitarse a la determinación de la cuantía y el modo de la indemnización.

Siguiendo la tradición marcada por la normativa tributaria y de tráfico, el legislador ha optado en el artículo 85 por aplicar reducciones en las sanciones pecuniarias, como consecuencia del reconocimiento de la propia responsabilidad por el infractor y del pronto pago antes de dictar resolución, exigiendo siempre el desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción correspondiente. El porcentaje mínimo de reducción es del 20%, dejando al reglamento la posibilidad de in-

crementar dicho porcentaje. Ello, desde luego, contribuye enormemente tanto a la celeridad del procedimiento como a su simplificación, objetivo perseguido por la Ley.

No debe pasar desapercibida la novedad introducida por el artículo 90.3 en cuanto a la ejecutividad de la resolución sancionadora. Sabemos que la regla general es la ejecutividad de los actos administrativos desde el mismo momento en que se dictan, y, por excepción, en materia sancionadora la Ley 30/1992, en su artículo 138.3, dispuso que la resolución sancionadora “será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa”. Sin embargo, el artículo 90.3 de la Ley 39/2015, recogiendo el criterio del artículo 212 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (y antes la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes), condiciona la ejecutividad de la resolución sancionadora a que la misma sea firme envía administrativa, por no caber contra ella ningún recurso ordinario en dicha vía. Ello implica una diferencia sustancial respecto del sistema contenido en la Ley 30/1992. Veamos un ejemplo: si, con arreglo a la Ley 30/1992, la resolución sancionadora se dicta por un órgano cuyas decisiones ponen fin a la vía administrativa, esa resolución sancionadora, precisamente por haber puesto fin a la vía administrativa, ya es ejecutiva aunque quepa contra ella un recurso potestativo de reposición o directamente quepa acudir al contencioso-administrativo. En cambio, en ese mismo supuesto, tras la Ley 39/2015 la resolución dictada por el órgano cuya decisión pone fin a la vía administrativa no es ejecutiva en tanto quepa interponer recurso potestativo de reposición [artículo 90.3 en relación con el artículo 98.1.b) de la misma Ley].

También se adopta un sistema parecido al que rige en materia de recursos (artículo 117.4) y al recogido en el artículo 233.9 de la citada Ley 58/2003, General Tributaria, a fin de determinar qué ocurre sobre la ejecutividad de la sanción por el tiempo que media entre la resolución firme en vía administrativa y la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo. Así, si el interesado ha interpuesto, por ejemplo, un recurso potestativo de reposición contra la resolución sancionadora, y el mismo es desestimado, le bastará para suspender su ejecutividad con comunicar a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución sancionadora firme en vía administrativa. Tal suspensión dejará de surtir sus efectos si no se interpone el contencioso dentro del plazo legalmente previsto o bien, habiéndose interpuesto el recurso contencioso-administrativo, el interesado no ha solicitado la suspensión cautelar, o, habiéndola solicitado, el órgano judicial la ha denegado. El problema derivado que no soluciona la Ley es el supuesto en que, habiendo comunicado el interesado a la Administración su intención de interponer el recurso contencioso en el plazo legal-

mente previsto, cómo conoce la Administración que ha transcurrido dicho plazo sin que se haya interpuesto el contencioso, pues obviamente el interesado no se lo va a facilitar.

Advierte finalmente el artículo 90.4 que los daños y perjuicios que la conducta del infractor hubiese causado a la Administración, y que, por tanto, no tienen carácter sancionador, podrán determinarse en un procedimiento complementario si no lo estuviesen anteriormente, y esta resolución será inmediatamente ejecutiva de conformidad con la regla general. Se trata de una consecuencia lógica, pues ni la determinación de esos daños y perjuicios ni la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario tienen carácter sancionador.

2.8

Tramitación simplificada del procedimiento administrativo común (artículo 96)

Frente a lo que pudiera parecer, no nos encontramos ante dos tipos de procedimiento administrativo, el general u ordinario y el simplificado, sino ante un único procedimiento administrativo común respecto del cual, bajo determinados parámetros, se puede acordar su tramitación simplificada. En realidad, la tramitación simplificada solamente podrá acordarse en muchos casos una vez iniciada la tramitación ordinaria, como ocurre en materia de responsabilidad patrimonial, donde esa tramitación simplificada solo es posible si se ha iniciado el procedimiento administrativo y el órgano competente entiende inequívoca la relación de causalidad, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización. Es precisamente de la tramitación contenida en el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de donde se ha extraído la tramitación simplificada de la Ley. Hemos de resaltar tres aspectos: cuáles son los supuestos legitimadores de esa tramitación simplificada, de qué depende que se acuerde la misma (si de la voluntad de la Administración, del particular o del acuerdo entre ambos), y en qué consiste esa tramitación simplificada o cuáles son sus diferencias respecto de la tramitación ordinaria.

El supuesto que legitima la utilización de la tramitación simplificada es que razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen, con la dificultad que entraña la aplicación de tales conceptos jurídicos indeterminados.

Aparentemente la tramitación simplificada exige el acuerdo entre Administración e interesados, toda vez que, si pretende la Administración iniciar

de oficio esa tramitación simplificada, basta con que cualquier interesado se oponga expresamente para que la Administración deba seguir la tramitación ordinaria, y, del mismo modo, si es un interesado quien instó la tramitación simplificada, puede denegarla la Administración. Pero, en realidad, es la Administración quien siempre decide, pues, una vez verificado el acuerdo de tramitación simplificada e iniciada la misma, puede el órgano competente para tramitar decidir en cualquier momento volver o continuar con la tramitación ordinaria, del mismo modo que en los procedimientos sancionadores puede la Administración acordar la tramitación simplificada si existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, sin que en tal caso pueda oponerse el interesado.

Los efectos de la tramitación simplificada son:

- 1) Acortamiento de plazos. El procedimiento administrativo tramitado de forma simplificada debe resolverse en 30 días, o en un plazo menor si restan menos de 30 días desde que se acordó la tramitación simplificada hasta la última acción de la tramitación ordinaria. También se acortan los plazos previstos para trámites internos, como, por ejemplo, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo, que deberá emitirse en el plazo de 15 días si así lo solicita el órgano competente, en lugar del general de dos meses del artículo 81.2; o la reducción del plazo de alegaciones a cinco días.
- 2) Supresión de trámites. Solo si la resolución va a ser desfavorable al interesado habrá trámite de audiencia, y solo si fuese preceptivo se solicitará el informe del servicio jurídico. También se prescinde de la prueba (lógico, pues tratándose, por ejemplo, de responsabilidad patrimonial, solo cabe la tramitación simplificada si son inequívocos los presupuestos que legitiman esa responsabilidad).
- 3) En garantía de los derechos del administrado y de la seguridad jurídica, se atribuye una importancia capital al dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, pues si dicho dictamen es contrario a la propuesta de resolución, en tal caso el órgano competente para resolver no tiene más remedio que continuar la tramitación ordinaria.

2.9

Ejecución de la resolución (artículo 97 y siguientes)

Ya se trate de la tramitación ordinaria o de la simplificada, llama la atención, como si fuese un preludeo, la dificultad para abonar el importe de cualquier sanción en efectivo, pues el artículo 98.2 solo permite dicha forma de pago

cuando así se autorice por el órgano competente en materia de Hacienda Pública.

Del mismo modo que en la tramitación del procedimiento la Ley 39/2015 se encamina al uso electrónico en detrimento del papel, en materia de pagos parece vaticinarse la “muerte” de la moneda y del papel moneda (propugnada por algún sector de la Hacienda Pública) y la “bienvenida” del plástico y de la electrónica.

En conclusión, si bien hay novedades importantes en la tramitación del procedimiento administrativo común (unas interesantes y prácticas, y otras no tanto), uno se pregunta por qué han tardado tanto en llegar si muchas ya se venían aplicando en el ámbito de las leyes procesales.

QDL41

II.

La administración electrónica en las leyes 39 y 40/2015*

RICARDO RIVERO ORTEGA

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Salamanca*

1. Proemio
2. Razones principales de las nuevas leyes administrativas
3. Novedades respecto de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos
4. Aciertos de las innovaciones
5. Errores y problemas
6. Tareas pendientes para las entidades locales

Resumen

Este artículo expone las principales novedades de las leyes 39 y 40/2015, en materia de administración electrónica y en sus proyecciones sobre las entidades locales. Destaca los aciertos y errores de las modificaciones apuntadas, y señala la hoja de ruta a seguir por las entidades locales si quieren aprovechar las oportunidades que presenta el cambio hacia la Administración sin papel.

Palabras clave: *régimen local; Derecho Administrativo; administración electrónica.*

Artículo recibido el 18/04/2016; aceptado el 28/05/2016.

* Ponencia presentada en la Jornada: “La nueva legislación sobre Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Régimen Jurídico del Sector Público”, organizada por la Diputación de Segovia y la Fundación Democracia y Gobierno local, y celebrada en Segovia, el 21 de abril de 2016.

E-Administration and Laws 39 and 40/2015

Abstract

This article analyzes the main changes of Laws 39 and 40/2015 regarding E-Administration, as well as their implications for local entities. The article highlights the achievements and shortcomings of this legislative reform and it also points out the agenda to be followed by local entities in the case that they decide to take advantage of the opportunities that the E-Administration entails.

Keywords: local law; administrative law; E-Administration.

1

Proemio

He de agradecer a la Fundación Democracia y Gobierno Local su invitación a participar en estas jornadas, tan oportunas, en torno a las nuevas leyes administrativas que entrarán en vigor en octubre de este año, sobre las cuales se están multiplicando los pronunciamientos ahora, pues la bibliografía temprana ha sido escasa, debido a la incertidumbre sobre su final aprobación¹.

Las entidades locales han de adaptar sus procedimientos y parte de su organización a las disposiciones de las leyes 39 y 40/2015, en aquellos aspectos verdaderamente innovadores, aunque disponen de un plazo más amplio de dos años para muchas de las previsiones sobre administración electrónica, precisamente.

Recuérdese el tenor de la disposición final séptima de la Ley 39/2015, sobre entrada en vigor; tras prever una *vacatio legis* de un año para el texto, añada en su segundo párrafo: “No obstante, las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley”.

1. Entre los primeros estudios, destacar el número monográfico de 2015 dedicado por la revista *Documentación Administrativa*, y el libro coordinado desde el grupo de investigación de la Universidad de Salamanca: RIVERO ORTEGA, Ricardo/CALVO SÁNCHEZ, M.^a Dolores/FERNANDO PABLO, Marcos (dirs.), *Instituciones de procedimiento administrativo común*, Juruá Editorial, 2016.

Festina lente, podríamos decir, si apeláramos a la prudencia como razón de ser de esta previsión, pero como después señalaré no es la primera vez que se procrastina la adaptación de nuestra Administración Pública a las necesidades de puesta al día tecnológica, con el consiguiente retraso en el aprovechamiento de las ventajas de estas herramientas, cuyo ritmo de evolución es por cierto acelerado, y no se mide precisamente en años (sino en meses).

Es cierto, sin embargo, que para las entidades locales no deja de ser complicado incorporar tantas y tan profundas variaciones de su ordenamiento de referencia. Las frenéticas alteraciones de las normas perturban la seguridad jurídica, crean confusión y dificultan llevar a cabo procesos concienzudos de valoración de su calidad y efectos.

Apenas superados los sobresaltos provocados por la tan controvertida reforma operada mediante la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, y sin recorrido suficiente para ponderar sus consecuencias, aciertos y equivocaciones, se plantea un nuevo cambio de envergadura, en un constante y agotador tejer y destejer normativo².

Por otro lado, incurre esta reforma en un descuido habitual de las normas estatales, diseñadas pensando en las estructuras y capacidades de los ministerios, relativamente comparables con las consejerías de las comunidades autónomas, pero mucho menos con las propias de municipios y diputaciones provinciales.

No se ha cuestionado lo suficiente la inadecuación de las soluciones jurídico-administrativas perfectas para el Estado en sus proyecciones sobre el régimen de los ayuntamientos. Pensemos por ejemplo en los institutos de la abstención y la recusación, desconsiderados con la importancia del “tamaño” de las organizaciones.

Pero el precepto menos considerado con la posición de los entes locales en el régimen de la Ley 39/2015, y potencialmente dañino si se interpretara estrictamente, también en sus proyecciones sobre la administración electrónica, es el contenido en el apartado 2 del artículo 1: “Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por

2. *Vid.* RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Oportunidades, riesgos y resultados reales de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, n.º Extraordinario, enero 2015.

razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar”.

En varias ocasiones nos hemos pronunciado a favor de la simplificación de los procedimientos, la descarga burocrática y la mejora regulatoria. También consideramos un acierto la incorporación a nuestro ordenamiento de la regla *one in, one out*, para evitar la proliferación de trámites y obligaciones informativas innecesarias, costes burocráticos contra la competitividad. Pero subordinar a los entes locales a las leyes autonómicas o locales en el diseño de sus procedimientos nos parece excesivo³.

En lugar de dificultar la iniciativa local, venimos necesitando hacer tiempo alternativas verdaderamente innovadoras en su organización y procedimientos, sobre las que nos hemos pronunciado y hemos propuesto. Es posible que las recientes leyes ofrezcan oportunidades en tal sentido, si se emplearan con inteligencia algunas de las previsiones que contienen⁴.

2

Razones principales de las nuevas leyes administrativas

La lectura de los preámbulos de las leyes 39 y 40/2015 sirve para comprender los motivos por los cuales se aprueban dos textos tan importantes en el límite del tiempo de la pasada legislatura, tan prolífica. Si se aprueban, sin embargo, es como colofón de una reforma administrativa activada al menos dos años antes en sus primeras expresiones.

No se pueden comprender las modificaciones del régimen de las organizaciones y los procedimientos de nuestras Administraciones Públicas aprobadas en los últimos años sin tener presentes las conclusiones de CORA (Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas), muy críticas con las duplicidades y redundancias (desde la idea/prejuicio de una Administración, una competencia) y planteadas en parte desde un objetivo de simplificación, aunque entendiéndolo tal en clave de austeridad, reducción de costos y por tanto eliminación sin más de estructuras y procedimientos.

La incorporación de esta prioridad legislativa en el Programa Nacional de Reformas obedece al cumplimiento de los compromisos adquiridos con

3. Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.), *Mejora regulatoria, descarga burocrática y pymes*, Ratio Legis, Salamanca, 2014.

4. Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo/MERINO ESTRADA, Valentín, *Innovación y gobiernos locales: estrategias innovadoras de ayuntamientos y diputaciones en un contexto de crisis*, INAP, Madrid, 2014.

las instituciones europeas y con la Troika. La reforma de la Administración debe comportar ahorros significativos, siguiendo la agenda de un informe de la OCDE que se cita expresamente: “*Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*” (2014).

El ahorro económico asociado a estos cambios es aparentemente exagerado, pero podría materializarse si se aprovecharan oportunidades concretas (por ejemplo, las pérdidas hasta ahora por no emplear la contratación pública electrónica, entre el 15 y el 20% del capítulo 2). La memoria económica de los dos textos fue comentada en su presentación como proyectos en la correspondiente rueda de prensa tras el Consejo de Ministros.

Desde un punto de vista jurídico, una nueva Ley de Procedimiento Administrativo era a todas luces conveniente y necesaria, debido a la apreciable obsolescencia de la Ley 30/1992, sobrepasada por múltiples leyes posteriores autonómicas y locales, muchas de ellas bastante más avanzadas en puntos cruciales como los derechos de los ciudadanos, las garantías de la buena administración, los principios de la buena regulación o la responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios, sin olvidar tampoco la regulación de la administración electrónica⁵.

Ahora bien, si tuviéramos que señalar un motivo principal de estas normas, y en concreto más aún de la 39/2015, diríamos que la Administración sin papel es sin duda su principal objetivo.

En el preámbulo de la Ley 39/2015 se expresa de este modo: “[...] en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos, sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones. Porque una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no solo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados. En efecto, la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados”.

5. Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, “¿Necesitamos una nueva ley de procedimiento administrativo en España?”, en AA. VV., *Procedimiento administrativo*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2012.

3

Novedades respecto de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos

Nuestro país presenta un retraso relativo en el despliegue de la administración electrónica. Algunas organizaciones se muestran ejemplares y extraordinariamente avanzadas en sus técnicas y procedimientos (esto sucede con la Agencia Tributaria), mientras que otras (muchos entes locales) aún se enfrentan a dificultades múltiples para alcanzar objetivos mucho más modestos.

Ello pese a que ya la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se propuso aprovechar las posibilidades de la informática sobre el quehacer administrativo. Mucho antes incluso, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 avanzó tales previsiones, teniendo presentes las rudimentarias técnicas de su momento histórico.

Hace una década ya casi se aprobó la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico, pero su desarrollo reglamentario principal se demoró dos años, y otro más para la aprobación de normas tan necesarias como los reales decretos de seguridad e interoperabilidad, cuyas instrucciones técnicas llegarían después. En total, casi un lustro para tener completo el marco normativo elemental, demasiado tiempo.

Para cuando finalmente disponían las Administraciones Públicas de las reglas, apenas contaban ya con recursos para adquirir las aplicaciones, siendo sus prioridades además muy distintas, determinadas por el ajuste estructural que tuvieron que aplicar en el contexto de la crisis. No es que la Ley fuera inaplicable, es que se pensó en un momento de bonanza y no era fácil cumplirla en plena recesión.

Las nuevas leyes administrativas deben estar marcadas por un enfoque mucho más pragmático, habiendo detectado las fallas del cumplimiento de sus predecesoras –los cuellos de botella de la teletramitación y los obstáculos reales a la utilización de los medios electrónicos–, si de verdad aspiran a facilitar su empleo y a generalizarlo entre las personas con las que se relacionan.

Por ello probablemente comienzan centrándose en las mejoras en el régimen de la representación, tales como el apoderamiento *apud acta* electrónico y el registro electrónico de apoderamientos. Muchas personas podrían optar por dejar en manos de profesionales o sujetos cualificados sus comunicaciones electrónicas con la Administración, pues aunque podría parecer más sencillo hacerlo por este medio, las reservas frente a la virtualidad electrónica aún existen.

Otra novedad de gran alcance es la simplificación del régimen de identificación, al corregir y limitar las exigencias de firma electrónica, posibilitando soluciones alternativas planteadas por cada Administración Pública para facilitar y simplificar la acreditación de la identidad (claves, por ejemplo, en la línea de la banca o el comercio electrónico). Su éxito dependerá de que efectivamente las distintas Administraciones promuevan tales mecanismos alternativos.

El apartado segundo del artículo 9 comienza diciendo: “Los interesados podrán identificarse electrónicamente ante las Administraciones Públicas a través de cualquier sistema que cuente con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad”.

La previsión de sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas es otra relativa novedad, pues los apartados segundo y tercero del artículo 14 incluyen un conjunto crecido de perfiles a los que se priva de la libertad de elección de modo de relación: personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, profesionales sujetos a colegiación obligatoria (incluyendo notarios y registradores de la propiedad), representantes de interesados obligados, empleados públicos, y otros colectivos de personas físicas que reglamentariamente se determine por su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos, siempre que resulte acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

Destacable es, asimismo, la nueva regulación del expediente electrónico, con cambios respecto de la contenida previamente en la Ley 11/2007, dada la previsión de generalizar esta herramienta, por primera vez regulada con carácter general para todos los procedimientos administrativos⁶.

En la Ley 40/2015 encontramos menos referencias a la administración electrónica, pero suficientemente significativas: “La Ley recoge, con las adaptaciones necesarias, las normas hasta ahora contenidas en la Ley 11/2007, de 22 de junio, en lo relativo al funcionamiento electrónico del sector público, y algunas de las previstas en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la anterior. Se integran así materias que demandaban una regulación unitaria, como corresponde con un entorno en el que la utilización de medios electrónicos ha de ser lo habitual, como la firma y sedes electrónicas, el intercambio de datos en entornos cerrados de comunicación y la actuación administrativa automatizada. Se establece asimismo la obligación de que las Administraciones Públicas se relacionen

6. Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

entre sí por medios electrónicos, previsión que se desarrolla posteriormente en el título referente a la cooperación interadministrativa mediante una regulación específica de las relaciones electrónicas entre las Administraciones. Para ello, también se contempla como nuevo principio de actuación la interoperabilidad de los medios electrónicos y sistemas y la prestación conjunta de servicios a los ciudadanos”.

También contiene la Ley 40/2015 en materia de administración electrónica previsiones sobre convocatorias y sesiones de los órganos colegiados a distancia (artículo 17). Y el Capítulo V, sobre funcionamiento electrónico del sector público, contiene previsiones sobre sede electrónica (artículo 38), portal de Internet (artículo 39), sistemas de identificación de las Administraciones Públicas (artículo 40), actuación administrativa automatizada (artículo 41), sistemas de firma para la actuación administrativa automatizada (artículo 42), firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 43), intercambio de datos en entornos cerrados de comunicación (artículo 44), aseguramiento e interoperabilidad de la firma electrónica (artículo 45) y archivo electrónico de documentos (artículo 46). Sobre todos estos asuntos las novedades son menores, aunque desde luego tendentes a mejorar el aprovechamiento de sus posibilidades en todos los niveles administrativos.

4

Aciertos de las innovaciones

Y ciertamente creemos que ello sería posible, si se enfatizaran las oportunidades y se comprendiera que no se trata de hacer lo mismo de otra forma, sino de trasladar a la Administración las transformaciones espacio-temporales y de gestión de la información propias de un modelo de sociedad distinto, el que nos ha tocado vivir, en el que la presencia física no es imprescindible, y la clave del acierto de las decisiones está en la disposición de conocimiento suficiente.

Por eso nos parece tan oportuno reiterar que la posibilidad de convocar y celebrar reuniones de órganos colegiados a distancia es un acierto, previsto en el apartado primero del artículo 17 de la Ley 40/2015, como ya hemos dicho:

1. *Todos los órganos colegiados se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario.*

En las sesiones que celebren los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrán encontrarse en distintos lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerándose también tales los telefónicos, y audiovisuales, la identidad de los miembros o personas que los suplan, el contenido de las manifestaciones, el momento en que estos se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se considerarán incluidos entre los medios electrónicos válidos, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.

Las previsiones sobre sede electrónica y portal de Internet (artículos 38 y 39) nos parecen plausibles, como las relativas a sistemas de identificación de las Administraciones Públicas (artículo 40). También todo lo relativo a aclarar el régimen de la firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 43), el aseguramiento de la interoperabilidad de la firma electrónica (artículo 45) o el intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación (artículo 44).

Esto por lo que se refiere a las autoridades y los funcionarios, porque desde el punto de vista de los ciudadanos también hemos apuntado mejoras en la posibilidad de utilizar sistemas de identificación alternativos a la firma electrónica o los certificados electrónicos, uno de los obstáculos señalados por los expertos para explicar el insuficiente éxito de este cambio.

El formato electrónico, a partir de ahora considerado el medio normal de expresión de los actos administrativos, según establece el apartado primero del artículo 36 de la Ley 39/2015, nos parece un avance considerable, en la línea de propiciar una plena aunque paulatina generalización del nuevo soporte.

Positiva nos parece igualmente la regulación de la validez de documentos y copias auténticas, así calificadas por funcionarios habilitados para ello.

Acertadas nos parecen la exigencia de un registro electrónico único y la necesidad de llevar a través del mismo todo el trasiego documental, a los efectos de seguimiento, control y recopilación de la información contenida en las solicitudes y comunicaciones.

Muy necesarias y convenientes nos parecen las paradójicas previsiones sobre archivos electrónicos únicos, aunque podrían y deberían mejorarse comprendiendo estas herramientas como bases de datos y verdaderas memorias administrativas. La previsible articulación de gestores documentales diferenciados (de oficina y de expedientes finalizados) podría disociar con resultados perturbadores el manejo de la información en los niveles administrativos que asumieran tan discutible opción apuntada en la Administración del Estado.

Repárese en que, curiosamente, el archivo regulado en el artículo 46 de la Ley 40/2015 sería el archivo de oficina, el de los documentos que se están utilizando, conforme reza dicho artículo:

1. *Todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas se almacenarán por medios electrónicos, salvo cuando no sea posible.*
2. *Los documentos electrónicos que contengan actos administrativos que afecten a derechos o intereses de los particulares deberán conservarse en soportes de esta naturaleza, ya sea en el mismo formato a partir del que se originó el documento o en otro cualquiera que asegure la identidad e integridad de la información necesaria para reproducirlo. Se asegurará en todo caso la posibilidad de trasladar los datos a otros formatos y soportes que garanticen el acceso desde diferentes aplicaciones.*
3. *Los medios o soportes en que se almacenen documentos, deberán contar con medidas de seguridad, de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Seguridad, que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos, así como la recuperación y conservación a largo plazo de los documentos electrónicos producidos por las Administraciones Públicas que así lo requieran, de acuerdo con las especificaciones sobre el ciclo de vida de los servicios y sistemas utilizados.*

En cambio, el previsto en el artículo 17 de la Ley 39/2015 es el almacén final de documentos:

1. *Cada Administración deberá mantener un archivo electrónico único de los documentos electrónicos que correspondan a procedimientos finalizados, en los términos establecidos en la normativa reguladora aplicable.*
2. *Los documentos electrónicos deberán conservarse en un formato que permita garantizar la autenticidad, integridad y conservación del documento, así como su consulta con independencia del tiempo transcurrido desde su emisión. Se asegurará en todo caso la posibilidad de trasladar los datos a otros formatos y soportes que garanticen el acceso desde diferentes aplicaciones. La eliminación de dichos documentos deberá ser autorizada de acuerdo a lo dispuesto en la normativa aplicable.*
3. *Los medios o soportes en que se almacenen documentos, deberán contar con medidas de seguridad, de acuerdo con lo previsto en el*

Esquema Nacional de Seguridad, que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, así como el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos.

Estas dos herramientas permitirían la gestión masiva de información, en la línea de desarrollo de una Administración inteligente: una organización capaz de utilizar los datos que recaba para formular diagnósticos más ciertos de la realidad, y proponer coherentemente soluciones más adecuadas para atender a las necesidades de las personas a las que aspira a servir.

5

Errores y problemas

La actuación administrativa automatizada, prevista en el artículo 41 de la Ley 40/2015, requiere a mi modo de ver una regulación más garantista que la contenida en este precepto:

1. *Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público.*
2. *En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órgano competentes, según los casos, para la definición de especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.*

El establecimiento de la obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas (artículo 14 de la Ley 39/2015) conlleva el riesgo de extenderse a colectivos o personas sin todos los medios necesarios para hacerlo, con las dificultades detectadas en estos casos por razón de los programas requeridos o la desigual cobertura de red de alta velocidad (acceso a Internet).

La previsión sobre asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (artículo 12 de la Ley 39/2015) no termina de resolver este problema, aunque puede paliarlo.

Se ha discutido el régimen de las notificaciones electrónicas, a través de la sede electrónica o la dirección electrónica habilitada única, o del Punto

de Acceso General Electrónico de la Administración, con los problemas que podrían propiciar de incertidumbre en la comunicación, con el consiguiente impacto sobre la eficacia de los actos administrativos y el derecho de defensa de sus destinatarios.

La regulación del expediente electrónico en el artículo 70 de la Ley 39/2015 nos parece sesgada a favor de la Administración:

1. *Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.*
2. *Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada.*
3. *Cuando en virtud de una norma sea preciso remitir el expediente electrónico, se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad, y se enviará completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga. La autenticación del citado índice garantizará la integridad e inmutabilidad del expediente electrónico generado desde el momento de su firma y permitirá su recuperación siempre que sea preciso, siendo admisible que un mismo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos.*
4. *No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento.*

Consideramos un error la extensión a dos años de la *vacatio legis* para algunas de las principales previsiones sobre administración electrónica, en la línea del desacierto de la Ley 11/2007, aparentemente considerada con las entidades locales pero por ello mismo tal vez frustrada. Su disposición transitoria subordinaba a las disponibilidades reales de las entidades locales el cumplimiento de sus previsiones, después seriamente dificultadas por la

crisis económica y por la identificación de estas reformas con inversiones y adquisiciones de programas y herramientas sofisticadas y costosas.

Lo que necesitamos es Administración a un *click*, lo que supone trasladar a los procedimientos administrativos las facilidades del comercio electrónico, en la línea de lo que viene haciendo en nuestro país la Agencia Tributaria, por ejemplo, facilitando proactivamente el pago de los impuestos por parte de los contribuyentes⁷.

6

Tareas pendientes para las entidades locales

La principal tarea es cumplir la ley, un cometido que parece elemental pero que no es tan sencillo, como nos ha mostrado la relativa inefectividad de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. No es suficiente con aprobar una norma y publicarla en el Boletín Oficial del Estado para que despliegue sus efectos, como nos muestran por cierto los propósitos no realizados de las normas anteriores, desde la propia Ley 30/1992 a la frustrada en parte trasposición de la Directiva de Servicios, también relevante para la administración electrónica⁸.

En todo caso, un presupuesto imprescindible del cumplimiento de una norma es atenderla y conocerla: la saliencia, focalización propiciada por actividades formativas, jornadas, seminarios, talleres y cursos dirigidos a funcionarios públicos, en los que también debieran participar las autoridades, pues son las principales responsables de las organizaciones administrativas, y a menudo no prestan suficiente interés por comprender las implicaciones de los cambios normativos.

Conviene también detectar sus necesidades y oportunidades más puntuales, en función de variables múltiples: por ejemplo, si hay población veraneante, que no reside más que de forma temporal en el municipio, pero requiere participar en múltiples procedimientos (licencias, subvenciones, etc.).

Es preciso perseverar en la sede electrónica y las tareas pendientes desde la Ley de Acceso Electrónico y la Directiva de Servicios, reconociendo el derecho de las personas que residen en otros lugares a comunicarse y trami-

7. Vid. SUNSTEIN, Cass R., (más) *Simple. El futuro del gobierno*, Marcial Pons, 2014.

8. Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Simplificación administrativa y administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios", *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011.

tar sus procedimientos telemáticamente, evitándoles desplazamientos costosos e incómodos, en contra de la filosofía de servicio a los interesados.

Muy importante es organizar sus archivos y registros como bases de datos para mejorar los resultados de futuro en los procesos de toma de decisiones, no como mejores almacenes o cajones de documentación, agujeros negros en los que se pierde ese nuevo petróleo del siglo XXI que son los datos, sino como una información en manos del sector público por la que las empresas estarían dispuestas a pagar, por su valor e importancia.

Igualmente recomendable es pensar el expediente electrónico desde una perspectiva no tradicional, como reflejo secuencial de su clásica expresión en papel, sino como conjunto de datos relevantes para la toma de decisiones, y el diseño de las políticas públicas.

Y diseñar órganos electrónicos de participación y aprovechar las oportunidades del gobierno abierto para el diseño de las normas.

Una vez más, como en otras anteriores, las entidades locales españolas se enfrentan a un desafío que ofrece al tiempo una oportunidad. El tiempo dirá cuáles son capaces de aprovechar lo mejor de las reformas.

Validez y eficacia. Avances y retrocesos en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Su incidencia en la Administración local

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

*Profesor contratado doctor de Derecho Administrativo
(acreditado a titular) de la Universidad Autónoma de Madrid*

1. **Introducción**
2. **Las novedades en materia de validez de las disposiciones y resoluciones administrativas**
 - 2.1. ¿Una nueva causa de nulidad? Inderogabilidad singular de los reglamentos
 - 2.2. Cuestiones no contempladas por el legislador
3. **Las novedades en materia de eficacia de los actos administrativos. El régimen de las notificaciones**
 - 3.1. La figura del requerimiento entre Administraciones Públicas
 - 3.2. La notificación
 - 3.2.1. Determinación del órgano que debe practicar la notificación y del sujeto destinatario de la misma
 - 3.2.2. La constancia de la notificación en el Registro Electrónico de la Administración
 - 3.2.3. Obtención del domicilio del interesado en los procedimientos iniciados de oficio a partir de los datos del padrón municipal

Artículo recibido el 28/03/2016; aceptado el 30/05/2016.

- 3.2.4. Momento en que se efectúa la notificación
- 3.2.5. Práctica de la notificación en papel. El intento de notificación
- 3.2.6. La notificación infructuosa
- 3.2.7. La notificación electrónica

4. Bibliografía

Resumen

La regulación de la Ley 39/2015, en materia de validez y eficacia de los actos administrativos, no incorpora modificaciones sustanciales respecto del régimen establecido en la Ley 30/1992. No obstante, sí se introducen variaciones en la regulación de la notificación administrativa, no solo cuando deba realizarse de forma electrónica, sino también cuando siga realizándose “en papel”, lo que requiere analizar si se respetan de forma suficiente y adecuada las garantías de los ciudadanos.

Palabras clave: *actos administrativos; validez; eficacia; notificación.*

Validity and effectiveness. Progresses and drawbacks in Law 39/2015, on the administrative procedure. Special attention to local entities

Abstract

The regulation of Law 39/2015 on validity and effectiveness of administrative acts does not incorporate substantive amendments to the legal framework established by Law 30/1992. However, the new regulation introduces new rules regarding the notification of administrative acts, not only when it is done through electronic means, but also when it is exercised in the traditional manner (in “paper”). Therefore, it is necessary to analyze whether the guarantees of citizens are adequately protected.

Keywords: administrative acts; validity; effectiveness; notification.

1

Introducción

Ciertamente la regulación de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), no

ha supuesto un replanteamiento sustancial del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico de los actos administrativos, sino tan solo pequeñas reformas, puntualizaciones, aclaraciones y desarrollos de la regulación vigente¹. La verdadera novedad ahora incorporada se encuentra en la integración, en la regulación general del procedimiento, de la administración electrónica, establecida desde la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (BOE núm. 150, de 23 de junio de 2007), y culminada en la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2014). Como ponen de manifiesto tanto el preámbulo de la Ley como el Consejo de Estado, el principal objetivo de la reforma es lograr una administración más eficiente y eficaz (criterio económico), fundamentalmente a través del carácter obligatorio de la administración electrónica², a la par que incorporar, junto a la regulación del régimen jurídico de los actos administrativos, la regulación de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa.

La pregunta a la que debe darse respuesta es si las novedades incorporadas, centradas en lograr esa mejora de la actividad administrativa y la reducción del costo de los recursos personales y materiales de las Administraciones Públicas³, guardan el correspondiente equilibrio con las garantías de los ciudadanos y con el respeto a las competencias de las diversas Administraciones territoriales. Para la Memoria de Impacto Normativo la respuesta es afirmativa, ya que desde su perspectiva la nueva regulación reduce sustancialmente las cargas administrativas, en la medida en que la generalización del uso obligatorio de medios electrónicos en el procedimiento reducirá el tiempo y los recursos que los administrados deban dedicar a la realización de trámites con la Administración. Al margen del cuestiona-

1. En este sentido, y con una perspectiva crítica sobre la opción del legislador de aprobar dos nuevos textos legales, *cfr.* SANTAMARÍA PASTOR (2015: 4); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015: 362); o SÁNCHEZ MORÓN (2015: 18).

2. Como recuerda el Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de la LPACAP, la Memoria de Impacto Normativo, tras exponer los datos ofrecidos para marzo de 2014 por el Boletín de Indicadores de Administración Electrónica, editado por el Observatorio de Administración Electrónica del Consejo Superior de Administración Electrónica, y los facilitados por el Sistema de Información Administrativa (SIA), concluye que, a pesar de la gran difusión que en la actualidad ha alcanzado la tramitación electrónica, y del significativo porcentaje de notificaciones electrónicas practicadas en el ámbito de la Administración General del Estado (un 20,33% del total), el objetivo de tramitar electrónicamente todos los procedimientos administrativos está aún lejos de alcanzarse. Para contribuir a lograrlo, el legislador ha optado por integrar en un solo texto la Ley 11/2007, de 22 de junio, y la Ley 30/1992, de 26 noviembre, haciendo que el uso de medios electrónicos pase a ser obligatorio.

3. *Cfr.* NIETO GARRIDO (2016: 1).

miento de la corrección de esta afirmación desde la perspectiva del ciudadano⁴, quizás las dudas más relevantes que se plantean son, de una parte, la existencia de una efectiva igualdad y la no discriminación del derecho de todos los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, evitando la denominada brecha digital. Brecha digital que también puede apreciarse entre las propias Administraciones, especialmente en el ámbito local⁵. Y, de otra parte, el posible exceso competencial de la Ley⁶, ya que al socaire de los principios de *better regulation* y *smart regulation*, y de la eficiencia económica, se puede estar afectando a la capacidad de autoorganización de las comunidades autónomas y las entidades locales⁷.

4. En este sentido, *cf.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015: 362). O el propio Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de la LPACAP, que precisa que: “Sin desconocer el reconocimiento de la orientación modernizadora que subyace a la regulación proyectada, lo cierto es que no puede obviarse la inadecuación a la realidad de este mecanismo. Pues si bien es cierto que, tal y como razona la memoria, en los últimos tiempos se han adoptado por todas las Administraciones numerosas medidas orientadas a impulsar la llamada ‘Administración electrónica’ y que esta ha experimentado, merced a ello, una notable expansión, no cabe desconocer que las posibilidades de acceso a los servicios e infraestructuras de telecomunicaciones distan mucho aún de ser homogéneas en todo el territorio nacional, sin que la implantación del mecanismo de asistencia previsto en el anteproyecto parezca en la actualidad una solución realista, dada la dificultad de contar en todas las Administraciones Públicas con la figura del funcionario habilitado”.

5. Como ha puesto de relieve CAMPOS ACUÑA (2016: 1). Brecha que la competencia de las diputaciones provinciales de asistencia en la prestación de los servicios de administración electrónica en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes, establecida en el artículo 36.1.g) de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, está paliando. Uno de los múltiples ejemplos es la plataforma iCáceres, en la que se encuentran integrados prácticamente la totalidad de municipios de la provincia.

6. El propio Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de la LPACAP, advierte con carácter general, respecto de la administración electrónica, que “en el anteproyecto no solo se integra la práctica totalidad de la Ley 11/2007, sino también gran parte de su Reglamento de desarrollo de 2009, el cual solo es aplicable a la Administración General del Estado y los organismos dependientes de o vinculados a ella (artículo 1 del Real Decreto 1671/2009). De este modo, el anteproyecto, por un lado, contiene una regulación exhaustiva del uso de medios electrónicos inusitada en un texto de rango legal y, por otro y dado su carácter eminentemente básico, extiende a las comunidades autónomas y a las entidades locales una serie de previsiones que hasta ahora solo eran obligatorias para la Administración del Estado. Como consecuencia de lo anterior, el anteproyecto presenta nuevamente en algunos pasajes un marcado carácter reglamentista, opción normativa en sí misma criticable, imponiendo además tales normas a todas las Administraciones Públicas, cuestión que ha sido objetada en el expediente por constituir un posible exceso competencial”.

7. El Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de la LPACAP, pone el foco de atención en la disposición adicional segunda, que regula la adhesión de las comunidades autónomas y entidades locales a las plataformas y los registros de la Administración General del Estado.

2

Las novedades en materia de validez de las disposiciones y resoluciones administrativas

En materia de validez del acto administrativo y de las disposiciones administrativas de carácter general, la LPACAP no contiene a primera vista ninguna modificación significativa del régimen de la nulidad y la anulabilidad en los artículos 47 a 52 (artículo 47. Nulidad de pleno derecho; artículo 48. Anulabilidad; artículo 49. Límites a la extensión de la nulidad o anulabilidad de los actos; artículo 50. Conversión de actos viciados; artículo 51. Conservación de actos y trámites; y artículo 52. Convalidación), respecto del régimen establecido por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

2.1

¿Una nueva causa de nulidad? Inderogabilidad singular de los reglamentos

Solo existe una aparente novedad, que es el artículo 37.2 LPACAP, ya que allí se contiene un supuesto de nulidad concreto:

2. *Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 47.*

Dos observaciones deben aquí realizarse. En primer lugar, y desde un punto de vista sistemático y de correcta técnica legislativa, debe cuestionarse la ubicación de esta causa de nulidad en un precepto dedicado a la eficacia de los actos administrativos y no a la validez. Si efectivamente se quería configurar como una causa de nulidad, debería haberse ubicado como supuesto específico en el artículo 47 LPACAP. En segundo lugar, la redacción genera dudas sobre el alcance real de esta causa de nulidad. ¿Implica que un acto que vulnere las determinaciones de un reglamento, sean estas materiales o procedimentales, debe reputarse nulo en todo caso?⁸ Si esta fuese la

8. Crítico con esta interpretación, SANTAMARÍA PASTOR (2015: 5) precisa que aquí el legislador “incurre en un notorio exceso verbal en su apartado 2, al vaciar —al menos, aparentemente— de contenido la clásica distinción entre actos nulos de pleno derecho y anulables que se conserva en los artículos 47 y 48. No es ni puede ser cierto, evidentemente, que las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria sean en todo caso nulas (además de las que incurran en alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho); es seguro que el precepto quiere expresar otra idea; pero

respuesta, todo el sistema de causas de nulidad y anulabilidad habría desaparecido. El antecedente de este precepto (artículo 52.2 LRJPAC) simplemente establecía la regla general contenida ahora en el artículo 37.1 LPACAP: Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general. Esta previsión está contenida en un precepto rotulado “inderogabilidad singular”. A su vez, una previsión similar a la ahora establecida en el artículo 37.2 LPACAP se contiene en el artículo 23.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno:

4. *Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado.*

La interpretación jurisprudencial sobre el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos⁹ distingue entre la dispensa *stricto sensu*, que se produce cuando se regula con carácter general una determinada situación y, al mismo tiempo, se excepciona de manera injustificada su aplicación a algún supuesto subsumible en aquella situación, y la reserva de dispensación propiamente dicha, que concurre cuando se establece la posibilidad de que la aplicación de aquella regulación pueda ser dispensada por la Administración en casos particulares. Pues bien, mientras que las reservas de dispensación están vedadas en los casos en los que exista prohibición legal expresa, como sucede en el ámbito urbanístico, la ordenación singular o para un supuesto concreto efectuada por la propia norma resulta en principio admisible (se trataría de la figura de los reglamentos singulares).

esta no se deduce en absoluto de su texto”. Y SÁNCHEZ MORÓN (2015: 24) afirma que, si el artículo 47.1 “enuncia las causas de nulidad de pleno derecho, ¿quiere decirse que, además de en tales casos, tiene el mismo efecto jurídico la vulneración de cualquier simple disposición reglamentaria?; ¿ya puestos, por qué no, en cambio, la infracción de una disposición legal o constitucional o de derecho europeo? Esto es algo inconcebible en el marco de nuestro derecho administrativo, aparte de que resulta contradictorio con la regulación de la revisión de oficio de actos nulos, que se refiere solo a los supuestos de nulidad previstos en el artículo 47.1 (artículo 106.1 de la Ley del Procedimiento Común). Por eso el precepto es difícil de entender en sus estrictos términos, aparte de que genera de por sí una enorme inseguridad jurídica, pues no es posible imaginar cómo podrá aplicarse por los diferentes operadores jurídicos”. Por el contrario, realiza esta interpretación de forma acrítica NIETO GARRIDO (2016: 3), quien sostiene que “la Ley al introducir como motivo de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos ‘que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria’, en realidad lo que hace es convertir la excepción (la nulidad de pleno derecho) en la regla general. Ello determina que la excepción será ahora la anulabilidad de los actos administrativos”.

9. Establecida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 (recurso de casación núm. 391/2010) y de 26 de junio de 2009 (recurso de casación núm. 1636/2005).

El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos impide que la autoridad que dictó un reglamento, o bien otra superior, pueda derogar el reglamento para un caso concreto; esto es, lo que se prohíbe es establecer excepciones privilegiadas en favor de una persona determinada o para un grupo indeterminado de personas a través de un acto administrativo. De dictarse tal acto, el mismo debe reputarse nulo. La denominada por la jurisprudencia “prohibición de dispensas singulares injustificadas” se basa así en el principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución¹⁰. En consecuencia, una aplicación coherente y sistemática de la previsión del artículo 37.2 LPACAP debe conducir a propugnar la nulidad del acto administrativo que incorpore una dispensa para un supuesto concreto que no esté expresamente prevista en la regulación reglamentaria, sin que pueda extenderse a cualquier otra infracción de un reglamento por parte del acto administrativo¹¹. Debe reconducirse, por tanto, a la causa de nulidad contemplada en el artículo 47.1.a) LPACAP, por vulneración del principio de igualdad.

2.2

Cuestiones no contempladas por el legislador

Al margen de esta previsión, el legislador mantiene el esquema conceptual establecido desde la Ley de Procedimiento de 1958, sin modificación alguna. No se han incorporado las observaciones realizadas por el Consejo de Estado respecto a la conveniencia de especificar la infracción del derecho de la Unión Europea como causa de nulidad de los reglamentos¹². A juicio del Consejo de Estado, ello permitiría a la Administración acudir a la revisión de oficio como mecanismo destinado a la depuración del ordenamiento jurídico en los casos en los que “se advierta la existencia de una previsión reglamentaria que se oponga a los postulados del derecho comunitario”, en vez de tener

10. Sin perjuicio de que afecte también a otros principios constitucionales, como los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, artículo 9.3 de la Constitución.

11. Esta vinculación entre la causa de nulidad del artículo 23.2 de la Ley 50/1997 y el principio de inderogabilidad singular ha sido afirmada, por ejemplo, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo núm. 138/2006). En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Granada) de 23 de junio de 2014 (recurso contencioso-administrativo núm. 1434/2010).

12. Cuya procedencia había sido señalada por el Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de la LPACAP, así como por el Informe del Consejo de Estado sobre la Inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento Español, de 14 de febrero de 2008.

que limitarse a la derogación o modificación correspondiente del reglamento viciado. Aunque tal observación pueda parecer operativa en un plano formal, materialmente resulta irrelevante. En primer lugar, porque la revisión de oficio de las disposiciones administrativas de carácter general es potestativa (artículo 106.2 LPACAP: “podrán declarar”, frente a la regulación imperativa de la revisión de oficio de los actos nulos), no configurándose como una verdadera acción de nulidad a favor del particular, que siempre podrá instar en su caso el recurso indirecto frente a la disposición reglamentaria¹³. En segundo lugar, porque los efectos de la revisión de oficio de una disposición administrativa de carácter general y de su derogación (o modificación) son sustancialmente idénticos en este punto: la subsistencia de los actos firmes dictados a su amparo¹⁴. Y en tercer lugar, porque si se produce la contradicción del derecho de la Unión Europea (originario o derivado) por parte de una disposición administrativa de carácter general, el principio de primacía del derecho europeo obliga no solo al juez nacional, sino también a la Administración Pública, a aplicar la norma prevalente europea, dejando sin efecto la norma nacional desplazada, aun cuando no haya sido expulsada del ordenamiento interno formalmente¹⁵. En este supuesto, resulta más eficaz y rápido proceder a la derogación o modificación del reglamento disconforme con el derecho de la Unión, y su sustitución por una nueva norma ajustada a derecho.

La LPACAP ha desaprovechado igualmente la ocasión de clarificar y aportar una mayor operatividad y racionalidad en el régimen de la validez de las disposiciones y los actos administrativos, fundamentalmente en dos aspectos.

De una parte, no se pronuncia sobre los efectos que los vicios de nulidad o anulabilidad proyectan sobre las resoluciones y actos de trámite, por lo que *prima facie* sigue vigente la dualidad de efectos: *ex tunc* y *ex nunc*. Pero, como se ha precisado, el alcance de tal dicotomía es una mera falacia.

13. Sobre ello, *cfr.* GALLEGO ANABITARTE — MENÉNDEZ REXACH — CHINCHILLA PEINADO — DE MARCOS FERNÁNDEZ — RODRÍGUEZ DE SANTIAGO — RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2001: 281).

14. Ya que respecto de los actos que aún no sean firmes, en ambos casos, se podrá proceder a su impugnación en vía administrativa y posteriormente en vía contencioso-administrativa.

15. *Cfr.* COBREROS MENDAZONA (2015: 187 y ss.). No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012 (recurso de casación núm. 7113/2010) niega a la Administración cualquier posibilidad de inaplicación de la norma estatal incompatible con el derecho de la Unión Europea. El argumento es sintéticamente que, dada la plena sumisión a la ley a que viene obligada *ex* artículo 103.1 de la Constitución, la Administración no podía dejar de aplicar la Ley contraria al Derecho de la Unión. Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012 afirma rotundamente la vinculación de la Administración Pública al principio de primacía del derecho comunitario.

La eficacia es un fenómeno real, no jurídico, por lo que puede operar de forma independiente e inconexa respecto de su mayor o menor adecuación a la norma¹⁶. Nulidad de pleno derecho y anulabilidad son técnicas procedimentales, no materiales, de declaración de invalidez.

De otra parte, sigue limitando la aplicabilidad de las técnicas de restricción de la invalidez (convalidación, conservación y conversión) a la figura de la resolución administrativa. No hay justificación lógica para no permitir la aplicación modulada de las técnicas de convalidación y conservación a los supuestos de invalidez de las disposiciones administrativas de carácter general. Basta con traer aquí a colación los efectos que acarrea, por ejemplo, la falta de un informe preceptivo, de carácter sectorial y de alcance muy limitado, como es el que debe emitir la Administración General del Estado sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el procedimiento de elaboración de un instrumento de planeamiento: la nulidad de todo el Plan¹⁷.

3

Las novedades en materia de eficacia de los actos administrativos. El régimen de las notificaciones

En materia de eficacia de los actos administrativos, la LPACAP solo incorpora novedades significativas en dos aspectos: de una parte en las relaciones entre Administraciones Públicas, y de otra en la regulación de la notificación. Al margen de ello, todo el sistema sigue articulándose sobre la base de la presunción de validez de los actos administrativos y su ejecutividad.

3.1

La figura del requerimiento entre Administraciones Públicas

El artículo 39.4 LPACAP, dentro de los “efectos” (eficacia), incorpora como novedad la exigencia de que el resto de órganos y Administraciones tomen en cuenta los actos dictados por una Administración. En concreto, se precisa que:

16. En esta línea, *cfr.* GALLARDO CASTILLO (2006: 224) y, sobre todo, BELADÍEZ ROJO (1994: 97).

17. *Cfr.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 4199/2010).

Las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observadas por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración.

Esta previsión debe ser rectamente interpretada. La inmediata ejecutividad de los actos de una Administración no prevalece sobre la inmediata ejecutividad de los actos (de sentido contrario) que pueda dictar legítimamente otra Administración. En caso de controversia la solución constitucionalmente adecuada reside en las técnicas de resolución de conflictos y, en última instancia, en el control de la jurisdicción contencioso-administrativa. La mayor o menor extensión territorial de los intereses públicos en presencia no es el criterio para resolver el posible conflicto.

Por su parte, el artículo 39.5 LPACAP incorpora la figura del requerimiento (potestativo), contemplada por el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), frente a la figura de los recursos administrativos que pueden formular los particulares¹⁸. Pero la novedad está aquí en que, de la redacción del precepto, parece inferirse que el plazo para formular tal requerimiento está permanentemente abierto, y no limitado al plazo de 2 meses regulado en la LJCA, que se computa desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente

18. Al respecto, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016 (recurso de casación núm. 3685/2013) recuerda su carácter potestativo. El requerimiento previo no es un recurso administrativo, ni participa de su naturaleza. Por el contrario, es un mecanismo de acuerdo y entendimiento entre Administraciones Públicas para evitar litigios, en el marco de los principios constitucionales de coordinación y colaboración que han de presidir las relaciones entre Administraciones. A través de ellos se busca dar a la Administración requerida la posibilidad de reconsiderar sus decisiones y así procurar una solución que soslaye el conflicto. Consecuentemente con esta configuración, la falta de respuesta al requerimiento no puede calificarse como silencio administrativo, a los efectos de determinar el plazo procesal de interposición del recurso contencioso-administrativo. La impugnación jurisdiccional en los casos de requerimiento interadministrativo no tiene por objeto el rechazo del requerimiento, sino el inicial acto administrativo que la Administración que formula el requerimiento, distinta de la autora del acto, considere incurso en una posible infracción jurídica. Por ello, y ante la falta de respuesta expresa al requerimiento previo, no resulta de aplicación, de una parte, el plazo de 6 meses de que trata el artículo 46.1 LJCA para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra los actos presuntos, pues dicha regulación se refiere a los recursos administrativos y cede ante la específicamente prevista para los supuestos en que medie el requerimiento interadministrativo del artículo 46.6 LJCA. Y de otra parte, tampoco resulta aplicable la doctrina jurisprudencial sobre equiparación entre los actos presuntos y los notificados defectuosamente, a efectos del cómputo del plazo para recurrir, ya que dicho criterio jurisprudencial solo es aplicable en los supuestos de actos presuntos a que se refiere el artículo 46.1 LJCA, mientras que el supuesto del requerimiento previo se rige, en cuanto a la concreción de la fecha a partir de la cual se efectúa el cómputo del plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo, por la regla especial prevista por el artículo 46.6 LJCA.

hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad. Por el contrario, de la redacción del artículo 39.5 LPACAP parece deducirse que, en cualquier momento en que una Administración tenga que dictar un acto sobre la base de sus competencias, y considere ilegal el acto de otra Administración, podrá formular el requerimiento y, tras su desestimación, interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

Esta interpretación no puede admitirse, por resultar contraria al principio de seguridad jurídica¹⁹. Se formule o no el requerimiento, el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo será el fijado por el artículo 46.6 LJCA. Solo podrá formularse el requerimiento en el plazo de 2 meses desde la publicación, o desde la notificación o comunicación del acto²⁰. Cuestión distinta es que pueda entrar aquí en juego la figura de la falta de notificación a otra Administración en cuanto interesada.

3.2 La notificación

La notificación se configura como una actuación administrativa de información a los particulares, a través de la que estos conocen el contenido de las resoluciones administrativas y de los actos de trámite que afecten a sus derechos e intereses, surgiendo desde ese momento la eficacia externa del acto administrativo y, por tanto, la obligación de ajustar su conducta al contenido de lo que en él se establece²¹. Lo relevante es que la notificación no es ni un acto administrativo²² ni una fase propiamente dicha del procedimiento administra-

19. Esta misma ratio se encuentra, por ejemplo, en la determinación por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 (recurso de casación núm. 8/2010) de que el plazo de 15 días para formular el requerimiento previsto en el artículo 65 de la Ley 7/1985 se computará a partir de que la Administración estatal o autonómica reciba de la entidad local la comunicación del acuerdo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 56.1 de la Ley 7/1985.

20. Aquí debe traerse a colación el deber de las entidades locales de remitir a las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos adoptados por las mismas, regulado en el artículo 56 de la Ley 7/1985.

21. Sobre ello, *cf.*: VELASCO CABALLERO (2002: 37), o GALLEGO ANABITARTE — MENÉNDEZ REXACH — CHINCHILLA PEINADO — DE MARCOS FERNÁNDEZ — RODRÍGUEZ DE SANTIAGO — RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2001: 57). Por el contrario, la eficacia interna del acto se produce, conforme al artículo 39.1 LPACAP, desde la fecha en que este se dicte, vinculando así a la Administración.

22. Posición que en su momento defendió GONZÁLEZ PÉREZ (1991: 602), y ahora FONDEVILA ANTOLÍN (2016: 1), a la luz de diversas sentencias del Tribunal Supremo de las décadas de 1960 a 1980.

tivo²³. Es un requisito o condición de eficacia externa de las resoluciones y los actos de trámite, que no afecta a la validez de los mismos. ¿Qué novedades contiene la LPACAP? Aquí se limita en gran medida a incorporar la redacción de la Ley 30/1992 tras las modificaciones introducidas por la Ley 15/2014.

3.2.1

Determinación del órgano que debe practicar la notificación y del sujeto destinatario de la misma

En la Ley 30/1992 no se identifica expresamente al sujeto que debe practicar la notificación. En la práctica, y a nivel local²⁴, la notificación de los acuerdos de los órganos colegiados (*vgr*: Junta de Gobierno Local o Pleno) viene siendo realizada por el cargo que ostenta la Secretaría del órgano (en el caso de la Junta de Gobierno Local, el concejal-secretario o el secretario municipal; en el caso del Pleno, el secretario municipal). Pero también se encuentran notificaciones efectuadas por un cargo o unidad inferior integrante de la dependencia afectada (técnico municipal con cargo de jefe de sección, etc.)²⁵. Por su parte, las notificaciones de los órganos unipersonales (Alcaldía o Concejalía) se realizan por el secretario municipal o por un cargo o unidad inferior, en algunos casos sobre la base de una incorrecta delegación de firma.

Ahora, el artículo 40.1 LPACAP precisa que el órgano que dicte la resolución o el acto que afecte a los interesados es el que deberá proceder a su notificación. El concepto de órgano aparece legalmente definido en el artículo 5.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015), como aquella unidad administrativa a la que se atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo²⁶. Esta

23. Por el contrario, para el ordenamiento alemán, MAURER (2011: 258) califica la notificación como la fase que culmina el procedimiento administrativo, siendo un requisito tanto de validez como de eficacia. En nuestro ordenamiento también pueden encontrarse decisiones jurisprudenciales que afirman que con la notificación culmina el procedimiento administrativo.

24. El artículo 194 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, se limita a precisar que la notificación de los actos locales se practicará con arreglo a lo dispuesto en la legislación sobre procedimiento administrativo común.

25. Ello entronca con la previsión contenida en el artículo 6 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que determinaba que correspondía a las dependencias inferiores de los departamentos civiles dar traslado de los actos de las autoridades ministeriales.

26. Frente a la confusión de la definición legal, resulta más adecuada la configuración de órgano como sujeto funcional de competencias, integrado por cargos y dependencias, a

atribución de la competencia para notificar debe entenderse rectamente. Lo relevante no es quién realiza materialmente la notificación, sino si esta se realiza, el plazo en que se realiza y el contenido que se incorpora. Esos son los elementos que conforman la verdadera garantía para el ciudadano, y los que permiten dotar de eficacia a la resolución notificada. Lo que exige el artículo 40.1 LPACAP es que la notificación se realice por el órgano que haya dictado la resolución o el acto de trámite. Pero dentro de ese órgano, la podrá realizar aquel cargo o dependencia a quien en la normativa de organización interna se atribuya esta función. Además, debe tenerse en cuenta la virtualidad que en este punto representan la firma electrónica y la notificación electrónica. En todo caso, la notificación realizada por otro órgano no tendrá ninguna consecuencia sobre la validez del acto o sobre su eficacia, si el único elemento irregular es aquel.

Ahora bien, el artículo 40.1 LPACAP obvia una realidad: la incorporación de sujetos privados en la tramitación de procedimientos administrativos²⁷. La normativa sectorial atribuye a tales agentes colaboradores de la Administración la facultad de realizar las correspondientes comunicaciones de determinados acuerdos²⁸. La necesaria garantía de los derechos del interesado exigiría que esa comunicación se adaptase al régimen de la notificación —en cuanto a contenido, plazos y efectos— regulado en la LPACAP.

El artículo 40.1 LPACAP determina como sujeto al que debe dirigirse la notificación *prima facie* al interesado en el procedimiento. ¿Y si este está actuando mediante un representante a lo largo del procedimiento (o incluso ha sido iniciado por aquel)? Resulta evidente que, existiendo la figura del representante en el procedimiento, conforme al artículo 5 LPACAP, la notificación deberá dirigirse al mismo, salvo manifestación expresa en contra del interesado. El problema surge cuando la Administración “ignora” la figura del representante y dirige directamente la notificación al interesado. La ju-

través del que actúa la organización. Sobre ello, *cf.*: GALLEGO ANABITARTE — CHINCHILLA PEINADO — DE MARCOS FERNÁNDEZ — RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2001: 30).

27. Por ejemplo, la figura de las entidades colaboradoras urbanísticas en la gestión y tramitación de las declaraciones responsables y licencias del Ayuntamiento de Madrid (Ordenanza para la apertura de actividades económicas en la ciudad de Madrid, de 28 de febrero de 2014).

28. Por ejemplo, el artículo 36 de la Ordenanza para la apertura de actividades económicas en la ciudad de Madrid, de 28 de febrero de 2014, determina que la entidad colaboradora urbanística comunicará al solicitante de la licencia de edificación el requerimiento de aporte de documentación o subsanación de la presentada; que la actuación pretendida no está incluida entre las previstas para ser tramitadas por este procedimiento y que debe seguirse otro procedimiento; o que la actuación pretendida resulta contraria al ordenamiento urbanístico y que finaliza la tramitación, sin perjuicio de que se introduzcan las modificaciones que resulten necesarias.

risprudencia considera eficaz la notificación así realizada cuando el interesado se tiene por notificado y realiza las actuaciones correspondientes²⁹, pero también ha afirmado con rotundidad el carácter defectuoso de la notificación realizada al interesado cuando este ha designado un representante en el procedimiento y no se da por notificado, se haya iniciado el procedimiento de oficio o a instancia del interesado³⁰.

3.2.2

La constancia de la notificación en el Registro Electrónico de la Administración

Realizada la notificación en papel o por medios telemáticos, debe quedar constancia de ello en el Registro Electrónico General de la Administración correspondiente, a tenor del artículo 16.1 LPACAP³¹. La expresión “también se podrán anotar” no atribuye aquí facultad discrecional alguna a la Administración. En tal Registro debe anotarse la salida de los documentos

29. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003 (recurso de casación núm. 8941/1998) precisa que “la representación produce como efecto que los actos del representante se entiendan como actos del representado o interesado mientras la representación no se revoque y tenga constancia de ella la Administración; ahora bien, [...] la notificación realizada en el domicilio del interesado [...] era formalmente correcta y así lo entendió el recurrente, al darse por notificado de la citada resolución sancionatoria, manifestando su intención de interponer el correspondiente recurso de alzada, [...] atendida su profesión de abogado, y por tanto, presumiblemente conocedor de las formalidades y contenido necesarios para la eficacia de los actos administrativos”.

30. *Cfr.*, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2013 (recurso de casación núm. 2511/2011). Allí se afirma que, ante la designación de representante, la consecuencia de dirigir la notificación directamente al interesado es que esta “deviene defectuosa (ex artículo 58.3 de la misma LRJPA), con el efecto de que el plazo de inicio del trámite del recurso, administrativo y judicial, se computa en la forma prevista en ese precepto [...] a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda”. La anterior conclusión no resulta impedida por el razonamiento adicional que refiere la Sala de instancia en el sentido de que el deslinde es un procedimiento de oficio y que la notificación se realizó al vicepresidente de la comunidad y en el domicilio de la misma, pues, sin duda, el señalamiento por los interesados de domicilio donde desean ser notificados es independiente de la forma en que el procedimiento se inicia, de oficio o a instancia de parte, siendo un derecho de los interesados en el procedimiento —también ejercitable en los procedimientos incoados de oficio—, y, desde luego, la designación de representante con todas garantías legales y de un domicilio específico para notificaciones, impide la validez de las notificaciones efectuadas sin tener en cuenta tales designaciones, que se convertirían así en inoperantes, pues una interpretación contraria vaciaría de contenido tanto la posibilidad de designar representantes (ex artículo 32 de la LRJPA) como la de designar domicilio a efectos de notificaciones”.

31. En este sentido, *cfr.* SANTAMARÍA PASTOR (2015: 6).

oficiales dirigidos a otros órganos o particulares, con el fin de garantizar el carácter oficial y formal de tales comunicaciones. Cada notificación practicada, una vez creado el citado registro electrónico³², dará lugar a un asiento de salida del documento de notificación en el que deben constar: (i) un número y epígrafe expresivo de su naturaleza; (ii) fecha y hora de salida; (iii) persona u órgano administrativo al que se envía. Y ello, se trate tanto de una notificación electrónica como de una notificación en papel³³. Ahora bien, ante los evidentes problemas de implantación de la administración electrónica, la disposición final séptima de la LPACAP retrasa dos años la entrada en vigor de las previsiones de la Ley sobre registros electrónicos, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo electrónico único.

3.2.3

Obtención del domicilio del interesado en los procedimientos iniciados de oficio a partir de los datos del padrón municipal

En los procedimientos incoados de oficio, uno de los principales problemas a los que se enfrenta la Administración es la determinación del domicilio del interesado a efectos de practicar la notificación, máxime cuando la Administración puede disponer de distintos datos al respecto. Ciertamente, la Administración debe hacer todo lo posible para que las notificaciones se hagan

32. Debe tenerse aquí en cuenta que la disposición adicional 2.^a LPACAP permite la adhesión “voluntaria” de las comunidades autónomas y entidades locales a las plataformas y registros de la Administración General del Estado. Voluntariedad que se conecta directamente con la acreditación de una mejor eficiencia económica del registro o plataforma ya existente o que se pretenda implantar, lo que resulta más que cuestionable. En todo caso, si no se produce la integración, se deberá garantizar que los registros autonómicos o locales cumplan con los requisitos del Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad, y sus normas técnicas de desarrollo, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se realicen en sus correspondientes registros y plataformas. El problema real es la relativa implantación de la administración electrónica hasta el momento en el ámbito local. En la LPACAP no se incorpora ninguna referencia a la disponibilidad presupuestaria como límite a la implantación de los medios electrónicos, siendo de aplicación las previsiones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que impone la transferencia de recursos para la asunción de nuevas competencias o servicios.

33. Aquí debe tenerse presente que, cuando el particular no esté obligado a la tramitación electrónica y presente sus documentos en papel, los mismos deberán ser digitalizados por la oficina de asistencia en materia de registros en la que hayan sido presentados para su incorporación al expediente administrativo electrónico, devolviéndose los originales al interesado, con carácter general.

efectivas personalmente al interesado, para garantizar su derecho de defensa, desplegando la necesaria diligencia mediante una suficiente y proporcionada indagación sobre la dirección donde practicar la notificación personal a un interesado, ya que la publicación sustitutoria debe configurarse como un último recurso. Aquí el problema que se planteaba era claro: ¿puede la Administración emplear sus ficheros, u otros ficheros, para realizar indagaciones dirigidas a determinar una dirección correcta y exacta donde se puedan practicar las notificaciones de manera efectiva?³⁴ ¿Son legales los flujos de información entre órganos y Administraciones, en la medida en que necesariamente se afecta al derecho a la autodeterminación informativa de las personas? Frente a la indefinición anterior, ahora el artículo 41.4 LPACAP determina que “en los procedimientos iniciados de oficio, a los solos efectos de su iniciación, las Administraciones Públicas podrán recabar, mediante consulta a las bases de datos del Instituto Nacional de Estadística, los datos sobre el domicilio del interesado recogidos en el Padrón Municipal, remitidos por las entidades locales en aplicación de lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local”. ¿Resulta esta previsión acorde con el derecho a la protección de datos personales establecido por el artículo 18.4 de la Constitución?

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁵ ha precisado que el contenido del derecho a la protección de datos personales incorpora un poder de disposición y control sobre los datos personales, que se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado, otra Administración Pública o un particular. Por ello, la cesión de datos entre Administraciones Públicas sin consentimiento del afectado, cuando se cedan para el ejercicio de competencias distintas o que versen sobre materias distintas de aquellas que motivaron su recogida, solo resulta constitucionalmente admisible cuando resulte necesario y proporcionado para lograr la efectividad de otros bienes o intereses constitucionalmente relevantes, la afección que sufra el derecho a la protección de datos sea la indispensable, y, además, tal limitación se establezca por una norma con rango de Ley. En consecuencia, la previsión legal que permita a una Ad-

34. Sobre esta problemática, *cfr.* ABERASTURI GORRIÑO (2014: 5).

35. *Cfr.* Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013, relativa a la regulación del acceso por parte de la Dirección General de la Policía a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón, en los términos fijados por la disposición adicional séptima de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local; y Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, sobre la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

ministración Pública recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, solo está justificada si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. No cabe una comunicación indiscriminada de datos personales entre Administraciones Públicas, dado que estos datos están, en principio, afectos a finalidades concretas y predeterminadas, que son las que motivaron su recogida y tratamiento.

Dada la finalidad del padrón de habitantes, en cuanto registro administrativo cuyos datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo, conforme al artículo 53 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, puede considerarse que la posibilidad de obtener el dato del domicilio resulta proporcionada a la finalidad perseguida: la actuación eficaz y eficiente de la Administración, establecida en el artículo 103 de la Constitución. Se trata de un acceso específico a un concreto dato que resulta preciso para la tramitación de un expediente determinado. No hay un acceso masivo e indiscriminado, sino que se trataría de la utilización de un medio de escasa complejidad y de razonable exigencia³⁶.

No obstante, esta regulación podría ser mejorada. En primer lugar, debería garantizarse que el acceso a esos datos se realizará con las “máximas medidas de seguridad”³⁷, debiendo quedar constancia de la identidad del accedente, de la fecha y hora del acceso, de los datos consultados, y de la finalidad y el destino de los datos obtenidos. En segundo lugar, debería garantizarse que el interesado pueda conocer que se ha producido el acceso, a efectos de que pueda ejercer las acciones correspondientes para la defensa de su derecho, por lo que debería comunicársele tal acceso.

36. Cabe acudir aquí analógicamente a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional para considerar conforme al artículo 24 de la Constitución el emplazamiento mediante edictos en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, fijada, entre otras, en las sentencias 16/2006 o 135/2005, que consideran que tal emplazamiento edictal no resulta constitucionalmente admisible cuando pueda obtenerse el domicilio a través de un medio de escasa complejidad y de razonable exigencia.

37. En los términos fijados, por ejemplo, en la disposición adicional 7 de la Ley 7/1985, donde se regula el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción de los extranjeros existentes en los padrones municipales, preferentemente por vía telemática.

3.2.4

Momento en que se efectúa la notificación

La notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado (artículo 40.2 LPACAP), y deberá contener:

- El texto íntegro de la resolución.
- La indicación de si es o no definitiva en la vía administrativa.
- La expresión de los recursos que procedan.
- El órgano ante el que hubieran de presentarse.
- El plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen procedente.

El plazo de diez días establecido para la práctica de la notificación se incluye dentro del previsto para dictar la resolución (*cf.* artículo 21 LPACAP), de modo que aquella habrá de producirse con antelación suficiente para permitir la práctica de la notificación dentro del mencionado plazo. En la hipótesis extrema, si se dicta la resolución el último día del plazo, habrá de notificarse ese mismo día, para evitar que se produzcan los efectos del silencio. No obstante, si el silencio es negativo, se admite la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo y, por tanto, también la notificación. Para evitar que se produzcan los efectos del silencio, por el simple rechazo de la notificación por el interesado se debe considerar cumplida la obligación de notificar dentro del plazo siempre que conste que se ha intentado la notificación, aunque el interesado no se dé por enterado (artículo 41.5 LPACAP).

Evidentemente no existe un acompasamiento entre la regulación de la legislación procesal y la legislación del procedimiento administrativo, ya que mientras en aquella el mes de agosto es inhábil, en esta sigue siendo un mes hábil, lo que ha sido cuestionado por la doctrina³⁸. El problema sigue vigente.

38. Así, SANTAMARÍA PASTOR (2015: 10), quien pone de relieve el uso torticero que en ocasiones se produce por parte de la Administración, con el fin de avocar a la pérdida de los plazos de recurso por el particular. Pero ello también ocurre a la inversa, por ejemplo con la presentación de un recurso en vía administrativa y la solicitud de la suspensión de la eficacia del acto administrativo en los últimos días de julio, con la esperanza de que las vacaciones de los funcionarios determinen el transcurso del plazo de 30 días sin que se haya resuelto sobre las medidas cautelares.

3.2.5

Práctica de la notificación en papel. El intento de notificación

La notificación se realiza “en papel” (medios no electrónicos), conforme al artículo 41 LPACAP, con carácter potestativo:

- Cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento, y no esté obligado a recibir una notificación electrónica.
- Cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante. La amplia remisión a la decisión de la Administración autora del acto plantea problemas de concreción³⁹, pero la cuestión central es si aquí queda excluido que la notificación en papel se realice a través del servicio de correos o mediante empresas privadas que hayan obtenido la condición de operadores postales con autorización singular. Esta opción evidentemente es posible en los supuestos en que la notificación “en papel” debe realizarse con carácter obligatorio, ya que no se incorpora esta aparente limitación. En este supuesto, donde la decisión de practicar la notificación “en papel” se adopta por la Administración “para asegurar la eficacia de la actuación administrativa”, la respuesta debe ser la misma a mi juicio, pudiendo practicarse la notificación tanto por un empleado público de la Administración autora del acto, como por un trabajador del servicio de correos o de cualquier otro operador postal, ya que aquí tales operadores actúan como contratistas de la Administración, a los que se impone como obligación de servicio público la entrega de notificaciones de órganos administrativos⁴⁰, conforme al artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30

39. Tal previsión ha sido objeto de crítica por el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 5 de marzo de 2015, indicándose que “para cohonestar esta facultad de la Administración con la voluntad de los interesados debe añadirse o especificarse en el precepto algún criterio que identifique los supuestos en los que proceda una notificación en tales términos”.

40. Coincide en esta posición FONDEVILA ANTOLÍN (2016: 4). Y ello sin perjuicio del distinto alcance de la acreditación de su práctica que presenta la notificación realizada por uno u otro de tales operadores. En el caso del operador postal universal, la propia Ley precisa que su actuación acredita fehacientemente la entrega de la notificación, mientras que los operadores autorizados singularmente deben acreditar tal recepción por los medios admisibles en derecho privado, en caso de ser cuestionada. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015 (recurso de casación núm. 3156/2014) precisa que “la constancia del rechazo de la notificación, para que pueda tener el valor de

de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

Con carácter obligatorio debe realizarse la notificación “en papel” en los siguientes supuestos:

- Cuando el acto a notificar vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico. Esto es, que se trate de elementos que resulten incompatibles con las distintas normas técnicas de interoperabilidad de Documento Electrónico, de Digitalización de Documentos y de Expediente Electrónico, o que excedan de la capacidad de almacenamiento y transmisión de los sistemas de la Administración.
- Cuando las notificaciones contengan medios de pago a favor de los obligados, tales como cheques.
- Cuando así sea solicitado por el interesado en los procedimientos iniciados mediante su solicitud, y no exista obligación legal de notificar por medios electrónicos. En tal supuesto, si no resulta posible realizar la notificación de acuerdo con lo señalado en la solicitud, se practicará en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado⁴¹.

Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y

prueba eficaz, deberá provenir de un órgano inserto o dependiente de la Administración Pública a quien la ley confiera fehaciencia en su actividad notificadora; y, de no ser así, por haber sido encomendada la notificación a una empresa privada, no bastará con la documentación que unilateralmente esta haya confeccionado o con la simple manifestación de sus interesados, pues para asegurar la imparcialidad u objetividad de la justificantes del rechazo o la imposibilidad de la notificación será necesario que estos sean acompañados de las declaraciones de un tercero ajeno a dicha empresa privada. Y lo que se deriva de lo anterior es lo siguiente: (a) que la fehaciencia reconocida a órganos o entidades dependientes de la Administración Pública (‘Correos’ tiene esa dependencia por su condición de sociedad estatal) no es un privilegio injustificado o arbitrario sino un mecanismo dirigido a asegurar el principio constitucional de eficacia administrativa); y (b) que el reconocimiento de esa fehaciencia únicamente a órganos de la Administración Pública o a entidades directamente dependientes de ella está relacionado con el principio de objetividad que debe regir en toda actuación administrativa por imperativo del antes citado artículo 103.1 de la Constitución. [...] quienes carezcan de esa calidad ofrezcan un sistema de constancia que, en lo que se refiere a la prueba del rechazo o imposibilidad de la notificación, supla las ventajas que son inherentes a la ‘fehaciencia’ con parecidas cotas de eficacia y mediante elementos de prueba ajenos a la documentación unilateral de la empresa o al testimonio de sus empleados”.

41. Se asume aquí la observación realizada por el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 5 de marzo de 2015.

destinatario de las mismas. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente. Cuando los interesados sean varios y actúen conjuntamente o por medio de representante, la notificación se efectuará a este o al que aquellos designen, o, en su defecto, al que figure en primer término (artículo 49 en relación con el 7 LPACAP).

Conforme al artículo 42.2 LPACAP, cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, pero este no se halle presente, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de 14 años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Esta novedad legal presenta un problema: la jurisprudencia ha venido exigiendo al respecto que ese tercer sujeto reúna las condiciones generales de capacidad para asumir la obligación jurídica derivada de la recepción; que conste en forma adecuada su identificación; y que conste su aceptación y firma. Existe aquí una manifiesta contradicción con la regulación general de la capacidad de obrar en el ámbito administrativo establecida en el artículo 3 LPACAP, suponiendo una disminución de las garantías del interesado⁴².

Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación. Aquí se produce una modificación sustancial respecto de la anterior regulación establecida por el artículo 59.2 LRJPAC. Allí se establecía que:

Quando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente este en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

La interpretación jurisprudencial⁴³ de tal precepto implica que la segunda notificación debe realizarse “en una hora distinta”, lo que exige que

42. Crítico igualmente FONDEVILA ANTOLÍN (2016: 6).

43. Por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2004 (recurso de casación en interés de ley núm. 70/2003).

dicha notificación guarde una diferencia de al menos sesenta minutos con la hora en que se practicó el primer intento de notificación. En concreto se consideró que la regulación ahora adoptada no garantizaba tampoco una adecuada recepción:

La tesis de la sentencia de instancia no es aceptable porque, como advierte el abogado parte del supuesto erróneo de que la ausencia del domicilio durante la mañana se debe a que en ese tiempo se desarrolla la jornada laboral. Habida cuenta de que la jornada laboral se desarrolla también durante la tarde la lógica de la argumentación exigiría que la segunda notificación se practicara en día no laborable, con la consecuencia de que no podría prestarse por el personal encargado del servicio postal universal. La Ley no ha pretendido eso; la recepción de la notificación por el interesado en persona no es imprescindible, puede hacerse cargo de ella cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. La Ley no pretende con esa segunda notificación que sea el propio interesado quien se hará cargo de ella, sino que, en defecto de aquel, exista alguna persona en el domicilio que pueda recibirla, y considera que existe una mayor probabilidad de que esto ocurra si la notificación se practica en “hora distinta” a aquella en que se intentó la primera. Por ello parece suficiente, tal como sostiene la Generalidad de Cataluña, observar una diferencia de sesenta minutos respecto a la hora en que se practicó el primer intento de notificación. La ausencia en el domicilio del interesado de persona alguna que se haga cargo de la notificación no puede frustrar la actividad administrativa, habida cuenta, por otra parte, que el principio de buena fe en las relaciones administrativas impone a los administrados un deber de colaboración con la Administración en la recepción de los actos de comunicación que aquella les dirija y que el intento fallido de notificación ha de ir seguido de la introducción en el correspondiente casillero domiciliario del aviso de llegada, en el que se hará constar las dependencias del servicio postal donde el interesado puede recoger la notificación.

Como elemento adicional a la notificación en papel, las Administraciones Públicas podrán enviar un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que este haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo correspondiente, o en la dirección electrónica habilitada única. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida.

En todo caso, y ante la posibilidad de que existan notificaciones cursadas a través de diferentes formatos (en papel y electrónicos), el artículo 41.7

LPACAP determina que se tomará como fecha de notificación la de aquella que se hubiera producido en primer lugar. Todas las notificaciones que se practiquen en papel deberán ser puestas a disposición del interesado en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante, para que pueda acceder al contenido de las mismas de forma voluntaria. Para fomentar la notificación electrónica, cuando el interesado accediera al contenido de la notificación en sede electrónica, se le ofrecerá la posibilidad de que el resto de notificaciones se puedan realizar a través de medios electrónicos.

Para evitar que se produzcan los efectos del silencio por el simple rechazo de la notificación por el interesado, se debe considerar cumplida la obligación de notificar dentro del plazo siempre que conste que se ha intentado la notificación, aunque el interesado no se dé por enterado (artículo 41.5 LPACAP). Aquí debe tenerse en cuenta que el concepto de “intento de notificación debidamente acreditado” se ha interpretado⁴⁴ en el sentido de que basta el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible, aun cuando resulte frustrado finalmente, siempre que se practique con todas las garantías legales y quede debida constancia del mismo en el expediente. Pero aquí se deben puntualizar dos extremos. De una parte, el plazo a efectos de la virtualidad del silencio para el interesado debe tomar en cuenta el momento efectivo en que se intenta practicar la notificación⁴⁵. De otra parte, la constancia en el expediente, que permite a la Administración tener por efectuada la notificación y derivar los efectos del acto notificado, tiene lugar cuando se incorpora la acreditación de tal intento. En el supuesto de un intento de notificación por correo certificado, dicho momento será el de la recepción por la Administración actuante de la devolución del envío por parte de Correos.

3.2.6

La notificación infructuosa

Cuando se haya intentado practicar la notificación en papel, y ello haya resultado imposible, el legislador ha optado, desde la LPACAP y en la LRJPAC, por proceder a la publicación de la resolución en el tablón de edictos del Ayuntamiento en cuyo término municipal conste el último domicilio del interesado, y en un diario oficial. Aquí la obligación de dar a conocer el contenido

44. Por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013 (recurso contencioso-administrativo núm. 557/2011). Sobre ello, *cf.*: FUERTES LÓPEZ (2014: 3).

45. En este sentido igualmente RUIZ LÓPEZ (2016: 7).

de la resolución se traslada al destinatario del acto de comunicación, sobre la base de una mera ficción legal; la publicación determina el acceso al contenido de la resolución por parte del interesado.

La regulación del artículo 44 LPACAP tiene su origen directo en el artículo 25 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2014), que modificó el artículo 59.5 LRJPAC. Aquí la notificación edictal ha de verificarse siempre por medio de un anuncio en el BOE, con independencia de cuál sea el ámbito territorial de la Administración notificante, sin perjuicio de que, con carácter facultativo, se proceda por las Administraciones autonómicas o locales a publicar un anuncio en el boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia, o en el tablón de edictos del ayuntamiento del último domicilio del interesado o en sus tabloneros electrónicos. Varias cuestiones deben ser aquí analizadas.

En primer lugar, ¿qué efectos tiene la publicación potestativa en el boletín oficial de la comunidad o la provincia, o en el tablón de edictos del ayuntamiento? La respuesta es que tal publicación carece de eficacia jurídica, por lo que respecta tanto a la determinación de los posibles plazos de impugnación como a la eficacia externa del acto, no pudiéndose compeler al interesado a su cumplimiento.

En segundo lugar, la obligación de proceder a la publicación en el BOE, configurando este como el tablón edictal único, ¿respeto la autonomía y la capacidad de autoorganización de las comunidades autónomas? Tal regulación, al ubicar en un emplazamiento electrónico único todas las notificaciones infructuosas de las distintas Administraciones Públicas, ha sido aplaudida por un sector doctrinal, al considerar que con ello se posibilita la existencia de una publicidad efectiva a procedimientos autonómicos y locales que hasta ese momento “adolecían de una publicación edictal ‘cuasi-secreta’, facilitando su conocimiento por los ciudadanos”⁴⁶. Pero a la vez se plantea que hubiera sido conveniente instaurar de forma obligatoria, sobre todo para la Administración local, la inserción en el tablón de edictos correspondiente, dada la falta de acceso de muchos ciudadanos a los servicios de la sociedad de la información, y, sobre todo, la falta de consulta del BOE por el ciudadano “de a pie”. Y este dato se pone directamente en conexión por parte de otros autores con el objetivo (y resultado) no ya de simplificación administrativa, sino de centralización (político-administrativa), puesto que el criterio

46. Así, LOZANO CUTANDA (2014: 2) y NIETO GARRIDO (2016: 4). En el mismo sentido se pronuncia el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 5 de marzo de 2015 que considera adecuada la unificación del medio de comunicación a través del BOE.

para articular la notificación edictal no es ya el ámbito territorial del órgano que dicta la resolución ni la Administración de la que procede el acto a notificar, sino la existencia de un único medio de publicación oficial que es el estatal⁴⁷.

Desde el punto de vista constitucional, el artículo 25 de la Ley 15/2014 ha sido cuestionado ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña (recurso de inconstitucionalidad núm. 3447-2015)⁴⁸. De forma sintética, el recurso se funda⁴⁹ en considerar que la figura del tablón

47. Cfr. ROSELLÓ VILA, Andrea. *La notificación por edictos, el BOE tablón edictal único*, Legaltoday.com (19/11/2014).

48. La constitucionalidad también fue inicialmente planteada por el Gobierno Vasco, si bien mediante el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, Resolución de 29 de junio de 2015, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local (BOE 163, de 9 de julio), donde se ha acordado que: “a) En los anuncios de notificación que sean objeto de publicación en el ‘Boletín Oficial del País Vasco’ (BOPV), la Comunidad Autónoma hará constar que la notificación edictal surte efectos como *dies a quo*, a efectos del cómputo de plazos, a partir de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’. b) El texto del anuncio que la Comunidad Autónoma remita a la Agencia Estatal BOE, recogerá, con carácter general, al menos los datos identificativos de los interesados y del procedimiento administrativo en que se produce el anuncio de notificación. Asimismo, incorporará la referencia al número y fecha del BOPV en el que se haya publicado previamente el anuncio y la indicación de que la notificación edictal surte efectos como *dies a quo* a partir de su publicación en el BOE. c) La Comunidad Autónoma del País Vasco podrá remitir a la Agencia Estatal BOE la versión del texto del anuncio en lengua cooficial, para su publicación junto a la versión en castellano. d) Al objeto de facilitar que los ciudadanos consulten el BOPV referenciado, la Administración General del Estado incorporará en la página pdf del BOE correspondiente, un enlace directo a la publicación autonómica, siempre que el organismo remitente del anuncio haya incorporado los correspondientes hiperenlaces en el texto enviado, mediante un Servicio Web específico, a la Agencia Estatal BOE”.

49. Como puede inferirse del Dictamen 24/2014, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña. Al respecto argumenta “que el adjetivo ‘común’ se predica fundamentalmente respecto de la forma de elaboración de los actos, de los requisitos de validez y eficacia, modos de revisión, medios de ejecución, y garantías y trámite de carácter general. En este sentido, como garantía general de los administrados podría corresponder al Estado ex artículo 149.1.18 CE establecer un trámite de publicación necesario para que la notificación pueda considerarse practicada y eficaz (en este caso, la necesaria publicación en un medio oficial). Sin embargo, en cambio, no se aviene con el concepto de la noción básica del ‘procedimiento administrativo común’ determinar el medio técnico concreto (el BOE) para que esta publicación produzca los correspondientes efectos jurídicos, aspecto que corresponde decidir a la Generalitat al amparo de las competencias de desarrollo normativo previstas en el artículo 159.1.c EAC. [...] Y esto se prevé de forma indiscriminada y generalizada para todos los procedimientos sectoriales. Solo resulta constitucionalmente admisible en aquellos procedimientos que materialmente sean competencia del Estado, no en los que sean competencia autonómica [...] (por lo que se) vulneran las competencias de la Generalitat previstas en el artículo 159.1.c EAC [...] (ni) son conformes con el artículo 68.5 EAC, cuando niegan eficacia jurídica a las notificaciones de los actos administrativos de la Generalitat publicados en el DOGC”.

único de notificaciones en el BOE no se prevé como una especialidad del procedimiento administrativo en ámbitos de competencia normativa y ejecutiva estatal, sino que se establece con carácter general sobre cualquier ámbito de actuación de las Administraciones Públicas y, por lo tanto, también sobre ámbitos de actuación y competencia autonómica. Consecuentemente, esa regulación priva de eficacia a las publicaciones efectuadas por las Administraciones autonómicas, dado que solo se otorgan efectos a las notificaciones hechas en el BOE. Se indica expresamente que la publicación en el Boletín autonómico o el tablón del ayuntamiento es facultativa, por lo que carece de cualquier efecto jurídico.

¿Se produce efectivamente tal invasión competencial? Hasta el momento diversos estatutos de autonomía y las leyes de gobierno y administración de las comunidades autónomas, así como la legislación de régimen local, han establecido la obligación de publicar sus actos, cuando proceda, en el boletín de la correspondiente comunidad autónoma o en el boletín de la provincia. Debe tenerse en cuenta que la consecuencia de la nueva regulación básica estatal en este punto determina, no la derogación o desplazamiento del precepto legal autonómico anterior y contrario a ella, sino la “inconstitucionalidad sobrevenida” de la norma autonómica anterior⁵⁰.

La notificación o la publicación sustitutoria de los actos administrativos entronca directamente con el artículo 9.3 de la Constitución, como requisito general para su eficacia y para la garantía del principio de seguridad jurídica. La finalidad de la publicación, al igual que la de la notificación, es comunicar al interesado el contenido de la resolución, con el fin de que pueda ejercer su derecho de defensa. ¿Se produce una mayor efectividad de la publicación porque esta se realice por una u otra Administración o a través de un boletín oficial u otro? Lo cierto es que, como ha precisado la jurisprudencia⁵¹, “la notificación por edictos (o publicación en el diario oficial) es un mecanismo formal que no garantiza el efectivo conocimiento por el interesado del acto o resolución que le afecta por lo que solo cabe aceptar su empleo como último recurso, cuando han resultado fallidos los dos intentos previos de notificación en el domicilio del interesado y cuando aquellas

50. Sobre esta figura, entre otras, *cfi*: sentencias del Tribunal Constitucional 166/2014, 39/2014, 94/2014, 132/2013 y 181/2012, que establecen la necesidad de que dicha consecuencia se declare precisamente por el Tribunal Constitucional, previo planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, una vez comprobado (i) que la norma estatal infringida por la ley autonómica ha sido dictada legítimamente al amparo de un título competencial que la Constitución ha reservado al Estado; y (ii) que la contradicción entre ambas normas sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

51. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2004 (recurso de casación en interés de ley núm. 70/2003).

notificaciones se han practicado según lo preceptuado legalmente”, constituyendo por tanto una mera ficción legal. Que tal publicación se efectúe en el BOE o en diferentes diarios oficiales, ni aporta un plus de publicidad ni garantiza una mayor efectividad en el posible conocimiento por el ciudadano⁵².

Ciertamente, las comunidades autónomas son competentes para adoptar las normas de procedimiento administrativo que deriven de las particularidades del derecho sustantivo autonómico, o de las especialidades de la organización autonómica, en lo no afectado por el artículo 149.1.18 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo común. Para el Tribunal Constitucional la competencia estatal se circunscribe a la “determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento”⁵³. En definitiva, para el Tribunal Constitucional el artículo 149.1.18 de la Constitución atribuye al Estado la competencia para determinar lo que considera el procedimiento administrativo común, estando limitado por el respeto a las competencias asumidas por las comunidades autónomas. Y en esa delimitación tiene atribuido un amplio margen de apreciación y oportunidad política⁵⁴. Pero ese margen excluye que la competencia estatal pueda imponer un modelo único de procedimiento, ya que ello vulneraría las competencias sectoriales de las

52. Por el contrario, el Dictamen del Consejo de Estado 1221/2013, de 12 de diciembre, sobre el Anteproyecto de ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, en un ejercicio de voluntarismo, afirma que “La regulación referida reduce trabas, avanza en la protección de los administrados y mejora la garantía de estos en el procedimiento, en tanto que minimiza la dispersión de elementos y fuentes a los que es preciso acudir para el conocimiento de los actos administrativos que no han sido notificados de forma ordinaria (tablón de edictos del ayuntamiento, Boletín Oficial del Estado, de la comunidad autónoma o de la provincia, en función de cual haya sido la Administración Pública que dictara el acto y según cual fuera el ámbito competencial territorial de dicho órgano). Como se apunta en la memoria del análisis de impacto normativo, en los últimos años ha acontecido una proliferación de tabloneros edictales electrónicos tanto en el ámbito estatal como autonómico, definidos por sectores de actividad o por criterios orgánicos, algunos en ámbitos tan irrelevantes y comunes como los correspondientes a la gestión tributaria o las sanciones de tráfico”. Ahora bien, lo cierto es que esa proliferación se ha producido, sobre todo, en el ámbito de la propia Administración estatal, como la propia Memoria de Impacto Normativo reconoce.

53. En tales términos se pronuncian las sentencias del Tribunal Constitucional 141/2014, 132/2013, 130/2013, 98/2001 y 227/1988.

54. *Cfr.* Sentencia del Tribunal Constitucional 191/2012, de 29 de octubre.

comunidades autónomas, que incluyen la competencia para regular los procedimientos administrativos necesarios para ejercerlas. Tal diseño del procedimiento administrativo común por el Estado, que eliminase el margen de “adaptación” autonómico, menoscabaría su autonomía, al cercenar, dificultar o incluso impedir el funcionamiento de las comunidades autónomas.

A su vez, la competencia estatal para definir las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas comporta⁵⁵ el establecimiento por el Estado de principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones Públicas⁵⁶. Lo relevante aquí es que no cabe atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos, que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a los ciudadanos, que en aquellos aspectos en los que sí concurre tal afectación sobre los derechos e intereses de los ciudadanos, donde el alcance de lo básico será mayor con el fin de lograr un tratamiento común de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas. Pero en ningún caso tales bases, entendidas como un común denominador normativo, pueden incorporar una regulación con tal grado de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción, por parte de las comunidades autónomas, de políticas propias en la materia, mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo.

Desde los criterios competenciales fijados por el Tribunal Constitucional, resulta más que cuestionable la competencia estatal para determinar al BOE como tablón edictal electrónico único. Es incuestionable que el Estado tiene la competencia para determinar que, ante una notificación infructuosa, el despliegue de la eficacia del acto administrativo se subordine a una publicación oficial del contenido del acto, aunque el acceso real al contenido del acto sea una ficción, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del ciudadano. Pero determinar y limitar tal efecto a la publicación realizada por una agencia estatal implica, a mi juicio, desconocer las competencias autonómicas, tanto para desarrollar las bases del régimen jurídico de las Administraciones, a través de la creación de órganos autonómicos que realicen esa función, como para articular los concretos procedi-

55. Este es el título competencial considerado por el Dictamen del Consejo de Estado 1221/2013, de 12 de diciembre, sobre el Anteproyecto de ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, ya que la medida referida comporta la reunión en un solo punto de acceso de la consulta e información de los anuncios de notificación de las distintas Administraciones Públicas.

56. Sobre el alcance de tal competencia, *cf.*: sentencias del Tribunal Constitucional 251/2006, 134/2006, 50/1999, 227/1988, 13/1998, 165/1986, 35/1982 y 32/1981.

mientos en materias sectoriales de su competencia. ¿Alguien dudaría que se hubiera producido un exceso competencial si se hubiese determinado que la notificación debiese realizarse obligatoriamente por un órgano estatal? La mayor eficiencia y publicidad (cuyo alcance pongo en duda) se podría haber logrado con una regulación más equilibrada y respetuosa con las competencias autonómicas. Si se quiere dotar de un mayor ámbito territorial a la publicidad, bastaría con articular mecanismos de intercambio de información (publicación electrónica en los dos boletines oficiales, determinándose reglas para el cómputo del *dies a quo* en materia de recursos) y, en su caso, articular mecanismos de colaboración voluntaria para proceder únicamente a la publicación en el BOE. Aquí debe tenerse en cuenta que el recurso a la notificación edictal tiene lugar fundamentalmente en los procedimientos incoados de oficio, donde ahora se permite a la Administración averiguar el domicilio a través de los datos del padrón municipal, por lo que también sería útil comunicar al interesado el acceso a tales datos como instrumento para “forzar” un conocimiento efectivo del acto.

3.2.7

La notificación electrónica

La LPACAP, en su artículo 14, no se limita a reconocer con carácter general el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas con medios electrónicos, sino que establece la obligación de relacionarse a través de los mismos para determinados sujetos, ya sea por presumir de ellos la capacidad para acceder y disponer de tales medios informáticos, ya sea por razón de una especial vinculación de determinados colectivos o personas con la Administración. En concreto, impone directamente tal obligación para:

- i. Las personas jurídicas, independientemente de su concreta forma jurídica y tamaño⁵⁷.
- ii. Las entidades sin personalidad jurídica. Aquí debe tenerse en cuenta la especial relevancia que ello tiene en el ámbito local, ya que se impone

⁵⁷. Esta obligación ya existe en materia tributaria por imposición del Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Pero en tal supuesto debe tenerse en cuenta que muchas de estas empresas se relacionan a través de la figura del gestor, figura que no resulta adecuada en el resto de relaciones con la Administración Pública.

- tal modalidad a entidades como asociaciones culturales, vecinales, deportivas y de todo tipo⁵⁸.
- iii. Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional, incluyéndose en todo caso dentro de este colectivo a los notarios y los registradores. Obviamente esta previsión se refiere principalmente a la figura del abogado, cuando actúa formalmente como tal y firma el documento en representación del interesado.
 - iv. Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.
 - v. Los empleados públicos de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición.

Además, se prevé que reglamentariamente se pueda ampliar ese colectivo obligado a relacionarse obligatoriamente con la Administración por vía electrónica en atención, bien al tipo de procedimiento, bien al sujeto interesado: colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. Esta previsión se especifica, nuevamente y a efectos de la notificación por el artículo 41.1 LPACAP, al determinar que, mediante norma reglamentaria, las Administraciones podrán establecer la obligación de practicar electrónicamente las notificaciones, para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional, u otros motivos, quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. Tal remisión ha sido criticada por la doctrina⁵⁹ e incluso por el Informe del Consejo General del Poder Judicial⁶⁰.

58. Muestra su preocupación CAMPOS ACUÑA (2016: 4).

59. Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015: 364). Al respecto se cuestiona “¿cómo y cuándo puede entenderse acreditado que un determinado colectivo tiene acceso y disponibilidad de este tipo de medios? ¿Cuándo su capacidad económica le permite acudir a un gestor administrativo para que se ocupe profesionalmente de sus relaciones con la Administración?”.

60. El Informe del Consejo General del Poder Judicial de 5 de marzo de 2015 precisa que “Es indudable que la imposición de la obligación de relacionarse por medios electrónicos en determinados casos se enmarca —y se explica— en el proceso de simplificación y eficacia administrativa que quiere llevar a cabo la Ley proyectada, en donde la colaboración de los administrados constituye un elemento indispensable, hasta el punto de que ha merecido su consagración legal (artículo 32), del mismo modo que se recoge positivamente en el artículo 39 de la vigente Ley. Pero la imposición *ex lege* de esta obligación no parece que pueda hacerse a espaldas de los principios de necesidad y proporcionalidad que

Al margen de estos supuestos de notificación electrónica obligatoria, el interesado podrá solicitar en cualquier momento a la Administración, a través de modelos normalizados, su decisión de que las notificaciones sucesivas se practiquen por medios electrónicos, conforme al artículo 41.1 LPACAP.

Varias cuestiones deben ser aquí precisadas. En primer lugar, la presunción legal de la capacidad de acceso y disponibilidad de medios electrónicos, realizada de forma indiscriminada para todo tipo de personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica, plantea ciertas dudas, dada su diversa tipología, su diferente objeto y actividad, y su tamaño y capacidad. En segundo lugar, la concreción de los límites de la potestad reglamentaria en la ampliación del ámbito de sujetos que obligatoriamente deben relacionarse a través de medios electrónicos resulta excesivamente vaga. ¿Cuáles son esos otros motivos? ¿Basta, por ejemplo, con estar en posesión de un título universitario? Aquí se remite a un ulterior control judicial basado en el principio de proporcionalidad⁶¹.

En directa conexión con este punto, la remisión a la regulación reglamentaria permite a las Administraciones locales, a través de la correspondiente ordenanza, establecer tal obligación de notificación electrónica, lo que conducirá a que un mismo sujeto pueda estar sometido a distintos regímenes de notificación⁶². Este es el caso, por ejemplo, de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Venta Ambulante en el Municipio de Portugalete (BOB núm. 47, de 9 de marzo de 2011), que impone la notificación electrónica para los sujetos autorizados⁶³, y que ha sido considerada ajustada

proclama el artículo 1.2 del Anteproyecto, como tampoco soslayando las exigencias del principio de igualdad, de carácter constitucional e integrador del acervo del derecho de la Unión Europea, no se olvide; principio que, junto con el de proporcionalidad —entre otros—, consagra el artículo 4 de la Ley 11/2007 al establecer aquellos que han de regir en el ejercicio del derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración”.

61. Pero lo cierto es que el control efectuado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo núm. 7/2011) respecto del Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, es simplemente un control negativo. Dado que en definitiva se trata de un requisito técnico, quien lo impugne debe acreditar que el mismo es de imposible cumplimiento.

62. Crítico con la posible existencia de regímenes jurídicos diversos, sin ningún tipo de justificación, SÁNCHEZ MORÓN (2015: 25).

63. En concreto, el artículo 9.7 de la Ordenanza municipal dispone: “Para el ejercicio de la venta ambulante en el término municipal de Portugalete se requiere: [...] 7) Un número de teléfono móvil válido para la recepción de SMS o una dirección de correo electrónico durante el período de vigencia de la autorización, a efectos de recibir las comunicaciones municipales. [...]”. A su vez, el artículo 10.d) establece que deberá comunicarse una “Dirección postal para la recepción de las posibles notificaciones, comunicaciones y reclamaciones durante el ejercicio de la actividad, así como el número de teléfono móvil y

a derecho⁶⁴, ya que “es más que presumible que las personas dedicadas a la actividad de venta ambulante disponen o tienen acceso a los medios electrónicos requeridos por la Ordenanza a efectos de comunicaciones con el Ayuntamiento, dada la naturaleza de dicha actividad y los medios económicos y técnicos, según los usos hoy más generalizados, que se precisan para su ejercicio”.

En todo caso, para facilitar la tramitación electrónica a estos sujetos obligados, así como al resto de sujetos que voluntariamente quieran utilizar estos canales, el artículo 12 LPACAP prevé la creación, en todas las Administraciones, de una oficina de asistencia a los interesados en el uso de los medios electrónicos⁶⁵.

Los medios reconocidos por la LPACAP para efectuar las notificaciones electrónicas son, bien la comparecencia en la sede electrónica de la Administración⁶⁶, bien a través de la dirección electrónica habilitada única⁶⁷, o mediante ambos sistemas. No es objeto de cuestión que cada Administración Pública debe tener su propia sede electrónica, sin perjuicio de la adhesión por medios electrónicos que las comunidades autónomas o las entidades locales puedan realizar a la plataforma de la Administración General del

la dirección de correo electrónico a los que se hace referencia en el artículo anterior”. Y el artículo 12.3 determina que “La concesión de las autorizaciones se comunicará, por los medios electrónicos declarados, [...]”. Por el contrario, por ejemplo, la Ordenanza Reguladora del Comercio Ambulante en el Término Municipal de Benamargosa incorpora en el modelo de solicitud de autorización la opción de recibir las notificaciones por vía electrónica.

64. Por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de octubre de 2012 (recurso contencioso-administrativo núm. 1096/2011).

65. CAMPOS ACUÑA (2016: 5) precisa que en las Administraciones locales tal obligación, unida a la disminución en el volumen de la presentación presencial de documentos, conducirá a la reinversión de las oficinas municipales de registro como oficinas de registro y asistencia, para facilitar el cumplimiento de este deber, a cuyos efectos la respectiva entidad local tendrá que mantener actualizado un registro u otro sistema equivalente, en el que constarán los funcionarios habilitados a este fin. Es decir, que cada entidad local deberá determinar al menos un funcionario habilitado a estos efectos, incluso dos, para prever posibles incidencias derivadas de vacantes o ausencias temporales.

66. La comparecencia en la sede electrónica se produce por el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación por vía telemática. Una vez tramitado el expediente que dio lugar a la solicitud, el solicitante recibirá, a través de la dirección de correo electrónico previamente facilitada y validada, un aviso en el que se le informará de la existencia de una notificación disponible, así como de una clave de acceso para su descarga en la sede electrónica de la Administración. La práctica de la notificación se produce cuando el interesado accede al contenido depositado en la sede electrónica.

67. La dirección electrónica habilitada única se asigna por la Administración a cualquier persona física o jurídica para la recepción de las notificaciones administrativas que por vía telemática puedan practicar las distintas Administraciones Públicas, accediendo a la misma mediante el correspondiente certificado digital.

Estado⁶⁸. Pero ¿cualquier Administración Pública puede generar una dirección electrónica habilitada única? Aquí resulta necesario el correspondiente desarrollo reglamentario que clarifique esta cuestión⁶⁹. Debe tenerse en cuenta que quedan excluidas la utilización del sistema de correo electrónico con acuse de recibo, y la cláusula abierta del artículo 35 del Real Decreto 1671/2009, que permitía otros medios con exigencia de cumplimiento de ciertos requisitos.

El carácter obligatorio de la notificación electrónica (y más en general, la obligación de relacionarse electrónicamente) determina un cambio de paradigma en las relaciones con la Administración⁷⁰. El momento en que se entienden practicadas las notificaciones electrónicas es aquel en que se produzca el acceso al contenido de la notificación, o hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que el destinatario hubiera accedido a su contenido. Se establece así la presunción de la eficacia de la notificación por ese medio electrónico salvo que, de oficio o a instancia del interesado, se acredite la imposibilidad técnica o material de acceder al buzón de la Administración, bien por problemas propios de la sede electrónica de la Administración, bien por problemas de acceso a los servicios electrónicos del ciudadano⁷¹.

Aquí se traslada al interesado la carga de comprobar de forma periódica y reiterada, en la sede electrónica de las diferentes Administraciones, si estas han efectuado alguna notificación electrónica⁷². Máxime cuando la obligación de la Administración de enviar un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que este haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la

68. En virtud de la disposición adicional segunda de la LPACAP.

69. Se muestra crítico con esta falta de precisión de la Ley FONDEVILA ANTOLÍN (2016: 7).

70. *Cfr.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015: 365), quien apunta la posible existencia de situaciones generadoras de indefensión y, por tanto, vulneradoras del artículo 24 de la Constitución. Igualmente crítico, SÁNCHEZ MORÓN (2015: 24).

71. Puesto que en caso contrario se produciría una clara situación de indefensión, como ha puesto de relieve FONDEVILA ANTOLÍN (2016: 8). La falta de una previsión expresa al respecto no puede interpretarse en el sentido de su falta de toma en consideración. Piénsese, por ejemplo, en el robo del ordenador del interesado; o en la realización de obras por un operador que afecten al acceso a Internet del interesado.

72. *Cfr.* SÁNCHEZ MORÓN (2015: 25). El Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de la LPACAP, alerta sobre esta cuestión, al precisar que, ante la multiplicidad de Administraciones Públicas potencialmente notificadoras, los interesados se ven abocados a acceder a sus direcciones electrónicas al menos cada diez días si no quieren tener por practicadas las notificaciones que se les efectúen. En este punto, el Consejo de Estado abogaba por “arbitrar mecanismos centralizadores de las comunicaciones, una suerte de ventanilla única virtual de salida, que evite el peregrinaje virtual periódico de los interesados”.

sede electrónica de la Administración u organismo correspondiente, de una parte solo resulta operativa si se ha comunicado previamente tal dispositivo electrónico (teléfono) o la dirección electrónica, lo que presupone la existencia de una previa relación jurídica; y de otra parte, porque la falta de la efectiva realización de tal aviso no impide que la notificación sea considerada plenamente válida. Esta configuración es criticable. Si el aviso a los dispositivos o direcciones electrónicas no es obligatorio, se diluye el carácter de garantía que para el interesado presenta la notificación⁷³. Pero además resultaría necesario que en el expediente administrativo se incluyese no solo el contenido del aviso, sino también la acreditación de su efectivo envío⁷⁴.

Igualmente resulta criticable la práctica de muchas Administraciones consistente en que, una vez transcurrido el plazo de 10 días desde la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica, proceden a su eliminación de la plataforma⁷⁵. Ello supone una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque impide adquirir el conocimiento necesario del contenido del acto para poder recurrir, sea en vía administrativa o contencioso-administrativa. Necesariamente la documentación, así como el expediente electrónico, deben estar a disposición del interesado, como mínimo hasta el momento en que el acto haya devenido firme.

4

Bibliografía

ABERASTURI GORRIÑO, Unai. “La diligencia debida en la práctica de las notificaciones en persona de los actos administrativos y la protección de datos de carácter personal. Valoración crítica de la jurisprudencia del

⁷³. En este sentido debe entenderse la observación del Informe del Consejo General del Poder Judicial de 5 de marzo de 2015. Se señala al respecto que tal previsión normativa parte de la presunción de disponibilidad por el destinatario del contenido del acto que se quiere notificar, y del pleno conocimiento de las consecuencias que deben anudarse a su inactividad a partir de tal disponibilidad. Para que esta distribución de cargas sea proporcional es preciso que la Administración disponga entre sus medios técnicos de mecanismos que garanticen la recepción por el destinatario del aviso de disponibilidad de la notificación electrónica, y, en consecuencia, que realmente ha tenido a su disposición la notificación por medios electrónicos, para que pueda operar la notificación ficticia.

⁷⁴. Y ello porque la incorporación de un simple certificado de la Administración asegurando la realización del aviso plantea problemas desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de diciembre de 2015 (recurso contencioso-administrativo núm. 1058/2013) considera suficiente tal certificado.

⁷⁵. Denunciada por FONDEVILA ANTOLÍN (2016: 8).

- Tribunal Constitucional al respecto”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 161 (2014).
- BELADÍEZ ROJO, Margarita. *Validez y eficacia de los actos administrativos* (1994).
- CAMPOS ACUÑA, María Concepción. “Las entidades locales ante el nuevo procedimiento administrativo electrónico. Los paradigmas derivados de la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015”, *Actualidad Administrativa* núm. 2 (2016).
- COBREROS MENDAZONA, Edorta. “La aplicación del principio de primacía del derecho de la Unión Europea por la Administración”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 103 (2015).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. “Una llamada de atención sobre la regulación de las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública* núm. 198 (2015).
- FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge. “Una aproximación al nuevo régimen jurídico de las notificaciones administrativas en la Ley 39/2015 LPACAP”, *Actualidad Administrativa* núm. 2 (2016).
- FUERTE LÓPEZ, Francisco Javier. “Intento de notificación: perfección y acreditación. Modificación de la doctrina legal. (Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013)”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3 (2014).
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús. “Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial”, *Revista de Administración Pública* núm. 171 (2006).
- GALLEGU ANABITARTE, Alfredo – MENÉNDEZ REXACH, Ángel – CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio – DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana – RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María – RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca. *Acto y Procedimiento Administrativo* (2001).
- GALLEGU ANABITARTE, Alfredo – CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio – DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana – RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca. *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización* (2001).
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 4.^a ed. (1991).
- LOZANO CUTANDA, Blanca. “El BOE como tablón edictal único y otras medidas de simplificación administrativa”, *Diario La Ley* núm. 8398 (2014).
- MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General* (2011).

- NIETO GARRIDO, Eva. “Comentario al Título III de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: ‘De los actos administrativos’ ”, *Actualidad Administrativa* núm. 2 (2016).
- ROSELLÓ VILA, Andrea. *La notificación por edictos, el BOE tablón edictal único*, Legaltoday.com (19/11/2014).
- RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. “Las reformas administrativas operadas por las leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre: especial referencia a la doctrina jurisprudencial que incorporan y omiten”, *Actualidad Administrativa* núm. 2 (2016).
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 56 (2015).
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación”, *Documentación Administrativa* núm. 2 (2015).
- VELASCO CABALLERO, Francisco. “Notificaciones administrativas: presunciones y ficciones”, *Justicia Administrativa* núm. 16 (2002).

QDL41

III.

Encomiendas de gestión y convenios*

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Autónoma de Madrid*

1. La encomienda de gestión

- 1.1. Su regulación en la legislación anterior
- 1.2. Las novedades de la LRJSP

2. La regulación de los convenios en la legislación anterior y sus insuficiencias

- 2.1. Datos legales
- 2.2. Apunte sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia
- 2.3. Las propuestas de mejora formuladas por el Tribunal de Cuentas

3. La regulación de los convenios en la LRJSP

- 3.1. Régimen general
 - 3.1.1. Definición y tipos
 - 3.1.2. Requisitos de validez y eficacia
 - 3.1.3. Extinción
 - 3.1.4. Adaptación de los convenios vigentes
- 3.2. Crítica

Artículo recibido el 17/05/2016; aceptado el 20/05/2016.

* Texto de la conferencia pronunciada en la Jornada: “La nueva legislación sobre Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Régimen Jurídico del Sector Público”, organizada por la Diputación de Segovia y la Fundación Democracia y Gobierno Local, y pronunciada en la Diputación de Segovia el 21 de abril de 2016.

Abreviaturas más frecuentes: AGE → Administración General del Estado; CCAA → comunidades autónomas; LRJPAC → Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; LPAC → Ley reguladora del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJSP → Ley de Régimen Jurídico del Sector Público; LBRL → Ley reguladora de las Bases del Régimen Local; LCSP → Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; LGS → Ley General de Subvenciones.

Resumen

Este artículo tiene un doble objeto: uno muy concreto (aunque complejo), la encomienda de gestión, y otro mucho más amplio, los convenios administrativos. Entre ambos hay un punto de conexión, porque la encomienda se instrumenta normalmente mediante convenios. Sin embargo, no se le aplica el nuevo régimen que para estos se contiene en la LRJSP, por lo que hay que atenerse a su regulación específica en ella y en la LCSP para los encargos a “medios propios” de la entidad encomendada.

Son pocas las novedades introducidas por la LRJSP en la regulación de la encomienda, mientras que la de los convenios destaca por su amplitud y su pretensión de aplicación general frente al carácter fragmentario de la anterior, con muchos vacíos. Ello justifica la desigual atención que aquí dedicaremos a una y otra figura, aunque ambas merecerían un tratamiento mucho más extenso del que aquí podemos ofrecer.

Palabras clave: *cooperación; convenios; encomienda.*

Entrustment of management tasks and administrative agreements

Abstract

This article pursues a twofold aim: first, a specific and complex analysis of the entrustment of management tasks institution, and second, the study of a less specific topic, such as administrative agreements. Between the two topics there is a common connection, because normally the entrustment of management tasks adopts the form of an administrative agreement. However, the new legal regime provided by LRJSP is not applicable to the legal institution of the entrustment of management tasks and, therefore, it is necessary to rely on the regulation of the LCSP regarding the entrustment of management task to the “own resources” of the entity which entrust the tasks.

There are few new developments introduced by the LRJSP regarding the institution of the entrustment of management tasks, its regulation may be defined as fragmented and full of legal vacuums. To the contrary, the regulation on administrative agreements is broaden and of general application. This fact justifies a different of treatment in this article, although both institutions would deserve a deeper analysis.

Keywords: cooperation; administrative agreement; entrustment of management tasks.

1

La encomienda de gestión

1.1

Su regulación en la legislación anterior

La LBRL dispone que “las comunidades autónomas podrán delegar competencias en las diputaciones, así como encomendar a estas la gestión ordinaria de servicios propios en los términos previstos en los estatutos correspondientes. En este último supuesto las diputaciones actuarán con sujeción plena a las instrucciones generales y particulares de las comunidades” (art. 37)¹. El art. 27 LBRL regula la delegación de competencias del Estado o de las CCAA en los municipios, pero no la encomienda de gestión. Esto no excluye la posibilidad de encomienda en virtud de la legislación administrativa general (antes, art. 15 LRJPAC, y ahora, art. 11 LRJSP). La práctica administrativa confirma esta tesis. La encomienda será normalmente de “arriba abajo”, pero también es admisible de “abajo arriba”, como lo demuestran las numerosas encomiendas de municipios a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

La LRJPAC estableció una regulación de la encomienda de aplicación general a todas las Administraciones (art. 15)². En síntesis:

- Puede ser objeto de encomienda la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

1. Este artículo tiene el precedente del art. 5 de la Ley del Proceso Autonómico, según el cual: “Las diputaciones provinciales podrán asumir la gestión ordinaria de los servicios propios de la Administración autónoma en el territorio de la provincia, en los términos que los estatutos y dichas leyes establezcan”. Esta gestión ordinaria de los servicios se diferenciaba de la “delegación de competencias”, pero no se la denominaba “encomienda de gestión”, como hizo después la LBRL. Sobre este y otros precedentes véase M. VILALTA REIXACH, *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 62 y ss.

2. Sobre la regulación de la encomienda en la LBRL y la LRJPAC véase A. GALLEGO ANABITARTE y otros, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, 2000, pp. 130-134. También A. M. MORENO MOLINA, “Artículo 15. Encomienda de gestión”, en M. SÁNCHEZ MORÓN y N. MAURANDI GUILLÉN (dirs.), *Comentarios a la Ley 30/92*, Lex Nova — Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pp. 133 y ss.; y M. VILALTA REIXACH, ob. cit. en la nota anterior, que es la monografía más completa sobre la materia.

- Destinatarios de la encomienda pueden ser órganos o entidades de la misma o de distinta Administración. En el primer caso, deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o entidades intervinientes, debiendo publicarse el instrumento de formalización en el diario oficial correspondiente³. En el segundo caso, se formalizará mediante convenio, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las CCAA por las diputaciones provinciales o en su caso cabildos o consejos insulares, que se registrará por la legislación de Régimen Local.
- No afecta a la competencia (“no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio”), por lo que el encomendante deberá dictar todos los actos o resoluciones de carácter jurídico que den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha admitido que el encomendado pueda dictar “decisiones estrictamente interlocutorias, solo de mero impulso o de mero trámite”⁴.
- Esta regulación no es aplicable a las encomiendas en favor de sujetos de derecho privado, que se ajustarán, “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”.

La LCSP excluye de su ámbito objetivo de aplicación “los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y

3. “Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada” (art. 15.3, párrafo segundo). Aunque la letra del artículo 15 se refiere genéricamente a “órganos de la misma Administración”, la doctrina mayoritaria entendió que debe tratarse de órganos no relacionados jerárquicamente, pues, si lo están, carece de sentido el recurso a la encomienda. En tal caso, se tratará de órdenes o instrucciones de obligado cumplimiento para el inferior (*cf.*: M. VILALTA REIXACH, *ob. cit.*, pp. 134-135). Pero también es admisible la tesis de que la ley admite encomiendas entre órganos vinculados jerárquicamente. El resultado es el mismo: en estas encomiendas no hay convenios, sino mandatos u órdenes del superior que el inferior debe cumplir.

4. STS de 08/10/2013, RC 5847/2011, según la cual “tal vez ahí el número 2 del artículo 15 hubiera debido matizar, admitiendo por razones de eficacia, o para no entorpecer innecesariamente el desempeño de la encomienda, que el órgano o la entidad ‘gestora’ pudiera adoptar decisiones estrictamente interlocutorias, solo de mero impulso o de mero trámite. En este limitado sentido, entendemos que es esa, pese a la ausencia de matices, una interpretación posible de aquel número 2, pues esas acotadas decisiones interlocutorias, no pasarían de ser un mero instrumento de la actividad material, a la que no darían soporte, ni en las que tampoco se integraría esta en sí misma” (FJ 6.º).

servicio técnico del mismo (*sic*), la realización de una determinada prestación” (art. 4.1.n)⁵. El problema es que esos “encargos” carecen de regulación específica, y no les es aplicable la general del art. 15 LRJPAC. El Tribunal de Cuentas ha señalado recientemente que “el crecimiento y consolidación del recurso a las encomiendas a medios propios como técnica de gestión administrativa contrasta significativamente con su escasa y dispersa regulación sustantiva”⁶.

Tratándose de “medios propios” de la entidad encomendante no solo no se aplica la legislación de contratos, sino que tampoco se instrumentará la relación mediante un convenio, pues se estará ante un mandato de obligado cumplimiento por el “medio propio”. Se trata de relaciones domésticas (*in house*), que constituyen supuestos de ejecución por la propia Administración. Así lo confirma la misma LCSP en relación con TRAGSA y sus filiales, que están “obligadas a realizar” los trabajos que se les encomienden, y cuyas relaciones con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos “tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado” (d. adicional 25.ª2)⁷.

5. Un estudio detallado del tema, en J. PASCUAL GARCÍA, *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, BOE, Madrid, 2010; y M. VILALTA REIXACH, ob. cit., pp. 253 y ss. También, B. NOGUERA DE LA MUELA, “Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *RAP*, 182, mayo-agosto 2010, pp. 159-190; y J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, “Los contratos internos o contratos *in house providing*”, en F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (coord.), *El impacto de la crisis en la contratación pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 55-72.

6. “Informe de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa”, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de abril de 2015 y elevado a las Cortes Generales. En este informe se hace una reseña del origen y de la evolución de la encomienda, y se analizan los problemas derivados de la insuficiencia de la regulación vigente. Su objeto es el análisis de las encomiendas de gestión formalizadas en los años 2011 y 2012 con entidades que tienen atribuida la condición de medio propio o servicio técnico, dentro del ámbito de la Administración Económica del Estado. La relación entre las encomiendas del art. 15 LRJPAC y las del art. 24.6 LCSP fue objeto de la Circular 6/2009, del Servicio Jurídico del Estado. Según ella, las primeras solo pueden tener por objeto actividades ajenas a la LCSP.

7. El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 13/12, de 27 de septiembre de 2012 —“Sistema de ejecución de las encomiendas de gestión por sociedades mercantiles declaradas como medios propios y normas a las que tienen que someterse”—) explica la evolución normativa del supuesto: “La razón de ser estructural del artículo 24 del TRLCSP es la propia evolución histórica de la figura y, en lo que aquí interesa, en relación con los supuestos previstos en las letras a) y b) del artículo 24.1 del TRLCSP, es necesario que disponga de servicios técnicos o industriales su-

En la práctica, se invoca el citado artículo 24.6 LCSP para encomiendas a medios propios que actúan en régimen de derecho público, en virtud de “acuerdo” entre la entidad madre y su medio propio⁸, lo que da idea de la confusión existente. El “medio propio” está obligado a cumplir lo que le encarga su “titular”, esté o no de acuerdo.

En síntesis, en la legislación anterior a la LRJSP hay tres tipos de encomiendas: las dos de la LRJPAC, que podemos denominar “interadministrativas” e “intradministrativas”, según se realicen entre órganos o entidades de distinta o la misma Administración, y las encomiendas de gestión a medios propios que actúan en régimen de derecho privado, previstas en la LCSP, pero no reguladas en ella, porque las excluye de su ámbito objetivo de aplicación. Queda la duda de si son admisibles encomiendas de gestión a sujetos de derecho privado que no tengan la condición de medios propios o servicios técnicos del encomendante. Este supuesto está excluido de la LRJPAC y de la LCSP, pero podría admitirse en virtud del art. 4.1.d) de esta última Ley (convenios con sujetos de derecho privado). En cualquier caso, el objeto de estas encomiendas no puede ser el propio de un contrato, pues en tal caso se regiría por la LCSP.

Las encomiendas intradministrativas y a medios propios son obligatorias y se formalizan conforme a la normativa propia de la entidad respectiva, pero no mediante convenios, porque se sitúan en el ámbito de las relaciones internas de una Administración. Ya hemos dicho que algunos autores no las

ficientemente aptos para la realización de la prestación o que posea elementos auxiliares utilizables cuyo empleo suponga cierto nivel mínimo de ahorro en la ejecución del contrato o ciertas ventajas. La Ley de Contratos del Estado preveía ese supuesto, pero no aludía al caso de que esos medios o servicios propios estuviesen personificados. Las dudas sobre estos casos, quedaron superadas con la doctrina del TJUE sobre el *in house providing*, es decir, la autoejecución o autoabastecimiento de bienes y servicios, que implica que no existe contrato cuando la Administración en sentido amplio —incluidos poderes adjudicadores o entidades públicas en general— utiliza sus medios o servicios propios personificados en una entidad distinta a ella que controle, a la que encomiendas o encargas la prestación”.

8. Véase, por ejemplo, la Orden FOM/527/2016, de 5 de abril, por la que se publica el Acuerdo de encomienda de gestión con el Centro de Estudios de Experimentación de Obras Públicas, en relación con la organización material de determinados cursos selectivos correspondientes a la Oferta de Empleo Público de 2015 (BOE de 14 de abril). En su virtud, “El Ministerio de Fomento y el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX) acuerdan, en el marco del artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que el citado Centro lleve a cabo, por razones de eficiencia, determinadas actividades relacionadas con la gestión material de los cursos selectivos previstos en las convocatorias para ingreso y/o acceso en los Cuerpos de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos del Estado, Ingenieros Técnicos de Obras Públicas e Ingenieros Técnicos en Topografía, correspondientes a la oferta de empleo público para el año 2015” (dispositivo primero). El CEDEX es un organismo autónomo adscrito orgánicamente al Ministerio de Fomento y funcionalmente a este Ministerio y al MAGRAMA.

consideran incluidas en el art. 15 LRJPAC. En cambio, las interadministrativas y las que tengan como destinatarios sujetos privados que no tengan la condición de medios propios se deben formalizar siempre mediante convenios, porque las partes están en pie de igualdad jurídica.

La legislación de Castilla y León sigue, correctamente, este esquema, al establecer que: “Cuando se trate de encomiendas de gestión a órganos o entidades de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, se realizarán mediante acto resolutorio que contenga la autorización de la Junta de Castilla y León, y cuando se trate de encomiendas realizadas a órganos o entidades no dependientes de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, deberá procederse a la firma del oportuno convenio”. En la misma línea, la encomienda por otras Administraciones Públicas a favor de órganos o entidades dependientes de la Administración autonómica, “requerirá la aceptación de la Junta de Castilla y León y será formalizada mediante la firma del correspondiente convenio, que habrá de ser publicado en el Boletín Oficial de Castilla y León”⁹.

1.2

Las novedades de la LRJSP

El art. 11 de esta Ley ha introducido pocas novedades en relación con la LRJPAC y la LCSP¹⁰. En síntesis:

- En la enumeración de las actividades susceptibles de encomienda ha desaparecido la referencia a las “de servicios”, quedando limitada a las “de carácter material o técnico” (art. 11.1, párrafo primero). Es más precisa la nueva redacción, que contrae el objeto de la encomienda a las actuaciones materiales. La referencia a las de “servicios” era excesivamente amplia y, por tanto, imprecisa.
- En coherencia con lo dispuesto en la LCSP, se dispone que “las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público.

9. Art. 48 bis, apartados 5 y 7, de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, introducido por el número 3 del art. 14 de la Ley 5/2014, de 11 de septiembre, de medidas para la reforma de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. El art. 48 ter regula la encomienda a medios propios, “que se formalizará mediante resolución dictada por el titular del órgano o entidad encomendante”.

10. El Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto objetó la duplicidad de la regulación de esta figura en el anteproyecto de la LRJPAC y de la LPAC (IV.A.2.1), pero finalmente solo se ha regulado en la LRJSP.

En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en esta” (art. 11.1, párrafo segundo).

- Se añade que: “En todo caso, la entidad u órgano encomendado tendrá la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, siéndole de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal” (art. 11.2, párrafo segundo).

No hay modificación en cuanto a los tipos de encomiendas y su régimen básico. Se mantiene la distinción entre las que se instrumentan entre órganos o entidades de la misma o distinta Administración, así como el régimen aplicable en cada caso. Si en las encomiendas entre distintas Administraciones es coherente la exigencia de convenio, no lo es la del acuerdo expreso de los intervinientes, en defecto de normativa propia, en las encomiendas intradministrativas, salvo que se entienda que estas se refieren solo a órganos o entidades de la misma Administración no relacionados jerárquicamente. Para decirlo con mayor rigor, esa exigencia será coherente cuando entre el encomendante y el encomendado no exista relación de jerarquía o tutela orgánica. Cuando exista, la encomienda será un mandato del superior que el inferior tendrá que asumir obligatoriamente, como hemos señalado en el apartado anterior al comentar la legislación de Castilla y León.

Excepción a lo que se acaba de señalar es la encomienda a una corporación de derecho público, subordinada jerárquicamente a un Ministerio, como es el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, que se formaliza mediante convenio pese a la citada relación de jerarquía¹¹. Se trata, obviamente, de un supuesto muy singular en el que la relación se califica a la vez de “jerarquía” y de “alta inspección”, lo que es contradictorio.

11. Véase la Resolución de 6 de abril de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de encomienda de gestión del Ministerio de Justicia al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España para la tramitación de expedientes de nacionalidad por residencia (BOE de 7 de abril de 2015). Se apoya en el art. 560 del Reglamento Hipotecario, según el cual el Colegio de Registradores, “como corporación encargada de velar por el buen funcionamiento de la función registral, queda subordinado jerárquicamente al ministro de Justicia y a la Dirección General de los Registros y del Notariado y sometido a su alta inspección pudiendo ejercer, además de sus funciones propias, las que esta le encomiende” (expositivo cuarto).

2

La regulación de los convenios en la legislación anterior y sus insuficiencias

El principio de cooperación es consustancial al actual modelo de organización territorial del Estado, y el convenio es la técnica típica de cooperación. Supone el acuerdo de voluntades entre entidades públicas que actúan en pie de igualdad jurídica, para la consecución de fines comunes o la resolución de diferencias. Además de estos convenios interadministrativos hay otros que se suscriben con particulares. La LCSP hace referencia a ambos, para excluirlos de su ámbito de aplicación, siempre que su contenido no constituya el objeto de un contrato [art. 4.1.c) y d)], pero no los regula, sino que se remite a sus normas especiales, “aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse” (art. 4.2).

El problema es que no existían tales normas especiales, sino solo regulaciones fragmentarias para algunos supuestos. En la práctica, la utilización de los convenios ha sido creciente, lo que ha acentuado las dificultades derivadas de la ausencia de regulación. Ese vacío ha sido colmado por la LRJSP, que dedica a la materia el último capítulo de su Título Preliminar.

Expondremos en primer lugar la situación normativa anterior –con algunos apuntes sobre la jurisprudencia y una reseña de sus insuficiencias–, puesta de relieve en un notable informe del Tribunal de Cuentas, que denunció una larga serie de malas prácticas y dio pie a que las Cortes Generales instasen al Gobierno a promover una regulación de la materia. En segundo lugar, reseñaremos los aspectos más importantes de la nueva regulación, para concluir con un comentario crítico sobre ella.

2.1

Datos legales

La Constitución solo menciona los convenios entre CCAA (art. 145.2). En la legislación administrativa general anterior a la LRJSP hay reglas sobre los convenios en la LRJPAC, LCSP y LBRL¹².

La primera de estas leyes regula los convenios entre la AGE y las CCAA, en las modalidades de convenios de Conferencia sectorial (art. 5.5) y convenios de colaboración (art. 6), estableciendo su contenido posible, en el que

12. Sobre el tema véase J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

se incluye la creación de una organización común bajo la forma de consorcio, si bien puntualizando que en ningún caso “suponen la renuncia a las competencias propias de las Administraciones intervinientes” (art. 8.1). Ambos tipos de convenios son obligatorios (salvo que en ellos se establezca otra cosa), se deben publicar en el BOE y en el boletín oficial de la comunidad respectiva, y comunicar al Senado (art. 8.2). Aunque no se diga, es claro que tienen naturaleza administrativa, ya que los litigios se ventilan ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 8.3).

Una modalidad específica está constituida por los “protocolos generales”, que se limitan a establecer pautas de orientación política, o a fijar el marco y la metodología para el desarrollo de la colaboración en áreas o asuntos determinados (art. 6.4). No obstante, al estar comprendidos en la denominación de “convenios”, les son aplicables las reglas mencionadas.

La LRJPAC no regula la tramitación de estos convenios. La remite a un desarrollo reglamentario que no se ha producido, limitándose a atribuir la competencia para suscribirlos, en el ámbito de la AGE, a los titulares de los departamentos ministeriales y los presidentes o directores de los organismos públicos vinculados o dependientes (disposición adicional 13.^a).

Las relaciones con las entidades locales se rigen por la LBRL, siendo la LRJPAC de aplicación supletoria (art. 9). La LBRL establece también los convenios como técnica típica de cooperación (junto a los consorcios), para “mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera” (art. 57, redactado por el número dieciséis del artículo primero de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre)¹³.

La LRJPAC prevé, por otra parte, la terminación convencional del procedimiento (art. 88), pero no la regula con detalle, remitiéndose a la disposición aplicable en cada caso para la determinación del “alcance, efectos y régimen jurídico específico” de los convenios respectivos¹⁴.

Por su parte, la LCSP menciona los convenios interadministrativos y con personas privadas para excluirlos de su ámbito de aplicación [art. 4.1.c) y d) del Texto Refundido de 2011], salvo que, en el caso de los primeros,

13. Este artículo, en su apartado 3, dispone que “la constitución de un consorcio solo podrá tener lugar cuando la cooperación no pueda formalizarse a través de un convenio”, y siempre que no ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda de la entidad local.

14. Sobre la terminación convencional, véase Á. MENÉNDEZ REXACH, “Artículo 88. Terminación convencional”, en M. SÁNCHEZ MORÓN y N. MAURANDI GUILLÉN (dirs.), *Comentarios a la Ley 30/92*, Lex Nova — Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pp. 543 y ss.

“por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley”, y en el de los segundos, “siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”. Estas salvedades han contribuido decisivamente a cerrar el paso a la utilización del convenio para instrumentar el objeto propio de un contrato, eludiendo los principios de publicidad y concurrencia y, en general, la aplicación de la legislación de contratos públicos. Sin embargo, estos datos no aclaran la diferencia (si la hay) entre la naturaleza de estos convenios y la de los contratos.

El panorama normativo reseñado resultaba notoriamente insatisfactorio, y así lo puso de relieve el Tribunal de Cuentas en la moción a que después haremos referencia. De los dos tipos de convenios mencionados en la LCSP, los interadministrativos tenían, al menos, una regulación en la LRJPAC, de aplicación directa a los suscritos entre la AGE y las CCAA, y supletoria en relación con las entidades locales. En cambio, la regulación general de los convenios con personas privadas era, sencillamente, inexistente, sin perjuicio de las reglas específicas en algunos sectores (por ejemplo, convenios urbanísticos).

2.2

Apunte sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia

El carácter fragmentario y disperso de la regulación de los convenios, explica seguramente que la jurisprudencia no ofrezca una construcción acabada de estas figuras¹⁵. No obstante, se pueden extraer algunas consideraciones de interés. En primer lugar, la distinción entre los dos tipos de convenios (entre entidades públicas y con personas privadas) y la afirmación rotunda de que los primeros son una técnica de cooperación, que no puede alterar el ejercicio de las competencias respectivas¹⁶.

15. Cfr. Á. MENÉNDEZ REXACH, 2013, pp. 547-549.

16. Así, la STS 24.11.2011, recurso 4639/2009, que se remite a la de 16.11.2009, según la cual (FD 3):

Los convenios de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas constituyen un cauce de cooperación bilateral entre aquel y estas que, en general, a la vista de lo publicado en el Boletín Oficial del Estado, responden a los llamados convenios-tipo o de suscripción generalizada: esto es, un mismo texto a suscribir individualizadamente por las distintas comunidades autónomas y el Estado para atender sectores determinados.

En general, suelen ceñirse los convenios a la realización de actuaciones conjuntas entre la Administración estatal y la autonómica en el marco de sus respectivas competencias que no pueden verse alteradas “al socaire de un convenio de colaboración”

En cuanto a los convenios con personas de derecho privado, la STS de 5 de abril de 2011, recurso 4653/2008, remitiéndose a otra de 18.2.2004, resume el estado de la cuestión de su naturaleza. Afirma, con razón, que “la problemática relativa a los convenios de colaboración celebrados por la Administración es ciertamente complicada a causa, sobre todo, de la ausencia de una definición legal de los mismos, e incluso de un concepto doctrinal netamente perfilado sobre su naturaleza” (FD 5). Deja constancia de las disparidades doctrinales sobre la naturaleza del convenio (si es o no distinta a la del contrato), e insiste en la distinción entre los interadministrativos y los que se celebran con personas de derecho privado, recordando que “la doctrina jurisprudencial entiende que han de someterse a los principios de publicidad, competitividad e igualdad de oportunidades”, para concluir que el convenio es un *nomen iuris*, y que “consecuentemente no ha de ser la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio objeto de controversia la que determine el régimen jurídico que ha de regularlo, sino la real naturaleza del mismo la que ha de imponer o permitir prescindir de los principios mencionados [...]”. El propósito de esta doctrina jurisprudencial es evitar que se utilice la vía del convenio para eludir la aplicación de los requisitos de la legislación de contratos.

La STS de 4 de marzo de 2013, recurso de casación 5079/2011, con remisión a otras, contiene una doctrina general sobre los convenios interadministrativos de colaboración, considerando que “se trata de negocios jurídicos que celebran entre sí las Administraciones que los suscriben, en posición de igualdad [...], de tal forma, que presentan ciertas concomitancias con los contratos, en cuanto corresponden a una concurrencia de voluntades coincidentes sobre determinados objetivos orientados a una específica finalidad, si bien rebasan o exceden el específico concepto del contrato, pues sus límites no son otros que los derivados del interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración” (FD 6)¹⁷.

(FJ 5.º STC 95/86). Su objeto es, por tanto, el mero ejercicio de las respectivas competencias de los suscribientes. No cabe disponer, en consecuencia, de la titularidad de las competencias y de los regímenes competenciales sustantivos establecidos en la Constitución y en el correspondiente estatuto de autonomía.

La STS 27.5.2003, recurso 270/1999, rechaza que estos convenios tengan el carácter de reglamentos ejecutivos, aunque se suscriban en virtud de una ley (en el caso, los artículos 66 y siguientes de la Ley General de Sanidad). Considera que esos preceptos “le atribuyen el carácter de actos bilaterales, de negocios jurídicos, que generan derechos y obligaciones para sus signatarios”, y añade que “también el acuerdo aparece regulado en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 30/92”. Se trataba de un convenio de gestión hospitalaria suscrito entre una comunidad autónoma y el antiguo INSALUD.

17. La sentencia condena a la Comunidad de Madrid a abonar a la Universidad Complutense la suma de 286 316,49 euros, correspondientes al cumplimiento en el año 2009

2.3

Las propuestas de mejora formuladas por el Tribunal de Cuentas

El Pleno del Tribunal de Cuentas, en sesión del día 30 de noviembre de 2010, aprobó una moción, “proponiendo la configuración de un marco legal adecuado y suficiente para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas y la adopción de las medidas necesarias para un uso eficiente de los recursos públicos que se canalizan por esta vía”. Con base en ella, en diciembre de 2012, la Comisión Mixta de las Cortes para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas instó al Gobierno a que promoviera “la elaboración y aprobación de un marco jurídico sustantivo y de procedimiento que complete y sistematice el vigente marco legal de los convenios de colaboración, tanto los que se suscriben entre Administraciones o entidades públicas como los que se suscriben con administrados, que formule su concepto diferenciándolo de figuras afines, y que precise sus ámbitos subjetivo y objetivo, así como los extremos que se han de comprender en su contenido”¹⁸.

En la fundamentación de la moción, el Tribunal de Cuentas señalaba que “el convenio es una figura de escasa regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico”, por lo que “se generan prácticas en las que a veces se soslaya la aplicación de la legislación contractual en cuestiones en las que esta es la procedente, y la gestión de los fondos públicos discurre por cauces jurídicamente inseguros; así se resiente la aplicación de los principios de legalidad, eficiencia y economía”.

En relación con los convenios celebrados con personas de derecho privado, las deficiencias detectadas eran, en síntesis, las siguientes (II.2):

- Los convenios, por regla general, se celebran sin una norma habilitante específica.
- No se realizan actuaciones tendentes a dar publicidad o a promover la concurrencia.

del Convenio de 7 de junio de 2000, junto con la cantidad de 16 322 054,75 euros, en concepto de incorporación del complemento específico y complemento de destino en las pagas extraordinarias del mismo año 2009, conforme al Plan de Financiación de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid para el período 2006-2010. También contiene una importante doctrina general sobre los convenios interadministrativos la STS de 16 de febrero de 2011, recurso de casación núm. 2569/2009, relativa a un convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio de la Presidencia y la Comunidad de las Islas Baleares para la creación de un Centro de Investigación y Tecnologías Turísticas en el ámbito territorial de dicha Comunidad.

18. *Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con la Moción sobre la necesidad de establecer un adecuado Marco Legal para el empleo del Convenio de Colaboración por las Administraciones Públicas* (BOE de 15 de marzo de 2013).

- Bajo la apariencia de convenios se han tramitado auténticos contratos administrativos.
- En ocasiones los convenios constituyeron *de facto* subvenciones públicas, otorgadas al margen de la legislación general de subvenciones.
- En muchos casos el objeto de los convenios no se identifica con precisión y, en algunos, no constan los criterios para determinar la cantidad a aportar por la Administración.
- En la fase de ejecución, no hay constancia ni del cumplimiento de los compromisos asumidos ni de la justificación del gasto.

En relación con los convenios entre entidades públicas, se destacaban las siguientes deficiencias, en su mayor parte concernientes a la financiación (II.3):

- En los convenios en el seno de la AGE, inexistencia de delimitación clara respecto de figuras afines como la encomienda de gestión o el contrato, así como algunas prácticas inaceptables¹⁹.
- En los convenios entre la AGE y las CCAA se han detectado “soluciones diversas para un mismo tipo de convenio”, e inexistencia de “determinación y objetivación de los criterios de asignación de los recursos”, y “de una clara delimitación entre los casos en que se está ante una subvención, o ante una inversión directa por parte de la Administración financiadora”. En la fase de ejecución se han apreciado “significativos retrasos en la redacción y aprobación de los proyectos a ejecutar”, insuficiente definición de las funciones de los órganos mixtos de seguimiento y control y, en general, ausencia de previsiones que permitan resolver las incidencias que se presenten en esta fase.
- En los convenios entre la AGE y las entidades locales las deficiencias observadas eran coincidentes con las mencionadas, subrayándose la imprecisa definición del objeto, la inaplicación generalizada de los principios de publicidad y concurrencia (si bien reconociendo que “no siempre es compatible con el objeto del convenio”), y la ausencia de regulación de las causas de extinción distintas del transcurso del plazo de vigencia, así como de las consecuencias patrimoniales del incumplimiento de lo convenido.

Al explicar el marco jurídico común y sus insuficiencias (III. Primera), la fundamentación de la moción subraya, con razón, que la figura jurídica

19. “[...] falta de información sobre los criterios con arreglo a los cuales se fija la cuantía de las aportaciones o la ausencia de desglose de los conceptos de coste, desproporción entre la cuantía de la aportación que realiza la AGE y lo que recibe, improcedente inclusión de cláusulas de sometimiento de las controversias entre los firmantes a la jurisdicción contencioso-administrativa, y ausencia de actos formales de entrega y recepción”.

del convenio, pese a su empleo creciente, “no ha sido objeto de una regulación sistemática en nuestro país, al menos en el ámbito de la legislación del Estado”²⁰. Reconoce que los problemas “derivados del empleo del convenio para canalizar relaciones de naturaleza contractual, han quedado solucionados en la vigente LCSP que obliga a que estas relaciones, incluidas las que se establecen entre entidades públicas, se formalicen en contratos, siguiendo la normativa contractual común” (párrafo segundo)²¹. Pero subsisten otros que justifican la necesidad de una regulación unitaria de la figura, que tropieza en primer lugar con “la ausencia de un concepto legal o jurisprudencial o de un concepto doctrinal, generalmente aceptado, sobre la institución”, como ya había señalado el Tribunal Supremo en las sentencias citadas en el epígrafe anterior.

Se perfila la figura del convenio en los siguientes términos (III. Primera. 1):

[...] a partir de la legislación vigente, podría sostenerse que el convenio se caracteriza por la existencia de un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre los sujetos que convienen, efectos que, por tanto, no proceden de uno solo de ellos sino de todos. Se trata de una nota común con el contrato, pero a partir de este sustrato común aparecen claras diferencias, sin que subsista la zona de interferencia que se daba en el pasado, al englobar en el concepto de convenio auténticos contratos, cuando tenía lugar entre Administraciones, así como encomiendas de gestión, caracterizadas porque se formalizan entre sujetos que no son materialmente independientes, aunque formalmente sí lo sean. En el convenio cada sujeto asume, junto al otro u otros con

20. “La normativa reguladora se encuentra dispersa en una multiplicidad de normas, que abordan aspectos parciales o modalidades concretas, de las cuales solo algunas, las menos, pueden considerarse comunes a los distintos tipos de convenios, mientras que otras únicamente conciernen a algunos de ellos” (III, párrafo primero). En el ámbito autonómico sí hay regulaciones generales, como la muy completa de Aragón (Ley 1/2011, de 10 de febrero, de convenios de la Comunidad Autónoma de Aragón). En ella se regulan los convenios que celebre la Comunidad Autónoma con el Estado, otras CCAA, los entes públicos e instituciones de otros Estados u organismos internacionales en el ámbito de la Unión Europea y de la acción exterior, las Universidades públicas y las corporaciones de derecho público (art. 2.1). Se excluyen del ámbito de la Ley, porque se regirán por su normativa específica, los convenios que por su naturaleza tengan la consideración de contratos, los convenios urbanísticos y los acuerdos adoptados en materia de seguridad pública (art. 3.2).

21. Más adelante se añade que: “Con la nueva LCSP, que ha reconducido al ámbito contractual los negocios y relaciones jurídicas entre Administraciones Públicas ‘que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley’ [art. 4.1 c)], y que ha consolidado, como una figura negocial diferenciada del convenio y del contrato, la encomienda de gestión a favor de entes instrumentales [art. 4.1 n)], resulta posible formular un concepto más preciso de convenio de colaboración, lo que constituye un importante avance en la configuración legal de la institución”.

los que se formaliza el acuerdo de voluntades, una obligación de dar o de hacer, pero dicha obligación no tiene por causa “la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”, lo que lo situaría en el ámbito de los contratos onerosos (art. 1274 CC) sujetos a la LCSP (art. 2 LCSP). La causa de la aportación será la consecución de un fin común a los sujetos que convienen, y como quiera que, al menos uno de ellos, ha de ser una Administración Pública, dicho fin habrá de ser de interés público.

Se afirma que la diferencia más palpable entre los convenios interadministrativos y los convenios Administración-administrados “viene dada por la naturaleza de los sujetos que se conciertan, que, en el primer caso, son dos entidades públicas, y, en el segundo, una entidad pública y una persona física o jurídica sujeta al derecho privado”, si bien se entiende que “lo procedente es considerar incluidos en el primer grupo los convenios suscritos con aquellos organismos públicos que, de conformidad con la legislación administrativa general, tienen la condición de Administración Pública [...] mientras que en el segundo se han de entender comprendidos los celebrados con las sociedades mercantiles de participación mayoritaria o exclusivamente pública y las fundaciones públicas, cuya pertenencia al sector público no les confiere la condición de Administración ni aun de entidades públicas, así como los celebrados con cualesquiera entidades privadas, aunque persigan fines de interés general, por cuanto tampoco esta circunstancia las convierte en públicas”²².

En relación con los convenios interadministrativos, se considera problemática “la posibilidad de que puedan establecerse convenios entre un Ministerio y las entidades adscritas al mismo”, porque “la relación de dependencia o instrumentalidad del organismo público pugna con la nota de igualdad de los suscriptores, propia de los convenios interadministrativos”²³.

En cuanto a los convenios con administrados, se llama la atención sobre “la inexistencia de una norma habilitadora de carácter general similar a la que existe para los interadministrativos”, que no puede ser suplida por la libertad de pactos que consagra el art. 25 LCSP, “criterio que se corrobora

22. “Lo relevante para que los convenios queden encuadrados entre los del apartado d) (convenios con particulares del art. 4.1 LCSP), en positivo, es que las personas con las que se suscriben queden sometidas al derecho privado, y, en negativo, que no sean entidades públicas. En todo caso, este es otro extremo que sería deseable que se clarificara por vía legal” (III. Primera. 5).

23. “De ahí que la vía del convenio, en principio, no puede considerarse adecuada para formalizar este tipo de relaciones, que deberán reconducirse, en su caso, a la encomienda de gestión, bien a la contemplada en el art. 4.1 n) LCSP, si su objeto es contractual, bien a la contemplada en el art. 15 LRJPAC, en caso contrario” (III. Primera. 4).

con lo dispuesto en el art. 88 LRJPAC al establecer que los acuerdos, pactos y convenios tendrán el alcance, los efectos y el régimen jurídico que en cada caso prevea la disposición que los regule” (III. Segunda). De ese vacío legal el Tribunal de Cuentas extrae una rotunda consecuencia: “que no puede considerarse ajustada al ordenamiento jurídico, sin un adecuado respaldo legal, la suscripción de convenios con particulares que impliquen la concesión de ayudas singulares, o, en general, un trato privilegiado a determinadas entidades o ciudadanos, por cuanto por su propia naturaleza excepcionan el principio de igualdad ante la ley”²⁴.

Tras estas consideraciones generales, la fundamentación de la moción que comentamos formula otras más concretas sobre los siguientes aspectos:

- a) Aplicación de los principios de la LCSP, cuyo alcance “es muy distinto en los convenios interadministrativos y en los convenios con administrados, pues si bien algunos principios como los de publicidad y transparencia pueden aplicarse en ambos casos sin limitación, otros como los de concurrencia, igualdad y no discriminación tienen un distinto alcance, según el tipo de convenio” (III. Tercera).
- b) Necesidad de especificar el objeto del convenio (“para evitar que bajo el ropaje de convenios se encubran auténticos contratos”) y la correcta cuantificación de la aportación de la Administración (cuando “no sea posible determinar el importe exacto del gasto, al menos debería figurar el importe máximo del compromiso, por exigencias de la legalidad presupuestaria”) (III. Cuarta).
- c) Obligación de ejecutar lo convenido en los términos estipulados y justificación del gasto, que “responde a dos finalidades: acreditar que se ha cumplido con el objeto (vertiente material) y acreditar que se ha realizado el gasto (vertiente financiera)” (III. Sexta).

Como resultado de la extensa argumentación, el Tribunal de Cuentas formula una larga lista de propuestas “para su consideración por las Cortes Generales y su traslado al Gobierno u otras Instancias, si lo estiman pertinente”. Entre ellas destacamos las siguientes por su alcance más general y su vinculación directa con el contenido de este artículo:

- 1.^a Que se complete y sistematice el vigente marco legal de los convenios de colaboración, tanto los que se suscriben entre Administraciones o entidades públicas como los que se suscriben con administrados, que se

24. “Por el contrario, si el convenio no implicara una situación de privilegio podría ser defendible la innecesariedad de norma habilitadora, que es la práctica que sigue la Administración, siempre que en su instrumentación se respeten las restantes exigencias del marco legal aplicable. En todo caso, la necesidad de una clarificación normativa sobre este extremo es manifiesta”.

- formule su concepto diferenciándolo de figuras afines, y que se precisen sus ámbitos subjetivo y objetivo, así como los extremos que se han de comprender en su contenido²⁵.
- 2.^a Que se precise si a los convenios que se celebren por entidades públicas que se rigen por el derecho privado con otras entidades o Administraciones Públicas les es de aplicación el régimen de los convenios interadministrativos [art. 4.1 c) LCSP] o el de los convenios con administrados [art. 4.1.d) LCSP].
 - 3.^a Que se precise en qué medida las relaciones entre la Administración centralizada y los organismos públicos dependientes o vinculados a aquella pueden canalizarse mediante convenios de colaboración, o si deben canalizarse mediante encomiendas de gestión, bien de las contempladas en el art. 4. n) LCSP, bien de las contempladas en el art. 15 LRJPAC.
 - 4.^a Que se adopten medidas eficaces en orden a la efectiva aplicación de los principios de la LCSP, en los casos de ausencia de normas especiales, según contempla su art. 4.2, teniendo en cuenta el distinto alcance que estos principios tienen en relación con los convenios interadministrativos y con los convenios con administrados.

3

La regulación de los convenios en la LRJSP

La regulación de los convenios contenida en el Capítulo VI del Título Preliminar de la LRJSP es deudora de la moción del Tribunal de Cuentas que acabamos de reseñar, y así lo reconoce el Preámbulo²⁶. Expondremos a con-

25. “Independientemente de ello, por lo que se refiere a los del primer tipo, sería deseable acometer el desarrollo reglamentario previsto en la disposición adicional 13.^a ‘Régimen de suscripción de los convenios de colaboración’ de la LRJPAC, y por lo que se refiere a los convenios con administrados, este Tribunal, como ha manifestado en diversos informes de fiscalización, entiende que, sin perjuicio de que se recojan sus aspectos esenciales en una norma de alcance general, en vista de la gran variedad de tipos de convenios que existen y sus distintas exigencias, debería considerarse la conveniencia de que cada departamento ministerial elabore una normativa reguladora propia, dentro del expresado marco común, de modo semejante a lo establecido sobre las bases reguladoras de los distintos tipos de subvenciones públicas (arts. 9.2 y 17 LGS) o en relación con el régimen de las encomiendas de gestión (art. 24.6 LCSP). Se dotaría así de un contenido preciso y seguro a la remisión que hace el art. 4.1.d) LCSP a sus ‘normas específicas’ y quedaría resuelto el debatido problema sobre si es precisa la existencia de norma habilitadora para suscribir convenios”.

26. “Por último, se regulan en el Título Preliminar los convenios administrativos, en la línea prevista en el Dictamen 878 del Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre, de 2010

tinuación las líneas maestras de la nueva regulación legal, para finalizar con un comentario crítico.

3.1

Régimen general

3.1.1

Definición y tipos

Los convenios se definen como “acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común” (art. 47.1, párrafo 1.º). No tienen esa consideración “los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles” (art. 47.1, párrafo 2.º). Esta es una diferencia importante con la LRJPAC, que, como se recordará, incluye dichos protocolos entre los convenios de colaboración.

Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. Si las tuvieran, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público (art. 47.1, párrafo 3.º, LRJSP). Pero no se aclara qué tipo de prestaciones pueden ser objeto específico de convenios, lo que es importante, pues, en virtud del principio de libertad de pactos, casi todas podrían ser objeto de contratos. El legislador podría haber intentado una enumeración del objeto posible de los convenios siquiera a título meramente ejemplificativo (acuerdos de Conferencia sectorial, encomienda de gestión, creación de consorcios, terminación convencional, etc.).

Con la redacción aprobada seguimos sin saber cuál es la diferencia (si la hay) entre convenios y contratos. La definición legal (acuerdos con efectos jurídicos) no excluye la naturaleza contractual de los convenios, sino que la apoya. El dato de que una de las partes o ambas sean una entidad pública no obsta a la naturaleza contractual de los convenios, ni los singulariza frente

[...]. De este modo, se desarrolla un régimen completo de los convenios, que fija su contenido mínimo, clases, duración, y extinción y asegura su control por el Tribunal de Cuentas” (II, párrafo último).

a los contratos regulados en la LCSP, en los que puede ocurrir lo mismo. La conclusión es que los convenios son acuerdos de voluntades con efectos jurídicos que no están regulados en la LCSP, lo que dogmáticamente no es muy satisfactorio, pues no excluye que los convenios tengan naturaleza contractual.

Los tipos de convenios previstos en la LRJSP son los siguientes (art. 47.2, cursiva no original):

- a) Convenios *interadministrativos* entre *distintas Administraciones Públicas* (u organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes). Se excluyen los convenios entre CCAA, que se registrarán por sus respectivos estatutos de autonomía²⁷.
- b) Convenios *intradministrativos* firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública. La Ley da así carta de naturaleza a estos convenios sobre los que el Tribunal de Cuentas había manifestado sus dudas.
- c) Convenios firmados *entre una Administración Pública* u organismo o entidad de derecho público y un *sujeto de derecho privado*.
- d) Convenios no constitutivos ni de tratado internacional, ni de acuerdo internacional administrativo, ni de acuerdo internacional no normativo, firmados *entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de derecho internacional*, que estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes. En este grupo se encuadran, por ejemplo, los convenios de cooperación transfronteriza.

A mi juicio, esta tipología es criticable por ser puramente descriptiva y, además, incompleta. Se debería haber partido de la distinción, ya asentada, entre convenios interadministrativos y con sujetos privados, subdividiendo los primeros en función de que se suscriban entre distintas Administraciones Públicas o en el seno de una sola (los que la Ley llama “intradministrativos”), y los segundos en función de que el sujeto de derecho privado sea un medio propio de una Administración o un particular (persona física o jurídica).

27. La exclusión fue consecuencia de una observación formulada por el Consejo de Estado, fundada en la incompetencia del Estado para regular estos convenios. Según el dictamen, “el régimen jurídico básico de los convenios de colaboración contenido en el anteproyecto puede considerarse amparado en la competencia estatal básica sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, salvo un concreto aspecto, que es el relativo a los convenios entre comunidades autónomas”, reservado por el art. 145.2 CE a las normas estatutarias de aquellas (expediente núm. 274/2015, de 29 de abril de 2015).

La tipología es incompleta porque faltan, al menos, los convenios de terminación del procedimiento. Se mencionan, junto con los de encomienda de gestión, para excluirlos de la aplicación de las normas de este Capítulo (art. 48.9)²⁸, pero hay una diferencia importante, porque la terminación convencional tiene sustantividad propia frente a otros tipos de convenios, mientras que los de encomienda de gestión no la tienen, sino que pueden estar comprendidos en varios de los tipos legales (interadministrativos, intradministrativos y con sujetos privados).

No se incluyen en la tipología los acuerdos de órganos de cooperación (art. 145.4 LRJSP), lo que parece correcto, pues formalmente no se trata de convenios *inter partes*, sino de decisiones de un órgano *ad hoc* adoptadas “a través de un procedimiento simplificado y por suscripción sucesiva de las partes”. Quizá por ello ya no se hace referencia a los convenios de Conferencia Sectorial, que la LRJPAC considera una de las modalidades de convenios. Conforme a la LRJSP, las decisiones de esas Conferencias podrán revestir la forma de acuerdos o de recomendaciones (art. 151.2).

28. La redacción de ese apartado proviene de una observación formulada por el Consejo de Estado en los siguientes términos: “El artículo 22.9 del anteproyecto debería ser reformulado. Este precepto establece que ‘las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional a los que se refiere la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que se formalicen mediante un convenio, se regirán por lo dispuesto en esa Ley’. La regulación proyectada parece traer causa del contenido de la moción remitida por el Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales con fecha 30 de noviembre de 2010, en la que, con ocasión del análisis de la repercusión económico-financiera de la actividad convencional de la Administración, se puso de relieve la importancia de distinguir entre los convenios de colaboración y otro tipo de acuerdos, como aquellos en cuya virtud una Administración encarga a otra la realización de una determinada actividad —encomienda de gestión— o se pacta la finalización de un procedimiento administrativo —convenio transaccional—. Sin embargo, la redacción del precepto en cuestión no es afortunada; en primer lugar, porque da a entender que no todas las encomiendas de gestión y acuerdos de terminación convencional se formalizan mediante convenio, cuando, en realidad, este siempre existe en tales casos, y, en segundo término, porque, en lugar de remitir la regulación de las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional a lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo Común, debería exceptuar a tales figuras de la aplicación del régimen de los convenios de colaboración contenido en la LRJSP. De este modo, el artículo 22.9 quedaría formulado de forma más precisa en los siguientes o similares términos: ‘Las normas del presente capítulo no serán de aplicación a las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos’”. A mi juicio, con independencia de que la encomienda de gestión ya no se regula en la LPAC sino en la LRJSP, la argumentación no era correcta, porque no es cierto que la encomienda de gestión se formalice siempre mediante convenio. No habrá convenio cuando exista relación de jerarquía entre el encomendante y el encomendado, como se ha explicado en el epígrafe 2. Por otra parte, aunque la encomienda se rija por sus propias normas, se debería haber dispuesto la aplicación supletoria de las del capítulo que comentamos.

Los convenios de creación de consorcios (art. 123.1) no tienen sustantividad. Aunque sea obligatoria esa modalidad de creación, el convenio será reconducible a alguno de los tipos legales, en general, al de los interadministrativos.

Finalmente, los convenios con sujetos privados parecen comprender tanto los suscritos con sociedades mercantiles, fundaciones públicas y otros medios propios de una Administración, como los suscritos con entidades y personas físicas puramente privadas. Sin embargo, el significado de unos y otros es muy diferente, ya que los primeros se asimilan a los de cooperación (inter- o intradministrativos), mientras que en los segundos la parte privada es ajena a la Administración o, si se prefiere, al sector público.

En resumen, los tipos de convenios son:

- a) De cooperación, en las dos modalidades de interadministrativos o intradministrativos. En el primer grupo se incluyen los que se suscriban con órganos o entidades de otros Estados o de un sujeto de derecho internacional, y que se rigen por el ordenamiento interno que en cada caso se determine.
- b) Con sujetos de derecho privado, que pueden ser entes instrumentales o medios propios de una Administración (en cuyo caso se asimilan a los convenios de cooperación), o personas físicas o jurídicas ajenas a ella (en cuyo caso deberían tener un régimen diferente, en especial, en cuanto a la aplicación obligatoria de los principios de publicidad y concurrencia).
- c) De terminación del procedimiento, que se rigen por el art. 86 de la LPAC y la disposición que en cada caso prevea esta modalidad de terminación.

3.1.2

Requisitos de validez y eficacia

La tipología de convenios establecida en la Ley no tiene consecuencias en cuanto al régimen jurídico aplicable, que es, en sustancia, el mismo para todos, lo que confirma su carácter puramente descriptivo. La regulación es, además, parcial, puesto que algunos preceptos son de aplicación general, mientras que otros lo son solo a los convenios de la AGE²⁹.

29. Esta fue una de las críticas formuladas por el Consejo de Estado al diseño general del entonces anteproyecto de ley, considerando, con razón, que debían separarse en leyes diferentes los preceptos de carácter básico y los aplicables solo a la AGE.

Reseñaremos a continuación los requisitos de validez (competencia, procedimiento, contenido, perfección) y de eficacia (publicidad e inscripción en un registro).

1. Competencia.

Solo se establece en el ámbito de la AGE (titulares de los departamentos ministeriales, y presidentes o directores de las entidades y organismos públicos: art. 48.2). En las CCAA se aplicará su legislación propia y, para las entidades locales, la de régimen local.

2. Procedimiento.

Con carácter general y sin perjuicio de las especialidades que la legislación autonómica pueda prever, se exige una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión y el cumplimiento de los requisitos legales (art. 50.1).

Cuando el convenio instrumente una subvención deberá cumplir con lo previsto en la LGS y, en su caso, en la normativa autonómica de desarrollo (art. 48.7). Conforme a la LGS los convenios son el instrumento habitual para canalizar las subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado y en los de las corporaciones locales (art. 28.1, párrafo segundo, en relación con el art. 22.2.a).

En los convenios que suscriban la AGE y sus organismos dependientes se requiere también el informe del servicio jurídico (salvo cuando el convenio se ajuste a un modelo normalizado informado previamente por aquel) y la autorización previa del MINHAP. Este Ministerio remitirá al Senado los convenios con CCAA (art. 50.2). Hay que entender que la remisión es posterior a la aprobación del convenio y no un trámite previo a ella.

3. Contenido.

El contenido mínimo es el siguiente (art. 49.1):

- a) Sujetos que suscriben el convenio.
- b) Competencia en la que se fundamenta la actuación (que no se puede ceder en virtud del convenio: art. 48.1).
- c) Objeto y actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento.
- d) Obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, si los hubiera.
- e) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y los compromisos asumidos.
- f) Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución, que resolverán los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse.

- g) Régimen de modificación del convenio, que requerirá acuerdo unánime de los firmantes, salvo que expresamente se estipule otra cosa.
 - h) Plazo de vigencia, que no podrá ser superior a cuatro años, prorrogable por otros cuatro, salvo que normativamente se prevea un plazo superior³⁰.
4. Perfección y eficacia.

Los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes (art. 48.8). La eficacia de los suscritos en el ámbito de la AGE está condicionada a su publicación en el BOE y su inscripción en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal (art. 48.8, párrafo segundo). Hay que suponer que dicha inscripción será anterior a la publicación en el BOE. Ya hemos dicho que los convenios con CCAA deben ser remitidos al Senado.

Los convenios cuyos compromisos económicos asumidos superen los 600 000 euros, así como sus modificaciones, prórrogas o variaciones de plazo, deberán remitirse electrónicamente al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma que corresponda, dentro de los tres meses siguientes a la suscripción (art. 53.1 y 2). Se trata de un mandato legal que no constituye un requisito de eficacia del convenio.

3.1.3 Extinción

Los convenios se extinguen por el cumplimiento de las actuaciones que constituyen su objeto o por incurrir en causa de resolución (art. 51.1). Son causas de resolución (art. 51.2):

- a) El transcurso del plazo de vigencia sin haberse acordado la prórroga.
- b) El acuerdo unánime de todos los firmantes.
- c) El incumplimiento de las obligaciones y los compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes. En este caso, cualquiera de las partes podrá notificar a la parte incumplidora un requerimiento para que cumpla, en un determinado plazo, con las obligaciones o compromisos que se consideran incumplidos. Este requerimiento será comunicado al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la

30. En el caso de convenios suscritos por la AGE o sus organismos públicos y entidades vinculados o dependientes, esta prórroga deberá ser comunicada al Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación al que se refiere la disposición adicional séptima.

ejecución del convenio, y a las demás partes firmantes. Si trascurrido el plazo indicado en el requerimiento persistiera el incumplimiento, la parte que lo dirigió notificará a las partes firmantes la concurrencia de la causa de resolución, y se entenderá resuelto el convenio. La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados, si así se hubiera previsto.

- d) Por decisión judicial declaratoria de la nulidad del convenio.
- e) Por cualquier otra causa distinta de las anteriores prevista en el convenio o en otras leyes.

Extinguido el convenio se procederá a su liquidación para determinar las obligaciones y compromisos de las partes (art. 52.1), aplicándose las reglas que se establecen para los convenios de los que deriven compromisos financieros (art. 52.2). No obstante, si cuando concorra cualquiera de las causas de resolución existen actuaciones en curso de ejecución, las partes, a propuesta de la comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio o, en su defecto, del responsable del mecanismo correspondiente, podrán acordar la continuación y finalización de las actuaciones en curso que consideren oportunas, estableciendo un plazo improrrogable para su finalización (art. 52.3).

3.1.4

Adaptación de los convenios vigentes

Todos los convenios vigentes suscritos por cualquier Administración Pública, o cualquiera de sus organismos o entidades vinculados o dependientes, deberán adaptarse a lo previsto en la LRJSP en el plazo de tres años a contar desde su entrada en vigor (disposición adicional octava). La adaptación será automática en cuanto al plazo de vigencia del convenio para los que no tuvieran plazo determinado o tuvieran establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido. En estos casos el plazo de vigencia del convenio será de cuatro años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley³¹.

31. El apartado 2 de esta disposición adicional establece que: “Todos los organismos y entidades, vinculados o dependientes de cualquier Administración Pública y cualquiera que sea su naturaleza jurídica, existentes en el momento de la entrada en vigor de esta Ley deberán estar inscritos en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local en el plazo de tres meses a contar desde dicha entrada en vigor”. Obviamente este mandato nada tiene que ver con los convenios.

3.2 Crítica

La regulación de los convenios en la LRJSP supone un avance, en cuanto cubre el vacío normativo existente en la legislación hasta ahora vigente y, en concreto, en la LRJPAC, que solo regula los convenios entre la AGE y las CCAA. Sin embargo, deja mucho que desear en el plano conceptual y en el práctico de la resolución de los problemas planteados por el Tribunal de Cuentas en su notable moción de 2010. En síntesis, se pueden formular las siguientes críticas:

- a) En el plano conceptual, no se aclara el significado de los convenios ni su distinción con los contratos, si bien hay que decir, en descargo del legislador, que no es su función resolver los problemas doctrinales.
- b) La tipología de convenios, además de incompleta, pues no recoge la terminación convencional, es puramente descriptiva y no tiene consecuencias en cuanto al régimen jurídico aplicable, aunque debería tenerlas. En concreto, se debería diversificar el régimen de los convenios interadministrativos, el de los intradministrativos y el de los convenios con sujetos de derecho privado, en este último caso en función de que el sujeto con el que se conviene esté encuadrado en una Administración Pública o sea una persona puramente privada.
- c) La regulación de la tramitación de los convenios es insuficiente. Es cierto que se trata de una materia típicamente reglamentaria, pero no se ha previsto su desarrollo, como hacía la LRJPAC en su disposición adicional 13.^a. No obstante, el Gobierno podrá aprobar ese desarrollo en virtud de su potestad reglamentaria y de la autorización genérica contenida en la disposición final 15.^a de la LRJSP. Es muy recomendable que haga uso de esa facultad. Aunque la regulación que dicte en su ejercicio tendrá que centrarse en los convenios de que sea parte la AGE, podrá servir de referencia a la que aprueben las CCAA y las entidades locales para mantener un marco normativo coherente. Para alcanzar ese objetivo, la regulación de los convenios debería ser “convenida” o pactada.

Encomiendas de gestión, encargos y convenios en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*

JESÚS COLÁS TENAS

Oficial mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza

1. Reflexiones previas sobre el origen de la confusión conceptual entre convenio, encomienda de gestión y encargo a un medio propio

1.1. La ausencia de concepto jurídico normativo del convenio

Artículo recibido el 07/03/2016; aceptado el 13/06/2016.

* Ponencia presentada en las Jornadas: “Las nuevas Leyes del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del Régimen Jurídico del Sector Público”, celebradas el 17 y 18 de febrero de 2016 en el Auditorio “Edgar Neville” de la Diputación de Málaga, y organizadas por dicha Diputación, el Instituto Superior de Economía Local y la Fundación Democracia y Gobierno Local.

Abreviaturas, siglas y acrónimos: DCP, Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; JCCA, Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; JCCA Aragón, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; JCCA Baleares, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Baleares; JCCA Cataluña, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña; LBRL, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; LCSP, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; LOPD, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; LPAC, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJPAC, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; núm., número; LRJSP, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; TJUE, Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TRLCAP, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; TRLCSP, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; TRLHL, Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; *vid.*, *videtur* (véase).

- 1.2. La dificultad de distinguir entre encomiendas de gestión de la LRJPAC y del TRLCSP
- 1.3. Los encargos a medios propios
- 2. Las encomiendas de gestión y los encargos a medios propios en la LRJSP**
 - 2.1. El concepto de encomienda de gestión en la nueva Ley del sector público; su formalización
 - 2.2. Los encargos a medios propios o servicios técnicos en la nueva Ley del sector público: requisitos
- 3. La regulación de los convenios en la LRJSP y en la LPAC**
 - 3.1. El concepto de convenio administrativo
 - 3.2. Clases de convenios administrativos
 - 3.3. Requisitos de validez y eficacia de los convenios administrativos
 - 3.4. El contenido de los convenios administrativos y el procedimiento para su aprobación
 - 3.5. La extinción de los convenios administrativos. Efectos de su resolución

Resumen

El régimen jurídico de las encomiendas de gestión, los encargos de ejecución y los convenios requiere, desde antiguo, una clarificación. Los órganos de control externo han venido reclamando, de manera unánime y reiterada, una norma sustantiva que definiera pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes de estas instituciones jurídicas. La distinción entre convenio –*convenio de colaboración*– y contrato ha sido enrevesada, complicada o, cuando menos, difícil. Los órganos consultivos de contratación administrativa, en repetidas ocasiones, indagaron y profundizaron en el verdadero sentido de estas instituciones jurídicas.

Pues bien, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), siguiendo las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, según el testimonio de su propio preámbulo, viene a eliminar la confusión que reinaba en la aplicación de estas instituciones en la práctica jurídica; y ofrece un marco claro y preciso acerca del alcance de estas instituciones jurídicas, que resultan imprescindibles en la gestión administrativa.

Palabras clave: *convenio administrativo; encomienda de gestión; encargo a medio propio.*

Entrustment of management tasks, entrustment of management tasks to the “own resources” and administrative agreements in Law 40/2015, of 1 October, of the legal framework of the Public Sector

Abstract

The legal framework of the entrustment of management tasks, entrustment of management tasks to the “own resources” and administrative agreements, requires a clarification. The external bodies of control have repeatedly and unanimously called for a substantive legislation that establishes in detail the requisites and essential elements of these legal institutions. The distinction between administrative agreements –collaborative agreements– and public contracts has always been confused, complicated or, at least, difficult. The consultative bodies in charge of public contracts have examined the real nature of these legal institutions.

In this context, Law 40/2015, of 1 October, on the legal framework of the Public Sector, following the recommendation of the Spanish Court of Auditors as it is stated in its preamble, ends with this confusion and offers a clear and precise framework regarding the scope of these institutions which are essential in Spanish administrative law.

Keywords: administrative agreement; entrustment of management tasks; entrustment of management tasks to the “own resources”.

1

Reflexiones previas sobre el origen de la confusión conceptual entre convenio, encomienda de gestión y encargo a un medio propio

El régimen jurídico de las encomiendas de gestión, los encargos de ejecución y los convenios requiere, desde antiguo, una clarificación. En los últimos tiempos, los órganos de control externo han venido reclamando, de manera unánime y reiterada, una norma sustantiva que definiera pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes de estas instituciones jurídicas.

En el otoño de 2010, el Tribunal de Cuentas elevó una moción a las Cortes Generales, a través de su Dictamen 878, de 30 de noviembre de 2010, sobre la necesidad de establecer una adecuada definición del marco legal de los convenios de colaboración, proponiendo medidas a adoptar para una

correcta gestión de los fondos públicos. A la vista de esta moción, la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas aprobó una resolución, el 18 de diciembre de 2012¹, por la que se instaba al Gobierno a promover la elaboración y aprobación de un marco jurídico sustantivo y de procedimiento, que completara y sistematizara el marco legal de los convenios de colaboración que se suscribieran, tanto entre Administraciones o entidades públicas como con administrados; se exigía la formulación de un concepto, diferenciándolo de figuras afines, y que precisara sus ámbitos subjetivo y objetivo, así como los extremos que se deberían comprender en su contenido. Todo ello de conformidad con una serie de propuestas (1.^a, 2.^a, 3.^a, 15.^a y 16.^a) presentadas por el Tribunal de Cuentas².

No ha sido pacífico diferenciar los rasgos específicos de los convenios de colaboración, los encargos y las encomiendas de gestión, así como su distinción de los contratos públicos.

1.1

La ausencia de concepto jurídico normativo del convenio

De entrada, no existía ningún precepto en nuestro derecho positivo que contuviese un concepto acerca de qué cosa era un convenio. Se carecía también de una definición precisa sobre este tipo de negocio bilateral en la doctrina administrativa, aunque había empeños notables, desde el punto de vista práctico, que denunciaban la utilización del convenio para encubrir otras figuras

1. Publicada en el BOE de 15 de marzo de 2013.

2. Estas propuestas eran:

1.^a *Completar y sistematizar el vigente marco legal de los convenios de colaboración, tanto los suscritos entre Administraciones Públicas o entidades públicas como los que se suscriban con los administrados. Es preciso un concepto diferenciador de ambas figuras, una delimitación de los ámbitos subjetivos y objetivos y de su contenido. [...]*

2.^a *Precisar la aplicación a los convenios celebrados por entidades públicas que se rigen por el derecho privado con otras Administraciones Públicas o entidades, del régimen de los convenios interadministrativos [...] o el de los convenios con los administrados [...].*

3.^a *Precisar en qué medidas las relaciones entre la Administración centralizada y los organismos públicos dependientes o vinculados pueden canalizarse mediante encomiendas de gestión, [...].*

15.^a *Completar y ampliar la información sobre los convenios mediante un sistema registral, a fin de dar publicidad de los que se celebren con todas las entidades públicas y con entidades sujetas al derecho privado.*

16.^a *Extender a todos los convenios de colaboración la obligación de remitir al Tribunal de Cuentas información sobre los contratos celebrados por las entidades del sector público.*

jurídicas que subyacían en el fondo del negocio que realmente se pretendía, lo que, unido a la falta de una definición jurídica de convenio y de una regulación pormenorizada de esta figura, motivaba una variedad de posturas y criterios en esta parcela de la actuación administrativa³.

Y es que la distinción entre convenio –convenio de colaboración– y contrato era peliaguda, enrevesada, complicada o, cuando menos, difícil. Por ella transitaron los órganos consultivos de contratación administrativa en repetidas ocasiones, indagando y profundizando en el verdadero sentido de ambas instituciones jurídicas.

El Informe 5/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, recordaba que la doctrina iuspublicista española venía afirmando, de manera reiterada, que en el derecho español el término convenio era utilizado, frecuentemente, como un concepto meramente descriptivo, que no pretendía remitir a una precisa naturaleza jurídica de la figura a la que se refería, sino solo expresar que en la formación de dicho acto jurídico intervenían voluntades concurrentes de dos o más sujetos. Cual sea el valor que a esas voluntades deba conferirse y, en concreto, si de la mencionada concurrencia de dichas voluntades hay que concluir que estemos ante un verdadero contrato, es una cuestión que no se puede responder a partir, exclusivamente, de que el ordenamiento o las partes se valgan del término convenio. Y, efectivamente, tanto en las relaciones entre Administración y ciudadano, como en las que se entablan entre Administraciones Públicas, la designación de un acto jurídico con conceptos como los de convenio, pacto, protocolo, acuerdo, compromiso, concierto, convención, contrato, o alguno semejante, muchas veces pretende, más que remitir a un determinado régimen jurídico, evitar un pronunciamiento expreso sobre la precisa naturaleza de aquello que se sitúa bajo estos términos.

El enigma de la naturaleza de los convenios de colaboración había sido esclarecido por la Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, *Comisión vs. España*⁴, por la que se condenó al reino de España,

3. MOREO MARROIG, T.: “Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio”, *Auditoría Pública*, núm. 50, abril 2010.

4. Esta Sentencia tiene su origen en el recurso presentado por la Comisión en el que solicitaba la declaración de que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea, y de las directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente el ordenamiento jurídico interno a las citadas directivas, excluyendo de forma absoluta del ámbito de aplicación

por excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos los convenios que se celebraran entre Administraciones y otras entidades de derecho público. En un convenio de colaboración se articula la colaboración institucional, a fin de llevar a término una actuación que demandan los intereses u objetivos que comparten quienes lo suscriben. No existen más intereses que los fines públicos que persiguen en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas. Por el contrario, el contrato persigue desarrollar una actividad singular y específica que forma parte del tráfico mercantil. De manera que existe contraposición de intereses, e interés patrimonial.

1.2

La dificultad de distinguir entre encomiendas de gestión de la LRJPAC y del TRLCSP

Tampoco se sabía, a ciencia cierta, si las encomiendas de gestión del art. 24.6 del TRLCSP eran las mismas que las reguladas en el art. 15 de la LRJPAC, o si eran figuras jurídicas distintas. Había signos que alentaban una interpretación en tal sentido, no solo por tratarse de una legislación posterior la contenida en el TRLCSP respecto a la regulación de la LRJPAC, sino, y principalmente, porque las características de las encomiendas de gestión del texto contractual no tenían mucho que ver, salvo el *nomen iuris*, con las que regulaba la LRJPAC⁵. A título de ejemplo, se apuntaba que el trabajo del encomendado se retribuía a través de tarifas previamente fijadas, los estatutos o las normas de constitución del encomendado debían reconocer su condición de medio propio y servicio técnico del encomendante, o que estos encargos no necesariamente se habían de realizar entre Administraciones Públicas⁶.

Efectivamente, la técnica administrativa de las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual no podía confundirse con la figura de la encomienda de gestión relativa a las actividades o actuaciones que, por su contenido, eran ajenas a la legislación de contratación pública y no guardaban relación con ella (reguladas en el artículo 15 LRJPAC).

del TRLCAP —en el art. 3, apartado 1, letra c)— los convenios de colaboración que celebraran las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas, y por tanto también los convenios que constituyeran contratos públicos a efectos de dichas directivas.

5. Informe 1/2010, de 21 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares.

6. PINTOS SANTIAGO, J.: “Convenios, encomiendas de gestión o contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, 19 de marzo de 2014.

La clara diferenciación entre ambas figuras se puso de manifiesto en la Circular 6/2009 de la Abogacía del Estado⁷. En ella se indicaba, por lo que respecta al ámbito objetivo, que, al tiempo de la promulgación del artículo 15 de la LRJPAC, este precepto comprendía tanto actuaciones o actividades ajenas a la legislación de contratación pública como también actuaciones o actividades propias de dicha legislación, es decir, actuaciones o actividades constitutivas de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros y servicios, por lo que las encomiendas de gestión podían tener por objeto las prestaciones propias de estos contratos.

Ambas figuras se diferenciaban, a tenor del criterio de la Abogacía del Estado, por razón de sus respectivos ámbitos. La encomienda de gestión regulada por el artículo 15 de la LRJPAC queda circunscrita a aquellas actividades o actuaciones que, por su contenido, son ajenas a la legislación de contratación pública y no guardan relación con ella; y la figura de la encomienda de gestión regulada por los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP queda limitada a aquellas actuaciones consistentes en la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros y servicios a cambio de una contraprestación económica, lo cual, para la Abogacía del Estado, tiene como consecuencia la inaplicación de los requisitos formales que establece el artículo 15 de la LRJPAC, particularmente, la necesidad de que el acuerdo de encomienda de gestión tenga que ser publicado⁸.

La innecesariedad de publicidad de las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual, ha sido una de las cuestiones más polémicas y críticas de este instrumento jurídico, tan frecuentemente utilizado por

7. Circular 6/2009 “*Asunto: Relación entre el artículo 15 de la LRJ-PAC y artículo 24.6 de la LCSP*”, que recoge el Informe emitido por la Abogacía General del Estado de fecha 26 de noviembre de 2008.

8. La Circular consideraba que “como consecuencia lógica de la separación entre la encomienda de gestión del artículo 15 de la LRJ-PAC y la encomienda de gestión a que se refieren los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP, ha de entenderse que, de tratarse de la realización de una actividad o actuación de contenido materialmente contractual y, por tanto, de tratarse de una encomienda de gestión de los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP, no han de aplicarse los requisitos formales que establece el artículo 15 de la LRJ-PAC, como es, particularmente, la necesidad de que el acuerdo de encomienda de gestión tenga que ser publicado, como requisito al que se supedita su eficacia, en el diario oficial correspondiente (artículo 15, apartado 3, párrafo primero, de la LRJ-PAC). En efecto, regulándose las encomiendas de gestión que tengan por objeto la realización de una prestación propia del contrato de obras, de suministro o del contrato de servicios, es decir, las de contenido materialmente contractual por la LCSP —artículos 4.1.n) y 24.6— y no por el artículo 15 de la LRJ-PAC, para nada se exige en los dos preceptos primeramente citados la publicación de la encomienda de gestión en el diario oficial que corresponda; bastará que el acuerdo adoptado por la entidad encomendante se comuniqué o notifique a la entidad encomendataria de forma que esta tenga constancia de su recepción (*cf.* artículo 59.1 de la LRJ-PAC)”.

los poderes adjudicadores⁹. De ahí que el artículo 8 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Ley 19/2013) determine la obligación de publicar las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

Además, como se ha puesto de relieve¹⁰, mientras que en las encomiendas interadministrativas de la LRJPAC se firma un convenio, es decir, un acuerdo bilateral y libre de voluntades, los encargos del TRLCSP son un mandato obligatorio a causa de la inexistencia de voluntad propia y autónoma de quien recibe el encargo respecto de quien lo hace, lo que los acerca a un negocio jurídico unilateral, que parece del todo incompatible con la naturaleza del encargo o encomienda “administrativa” del artículo 15 de la LRJPAC. Esto permite llegar a la conclusión de que las encomiendas de gestión interadministrativas y los encargos de gestión del TRLCSP son figuras diferentes.

1.3

Los encargos a medios propios

En realidad las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual no son tales encomiendas, sino *encargos a medios propios*, que traen causa de la célebre STJUE de 18 de noviembre de 1999, C-107/1998, *Teckal*¹¹. Encargos que no están sujetos a la aplicación de las normas de contrata-

9. La Comisión Nacional de la Competencia, en su Informe de 2013: “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, se hacía eco de estas deficiencias en relación con la información pública.

10. ESPINAR MAAT, F.: “Las encomiendas de gestión: regulación, características, distinción de otras figuras y régimen jurídico”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 141, enero 2016.

11. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado un sostenido cuerpo de doctrina en torno a la aplicación de los supuestos de encomienda a un ente que tiene la condición de medio propio de la Administración. Esa doctrina, que arranca de la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/1998, *Teckal* (que da nombre a las denominadas condiciones *Teckal*), se contiene además en las SSTJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, *Parking Brixen*; 6 de abril de 2006, asunto C-410/2004, *ANAV*; 11 de enero de 2005, asunto C-84/2003, *Stadt Halle y RPL Lochau*; 13 de enero de 2005, asunto C-84/2003, *Comisión contra España*; 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/2004, *Comisión contra Austria*; 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *Tragsa*; 18 de enero de 2007, asunto C-220/05, *Roane*; 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel*; 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, *Comisión contra Alemania*; 29 de noviembre de 2012, asuntos

ción pública, siempre que se cumplan los requisitos que establece la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas –afirma el considerando trigésimo segundo de la DCP– no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en dicha Directiva si el poder adjudicador ejerce, sobre la persona jurídica de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80% de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla, o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato.

Más compleja sería la diferenciación entre *medios propios* y *servicios técnicos*, que arranca de la Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *TRAGSA*, en la que el Tribunal europeo –al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español en relación con la atribución *ex lege* a TRAGSA de un régimen jurídico que le permitía realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso– admitió una suerte de diferenciación entre *medio propio* y *servicio técnico*, que parece consolidarse en el considerando trigésimo cuarto de la DCP, cuando afirma que se dan casos en los que una entidad jurídica actúa, con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores, y está obligada a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes adjudicadores, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Dado su carácter no contractual, esta relación meramente administrativa debe quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación pública¹².

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, sobre Régimen Jurídico del Sector Público, incorpora en su art. 86 la regulación de los medios propios¹³. Y se acaba así con la confusión entre encomienda de gestión y medio propio.

acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord*; y la más reciente, 19 de junio de 2014, asunto C-574/12, *Such*.

12. GALLEGO CÓRCOLES, I.: “Los encargos a medios propios y a servicios técnicos en la jurisprudencia del TJUE”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 140, diciembre 2015.

13. En el preámbulo de la Ley se afirma que: “Se incorpora al contenido de la Ley la regulación de los medios propios y servicios técnicos de la Administración, de acuerdo con lo que en la actualidad se establece en la normativa de contratos del sector público. Como novedad, la creación de un medio propio o su declaración como tal deberá ir precedida de una justificación, por medio de una memoria de la intervención general, de que la entidad

2

Las encomiendas de gestión y los encargos a medios propios en la LRJSP

El Tribunal de Cuentas había reconocido, recientemente¹⁴, la grave confusión que existe entre los operadores jurídicos, en relación con las encomiendas –o encargos– a medios propios, actualmente contempladas en los arts. 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP, y las encomiendas de gestión reguladas en el art. 15 de la LRJPAC. Hasta tal punto que, a juicio del alto órgano fiscalizador, debería procederse a regular la figura de las encomiendas o los encargos a medios propios, mediante una norma sustantiva con rango de ley que defina pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes del recurso a esta figura, su régimen económico con fijación de criterios homogéneos para el establecimiento de las tarifas, así como los procedimientos aplicables para su tramitación y para su adecuado seguimiento y control. Y debería procederse al cambio de su denominación legal (*nomen iuris*) para evitar posibles confusiones con las encomiendas de gestión reguladas en el art. 15 de la LRJPAC.

En este sentido –reconoce el Tribunal de Cuentas–, la encomienda de gestión a medios propios es una figura que facilita la actividad de los órganos y las entidades del sector público, permitiendo una flexibilidad procedimental imposible de obtener mediante otras técnicas de gestión, y facultando su actuación al margen de las garantías que ofrece el TRLCSP y del principio de libre concurrencia al que está sujeta la contratación pública.

Sin embargo, el carácter de excepcionalidad que, en principio, se predica de las encomiendas de este tipo, exige una clara motivación que rara vez se advertía en los expedientes administrativos en que se materializaban las mismas. En el curso de los trabajos de fiscalización observó el Tribunal de Cuentas que, con carácter general, en los expedientes figuran documentos que solo formalmente cubren esta exigencia.

resulta sostenible y eficaz, de acuerdo con los criterios de rentabilidad económica, y que resulta una opción más eficiente que la contratación pública para disponer del servicio o suministro cuya provisión le corresponda, o que concurren otras razones excepcionales que justifican su existencia, como la seguridad pública o la urgencia en la necesidad del servicio. Asimismo, estas entidades deberán estar identificadas a través de un acrónimo ‘MP’, para mayor seguridad jurídica. Estos requisitos se aplicarán tanto a los medios propios que se creen en el futuro como a los ya existentes, estableciéndose un plazo de seis meses para su adaptación”.

14. Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1088, de 30 de abril de 2015: *Informe de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa.*

En concreto, la justificación del recurso a la encomienda se basa principalmente en la falta de medios para el desarrollo de las actividades encargadas, en la celeridad en su formalización y flexibilidad en su ejecución, en la incapacidad del mercado para prestar los servicios requeridos, o en la mera idoneidad de que los trabajos fueran ejecutados por la entidad encomendaria por su experiencia o especialización. Pero esta justificación, con carácter general, suele consistir en el mero enunciado formal, puramente declarativo, de circunstancias o situaciones que en los expedientes no han quedado suficientemente acreditadas, al no estar documentadas mediante los correspondientes informes o estudios. Tampoco suelen concretarse las ventajas del recurso a la encomienda frente al contrato, ni se valoran otros aspectos fundamentales como los relacionados con los costes de una alternativa frente a la otra. En este contexto –concluía el Tribunal de Cuentas–, de no recurrir a las encomiendas a medios propios más que en los casos estrictamente necesarios y una vez contrastada su mayor idoneidad, y de no abordar con rigor el cumplimiento de la exigencia de motivarlas fundada y adecuadamente, los órganos encomendantes corren el riesgo de incurrir en la infrautilización de sus propios medios materiales y personales, en la pérdida del control directo de la actividad que se encomienda y en la descapitalización de sus recursos técnicos propios.

Pues bien, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), siguiendo las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, según el testimonio de su propio preámbulo, viene a eliminar la confusión que reinaba en la aplicación de estas instituciones en la práctica jurídica.

2.1

El concepto de encomienda de gestión en la nueva Ley del sector público; su formalización

El artículo 11 LRJSP, ubicado en la Sección 2.^a (“Competencia”) del Capítulo II (“De los órganos de las Administraciones Públicas”) del Título Preliminar (“Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”), aborda la regulación de las encomiendas de gestión, definiendo las mismas en un sentido positivo, cuando dispone que “La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de derecho público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por

razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”; y en un sentido negativo, al establecer que “Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en esta”, y se articularán a través de los encargos a los medios propios y servicios técnicos que se regulan en el artículo 86 del mismo texto legal. Ello es así porque las denominadas encomiendas de gestión a medios propios y servicios técnicos de las Administraciones Públicas constituyen un instrumento de aprovisionamiento de obras, bienes y servicios de las Administraciones y entidades públicas, que se encuentra previsto normativamente en la legislación de contratos del sector público, a partir del impulso jurisprudencial del TJUE.

De esta forma, la LRJSP termina con la confusión existente en cuanto a que las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual no podían confundirse con las relativas a las actividades o actuaciones que, por su contenido, eran ajenas a la legislación de contratación pública y no guardaban relación con ella (reguladas en el artículo 15 LRJPAC).

La confusión arranca de la aprobación del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, por el que se modificaba el TRLCAP del año 2000. Este Real Decreto-ley, a la hora de incorporar a nuestro ordenamiento el régimen jurídico de los encargos de tareas contractuales a entidades instrumentales de la Administración derivado de la jurisprudencia del TJUE, empleó la expresión “encomienda de gestión”, terminología que ya se utilizaba para denominar una institución jurídico-administrativa determinada.

Como puso de manifiesto la doctrina¹⁵, la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC y los negocios jurídicos contractuales con personas jurídico-privadas responden a un mismo supraconcepto, y pueden tener elementos comunes, pero son dos figuras distintas, con presupuestos y requisitos diferenciados. En primer lugar, por el carácter excepcional que justifica la utilización de la encomienda de gestión –limitándose solamente a los supuestos de carencia de medios materiales o de falta de eficacia en la gestión– frente a los encargos a medios propios, que son supuestos ordinarios

15. VILALTA REIXACH, M.: “El ámbito subjetivo de aplicación de la encomienda de gestión. Su concreción en la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 28, febrero de 2012.

BERNAL BLAY, M. Á.: “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra l) del TRLCAP”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129, enero-mayo 2006.

de contratación (autocontratación); en segundo lugar, por la limitación de la encomienda de gestión únicamente a la realización de actividades de carácter meramente material, y la exigencia de determinados requisitos de forma para la conclusión de la relación de encomienda, que vienen a ser límites subjetivos, objetivos y formales no contemplados para los encargos que se realicen de acuerdo con el TRLCSP.

La encomienda de gestión es una técnica de auxilio que no trasciende en sus efectos al plano jurídico. No supone cesión de titularidad ni de competencia¹⁶, ni de los elementos sustantivos de su ejercicio.

En realidad, la definición positiva de la encomienda de gestión mantiene el mismo carácter básico que el vigente artículo 15.1 LRJPAC, en el que se prevé que “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 de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”. De este modo, y así lo entiende nuestra doctrina, la encomienda de gestión se presenta como un mecanismo racionalizador de la organización administrativa, que permitiría hacer compatible la irrenunciabilidad de las competencias, que tienen atribuidas como propias las diferentes entidades públicas, con la carencia de los medios materiales para su ejercicio o para conseguir una mayor eficacia en su gestión.

La LRJSP mantiene las características de la encomienda de gestión de la regulación anterior. Se trata de una relación jurídica entre dos partes, de carácter bilateral, que puede darse entre órganos de la misma o distinta entidad, de manera que no necesariamente deben ser dos personas jurídico-públicas distintas.

La LRJSP mantiene también las notas características de la institución en la LRJPAC, en cuanto que la encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

Y como novedad, el artículo 11.2 LRJSP contempla un nuevo párrafo, según el cual la entidad u órgano encomendado tendrá la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, siéndole de

16. STSJ País Vasco de 24 de julio de 2001 y STSJ de Andalucía de 22 de abril de 2002.

aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal.

La figura del encargado del tratamiento se contempla en el artículo 3.g) de la LOPD, que la define como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. Dicha definición se reitera en términos generales en el artículo 5 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la citada Ley Orgánica, definiendo en su apartado i) al encargado del tratamiento como “La persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio. Podrán ser también encargados del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados”.

Al parecer se habían producido en la práctica interpretaciones encontradas en esta materia, que negaban al órgano encomendado la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal, toda vez que no se cedía la titularidad de la competencia, ni siquiera su ejercicio; y la LRJSP aclara la cuestión, siguiendo el criterio de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2002, según la cual existe encargo de tratamiento cuando la transmisión o cesión de los datos está amparada en la prestación de un servicio que el responsable del tratamiento recibe de una empresa externa o ajena a su propia organización, y que le ayuda en el cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos consentida por el afectado.

En cuanto a la formalización de las encomiendas de gestión, la LRJSP mantiene las mismas reglas:

- a) Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración, deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o entidades de derecho público intervinientes. En todo caso, el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberán ser publicados, para su eficacia, en el Boletín Oficial del Estado, en el Boletín oficial de la comunidad autónoma o en el de la provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante. Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos, que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad

o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia, y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

- b) Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y entidades de derecho público de distintas Administraciones, se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, que deberá ser publicado en el “Boletín Oficial del Estado”, en el boletín oficial de la comunidad autónoma o en el de la provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las comunidades autónomas por las diputaciones provinciales o, en su caso, cabildos o consejos insulares, que se registrará por la legislación de régimen local.

En cualquier caso, la encomienda de gestión sigue siendo una institución con unos contornos normativos escasamente definidos, que dificultan al operador jurídico la tarea de delimitar con facilidad su régimen jurídico.

2.2

Los encargos a medios propios o servicios técnicos en la nueva Ley del sector público: requisitos

El Tribunal de Cuentas, en las recomendaciones finales del Informe anteriormente citado¹⁷ (en este caso la tercera de las recomendaciones), ponía de relieve que la justificación del recurso al empleo de la encomienda (encargo a medio propio) debía estar siempre sustentada en informes o estudios que acreditaran, por un lado, la existencia de las necesidades a satisfacer, y la carencia de medios técnicos idóneos para afrontarlas directamente por los órganos o unidades administrativas encomendantes, y, por otro, la mayor idoneidad del empleo de la encomienda (encargo a medio propio) frente a otras formas posibles de suplir las necesidades a cubrir (procedimiento de licitación pública, convenios de colaboración, convocatoria de subvenciones, etc.). En todo caso, debía acreditarse y documentarse, con los informes oportunos, que la opción de la encomienda (encargo a medio propio) fuera la más idónea por razones de economía o de eficiencia.

La necesidad de llevar a cabo esta regulación viene de mucho antes. El Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre los medios pro-

17. Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1088, de 30 de abril de 2015. En el mismo sentido el Informe de fiscalización de los encargos o encomiendas contractuales a medios propios formalizados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en el ejercicio 2013, de la Cámara de Cuentas de Aragón.

prios y las encomiendas de gestión, ya citado, en relación con implicaciones de la encomienda de gestión desde la óptica de la promoción de la competencia, referido a los años 2007-2012, y el Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas de 28 de noviembre, sobre la utilización de la encomienda de gestión regulada en el TRLCSP, referido a los ejercicios 2008-2012, apuntaban en esa dirección. Y, como advertían cualificados expertos en contratación pública, se estaba configurando una especie de “código penal de las encomiendas”, pues en él se tipificaban conductas que debían evitarse, bien mediante decisiones del órgano de contratación o bien mediante una regulación específica, concreta y restrictiva¹⁸.

La LRJSP, siguiendo la senda marcada por el Tribunal de Cuentas, afronta esta regulación específica, concreta y restrictiva, en el Capítulo II (“Organización y funcionamiento del sector público institucional estatal”) del Título II (“Organización y funcionamiento del sector público institucional”).

En primer lugar, y después de reconocer que las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores, y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador –cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el TRLCSP¹⁹, se aborda el concepto de medio propio.

18. MOREO MARROIG, T.: “¿El código penal de las encomiendas?”, en <http://fiscalizacion.es/2013/12/21/teresa-moreo/> [Última entrada, 15 de febrero de 2016].

19. Circular 4/2015, de 20 de mayo, de la Intervención General de la Administración General del Estado, sobre diversos aspectos relacionados con las encomiendas de gestión reguladas en los artículos 4.1.n) y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 4.1.n) del TRLCSP excluye del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos los siguientes negocios jurídicos: “Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190”.

El artículo 24.6 del TRLCSP hace algunas precisiones en cuanto al régimen jurídico y dispone que:

A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pue-

El artículo 86.2 establece:

Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.*
- b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.*

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación “Medio Propio” o su abreviatura “M.P.”.

Este precepto añade, además, que a la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior, y que deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico.

El contenido y carácter del informe del interventor, aun cuando no es de aplicación este precepto al ámbito local, no es pacífico, al menos en una primera interpretación.

den ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En principio es la memoria justificativa la que debe acreditar el cumplimiento de las siguientes circunstancias:

- 1.^a La disposición de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social. La posibilidad de que las entidades consideradas medios propios no dispusieran de los medios suficientes para ejecutar los encargos por sí mismas y, por tanto, debieran trasladar la ejecución del encargo a un tercero, fue ampliamente debatida²⁰. La JCCA, en su Informe 65/2007, de 29 de enero de 2009, sobre si una determinada sociedad municipal se podía considerar medio propio del ayuntamiento, entendió que había que añadir un último requisito a los del artículo 24.6 de la LCSP, y este era: la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión. Y en tal sentido, el medio propio debe disponer de personal y medios materiales y técnicos para ejecutar la encomienda. Este es el criterio que recoge la LRJSP.
- 2.^a El objeto social. Es decir, que el objeto del encargo esté incluido en el objeto social del ente instrumental. El objeto social es la expresión de la actividad o actividades a las que se dedica el ente instrumental. Este requisito es una consecuencia de la concordancia que debe existir entre el objeto del contrato y el objeto social de la empresa. Son numerosos los informes de los órganos consultivos y de los tribunales administrativos de contratos en esta materia²¹.
- 3.^a El cumplimiento de alguna de las dos circunstancias que establece el citado artículo, es decir, eficiencia, eficacia y sostenibilidad, con criterios económicos, o bien razones de seguridad pública o urgencia. El problema que se plantea viene al valorar la eficiencia con criterios de rentabilidad económica (esto es, medida en dinero, aunque no necesariamente tiene por qué ser únicamente el coste, se pueden valorar también aspectos como tiempo, impacto de la medida...) si previamente no se ha licitado esa prestación y no tenemos antecedentes, dependiendo de la información y validez de la misma que haya disponible o publicada.

En cuanto al informe del interventor, habrá que recordar que en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se entiende por sostenibilidad finan-

20. Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, de 5 de junio de 2006, referido al artículo 3.1 l del TRLCAP, y la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía en el Informe 2/2008.

21. Informe 8/2005, de 4 de octubre, JCCA *Cataluña*; Informe 11/08, de 30 de abril de 2009, JCCA *Baleares*; Informe 2/2013, de 23 de enero, JCCA *Aragón*; y resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 148/2011, de 25 de mayo, y 208/2013, de 5 de junio.

ciera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento de la Intervención viene precedido de una memoria justificativa, que incluirá los informes sobre el coste del servicio y el apoyo técnico recibido, que, dice la Ley, deberán ser publicitados, y por lo tanto explicitados. El informe del interventor es un informe preceptivo, que no vinculante, de legalidad y no de oportunidad²², que valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas a la vista de la memoria y considerando toda la información económico-financiera disponible: presupuesto en vigor, planes presupuestarios a medio plazo, magnitudes de la última liquidación, cumplimiento de estabilidad presupuestaria, de regla de gasto, nivel de deuda, existencia de planes económico-financieros, de saneamiento o de ajuste en vigor, etc. En todo caso, este informe no se deriva de la función interventora, de manera que no puede concluir en reparo, sin perjuicio del sentido del informe que también emita la Intervención sobre el mismo procedimiento (expediente) en funciones de fiscalización.

Y para poner algo de orden y control, el artículo 82 LRJSP crea el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local, que se configura como un registro público administrativo que garantiza la información pública y la ordenación de todas las entidades integrantes del sector público institucional, cualquiera que sea su naturaleza jurídica²³. La integra-

22. Sentencia 143/2013, de 11 de julio de 2013 [recurso de inconstitucionalidad 1598-2004. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Competencias sobre régimen local; autonomía local: constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos a las potestades públicas de los entes locales, las formas de gestión de los servicios públicos locales y el régimen de participación ciudadana, así como a la organización y gestión económico-financiera de los municipios de gran población], en la que, como conocéis, el Tribunal Constitucional rechazó la alegación de la abogada de la Generalitat de Cataluña, que consideraba que las funciones encomendadas por los preceptos impugnados a funcionarios de habilitación nacional sobrepasaban las reservadas por el art. 92.2 LBRL a dichos funcionarios e invadían los puestos de plantilla de los funcionarios locales, vulnerando la autonomía municipal; por ejemplo, el control de eficacia atribuido en el art. 136 LBRL a la Intervención general municipal implicaba, a juicio de la recurrente, una valoración de la gestión y de la función ejecutiva llevadas a cabo por los órganos de gobierno del ayuntamiento, que solo pueden ser enjuiciadas en relación con los objetivos políticos determinados por dichos órganos. Es decir, que se trataba de un control de oportunidad. El Tribunal Constitucional lo rechazó, por considerar que era un control de legalidad.

23. Se sigue la senda del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales; que creó, a partir de la información contenida en la Base de Datos General de Entidades Locales (regulada en el artículo 27 de

ción y gestión de dicho Inventario y su publicación dependerán de la Intervención General de la Administración del Estado, y la captación y el tratamiento de la información enviada por las comunidades autónomas y las entidades locales, para la formación y el mantenimiento del Inventario, dependerán de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local. El Inventario de Entidades del Sector Público contendrá, al menos, información actualizada sobre la naturaleza jurídica, la finalidad, las fuentes de financiación, la estructura de dominio, en su caso, la condición de medio propio, los regímenes de contabilidad, presupuestario y de control, así como la clasificación en términos de contabilidad nacional, de cada una de las entidades integrantes del sector público institucional.

3

La regulación de los convenios en la LRJSP y en la LPAC

En la práctica administrativa han sido –y todavía son– frecuentes los convenios de colaboración. Su tipología es muy variada, pero a menudo se han utilizado como una vía cómoda para lograr determinados fines radicalmente distintos de lo que debía ser su espíritu y finalidad. Así, los convenios se utilizaban para conceder subvenciones, obtener la prestación de servicios a cambio de una contraprestación económica, e incluso, en ocasiones, se ha pretendido utilizar la vía convencional para adquirir bienes. El abuso que durante años se ha venido realizando de esta figura deriva de su escasa regulación legal, y de la falta de controles eficaces en su aplicación²⁴.

La LRJSP, al final del Título Preliminar, regula los convenios administrativos, en la línea prevista en el Dictamen 878 del Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre de 2010, que recomendaba sistematizar su marco legal y tipología, establecer los requisitos para su validez, e imponer la obligación de remitirlos al propio Tribunal. De este modo, y así se afirma en el preámbulo de la Ley, se desarrolla un régimen completo de los convenios, que fija su contenido mínimo, clases, duración y extinción, y asegura su control por

este mismo Reglamento), el Inventario de Entes del Sector Público Local. Y por la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se establece el Inventario de Entes Dependientes de las Comunidades Autónomas.

24. YÁÑEZ DÍAZ, C.: “De los convenios de colaboración a los acuerdos de cooperación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como corrector de abusos y creador de soluciones en la contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 133, septiembre-octubre 2014.

el Tribunal de Cuentas. La regulación se lleva a cabo en el Capítulo VI (“De los convenios”) del Título Preliminar.

3.1

El concepto de convenio administrativo

El régimen jurídico de los convenios administrativos ha sido un territorio inhóspito para cualquier operador jurídico. El convenio administrativo es una figura a la que se ha recurrido de forma reiterada, abusiva e inapropiada en muchas ocasiones. Entre otras razones, ya lo hemos indicado, por la inexistencia de un concepto normativo de esta figura jurídica.

La LRJSP en su artículo 47.1 define los convenios como: “los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”. Ese mismo artículo contiene también una definición en negativo, al decir que: “No tienen la consideración de convenios, los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles”.

El convenio es, pues, un acuerdo con efectos jurídicos, lo que significa que su naturaleza es la de un negocio jurídico bilateral, al igual que el contrato. El negocio bilateral resulta de declaraciones simultáneas de dos o más voluntades, generándose obligaciones, por lo menos, respecto de una de ellas. En el negocio bilateral, las voluntades se cruzan, a diferencia del acto colectivo en que las voluntades se suman. No es el número de partes que intervienen en el negocio lo que lo califica de bilateral, sino la simultaneidad de las declaraciones de voluntad. La voluntad no es solo constitutiva del negocio, sino reguladora de sus efectos, conforme a la teoría clásica del negocio jurídico.

Distingue la Ley, y hace bien, el convenio de los “Protocolos Generales de Actuación” o instrumentos similares. Los protocolos vienen a ser precontratos. En el mundo del derecho privado es larga la tradición dogmática que diferencia los contratos de los precontratos. La teoría tradicional del precontrato lo considera como un contrato cuyo objeto es la celebración de un futuro contrato, que por el momento no se quiere o no se puede celebrar. En consecuencia no hay acción tendente al cumplimiento coactivo, puesto que

se precisa de un ulterior consentimiento. El convenio, como el contrato, es exigible, pues incluye una prestación, un compromiso o una obligación debida.

Excluye la Ley, y también hace bien, la posibilidad de que los convenios tengan por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustarán a lo previsto en la legislación de contratos del sector público. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había tenido ocasión de pronunciarse en el mismo sentido. La STS de 18 de febrero de 2004 interpreta restrictivamente el concepto de convenio de colaboración con los particulares, con el fin de evitar que la aplicación abusiva de esta figura pueda determinar una lesión de los principios de libre publicidad y concurrencia en la contratación de las Administraciones Públicas, de especial relevancia en la jurisprudencia comunitaria; y declara nulo un convenio establecido con una asociación de ganaderos, encaminado a la creación de una Unidad de Sanidad Porcina en Lérida, cuya actividad y finalidades pertenecen claramente al ámbito del sector público relacionado con la sanidad animal²⁵.

Finalmente, a tenor del artículo 48.9 LRJSP, tampoco se aplican las normas de los convenios a la terminación convencional del procedimiento administrativo común, ni a las encomiendas de gestión.

El artículo 86 LPAC, al regular la terminación convencional del procedimiento administrativo común, establece que las Administraciones Públicas

25. “[...] a través de un denominado convenio de colaboración, concertado de modo directo y sin previo expediente que posibilite la concurrencia de otros posibles interesados que reúnan las condiciones de una oferta pública que no se ha formulado, el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña ha concertado con una entidad privada, constituida casi de modo simultáneo y para la consecución de unos fines que se solapan con los que va a perseguir la unión resultante de ese convenio, la prestación conjunta de un servicio de interés público que se considera de vital importancia para la provincia de Lérida, que supone importantes prestaciones materiales y pecuniarias y el otorgamiento a esa entidad privada de la facultad de proyectar y promover planes voluntarios y obligatorios de erradicación de enfermedades, realización de controles sistemáticos sanitarios en granjas y establecimientos porcinos, emisión de informes técnicos y certificados sanitarios, o cualesquiera otras actividades que le sean encomendadas por el Departamento correspondiente; y también la utilización del laboratorio oficial de Sanidad Ganadera y disposición conjunta del personal oficial adscrito, con la consiguiente facturación de los servicios, a cambio de una aportación pecuniaria que implica el sufragio de los gastos que ocasionen las actuaciones derivadas del convenio suscrito. No cabiendo dudar que el objeto del concierto pactado se halla directamente vinculado a la actividad específica de la Administración Pública contratante y satisface de manera directa una finalidad pública de la propia competencia de esta, ha de concluirse igualmente que se encuentra incluido en el apartado b) del artículo 5.º de la Ley de Contratos del Estado y que no puede equipararse a los convenios de colaboración con particulares a que se refiere el apartado d) del artículo 3.º de la misma Ley, a los efectos de dispensa de someterse a los principios establecidos en su artículo 11” (FJ 6.º).

podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. Estos instrumentos deben establecer, como contenido mínimo, la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no, según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados. Pues bien, a estos acuerdos, pactos, convenios o contratos, no les es de aplicación la regulación de la LRJSP.

En resumen, la LRJSP separa y diferencia con claridad los convenios administrativos, de los protocolos generales de actuación, contratos, instrumentos de terminación convencional del procedimiento administrativo común, y encomiendas de gestión.

3.2

Clases de convenios administrativos

Son tres las modalidades de convenios administrativos que contempla el artículo 47.2 LRJSP. Los convenios que suscriban las Administraciones Públicas, los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, deberán corresponder a alguno de los siguientes tipos:

1. Convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones Públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas.

La jurisprudencia constitucional ha destacado en varias ocasiones la existencia del principio de cooperación, subyacente en la estructura del Estado de las autonomías, que implica, en cierta forma, una técnica de reconducción a la unidad de todas las Administraciones Públicas. Existen diversas Administraciones Públicas —estatal, autonómicas y locales—, pero todas ellas forman parte de un mismo sistema administrativo. Cada Adminis-

tración en concreto (no ya cada esfera administrativa o tipo de Administración Pública) constituye, en este sistema administrativo, un elemento o un subsistema, cuya actuación puede afectar a todo el conjunto. De aquí que todas las piezas del sistema administrativo, como aparato servicial del Estado-comunidad, deban guardar entre sí una estrecha conexión que se expresa, en su sentido más amplio, en el deber de lealtad institucional de cada una de ellas respecto a las demás²⁶. Los convenios interadministrativos son, por tanto, una manifestación genuina de la potestad organizativa externa de las Administraciones Públicas, en la medida en que buscan fuera de su campo de influencia una colaboración de otra u otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias compartidas, concurrentes, indistintas o paralelas, o, al menos, un medio para la satisfacción de intereses mutuos, aunque la competencia corresponda en exclusiva a una de las Administraciones intervinientes²⁷.

2. Convenios intradministrativos firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública.
3. Convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de derecho privado.

Quedan excluidos los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más comunidades autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se regirán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos estatutos de autonomía. Y los convenios no constitutivos ni de tratado internacional ni de acuerdo internacional administrativo, ni de acuerdo internacional no normativo, firmados entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de derecho internacional, que estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes.

3.3

Requisitos de validez y eficacia de los convenios administrativos

Son muchos los extremos que presenta el régimen jurídico de los convenios, basta pensar en temas tales como eficacia, nulidad, modificación o extinción

26. LLISSET CANELLES, A.: “Incidencia de la figura de los convenios de cooperación interadministrativa en la teoría de las formas de gestión de los servicios públicos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 11, junio 1997.

27. LLISSET BORRELL, F.: “Los convenios interadministrativos de los entes locales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 67, 1990.

de los mismos, o bien en las posibilidades de control en sede judicial de las actuaciones y los compromisos asumidos a través de esta técnica de colaboración.

El artículo 48 LRJSP regula los requisitos de validez y eficacia de los convenios, aunque este precepto no agota la regulación de todos los requisitos de validez y eficacia de los mismos.

a) Competencia para la celebración del convenio.

La Ley, después de reconocer a las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, la potestad para suscribir convenios con sujetos de derecho público y privado, sin que ello pueda suponer cesión de la titularidad de la competencia, regula el órgano competente para suscribir el convenio.

En el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, podrán celebrar convenios los titulares de los departamentos ministeriales y los presidentes o directores de dichas entidades y organismos públicos.

En el ámbito de la Administración local, corresponderá al alcalde suscribir los convenios en ejercicio de sus competencias de dirección y representación del ayuntamiento.

La LBRL atribuye al pleno del ayuntamiento la aprobación de los convenios de fusión de municipios –el convenio de fusión deberá ser aprobado por mayoría simple de cada uno de los plenos de los municipios fusionados, artículo 13.6 LBRL–. La adopción de los acuerdos previstos en el artículo 47.2 LBRL, siempre que traigan causa de una fusión, será por mayoría simple de los miembros de la corporación. Corresponde, asimismo, al pleno municipal la aprobación de los convenios urbanísticos que vayan a alterar instrumentos de planeamiento, artículo 22.2 c) LBRL. Y la aceptación de la delegación de competencias hecha por otras Administraciones Públicas también corresponde al órgano plenario del ayuntamiento, artículo 22.2 g) LBRL.

El artículo 48.8 LRJSP prevé que, cuando el convenio tenga por objeto la delegación de competencias en una entidad local, deberá cumplir con lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Remisión que hay que entender realizada al artículo 27 LBRL²⁸.

28. El artículo 27 LBRL, modificado por el artículo 1.10 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, dispone:

1. *El Estado y las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en los municipios el ejercicio de sus competencias.*

La delegación habrá de mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

La delegación deberá determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de esta, que no podrá ser inferior a cinco años, así como el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos, que esta asigne sin que pueda suponer un mayor gasto de las Administraciones Públicas.

La delegación deberá acompañarse de una memoria económica donde se justifiquen los principios a que se refiere el párrafo segundo de este apartado y se valore el impacto en el gasto de las Administraciones Públicas afectadas sin que, en ningún caso, pueda conllevar un mayor gasto de las mismas.

2. Cuando el Estado o las comunidades autónomas deleguen en dos o más municipios de la misma provincia una o varias competencias comunes, dicha delegación deberá realizarse siguiendo criterios homogéneos.

La Administración delegante podrá solicitar la asistencia de las diputaciones provinciales o entidades equivalentes para la coordinación y seguimiento de las delegaciones previstas en este apartado.

3. Con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las comunidades autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias:

- a) Vigilancia y control de la contaminación ambiental.
- b) Protección del medio natural.
- c) Prestación de los servicios sociales, promoción de la igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia contra la mujer.
- d) Conservación o mantenimiento de centros sanitarios asistenciales de titularidad de la comunidad autónoma.
- e) Creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil.
- f) Realización de actividades complementarias en los centros docentes.
- g) Gestión de instalaciones culturales de titularidad de la comunidad autónoma o del Estado, con estricta sujeción al alcance y condiciones que derivan del artículo 149.1.28.^a de la Constitución española.
- h) Gestión de las instalaciones deportivas de titularidad de la comunidad autónoma o del Estado, incluyendo las situadas en los centros docentes cuando se usen fuera del horario lectivo.
- i) Inspección y sanción de establecimientos y actividades comerciales.
- j) Promoción y gestión turística.
- k) Comunicación, autorización, inspección y sanción de los espectáculos públicos.
- l) Liquidación y recaudación de tributos propios de la comunidad autónoma o del Estado.
- m) Inscripción de asociaciones, empresas o entidades en los registros administrativos de la comunidad autónoma o de la Administración del Estado.
- n) Gestión de oficinas unificadas de información y tramitación administrativa.
- o) Cooperación con la Administración educativa a través de los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

4. La Administración delegante podrá, para dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados, dictar instrucciones técnicas de carácter general y recabar, en cualquier momento, información sobre la gestión municipal, así como enviar comisionados y formular los requerimientos pertinentes para la subsanación de las deficiencias observadas. En caso de incumplimiento de las directrices, denegación de las informaciones solicitadas, o inobservancia de los requerimientos formulados, la Ad-

El art. 27 LBRL regula el régimen de delegación de competencias del Estado y las comunidades autónomas, delegación dirigida a la mejora de la eficiencia de la gestión pública y a la eliminación de duplicidades administrativas, y vinculándola a los principios de estabilidad y sostenibilidad financiera. Esta vinculación se traduce en otra exigencia relacionada directamente, como es que se deberá adjuntar una memoria económica (apdo. 1); exige también que, cuando se deleguen competencias en dos o más municipios de la misma provincia, se haga con criterios homogéneos (apdo. 2); por su parte, el apartado 3 contiene una lista, no exhaustiva, de las materias que pueden ser objeto de delegación, en las que deben seguirse igualmente criterios homogéneos. Asimismo, se obliga a que la delegación vaya acompañada de la financiación correspondiente, estableciendo que será necesaria una dotación presupuestaria adecuada y suficiente, y sancionando con la nulidad el incumplimiento de estas previsiones (apdo. 6). Finalmente, se determina que la disposición o el acuerdo de delegación debe contener las causas de revocación o renuncia de la delegación, y que debe incluir entre las causas de renuncia el incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración delegante, o la imposibilidad sobrevenida de realizar la delegación sin menoscabo del ejercicio de sus competencias (apdo. 7).

A la vista de la nueva redacción del artículo 57 bis LBRL²⁹, no creo que se prodiguen este tipo de convenios administrativos, al menos durante

ministración delegante podrá revocar la delegación o ejecutar por sí misma la competencia delegada en sustitución del municipio. Los actos del municipio podrán ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante.

5. *La efectividad de la delegación requerirá su aceptación por el municipio interesado.*

6. *La delegación habrá de ir acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación.*

El incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración autonómica delegante facultará a la entidad local delegada para compensarlas automáticamente con otras obligaciones financieras que esta tenga con aquella.

7. *La disposición o acuerdo de delegación establecerá las causas de revocación o renuncia de la delegación. Entre las causas de renuncia estará el incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración delegante o cuando, por circunstancias sobrevenidas, se justifique suficientemente la imposibilidad de su desempeño por la Administración en la que han sido delegadas sin menoscabo del ejercicio de sus competencias propias. El acuerdo de renuncia se adoptará por el pleno de la respectiva entidad local.*

8. *Las competencias delegadas se ejercen con arreglo a la legislación del Estado o de las comunidades autónomas.*

29. El artículo 57 bis LBRL se añade por el artículo 1.17 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, y regula la garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas, en los siguientes términos:

algún tiempo. Este precepto establece una garantía de pago en el ejercicio de las competencias delegadas. Así, por un lado, prevé que las delegaciones de competencias de las comunidades autónomas a los entes locales, y los convenios de colaboración entre comunidades autónomas y entes locales, que impliquen obligaciones financieras o compromisos de pago a cargo de aquellas, deberán incluir una cláusula de garantía consistente en la autorización al Estado a fin de que pueda aplicar retenciones en las transferencias correspondientes del sistema de financiación (apdo. 1). Contiene también una regla referida a los acuerdos o las delegaciones que estuvieran prorrogados a la entrada en vigor de la Ley, en la que se establece que solo podrán volver a prorrogarse si se incluye la referida cláusula de garantía (apdo. 2). Finalmente, el precepto examinado remite la regulación del procedimiento para la aplicación de las citadas retenciones a una futura Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (apdo. 3).

Este nuevo artículo 57 bis –por el que se impone a las comunidades autónomas, para el caso de incumplimiento de las obligaciones financieras

1. Si las comunidades autónomas delegan competencias o suscriben convenios de colaboración con las entidades locales que impliquen obligaciones financieras o compromisos de pago a cargo de las comunidades autónomas, será necesario que estas incluyan una cláusula de garantía del cumplimiento de estos compromisos consistente en la autorización a la Administración General del Estado a aplicar retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación. La citada cláusula deberá establecer, en todo caso, los plazos para la realización de los pagos comprometidos, para la reclamación por parte de la entidad local en caso de incumplimiento por parte de la comunidad autónoma de la obligación que hubiere contraído y para la comunicación a la Administración General del Estado de haberse producido dicho incumplimiento, teniendo en cuenta el plazo que, en su caso, se pueda establecer mediante la Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la que se refiere el apartado 3 de este artículo. Para la aplicación de esta cláusula no será precisa la autorización previa a la que hace referencia la disposición adicional septuagésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

2. Los acuerdos de delegación de competencias y convenios de colaboración que, a la entrada en vigor de la presente norma, hayan sido objeto de prórroga, expresa o tácita, por tiempo determinado, solo podrán volver a prorrogarse en el caso de que se incluya en los mismos la cláusula de garantía a la que hace referencia el apartado anterior. Esta norma será de aplicación a aquellos acuerdos que se puedan prorrogar, expresa o tácitamente, por vez primera con posterioridad a la citada entrada en vigor.

3. El procedimiento para la aplicación de las retenciones mencionadas en el apartado 1 anterior y la correspondiente puesta a disposición a favor de las entidades locales de los fondos retenidos a las comunidades autónomas se regulará mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la que se refiere la disposición adicional septuagésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

o los compromisos de pago que tengan asumidos en tales convenios, la inclusión de una cláusula de garantía de pago que autoriza a la Administración del Estado la retención en las transferencias correspondientes al sistema de financiación— ha sido considerado, por algunas comunidades autónomas, inconstitucional³⁰.

Como señala FUERTES LÓPEZ, la imposición de esta exigencia como obligatoria suscita reparos. Una cosa es que las partes, de manera voluntaria, acuerden establecer las garantías de cumplimiento que consideren oportunas (y, en este sentido, en un convenio puede incluirse una cláusula que facilite el cobro ante la Administración General del Estado de aquellas cantidades que adeude la comunidad autónoma, lo que no es sino una muestra de la admisión del “pago por tercero” en el cumplimiento de las obligaciones —recogida en el artículo 1158 del Código Civil—), y otra muy distinta que el legislador estatal imponga como obligatorio este instrumento, que puede resultar desproporcionado y poco respetuoso con la libertad de pacto de las partes. Mecanismos para garantizar las obligaciones deben incluirse, con el fin de que la posición de los ayuntamientos quede asegurada. Pero el legislador podría haber establecido varias alternativas posibles y entre ellas acoger esta para que las partes la tomaran en consideración³¹.

30. *Vid.* Dictamen 172/2014, de 8 de mayo, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con la Propuesta de Resolución del recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 27/20113, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Este precepto se cuestiona por el Gobierno canario, en tanto que la inclusión de la cláusula de garantía de pago que autoriza a la Administración del Estado la retención en las transferencias correspondientes al sistema de financiación vulnera las competencias autonómicas, en la medida en que la depuración de la responsabilidad de las actuaciones que desarrolle la comunidad autónoma en el ejercicio de sus competencias la tiene que ejercer la propia comunidad autónoma, y no la entidad local suscriptor del convenio o el Estado. Por otro lado se mantiene que la inclusión de la cláusula de garantía de pago exigida en la Ley supone una restricción de la autonomía de la voluntad de las partes en el ejercicio de sus respectivas competencias, sin que la Ley lo fundamente con carácter general.

Pero, a juicio del Consejo Consultivo, “los señalados argumentos no permiten sostener la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados ya que la retención efectuada por el Estado en las transferencias que corresponden a la comunidad autónoma requiere de la previa cláusula de garantía que ha de incluir la comunidad autónoma. Por lo demás, el Gobierno no alega motivos de otra índole, conectados singularmente a su autonomía financiera, que permitan cuestionar el precepto”.

31. FUERTES LÓPEZ, M.: “Los consorcios y convenios en la Ley del sector público”, conferencia impartida en la *Jornada sobre las leyes 39 y 40 de procedimiento administrativo y régimen jurídico del sector público*, celebrada en Barcelona el 20 de noviembre de 2015, y organizada por el Seminari de Dret Local y la Federació de Municipis de Catalunya. Puede consultarse en la página <http://www.fmc.cat/documents/14264/doc/Pon%C3%A8ncia%20Mercedes%20Fuertes.pdf> [última entrada, 15 de febrero de 2016].

Por su parte, el presupuesto local debe incluir, como documentación, la relación de convenios en los que se incluye esta cláusula para garantizar el gasto social, conforme al artículo 168 TRLHL³².

b) Eficiencia y sostenibilidad.

La LRJSP recoge una serie de manifestaciones principales, a las que da el rango de requisitos de eficacia y validez:

- *Eficiencia de la gestión pública*: La suscripción de convenios debe mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- *Sujeción a la legislación presupuestaria*: La gestión, justificación y resto de actuaciones relacionadas con los gastos derivados de los convenios que incluyan compromisos financieros para la Administración Pública (o cualquiera de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes que los suscriban), así como con los fondos comprometidos en virtud de dichos convenios, se ajustarán a lo dispuesto en la legislación presupuestaria.
- *Sostenibilidad financiera*: Los convenios que incluyan compromisos financieros deberán ser financieramente sostenibles, debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio.
- *Contención económica*: Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio.

Y siempre que el convenio instrumente una subvención, deberá cumplir con lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en la normativa autonómica de desarrollo que, en su caso, resulte aplicable.

32. El artículo 168.1 f) TRLHL, modificado por la disposición final 1.2 del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico, establece que al presupuesto de la entidad local habrá de unirse, entre otra documentación, un anexo con información relativa a los convenios suscritos con las comunidades autónomas en materia de gasto social, con especificación de la cuantía de las obligaciones de pago y de los derechos económicos que se deben reconocer en el ejercicio al que se refiere el presupuesto general, y de las obligaciones pendientes de pago y derechos económicos pendientes de cobro, reconocidos en ejercicios anteriores, así como de la aplicación o partida presupuestaria en la que se recogen, y la referencia a que dichos convenios incluyen la cláusula de retención de recursos del sistema de financiación a la que se refiere el artículo 57 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

c) Perfección e inscripción.

Los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes. Los convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes, resultarán eficaces una vez inscritos en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal, al que se refiere la disposición adicional séptima³³, y publicados en el “Boletín Oficial del Estado”. Previamente, y con carácter facultativo, se podrán publicar en el boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia que corresponda a la otra Administración firmante. De manera que la inscripción tiene carácter constitutivo.

Además, y de acuerdo con cuanto establece el artículo 53 LRJSP, dentro de los tres meses siguientes a la suscripción de cualquier convenio cuyos compromisos económicos asumidos superen los 600 000 euros, deberá remitirse electrónicamente al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma, según corresponda. Igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma, según corresponda, las modificaciones, prórrogas o

33. La disposición adicional séptima regula el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación, y establece:

1. *La Administración General del Estado mantendrá actualizado un registro electrónico de los órganos de cooperación en los que participa ella o alguno de sus organismos públicos o entidades vinculados o dependientes y de convenios celebrados con el resto de Administraciones Públicas. Este registro será dependiente de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.*

2. *La creación, modificación o extinción de los órganos de cooperación, así como la suscripción, extinción, prórroga o modificación de cualquier convenio celebrado por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades vinculados o dependientes deberá ser comunicada por el órgano de esta que lo haya suscrito, en el plazo de quince días desde que ocurra el hecho inscribible, al Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación.*

3. *Los departamentos ministeriales que ejerzan la secretaría de los órganos de cooperación deberán comunicar al registro antes del 30 de enero de cada año los órganos de cooperación que hayan extinguido.*

4. *El ministro de Hacienda y Administraciones Públicas elevará anualmente al Consejo de Ministros un informe sobre la actividad de los órganos de cooperación existentes, así como sobre los convenios vigentes a partir de los datos y análisis proporcionados por el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación.*

5. *Los órganos de cooperación y los convenios vigentes disponen del plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la Ley, para solicitar su inscripción en este Registro.*

6. *Los órganos de cooperación que no se hayan reunido en un plazo de cinco años desde su creación o en un plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley quedarán extinguidos.*

variaciones de plazos, las alteraciones de los importes de los compromisos económicos asumidos, y la extinción de los convenios indicados.

3.4

El contenido de los convenios administrativos y el procedimiento para su aprobación

El artículo 49 LRJSP regula el contenido de los convenios, que deberán incluir, al menos, las siguientes materias:

- a) Sujetos que suscriben el convenio y la capacidad jurídica con que actúa cada una de las partes.
- b) La competencia en la que se fundamenta la actuación de la Administración Pública, de los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella o de las Universidades públicas.
- c) Objeto del convenio y actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento, indicando, en su caso, la titularidad de los resultados obtenidos.
- d) Obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, si los hubiera, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente, de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria.
- e) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes, y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento.
- f) Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes. Este mecanismo resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios.
- g) El régimen de modificación del convenio. A falta de regulación expresa, la modificación del contenido del convenio requerirá acuerdo unánime de los firmantes.
- h) Plazo de vigencia del convenio, teniendo en cuenta las siguientes reglas:
 - 1.^a Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.
 - 2.^a En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar

unánimemente su prórroga por un período de hasta cuatro años adicionales o su extinción.

La Ley aborda, con singular conocimiento de la práctica convencional, varios de los problemas crónicos de la institución convencional. Uno de ellos, el plazo de vigencia de los convenios. Son legión los convenios administrativos que carecen de plazo y término. Los convenios se han venido “estirando”, como consecuencia de la omisión del plazo de vigencia y del procedimiento para su prórroga.

El segundo, el mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio, y de los compromisos adquiridos por los firmantes, que la Ley regula de forma abierta. Este es un apartado de importancia. Son las partes del convenio quienes deben configurar el tipo de órgano de seguimiento: pueden escoger un órgano mixto en el que participen representantes de cada parte, pero también pueden remitir las diferencias a un órgano arbitral. Piénsese en los sectores donde se está aconsejando una introducción de medios alternativos a la resolución de conflictos administrativos, y, concretamente, del arbitraje administrativo, como son las cuestiones de personal, los contratos y concesiones administrativas, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la expropiación forzosa, la disciplina deportiva, el urbanismo y el medio ambiente, los transportes y comunicaciones, la Administración electoral, sindical y laboral, el consumo y otros sectores semejantes.

En cuanto a su tramitación –refiere el artículo 50 LRJSP–, el convenio se debe acompañar de una memoria justificativa, en la que se analicen su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de lo previsto en esta Ley. Es decir, tiene un contenido positivo, que son la necesidad, la oportunidad y el impacto económico, y otro negativo, pues hay que justificar que no nos encontramos ante un contrato.

Los convenios que suscriban la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes se acompañarán además de:

- a) El informe de su servicio jurídico. No será necesario solicitar este informe cuando el convenio se ajuste a un modelo normalizado informado previamente por el servicio jurídico que corresponda.
- b) Cualquier otro informe preceptivo que establezca la normativa aplicable.
- c) La autorización previa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su firma, modificación, prórroga y resolución por mutuo acuerdo entre las partes.

Cuando los convenios plurianuales suscritos entre Administraciones Públicas incluyan aportaciones de fondos por parte del Estado para financiar

actuaciones a ejecutar exclusivamente por parte de otra Administración Pública, y el Estado asuma, en el ámbito de sus competencias, los compromisos frente a terceros, la aportación del Estado de anualidades futuras estará condicionada a la existencia de crédito en los correspondientes presupuestos.

3.5

La extinción de los convenios administrativos. Efectos de su resolución

Los convenios se extinguen, y así se establece en el artículo 51 LRJSP, por el cumplimiento de las actuaciones que constituyen su objeto, que es la finalización natural del convenio, o por incurrir en causa de resolución.

Son causas de resolución:

- a) El transcurso del plazo de vigencia del convenio sin haberse acordado la prórroga del mismo.
- b) El acuerdo unánime de todos los firmantes.
- c) El incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes.

En este caso, cualquiera de las partes podrá notificar a la parte incumplidora un requerimiento para que cumpla en un determinado plazo con las obligaciones o compromisos que se consideren incumplidos. Este requerimiento será comunicado al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio, y a las demás partes firmantes.

Si trascurrido el plazo indicado en el requerimiento persistiera el incumplimiento, la parte que lo dirigió notificará a las partes firmantes la concurrencia de la causa de resolución, y se entenderá resuelto el convenio. La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados, si así se hubiera previsto.

- d) La decisión judicial declaratoria de la nulidad del convenio.
- e) Cualquier otra causa distinta de las anteriores prevista en el convenio o en otras leyes.

El cumplimiento y la resolución de los convenios darán lugar a la liquidación de los mismos con el objeto de determinar las obligaciones y compromisos de cada una de las partes, en los términos que establece el artículo 52 LRJSP.

QDL41

**Otros
estudios,
ponencias,
crónicas o
notas**

De la representación política a la identificación orgánica

MARCOS PEÑA MOLINA

*Jefe del Servicio de Asesoría Jurídica
del Ayuntamiento de Camas. Letrado*

1. De la representación política a la identificación orgánica
2. Integración constitucional de los partidos de masas

Resumen

El advenimiento del “Estado de Partidos” tras la entrada en vigor de la Constitución alemana de Weimar, sancionada el 11 de noviembre de 1919, originó un intenso debate doctrinal en Alemania sobre su compatibilidad con la idea liberal de representación parlamentaria. El paso del mandato imperativo al mandato representativo basado en el concepto de soberanía nacional sin posibilidad de control del elector al elegido motivó numerosas críticas doctrinales, que pusieron de relieve la entrada en crisis del sistema parlamentario de partidos. Existe una contradicción indisoluble –se decía– para la conjugación de la prohibición del mandato imperativo con la institucionalización de la disciplina de partido.

La Constitución de Weimar, con la constitucionalización de los partidos políticos y la entronización del sistema electoral proporcional, dio lugar a que la doctrina constitucionalista alemana dejara de hablar de representación política, para que fuera sustituida por lo que se designó como identificación orgánica. Los partidos políticos habían dejado de pertenecer a la esfera de la sociedad civil para convertirse en órganos estatales sin los cuales el Estado carecía de capacidad de funcionamiento.

Artículo recibido el 22/02/2016; aceptado el 20/06/2016.

La consideración de que en el “moderno Estado de Partidos radicalmente igualitario” —que es como lo define el magistrado constitucional alemán Gerhard Leibholz— haya desaparecido la representación, debe hacer reflexionar sobre cuáles son los nuevos pilares en los que debe descansar un sistema democrático representativo, que es la forma de gobierno más generalizada internacionalmente. La afirmación de la inexistencia de representación política en un sistema de gobierno parlamentario de partidos de cuota proporcional exige una profunda meditación a nivel constitucional, máxime cuando se trata de uno de los requisitos necesarios para que pueda hablarse de la realidad de una democracia en sentido formal, como garantía de la libertad política colectiva, como bien afirma el pensador Antonio García-Trevijano, y de lo que ya hablara Tocqueville.

Nuestras Administraciones Públicas territoriales (estatal, autonómicas y locales) se basan en un sistema electoral proporcional puro (D’Hondt) de lista de partidos, por lo que el análisis de dicho sistema, hoy, se halla más que nunca en vigor.

Palabras clave: *Estado; partidos; democracia; representación; proporcional; doble vuelta; Leibholz; Constitución; elecciones; representación directa; García-Trevijano; Alemania; Weimar; sistema electoral; mandato imperativo; identificación; órgano.*

From political representation to organic identification

Abstract

The emergence of the “State of Political Parties” after the German Constitution of Weimar of 11 November of 1919 launched an intense debate in Germany regarding its compatibility with the liberal principle of parliamentary representation. This new scenario implied to set aside the binding mandate and to start the path towards the representative mandate based on the concept of national sovereignty. Moreover, the representative mandate took away the control of the elected from the hands of the elector. This new paradigm was severely contested and several scholars pointed out the crisis of the parliamentary system. They sustained the existence of an insurmountable contradiction between the binding mandate and the institutionalization of the party discipline.

The German Constitution of Weimar, with the constitutionalization of political parties and the proportional electoral system, pushed German constitutional scholars to replace the concept of political representation by a new one, the so-called organic identification. The political parties will not belong any more to civil society because they will now be considered public institutions essential for the operation of the State.

The vanishing of representation in the “modern State based on Political Parties and radically egalitarian” –as it was defined by the German constitutional judge Gerhard Leibholz– should open the debate about the new principles in which the representative democratic system must be based on, taking into account that this system is currently the most common form of government in the world. If we sustain the nonexistence of political representation in a parliamentary system of government based on political parties and the principle of electoral proportionality, we need a deep reflection at the constitutional level, especially when political representation is a condition for democracy, as a guarantee of the collective political freedom, like Antonio García-Trevijano and Tocqueville has sustained.

The election of the representatives of our public administrations –the State, the Autonomous Communities and Local Entities– are based on a pure proportional electoral system (D’Hondt) and the operation of political parties and, therefore, the analysis of this system is paramount.

Keywords: State; political parties; political representation; proportional electoral system; two-round elections; Leibholz; Constitution; elections; direct representation; García-Trevijano; Germany; Weimar; electoral system; binding mandate; identification; body.

1

De la representación política a la identificación orgánica

En muchos de los artículos que se publican acogiendo el pensamiento de D. Antonio García-Trevijano¹, se menciona de manera reiterada el hecho, otrora

1. Antonio GARCÍA-TREVIJANO FORTE (Alhama de Granada, Granada, 18 de julio de 1927) es abogado, político, crítico de arte y pensador español. Fue profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Granada, notario, y autor de numerosas obras, entre las que

tan discutido, de que el sistema electoral de representación proporcional de listas de partido carece de las condiciones jurídicas necesarias para que pueda producirse el efecto jurídico-político de representación del elector.

La cuestión que se pretende abordar en este artículo no es baladí. Si se llega a la conclusión de que, en un sistema electoral de lista de partidos de distribución proporcional de los escaños, la figura jurídica de la representación desaparece por completo, ello traería como consecuencia ineludible, desde un punto de vista político-constitucional, que uno de los pilares básicos del sistema democrático se viera seriamente comprometido.

Son muchos los autores que solo en España (García Pelayo, Pérez Serrano, Sánchez del Moral, Ángel Garrorena, entre otros) se han planteado el problema de la representación política en un sistema parlamentario partidista de reparto proporcional.

Es por ello por lo que este artículo intentará analizar los elementos necesarios para la existencia de la institución de la representación política, y esbozará las tesis del constitucionalismo alemán del período de entre y posguerra, que fueron las que más profundizaron y aportaron sobre el tema, por el hecho de tener en el horizonte y luego en la lejanía la sombra del totalitarismo. En consecuencia, se intentará exponer el objeto de estudio lo más sintéticamente posible, para que el lector pueda tener un conocimiento claro, sencillo, pero contundente del mismo; forzándome en evitar subterfugios léxicos que impidan apreciar inmediatamente lo que la realidad política dibuja ante nuestra propia percepción. Dicho lo cual, iniciaremos el viaje.

Desde un punto de vista puramente lingüístico, representar significa hacer de nuevo presente algo que está ausente, o sea, posibilitar la existencia de alguna cosa que realmente no está presente; puede decirse que aquello que no está “aquí” y “ahora” resulta nuevamente “traído a la presencia”.

Con estas palabras Gerhard Leibholz, presidente del Tribunal Constitucional alemán y artífice de la ilegalización del Partido Nazi en 1952, en su célebre ensayo de 1929: *La rappresentazione nella democrazia*², enmarcó lo que debía entenderse por “representación”: la representación es una estrategia contra una ausencia —por algún motivo— insuperable; representar es poner en escena, es crear una presencia evocativa o sustitutiva de una realidad que no se da (o no se da más) sino en una forma (discursivamente, simbólicamente, “escénicamente”) mediata, pero no por ello evanescente o “irreal”. La representación así entendida evoca en primer lugar un ser y, secundaria-

destaca por su internacionalidad: *A Pure Theory of Democracy*, University Press of America, 2009.

2. Gerhard LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, Giuffrè, 1989.

mente, un actuar: podríamos hablar de la representación como de un “ser por” (o “en lugar de”) un sujeto ausente y/o como de un “actuar por” (o “en lugar de”) un sujeto inactivo.

La representación exigiría, por tanto, la existencia de tres elementos necesarios: representante, representado y el/los tercero/s frente a quien/es se actúa. La actuación debería ser caracterizada como triangular, de tal forma que si el representante actúa en nombre y beneficio propio, se rompería esa relación trilateral, y se convertiría en una relación jurídica bilateral en la que los derechos y las obligaciones nacerían única y exclusivamente entre los que actúan presentes, no siendo afectado, por ende, el ausente (representado).

El problema de la representación política, que se circunscribe a cómo una colectividad desorganizada puede ser reconducida y actuada por una unidad organizada, se presenta y se inicia con la democracia representativa. En palabras de Giuseppe Guso, el problema se centró en cómo producir el paso de la multiplicidad “anárquica” de los individuos a la unidad de un orden en el que esos individuos se reconozcan miembros, reconocimiento que permite soslayar la legitimación de lo actuado por el representante.

En la Edad Media³, la representación era esencialmente jurídica, es decir, basada en el derecho privado. Así, la estructura del Parlamento medieval perdurará con casi ningún cambio hasta llegar al Antiguo Régimen, con las monarquías absolutas. La representación de una persona o de una corporación estará basada en un “mandato” que por su propia naturaleza jurídica será “imperativo” para el representante. Este no representará a una *universitas personarum*, sino única y exclusivamente al estamento o la persona de quien recibe el mandato, de la que obtiene el *cahiers d'instructions* (la carta de instrucciones, vestigio de nuestros programas políticos), cuyas reivindicaciones deberá hacer llegar al Parlamento, de forma que cualquier extralimitación en el mandato por parte del elegido no solo será nula de pleno derecho, sino que también conllevará que responda con sus propios bienes de cualquier perjuicio que pueda ocurrir.

Existen dos momentos históricos de gran importancia que por su dimensión cambiarán los fundamentos y la forma de entender la representación “política”. El primero de ellos tendrá lugar con el devenir de las revoluciones inglesa y francesa, y romperá con la forma tradicional de entender la representación (estamental), cuyo basamento se circunscribía al mandato imperativo. Se impondrá el fenómeno de la “representación nacional”, concepción del mandato cuyos partidistas intentarán justificar con la teoría de

3. Guido DE ROSSI DASSO, *Marsilio de Padua: profeta de la política moderna*, Mosca Azul Editores, 1976.

la “voluntad general y soberanía popular”. Y un segundo momento se desarrollará con la aprobación de la Constitución alemana de Weimar en 1918.

El porqué del paso de una forma de representación a otra, que conllevó casi dos siglos, no es objeto de este artículo; baste decir aquí que el cambio de concepción y de fundamento no se produjo en base a argumentaciones teóricas profundas, o por apreciaciones jurídico-filosóficas que exigieran su encaje en la doctrina roussoniana de la “soberanía popular”, como ha intentado defenderse, sino por razones mucho más terrenales, provenientes de la opinión de que el mandato imperativo era disfuncional para la buena marcha parlamentaria y convertía al elegido en un mero delegado de intereses ajenos. La “libertad” del elector era necesaria, se abogaba, para que el parlamentario pudiese desarrollar eficazmente su labor como “representante”.

En este sentido, es célebre el “Discurso a los electores de Bristol”, de 1774, por Edmund Burke. Este sostendría rotundamente el principio de absoluta libertad de los diputados respecto de sus electores. Burke, desde luego, admite que el representante debe tener en cuenta la opinión de los electores, pero no sujetar su juicio maduro a los deseos particularistas y criterios menos meditados de aquellos.

En Francia⁴, recordemos que ya la Enciclopedia, publicada como es sabido entre 1751 y 1765, recogería la voz “Representantes”, artículo sin firma cuya probable autoría corresponde al barón D’Holbach, refiriéndose al efecto a los “representantes de una nación”, ciudadanos escogidos que en un gobierno moderado están encargados por la sociedad de hablar en su nombre, de estipular sus intereses, de impedir que se la oprima, de participar en la administración.

Por su parte, Condorcet, en su *Essai sur la constitution et les fonctions des Assemblées provinciales* (1788), se inclinaba de modo inequívoco por el mandato representativo frente al mandato imperativo.

Habrà que esperar al Reglamento electoral, aprobado por una ordenanza de 24 de enero de 1789, y llamado en principio a favorecer a la burguesía, para poder constatar por vez primera la oposición regia a la estrecha sujeción de los representantes a los *cahiers*, rechazo que se explicita con toda nitidez y plenitud en la sesión del 23 de junio de 1789 –que, por otra parte, y a juicio de Tulard, marca el fin del absolutismo–, en la que no solo se anulan las limitaciones que pesaban sobre los representantes, sino que se prohíbe con vistas al futuro todo mandato imperativo.

4. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, “Partidos políticos. Representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo”, en Miguel Ángel PRESNO LINERA, *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, 2000, pág. 146.

Cabe recordar ahora la importancia que en este cambio del modelo de mandato tendría la doctrina sentada por el abate Emmanuel Joseph Sieyès, quien, en su celeberrima obra *Qu'est-ce que le Tiers état?*, tras interrogarse sobre qué es una nación, respondía: “*Un corps d’associés vivant sous une loi commune et représentés par la même législature*” (“Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por la misma legislatura”).

Ahora bien, los asociados son demasiado numerosos y están distribuidos sobre una superficie demasiado dilatada para ejercer fácilmente ellos mismos su voluntad común. ¿Qué hacer? Confiar el ejercicio de todo lo que es necesario para proveer a los cuidados públicos a una porción de la voluntad nacional.

Esta voluntad común representativa es una porción de la gran voluntad común nacional, ejerciéndola los delegados no como un derecho propio, sino como el derecho de los otros; o lo que es igual: la voluntad común no es más que un mandato.

Para Sieyès, constituye una máxima indiscutible la necesidad de no reconocer la voluntad común más que en la opinión de la mayoría, lo que le separa de Rousseau, de donde se sigue que son los representantes del “tercer estado” o “estado llano” los verdaderos depositarios de la voluntad nacional. Considerado no como una clase, sino como la nación, los representantes del “tercer estado” forman, según Sieyès, toda la asamblea nacional; tienen todos los poderes, y “*puisque ils sont seuls dépositaires de la volonté générale, ils n’ont pas besoin de consulter leurs commettants sur une dissension qui n’existe pas*”.

La culminación de todo este proceso la encontramos en la Ley de 22 de diciembre de 1789, que, como advierte Jellinek en su *Teoría general del Estado*, afirma enérgicamente el concepto de la representación, rechazando definitivamente las instrucciones, así como el derecho de los electores para revocar el mandato de los diputados, principios que serán incorporados a la Constitución francesa de 1791.

La consecuencia de toda esta transformación será que los diputados dejarán de representar a un estamento o corporación para pasar a representar al conjunto de la nación, produciéndose la imposibilidad de que el diputado esté sujeto a las instrucciones del elector, actuando aquel según su saber y conciencia, sin que pueda ser revocado su mandato anticipadamente (*recall*).

Lo expuesto produce un efecto jurídico claro, constatado por Kelsen en su *Teoría general del derecho*: la fórmula del mandato representativo, sobre la que descansa la representación política en el Estado liberal, no deja de ser una ficción política, por cuanto la independencia de los electos frente a

los electores es incompatible con la representación legal. Si no hay ninguna garantía jurídica de que la voluntad de los electores sea ejecutada por los funcionarios electos, y estos son jurídicamente independientes de los electores, no existe ninguna relación de representación o de mandato. Si pese a ello se insiste en caracterizar al Parlamento de la democracia moderna como órgano “representativo”, prescribiéndose la interdicción del mandato imperativo, es en base a la conveniencia de preconizar una ideología cuya función es ocultar la situación real y mantener la ilusión de que el legislador es el pueblo, a pesar de que, en realidad, la función del pueblo –o, dicho más correctamente, del cuerpo electoral– se encuentra limitada a la creación del órgano legislativo.

2

Integración constitucional de los partidos de masas

Las formas políticas partidistas incrementaron su participación e importancia en el desarrollo diario y cotidiano del orden político democrático de las sociedades modernas y desarrolladas de hoy en día. De esta manera, los partidos políticos actúan como un resorte o mecanismo asociativo de agrupación de intereses de diversos subgrupos de ciudadanos, cuyo objetivo primario es ser mediadores entre la sociedad civil y la estatal, organizando las aspiraciones y las voluntades políticas que se dirigen al Estado. Los partidos políticos organizan políticamente la masa social desorganizada para canalizar sus intereses. No obstante, las relaciones entre los partidos políticos y el Estado han pasado por varias fases o etapas, con carácter previo a su constitucionalización, que quedan suficientemente reflejadas en el clásico trabajo de Triepel⁵, al distinguir el mencionado autor cuatro etapas o fases diferentes que vamos a proceder a analizar, de manera sintética, a continuación.

En una primera fase, a lo largo del siglo XVIII, el Estado liberal, que se caracteriza por una férrea distinción entre esfera privada y esfera pública, además de por una continua concentración de poder en su pugna con el Estado absoluto, impone su más absoluta oposición a las formas políticas partidistas, negando su utilidad y operatividad, condenando a los partidos al ostracismo y calificándolos de meras facciones, pandillas o bandas incompatibles con el orden establecido, lo que desembocará en

5. Heinrich TRIEPEL, “Derecho constitucional y realidad constitucional”, en Kurt LENK y Franz Leopold NEUMANN, *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Anagrama, Barcelona, 1980, pág. 12.

todo un conjunto extenso de legislaciones de carácter antiasociativo y antipartidista.

En una segunda etapa, se pasa a una situación de indiferencia y abandono con respecto a las organizaciones políticas partidistas, dado el nulo reconocimiento de las mismas en las regulaciones constitucionales o legislativas de la época.

En un tercer momento, durante la primera mitad del siglo XIX, comienza a discernirse la posible compatibilidad entre partido político y Estado, y será en Inglaterra donde comience a elaborarse una teoría positiva del partido. No obstante, ya en 1714 existió un intenso debate entre el carismático y corrupto representante *whig*, Robert Walpole, y el conservador publicista Bolingbroke, representante *tory*. Una de las cuestiones fue la defensa que aquel realizaba sobre la influencia regia en la Cámara de los Comunes, lo que posibilitaba la compra por parte del rey de las voluntades políticas, como así venía desarrollándose. La otra cuestión, que provocó intensos encuentros y que constituyó un punto de inflexión y de división entre los seguidores de Walpole y los de Bolingbroke, fue el papel de los partidos políticos en la estructura constitucional de Gran Bretaña. Es decir, la posibilidad de incorporación de los partidos políticos al aparato del Estado. Los primeros entendieron, no siempre de forma coherente, que eran una pieza imprescindible del Estado constitucional, mientras que los segundos entendían que, a pesar de la importancia de los partidos en la expresión del pluralismo político, no podían convertirse en órganos del Estado⁶.

Por último, el proceso finaliza con la fase de legalización de los partidos políticos en el último tercio del siglo XIX y principios del XX. En este sentido, Estados Unidos fue precursor en este ámbito, al reconocer legalmente a los partidos en su legislación estatal y federal a partir de 1866. Sin embargo, en Francia hubo que esperar a 1910 para que los partidos fueran reconocidos legalmente a través de su regulación, así como la de los grupos políticos parlamentarios, de manera que la reglamentación del funcionamiento de dichos grupos parlamentarios será el instrumento inicial utilizado para el progresivo reconocimiento legislativo de las organizaciones políticas partidistas.

La vuelta de tuerca al proceso descrito se produce con la entrada en vigor de la Constitución alemana de Weimar en 1919. Esta carta magna, a

6. Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, “El constitucionalismo británico entre dos revoluciones: 1688-1789”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n.º 2, 2000 (ejemplar dedicado a: Modelos constitucionales en la historia comparada / coord. por Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA), págs. 25-96.

pesar de que solo utiliza la palabra “partido” en el artículo 130, en el artículo 22 proclama que la elección de los diputados tendrá lugar de acuerdo con los principios de representación proporcional. La conjunción del sistema proporcional con la consagración de los partidos políticos en la norma fundamental del Estado es lo que distorsionará todo el sistema de representación.

La introducción de este sistema no es, como se cree, original de Alemania; esta es la primera que lleva a texto constitucional “las asociaciones con aspiraciones políticas”. Es, sin embargo, Francia la que bajo la presidencia de Yves Guyot, con su “Liga para la Representación Proporcional”, le dota de una fuerza que provocará que al término de la Primera Guerra Mundial, y por el empuje de los partidos socialistas y comunistas, minorías que reivindicaban “una representación justa”, dicho sistema electoral se extienda prácticamente por toda Europa.

La simbiosis del reconocimiento constitucional de los partidos políticos junto con el sistema de representación proporcional, provocó que ya en 1901, pero sobre todo a partir de 1920, Heinrich Triepel definiera el sistema político alemán como *Parteienstaat*⁷ (“Estado de Partidos”), por el que quedan “implacablemente enfrentados el derecho formado según los principios liberales y la realidad de la democracia de masas”. Ello a causa de que la idea misma de Estado de Partidos descansa, según Triepel, sobre una contradicción indisoluble: la prohibición del mandato imperativo establecida en todas las cartas constitucionales, con la disciplina de partido, arma del aparato director del partido para mantener su unidad y obediencia.

Es, sin embargo, un discípulo suyo, Gerhard Leibholz, quien perfilaría jurídica y políticamente las consecuencias del Estado de Partidos en la representación democrática, en su obra dedicada a su profesor: *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems*, Leipzig, 1929 (*La esencia de la representación con especial consideración del sistema representativo*). El constitucionalista especifica que el Estado de Partidos a través del sistema de representación proporcional provoca dos efectos distintos pero entrelazados, a saber:

- a) Identificación.
- b) Integración.

El primer efecto se produce con respecto al elector (ciudadano), y ello es así por cuanto en la relación tripartita entre elector, elegido y tercero, se introduce un elemento ajeno: el partido, que rompe la relación trilateral ocupando la posición del elector. Si es el partido el que introduce al candi-

7. Salvatore CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, 2.^a ed., Firenze University Press, Florencia, 2004, pág. 73.

dato en la lista que debe ser votada, la elección no la realiza el ciudadano, que no puede confeccionar la lista, sino el aparato del partido, que es quien elige a los candidatos que van en ella.

De esta forma, la vinculación jurídica no se produce entre el ciudadano y el diputado, ya que aquel no lo ha introducido en la lista ni lo ha elegido, sino que esa relación jurídica se conformará entre el aparato del partido y el candidato. Esto provocará que el candidato se sienta más cercano al jefe del partido que al propio ciudadano, ya que su introducción en la lista no depende de la voluntad de este, sino del jefe de partido. Es lo que Radbruch definió como la *naturalis obligatio*, por la cual el candidato tendrá un comportamiento dirigido a contentar en mayor medida al jefe del partido, que es quien decide su inclusión en la lista, que al ciudadano, de cuya voluntad no depende la reelección.

Leibholz considerará que lo que el elector provoca con su voto es una “adhesión” a la lista de “funcionarios electos” y no su representación, ya que en un Estado de Partidos ha desaparecido todo atisbo de representación; esta será sustituida por una “*Identifizierung von Wille*”, una identificación de voluntades o de ideología entre la “masa social amorfa” y “el grupo político definido”.

El segundo efecto y más importante de este sistema, consecuencia del anterior, según Leibholz, es la integración de la masa política en el Estado. La lógica del proceso es: los candidatos representan al partido, concretamente al jefe de partido; con el ciudadano/adherido solo tienen una mera identificación de voluntad. Si el partido representado por los candidatos se integra en el Estado, en palabras del Leibholz, lo que verdaderamente se produce es el efecto de una “democracia directa o plebiscitaria”.

Para Leibholz, el Estado de Partidos ha superado a la democracia indirecta o representativa, ya que la masa política no necesita representación al integrarse en el aparato del Estado, como consecuencia del reconocimiento constitucional de los partidos como verdaderos órganos del Estado, para lo cual toma como ejemplo los grupos parlamentarios. Así, en su obra: *Das Wesen der Repräsentation*⁸ (*De la esencia de la representación*), dispone:

[...] Ello lleva a la conclusión de que ha terminado la democracia parlamentaria en la que cada diputado representaba a la totalidad nacional, para dar origen a una especie de democracia directa o plebiscitaria en la que la voluntad del partido o partidos mayoritarios se identifica con la voluntad general; en el Estado actual de partidos no

8. Gerhard LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, Leipzig, 1929, págs. 98 y ss.

existe diferencia profunda entre que la ciudadanía activa tome por sí misma sus decisiones a través del plebiscito o de la iniciativa popular o que la tome a través de los partidos que han obtenido la mayoría popular, pues la voluntad de aquellos se identifica con la voluntad de la totalidad nacional y consecuentemente con la estatal en la que se han integrado.

Se ha discutido mucho sobre si el sistema electoral de voto particular/único transferible, llamado sistema Hare, puede ser el idóneo, que corrija los defectos que se atribuyen al sistema mayoritario y al sistema proporcional. Se trata de un sistema mixto con dominantes proporcionales. Fue muy defendido por la *P. R. Society* como remedio a los problemas políticos de Gran Bretaña. Es un sistema que se encuentra funcionando hoy, por ejemplo, en Tasmania (Australia).

En Francia hubo un sistema que intentó equilibrar, también, ambos sistemas: representación proporcional con escrutinio mayoritario. Sistema ABWR, que representa las siglas de su autor, el socialista Adler. Alemania, hoy, tiene un sistema similar.

Ninguno de los anteriores sistemas corrige las deficiencias del sistema proporcional. En términos de representación debe entenderse que, si el sistema de reparto de escaños es proporcional, no puede haber representación del ciudadano. Si además los sufragios se dirigen a lista de partidos, se produce atomización, fragmentación y conformación oligárquica en la dirección parlamentaria; efectos expuestos en 1816 por Bagehot frente a Stuart Mill y Hare, todos miembros del Partido Liberal, pero muy diferentes a la hora de entender el funcionamiento del Parlamento inglés. Sus puntos de vista respectivos están desarrollados en *The English Constitution*, de Bagehot, y *On representative government*, de Stuart Mill. Y una muy notable recesión de este asunto se halla en la obra de Carl J. Friedrich: *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*. Para Bagehot, el sistema proporcional provoca que el candidato esté bajo los dictados del partido, sin que pueda representar al ciudadano. Este actuará como si comprara un mero “ticket” donde todo ya está hecho.

Después de las argumentaciones político-constitucionales expuestas, debemos extraer, siquiera, una eventual conclusión: la representación política requiere, al menos, de tres premisas:

- a) que no haya lista de partido a la que votar;
- b) designación directa del candidato;
- c) control del elegido por el elector.

Si el elegido no es responsable ante el elector sino mediante la ficción política de serlo ante el Parlamento y su propia conciencia (principio liberal

parlamentario), y además no existe garantía jurídica de deponer al candidato durante su mandato por incumplir sus promesas, no puede existir representación. Si además el sistema es proporcional en el reparto de escaños, el Parlamento fragmentado representará a los partidos en proporción con los votos obtenidos pero no a los ciudadanos, con los que, a lo sumo, podrá haber una identificación de voluntades.

En *A Pure Theory of Democracy*, García-Trevijano⁹, a propósito del principio democrático de la representación, expone que “la representación proporcional deja de legitimar en la sociedad civil a la diputación parlamentaria. El voto ha pasado a ser un mero formalismo residual de tipo litúrgico, que sacrifica la original representación del elector a un nuevo valor: la identificación o integración de la voluntad popular en la voluntad política de los partidos estatales”.

En el mismo sentido, Leizholb manifestará que: “El moderno Estado de Partidos no es más que una manifestación racionalizada de la democracia plebiscitaria, o si se quiere, un sustituto de la democracia directa [...] la oposición entre la democracia liberal-representativa y el moderno Estado democrático de Partidos nos autoriza hoy a poner objeciones de principio a la simplificada descripción de Rousseau en *El contrato social*, que no pudo tener en cuenta el fenómeno del Estado de partidos como manifestación de democracia plebiscitaria”¹⁰.

Como bien afirma García-Trevijano, eso no era así. Rousseau había previsto y calificado de antidemocrático el Estado de Partidos, ya que consideraba que “no había tantos votantes como hombres sino tantos como asociaciones [...]. Cuando una de esas asociaciones es tan grande que gana a todas las otras, el resultado ya no es suma de pequeñas diferencias, sino una diferencia única. Entonces no hay voluntad general, y la opinión ganadora no es más que una opinión particular”¹¹.

Creo que la propuesta realizada por García-Trevijano en la obra citada con anterioridad sobre el sistema mayoritario a doble vuelta, como sistema electivo de representantes legislativos, podría corregir las deficiencias que se atribuyen tanto al sistema proporcional como al sistema mayoritario simple o puro, que, principalmente en este último caso, es la no representación de las minorías. El sistema mayoritario a doble vuelta se aplica hoy a más de 20 países¹², tanto en el sentido de legislativas como de presidenciales.

9. Antonio GARCÍA-TREVIJANO, *ibidem*, pág. 33.

10. Gerhard LEIZHOLB, *ibidem*, pág. 117.

11. Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, Edaf, 2012, pág. 40.

12. Rafael MARTÍNEZ, *Efectos de la fórmula electoral mayoritaria de doble vuelta*, en *Reis*, n.º 82, 1998.

Bajo la premisa que asiste al sistema electoral de doble vuelta, definida por el secretario general de la SFIO (Sección Francesa de la Internacional Obrera) en 1962, Guy Mollet: “primero se selecciona y luego se elige, o primero se elige y luego se elimina”, el sistema mayoritario a doble vuelta daría satisfacción a las reivindicaciones sobre la necesidad de representación de las minorías, ya que, una vez realizada la primera vuelta, la definitiva elección de los candidatos presentes en la segunda vuelta posibilitaría que las minorías pudiesen votar/elegir al que consideraran que mejor defiende sus intereses.

Frente al sistema mayoritario simple (una vuelta), en el que el elector cuyo candidato no ha obtenido escaño deja de estar representado en el Parlamento, en el sistema de doble vuelta ese mismo elector tendrá una segunda oportunidad para decidir quien, de entre los presentes y conforme a sus preferencias, quiere que obtenga el escaño.

Lo expuesto con anterioridad, hoy debería ser atendido como una prioridad política, pues en un sistema democrático representativo el elector es la piedra angular para la construcción del edificio democrático formal. Sin representación política la democracia, como forma de gobierno de legitimación social, deja de existir para convertirse en un sistema de representación de asociaciones políticas cuya naturaleza deja de ser civil para convertirse en estatal.

No debemos obviar las reflexiones realizadas por la mejor ciencia constitucional alemana sobre el *Parteienstaat*, y sus consecuencias sobre la representación y el parlamentarismo¹³. Sus efectos son causa emergente de la separación entre gobernantes y gobernados, y desde luego de los problemas de gobernabilidad que acucian tanto a Europa como, ahora, a España.

*“El elector goza del sagrado privilegio de votar por un candidato
que eligieron otros”*

Ambrose Bierce (1842-1914). Escritor estadounidense

13. José Antonio SANZ MORENO, “El parlamentarismo en su encrucijada: Schmitt *versus* Kelsen, o la reivindicación del valor de la democracia”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 162, octubre-diciembre 2013, págs. 113-148.

Ordenanzas de civismo y sustitución de multas pecuniarias por trabajos en beneficio de la comunidad. Especial referencia a los menores

PILAR JUANA GARCÍA SAURA

*Profesora contratada doctora de Derecho
Administrativo de la Universidad de Murcia*

1. **Introducción**
2. **Convivencia y civismo: nuevos conceptos normativos en el ámbito local. Evolución**
 - 2.1. Aumento de los problemas relacionados con el civismo
 - 2.2. Estado actual de la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanzas locales sobre civismo y convivencia. Problemática que se suscita
3. **Especial referencia a las sanciones en el ámbito del civismo. Posibilidad de sustitución de multas por trabajos en beneficio de la comunidad**
 - 3.1. El trabajo en beneficio de la comunidad. Requisitos básicos para la imposición de la sanción. Breve aproximación
 - 3.1.1. El consentimiento del sancionado
 - 3.1.2. El carácter no retribuido del trabajo
 - 3.2. Posibilidad de sustituir las multas por trabajos en beneficio de la comunidad en el ámbito local

Artículo recibido el 23/02/2016; aceptado el 18/06/2016.

- 3.3. Sustitución de multas por trabajos en beneficio de la comunidad y menores de edad: ¿existe un derecho administrativo sancionador adecuado para menores de edad? Imposibilidad de responsabilizar subsidiariamente a padres/tutores
 - 3.4. Sustitución de la multa por otras sanciones. Cuestiones problemáticas. Posición de los tribunales superiores de justicia y Tribunal Supremo
4. **A modo de conclusión**
 5. **Bibliografía, normativa y jurisprudencia consultadas**

Resumen

Este trabajo tiene por objeto analizar el ejercicio de la potestad reglamentaria local en materia sancionadora sobre civismo y convivencia ciudadana. Analizaremos la posibilidad que tiene la Administración local de sustituir la sanción tradicional y clásica de las Administraciones Públicas, la multa, por otras sanciones limitativas de derechos y de carácter educativo (no pecuniario). Concretamente, nos referiremos a la sanción consistente en realizar trabajos en beneficio de la comunidad. Este tema cobra especial importancia en lo referente a los infractores menores de edad. Resulta una cuestión de intensa actualidad en la medida en que los ayuntamientos regulan derechos y obligaciones de los ciudadanos y establecen un régimen sancionador al efecto, sobre todo en los últimos años, mediante las llamadas ordenanzas de civismo y convivencia municipal.

Palabras clave: *principio de legalidad; potestad reglamentaria local; autonomía local; civismo; convivencia ciudadana; trabajos en beneficio de la comunidad; sanciones no pecuniarias.*

Municipal regulations on good citizenship and coexistence and substitution of pecuniary fines for community services. Special reference to minors

Abstract

The aim of this article is to analyse the sanctioning powers of local entities on good citizenship and coexistence. The article explores the possibility of imposing sanctions that limit rights and are educational in nature (non pecuniary), instead of imposing a fine, the traditional and classical administrative sanction. Specifically, the article will refer to the

sanction consisting on ordering community services. This issue is particularly relevant when offenders are minors. This is a topical question because municipalities regulate rights and duties and establish sanction frameworks, specially in recent years, through the so-called municipal regulations on good citizenship and coexistence.

Keywords: rule of law; sanctioning power of local entities; local autonomy; citizenship coexistence; community services; non-pecuniary sanctions.

1

Introducción

La Constitución española establece que los municipios y las provincias gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y garantiza la autonomía de los municipios. La autonomía local no se circunscribe a una mera autonomía administrativa, sino que el principio del pluralismo político territorial lleva a reconocer a las entidades locales básicas la capacidad para crear sus propios ordenamientos locales –en ejercicio de su potestad reglamentaria– y para gobernar en régimen de autorresponsabilidad, con la consiguiente capacidad de introducir sus propias opciones. Como ha demostrado la historia, “es una falacia hablar de autonomía local al margen del carácter democrático de los ayuntamientos: hay autonomía local porque hay democracia local”¹.

El trabajo que presentamos, tiene por objeto analizar el ejercicio de la potestad reglamentaria local en materia sancionadora sobre civismo y convivencia ciudadana. En este sentido, haremos especial referencia a la posibilidad que tiene la Administración local de sustituir la sanción tradicional y clásica de las Administraciones Públicas, la multa, por otras sanciones limitativas de derechos y de carácter educativo (no pecuniario). Concretamente analizaremos la sanción consistente en realizar trabajos en beneficio de la comunidad. Este tema cobra especial importancia en lo referente a los infractores menores de edad. Resulta una cuestión de intensa actualidad en la medida en que los ayuntamientos regulan derechos y obligaciones de los ciudadanos y establecen un régimen sancionador al efecto, sobre todo en los últimos años, mediante las llamadas ordenanzas de civismo y convivencia municipal.

1. PARADA, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, p. 350.

Actualmente, están comenzando a llegar las primeras sentencias dictadas por los tribunales superiores de justicia sobre recursos contencioso-administrativos planteados contra las nuevas ordenanzas de civismo. Por esta razón, al estudiar la potestad sancionadora local en materia de civismo, es preciso tener en cuenta lo establecido en las actuales sentencias.

Partiendo de los nuevos conceptos normativos de convivencia y civismo, examinaremos las razones por las cuales estos nuevos conceptos normativos han ido calando en las ordenanzas locales, para, finalmente, centrarnos en la problemática tipificación de las sanciones en materia de civismo y convivencia, destacando la posibilidad de sustitución de la sanción tradicional en derecho administrativo sancionador por otras sanciones, en concreto, por trabajos en beneficio de la comunidad y otras opciones posibles.

2

Convivencia y civismo: nuevos conceptos normativos en el ámbito local. Evolución

En el mundo que hemos dado en llamar civilizado, de finales del siglo XX y principios del XXI, el ideal de humanidad se identifica con el “estatuto de ciudadanos” en las democracias liberales de Occidente. La ciudadanía es considerada, por tanto, como la prerrogativa humana por excelencia².

El ámbito de civismo y convivencia ciudadana, lo entendemos como una situación en la que la libertad individual de cada uno se ejerce en el espacio urbano de manera respetuosa con los derechos de los demás, y con las cosas que son de todos. Sobre este tema se centra la atención de las actuaciones acometidas por los ayuntamientos españoles en los últimos años.

Como afirma MARTÍN MATEO, la ordenación y gestión pública de las competencias que necesariamente deben ejercitarse para la adecuada gestión de las competencias ambientales, muy relacionadas con el civismo, como son los residuos, las zonas verdes, el ahorro energético, el transporte, etc., incumben naturalmente a los municipios y deben ser reguladas por sus ordenanzas, para su aplicación por los administradores y los agentes públicos locales.

Tanto estas funciones que se solapan con las atribuciones municipales clásicas y otras de nuevo cuño, como las de civismo y convivencia, tienen

2. GARCÍA AMILBURU, M., “La ciudadanía como ideal ético”, en *Educación, ética y ciudadanía. Actas del IV Congreso Internacional de Filosofía de la Educación*, UNED Ediciones, Madrid, 2002, p. 74.

su insustituible radicación en los ayuntamientos, que necesitan adoptar un *substratum* normativo idóneo plasmado en ordenanzas, lo que requiere una tecnología normativa adecuada que tenga en cuenta además las disposiciones de otro nivel emanadas de Administraciones superiores³. En este sentido, los municipios han optado últimamente por ordenar una serie de conductas que estaban empezando a proliferar en los espacios públicos municipales. Nos referimos a las conductas incívicas.

En los últimos tiempos se han venido produciendo numerosas acciones municipales de promoción del civismo, al igual que una renovación de normativas municipales a través de ordenanzas de civismo. Gracias a todo este conjunto de actuaciones, “muchos ayuntamientos españoles han consolidado una verdadera política de civismo, afrontando con decisión una amplia serie de problemas de convivencia en el espacio urbano”⁴.

La proliferación de regulaciones sobre esta materia no implica, como hemos afirmado, una novedad en sí misma, ni tampoco un mero cambio de denominación; estas regulaciones aparecen renovadas en su contenido. La razón de esta evolución obedece fundamentalmente a dos situaciones. La primera es la eliminación de determinados actos incívicos como conductas penalmente relevantes, infracciones penales menores que nuestro Código Penal incluía entre las faltas tipificadas en su Libro III⁵. Posteriormente, esta derogación se completaría con la promulgación del vigente Código Penal de 1995, que eliminó también algunas faltas referidas al civismo o buen orden ciudadano. Toda esta despenalización se encontraba justificada por el principio penal de intervención mínima, según el cual era necesario reducir el catálogo de infracciones penales con el fin de calificarlas como potenciales ilícitos administrativos, encomendando al derecho administrativo sancionador la tipificación de las infracciones y las sanciones que debía imponer la Administración.

En segundo lugar, este alejamiento de la legislación estatal respecto al ámbito territorial local vinculado al civismo se ha producido por la pérdida

3. MARTÍN MATEO, R., Prólogo, en TOSCANO GIL, F., *Autonomía y potestad normativa local*, Comares, 2006, p. XVI.

4. PEMÁN GAVÍN, J. M.^a, “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, 2007, p. 9.

5. Concretamente la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, derogó bastantes infracciones que dicho Código incluía entre las faltas “contra los intereses generales y régimen de las poblaciones”. Estas últimas se referían a diversas infracciones contra el régimen de los municipios, reconducibles al ámbito local. *Vid.* TOLIVAR ALAS, L., “Las sanciones administrativas y la despenalización de faltas contra el régimen de las poblaciones”, en *REALA*, núm. 242, 1989, pp. 257 y ss.

de protagonismo de los municipios en el mantenimiento y restablecimiento del “orden público”. El concepto de orden público ha ido evolucionando con el tiempo. Evolución que se vio culminada con la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante, LPSC), donde se redujeron las atribuciones gubernativas de los alcaldes en materia de “seguridad ciudadana” (materia incluida en la genérica de “orden público”). Esta Ley tipifica conductas contrarias a la seguridad ciudadana, entre las que se distinguen comportamientos incívicos producidos en el ámbito urbano, reduciéndose las posibilidades de aplicación del concepto amplio de orden público⁶. Estas conductas tienen que ver con la seguridad pública, de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.29 CE). Es una materia excluida expresamente de la cobertura legal para que las ordenanzas locales puedan establecer infracciones y sanciones⁷.

No obstante, debemos hacer notar que distintas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña señalan que “sobre el aserto que insiste en la competencia estatal exclusiva para regular la seguridad pública, debe señalarse que esta regulación exige una interpretación restrictiva so riesgo de incluir innumerables competencias. Con la seguridad pública se trata de actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano. Pero la seguridad ciudadana, espacio de actividad propio de la policía administrativa, no puede ser identificada con la seguridad pública como si de dos realidades similares se tratara”⁸.

Por lo tanto, la LPSC se aplica a los supuestos recogidos en su articulado, dentro de las competencias que la Constitución española ha reservado a este ente, pero el concepto no puede extenderse a la seguridad en cualquier forma y en toda manifestación de comunidad humana. Los entes locales pueden reglamentar conductas que afecten a la seguridad de sus pueblos y ciudades, en la medida en que se relacionan con la convivencia de las personas en ellos, de indiscutible interés local (por ejemplo, actos vandálicos, reuniones masivas, consumo de bebidas alcohólicas, etc.), quedando fuera de la LPSC.

6. Los alcaldes mantienen cierta potestad sancionadora, pero en unos términos mucho más limitados, porque solo se les confiere esta potestad en los casos concretos establecidos en el art. 29.2. Modificado por la Ley Orgánica 10/1999, de 21 de abril.

7. En virtud del art. 140.1.a) LBRL.

8. Fundamento quinto de las resoluciones judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: sentencias 1156/2009, de 23 de noviembre (recurso 330/2006); 1157/2009, de 23 de noviembre (recurso 329/2006), y 1165/2009, de 25 de noviembre (recurso 327/2006), al respecto de la sostenida invasión indirecta de las competencias estatales en materia de seguridad pública por la Ordenanza cívica de Barcelona, a través de la aplicación en la norma municipal de la Carta Municipal de Barcelona.

Como contrapartida a esta “dejación” de la regulación estatal de ciertas conductas que afectan a la normalidad de las relaciones de los individuos, dentro de la comunidad municipal, debe destacarse que ha sido contrarrestada por la creciente labor legislativa por parte de los Parlamentos autonómicos y por el ejercicio de la potestad reglamentaria de sus ejecutivos. También produjo una correlativa ampliación del espacio abierto para las ordenanzas municipales.

Otras razones de la potenciación en la regulación del civismo por las ordenanzas locales, tienen que ver con la potenciación de la potestad normativa local y el aumento de los problemas de civismo, cuestiones que analizaremos más adelante.

Sin embargo, las situaciones que dan lugar a las actuales ordenanzas no son nuevas, siempre han existido y de hecho han estado reguladas, pero con otra denominación. Nos referimos a las antiguas “ordenanzas de policía y buen gobierno” a que alude el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales⁹. Tal y como afirma ORTUÑO RODRÍGUEZ, estos reglamentos equivalen a las “ordenanzas cívicas” u “ordenanzas de convivencia” que, bajo diferentes denominaciones, un gran número de municipios han aprobado o se encuentran en trámite de aprobación.

En este sentido, debemos también hacer notar la gran tradición histórica en nuestro derecho del concepto de “orden público”¹⁰, muy relacionado con el civismo, en base al cual las autoridades administrativas sancionaban conductas contrarias al buen orden de la ciudad, que alterarían la paz pública o la “convivencia social”¹¹. Tras la Constitución, la noción de orden público sufrió una transformación en el sentido de que tiene una función mucho más limitada, y no constituye un referente que encabece una legislación administrativa específica en España.

Las normas locales recogen las reglas básicas de comportamiento de los vecinos del municipio e inciden en aspectos tales como la tranquilidad, seguridad o salubridad municipal, aspectos directamente relacionados con

9. Decreto de 17 de junio de 1955, BOE núm. 196, de 15 de julio de 1955. *Vid.* art. 5 a): “La intervención de las corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los siguientes medios: a) Ordenanzas, reglamentos y bandos de policía y buen gobierno”.

10. Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, BOE núm. 182, de 31 de julio de 1959.

11. Tal y como afirma PEMÁN GAVÍN, este concepto de orden público era de tan desmesurada amplitud que propició abusos que merecieron crítica doctrinal amplia y contundente. *Vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Las sanciones de orden público en derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973; y *La cláusula de orden público como límite al ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975, p. 65.

las competencias propias del municipio atribuidas por la Ley de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL) en su art. 25¹². Son, en definitiva, un código sistemático de conducta ciudadana en sus relaciones con el resto de la vecindad y con el ayuntamiento, contemplando todos los temas relevantes que la Administración tiene interés en definir con relación a la conducta y la normativización de los comportamientos, tanto de sus ciudadanos como propio. El municipio es el “marco por excelencia de la convivencia civil”¹³. Con su correcta aplicación de las normas no solamente se pretende proporcionar un nivel óptimo de calidad dentro del entorno en general, sino también proteger los derechos de los ciudadanos contra los efectos perturbadores de la actividad humana, corregir las formas de degradación provocadas por esta intervención y las consecuencias que puedan derivarse, en forma de medidas técnicas y políticas absolutamente necesarias para evitar estos efectos.

Como sabemos, los elementos que configuran el municipio son los de territorio, organización y población¹⁴. Este último elemento, que puede ser estable (habitantes o vecinos) o transitorio (visitantes o turistas), es fundamental a la hora de la gestión de los servicios públicos –igualdad de acceso–, la utilización del espacio municipal, y el disfrute de bienes de propiedad municipal que hay que conservar en buen estado en aras de conseguir el interés general. A partir de la comunidad de espacios, servicios, bienes e instalaciones, se produce un conjunto de relaciones humanas a las que podemos denominar “convivencia”, relaciones que precisan de una serie de reglas para poder ser efectivas, fundamentadas en el principio del respeto a los derechos y libertades de los demás, normas que integran el concepto de “civismo”¹⁵.

12. Art. 25.2 LBRL: “El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación. b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas. c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad. e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios. g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano. [...] j) Protección de la salubridad pública. [...] n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria [...]. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial. [...]”.

13. Preámbulo LBRL.

14. Art. 11.2. LBRL.

15. “Comportamiento respetuoso del ciudadano con las normas de convivencia pública”, según el *Diccionario de la lengua española* de la RAE.

2.1

Aumento de los problemas relacionados con el civismo

En una sociedad como la nuestra –sociedad del bienestar–, parece que el civismo debería imponerse de forma natural y espontánea, sin que fuera necesario movilizar recursos y energías colectivas para lograrlo, y sin que ello constituyera una preocupación específica de los poderes públicos. Lejos de esto, determinados comportamientos incívicos se han manifestado con particular intensidad en los últimos años (vandalismo, producción de ruidos y molestias para los vecinos en determinadas zonas de ocio nocturno, suciedad, o ejercicio de determinadas actividades en la vía pública que pueden causar perjuicios o incomodidades: mendicidad, prostitución, venta ambulante, etc.)¹⁶.

Las ordenanzas de civismo tratan de preservar el espacio público como un lugar de convivencia y civismo, en el que todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, de ocio, de encuentro y de recreo, con pleno respeto a la dignidad, a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones y de formas de vida distintas. Son una herramienta efectiva para hacer frente a las nuevas situaciones y circunstancias que pueden afectar a la convivencia o alterarla, y que se están produciendo cada vez con mayor asiduidad en las ciudades. Tal y como afirma la Ordenanza de Civismo de Barcelona que más adelante analizaremos, “pretende ser una herramienta efectiva para hacer frente a las nuevas situaciones y circunstancias que pueden afectar a la convivencia o alterarla [...], basándose, por un lado, en el reconocimiento del derecho de todos a comportarse libremente en los espacios públicos y a ser respetados en su libertad; pero, por otro lado, también, en la necesidad de que todos asumamos determinados deberes de convivencia y de respeto a la libertad, la dignidad y los derechos reconocidos a los demás, así como al mantenimiento del espacio público en condiciones adecuadas. Y, todo ello, además, siendo conscientes de que, para el logro de estos objetivos, no basta con el ejercicio, por parte de la autoridad municipal, de la potestad sancionadora, que en ocasiones también es necesario, sino que es preciso, también, que el Ayuntamiento lleve a cabo las correspondientes actividades de fomento y de prestación social necesarias para promover los valores de convivencia y el civismo en la ciudad y para atender convenientemente a las personas que lo puedan necesitar”¹⁷.

16. Vid. PEMÁN GAVÍN, J. M.^a, “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. [...]”, ob. cit., p. 27.

17. Exposición de motivos de la Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona, aprobada en el Pleno el 23 de diciembre de 2005 y publicada en el BOP de Barcelona de 24 de enero de 2006.

2.2

Estado actual de la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanzas locales sobre civismo y convivencia. Problemática que se suscita

A partir de toda la evolución jurisprudencial y legal sobre el alcance de la potestad normativa y sancionadora local, se han dictado multitud de reglamentaciones de conductas consideradas incívicas y contrarias al modelo de convivencia que se considera aconsejable mantener en el marco municipal. Se han creado de manera continuada gran cantidad de ordenanzas sobre civismo. Tenemos que recordar que estas ordenanzas de civismo parten de los criterios mínimos de antijuridicidad dispuestos en el art. 140 de la LBRL y sustituyen, como comentamos anteriormente, a las antiguas ordenanzas de policía y buen gobierno de las ciudades.

Muchos ayuntamientos han puesto en marcha políticas activas de fomento del civismo desde distintas perspectivas. El mecanismo más importante sería la elaboración de normativa municipal reguladora de la materia. De acuerdo con PEMÁN GAVÍN, podríamos distinguir ayuntamientos que han optado por abordar aspectos concretos del civismo mediante ordenanzas específicas o sectoriales reguladoras, por ejemplo, del ruido o “contaminación acústica”, limpieza viaria, consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, animales domésticos, etc., y ayuntamientos que han optado por abordar la materia a través de regulaciones más generales, transversales, que mantienen y renuevan la vieja tradición marcada por las “ordenanzas de policía y buen gobierno” que han venido rigiendo muchos municipios españoles¹⁸.

Hay que señalar, muy especialmente, la Ordenanza de Civismo de Barcelona, novedosa y que regula conductas que implican la utilización del espacio urbano e incluye algunas sanciones innovadoras en relación con las mismas, cuestiones que produjeron en su momento un amplio debate que ha

18. Ordenanzas de este tipo, anteriores a la reforma de la LBRL producida por la Ley 57/2003, son, por ejemplo, las ordenanzas sobre Civismo o Convivencia Ciudadana de los ayuntamientos de Granollers, de 30 de octubre de 2000, y del Prat de Llobregat, de 28 de enero de 2003.

Ordenanzas posteriores a la reforma de la LBRL son, por ejemplo, la Ordenanza Municipal de Medidas para el Fomento y Garantía de la Convivencia Ciudadana en los Espacios Públicos de Sevilla (2008); la Ordenanza Municipal sobre Protección de la Convivencia Ciudadana y Prevención de Actividades Antisociales de Santander (2008); la Ordenanza Municipal sobre Promoción de Conductas Cívicas y Protección de los Espacios Públicos de Pamplona (2006), y la Ordenanza Reguladora del Consumo Indebido de Bebidas Alcohólicas, Fomento de la Convivencia y Prevención de Actuaciones Antisociales de Toledo (2006).

dado lugar a varios pronunciamientos que más tarde analizaremos, del Tribunal Superior de Justicia catalán, sobre unos recursos directos interpuestos por distintas entidades sobre su conformidad o no a derecho.

3

Especial referencia a las sanciones en el ámbito del civismo. Posibilidad de sustitución de multas por trabajos en beneficio de la comunidad

Las ordenanzas reguladoras del civismo y la convivencia incluyen, lógicamente, preceptos donde se realiza la tipificación de infracciones y sanciones. Esta tipificación se lleva a cabo sustentándose básicamente en el nuevo Título XI de la LBRL, introducido por la Ley 57/2003, de Medidas Urgentes para la Modernización del Gobierno Local.

A este respecto, el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de febrero de 1995 afirmaba que “la potestad sancionadora municipal ejercitada mediante ordenanza es tan antigua como los propios municipios, por lo que no resulta imaginable la existencia y funcionamiento de las corporaciones locales sin una potestad sancionadora como medio de asegurar el cumplimiento y eficacia de las ordenanzas”. A este respecto, también aportaba un argumento práctico: resulta de todo punto “imposible” que las leyes puedan prever, agotadora y exhaustivamente, las tablas de infracciones y sanciones derivadas de los eventuales incumplimientos de las propias ordenanzas municipales. La negación del poder sancionador de los entes locales supone el vaciamiento de la autonomía municipal.

Según ORTUÑO RODRÍGUEZ, este aspecto de las ordenanzas municipales es el que ha disparado mayor interés por la sociedad en general, y “ello con independencia de que en muchas ordenanzas se contemplen disposiciones preventivas o alternativas a la sanción (educativas, de fomento, asistenciales), y sin que esta alarma social redunde en la trascendencia que se pueda conferir a unas y otras clases de medidas por las diferentes políticas municipales, ni tampoco implique que la postura represiva sea más eficaz que la de precaución”.

A nuestro modo de ver, y teniendo en cuenta las últimas sentencias emanadas de los tribunales superiores de justicia, los problemas no han hecho más que empezar. En el último año estamos asistiendo a las primeras declaraciones sobre estos temas de determinados tribunales superiores de justicia. Con respecto a la tipología de sanciones previstas en estas ordenanzas hay varios aspectos que merece la pena analizar a fondo, ya que están

siendo objeto de declaraciones de nulidad reiteradas por parte de estos tribunales. Las nuevas ordenanzas emanadas de los ayuntamientos siguen cayendo en los mismos errores y provocando las mismas situaciones de inseguridad jurídica.

Resulta evidente que en el derecho sancionador en general, sea penal o administrativo, no se afronta el problema del incivismo como un escollo a evitar mediante actuaciones de prevención administrativa (educativas, formativas, asistenciales o de fomento), papel que sí deberían tratar de cumplir las ordenanzas reguladoras de la convivencia. Algunas de ellas así lo hacen.

Es preciso estudiar las posibilidades de establecimiento por la Administración local en sus ordenanzas de otras sanciones, distintas de la tradicional en derecho administrativo sancionador: la multa. El art. 141 de la LBRL ha previsto la multa como único tipo de sanción. Tal y como afirma SUAY RINCÓN, es la sanción administrativa “más emblemática, típica y característica”¹⁹. Resulta criticable que el legislador, aprovechando la reforma que tuvo lugar en el año 2003, no haya previsto otro tipo de sanciones de carácter no meramente recaudatorio, sino educativo. En otros ámbitos ajenos al local, junto a las multas existen también otras sanciones administrativas que no recaen ya directamente sobre el patrimonio, sino que lo hacen sobre la libertad de los ciudadanos²⁰.

Constatado el aumento de las actuaciones incívicas en nuestras ciudades y municipios, sería necesario que la Administración local pudiera, sin ningún tipo de cortapisa, imponer sanciones de carácter educativo, como la prestación de trabajos en beneficio de la comunidad, asistencia a cursos de formación, etc. Ciertamente, algunos ayuntamientos en sus ordenanzas de civismo sí que establecen esta posibilidad. Es preciso conocer si verdaderamente tienen fundamentación legal para hacerlo. En la actualidad, las ordenanzas están siendo objeto de recursos administrativos. Concretamente, uno de los temas más polémicos al respecto es el referido a la sustitución de multas por trabajos en beneficio de la comunidad, y, más concretamente, lo previsto para los menores de edad. También resulta interesante analizar otras posibilidades establecidas por las ordenanzas en cuanto a la sustitución de la tra-

19. SUAY RINCÓN, J., “Concepto de sanción administrativa”, en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, p. 167.

20. Por ejemplo, en materia de tráfico y seguridad vial, la suspensión y privación del permiso de conducir; en materia de extranjería, la expulsión de los extranjeros; la inhabilitación o la suspensión profesional prevista en normas sectoriales; la separación del funcionario en materia de función pública; el cierre de establecimientos, etc. No existe una lista de supuestos absolutamente cerrada, y las únicas sanciones que realmente están proscritas, en principio, son las que consisten en sanciones privativas de libertad. *Vid.* SUAY RINCÓN, J., ob. cit., p. 168.

dicional multa por asistencia a cursos de formación, sesiones de atención personalizada con los servicios sociales, participación en actividades cívicas, etc.

3.1

El trabajo en beneficio de la comunidad. Requisitos básicos para la imposición de la sanción. Breve aproximación

La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad fue introducida por vez primera en el ordenamiento penal español²¹ en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Era una sanción novedosa en el sistema punitivo español, pero profusamente utilizada en diversos ordenamientos de nuestro entorno.

En este sentido, BRANDARIZ GARCÍA sostiene que este tipo de sanción siempre se ha configurado, desde las primeras propuestas de su creación, como alternativa a las penas privativas de libertad. La doctrina considera mayoritariamente que la función de esta institución jurídica es la de reducir el protagonismo de las penas privativas de libertad, sirviendo de alternativa sancionadora a las mismas. En particular, se ha entendido generalmente que la sanción de trabajos comunitarios debe servir sobre todo para evitar la imposición de penas cortas privativas de libertad, criticadas ampliamente por la literatura. De hecho, en su aparición moderna esta sanción está estrechamente vinculada a la función de sustitutivo de una de las formas más denostadas de aquellas penas: la privación de libertad subsidiaria por impago de la multa²².

En cuanto a la modalidad de imposición de esta pena, tenemos que hacer notar que en el ámbito penal, igual que en el derecho administrativo sancionador, se configura de dos formas distintas: bien como modalidad de

21. Con una salvedad: la legislación penal para menores. El art. 17 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, establecía ya la posibilidad de que estos órganos impusiesen a los menores de edad penal infractores una medida de prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

22. Se entendía que estas penas privativas de libertad de duración temporal corta y subsidiaria al impago de una multa eran profundamente ineficaces, ya que por su brevedad no dejaban margen para desarrollar intervención resocializadora alguna. Además, eran perturbadoras para el condenado, pues le generaban efectos desocializadores y le exponían al contagio de otros penados responsables de conductas más graves. *Vid.* BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 63 y 64.

la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa impuesta como sanción originaria, bien como pena originaria.

De la descripción de la pena recogida en el art. 49 del Código Penal se desprenden algunos requisitos para su imposición: necesidad del consentimiento del penado, carácter social y no retribuido del trabajo, duración horaria no superior a ocho horas, y ausencia de menoscabo de la dignidad del penado, con aplicación en este sentido de los derechos laborales y la autonomía del trabajo en beneficio de la comunidad respecto de fines económico-lucrativos. Las consideraciones apuntadas deben ser tenidas en cuenta por la Administración local cuando impone una sanción de este tipo.

3.1.1

El consentimiento del sancionado

La orientación resocializadora de la sanción depende fundamentalmente de la cooperación del sancionado, sin la cual no existen perspectivas de realización de esta potencialidad de la sanción. El requisito de conformidad del sujeto pretende involucrar al mismo en la ejecución de la sanción –especialmente necesario en una sanción que le impone una determinada obligación de hacer–, garantizando su cooperación y sentando las bases para que se produzca un proceso de autorresponsabilización.

BRANDARIZ²³ señala como requisito básico de la prestación del consentimiento, derivado del carácter voluntario de la aceptación, que al sujeto se le expongan, de forma comprensible y pormenorizada, todas las circunstancias relevantes sobre el contenido y el régimen de ejecución de la pena. Antes de prestar su conformidad, el sujeto debe conocer el tipo de actividad que realizará, el volumen horario de la prestación y el ritmo de su ejecución, el régimen de vigilancia y control, las circunstancias que puedan suponer un incumplimiento y las consecuencias de dicho incumplimiento. Solo con el conocimiento de estos datos puede hablarse de un consentimiento informado y voluntario, y únicamente en esta situación podrá el sancionado valorar si le resulta menos gravosa que el correspondiente pago de la multa, e involucrarse con un talante cooperador en la ejecución de la sanción de trabajos.

En segundo lugar, el consentimiento tiene que mantenerse durante toda la ejecución de la sanción, de modo que el sancionado puede revocarlo en cualquier momento, con la consiguiente imposición de la multa que corres-

23. BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., ob. cit., pp. 285-347.

ponda. Esta obligación del mantenimiento de la conformidad del sancionado es la única compatible con el hecho de que, en ausencia sobrevenida de dicho consentimiento, la sanción se convertiría en un trabajo obligatorio. El requisito del mantenimiento de consentimiento es una exigencia lógica, ya que, en una situación de posterior ausencia del mismo, el sancionado siempre podría negarse de facto a cumplir con sus obligaciones, forzando la revocación de la sanción.

Es necesario que la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad se configure como alternativa, junto con otra que pueda ser aplicada en caso de que el infractor no acepte la imposición de la sanción de trabajo. Una solución adecuada para garantizar la función originaria de la sanción podría ser la previsión general de un sustitutivo de la misma para los casos de no conformidad. En este sentido, en las últimas ordenanzas de civismo aprobadas, los trabajos en beneficio de la comunidad se conciben con carácter sustitutivo de las multas que pudieran imponerse, con la salvedad de las impuestas a menores de edad, en cuyo caso tienen carácter obligatorio.

3.1.2

El carácter no retribuido del trabajo

La no retribución es la nota esencial del contenido de la sanción, junto con la privación de parte del tiempo libre del sancionado y la restricción de la libertad de movimientos inherente a la misma. La no retribución guarda relación con la orientación reparadora de la sanción de trabajo en beneficio de la comunidad. La sanción cumple el objetivo de reparación simbólica respecto de la comunidad afectada por la infracción. Dicha función difícilmente podría realizarse si la actividad fuese remunerada. La valoración simbólica de la actividad como reparación a la comunidad se deriva de la naturaleza socialmente útil del trabajo, pero también de que el mismo es gratuito. También resulta necesario valorar el marcado carácter educativo o resocializador que este tipo de sanción puede tener sobre los menores de edad, y que se desvirtuaría si fuese una actividad remunerada.

Esta circunstancia obliga a ubicar estas sanciones en el sector no lucrativo de la economía, en tanto que son escasamente generadoras de beneficio económico. Se trataría de localizarlas en las labores propias del voluntariado²⁴.

²⁴. Un análisis pormenorizado de esta cautela en el ámbito penal es realizado por BRANDARIZ GARCÍA, J. A., ob. cit., pp. 364-370.

Otro asunto directamente relacionado con el anterior, hace referencia a la necesidad de impedir que la atribución de sancionados a una concreta entidad dé lugar a ahorro de mano de obra, o sirva para reemplazar trabajadores asalariados anteriormente ocupados en dicha actividad. También es cuestión importante, en el momento de la determinación de la sanción, prestar atención a la compatibilidad de la sanción con el desempeño de una actividad laboral remunerada o con la búsqueda de un empleo, y con las obligaciones formativas del sancionado.

También la determinación de quién debe asumir el coste de la puesta en marcha de la sanción es una cuestión problemática. Nos referimos a los gastos que comportan los medios materiales y humanos que constituyen la infraestructura necesaria para la aplicación y ejecución de la sanción. Se trata de gastos que en principio deberían ser costeados por la Administración. En el ámbito penal, el legislador español ha optado, como solución general, por atribuir dichos gastos a las entidades receptoras de penados²⁵. Esta solución ha sido criticada por la doctrina, porque obstaculiza la puesta a disposición de las entidades sociales para aceptar penados²⁶. Estas disfunciones que genera la atribución de los gastos a las entidades destinatarias determinan que deba valorarse la práctica de algunas Administraciones, que establecen compensaciones a dichas organizaciones por los costes acarreados por la ejecución²⁷.

3.2

Posibilidad de sustituir las multas por trabajos en beneficio de la comunidad en el ámbito local

Es dentro de este ámbito de civismo y convivencia ciudadana, entendido aquí como una situación en la que la libertad individual de cada uno se ejerce en el espacio urbano de manera respetuosa con los derechos de los demás, y con

25. Art. 6.3 Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (BOE de 7 mayo, núm. 109).

26. TORRES ROSELL, N., *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 315.

27. Así lo afirman BLAY GIL, E., “Nuevas perspectivas en la ejecución de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Comentarios al Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo”, en *La Ley*, núm. 6338, 2005, p. 184; y OLARTE HURTADO, A., *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2006, p. 271.

las cosas que son de todos, donde se centra la atención de las actuaciones acometidas por los ayuntamientos españoles en los últimos años.

En efecto, han venido produciéndose en los últimos tiempos numerosas acciones municipales de promoción del civismo, al igual que una renovación de normativas municipales a través de ordenanzas de civismo. Gracias a todo este conjunto de actuaciones, “muchos ayuntamientos españoles han consolidado una verdadera política de civismo, afrontando con decisión una amplia serie de problemas de convivencia en el espacio urbano”²⁸.

La posible sustitución de la sanción pecuniaria prototípica municipal (la multa) por la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, es una alternativa que proporcionaría un instrumento de modificación de conductas, que podría resultar más eficaz que la mera exacción dineraria por comportamientos antisociales en los municipios. Supondría, además, un plus de pedagogía y ejemplaridad frente a actividades perturbadoras de la convivencia local.

Sin embargo, esta posibilidad no tiene cabida debido a la actual legislación básica estatal sobre la potestad sancionadora de las entidades locales, por la insuficiencia o falta de legislación sectorial.

Los municipios de Madrid y Barcelona, por el contrario, gozan de un régimen municipal especial configurado por una legislación *ad hoc*. En estos casos los textos legales establecen un marco legal singular para que los ayuntamientos de Madrid y Barcelona puedan regular las conductas en el espacio público. A través de las previsiones sobre seguridad ciudadana se formulan algunas habilitaciones generales, se tipifican como infracción determinadas conductas en el espacio público, y se contemplan diversas medidas sancionadoras no limitadas estrictamente a la multa.

En el caso de Madrid, su régimen municipal especial se encuentra contenido en la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid²⁹; y en el caso de Barcelona, en la Ley autonómica 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona³⁰.

Respecto a la potestad sancionadora local del municipio de Barcelona, la citada Ley, adelantándose a la STC 132/2001, asigna a los reglamentos municipales aprobados por el Consejo Municipal (Pleno) el cumplimiento de la garantía material de tipicidad de las infracciones en las materias de

28. PEMÁN GAVÍN, J. M.^a, ob. cit., p. 26.

29. Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, publicada en el BOE el 5 de julio de 2006.

30. Ley autonómica 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, publicada en el BOE el 2 de febrero de 1999. Reformada por la Ley 11/2006, de 19 de julio, de modificación de la Carta Municipal de Barcelona.

competencia del Ayuntamiento, así como también permite la sustitución de las multas por trabajos en beneficio para la comunidad, cuando así lo establezca la ordenanza de acuerdo con la Ley, o, en defecto de esta previsión, con el consentimiento de la persona interesada³¹. De esta forma, se establece que: “2. Las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves. 3. [...] Cuando la ordenanza municipal lo establezca, de acuerdo con la Ley o, en su defecto, previo consentimiento de la persona afectada, puede sustituirse la multa pecuniaria por trabajos para la comunidad”.

El 13 de marzo de 2006, las Cortes Generales aprobaron la Ley 1/2006, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona. Respecto a la potestad sancionadora, únicamente se realiza una regulación en el Capítulo VI del Título II, sobre las competencias en materia de “Seguridad Ciudadana”. Concretamente, respecto a la posibilidad de sustituir multas por la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, dispone que: “En la imposición de sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las ordenanzas por resolución motivada del órgano que resuelva el expediente sancionador, se podrá sustituir la sanción económica por trabajos en beneficio de la comunidad, la asistencia obligatoria a cursos de formación, a sesiones individualizadas o cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre cuáles son las normas de conducta en el espacio urbano o reparar el daño moral de las víctimas”³². A diferencia de la Ley catalana (art. 29 Ley 22/1998), establece la posibilidad de imponer como sanción el trabajo en beneficio de la comunidad, pero sin exigir el consentimiento del interesado. Esta circunstancia parece que choca frontalmente con la prohibición de trabajos forzados establecida en el art. 25.2 CE. De esta forma, las ordenanzas que contengan artículos que, por la comisión de infracciones, impongan sanciones consistentes en trabajos para la comunidad sin la exigencia del consentimiento del interesado, podrán ser nulas por la inconstitucionalidad del precepto legal que les sirve de cobertura, siempre que se declare esta disconformidad con la Constitución española por el Tribunal Constitucional.

La necesidad de consentimiento personal y expreso para imponer una sanción de este tipo comporta una consecuencia jurídica: no puede establecerse como sanción única frente a un ilícito administrativo. Es necesaria su aceptación de forma voluntaria por parte del sujeto sancionado. Se deben, por tanto, establecer alternativas. En este sentido, las normas administrativas

31. Art. 29, Título III (“La potestad normativa municipal”) de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre.

32. Art. 30.3 de la Ley 1/2006.

establecen dos posibilidades: 1. La Ley opta por la sanción económica, pero prevé su sustitución por prestaciones en beneficio de la comunidad, bien como sanción específica para los menores o bien con carácter general, para cualquier sujeto sancionado. Es necesario en estos dos casos que medie el consentimiento del infractor. En caso contrario hay que entender aplicable la multa o sanción pecuniaria; y 2. La Ley prioriza los trabajos en beneficio de la comunidad, estableciendo como alternativa a su cumplimiento su sustitución por la multa o sanción económica. En este caso, la voluntariedad de la sanción queda salvaguardada, pues el sujeto sancionado no se ve obligado al cumplimiento de la prestación, sino que puede sustituir la misma por el pago de la multa correspondiente³³.

En este marco jurídico, en Barcelona se ha procedido a la elaboración de la llamada Ordenanza de Civismo³⁴, cuyo art. 93 lleva el título: “Sustitución de multas y reparación de los daños por trabajos en beneficio de la comunidad”³⁵. De esta confusa regulación se desprende que dichos trabajos se conciben con carácter sustitutivo, tanto de las multas que pudieran imponerse como de la obligación de pago del importe de los daños causados en los bienes municipales, y que, en este segundo supuesto, pueden consistir

33. *Vid.* art. 59.3 Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos de la Comunidad de Madrid (BOE de 24 julio, núm. 176).

34. Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona, aprobada en el Pleno el 23 de diciembre de 2005 y publicada en el BOP de Barcelona de 24 de enero de 2006.

35. 1. *El Ayuntamiento podrá sustituir la sanción de multa por sesiones formativas, participación en actividades cívicas u otros tipos de trabajos para la comunidad.*

2. *Las sesiones formativas sobre convivencia ciudadana y civismo, de carácter individual o colectivo, sustituirán a las sanciones pecuniarias en los casos en que así esté previsto en la presente Ordenanza. En caso de inasistencia a las sesiones formativas, procederá imponer la correspondiente sanción, en función de la tipificación de la infracción cometida.*

3. *La participación en las sesiones formativas, en actividades cívicas o en la realización de trabajos en beneficio de la comunidad será adoptada con el consentimiento previo del interesado como alternativa a las sanciones de orden pecuniario, salvo que la ley impusiera su carácter obligatorio. En todo caso, tendrán carácter obligatorio las medidas alternativas a la sanción previstas en el artículo 84.2 de esta Ordenanza.*

4. *El Ayuntamiento también puede sustituir, en la resolución o posteriormente, la reparación económica de los daños y los perjuicios causados a los bienes de dominio público municipal por otras reparaciones equivalentes en especie consistentes en la asistencia a sesiones formativas, la participación en actividades cívicas u otros tipos de trabajos para la comunidad, siempre que haya consentimiento previo de los interesados, excepto que la ley impusiera su carácter obligatorio. En el caso de que se produzca esta sustitución, el Ayuntamiento deberá reparar los daños causados salvo que el trabajo que realice la persona sancionada consista precisamente en la reparación del daño producido.*

5. *Cuando, de acuerdo con lo previsto en esta Ordenanza, se adopte la mediación como alternativa al procedimiento sancionador, los acuerdos de reparación tendrán como objeto, principalmente, las medidas alternativas previstas en este artículo.*

precisamente en la reparación de tales daños. Tampoco queda claro si se requiere en todo caso el consentimiento de la persona infractora. Según PEMÁN GAVÍN, puede afirmarse que de los apartados 3 y 4 del art. 93 parece desprenderse que el consentimiento del infractor es necesario cuando sustituya a la reparación de daños y cuando sustituya a las multas que recaigan sobre personas mayores de edad, pero no cuando sustituya a las multas que inciden sobre los menores, en cuyo caso tienen carácter obligatorio. Lo cual no encaja con lo previsto en el art. 29.3 de la Carta Municipal de Barcelona (Ley 22/1998), en la que se exige el “previo consentimiento de la persona afectada” para sustituir las multas pecuniarias por trabajos en beneficio de la comunidad, si bien la Ley 1/2006, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona, omite toda referencia a la exigencia del consentimiento para llevar a cabo esta sustitución (art. 30.3).

También debemos hacer notar que el consentimiento se ha venido exigiendo por el Código Penal para la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pero no en cambio por alguna ley autonómica para su imposición como sanción administrativa. Tenemos aquí que referirnos a la Ley 2/2003, de la convivencia y el ocio de Extremadura³⁶, donde se establece que para los infractores cuya edad esté comprendida entre los 16 y los 18 años la sanción que procede son los “trabajos a favor de la comunidad” (y no una multa)³⁷. Esta sanción se configura por tanto como autónoma y no como alternativa. Por esa razón es necesario establecer un mecanismo de ejecución forzosa de la sanción, a través de las multas coercitivas³⁸. Otras comunidades autónomas, como la andaluza, configuran los trabajos en beneficio de la comunidad (por un tiempo no superior a treinta días) como sanción que sustituye una multa siempre en el caso de infracciones cometidas por personas menores de edad, mayores de dieciséis años. En estos casos la propia multa actúa como elemento coercitivo, exigiéndosele el pago si no se realizan las prestaciones de interés social³⁹.

36. Ley 2/2003, de 13 de marzo, de la convivencia y el ocio de Extremadura (BOE núm. 87, de 11 de abril de 2003).

37. *Vid.* arts. 22.4 y 23.3. La duración debe estar comprendida entre tres días y noventa días.

38. *Vid.* arts. 22.5 y 23.4 *ibidem*. Por importe de hasta 100 € (infracciones muy graves), 75 € (infracciones graves) o 50 € (infracción leve) por día correspondiente de la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad. Si el menor no asumiese estas multas, serán responsables de las mismas sus representantes legales.

39. *Vid.* art. 9.3 de la Ley andaluza 7/2006, de 24 de octubre, sobre potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía (BO Junta de Andalucía, 7 noviembre 2006, núm. 215).

Conviene señalar que esta referencia expresa a los menores de edad infractores es algo novedoso, por cuanto en la legislación administrativa no existen sanciones específicas y adecuadas para los menores de edad, salvo en algunas leyes, que de forma fragmentada solo se refieren a las infracciones leves. La mayoría de las leyes las ignoran. Sin embargo, cada vez son más los menores infractores. Asistimos a un notable aumento de la delincuencia juvenil y también de las infracciones administrativas cometidas por estos.

3.3

Sustitución de multas por trabajos en beneficio de la comunidad y menores de edad: ¿existe un derecho administrativo sancionador adecuado para menores de edad? Imposibilidad de responsabilizar subsidiariamente a padres/tutores

En la mayoría de leyes administrativas no se establece regulación específica para sancionar a los menores de edad. De hecho, se les aplica iguales sanciones que a los adultos. Esta situación parece que choca con la Teoría General del Delito, que creemos también debería ser asumida por el derecho administrativo sancionador. Según TOLEDO PICAZO, “este derecho no ha evolucionado, o lo ha hecho muy poco desde 1958, se ha estancado para comodidad de la Administración, ignorando que existan sujetos responsables menores de edad, continúa con la inercia de ese pasado, ya muy lejano y cuando los considera, sacrifica sus derechos educativos por la eficacia recaudadora y hace recaer la responsabilidad solidaria o subsidiaria en los padres o tutores, manteniendo la multa como única y primitiva sanción, con un claro fin económico en detrimento de la educación y por lo tanto, estimamos, contrario al artículo 25.2 de la CE”⁴⁰.

En el derecho administrativo sancionador no se debería mantener esta situación. Debería tenerse en cuenta lo establecido en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores (LORPM)⁴¹, donde se establece la inimputabilidad de los menores de 14 años; y al rango de edad entre 14 y 18 años, que son imputables, deben aplicárseles sanciones educativas adecuadas. En este sentido, esta Ley recoge como principio fundamental el

40. TOLEDO PICAZO, A., “Derecho administrativo sancionador y menores de edad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009.

41. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero).

superior interés del menor. La exigencia de responsabilidad de los menores está fundamentada en principios orientados hacia su reeducación, presentando la responsabilidad de los menores frente a la de los adultos un carácter esencialmente educativo, lo que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones a unos u otros. Se despliega un amplio catálogo de medidas adecuadas aplicables al menor desde la perspectiva sancionadora-educativa, descartando la multa por su nulo carácter reeducador, que incomprensiblemente se mantiene para los menores en las leyes administrativas.

Debe entenderse que por debajo de los catorce años, salvo que expresamente se disponga lo contrario, se excluye por completo la posibilidad de imponer sanciones de carácter administrativo; la razón reside no solo en que en el contexto del derecho penal se ha cerrado la puerta a medida alguna de naturaleza jurídico-penal, pena o medida de seguridad, a partir de ese umbral de edad, sino también en el juicio conforme al cual ese es el límite en el que se establece la capacidad de imputabilidad. Aun cuando en el derecho administrativo sancionador no se ha previsto un límite de responsabilidad equivalente, apenas cabe duda de que deba establecerse una franja a partir de la cual se excluya la posibilidad de sanción. Partiendo de tal idea, tan solo puede acogerse la que establece el derecho penal⁴².

A nuestro modo de ver, no se debería mantener por más tiempo la situación de que a las personas desde los catorce años y menores de dieciocho se les puedan imponer multas pecuniarias, en bastantes casos de notable cuantía, pues si estas no son adecuadas para el derecho penal de los menores⁴³ tampoco deben serlo para el derecho administrativo sancionador, cuyos ilícitos se suponen, en teoría, más leves que los penales. La manera más segura de prevenir los delitos y los ilícitos administrativos es a través de la educación mediante el fomento de la formación cívica. Debe prevalecer la actuación instructiva frente al modelo autoritario y represivo, postulándose el reconocimiento a los menores de ser tratados como personas diferentes a los adultos (TOLEDO PICAZO). Este sistema ha sido acogido por el derecho penal del menor (respecto a la delincuencia juvenil), pero no así por el derecho administrativo sancionador, a pesar de que también trata situaciones relacionadas con malas conductas juveniles, como son las manifestaciones de incivismo en nuestras ciudades.

42. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, p. 481.

43. No contempladas por la LORPM por contravenir el art. 25.2 CE.

Ni en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, ni en otras leyes estatales, hallamos un régimen sancionador específico para los menores de edad; tampoco en leyes que pueden tener una especial vinculación con estos⁴⁴.

Este tema fue centro de atención en las sentencias 1156/2009 y 1157/2009 del TSJ de Cataluña⁴⁵, que resolvía un recurso sobre la anteriormente comentada Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona. Dicha Ordenanza establecía en su art. 84.2 que cuando las personas infractoras fueran menores, y con la finalidad de proteger los derechos del niño o adolescente, su desarrollo y formación, se podrían sustituir las sanciones pecuniarias por medidas correctoras tales como la asistencia a sesiones formativas, trabajos para la comunidad o cualquier otro tipo de actividad de carácter cívico. Estas medidas se adoptarían de manera motivada en función del tipo de infracción, y serían proporcionadas a la sanción que recibiera la conducta infractora. A este efecto, se solicitaría la opinión de los padres o madres o tutores o tutoras o guardadores o guardadoras, que sería vinculante. En este sentido, la Sentencia del TSJ Catalán afirma que la Ordenanza establece una serie de medidas correctoras sustitutivas de las sanciones pecuniarias cuando las personas infractoras sean menores. En este sentido, únicamente una de las medidas establecidas, los trabajos en beneficio de la comunidad, está prevista para imponerse a los menores en una norma con rango de ley orgánica como es la que regula la responsabilidad penal para los menores (LORPM), que la denomina “prestaciones en beneficio de la comunidad”, y cuyo contenido resulta ser que la persona sometida a ella, previo su consentimiento, debe realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Por tanto, tan solo los trabajos en beneficio de la comunidad, previstos en el Código Penal como una pena privativa de derechos, y en la Ley que regula la responsabilidad de los menores como una de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores, puede admitirse como medida correctora que sustituya a la sanción pecuniaria, siempre que conste el consentimiento del menor y se motive adecuadamente por qué se aplica la medida y el plazo de duración de la misma, que no podrá exceder, en ningún caso, de los límites previstos en

44. Tráfico de vehículos, seguridad ciudadana, deporte, etc.

45. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Sentencias 1156/2009, de 23 de noviembre; 1157/2009, de 23 de noviembre; y 1165/2009, de 25 noviembre. RJCA/2010/345, JUR/2010/118896 y JUR/2010/118793. Sobre recurso contencioso-administrativo núm. 330/2006, núm. 329/2006 y núm. 327/2006. Fundamento jurídico decimooctavo. Son sentencias idénticas.

las leyes citadas, y no el elenco que se menciona en el art. 84.2 de la Ordenanza, que carecía de cobertura legal. Por otro lado, es el menor el que debe prestar el consentimiento y no sus padres. Por todo lo dicho, este artículo de la Ordenanza se declara nulo⁴⁶.

Es preciso hacer notar que la Ordenanza comentada establece la obligación de los padres, tutores o guardadores de asistir a las sesiones de atención individualizada o cursos de formación que, en su caso, se impongan como alternativa a la sanción pecuniaria de las infracciones cometidas por los menores que dependan de ellos. En el apartado siguiente se analizará el carácter personalísimo de la pena o sanción.

Como cuestión de interés que se suscita con relación a este tema, destacamos el establecimiento de responsabilidad subsidiaria para los padres o tutores de menores. Existen bastantes normas donde se establece la responsabilidad subsidiaria de padres y tutores por hechos no cometidos por estos, lo que supone una clara vulneración del principio de personalidad de la pena establecido en el art. 25.1 CE.

Parece que mantener la imposición de la solidaridad de los padres y tutores respecto de actos cometidos por sus hijos o tutelados, colisiona claramente con el principio de personalidad de la pena y posiblemente con la reeducación del menor, contraviniendo por tanto el art. 25 CE.

A este respecto, el artículo 130.3, párrafo segundo, LRJPAC establece que: “Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”. Este precepto señala la posibilidad de responder, por quien ostente la condición de garante de un tercero, de las acciones y omisiones de este último constitutivas de una infracción administrativa, y ello sin quiebra del principio de culpabilidad, por cuanto “no se exige responsabilidad al garante por la infracción cometida por el autor material, a quien debía vigilar, sino por su propia participación en los hechos –de modo que– la infracción ha sido posible porque él ha incumplido la obligación legal de prevenirla –y por tanto– su conducta omisiva le hace cooperador necesario”⁴⁷. No obstante, esta regla o título de imputación, afectante al garante, está sujeta a la reserva de norma con rango

46. Este asunto llega al Tribunal Supremo, que tras casación, en su sentencia de 25 de octubre de 2011, declara este artículo como ajustado a derecho, por haberse producido una legalización sobrevenida o *ius superveniens*. Fundamento de derecho quinto.

47. PALMA DEL TESO, Á. DE, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 45.

de ley, de manera que solo se responde por la acción u omisión de un tercero en el ámbito sancionador administrativo, en los términos del precepto, “cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”⁴⁸.

Ciertamente, las ordenanzas abarcan ámbitos diversos. Es el caso de la utilización y usos de la vía pública con relación, entre otras actividades, a la venta ambulante, distribución de propaganda y colocación de carteles, ruidos, mantenimiento de inmuebles, manifestaciones públicas, recogida de residuos urbanos, etc. Es patente que un título de imputación genérico, como el establecido en la mayoría de ordenanzas, normas de rango reglamentario, afectante a los garantes de los autores de las infracciones menores de edad, es contrario a la previsión del art. 130.3.2 LRJPAC, que exige que esa responsabilidad por acción de un tercero venga determinada por “las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”, supuesto que no se da en la mayoría de ellas⁴⁹.

Este tema fue una de las cuestiones importantes dilucidadas por la Sentencia 1156/2009 del TSJ de Cataluña⁵⁰, que resolvía un recurso sobre la anteriormente comentada Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona. Dicha Ordenanza establecía en su art. 84.4 que los padres, tutores o guardadores eran responsables directos y solidarios de las infracciones cometidas por menores de edad, siempre que constara, por su parte, dolo, culpa o negligencia, in-

48. En este sentido, el art. 72 de la Ley 17/2005 sobre tráfico establece que: “Cuando la autoría de los hechos cometidos corresponda a un menor de 18 años, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a estos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores. La responsabilidad solidaria quedará referida estrictamente a la pecuniaria derivada de la multa impuesta, [...]. Cuando se trate de infracciones leves, previo el consentimiento de las personas referidas en el segundo párrafo de este apartado, podrá sustituirse la sanción económica de multa por medidas sociales relacionadas con la seguridad vial”. Se fija así, mediante norma con rango de ley, la responsabilidad de los garantes respecto de los infractores menores de edad en el ámbito del tráfico, deslindando por cierto la responsabilidad de los primeros, “referida estrictamente a la pecuniaria derivada de la multa impuesta”, de la infractora en sentido estricto, que corresponde a los autores materiales, mejorando con ello el sistema, ciertamente más confuso, del art. 130 LRJPAC.

49. A este respecto, *vid.* STSJ Cataluña 52/2006, de 12 de enero (FJ 3.º); STSJ Castilla-La Mancha, de 30 de diciembre (FJ 6.º); y STSJ Cataluña 670/2011, que estima parcialmente la cuestión de ilegalidad planteada sobre la Ordenanza Municipal de Convivencia Ciudadana del Ayuntamiento de Teià (FJ 9.º).

50. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Sentencia 1156/2009, de 23 de noviembre, sobre recurso contencioso-administrativo núm. 330/2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín José Ortiz Blasco. Fundamento jurídico decimooctavo.

cluida la simple inobservancia. La Sala da su conformidad al argumento de la parte apelante: no se trata de un precepto o de finalidad didáctica, sino de una norma que disciplina claramente la responsabilidad de los padres, tutores o personas que tengan la guarda legal para los actos contrarios a la ordenanza cometidos por dichas personas. Lo que la norma hace es extender la responsabilidad administrativa a los padres, tutores y personas que tienen la custodia de menores e inimputables, respecto de los hechos verificados por estos y tipificados en la Ley. Se viola, por tanto, el principio de personalidad de la pena del derecho penal —y aplicable al derecho administrativo sancionador—, denominado por el Tribunal Constitucional “principio de la personalidad de la pena o sanción”, denominación suficientemente reveladora de su aplicabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador⁵¹. Más concretamente, se argumenta en la Sentencia que estamos analizando: “en tanto con dicha norma se imputa la responsabilidad por una infracción administrativa a una persona diferente de quien la ejecuta y por el mero hecho de ser padre, tutor o guardador de la misma —y no, en todo caso, por no haber evitado, como garante, en su caso, la comisión del hecho—, se viola dicho principio establecido en el art. 25 de la CE y ello supone su nulidad, de acuerdo con la doctrina del art. 62.1.a) de la citada Ley 30/1992”. Esta Sentencia, por tanto, declara la nulidad de los artículos de la Ordenanza en los que se establece la responsabilidad directa y solidaria de los padres, tutores o guardadores.

En este mismo sentido se expresan sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León⁵², al respecto de recursos directos contra la Ordenanza Municipal de Valladolid sobre Protección de la Convivencia Ciudadana y Prevención de Actuaciones Antisociales⁵³. En estas sentencias se declara nulo el art. 28.1 de dicha Ordenanza, donde se establecía la responsabilidad directa de los padres, tutores o quienes tuvieran la custodia legal por infracciones cometidas por menores de edad. Ante esto, la Sala responde que este apartado viola el principio de personalidad de la pena típico del derecho penal aplicable al derecho administrativo sancionador⁵⁴.

51. STC 219/1988, fundamento jurídico 3.º. Recogido ahora por el art. 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

52. Sentencias 2247/2006 (FJ 4.º) y 2169/2006 (FJ 5.º), de 15 y 5 de diciembre respectivamente. Sobre recurso contencioso-administrativo núm. 24/2004 y 2915/2004. Sentencia 134/2012 (FJ 4.º), de 30 de enero.

53. Publicada en el BOP el 14/5/2004.

54. “En tanto con dicha norma se imputa la responsabilidad por una infracción administrativa a una persona diferente de quien la ejecuta y por el mero hecho de ser su padre, tutor o guardador de la misma —y no, en todo caso, por no haber evitado, como garante,

Así pues, debe estarse, en cuanto a la responsabilidad de los garantes, al régimen legal derivado del art. 130.3.2 LRJPAC, que no autoriza, por vía de ordenanza municipal, una imputación genérica a aquellos, siendo aplicable, por tanto, lo establecido en el art. 62.2 LRJPAC, a cuyo tenor “serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, –y– las que regulen materias reservadas a la Ley, [...]”.

3.4

Sustitución de la multa por otras sanciones. Cuestiones problemáticas. Posición de los tribunales superiores de justicia y Tribunal Supremo

Suele ser frecuente el establecimiento de un elenco de actividades sustitutorias de la sanción de multa con distinta denominación. A saber: “sesiones formativas”, “sesiones de atención individualizada con los servicios sociales”, “cursos de asistencia social”, “participación en actividades cívicas”, y “otros tipos de trabajos para la comunidad”. En general, son bastantes las ordenanzas locales que se refieren a la posibilidad de sustituir la multa tradicional por otro tipo de sanción, distinta a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Según comentábamos con anterioridad, respecto a la sustitución de la multa por trabajos en beneficio de la comunidad parece que la situación está más clara. Para que una ordenanza local pueda establecer válidamente la posibilidad de sustitución de multas por trabajos en beneficio de la comunidad, debería estar prevista tal sanción en una norma con rango de ley. Por esta razón, tanto en Barcelona como en Madrid se han dictado ordenanzas donde válidamente se establece esta posibilidad: tienen leyes que les dan cobertura. Por ejemplo, el art. 29.3 de la Ley autonómica 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, establece que: “El incumplimiento de las prescripciones contenidas en las ordenanzas [...] es sancionable con una multa municipal. Cuando la ordenanza municipal lo establezca, de acuerdo con la Ley o, en su defecto, previo consentimiento de la persona afectada, puede sustituirse la multa pecuniaria por trabajos para la

en su caso, la comisión del hecho—, se viola dicho principio ínsito en el art. 25 de la Constitución española, y ello supone su nulidad, de acuerdo con la doctrina del art. 62.1.a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”. Fundamento jurídico sexto Sentencia 2247/2006. En este mismo sentido, Fundamento jurídico IV de la Sentencia 2169/2006.

comunidad”. Con respecto a los menores de edad, teniendo en cuenta que la sustitución está ya prevista en el Código Penal, existe la suficiente cobertura legal para que una ordenanza establezca directamente la sustitución de la multa por trabajo en beneficio de la comunidad.

En cambio, con respecto a la sustitución de la multa por otras sanciones, las ordenanzas no muestran coherencia. Se incluyen en las mismas estas posibilidades, pero sin la suficiente cobertura legal. El Tribunal Constitucional reiteradamente se ha referido al hecho de que el artículo 25.1 de la CE obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado, o delimitado por otra con rango de Ley. En este sentido, la Sentencia 1156/2009, del Tribunal Superior de Justicia catalán, decide la nulidad de los artículos de la Ordenanza de Civismo de Barcelona que establecían la posibilidad de sustituir la multa por “sesiones formativas”, “participación en actividades cívicas”, etc., sin una remisión expresa a lo que disponga la Ley aplicable, “sin cita alguna de la legislación que avale la alternativa a la sanción de orden pecuniario” (fundamento jurídico vigésimo tercero)⁵⁵. En este sentido, bastaría con que estos artículos incluyeran una remisión expresa a lo que disponga la legislación aplicable, a la que habrá que estar en cada caso. Una simple expresión

55. Es preciso destacar que el Tribunal Supremo, por sentencias de 18 y 25 de octubre de 2011, declara ajustados a derecho los artículos de la Ordenanza de Barcelona referidos a la posibilidad de sustituir la multa por otras sanciones distintas a los trabajos en beneficio de la comunidad (arts. 84.2 y 93.1, 2 y 3), basándose en el hecho de que se produjo una “legalización sobrevenida” o *ius superveniens*, al aprobarse, escasas semanas después, la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2006), en cuyo artículo 30.3 se establece que: “En la imposición de sanciones [...] se podrá sustituir la sanción económica por trabajos en beneficio de la comunidad, la asistencia obligatoria a cursos de formación, a sesiones individualizadas o cualquier otra medida alternativa que tenga finalidad de sensibilizar al infractor sobre cuáles son las normas de conducta en el espacio urbano o reparar el daño moral de las víctimas”. Señala el Tribunal: “La hipotética falta de cobertura legal de la sustitución de las sanciones por sesiones formativas o actividades cívicas solo se habría producido durante los días que transcurrieron entre la entrada en vigor de la Ordenanza de Convivencia —el veinticinco de enero de 2006— y la publicación de la Ley 1/2006, lo cual solo podía dar lugar, en su caso, a la anulación de los actos aplicativos correspondientes producidos durante estas escasas semanas de diferencia entre la vigencia de una y otra norma, pero en absoluto a la nulidad de la disposición, que en la fecha de la Sentencia se adaptaba plenamente al ordenamiento jurídico vigente”. Se convalida *ex lege* la disposición general recurrida y por tanto, aplicando los artículos 128.2 y 57.3 LRJPAC, se reconoce, en virtud de esa nueva regulación legal, carácter retroactivo a los arts. 84.2 y 93.1, 2 y 3 de la Ordenanza, en cuanto que las medidas sustitutivas o alternativas establecidas son más beneficiosas para el sancionado, sea este mayor o menor de edad (FFJJ 5.º y 6.º).

como “en todo caso, estas sanciones podrán ser sustituidas, de acuerdo con la legislación, por [...]”.

Asimismo, es posible contemplar la posibilidad de otro tipo de sanciones que se puedan computar también dentro de las prestaciones en beneficio de la comunidad. Podrían contabilizarse aquellas horas invertidas en cursos formativos como preámbulo a la realización de la actividad de que se trata. Esta circunstancia, a nuestro modo de ver, acrecentaría las expectativas de la eficacia de las prestaciones y rebajaría las necesidades de ofertar actividades, aunque obligaría a la Administración a organizar estos cursos de formación⁵⁶. Algunas ordenanzas municipales han recogido esta posibilidad⁵⁷.

4

A modo de conclusión

Las nuevas ordenanzas de convivencia y civismo recogen las reglas básicas de comportamiento de los vecinos del municipio, que inciden en aspectos tales como la tranquilidad, seguridad o salubridad municipal, aspectos directamente relacionados con las competencias propias municipales. Son un código sistemático de conducta ciudadana en sus relaciones con el resto de la vecindad y con el ayuntamiento, contemplando todos los temas relevantes que la Administración tiene interés en definir y normativizar. Con su correcta aplicación no solamente se pretende proporcionar un nivel óptimo de calidad dentro del entorno en general, sino también proteger los derechos de los ciudadanos contra los efectos perturbadores de la actividad humana, corregir las formas de degradación provocadas por esta intervención y las consecuencias

⁵⁶. El Informe de 2 de julio de 2009 del Consejo de Estado respecto del Real Decreto 189/2009, de 4 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad (BOE de 5 de diciembre de 2009), afirma que en el derecho penal de menores la asistencia a cursos de educación vial u otros no se considera con frecuencia como una simple tarea socio-educativa, sino como ejecución de la medida de “prestaciones en beneficio de la comunidad”.

⁵⁷. Ordenanza municipal de Tomares sobre ejecución alternativa de sanciones económicas mediante trabajos en beneficio de la comunidad para menores de edad (TBC Menores), de 6 de febrero de 2010. Su art. 3 establece la posibilidad de que el menor pueda asistir a los cursos, jornadas o actividades de información o educación vial, cívica o de otro tipo, relacionados con la naturaleza de la infracción cometida, que se organicen por el Ayuntamiento u otras entidades en la localidad, descontándose la asistencia efectiva de las horas de trabajo a prestar en beneficio de la comunidad.

que de ella se derivan, en forma de medidas técnicas y políticas absolutamente necesarias para evitar estos efectos.

La actual legislación básica estatal sobre la potestad sancionadora de las entidades locales surgió ante la insuficiencia o falta de legislación sectorial. Es en la llamada Ley de medidas para la modernización del gobierno local 57/2003, de 16 de diciembre, introductora del Título XI en la LBRL, donde se establecen los límites de las sanciones, siendo estas exclusivamente económicas. De este modo, se cierra la puerta a la imposición de otro tipo de penas o a la posibilidad de la sustitución de las económicas. El problema, por consiguiente, es que el art. 141 no recoge más sanción posible en las ordenanzas que la mera, simple y sola multa, entendida esta como sanción pecuniaria; sin posibilidad de introducir en las ordenanzas otro tipo de sanciones no pecuniarias o de cumplimiento de la sanción mediante el modo voluntario o alternativo de ejecución de trabajos en beneficio de la comunidad.

De esta manera, salvo que exista una norma estatal o autonómica con rango legal que prevea la imposición de sanciones no pecuniarias, o la posibilidad de convalidar o sustituir sanciones pecuniarias por el cumplimiento de otro tipo de sanción, las ordenanzas municipales, de manera autónoma y al amparo de los arts. 139 y ss. de la LBRL, no pueden imponer otras sanciones que las meras multas.

La sustitución de la multa por trabajos en beneficio de la comunidad en el ámbito local es en la actualidad objeto de reflexión. Para que una ordenanza local pueda establecer válidamente la posibilidad de sustitución de multas por trabajos en beneficio de la comunidad, debería estar prevista tal sanción en una norma con rango de ley. Algunas entidades locales como las de Barcelona y Madrid han dictado ordenanzas donde válidamente se establece esta posibilidad: tienen leyes que les dan cobertura. Con respecto a la sustitución de la multa por otras sanciones, se observa mucha confusión en las ordenanzas, incluyendo en las mismas estas posibilidades, pero sin tener la suficiente cobertura legal. Reflejan esta situación las repetidas sentencias de tribunales superiores de justicia donde se declara la nulidad de sanciones establecidas por las ordenanzas locales sin la suficiente cobertura legal previa.

Por otro lado, no parece muy coherente que el mismo legislador, por un lado, apruebe leyes protectoras de los menores de edad, incluso un derecho penal específico para menores, y por otro, los ignore en su legislación administrativa sancionadora.

La establecida solidaridad de padres y tutores para responder de la sanción de multa por hechos cometidos por sus hijos o tutelados, tiene un

fin marcadamente económico, y viola directamente el principio de personalidad de la pena típico del derecho penal, y aplicable también al derecho administrativo sancionador.

Los legisladores estatal y autonómicos, deberían ser conscientes de la problemática que tienen los ayuntamientos para establecer en sus ordenanzas la posibilidad de imponer sanciones distintas a la multa, como la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, asistencia a sesiones formativas, participación en actividades cívicas, etc., y actuar en consecuencia, ofreciendo cobertura legal. Sería aconsejable que, al menos con carácter sectorial, el legislador competente por razón de la materia estableciera un régimen jurídico uniforme para determinadas cuestiones, que no deben dejarse al criterio de cada Administración, tales como derechos de los sujetos sancionados, régimen de aplicación, ejecución de las medidas, etc., regulación basada en las competencias sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas. El objetivo sería garantizar un tratamiento uniforme de los administrados. Han de procurarse soluciones creativas para la tipificación de sanciones administrativas para menores de edad. Como hemos afirmado con anterioridad, la sanción de multa en los menores de edad, aparte de “inútil, inapropiada e ineficaz”, debe ser sustituida por otras sanciones más adecuadas y eficaces y con un fin estrictamente educativo. Creemos que no se debería mantener por más tiempo la situación de que a las personas de entre catorce y dieciocho años se les puedan imponer multas pecuniarias, en bastantes casos de notable cuantía, pues si estas no son adecuadas para el derecho penal de los menores tampoco deben serlo para el derecho administrativo sancionador, cuyos ilícitos se suponen, en teoría, más leves que los penales.

En definitiva, en el derecho sancionador en general, sea penal o administrativo, no se afronta el problema del incivismo como un escollo a evitar mediante actuaciones de prevención administrativa (educativas, formativas, asistenciales o de fomento), papel que sí deberían tratar de cumplir las ordenanzas reguladoras de la convivencia (como así pasa en algunas de ellas). En cualquier caso, son muchos los ayuntamientos que vienen aprobando ordenanzas, recogiendo esta posibilidad. Se deben tener en cuenta sentencias resolutorias sobre recursos contencioso-administrativos que se están presentando en los tribunales, frente a las cada vez más habituales ordenanzas de convivencia y civismo.

5

Bibliografía, normativa y jurisprudencia consultadas**BIBLIOGRAFÍA**

- AJA FERNÁNDEZ, E., “Configuración constitucional de la autonomía municipal”, en VV. AA., *Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992.
- BLAY GIL, E., “Nuevas perspectivas en la ejecución de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Comentarios al Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo”, en *La Ley*, núm. 6338, 2005.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Sobre la potestad sancionadora municipal”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6, 2004.
- CASARES MARCOS, A., *Principio de Legalidad y Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionadora*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012.
- GALLARDO CASTILLO, M. J., “Las ordenanzas municipales y su deficiente cobertura legal tras el pacto local”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, núm. 14/2009, 2009.
- GARCÍA AMILBURU, M., “La ciudadanía como ideal ético”, en *Educación, ética y ciudadanía. Actas del IV Congreso Internacional de Filosofía de la Educación*, UNED Ediciones, Madrid, 2002.
- GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 2.^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.
- MARTÍN MATEO, R., Prólogo, en TOSCANO GIL, F., *Autonomía y potestad normativa local*, Comares, 2006.
- MARTÍN PÉREZ, P. A., “Contenido, alcance y límites de la autonomía municipal en los albores del siglo XXI”, en *Revista de estudios locales*, núm. 114, 2008.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Las sanciones de orden público en derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La cláusula de orden público como límite al ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975.
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.
- OLARTE HURTADO, A., *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2006.

- ORTUÑO RODRÍGUEZ, A. E., *Civismo y convivencia municipal*, Editorial Bayer Hermanos, Barcelona, 2010.
- ORTUÑO RODRÍGUEZ, A. E., “La potestad sancionadora de las entidades locales. Especial referencia a las ordenanzas cívicas”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 20, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio de 2009.
- PARADA, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Barcelona, 2008.
- PEMÁN GAVÍN, J. M.^a, “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, 2007.
- REBOLLO PUIG, M. (coord.), *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- SÁNCHEZ GOYANES, E., “La potestad normativa sancionadora de las corporaciones locales”, en *La potestad normativa del municipio español. Ordenanzas, reglamentos, planes urbanísticos, normas*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2000.
- SUAY RINCÓN, J., “Concepto de sanción administrativa”, en LOZANO CUITANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, 2010.
- TOLEDO PICAZO, A., “Derecho Administrativo sancionador y menores de edad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009.
- TOLIVAR ALAS, L., “Las sanciones administrativas y la despenalización de faltas contra el régimen de las poblaciones”, en *REALA*, núm. 242, 1989.
- TORRES ROSELL, N., *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- TOSCANO GIL, F., *Autonomía y potestad normativa local*, Comares, 2006.

NORMATIVA

- Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Decreto de 17 de junio de 1955. BOE núm. 196, de 15/7/1955.
- Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959. BOE núm. 182, de 31/7/1959.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. BOE núm. 80, de 3/4/1985.
- Ley 57/2003, de 6 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. BOE núm. 301, de 17/12/2003.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE núm. 285, 27/11/1992.

- 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. BOE núm. 96, de 22/4/1986.
- Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana. BOE núm. 46, de 22/2/1992.
- Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. BOE núm. 276, de 18/11/2003.
- 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. BOE núm. 63, de 14/3/1990.
- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. BOE núm. 148, de 22/6/1989.
- Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona, aprobada en el Pleno el 23 de diciembre de 2005 y publicada en el BOP de Barcelona de 24 de enero de 2006.
- Ordenanza sobre Civismo o Convivencia Ciudadana del Ayuntamiento de Granollers, de 30 de octubre de 2000.
- Ordenanza sobre Civismo o Convivencia Ciudadana de Ayuntamiento del Prat de Llobregat, de 28 de enero de 2003.
- Ordenanza Municipal de Medidas para el Fomento y Garantía de la Convivencia Ciudadana en los Espacios Públicos de Sevilla (2008).
- Ordenanza Municipal sobre Protección de la Convivencia Ciudadana y Prevención de Actividades Antisociales de Santander (2008).
- Ordenanza Municipal sobre Promoción de Conductas Cívicas y Protección de los Espacios Públicos de Pamplona (2006).
- Ordenanza Reguladora del Consumo Indebido de Bebidas Alcohólicas, Fomento de la Convivencia y Prevención de Actuaciones Antisociales de Toledo (2006).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24/11/1995.
- Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.
- Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, publicada en el BOE el 5 de julio de 2006.
- Ley autonómica 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, publicada en el BOE el 2 de febrero de 1999. Reformada por la Ley 11/2006, de 19 de julio, de modificación de la Carta Municipal de Barcelona.
- Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona. BOE núm. 62, de 14/3/2006.

- Ley 2/2003, de 13 de marzo, de la convivencia y el ocio de Extremadura. BOE núm. 87, de 11/4/2003.
- Ley andaluza 7/2006, de 24 de octubre, sobre potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía, BO Junta de Andalucía, 7 noviembre 2006, núm. 215.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 11, de 13/1/2000.
- Ordenanza Municipal de Valladolid sobre Protección de la Convivencia Ciudadana y Prevención de Actuaciones Antisociales, publicada en el BOP el 14/5/2004.

JURISPRUDENCIA

STC 32/1981, de 28 de julio, BOE 13.8; STC 104/2000, de 13 de abril, BOE 18.5; STS de 15 de julio de 1992; SSTC 61/1990, de 29 de marzo, 8/1981, 159/1986, 2/1987, 42/1987, 133/1987, 3/1988, 101/1988, 29/1989, 69/1989, 150/1989, 219/1989 y 3/1988; STC 2/1987, de 21 de enero; STC 341/1993; STC 132/2001, de 8 de junio; SSTC 161/2003, de 15 de septiembre, y 193/2003, de 27 de octubre; STS de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003/2001); STS de 25 de mayo de 2004; SSTC 3/1988, de 21 de enero, 101/1988, de 8 de junio, 341/1993, de 18 de noviembre, 6/1994, de 17 de enero, y 60/2000, de 2 de marzo; SSTSJ *Cataluña* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) 1156/2009, de 23 de noviembre (recurso 330/2006), 1157/2009, de 23 de noviembre (recurso 329/2006), y 1165/2009, de 25 de noviembre (recurso 327/2006); STC 219/1988; SSTSJ *Castilla y León* 2247/2006 y 2169/2006, de 15 y 5 de diciembre respectivamente (JUR/2007/245725 y JUR/2007/83552); STSJ *Castilla-La Mancha* 449/2014, de 1 de julio; STSJ *Andalucía* 1560/2014, de 2 de junio.

Sobre l'aplicació de la Llei de transparència a l'Administració local

RAMON CAMP I BATALLA

Exmembre del Consell General del Poder Judicial i advocat

- 1. Introducció**
- 2. Instruments conjunts o integrats**
 - 2.1. Portal de la Transparència
 - 2.2. Registre de grups d'interès
 - 2.3. Comissió de Garantia
- 3. Aplicació de la Llei de transparència en l'àmbit privat**
 - 3.1. Prestadors de serveis públics
 - 3.2. Persones que reben fons públics
 - 3.3. Contingut del deure d'informació
 - 3.4. Informació sobre retribucions dels càrrecs directius d'entitats privades
- 4. El dret d'accés a la informació pública i les causes d'inadmissió de sol·licituds**
- 5. Sentit del silenci administratiu**

Resum

La Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, és aplicable a tots els ens que integren l'Administració local de Catalunya i a tots els seus organismes i entitats dependents.

L'article analitza alguns aspectes que em semblen interessants, bé sigui com a reflexió o bé com a proposta operativa d'interpretació.

Article rebut el 21/04/2016; acceptat el 14/06/2016.

Així, en primer lloc es constata i s'analitza la creació d'instruments conjunts o integrats que incorporen al marc legal català mecanismes interadministratius per aplicar i fer efectives les previsions de la Llei, que alhora busquen garantir el principi d'igualtat en l'exercici dels drets dels ciutadans. En aquest sentit, es fa referència a aspectes en relació amb el Portal de la Transparència, el Registre de grups d'interès i la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública.

En segon lloc, s'analitza el deure d'informació que tenen les persones físiques o jurídiques privades col·laboradores de l'Administració.

Dins del dret d'accés a la informació pública, s'analitzen les causes d'inadmissió de sol·licituds, donant pautes per acotar alguns dels conceptes indeterminats que apareixen en la Llei, referits a aquesta qüestió.

Finalment es fan unes consideracions sobre el sentit del silenci administratiu en les sol·licituds d'accés a la informació pública, la seva relativa irrellevància en la pràctica. Així com una proposta de quan l'Administració ha de comunicar que no s'ha adquirit el dret d'accés a la informació pública per silenci positiu, pel fet de concórrer límits establerts legalment a aquest accés.

Paraules clau: transparència en l'àmbit local; Portal de la Transparència; Registre de grups d'interès; Comissió de Garantia; Llei de transparència en l'àmbit privat; dret d'accés a la informació pública; causes d'inadmissió; sentit del silenci administratiu en el dret d'accés a la informació pública.

Implementing the Law on transparency in local entities

Abstract

Law 19/2014, of 29 December, on transparency, access to public information and good government, is applicable to all local entities in Catalonia, as well as to all their bodies and dependent entities. This article analyzes this issue and discusses some thoughts and proposals.

First, the article studies some interadministrative mechanisms whose goals are to implement the Law and to guarantee the equality of citizens. In this context, the article refers to the Transparency Portal, the Register

of Lobbies and the Guarantee Commission of the Right to Access to Public Information.

Second, the article analyzes the duty to provide information of individuals and legal entities which collaborate with the public administration. In relation to the right to access to public information, the article deals with the inadmissibility causes of applications and provides some guidelines to interpret the vague concepts of the Law.

Finally, the article gives some thoughts regarding the issue of the meaning of administrative silence in the field of applications on the right to access to public information; especially it refers to the irrelevance in practice of this mechanism. Moreover, the article comes up with a proposal about when public administrations should not grant the right to access to public information through positive administrative silence, based on the restrictions legally established for accessing to the information.

Keywords: transparency in local entities; Transparency Portal; Register of Lobbies; Guarantee Commission; Law of transparency in the private sector; right to access to public information; inadmissibility causes; administrative silence in relation to the right to access to public information.

1

Introducció

Alguns han interpretat els canvis d'aquests darrers anys en paràmetres exclusivament econòmics, esperant que hi hagi una llum a la sortida del túnel per tornar a la situació anterior. Avui sabem tots que el que estem vivint, i seguirem vivint en els propers temps, no és tan sols conseqüència d'una crisi econòmica, sinó també d'un canvi de model de societat.

La normativa que regula la transparència, l'accés a la informació pública i el bon govern, per la novetat que representa en el nostre ordenament i pels canvis d'hàbits que comporta, pot ser percebuda pels qui estan obligats a aplicar-la com un conjunt de disposicions incòmodes. “La transparència i el poder se suporten malament”, ens diu el filòsof Byung-Chul Han en la seva obra *La sociedad de la transparencia*. No hem de caure en aquesta percepció, doncs crec que estem davant d'una oportunitat de revalorar la funció pública i el sistema democràtic mateix.

El ciutadà exigirà cada vegada més una administració oberta i transparent, de la qual pugui constatar l'eficàcia, exigint-li, alhora, un retiment de comptes que li permeti avaluar-ne l'eficiència. Per fer-ho exigeix disposar d'informació. Com ha dit el professor Tomàs Font, conèixer per comprendre. Darrerament s'ha evolucionat del “dret a saber” cap al “dret a comprendre”. Això és, conèixer i entendre el perquè de l'acció administrativa. La finalitat de la transparència apareix vinculada a la formació d'una opinió lliure que doni al ciutadà una posició fonamentada.

La consagració del dret d'accés a la informació pública com un dret subjectiu quasi fonamental de les persones, un dret a saber, com he dit, quan sigui percebut per la ciutadania en tota la seva extensió i per tant consolidat com a tal, esdevindrà per al ciutadà un element de confiança per la potencialitat que té fer-ne ús. Pot, per tant, arribar a ser una excel·lent oportunitat per guanyar la confiança del ciutadà vers l'administració i la professionalitat del servidor públic, entenent i valorant positivament el seu treball, superant clixés i estereotips, i contribuint, finalment, a recuperar també la confiança en les institucions públiques.

Com és conegut, des del passat 1 de gener les dues lleis que regulen la transparència, tant la catalana com l'estatal, estan plenament en vigor per als ens locals.

La Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (en endavant LTC), és aplicable a tots els ens que integren l'Administració local de Catalunya: municipis, comarques, províncies, entitats municipals descentralitzades, àrees metropolitanes i mancomunitats de municipis. També les vegueries que algun dia es constitueixin.

L'apartat b) de l'article 3.1 de la LTC determina que el seu àmbit d'aplicació s'estén a tots els organismes i entitats dependents dels ens locals de Catalunya, és a dir, als respectius sectors públics, sigui quina sigui la forma pública o privada de personificació. En conseqüència, hi inclou: organismes autònoms, entitats públiques empresarials, societats amb participació majoritària o vinculades, fundacions del sector públic, consorcis o altres figures associatives.

Molts són els aspectes que se'ns poden plantejar en relació amb la interpretació i l'aplicació d'aquesta normativa. En els propers mesos hauríem de disposar d'un reglament de desplegament de la Llei catalana que ens ajudi a aquesta necessària clarificació. Igualment aniran apareixent ordenances municipals que organitzaran i ordenaran la matèria en els diferents municipis o ens locals.

Ara no podem abordar tota aquesta àmplia problemàtica, però sí que voldria analitzar alguns aspectes que ens semblen interessants, bé sigui com a reflexió o bé com a proposta operativa d'interpretació.

Així, en primer lloc constatarem i analitzarem la creació d'instruments conjunts o integrats que incorporen al marc legal català mecanismes inter-administratius per aplicar i fer efectives les previsions de la Llei, que alhora busquen garantir el principi d'igualtat en l'exercici dels drets dels ciutadans. En aquest sentit, faré referència a aspectes en relació al Portal de la Transparència, al Registre de grups d'interès i a la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública.

En segon lloc, analitzarem el deure d'informació que tenen les persones físiques o jurídiques privades col·laboradores de l'Administració.

Després, dins del dret d'accés a la informació pública, analitzarem les causes d'inadmissió de sol·licituds, donant pautes per acotar alguns dels conceptes indeterminats que apareixen en la Llei, referits a aquesta qüestió.

Finalment faré unes consideracions sobre el sentit del silenci administratiu en les sol·licituds d'accés a la informació pública, i la seva irrellevància en la pràctica.

2

Instruments conjunts o integrats

La Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, presenta una característica singular en relació amb altres normes que afecten directament l'actuació i el funcionament de les administracions públiques. Fins ara, aquestes normes han establert principis i regles comuns per a les diferents administracions territorials (estatal, autonòmica i local). En són una bona mostra les normes administratives més estructurals, com les que regulen el règim jurídic, el procediment administratiu comú o la contractació pública, per citar-ne alguns dels exemples més rellevants. Però l'establiment d'aquests principis i regles comuns no ha comportat normalment la creació d'instruments conjunts o integrats per aplicar les polítiques legislatives, a causa d'una interpretació especialment rígida del principi d'autonomia pel que fa a la capacitat de poder adoptar, per part de cada administració, les decisions organitzatives necessàries per portar a terme el mandat legal.

Aquesta situació s'ha alterat notablement amb la Llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern, que ha donat un pas important per incorporar al marc legal català mecanismes interadministratius per aplicar i fer efectives les previsions de la Llei, adoptant com a criteri de referència la garantia del principi d'igualtat en l'exercici dels drets ciutadans, encara que això pugui condicionar d'alguna manera l'autonomia organitzativa de cada administració.

En aquest sentit, la nova legislació de transparència no té només la vocació de ser una llei general d'aplicació a totes les administracions catalanes, sinó que té la voluntat addicional de crear els instruments necessaris per tal que aquesta aplicació es faci en unes condicions d'homogeneïtat mínima, pel que fa als ciutadans, i d'una manera coordinada entre totes les administracions públiques. En les línies següents faré referència a alguns d'aquests instruments, i en destacarem les característiques principals.

2.1

Portal de la Transparència

En relació amb les obligacions de publicitat activa que les diferents administracions públiques han de complir d'acord amb el títol II de la LTC, la regla general és que aquesta publicitat es faci efectiva per mitjà dels portals de la transparència propis. Però aquesta regla té matisos importants derivats de les determinacions establertes per l'article 5 LTC, amb la finalitat d'assolir un sistema d'informació integrada que s'estructura sobre el Portal de la Transparència, el qual és organitzat i gestionat per l'Administració de la Generalitat. Malgrat que el mateix article 5 de la LTC reconeix als ens locals i a les altres administracions públiques la capacitat de crear llurs propis portals de la transparència, això no exclou que el Portal de la Transparència de la Generalitat compleixi, en qualsevol cas, funcions importants respecte de la publicitat activa que han de complir els ens locals.

L'apartat 5 de l'article 5 LTC estableix que el Portal de la Transparència, gestionat per la Generalitat, integra la informació de les administracions locals, i que ha de permetre també l'accés al contingut dels portals propis que hagin pogut crear les altres administracions. D'aquesta regulació se'n desprenen dos escenaris possibles des del punt de vista de les administracions locals: la utilització del Portal de la Transparència de la Generalitat com a instrument unificat i comú, per complir directament les obligacions de publicitat activa que preveu la LTC; o bé la utilització del Portal de la Transparència com a un instrument de coordinació de la informació i de l'accés als portals propis que les administracions locals puguin crear. En el primer cas, el Portal de la Transparència evita la creació dels portals propis, i en el segon, actua com una plataforma complementària de coneixement i d'accés als portals propis.

Malgrat que l'article 5 LTC no ho preveu expressament, cal entendre que la funció del Portal de la Transparència, quan actuï com a instrument substitutiu dels portals propis, haurà de requerir l'establiment d'un marc de

cooperació formal entre l'Administració responsable del Portal de la Transparència i l'Administració local, per tal d'assegurar el compliment dels requisits necessaris per fer la funció substitutiva que en aquest cas haurà de desenvolupar el Portal. Cal assenyalar, en aquest sentit, que l'article 3.3 LTC ja preveu aquesta cooperació entre l'Administració de la Generalitat i els ens locals per complir les obligacions de transparència, i que el títol IX de la mateixa LTC preveu que l'Administració de la Generalitat elabori un programa de suport als ens locals, per facilitar que aquests puguin donar compliment als requeriments que els imposa la LTC.

2.2

Registre de grups d'interès

Una de les principals novetats introduïdes per la LTC és la regulació dels grups d'interès i de les seves relacions amb les administracions públiques. El títol IV de la LTC estableix que l'Administració de la Generalitat, els ens locals i els altres organismes públics han de crear un registre de grups d'interès, que ha de tenir com a finalitat la inscripció i el control de les persones i les organitzacions que volen influir en l'elaboració i l'aplicació de les polítiques públiques, en defensa d'interessos propis o de terceres persones.

El mateix títol IV regula amb cert detall els aspectes bàsics del règim jurídic dels grups d'interès, entre els quals cal destacar de manera especial la definició de les persones i organitzacions que es poden considerar com a "grups d'interès" en sentit legal; l'obligació de la inscripció en el registre corresponent; les altres obligacions i drets dels grups d'interès, inclòs el codi de conducta; el contingut que han de tenir els registres; i les mesures aplicables en cas d'incompliment.

La Generalitat ha desenvolupat les previsions del títol IV de la LTC mitjançant el Decret 171/2015, de 28 de juliol, que crea i regula el Registre de grups d'interès de la seva Administració i del seu sector públic. Aquest Decret confirma la interpretació de la Llei en el sentit que no s'estableix un únic registre comú a totes les administracions de Catalunya, i que els ens locals, per tant, han de crear i regular els seus propis registres de grups d'interès en compliment de la LTC. A aquest efecte, el Decret 171/2015 els pot servir de guia i de referent.

Però en la línia ja assenyalada de la coordinació entre les administracions catalanes que es desprèn de la LTC, el que cal ressaltar és la previsió que conté l'article 45.3 LTC en el sentit que l'Administració de la Generalitat ha de fer una gestió centralitzada de les dades que s'han d'incloure en

els registres de grups d'interès, que abasten de manera especial les dades relatives a la inscripció dels grups d'interès i al coneixement de les activitats realitzades com a tals.

D'aquesta previsió legal, se'n desprèn la necessitat d'establir un instrument o mecanisme de cooperació entre l'Administració de la Generalitat i els ens locals, que faci possible l'intercanvi de dades necessàries perquè el Registre de la Generalitat compleixi la funció de publicitat general que implica la idea de "gestió centralitzada" de les dades dels diferents registres.

Amb relació a la comunicació de dades entre els registres de grups d'interès que es desprèn de l'article 45.2 LTC, cal observar que no planteja especials problemes des del punt de vista de la protecció de dades personals, atès que la Llei orgànica 15/1999 exclou expressament la necessitat de consentiment de l'interessat per a la comunicació de dades quan aquestes estiguin recollides en fonts accessibles al públic [lletra *b*) de l'article 11.2]. I en aquest sentit cal recordar que la mateixa LTC estableix el caràcter públic dels registres de grups d'interès (article 46.1).

Un altre aspecte a considerar en aquest cas és la previsió que les dades dels registres de grups d'interès estiguin també disponibles per mitjà del règim de transparència que estableix la mateixa LTC. Això implica que les administracions locals han de facilitar l'accés a aquestes dades a través dels seus respectius portals de la transparència. Però també comporta, i això és especialment rellevant pel que fa a la coordinació i cooperació assenyalades abans, que el Portal de la Transparència de la Generalitat pot ser un instrument important per a la gestió centralitzada de les dades dels diversos registres de grups d'interès. Aquesta conclusió es pot desprendre del joc combinat dels articles 5.4, 45.3 i 46.1 de la LTC.

2.3

Comissió de Garantia

La regulació que fa la LTC del dret d'accés a la informació pública, ha suposat l'establiment d'una via de reclamació especial que els interessats poden utilitzar per exhaurir la via administrativa, amb caràcter previ a la defensa dels seus drets davant la jurisdicció contenciosa administrativa. Amb aquesta finalitat, el capítol IV del títol III de la LTC crea la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública, davant la qual es poden formular reclamacions contra les resolucions expressives o presumptes en matèria d'accés a la informació pública, o les que resolguin un recurs de reposició que prèviament s'hagi interposat per l'interessat. També cal assenyalar que l'article 72 de la

mateixa LTC estableix que les resolucions expresses o presumptes dictades amb relació a l'exercici del dret d'accés a la informació pública "poden ésser objecte de reclamació, en els termes que estableix el capítol IV del títol III"; i que els actes dictats per la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública posen fi a la via administrativa i són impugnables en via contenciosa administrativa, com diu textualment l'article 42.10 de la LTC.

L'establiment d'aquest sistema especial de garantia del dret d'accés pot suscitar algun dubte interpretatiu, en el sentit de si només és aplicable a l'Administració de la Generalitat o també a la dels ens locals. Respecte d'això cal tenir en compte que en cap moment la LTC limita la intervenció de la Comissió a les resolucions de l'Administració de la Generalitat. La Llei parla sempre en general de les resolucions dictades en aquesta matèria, i això permet deduir-ne la voluntat d'establir un règim comú de garantia, tot seguint una línia de coherència amb el propòsit que la LTC es constitueixi com un marc general normatiu, especialment des de la perspectiva dels drets dels ciutadans davant les administracions públiques.

Tanmateix, cal assenyalar que els ens locals disposen d'un règim específic de recursos en via administrativa regulat per la legislació bàsica de règim local. I en aquest sentit s'ha de recordar que l'article 52.2 de la Llei de bases de règim local (LBRL) estableix que posen fi a la via administrativa les resolucions de diversos òrgans locals, entre les quals es troben les dels alcaldes i les de les autoritats i òrgans inferiors quan resolguin per delegació de l'alcalde.

Aquesta previsió legal s'ha de posar en connexió amb l'article 32 de la LTC, que regula la competència per resoldre les sol·licituds del dret d'accés a la informació pública, i que preveu que, en el cas de les adreçades a l'Administració local, aquesta competència correspon als òrgans que determinen les normes organitzatives pròpies o, si no n'hi ha, a l'alcalde o l'òrgan en què delegui.

Com es pot deduir del que s'hi acaba d'exposar, poden ser diverses les situacions que es produeixin en l'àmbit local, essent possible que en alguns casos les resolucions siguin dictades per òrgans que posin fi a la via administrativa (les dels alcaldes o els òrgans que n'actuen en delegació), i que en altres casos existeixi una norma d'autoorganització local que atribueixi aquesta competència a un òrgan que no esgoti la via administrativa.

En el darrer supòsit, la interpretació més adequada de la LTC sembla que seria la de considerar que l'interessat pot interposar la reclamació davant la Comissió de Garantia del Dret d'Accés, per exhaurir la via administrativa i aprofitar el *plus* d'independència que comporta l'accés a un organisme de la naturalesa i característiques de la Comissió.

Tanmateix, la interpretació conjunta de la LTC i de la LBRL pot ser més complexa en el cas de les resolucions locals que ja esgoten la via administrativa. En aquest cas sembla clar que l'interessat pot accedir directament a la jurisdicció contenciosa administrativa o fer-ho després d'interposar un recurs potestatiu de reposició, d'acord amb el que es desprèn de l'article 52 LBRL. Per tant, no existiria l'obligació de reclamar prèviament davant la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública, com a requisit necessari per esgotar la via administrativa i poder accedir a la via judicial.

Ara bé, qüestió diferent és la de determinar si hi ha la possibilitat que l'interessat utilitzi en aquest cas de forma voluntària la via especial que li ofereix la LTC abans de presentar un recurs contenciós administratiu, malgrat que la resolució inicial hagi esgotat ja la via administrativa. Els termes literals en què es pronuncien els articles 39.1 i 72 LTC avalarien aquesta possibilitat, la qual cosa permetria als ciutadans utilitzar una via de reclamació menys costosa que la via judicial, i amb unes expectatives d'èxit clarament majors que les ofertes per un recurs administratiu ordinari.

Tanmateix, la interpretació que s'acaba de fer no evita el risc d'una possible lectura del sistema general d'accés a la via contenciosa basada en el principi de caducitat del termini d'interposició del recurs contenciós administratiu, a partir del moment en què s'ha dictat un acte que posa fi a la via administrativa (art. 25 i 46 de la Llei reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa –LJ–), la qual cosa podria afectar la viabilitat de la reclamació “voluntària” davant la Comissió de Garantia del Dret d'Accés.

Ara bé, es pot considerar que en aquest cas caldria fer una interpretació flexible dels preceptes de la LJ en benefici dels ciutadans i entendre que, si aquests opten per fer la reclamació davant la Comissió, la via contenciosa administrativa restarà igualment oberta a partir de la decisió que adopti la Comissió, sense que l'Administració local pugui al·legar en aquest cas l'existència d'un acte consentit en aplicació estricta i rigorosa del que preveuen la LBRL i la LJ. Aquesta lectura no només afavoriria la posició dels ciutadans, sinó també l'economia processal que pot implicar el funcionament de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública com a òrgan en el qual poden finalitzar molts procediments de reclamació, sense necessitat d'accedir a la via judicial.

3

Aplicació de la Llei de transparència en l'àmbit privat

L'àmbit d'aplicació de la Llei s'estén també a persones privades físiques o jurídiques que es troben en una situació d'especial relació amb l'Administració. Ja sigui perquè “perceben fons públics per a funcionar o per a dur a terme llurs activitats”, perquè “exerceixen funcions públiques o potestats administratives”, o bé perquè “presten serveis públics” (art. 3.1.d). En aquests casos han d'informar l'Administració de referència de les activitats directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics, per tal que –com a col·laboradores de l'Administració– facilitin les obligacions de transparència que tenen les administracions públiques. En definitiva, hi ha un deure d'informació que no s'ha de confondre amb l'obligació de transparència per part dels subjectes obligats.

Les “persones físiques o jurídiques que exerceixen funcions públiques o potestats administratives”, seran les persones o entitats privades que en virtut de qualsevol títol diferent al d'un contracte de gestió de serveis públics exerceixen funcions públiques o potestats administratives, com els concessionaris de l'Administració (ECA), que despleguen funcions d'inspecció i de control, qualificades com a funció pública o potestat pública per la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya (o en virtut del que estableixi una llei sectorial).

3.1

Prestadors de serveis públics

Com acabem de veure, l'article 3.1.d de la Llei de transparència parla dels qui “presten serveis públics”. S'ha d'entendre per prestadors de serveis públics les persones que en virtut de qualsevol modalitat contractual tenen atribuïda la gestió del servei per compte de l'Administració.

Hem de considerar que queden inclosos en aquest concepte, i per tant en aquest article, tots els prestadors de serveis públics que realitzin la seva activitat sota qualsevol modalitat contractual de gestió de servei públic prevista a la legislació sobre contractes del sector públic, procediments de contractació sobre sectors especialment regulats, o altres contractes o convenis que tinguin la condició o naturalesa de contractes de gestió pública, d'acord amb la llei.

No queden inclosos en l'àmbit d'aplicació d'aquest article 3 els contractes subscrits amb l'Administració que no tinguin com a objecte la prestació de serveis públics que siguin competència d'aquesta, com són els de subministraments, obres, serveis i d'altra naturalesa, als quals s'aplicarà el règim de publicitat i transparència a què està sotmesa l'Administració en la seva gestió contractual.

En aquesta categoria de prestador de serveis públics de l'apartat 1 lletra d de l'article 3, hi entenc inclosos els supòsits en els quals la modalitat contractual és de societat mixta, i l'Administració no disposa directament o indirectament d'una participació majoritària del capital social, o no controla, per qualsevol mitjà, els òrgans de direcció de la societat.

Hi ha qui no ho entén així, i considera que pel sol fet que l'Administració hi participi, encara que sigui sense control majoritari de capital o de nomenament, s'han d'incloure en l'apartat 1 lletra b d'aquest article 3, equiparant el seu règim de transparència al que té atribuït el conjunt del sector públic, i fent, per tant, una interpretació extensiva del concepte d'empresa vinculada. Concepte que trobem a la llei de l'empresa pública catalana referit a un àmbit subjectiu molt concret (el de l'Administració de la Generalitat), però no a la legislació de règim local, on es consideren com a societats públiques les que són participades íntegrament o majoritàriament amb capital públic o que tenen el control en la designació de l'òrgan de govern. Aquests paràmetres són idèntics als utilitzats pel Sistema Europeu de Comptes (SEC) per determinar quan estem davant d'una administració pública i quan davant d'un operador privat. Igualment, la LRSAL fa una referència a ens "vinculats" en la modificació de la disposició addicional de la Llei de bases de règim local sobre el redimensionament del sector públic local, i també ho relaciona amb els criteris definits pel SEC. En definitiva, les societats mixtes amb participació minoritària de l'Administració tindran un règim de transparència indirecta a través de l'Administració concessionària, i no de transparència directa com si fos sector públic.

3.2

Persones que reben fons públics

En relació amb les persones o entitats que perceben fons públics de l'Administració per funcionar o per dur a terme les seves activitats, han de facilitar a l'Administració atorgant la informació sobre l'ús al qual s'han destinat els fons públics, així com la gestió d'aquests fons. En l'àmbit de l'Administració local, això pot conduir a entendre que està sotmesa als continguts obligacio-

nals de la LTC qualsevol persona o entitat privada que percebi subvencions o ajuts públics de qualsevol mena, inclosos, per exemple, les prestacions i els ajuts socials, i d'altres. Per evitar-ho, en el desplegament reglamentari, sobre la base del que estableix l'article 15.1.c) de la LTC, que determina que, "en el cas de subvencions i ajuts públics atorgats per motius de vulnerabilitat social, s'ha de preservar la identitat dels beneficiaris", s'havia de considerar que no estarien incloses en aquesta categoria les persones que rebessin fons públics referits a beques i ajuts individualitzats de caràcter social o assistencial, sens perjudici de les obligacions assumides pels beneficiaris d'aquestes ajudes d'acord amb la normativa reguladora de la seva concessió.

Per acabar aquest apartat de subjecció a la normativa de transparència de persones privades col·laboradores de l'Administració, volia fer una referència a les "persones físiques o jurídiques que duen a terme activitats qualificades legalment com a *serveis d'interès general o universal*", categoria prevista en la lletra e) de l'apartat 1 de l'article 3, amb poca incidència en la regulació local, atès que el concepte l'hem d'entendre referit a serveis d'interès *econòmic* general, que són serveis de "mercat", als quals, per raons d'interès general, se'ls imposen obligacions de servei públic. A aquest supòsit cal entendre feta la referència de la Llei (malgrat que utilitzi l'expressió de servei d'interès general i no la de serveis d'interès "econòmic" general, més adequada i precisa tècnicament, i que haurà de ser introduïda per clarificar en el moment que es produeixi el desplegament reglamentari). Aquestes categories han tingut una forta implantació per influència del dret comunitari i la necessitat de garantir el principi de competència i de mercat, i perquè la seva aplicació ha suposat processos de liberalització i privatització d'antics serveis públics. Ens referim a serveis en matèria de telecomunicacions, transport, energia, serveis postals...

3.3

Contingut del deure d'informació

En els supòsits de persones físiques o jurídiques que acabem d'analitzar, el compliment de les obligacions de transparència activa que estableix la Llei l'ha de fer efectiu l'Administració responsable, i aquestes persones tenen el deure d'informar l'Administració de referència de les activitats que portin a terme per compte d'ella, relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics, i de les activitats que restin dins la supervisió i el control de l'Administració en el cas de serveis d'interès general o universal (article 3.2).

Per tant, l'Administració no ha d'exigir informació empresarial o privada que no tingui relació directa amb l'activitat realitzada o la percepció de fons públics, d'acord amb la relació existent entre el subjecte obligat i l'Administració. L'abast del deure d'informació i els procediments per trametre-la, els determinarà en cada cas el títol, contracte o acte que habilita per exercir les funcions públiques o potestats administratives, prestar el servei o percebre els fons públics. A falta d'aquesta previsió, el més operatiu és que la informació es faciliti amb previ requeriment de l'Administració, sistema que preveu l'article 4 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

3.4

Informació sobre retribucions dels càrrecs directius d'entitats privades

Per acabar aquest apartat del deure d'informació de l'àmbit privat a l'Administració per raó d'una especial subjecció, vull fer referència al deure que estableix l'article 3 apartat 2 *in fine* de la LTC, que tenen les persones i entitats privades per exercir les funcions públiques o potestats administratives o prestar serveis públics, d'incloure la informació de les retribucions percebudes pels càrrecs directius, si el volum de negoci de l'empresa vinculat a activitats dutes a terme per compte de l'Administració supera el vint-i-cinc per cent del volum general de negoci de l'empresa.

Com que aquesta disposició fa referència expressa a què l'activitat que es du a terme ho és per compte de l'Administració, s'ha d'entendre que no hi queden incloses les empreses que exerceixen activitats o serveis de mercat considerats com a serveis d'interès econòmic general o universal, perquè l'Administració té respecte a elles una funció de tutela o supervisió, però no es pot considerar que aquestes empreses realitzin una activitat per compte de l'Administració. Tampoc no hi quedaran inclosos, per la mateixa raó, els perceptors de fons i ajuts públics, llevat del que estableix l'article 15.2 de la LTC, del qual parlarem d'aquí a un moment.

Com a criteris d'aplicació per fer efectiva aquesta informació, i que un desplegament normatiu de la Llei hauria de preveure, hem de considerar els següents:

- Per determinar el volum de negoci de l'empresa, si l'activitat que es du a terme per compte de l'Administració pública és superior al vint-i-cinc per cent, s'haurà de determinar a partir del valor i de l'impacte econòmic directe de l'activitat o del servei prestat per compte de

l'Administració amb relació al valor econòmic general del negoci de l'empresa.

- Quan l'empresa realitza o presta més d'una activitat o d'un servei per compte de l'Administració, s'han de sumar tots ells als efectes de determinar el 25 per cent. En aquest cas, el deure d'informació s'ha de fer efectiu a l'Administració titular de l'activitat o del servei de més rellevància econòmica.
- Per al càlcul del volum de negoci només s'hauria de tenir en compte el de l'empresa habilitada o prestadora del servei, amb independència de les seves vinculacions empresarials o de la seva integració en un grup o uns grups de societats, atès que la relació o el vincle, a efectes de transparència, es produeix només entre les dues parts contractants o entre l'habilitat i l'habilitant.
- En el supòsit de creació d'una unió temporal d'empreses (UTE), el càlcul del volum de negoci s'ha d'entendre referit únicament a la mateixa unió, amb exclusió de les empreses participants, perquè és amb la UTE amb qui es subscriu el contracte que determina el deure d'informació.
- Res no impedeix que en la informació sobre les retribucions s'indiqui l'import global consolidat de totes elles desglossat, si escau, entre els diferents nivells i categories de càrrecs directius. No cal exigir, doncs, una informació individualitzada de les retribucions.

De la lectura de l'apartat 2 de l'article 3 i de l'apartat 2 de l'article 15, arribem a la conclusió que es pot mantenir que la informació en matèria de retribucions dels càrrecs directius té un règim de publicitat diferent en cada cas. L'article 15.2 determina que la informació que han de donar les persones jurídiques, si són beneficiàries d'una subvenció o d'un ajut públic per un import superior a 10.000 euros, ho serà a l'efecte de fer públiques les retribucions de llurs òrgans de direcció o d'administració (art. 15.2). Mentre que l'article 3.2 només parla de rebre la informació per a coneixement de l'Administració. És a dir, quan la Llei vol que les retribucions es facin públiques, mitjançant transparència activa en la web corresponent, ho diu expressament, i quan determina que és per a coneixement de l'Administració ens està indicant que aquesta informació no és per publicar, sinó que queda sotmesa al règim de transparència passiva, és a dir, al dret d'accés a la informació per part del ciutadà.

4

El dret d'accés a la informació pública i les causes d'inadmissió de sol·licituds

La LTC configura la publicitat activa o difusió general de la informació com un element bàsic del sistema de transparència, posant a disposició de la ciutadania la informació pública en poder de l'Administració a través del Portal de la Transparència. Com diuen alguns estudiosos de la matèria, es pot parlar d'un veritable servei públic de prestació obligatòria per afegir als previstos com a tals en la legislació de règim local.

L'altre element bàsic del règim de transparència, configurat per l'anomenada publicitat passiva, és el dret d'accés a la informació pública, que la Llei formula com un dret subjectiu dels ciutadans a accedir a la informació pública, complint uns requisits establerts (art. 18 de la LTC) i seguint un procediment determinat (art. 26 de la LTC) sense necessitat d'interès personal, ni de motivació, ni d'invocació de cap norma.

Ara bé, si es tracta de donar una informació determinada, recordem com defineix la Llei el concepte d'informació pública als efectes de transparència, per tal de saber quan una informació que sol·licita el ciutadà s'inclou dins del concepte que la Llei defineix com a informació pública. L'article 2 b de la LTC ens diu que és "la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o de l'exercici de les seves funcions, inclosa la que li subministren els altres subjectes obligats d'acord amb el que estableix aquesta Llei".

S'hi estableix, doncs, que el dret d'accés a la informació pública es pot exercir amb relació a la informació elaborada per l'Administració pública i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o l'exercici de les seves funcions. Per tant, podem dir que el dret d'accés a la informació pública com a tal no inclou la formulació de preguntes o consultes a l'Administració sobre el seu capteniment, funcionament o activitat, ni l'elaboració a demanda de qualsevol mena d'informe o de documentació nova.

Les sol·licituds d'informació, que poden ser presentades a través de qualsevol mitjà, inclosos els mitjans electrònics, i que han de contenir una descripció clara, concreta i precisa de la informació a la qual es vol tenir accés, s'han de dirigir a l'ens o l'òrgan administratiu concret que disposi de la informació, o a les unitats d'informació creades a aquest efecte per les normes d'organització de l'ens de què es tracti.

En el supòsit que la sol·licitud es dirigeixi a una entitat o un òrgan administratiu que no disposi de la informació sol·licitada, però que formi part de la mateixa Administració, aquesta sol·licitud s'haurà de derivar a

l'òrgan que disposi de la mateixa, i s'iniciarà en aquell moment el còmput del termini d'un mes per tramitar i resoldre la petició. Però si la sol·licitud té com a objecte informació pública o documentació que no estigui en poder o a disposició de l'Administració a la qual s'adreça, no ha de ser tramitada. En aquest supòsit no es pot considerar exercit el dret d'accés a la informació pública, i s'han de comunicar al sol·licitant els motius pels quals no es pot fer la tramitació, i, si es coneix, l'Administració o organisme al qual s'ha de dirigir per exercir el dret d'accés (art. 30.2 LTC).

L'article 29 de la Llei preveu les causes d'inadmissió de sol·licituds, utilitzant en algun moment conceptes indeterminats que, en el desplegament normatiu de la Llei, s'haurien d'acotar o de precisar.

L'apartat 1.a) de l'article 29 diu com a causa d'inadmissió: "Si demanen notes, esborranys, resums, opinions o qualsevol document de treball intern sense rellevància o interès públic". Intentem fer una aproximació a quan s'ha de considerar que hi ha falta de rellevància o interès públic. Entenem que es dona aquesta circumstància quan la informació sol·licitada:

- Conté opinions o valoracions personals de l'autor que no manifesten la posició formal de l'òrgan.
- Té caràcter de documents preliminars o provisionals.
- Són comunicacions internes (no tràmits procedimentals), o es tracta d'informes demanats per adoptar una decisió i no s'han incorporat com a motivació en el contingut de la mateixa.

L'apartat 1.b) del mateix article 29 estableix com a causa d'inadmissió: "Si per a obtenir la informació que demanen cal una tasca complexa d'elaboració o reelaboració". Això podem entendre que es produeix en els casos següents:

- Quan l'activitat que es requereix excedeix la simple compilació, sistematització o tractament documental de la informació.
- Quan la informació es troba desglossada en diverses fonts i afecta una pluralitat d'òrgans.
- Quan no és possible la seva facilitació fent un ús racional dels mitjans disponibles.

L'apartat 1.c) estableix com a causa d'inadmissió que es tracti d'informació en fase d'elaboració i que s'hagi de fer pública en el termini de tres mesos.

I, com he dit abans, també han de ser inadmeses a tràmit:

- Preguntes o consultes jurídiques sobre el capteniment, el funcionament o l'activitat de l'Administració, sens perjudici dels supòsits de consulta o d'orientació establerts per la legislació general de procediment administratiu i per lleis sectorials.

- Peticions d'informes, dictàmens, o l'elaboració a demanda de qualsevol mena d'informació o de documentació.

Així mateix, es poden considerar causa d'inadmissió, tot i que no ho diu la LTC [però sí que ho fa la Llei 19/2013 –art. 18.1.e)–], les sol·licituds manifestament repetitives o amb un caràcter abusiu no justificat amb la finalitat de transparència de la Llei, i hem d'entendre que tenen aquest caràcter:

- Les sol·licituds reiteratives presentades per una mateixa persona que siguin iguals o semblants a d'altres presentades anteriorment per la mateixa, i que no hagin estat objecte d'actualització, no continguin noves dades rellevants o no difereixin substancialment de les proposades anteriorment.
- Les que es considerin abusives per la quantitat d'informació demandada o pel seu caràcter indiscriminat o la falta de coherència, degut a què:
 - ✓ Hi hagi una desproporció entre la rellevància de la informació sol·licitada i el temps i els recursos a utilitzar per a la seva recopilació.
 - ✓ O permetin presumir que la seva voluntat real sigui causar un perjudici o alterar greument el funcionament de l'Administració.

Finalment, si la informació sol·licitada ja està publicada i és d'accés públic, no es tramitarà, i s'haurà de resoldre la seva inadmissió informant el sol·licitant del lloc on la pot trobar.

5

Sentit del silenci administratiu

Una de les qüestions que van despertar més polèmica en l'aprovació de la LTC respecte a les disposicions de la Llei de transparència estatal, va ser el sentit diferent que s'atribuïa al silenci administratiu davant d'una resolució presumpta de l'Administració: en la normativa estatal se li atribueix un sentit negatiu, i en la Llei catalana un sentit positiu.

Crec que podem parlar, com diu la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP), d'una clara irrellevància de la distinció entre el sentit negatiu o positiu del silenci de l'Administració en el cas d'una resolució presumpta de l'Administració davant una sol·licitud d'accés a la informació pública.

Com tot dret, el d'accés a la informació pública té establerts uns límits: els que les dues lleis de transparència assenyalen i els que fixen lleis sectorials.

L'Administració té un termini d'un mes per estimar o desestimar una sol·licitud d'accés a la informació pública. Transcorregut aquest termini, la Llei estatal considera que la sol·licitud queda desestimada per silenci administratiu negatiu. La Llei catalana estableix que davant una resolució presumpta de l'Administració el sentit del silenci és positiu, i s'ha d'entendre estimada la sol·licitud d'accés a la informació pública (art. 35.1). Però tot seguit ens trobem que el punt 2 del mateix article 35 determina que “no es pot adquirir per silenci administratiu el dret d'accés si concorre algun del límits establerts per aquesta o altres lleis per a tenir accés a la informació pública”. I és correcte que es fixi d'aquesta manera, ja que no seria acceptable que es consolidés per la simple inactivitat administrativa un dret d'accés a informació protegida o reservada per límits legals. Podem dir, doncs, que l'article 35 de la LTC, en els seus punts 1 i 2, més que establir un règim general de silenci administratiu positiu a les sol·licituds d'accés a la informació pública, en realitat estableix un règim combinat o mixt del sentit del silenci administratiu, negatiu (si concorren lleis o límits legals que així ho determinin) i positiu (en la resta de casos).

Davant aquesta situació s'haurà de determinar cas per cas si correspon aplicar el sentit negatiu o positiu al silenci administratiu, atès que es poden donar situacions complexes, com s'ha dit. De fet, es pot donar la concurrència de diferents límits legals en una sol·licitud d'informació pública (art. 21 a 24 de la LTC, ampliables amb els art. 14 i 15 de la Llei bàsica 19/2013), a més de la qüestió de les dades personals que poden concórrer en la major part de la informació pública tot i la possibilitat d'anonimat.

Per tant, la previsió de l'article 35.2 de la LTC pot donar peu a preveure que, davant una resolució presumpta d'una sol·licitud d'informació pública, el sentit en què s'aplicarà aquest silenci serà el negatiu.

Tot això posa de manifest la relativa irrellevància del sentit positiu o negatiu del silenci administratiu, amb la observació que faré al final del paràgraf. Ja que si l'eventual concurrència de límits pot convertir amb tanta facilitat presumptes silencis positius en negatius, la rellevància que podria tenir el silenci positiu, com a instrument jurídic per obtenir allò que es pretengués, queda molt disminuïda, i el que segurament més interessarà al sol·licitant serà poder accedir com més aviat millor a les vies de garantia (recursos o reclamacions) contra la inactivitat de l'Administració. El que s'acaba de dir, es pot matisar pel fet que l'article 77.2.b) LTC preveu com a infracció impedir l'accés a la informació pública en cas de silenci positiu, i això dóna a aquest sentit del silenci una certa prevalença.

Ara bé, per acabar, si tenim una resolució presumpta per inactivitat de l'Administració, i volem que aquesta ens faciliti la informació a què supo-

sadament tenim dret, en quin moment l'Administració es despertarà i estimarà que no es pot consolidar el dret d'accés per silenci administratiu, pel fet de concórrer-hi límits legals? La Llei no diu res sobre això, produint-se així un buit evident que distorsiona clarament l'accés al sistema de garanties.

El punt 3 d'aquest article 35 estableix que, en el cas de silenci administratiu estimatori, l'Administració està obligada a facilitar l'accés a la informació pública en el termini de trenta dies, a comptar des del moment en què el sol·licitant ho demana. Doncs bé, la proposta que en un eventual desplegament reglamentari es podria preveure per superar aquest buit, seria fixar el moment en el qual el sol·licitant demana a l'Administració que se li faciliti la informació com el moment en què aquesta haurà de comunicar la constatació que no s'ha pogut adquirir el dret d'accés a la informació pública per silenci administratiu, indicant-hi els motius legals pels quals no es pot considerar estimada la sol·licitud per silenci, d'acord amb el que estableixen els apartats 1 i 2 de l'article 35 de la Llei de transparència. Així quedarà expedida la via de la reclamació o del recurs i s'haurà tancat l'itinerari del sentit positiu al sentit negatiu del silenci administratiu.

El funcionamiento de las diputaciones provinciales en nuestro modelo territorial

ÓSCAR ROMERA JIMÉNEZ

*Economista. Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales.
Profesor en EAE Business School*

1. **Introducción**
2. **Contextualización, funciones y papel de las diputaciones**
3. **La representatividad institucional y política de las diputaciones. Un análisis general de su actualidad política y estructuras organizativas en las diputaciones provinciales de régimen común**
4. **Nociones y principales referencias a un análisis presupuestario de las diputaciones provinciales de régimen común (2010-2015)**
 - 4.1. Análisis de las diputaciones provinciales de régimen común según su presupuesto inicial para el año 2015
 - 4.1.1. Clasificación económica
 - 4.1.2. Clasificación funcional
 - 4.2. Principales conclusiones según los principales indicadores presupuestarios de las diputaciones provinciales de régimen común (período 2010-2014)
5. **Comentarios a las conclusiones del análisis presupuestario de las diputaciones provinciales de régimen común**
6. **La complejidad jurídica y política ante un hipotético supuesto de supresión de las diputaciones**
7. **Conclusiones y recomendaciones**
8. **Bibliografía**
9. **Anexo**

Artículo recibido el 25/04/2016; aceptado el 22/06/2016.

Resumen

El presente análisis sobre el funcionamiento de las diputaciones provinciales en el modelo territorial español, nos permitirá obtener sólidos argumentos para evaluar su dimensión territorial; la función vertebradora y coordinadora en la prestación de servicios esenciales, sobre todo para 6825 de los 8117 municipios con menos de 5000 habitantes; la relevancia de su saneamiento económico-financiero; o la complejidad jurídico-política en un supuesto de eliminación. Tras un análisis sosegado, la conclusión principal no insta a su desaparición. La clave pasa por un proceso de modernización que garantiza la igualdad de derechos de los ciudadanos con independencia de su lugar de residencia.

Palabras clave: *análisis presupuestario; dimensión; equilibrio territorial; modernización.*

The role of intermediate local governments in the Spanish model of territorial organization of competences

Abstract

This article analyzes the role of intermediate local governments in the Spanish model of territorial organization of competences. It evaluates the territorial dimension of intermediate local governments; their important task unifying and coordinating public services, particularly, the coordination of 6825 municipalities with less than 5000 people; the relevance of their economic health; or the juridical-political complexity in the case we decide to eliminate them. After a careful analysis, the main conclusion of this article is that intermediate local governments are still useful. The key point entails their modernization aimed at protecting the equality of citizens regardless of their place of residence.

Keywords: budget analysis; dimension; territorial balance; modernization.

1

Introducción

La sucesión de debates territoriales relacionados de una manera directa con las actuales diputaciones provinciales tiene su origen en 1811, cuando se pro-

mulga por las Cortes el Reglamento provisional para el gobierno de las juntas provinciales. En el artículo 11 de la Constitución de 1812 se habla de “una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan”. Por Decreto CLXIV, de 23 de mayo de 1813, se establecen 31 diputaciones para el territorio peninsular e islas adyacentes, revisado por el Decreto LIX, de 27 de enero de 1822, sobre división provisional del territorio español.

Si nos referimos con perspectiva histórica al carácter representativo de las diputaciones, identificamos dos corrientes: (i) aquellos que abogan por un sistema en el que las instancias locales tengan un tratamiento más igualitario con el poder central¹; y (ii) donde las diputaciones actúen como agentes del poder ejecutivo y nunca como cuerpos representativos².

La Constitución Española de 1978 formaliza un nuevo modelo de distribución territorial –político y administrativo– que, junto con un reconocimiento de las comunidades autónomas, también asigna el mismo rango constitucional a las provincias, cuyo gobierno y administración queda residenciado en las diputaciones provinciales u otras corporaciones de carácter representativo (SSTC 32/1981 y 40/1998). Así, las diputaciones provinciales tienen su reconocimiento en los artículos 137 y 141 de la Constitución Española. Y ese reconocimiento de su garantía institucional entraña que su autonomía provincial se halla protegida en cuanto reducto indisponible o núcleo esencial, que ha de ser respetado tanto por el Estado como por los poderes autonómicos (SSTC 32/1981, 170/1989 y 40/1998).

Es en la Constitución de 1978 donde las provincias se establecen como la base inicial sobre la que se construyen los entes preautonómicos que dibujarán lo que serían las futuras comunidades autónomas. Es sobradamente conocido cómo la provincia queda como la circunscripción exclusiva para las elecciones al Congreso de los Diputados, y continúa siendo la circunscripción dominante para las elecciones al Senado. Estas previsiones constitucionales expresas, junto con el reconocimiento constitucional de la autonomía local y su indisponibilidad constitucional, tienen importantes efectos sobre su posición institucional actual –artículo 141.2 CE– y sobre su mantenimiento³, como más adelante veremos.

1. Visión de los diputados procedentes de ultramar: Fernández de Leiva, diputado por Chile, y Ramos Arizpe, diputado por la provincia de Coahuila.

2. Visión de un modelo liberal. Iniciativa que, finalmente, prosperó.

3. Hay otras referencias indirectas en disposiciones adicionales (por ejemplo, al hablar de territorios forales —de provincias vascas y Navarra—)

El esquema de organización jurídico-administrativa de las diputaciones⁴ se considera asimétrico, ya que a las diputaciones provinciales de régimen común se añaden las especialidades de un ámbito competencial sustancialmente mayor, como las islas en los archipiélagos canario y balear; las diputaciones de régimen foral en País Vasco y Navarra; y las comunidades autónomas uniprovinciales que asumen competencias previstas para las diputaciones de régimen común.

A modo de cierre de esta introducción, es necesario mencionar al Tribunal Constitucional cuando señala que la provincia no es solo una circunscripción electoral, entidad titular de la iniciativa para la constitución de comunidades autónomas o división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado, sino también un ente local que goza de autonomía para la gestión de sus intereses. Así, recalca que el legislador puede disminuir o acrecentar sus competencias, pero no eliminarlas por entero.

La anterior afirmación en sí misma es una realidad que va más allá de una mera declaración de intenciones. Se necesita consenso y actuación para alterar la situación vigente.

2

Contextualización, funciones y papel de las diputaciones

Al objeto de iniciar el análisis sobre el papel que juegan las diputaciones provinciales en la actualidad, y en concreto las de régimen general, debemos indicar que la estructura de la planta municipal española aporta datos muy clarificadores. De un total de 8125 municipios existentes, el 84% de los mismos tienen una población que no supera los 5000 habitantes. En concreto, hablamos de 6825 municipios. Ese porcentaje cae al 11,08% si consideramos los municipios con una población comprendida entre 5001 y 20 000 habitantes. Un total de 900. Y cae al 4,92% si consideramos los municipios cuya población supera los 20 000 habitantes, con un número total de 400 municipios para esta última franja de población.

4. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Cuadro 1: Tramo de población y número de municipios

Tramo de población	N.º municipios
Todas las poblaciones	8125
1-100 habitantes	1238
101-250 habitantes	1511
251-1000 habitantes	2185
1001-2000 habitantes	905
2001-5000 habitantes	986
5001-10 000 habitantes	549
10 001-20 000 habitantes	351
20 001-50 000 habitantes	255
50 001-100 000 habitantes	83
Desde 100 001 habitantes	62

Fuente: INE.

Solo bajo la perspectiva territorial del párrafo anterior se puede graduar la importancia de las funciones que se realizan desde el ámbito provincial. Sin duda, garantes de la prestación de servicios municipales en los municipios de menor dimensión, el 84% del total de la planta municipal española. Tras la aprobación de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), quedan de la siguiente forma⁵:

- Coordinan la prestación de los servicios municipales y garantizan una prestación integral y adecuada de los mismos, así como el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal.
- Prestan asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, y están obligadas a la prestación de los servicios de secretaría e intervención en los municipios de menos de 1000 habitantes (son 4929 entidades, del total de 8117 municipios).

5. La normativa de aplicación actual en materia de competencias y funciones de coordinación para las diputaciones provinciales o entidades equivalentes queda recogida en los artículos 7, 26, 27, 31, 36, 37, 38, 116 bis y 116 ter, y en la disposición adicional segunda, de la Ley 7/1985; en la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto Legislativo 2/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; y en las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, sexta y decimosexta de la Ley 27/2013.

- Prestan apoyo en la selección y formación del personal de los ayuntamientos.
- Prestan servicios públicos cuando exceden del ámbito municipal y comarcal.
- Deben asumir la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20 000 habitantes, cuando estos no procedan a su prestación.
- Prestan asistencia en la prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria, y de servicios de apoyo a la gestión financiera de los municipios con población inferior a 20 000 habitantes.
- Prestan servicios de administración electrónica y de contratación centralizada en los municipios con menos de 20 000 habitantes.
- Deben realizar el seguimiento de la eficiencia en la prestación de servicios municipales, y, si resulta más eficiente, asumir dicha prestación (con la conformidad de los municipios).
- Deben coordinar, mediante convenio con la comunidad autónoma respectiva, la prestación del servicio de mantenimiento y limpieza de los consultorios médicos en los municipios de menos de 5000 habitantes.
- Otorgan subvenciones y ayudas con cargo a sus recursos propios para la realización y el mantenimiento de obras y servicios municipales, que se instrumentarán a través de planes especiales.
- Dan soporte a los ayuntamientos para la tramitación de procedimientos administrativos y realización de actividades materiales y de gestión, asumiéndolas cuando aquellos se las encomienden.

Ante esta fotografía real del tipo de municipios existentes, la respuesta que ha dado nuestro modelo territorial del Estado es la existencia de las diputaciones provinciales, cuyo papel esencial supone:

1. Garantizar la prestación integral de los servicios mínimos obligatorios municipales en todo el territorio de la provincia: estamos hablando de los servicios que configuran ciudad –el entorno urbano en el que las personas desarrollan su vida–, como abastecimiento domiciliario de agua, alumbrado público, recogida y tratamiento de residuos, pavimentación de las vías, parque público, biblioteca pública, prevención y extinción de incendios, medio ambiente urbano, etc.
2. Garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales. A través de la elaboración de políticas públicas propias, dentro de su ámbito competencial, que garanticen el desarrollo equilibrado de los municipios de su ámbito provincial.

3. Para llevar a cabo estos fines se ha regulado con mayor intensidad el papel de las diputaciones provinciales en la reciente reforma local, dotándolas de mayores competencias, sobre todo en relación con los pequeños municipios: la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica; la prestación de los servicios de secretaría e intervención en los de menos de 1000 habitantes; la prestación del servicio de tratamiento de residuos en los de menos de 5000 habitantes, y del servicio de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20 000 habitantes cuando estos no realicen la prestación; la prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria; servicios de apoyo a la gestión financiera; la prestación de los servicios de administración electrónica; y los servicios referidos a la contratación centralizada.
4. Se les dota de un mayor valor institucional, de manera que se han convertido en una pieza clave del nivel del Gobierno local en España.

3

La representatividad institucional y política de las diputaciones. Un análisis general de su actualidad política y estructuras organizativas en las diputaciones provinciales de régimen común

La Constitución Española configura nuestro modelo territorial del Estado sobre la base de la existencia de tres niveles territoriales de gobierno: estatal, autonómico y local. El nivel local se articula sobre el reconocimiento del municipio como la entidad básica de la organización territorial del Estado, de manera que el municipio se convierte en la pieza clave a la que se atribuyen todas las competencias de prestación de servicios de proximidad a los ciudadanos, que tienen una notable incidencia en su calidad de vida. Bajo esta concepción se articula la necesaria función de engranaje que desarrollan las diputaciones provinciales.

Esta labor es analizada bajo una perspectiva poliédrica en continuo rediseño: sobre la afectación al empleo público (Romero, 2016: 51-63); su contenido (Capilla, 2016: 16-18); sus competencias (González, 2015: 117-192); la constitucionalidad de sus nuevas funciones habilitadas por la Ley 27/2013 (Corchero y Sánchez, 2015: 2784-2795); la coordinación de sus servicios (Matías, 2015: 193-229); la interpretación de nuevos roles (Martínez, 2013: 54-73) dentro del marco regulatorio (Carbonero, 2014: 237-263); su esencia dentro de la reforma local (Fernández-Figueroa, 2014: 157-169); la prestación de servicios a través de la gestión compartida (González, 2015: 231-267); su dimensión histórica (González, 2015: 95-116); su

actividad sectorial específica (Saurí, 2012: 51-60); la adaptación a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (González, 2015); el impacto de su iniciativa económica (Álvarez, 2014: 875-902); la labor de tutela y control desde una perspectiva histórica (Rubio, 2012: 1605-1608); su trayectoria legislativa (Muñoz, 2013: 59-93); su funcionamiento desde una perspectiva sectorial y territorial determinada (Yerga, 2010: 153-164 – Cabanas, 2014: 107-148); la labor de asistencia financiera a los ayuntamientos (Cañal, 2012: 40-63); o el análisis de su función estratégica en un contexto de crisis (Rivero y Merino, 2014). Sin duda, la riqueza y diversidad de estudios suscitan un amplio debate que es muestra de la importancia que esta entidad territorial tiene dentro del andamiaje de la Administración Pública española.

Un elemento que viene suscitando creciente interés y que, de manera recurrente, se traslada a la opinión pública en los últimos años, es el debate sobre la supresión o reforma de las diputaciones provinciales en España. Su análisis traspasa el campo más académico (Coscolluela, 2012: 45-67 – Zafra, 2011: 91-100) y trasciende a una dimensión más política y social. Un ejemplo⁶ es el acuerdo recientemente alcanzado por los partidos políticos PSOE y Ciudadanos⁷ sobre la función que deben tener las diputaciones en el futuro.

Es en este punto donde es conveniente hacer un ejercicio de análisis bajo una revisión económico-financiera y legal, que suponga una aportación sosegada sobre la dimensión de nuestras actuales diputaciones. El objetivo no es otro que aportar datos, interpretar sus resultados y concluir con unas recomendaciones que aporten una visión del autor sobre la materia.

La justificación sobre la idoneidad de la supresión, continuidad o modernización de las diputaciones provinciales, y en especial, las de régimen común, debe pasar de afirmarse a razonarse. Solo así se puede pasar a elaborar propuestas en la materia. No es posible llegar a una conclusión sin un estudio previo.

En aras a conformar una perspectiva más completa sobre el papel que están desarrollando las diputaciones, se ofrece un análisis, con la limitación que nos permiten estas líneas, sobre los aspectos esenciales que nos permitan valorar el nivel actual de eficiencia en la prestación de servicios desde las diputaciones a sus ciudadanos.

Desde una dimensión político-presupuestaria, el resultado de las últimas elecciones locales de mayo de 2015 para las diputaciones provinciales de ré-

6. http://politica.elpais.com/politica/2016/02/23/actualidad/1456259324_620271.html

7. <http://www.psoe.es/media-content/2016/02/acuerdo-gobierno-reformista-y-de-progreso-2016.pdf>

gimen común nos ofrece un escenario diverso, marcado por la representatividad de 4 formaciones políticas (PSOE: 18; PP: 15; CDC: 4, y PAR: 1). El PP gobierna en la mayoría de las diputaciones con población inferior a 500 000 habitantes (10 de 17), mientras que el PSOE lidera las diputaciones con tramo de población entre 500 000 y 1 000 000 de habitantes (9 de 14), y superiores a un 1 000 000 de habitantes (4 de 6). CDC obtiene la presidencia de las diputaciones en el ámbito territorial que se corresponde con las 4 provincias catalanas, mientras que el PAR asume la presidencia en una diputación (en el tramo inferior a 500 000 habitantes y dentro de su influencia territorial).

En una aproximación preliminar, bajo una perspectiva presupuestaria que relaciona el dato estático de los presupuestos consolidados de 2016 (incluye el presupuesto individual de la diputación y el de sus entidades dependientes) con el color de la formación política que ejerce la presidencia de la diputación, se observa:

1. El PSOE en las 18 diputaciones que preside gestionará un presupuesto para 2016 de 3377 millones de euros aproximadamente, un 53% del crédito total; en las 15 diputaciones presididas por el PP el presupuesto para 2016 es de 1763 millones de euros (28% del total); CDC gestionará un presupuesto de 1181 millones de euros en las 4 diputaciones (19% del total); y finalmente, el PAR asume una gestión para 2016 con un presupuesto de 54 millones de euros (1% del total).
2. En el 45% del total de las diputaciones provinciales de régimen común, un total de 17, de menos de 500 000 habitantes (PSOE: 5; PP: 10; CDC: 1; PAR: 1), se gestionará un presupuesto de 1395 millones de euros (22% del total) para una población de 4 657 340 (casi el 10% del total) en un territorio de 209 967 Km² (41,6% de la superficie total). Esta actividad será desarrollada por una estructura política conformada por 425 diputados (3,9% del total de la plantilla al servicio de estas diputaciones), de los que 268 disponen de la dedicación exclusiva (2,5% del total de la plantilla) y de 349 personas eventuales a su servicio (3,2% de la plantilla) según lo dispuesto en la Ley 27/2013.
3. En las 14 diputaciones provinciales (PSOE: 9; PP: 3; CDC: 2) con tramo de población entre el medio millón y el millón de habitantes, se gestionará un presupuesto de 2339 millones de euros (37% del total) para prestar servicios en un territorio de 164 488 Km² (32,6% de la superficie total) a una población de 10 023 334 (21,4% del total). Esta actividad se desarrollará a través de una plantilla de 15 211 efectivos a su servicio. De los 378 diputados (2,5% del total), 251 tendrán la exclusividad (1,7% de la plantilla), con un personal eventual máximo de 352 personas (2,3% de la plantilla).

Cuadro 2: Diputaciones provinciales de régimen común según resultados electorales 2015 y presupuesto 2016

Tramo Partido	Hasta 500 000	PPTO. 2016 (millones euros)	De 500 000 a 1 000 000	PPTO. 2016 (millones euros)	De 1 000 001 a 3 500 000	PPTO. 2016 (millones euros)	De 3 500 000 en adelante	PPTO. 2016 (millones euros)	TOTALES	TOTALES Presupues- tos 2016 (millones euros)	Porcentajes ppto. 2016 por partido
PSOE	5	437	9	1646	4	1294	0	0	18	3377	53%
PP	10	800	3	436	2	527	0	0	15	1763	28%
CDC	1	104	2	257	0	0	1	820	4	1181	19%
PAR	1	54	0	0	0	0	0	0	1	54	1%
TOTALES	17	1395	14	2339	6	1821	1	820	38	6375	100%
Porcentajes por tramo	45%	22%	37%	37%	16%	29%	3%	13%	100%	100%	

Fuente: elaboración propia.

4. El 29% del presupuesto total que corresponde a las 6 diputaciones de régimen común, un 16% de su número total, correspondiente al tramo de población entre el millón y los 3,5 millones de habitantes, se gestionará en 2016. Un total de 1821 millones de euros (PSOE: 4; PP: 2) para asegurar servicios de una población total de 10 313 261 habitantes (22,1% del total) en un territorio que no supera los 53 355 km² (10,6%). La plantilla disponible es de 9542 personas. El número de diputados asignados según la LOREG se eleva a 186 (1,9% del total de la plantilla), de los cuales 128 (1,3% del total) tendrán dedicación exclusiva según la LRSAL y dispondrán de un máximo de 183 eventuales, un 1,9% de la plantilla.
5. La única diputación que supera los 3,5 millones de habitantes (Barcelona con presidencia de CDC) dispondrá de un presupuesto de 820 millones (13% del total de recursos disponibles) para una provincia con 7728 km² (1,5% de la superficie total) y 5 432 802 habitantes (11,6% de la población). Sus diputados provinciales son 51 (1,01% del total de la plantilla), de los que 32 tienen el régimen de exclusividad (0,64% del total), con un máximo de personal eventual a su servicio de 86 personas⁸ (1,7% de la plantilla total)⁹.
6. Una última conclusión¹⁰, fácil de comprender, conforme al posicionamiento que mantiene una determinada formación política del arco parlamentario actual respecto al papel que deben jugar las diputaciones en el modelo territorial.

En este sentido, el partido Ciudadanos (C's) no obtiene la presidencia de ninguna diputación provincial. Si bien, en un análisis más detallado, se comprueba que su apoyo posibilita la presidencia de 9 diputaciones provinciales de régimen común (Cáceres, donde gobierna el PSOE con mayoría absoluta y su apoyo; Guadalajara, donde gobierna el PP al ser la lista más votada y su abstención; Soria, donde gobierna el PSOE al ser la lista más votada con su abstención; Granada, donde gobierna el PSOE al ser la lista más votada con su apoyo; Toledo, donde gobierna el PSOE con mayoría absoluta y su apoyo; Valladolid, donde gobierna el PP como lista más votada y su abstención; Alicante, donde gobierna el PP con mayoría absoluta con su apoyo; y Málaga, donde gobierna el PP al ser la lista más votada con su apoyo). Por tramos de población, Ciudadanos prestó su apoyo (1) o se abstuvo (3) en 4 diputaciones de

8. <http://www.bcn.cat/estadistica/castella/dades/anuari/cap21/C2103010.htm>

9. Ver anexo. Tabla 1. Clasificación de las diputaciones provinciales de régimen común por representatividad, retribución, personal, resultado electoral y datos demográficos.

10. Ver anexo. Tabla 1. Clasificación de las diputaciones provinciales de régimen común por representatividad, retribución, personal, resultado electoral y datos demográficos.

menos de 500 000 habitantes; en 3 diputaciones con población entre 500 000 y 1 000 000 de habitantes (apoyo en 2 y abstención en 1); y en 2 diputaciones con población entre 1 000 001 y 3 500 000 habitantes (apoyo en las 2). Por partidos políticos, C's fue decisivo para 5 presidencias de diputación con gobierno del PP y 4 con gobierno del PSOE.

Si analizamos la evolución de la estructura política y administrativa de las diputaciones¹¹ bajo la perspectiva del personal al servicio de la Administración, se obtienen las siguientes conclusiones:

1. Actualmente, el número total de diputados provinciales y asimilados (diputaciones forales: 27; cabildos insulares: 157; y consells insulares: 72) es de 1296. El número de diputados de las 38 diputaciones provinciales de régimen común es de 1040, de los que 679¹² como máximo tienen dedicación exclusiva, y los 361 restantes no la tienen.
2. Los datos disponibles para las diputaciones provinciales de régimen común según la liquidación presupuestaria del período 2014-2013¹³, recogen el siguiente desglose según su clasificación económica¹⁴ para gastos de personal:

Cuadro 3: Evolución de gastos de personal (2014-2013)

Partida	Concepto	Año 2014	Año 2013	Diferencia	Var. (%)
1	Gastos de personal	(miles de euros)			
10	Órganos de gobierno y personal directivo	40 738	38 725	2013	5,20%
11	Personal eventual	29 561	31 018	-1457	-4,70%
	Totales	70 299	69 743	556	0,80%

Fuente: IGAE (derechos reconocidos netos).

11. Ver anexo. Tabla 1. Clasificación de las diputaciones provinciales de régimen común por representatividad, retribución, personal, resultado electoral y datos demográficos.

12. Artículo 75 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su modificación efectuada por la LRSAL.

13. La entrada en vigor de la LRSAL es a 31 de diciembre de 2013. Según el apartado 1 de la disposición transitoria décima, sobre aplicación de las limitaciones referidas al número de personal eventual y cargos públicos con dedicación exclusiva: “A las entidades locales que cumplan con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, y además su período medio de pago a los proveedores no supere en más de 30 días el plazo máximo previsto de la normativa de morosidad, no les aplicará, con carácter excepcional, los límites previstos en los artículos 75 bis y ter y 104 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local hasta el 30 de junio de 2015”. Será a partir de la liquidación presupuestaria de 2015, en la mitad del año correspondiente, cuando se podrán cuantificar en términos de liquidación presupuestaria los efectos de la norma.

14. Ver anexo. Tabla 6. Desglose de gastos por denominación según clasificación económica (2014-2010).

Por ello, se concluye que los gastos liquidados correspondientes a órganos de gobierno y personal directivo se incrementaron en un 5,20% (2,01 millones de euros); los gastos de personal eventual disminuyen un 4,70% (1,45 millones de euros); y los gastos totales ascienden a 70,2 millones de euros, un 0,8% más respecto al año anterior.

3. El personal al servicio de las diputaciones, cabildos y consells insulares se eleva a 62 159 personas, con un número de eventuales a su servicio que debe alcanzar un máximo del 1,5% del total de efectivos, tras la entrada en vigor a 30 de junio de 2015 de las limitaciones incorporadas en la Ley 27/2013 sobre personal eventual¹⁵.
4. Si comparamos el personal de las diputaciones provinciales¹⁶ (julio 2015) con el conjunto de efectivos al servicio de la Administración local que totaliza, que son 576 677 personas, su porcentaje se sitúa en el 10,78%, mientras que en el año 2011 se elevaba al 11,86%.
5. Si analizamos la evolución de la plantilla de personal al servicio de las diputaciones¹⁷ (2011-2015), el número total de empleados públicos de las diputaciones provinciales, cabildos y consells insulares es un 18,94% inferior, con 14 520 personas menos (62 159 personas), al existente en julio de 2011 (76 679), si bien, en términos interanuales (2014-2015), la cifra de efectivos aumentó en 1563 personas, un 2,58% más. De las 50 provincias, 40 incrementan el número de empleados públicos de sus entidades locales, y 10 reducen su número.

Finalmente, es conveniente señalar que, si relacionamos el personal de la diputación con representación política (diputados provinciales y el máximo del personal eventual que permite la Ley 27/2013) con los efectivos totales de cada diputación¹⁸, los ratios guardan un dimensionamiento aceptable respecto al total de sus estructuras. Veremos más adelante, tras analizar la naturaleza del gasto, si esta conclusión se mantiene. Hasta el momento, parece

15. Art. 104 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su modificación efectuada por la LRSAL.

16. Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, julio 2015-julio 2011. En relación con el personal al servicio de las entidades que integran la Administración local, los datos se estiman a partir del análisis de la información facilitada por la Tesorería General de la Seguridad Social, y comprenden a todos los efectivos que estén en situación de alta (cotizantes de cualquier naturaleza) en el Fichero General de Afiliación de la Seguridad Social, incluidos en los colectivos identificados como ayuntamientos y diputaciones / cabildos / consejos insulares.

17. Ídem que la nota anterior (B.E.P.S.P., julio 2015-2011).

18. Ver anexo. Tabla 1. Clasificación de las diputaciones provinciales de régimen común por representatividad, retribución, personal, resultado electoral y datos demográficos.

que el análisis realizado va completando la información sobre un escenario que justifica plenamente la función actual de las diputaciones, desde todas las dinámicas (representatividad institucional, diversidad política, dimensión y evolución de sus estructuras).

4

Nociones y principales referencias a un análisis presupuestario de las diputaciones provinciales de régimen común (2010-2015)

4.1

Análisis de las diputaciones provinciales de régimen común según su presupuesto inicial para el año 2015

4.1.1

Clasificación económica

Cuadro 4: Créditos iniciales del presupuesto de las diputaciones provinciales según clasificación económica (2015)

Capítulos de gasto (créditos iniciales en euros)	Totales	% / Total
Gastos de personal	1 792 622 070,19	28,20
Gastos en bienes corrientes y servicios	998 737 754,06	15,71
Gastos financieros	67 157 086,42	1,06
Transferencias corrientes	1 258 673 707,03	19,80
Fondo de contingencia y otros imprevistos	62 432 458,97	0,98
Inversiones reales	739 668 099,33	11,63
Transferencias de capital	509 249 057,95	8,01
Activos financieros	397 343 231,16	6,25
Pasivos financieros	531 807 168,30	8,36
Total gastos	6 357 690 633,41	100

Fuente: datos MINHAP.

4.1.2 Clasificación funcional

Cuadro 5: Créditos iniciales del presupuesto de las diputaciones provinciales según clasificación funcional (2015)

Áreas de gasto (créditos iniciales en euros)	Totales	% / Total
Deuda pública	442 805 592,47	6,96
Servicios públicos básicos	647 938 852,15	10,19
Actuaciones de protección y promoción social	1 050 791 357,54	16,53
Producción de bienes públicos de carácter preferente	810 660 403,39	12,75
Actuaciones de carácter económico	1 027 518 653,82	16,16
Actuaciones de carácter general	2 377 975 774,04	37,40
Total gastos	6 357 690 633,41	100

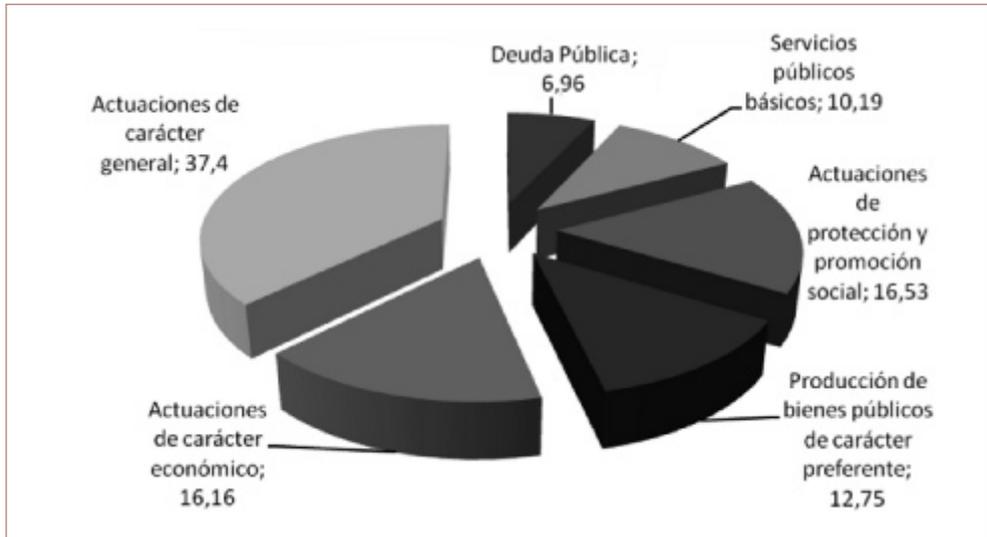
Fuente: datos MINHAP.

El gasto total de las entidades locales, según los presupuestos iniciales de 2015, se sitúa en los 64 404,8 millones de euros, correspondiendo el 13,1% a las diputaciones provinciales, consejos y cabildos insulares. Un total de 8441,1 millones de euros. El dato anterior no incluye a las diputaciones forales, cuyo gasto total se eleva a los 13 841,1 millones de euros, superior en un 64% al gasto de las 48 entidades provinciales e insulares de régimen común. El gasto de los créditos iniciales de las diputaciones provinciales de régimen común ascendió a 6357,6 millones de euros.

Respecto a las diputaciones de régimen común, se puede observar que las dos principales partidas de gasto son el capítulo de personal y las transferencias corrientes, si bien las partidas de gasto corriente e inversiones completan las principales áreas de actuación.

En relación con la clasificación funcional destaca el peso de las actuaciones de carácter general, con un 37,4% respecto del total. Esta área engloba los gastos generales de las entidades, que incluyen a los órganos de gobierno; los servicios de carácter general que apoyan a todos los demás desarrollados por las entidades; de administración financiera y tributaria; y las transferencias a las otras Administraciones Públicas, según el receptor (entidades locales territoriales, comunidades autónomas y Administración General del Estado).

Cuadro 6: Clasificación funcional según partidas presupuestarias en porcentaje (2015)



Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

Completan el desglose por incidencia en área de gasto las actuaciones destinadas a la protección social, que incluyen todos aquellos gastos y transferencias que constituyen el régimen de pensiones a funcionarios, atenciones de carácter benéfico-asistencial, atenciones a grupos con necesidades especiales, como jóvenes, mayores, minusválidos físicos y tercera edad, y medidas de fomento del empleo. Toda esta partida de gasto social supone el 16,53% del gasto total.

Además, las actuaciones de carácter económico con gastos dirigidos a desarrollar el potencial de los distintos sectores de la actividad económica: infraestructuras básicas, de transportes, agrarias, o de comercio, industria e investigación, totalizan un 16,16% del gasto total.

Tanto la producción de bienes públicos de carácter preferente, con un 12,75% del total de gasto, que engloba todas aquellas actuaciones dirigidas a mejorar la calidad de vida tales como sanidad, educación, cultura o deporte, como el gasto en servicios públicos básicos (seguridad y movilidad ciudadana, vivienda y urbanismo, bienestar y medio ambiente) que, con carácter obligatorio, deben prestar las provincias con arreglo al artículo 31.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, atendiendo a su función de cooperación y asistencia a los municipios, con un 10,19% del gasto total, completan junto con la deuda pública (6,96% del gasto total) las actuaciones que las diputaciones provinciales de régimen común desarrollan para vertebrar y ejercer

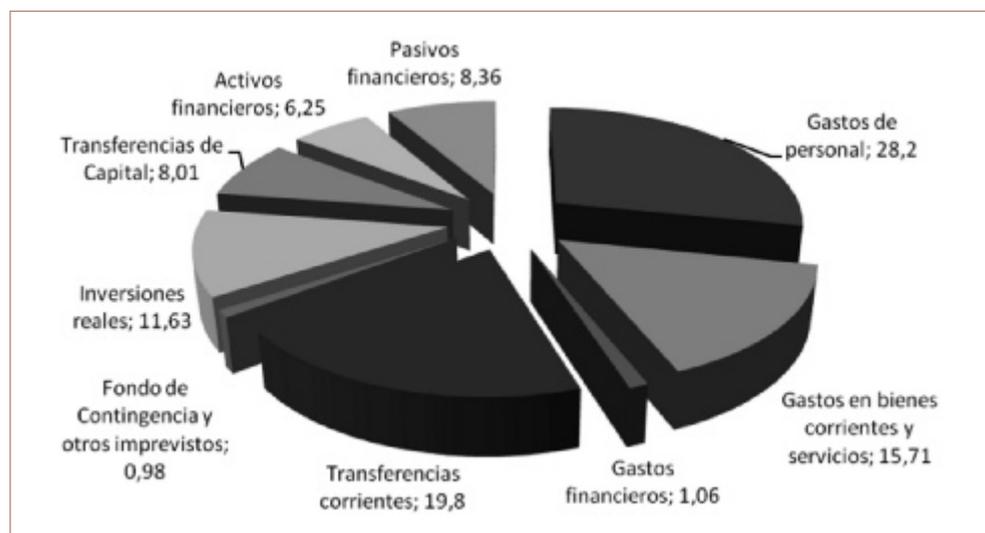
su influencia territorial, que en muchos casos, y sobre todo para los pequeños municipios, es vital.

En cuanto al ingreso total de las entidades locales para el año 2015, se sitúa en 66 855,7 millones de euros, y corresponde a las diputaciones provinciales, consejos y cabildos insulares, sin incluir a las diputaciones forales, el 12,6% (8461,9 millones de euros).

Las tres diputaciones forales presentan un ingreso total de 13 847,5 millones de euros, también superior en un 64% al gasto de las 48 entidades provinciales e insulares de régimen común.

En un análisis comparado para el ejercicio presupuestario 2015 respecto a los ayuntamientos, son relevantes las conclusiones que aportan los datos del presupuesto inicial. Así, las diputaciones provinciales, dentro de su estructura de gasto, destinan el 44% a gastos de funcionamiento (gastos de personal y de compras de bienes y servicios), mientras que los ayuntamientos destinan el 61%. Las diputaciones destinan a gastos de capital (inversiones y transferencias de capital) el 20%. Los ayuntamientos el 10%. Y finalmente, en relación con las transferencias corrientes a otros sectores, se destina el 20% del gasto de las diputaciones, mientras que en los ayuntamientos el porcentaje llega al 12%. Ocho puntos porcentuales más de lo que destinan los ayuntamientos.

Cuadro 7: Clasificación económica según partidas presupuestarias en porcentaje (2015)



Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

Por lo tanto, el papel de las diputaciones provinciales en la realización de inversiones en el ámbito local, inversiones de las que se benefician los municipios de las provincias respectivas, es fundamental.

Sirva a modo de ejemplo, antes de adentrarnos en las principales conclusiones que nos facilita la liquidación presupuestaria correspondiente a los ejercicios 2010-2014, el dato correspondiente a la ejecución de inversiones financieramente sostenibles que las diputaciones provinciales realizaron en el ejercicio 2014. Según datos facilitados por el propio Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas¹⁹, del importe total de esas inversiones de 557,1 millones de €, corresponden 199,1 millones a actuaciones de las diputaciones provinciales (29 entidades, el 60% del número total), y 358,0 millones a los municipios (729 entidades, el 10% del total); de las diputaciones, 12 de ellas afrontaron actuaciones por importe superior a 5 millones de euros, totalizando 167 millones de euros; y del conjunto de entidades locales, 8 (municipios de Madrid y Barcelona, y 6 diputaciones) financiaron proyectos por importe superior a 10 millones de euros.

4.2

Principales conclusiones según los principales indicadores presupuestarios de las diputaciones provinciales de régimen común (período 2010-2014)

Como veremos, las diputaciones provinciales son entidades saneadas financieramente, atienden adecuadamente la deuda comercial y tienen bajo nivel de deuda. Poseen capacidad suficiente para desarrollar sus funciones conforme a la legislación vigente en materia de régimen local.

En referencia a su situación financiera, se puede observar, tal como recoge el cuadro 8 de “Evolución del saldo no financiero en las diputaciones provinciales”, que varía de manera positiva durante el período estudiado. Así, se pasa de una situación inicial (2010) con 40 entidades y un saldo financiero negativo de -861,5 millones de euros, a la actual (2014) con 2 entidades y un saldo de -27,6 millones de euros. Respecto a los saldos positivos, la cifra evoluciona de los 67,5 millones de euros en 2010 a los actuales 803,1 millones de euros en 2014.

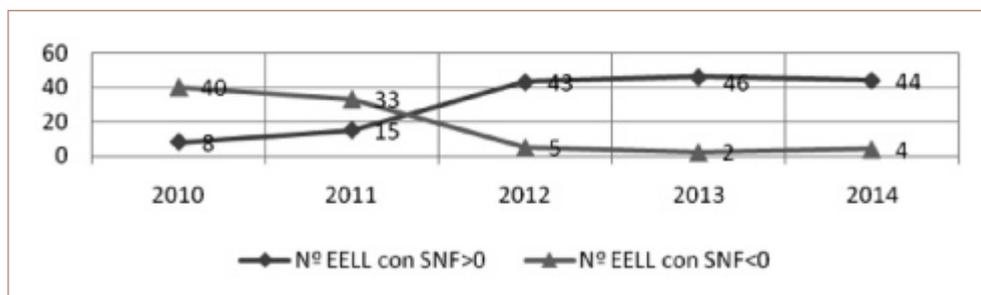
19. http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/InstruccionesAplicaciones/IFS_liq2014-Nota%20%2811-02-15%29.pdf

Si se compara con el conjunto de las entidades locales, se puede afirmar que tanto su evolución como su contribución a los resultados obtenidos por el subsector de la Administración local es más que notable.

Cuadro 8: Evolución del saldo no financiero en las diputaciones provinciales (2010-2014)

Años	N.º EE. LL. con SNF>0	Importe del SNF positivo	N.º EE. LL. con SNF<0	Importe del SNF negativo
2014	44	803 142 992	4	-27 597 736
2013	46	1 130 211 182	2	-3 336 323
2012	43	576 492 943	5	-26 210 132
2011	15	67 542 393	33	-471 098 939
2010	8	67 452 443	40	-861 522 640

Evolución situación financiera



Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

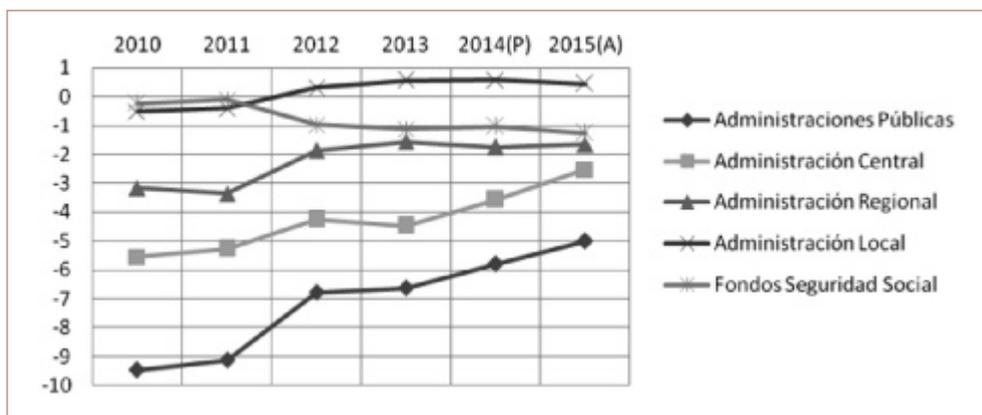
Y más si tenemos en cuenta que la Administración local es la única del conjunto de las Administraciones Públicas que realiza una aportación superavitaria al objetivo común, marcado bajo la senda de déficit público comprometida por el Reino de España con sus socios europeos. Desde el año 2012 en positivo²⁰ (0,32% PIB; 0,55% PIB; 0,57% PIB), y con un avance provisional para el ejercicio 2015 también del mismo signo (0,44% PIB).

²⁰. Ver cuadro 9. Comparación en la evolución de la senda de déficit público por Administraciones Públicas.

Cuadro 9: Comparación en la evolución de la senda de déficit público por Administraciones Públicas

Clasificación por Administraciones Públicas	2010	2011	2012	2013	2014(P)	2015(A)
Administraciones Públicas	-9,46	-9,13	-6,77	-6,62	-5,79	-5,00
Administración central	-5,54	-5,27	-4,25	-4,48	-3,57	-2,53
Administración regional	-3,17	-3,35	-1,86	-1,57	-1,75	-1,66
Administración local	-0,52	-0,40	0,32	0,55	0,57	0,44
Fondos de la Seguridad Social	-0,23	-0,10	-0,98	-1,12	-1,04	-1,26

Evolución senda de déficit excesivo por subsectores



Fuente: elaboración propia a partir datos MINHAP.

En cuanto al nivel de endeudamiento financiero, la deuda viva a 31 de diciembre de 2014 (últimos datos publicados) de las diputaciones provinciales se elevó a 3096,8 millones de euros. La deuda viva de las tres diputaciones forales era de 3211,5 millones de euros.

Cuadro 10: Deuda viva a 31 de diciembre 2011-2014. Diputaciones, cabildos y consejos

Año	Deuda (miles de euros)	Evol. absoluta (miles de euros)	Evol. relativa (%)
2014	6308,0	313,1	5,22
2013	5994,8	447,6	-6,95
2012	6442,5	-289,7	-4,30
2011	6732,2	-	-

Fuente: elaboración propia a partir datos MINHAP.

En términos desagregados, para las diputaciones provinciales de régimen común, se produce un “desapalancamiento” aún mayor que el observado para el conjunto de las diputaciones.

La deuda disminuye en 1161,7 millones de euros, casi un 30%, respecto a la existente al principio del período observado.

Cuadro 11: Deuda viva a 31 de diciembre 2011-2014. Diputaciones de régimen común

Año	Deuda (miles de euros)	Evolución	Acumulado
2010	4258,4	–	–
2011	4420,1	3,8%	3,8%
2012	4382,2	–0,9%	2,9%
2013	3661,2	–16,5%	–17,2%
2014	3096,7	–15,4%	–29,3%

Fuente: elaboración propia a partir datos MINHAP.

Si atendemos al cumplimiento de los plazos de pago a proveedores²¹ que marca la Ley Orgánica 9/2013 de control de la deuda comercial, se puede afirmar que todas las diputaciones provinciales presentan un período medio de pago a proveedores inferior a 30 días, e incluso 17 de ellas presentan valores negativos (pagan antes de 30 días a contar desde la fecha de registro de la factura).

En relación con la evolución de su estructura presupuestaria²² durante el período 2010-2014, las diputaciones provinciales de régimen común presentan las siguientes conclusiones (ver tablas de clasificación económica y funcional):

1. *En cuanto a su estructura de ingresos*, por operaciones corrientes perciben en 2014 el 91% de sus ingresos (en 2010 eran un 78%). De estos, el 69% corresponden a transferencias de otros sectores²³, fundamentalmente de la Administración General del Estado (90,1%), y en cuantía muy inferior de las comunidades autónomas (8,4%); el 21% fueron tributos y tasas; y un 1% de los ingresos fueron patrimoniales. Aparte de los ingresos corrientes,

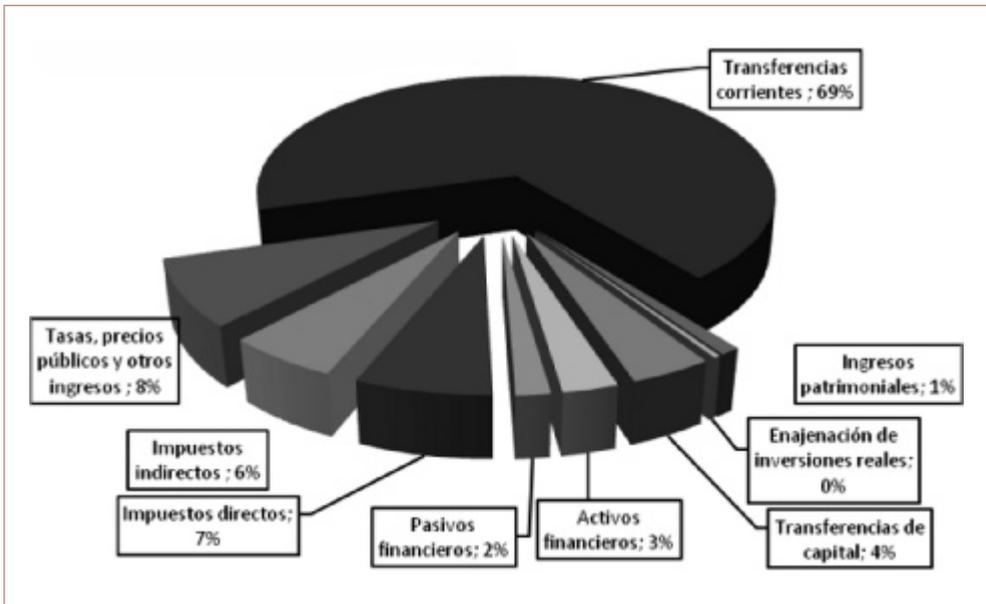
21. https://serviciostelematicos.minhap.gob.es/PMP_NET/asp/consulta/consulta.aspx?tipoPublicacion=2

22. Ver anexo. Consultar las tablas 2 [Clasificación económica (2014-2010): diputaciones provinciales de régimen común] y 3 [Clasificación funcional (2014-2010): diputaciones provinciales de régimen común].

23. Ver anexo. Tabla 5. Desglose de ingresos por denominación según clasificación económica (2014-2010).

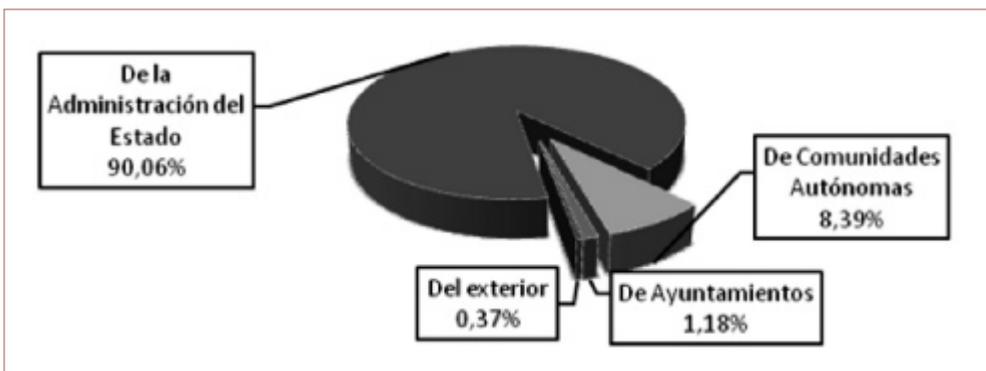
las operaciones de capital (4%, porcentaje que se reduce a la mitad si se compara con 2010) y financieras (5%, porcentaje que cae casi un tercio de lo que suponía en 2010) completan el total de los recursos percibidos.

Cuadro 12: Diputaciones régimen común. Por ingresos (2014) en porcentaje sobre el total



Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

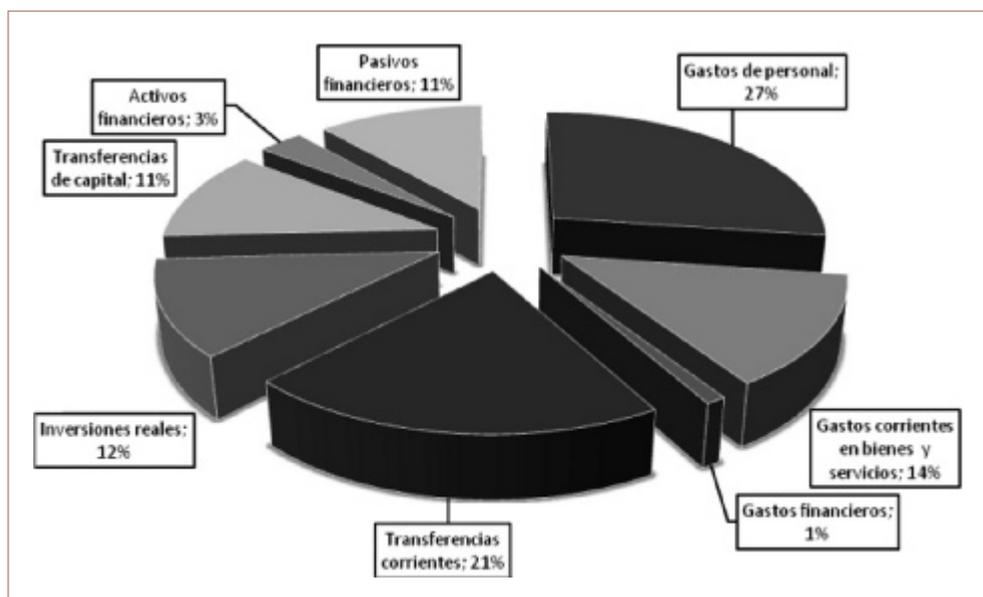
Cuadro 13: Diputaciones régimen común. Desglose de la partida de transferencias corrientes (2014)



Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

2. Respecto a la estructura de gasto, en 2014 el 41% corresponde a gastos de funcionamiento (personal –27%– y compras de bienes y servicios –14%–), porcentaje que permanece casi invariable en el período, al apenas reducirse 2 puntos porcentuales desde 2010. Si a los gastos de funcionamiento les sumamos un 21% más por gastos de transferencias corrientes, obtenemos el porcentaje de gasto de las operaciones corrientes que desarrollan, con un 62% del gasto total (apenas 2 puntos porcentuales más que en el ejercicio 2010). Además, un 23% corresponden a gastos de capital (inversiones y transferencias de capital), el 12% a carga financiera (intereses y amortización del principal de la deuda), y un 3% a gastos en activos financieros.

Cuadro 14: Diputaciones de régimen común.
Clasificación económica por partidas de gasto 2014 (porcentaje sobre total)



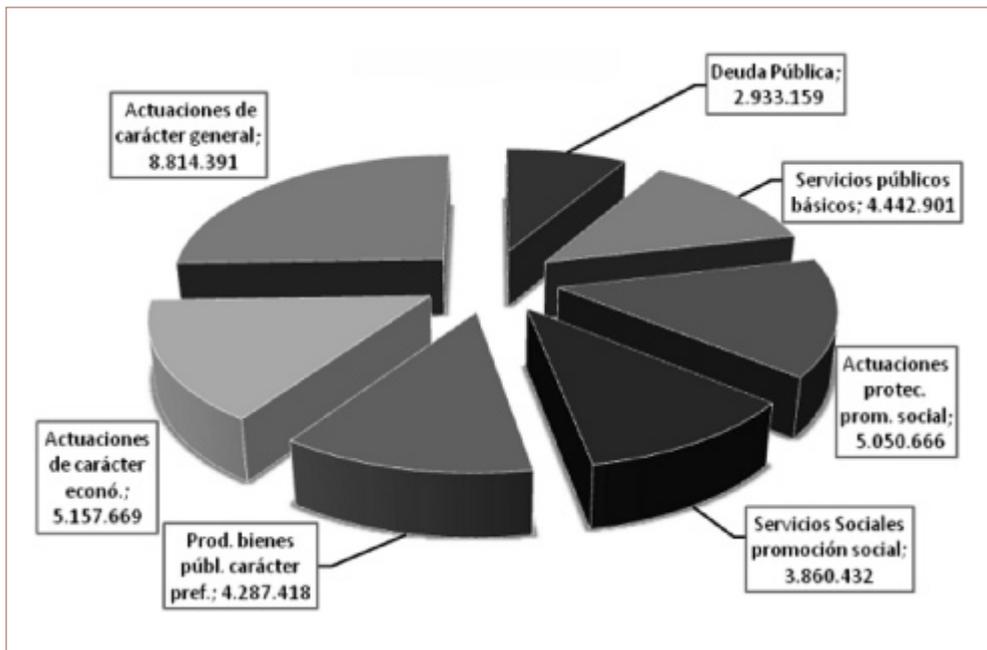
Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

3. El resultado presupuestario es un indicador más que constata la evolución positiva y acumulada que se produce en el período. Lógicamente, en relación con las cifras positivas que acumula el remanente positivo de tesorería²⁴.

24. Ver anexo. Tabla 4. Principales magnitudes financieras en ejercicio 2014.

4. *El gasto total liquidado para el período 2014-2010 se sitúa en los 30 686,2 millones de euros (2014: 6065,7 M€; 2013: 5716,4 M€; 2012: 5851,8 M€; 2011: 6430,8 M€; 2010: 6621,3 M€). En lógica correlación con el análisis realizado anteriormente sobre los créditos iniciales de 2015, es el peso de las actuaciones de carácter general, con un 28,72% del gasto total dirigido a la prestación de servicios, la administración financiera y las transferencias a otras Administraciones Públicas, el que lidera la actuación de gasto; seguido del de las actuaciones de carácter económico de desarrollo de infraestructuras básicas y de transportes, y actuaciones en materia de comercio e industria (16,81%); del de protección social, con actuaciones de carácter benéfico-asistencial y de atención a grupos con especiales necesidades (16,46%); servicios públicos básicos obligatorios en materia de seguridad, movilidad ciudadana o medio ambiente (14,48%); producción de carácter preferente con el desarrollo de iniciativas en materia de sanidad, educación y cultura (13,97%), y servicio de la deuda (9,56%).*

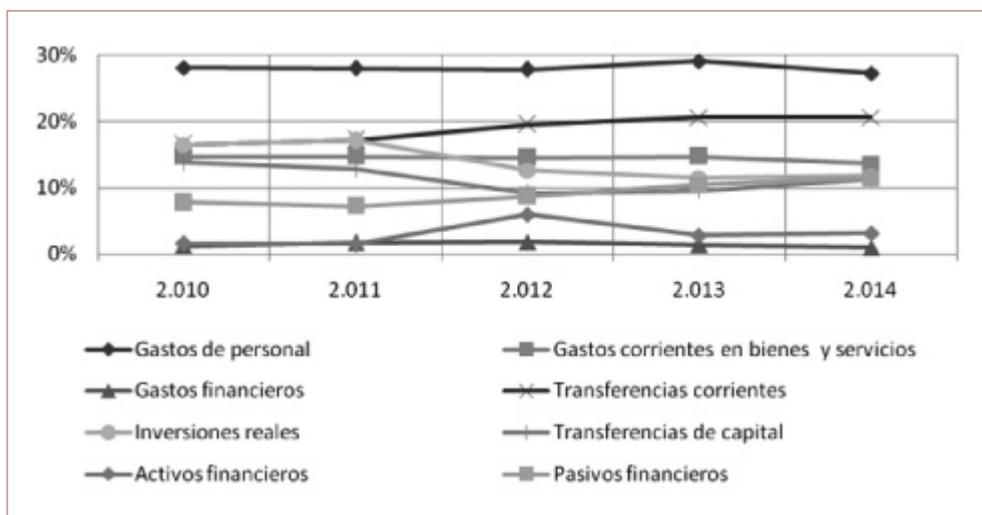
**Cuadro 15: Diputaciones de régimen común.
Clasificación funcional por partidas (2010-2014) en euros**



Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

5. Por distribución económica del gasto para el período acumulado (2014-2010), son los gastos de estructura (42%) los que más recursos demandan (personal, con el 28%, y gasto corriente, con el 14%), y junto a las transferencias corrientes (19%), inversiones (14%), la carga financiera (10%), las transferencias de capital (11%) y los activos financieros (1%), completan el desglose según esta clasificación.

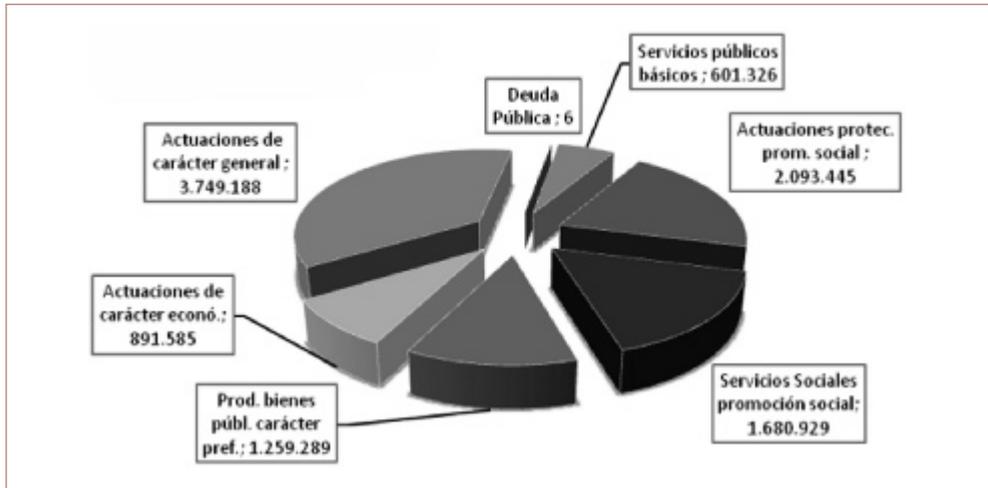
Cuadro 16: Diputaciones de régimen común. Por partidas (2010-2014) según evolución porcentual



Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

6. En relación con la *distribución económica por área funcional de gasto*, el peso de los gastos de personal en las actuaciones de carácter general (43%) y de promoción social (41%) nos ofrece una información relevante sobre la rigidez de las estructuras y plantillas que proveen dichos servicios. Aún más, para programas relacionados con los servicios sociales el nivel de gasto se eleva al 44%. Si además añadimos los gastos corrientes que completan su funcionamiento, el nivel de gasto supera el 60% de los recursos destinados a estos programas.

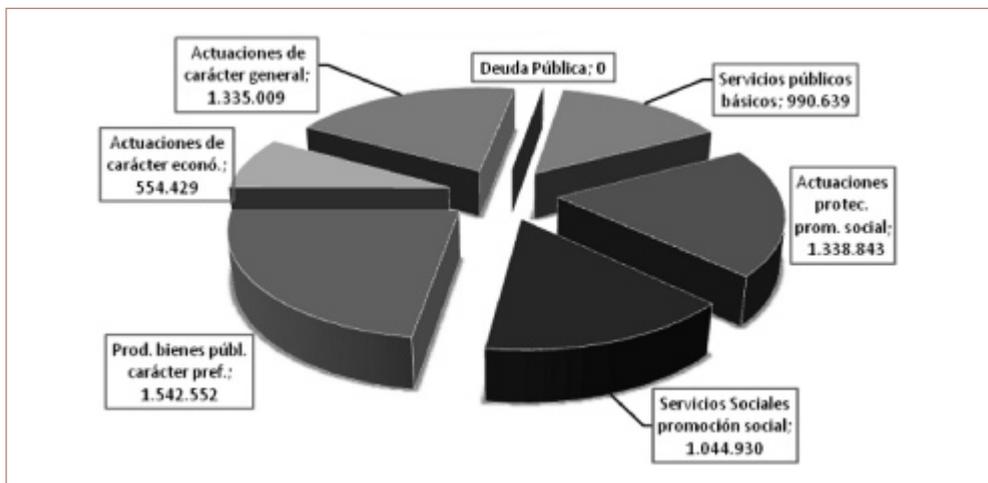
Cuadro 17: Diputaciones de régimen común. Gastos de personal (2010-2014) por áreas de gasto (€)



Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

7. Es en los *programas destinados a la producción de bienes públicos de carácter preferente* (sanidad, educación, cultura y deporte) donde el nivel de gasto destinado a transferencias corrientes es mayor, llegando a alcanzar el 36% del gasto acumulado en el período.

Cuadro 18: Diputaciones de régimen común. Transferencias corrientes (2010-2014) en euros



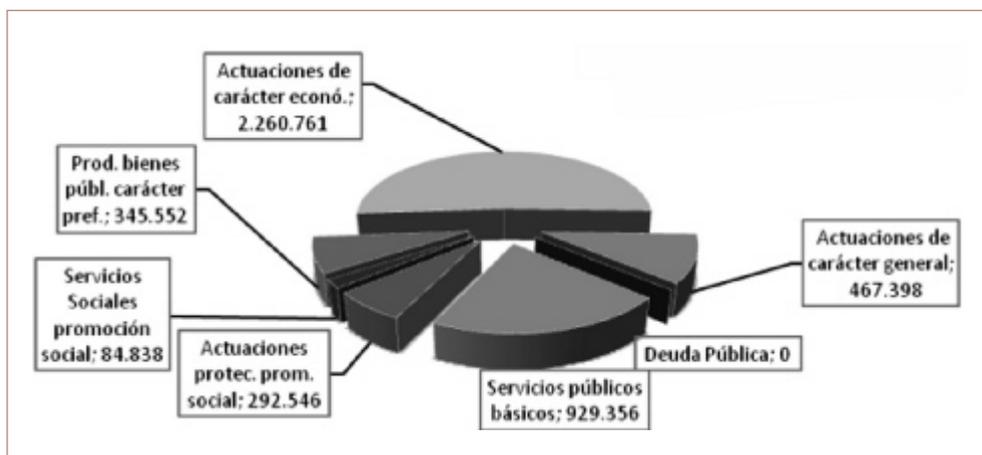
Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

8. En cuanto al *capítulo de inversiones*, el programa funcional con mayor porcentaje de gasto durante el período (44%) es el destinado a actuaciones de carácter económico (infraestructuras básicas, transportes, agrarias, y comercio e industria).

En este sentido, es notable la reducción del gasto que se produce en todos los programas, y, en especial, los destinados a infraestructuras de servicios sociales.

Cabe destacar que debería realizarse un seguimiento sobre las amortizaciones y el mantenimiento tanto de instalaciones como de equipos, al objeto de evitar futuras incidencias a medio plazo, consecuencia de la obsolescencia, que redundarían en la calidad de la prestación de los servicios al ciudadano.

Cuadro 19: Diputaciones de régimen común. Inversiones reales (2010-2014) en euros



Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

9. Consecuencia del análisis de los apartados anteriores, cabe indicar dos elementos de especial seguimiento conforme a la *estrategia y estructura de las diputaciones provinciales*:

- a) *La importancia que tiene el capítulo de personal en determinados programas.* En concreto, y tal como se ha señalado, la rigidez en programas relacionados con los servicios de carácter general y servicios sociales necesita un análisis en detalle, para evitar posibles conflictos que incidan no solo en la prestación de servicios al ciudadano, sino también en el personal al servicio de la Administración que los presta.

b) *La planificación estratégica para la prestación de determinados servicios al ciudadano*, en especial los relacionados con los servicios sociales, que reducen su gasto en el período, consecuencia de la paralización de inversiones. Y que, además, cuentan con una estructura de personal al servicio de la Administración más elevada que en otros programas²⁵.

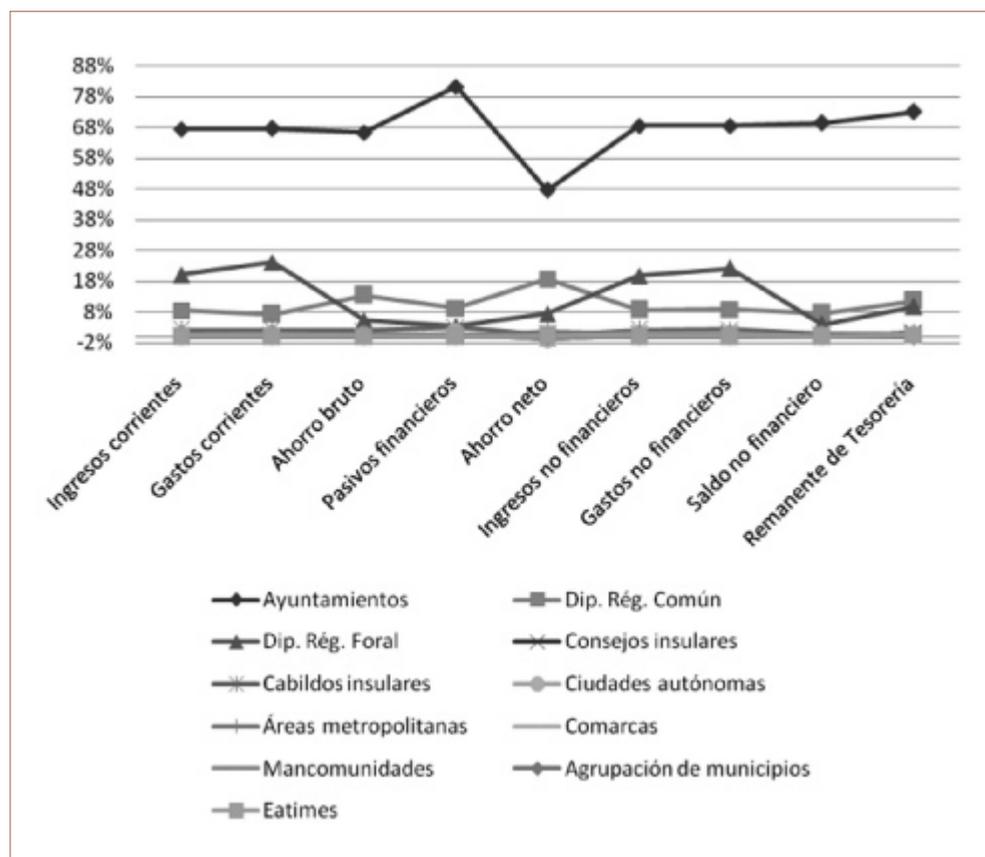
10. *Por magnitudes financieras*²⁶, en análisis comparado respecto al resto de entidades que conforman la planta municipal española (ayuntamientos, diputaciones de régimen común, diputaciones de régimen foral, consejos insulares, cabildos insulares, ciudades autónomas, áreas metropolitanas, comarcas, mancomunidades, agrupaciones de municipios y entidades locales menores), se puede afirmar, según los datos analizados para el ejercicio 2014:

- a) Que en las diputaciones de régimen común se obtiene el 8,6% de los ingresos corrientes, mientras que el gasto corriente supone el 7% del total de gasto realizado en la planta local española. Así, se genera un ahorro bruto que supone un 13% del total de ahorro generado (un 19% en términos netos). Un volumen significativo, si se compara con los recursos gestionados por las diputaciones forales. Finalmente, los pasivos financieros apenas suponen el 9% del total nacional.
- b) Además, el total de sus ingresos no financieros soporta a sus gastos no financieros, lo que permite obtener un saldo no financiero positivo, que supone el 8% del total nacional obtenido para ese año.
- c) En relación con el remanente de tesorería, como variable que permite mostrar (a 31 de diciembre de cada ejercicio) el superávit o déficit acumulado a lo largo de los distintos ejercicios por un ente territorial, nos muestra un signo positivo que acumula recursos por importe de 3027 millones de euros, lo que supone el 12% del total nacional generado durante ese ejercicio. La aportación positiva de las diputaciones de régimen común vuelve a superar para este indicador la generada por las diputaciones de régimen foral, lo que demuestra un argumento más, en este caso, de la solvencia de aquellas entidades, en términos de liquidez. Por lo tanto, la gestión presupuestaria, tanto la del ejercicio corriente como la acumulada de ejercicios pasados, aporta recursos para la gestión. Otro dato más que reafirma el compromiso de este tipo de entidades locales con el conjunto de la Administración Pública española.

25. Por ejemplo, para este caso concreto, ahondar en las técnicas procedentes en materia de innovación social puede ser una propuesta a estudiar. <http://www.inap.es/innovacion-social>. ARENILLA SÁEZ, M. y GARCÍA VEGAS, R., *Innovación social*, INAP-Netbiblo, 2013.

26. Ver anexo. Tabla 4. Principales magnitudes financieras en ejercicio 2014.

Cuadro 20: Análisis comparado de principales magnitudes financieras (2014) por entidad local



Fuente: elaboración propia a partir de datos MINHAP.

5

Comentarios a las conclusiones del análisis presupuestario de las diputaciones provinciales de régimen común

Una vez obtenidos los datos más relevantes del análisis presupuestario realizado para el período 2015-2010, si incluimos el presupuesto inicial del año 2015 y las liquidaciones de sucesivos ejercicios hasta llegar a 2010, se afirma que las diputaciones, y en concreto las de régimen común, son entidades territoriales que, al margen de su reconocimiento constitucional y electoral como circunscripción en los comicios generales a Cortes Generales, cuestión no menor, ejercen una labor de vertebración territorial

indudable. Y esta actividad se ha visto fortalecida como consecuencia de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Si bien, su mandato especial de asistencia, no solo económica, sino también técnica organizativa a los municipios más pequeños, le fue conferido mucho antes.

El carácter poliédrico del sistema provincial le dota de una diversidad no solo respecto a su representatividad, sino también en la forma de entender territorialmente la esencia de su actuación prioritaria: la prestación de servicio a los municipios más pequeños. Además, su funcionamiento es garantía de un equilibrio intermunicipal. La diputación provincial participa en la coordinación de la Administración General del Estado y las comunidades autónomas con la Administración local.

Los datos económico-financieros obtenidos en el estudio, avalan su solvencia en el importante servicio que prestan al ciudadano. Los niveles de saneamiento financiero, endeudamiento, deuda comercial y aportación supravitaria al objetivo común de déficit del Reino de España muestran aún más fortaleza para una adecuada gestión.

En el ejercicio de sus actividades mantienen una estructura de gasto equilibrada con un necesario apoyo técnico, social e inversor que es vital para garantizar una necesaria cohesión territorial.

La autonomía provincial debe complementar a la autonomía municipal, y ese cauce de actuación se ejerce a través de un ejercicio que es necesario y al mismo tiempo debe ser equilibrado²⁷, como bien se demuestra en su gestión.

Las diputaciones provinciales de régimen común son garantía para la prestación de los servicios mínimos obligatorios; ejercen un decisivo impulso en sus políticas públicas propias para alcanzar un necesario equilibrio intermunicipal; han visto fortalecida su capacidad de actuación y deben liderar por méritos propios un indispensable ejercicio de solidaridad territorial que las dote de mayor reconocimiento institucional.

Su gestión política y presupuestaria bajo diferentes ideologías y equipos demuestra apoyos de todas las formaciones políticas, incluidas, según los datos relacionados, las nuevas formaciones políticas. Con una dimensión y estructura que avala su capacidad de adaptación a la nueva legislación y que, al mismo tiempo, acredita su solvencia en la gestión respecto a otras Admi-

27. LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J. y ZAFRA VÍCTOR, M., “Análisis del papel y funciones de los Gobiernos locales intermedios: propuestas de articulación”, en el documento técnico: *Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio 2012, págs. 250-280.

nistraciones. Por ejemplo, en el desarrollo de las inversiones financieramente sostenibles, o en una mayor optimización de sus gastos de funcionamiento o de capital que los ayuntamientos.

En definitiva, son las diputaciones provinciales de régimen común, con su saneamiento financiero, la reducción de sus niveles de endeudamiento y el cumplimiento estricto de los plazos para el pago de su deuda comercial, o la solvencia y fortaleza demostrada en el análisis de los datos presupuestarios desde un punto de vista económico y funcional, las que demuestran tener una capacidad mayor que otras Administraciones para afrontar los nuevos objetivos que tiene la Administración Pública, desde un mejor posicionamiento. Por lo tanto, en opinión del autor, su futuro no debe pasar por su supresión. Al contrario, el reto pasa por la modernización de sus estructuras para la mejora en la eficiencia de su principal función desde un punto de vista de la gestión: la coordinación e integración de servicios para los ciudadanos.

6

La complejidad jurídica y política ante un hipotético supuesto de supresión de las diputaciones

Los datos facilitados en los epígrafes anteriores demuestran la capacidad de gestión que, durante el período en estudio, han tenido las diputaciones para afrontar las difíciles circunstancias por las que ha pasado el conjunto de la Administración Pública española durante estos últimos años. En este sentido, la justificación de su funcionamiento como eje vertebrador del territorio parece demostrada en términos no solo jurídico-administrativos, sino también económico-financieros.

No obstante, conviene hacer un ejercicio adicional bajo un hipotético supuesto de eliminación de las diputaciones²⁸. Es necesario verificar los pasos para llevar a efecto una hipótesis de esta naturaleza. En este sentido, las conclusiones que se obtengan darán respuesta sobre el nivel de probabilidad en el cumplimiento del escenario planteado, además de verificar las consecuencias de un supuesto sin diputaciones.

En este sentido, nos adentramos a valorar lo que supondría, de acuerdo con el valor que la Constitución asignó a las provincias en la vertebración político-territorial del Estado –de la que las diputaciones no son sino el

28. http://politica.elpais.com/politica/2016/02/23/actualidad/1456259324_620271.html

aparato político-administrativo de aquellas–, una reforma constitucional que exige, como es sabido, amplias mayorías para su consecución. Escenario inicial que, desde un punto de vista político, no parece que se podrá llevar a efecto, en función de los resultados alcanzados el pasado 20 de diciembre y de las declaraciones de los diferentes partidos políticos que conforman el actual arco parlamentario.

A saber:

- Aprobación del proyecto de reforma constitucional por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras²⁹. En primer lugar, para la presente XI Legislatura, del análisis de los resultados electorales no parece que en el Congreso sea factible aprobar un proyecto que obtenga ese nivel de aceptación. Los dos partidos que han expresado esta intención (PSOE³⁰ y C's) están lejos de alcanzar esa mayoría cualificada. Además, el PP, con mayoría absoluta en el Senado, se declara en contra de esta iniciativa³¹.
- Si no hay acuerdo entre ambas Cámaras, se podría intentar obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de diputados y senadores, que presentaría un texto que debería ser votado por el Congreso y el Senado. En este caso, según las manifestaciones públicas realizadas por las distintas formaciones, nos encontraríamos ante un supuesto similar al indicado en el primer punto.
- De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado (nos seguiríamos encontrando en el supuesto descrito en el primer punto), el Congreso, por mayoría de dos tercios (según lo indicado ya, no se contemplaría este escenario), podría aprobar la reforma.
- En el supuesto de aprobación³² de la reforma por las Cortes Generales, sometimiento a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten,

29. <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/Dip-GrupParl>

<http://www.senado.es/web/composicionorganizacion/gruposparlamentarios/composicion-gruposparlamentarios/index.html>

30. Medida que no es pacífica a nivel interno en su organización: http://politica.elpais.com/politica/2016/02/25/actualidad/1456433563_811434.html

31. http://www.teinteresa.es/politica/INVESTIDURA-DIPUTACIONES-ABOCARIA-DESAPARICION-AYUNTAMIENTOS_0_1528647319.html

32. En la Legislatura XI parece una situación cuasi imposible. En futuras legislaturas, según lo manifestado por las formaciones políticas, la suma de escaños de PSOE y C's para desarrollar el acuerdo firmado (<http://www.psoe.es/media-content/2016/02/acuerdo-gobierno-reformista-y-de-progreso-2016.pdf>) debería ascender a los tres quin-

dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Por lo tanto, un hipotético escenario de supresión, según el procedimiento anterior descrito, debería delinear una situación caracterizada por:

1. Máximo consenso entre partidos políticos y operar una reforma ordinaria de la Norma Fundamental: la exigencia de altas dosis de cohesión en el máximo órgano de representación popular (Cámaras legislativas) para operar una reforma constitucional.
2. La modificación de los estatutos de autonomía: la figura de las diputaciones provinciales se prevé en la casi totalidad de los estatutos de autonomía. Su supresión exigiría la modificación de dichos estatutos, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 147 CE.
3. El replanteamiento del régimen electoral vigente en el ámbito local: el Título V de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), contempla las disposiciones especiales para la elección de diputados provinciales.
4. El traspaso de las funciones ejercidas por las diputaciones a otras Administraciones Públicas: menos conocedoras de la realidad municipal y de las necesidades de prestación de servicios por parte de los ayuntamientos, lo que implicaría una pérdida de eficiencia, con unos ahorros, de producirse, no significativos, además de la desaparición de la dimensión horizontal (Gobierno y Administración de la intermunicipalidad) y vertical (eslabón entre la comunidad autónoma y el sistema político local).
5. Reforma de la planta municipal y reflexión sobre la pervivencia de los pequeños municipios: los municipios con menos de 5000 habitantes constituyen el 84% del total existente, e incluso los de menos de 20 000, sumados a los anteriores, suponen el 96,08% del total de los municipios españoles, con las consiguientes consecuencias que de ello derivarían³³.

Por lo visto hasta ahora, no solo parece razonable que el debate no deba centrarse en la eliminación de las diputaciones provinciales; además, como se puede constatar, es difícil llevar a efecto una medida de este calado.

La naturaleza territorial de las diputaciones provinciales, como garantes de la prestación de servicios en su área de influencia, nos ofrece elementos

tos en ambas Cámaras. Sin considerar el cuestionamiento interno en el PSOE sobre esta medida.

33. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 3 de marzo de 2016, FJ 6 b) y c), sobre fusiones voluntarias de municipios, ha confirmado la constitucionalidad del art. 13.4 y 6 de la Ley de Bases de Régimen Local, en su modificación efectuada por la LRSAL.

para la vertebración, cohesión e integración territorial (López-Medel y Zafra, 2012: 250-280).

Su reciente potenciación³⁴ en la coordinación con las comunidades autónomas no supone precisamente una visión excluyente para las diputaciones provinciales. Al contrario, es complementaria. El espacio de convivencia para la prestación de servicios es una obligación coordinada de la que también deben ser partícipes las comunidades autónomas. La reciprocidad en la coordinación de sus funciones debe dejar espacio a las diputaciones provinciales y viceversa. Solo así no se dudará ni de la identidad ni de la funcionalidad de este ente local.

La visión, excesivamente simplista, de quien propone la supresión de una parte de nuestro engranaje territorial, parece realizada desde el desconocimiento de la esencia del mandato que realizan las diputaciones, y también, por supuesto, de los resultados económicos, de gestión y de convivencia territorial.

Finalmente, desde una hipotética reducción de gasto, dirigido en exclusividad a la estructura política, su supresión no implicaría una reducción de cargos públicos, ya que los plenos y los presidentes de las mismas se integran por los concejales designados de entre los municipios de su ámbito provincial.

Tampoco se producirían ahorros consecuencia de la reducción de su estructura administrativa, con un total de 62 159 personas a redistribuir y no a eliminar.

Si lo que se pretende es la reducción del número de eventuales (personal de apoyo) al servicio de las diputaciones, que actualmente, como hemos visto, no alcanza el 1,5% del total de efectivos³⁵, con la finalización del período transitorio habilitado en la Ley 27/2013, desde el 30 de junio de 2015, aún se tienen menos argumentos para justificar el sentido de esta petición, ya que el proceso de reestructuración está siendo afrontado desde las propias diputaciones provinciales conforme a la LRSAL³⁶.

Además, en términos de evolución definitiva, con la liquidación presupuestaria del ejercicio 2015, se podrá realizar un seguimiento exacto del impacto de la medida. Si procede y existe acuerdo, una vez

34. Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

35. Datos disponibles según el Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Registro Central de Personal Julio 2015.

36. Artículo 104 bis de la Ley de Bases de Régimen Local, en su modificación efectuada por la LRSAL.

conocida esa información, se podrán adoptar medidas adicionales en este sentido.

7

Conclusiones y recomendaciones

Las *conclusiones principales* según el estudio realizado son:

1. Las diputaciones provinciales, en concreto las de régimen común, son entidades saneadas financieramente. Han realizado un ajuste notable en sus niveles de endeudamiento. En conjunto, se comportan de una manera mejor que el resto de Administraciones en relación con los plazos para el pago de su deuda comercial. Y poseen una mejor disposición económico-financiera, que aumenta su capacidad de gestión para la prestación de sus servicios al ciudadano en relación con otras entidades locales.
2. Las diputaciones tienen naturaleza y origen constitucional. El artículo 141, tras definir la provincia como una “entidad local con personalidad jurídica propia determinada por la agrupación de municipios para cumplimiento de las actividades del Estado”, establece que su “gobierno y administración autónoma estarán encomendados a diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo”.
3. Las diputaciones tienen arraigo en la vertebración territorial de nuestro país, y son imprescindibles para la supervivencia de un mapa municipal español excesivamente atomizado. Hoy, el 84% de los municipios españoles, 6825, cuentan con menos de 5000 habitantes, viviendo en ellos el 12,7% de la población.
4. La supresión de las diputaciones supondría una reforma de la Constitución Española, que no puede hacerse sin consenso y al margen de una mayoría parlamentaria. Además, su desaparición implicaría que sus funciones fueran asumidas por otras entidades territoriales, posiblemente de nueva creación, y sin ahorro económico.

Las *recomendaciones que se sugieren* son:

1. La modernización de sus estructuras para seguir por la senda de mejora en la eficiencia de los servicios que prestan a los ciudadanos. Su principal función, desde un punto de vista de la gestión, supone su mayor fortaleza: la coordinación e integración de servicios.
2. Corresponde a las diputaciones provinciales o entidades equivalentes, en colaboración con la comunidad autónoma, la coordinación y supervisión de la integración de los servicios resultantes de cualquier proceso

de fusión. La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso interpuesto por la Asamblea de Extremadura frente a la LRSAL³⁷, consolida una arquitectura jurídica que comparte una visión integradora de los servicios públicos que prestan las Administraciones municipales, y que requiere de la colaboración activa de aquellos entes locales con mayor capacidad económica y de gestión.

3. El ahorro de costes y la simplificación de las estructuras administrativas conllevan una modernización de esta entidad local. La implantación de la administración electrónica debe ser sinónimo de mejora en la calidad de la información y el acceso de los ciudadanos a sus servicios.
4. Mayor profesionalización de la Administración, con profesionales especializados en las distintas materias de su competencia. El contexto económico actual exige de todas las Administraciones prestadoras de servicios la mayor eficacia en su prestación, su adecuada financiación y la sostenibilidad financiera.
5. La medición y el seguimiento de las medidas de racionalización adoptadas en la Ley de Bases de Régimen Local, en su modificación efectuada por la LRSAL, en relación con las limitaciones de las retribuciones de miembros de las diputaciones provinciales (art. 75 bis), personal eventual (art. 104 bis) y directivos (art. 32 bis), al objeto de avanzar en los campos de transparencia, análisis de recursos en materia retributiva y apoyo a la representación política, así como implantación de criterios de competencia profesional y experiencia que se amplíen hasta el sector público local.

37. STC de 3 de marzo de 2016 en el recurso 1792-2014 interpuesto por diputados de la Asamblea de Extremadura comisionados por el Pleno de esta contra preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

8

Bibliografía

- ALGARRA PAREDES, Á. y ROMERA JIMÉNEZ, Ó., “La importancia de los mecanismos de control y evaluación: reflexiones sobre la incidencia del techo de gasto en el marco de la Administración local española”, *Revista de estudios locales. Cunal*, n.º 183, 2015, págs. 12-28.
- ALGARRA PAREDES, Á. y ROMERA JIMÉNEZ, Ó., “Una reflexión sobre los resultados obtenidos por la Administración local en el marco de la reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, n.º 3, 2015.
- ÁLVAREZ ROPERO, G., “La gestión coordinada o integrada de servicios a cargo de las diputaciones: una visión económica”, en DOMINGO ZABALLOS, M. J. (coord.), *Reforma del Régimen Local: la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, 2014, págs. 875-902.
- ARENILLA SÁEZ, M. y GARCÍA VEGAS, R., *Innovación social*, INAP-Netbiblo, 2013.
- CABANAS VEIGA, M., “Las diputaciones provinciales gallegas en la recesión económica actual y la crisis del principio de autonomía local”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 18, 2014, págs. 107-148.
- CAÑAL GARCÍA, F. J., “Ayuda financiera de las diputaciones catalanas a los ayuntamientos”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 28, 2012, págs. 40-63.
- CAPILLA, M., “Las reformas que vienen: Ley Electoral, Diputaciones, Senado...”, *El siglo de Europa*, n.º 1145, 2016, págs. 16-18.
- CARBONERO GALLARDO, J. M., “El nuevo papel de las diputaciones provinciales”, en CARRILLO DONAIRE, J. A. y NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coords.), *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local: El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, 2014, págs. 237-263.
- CARRASCO DÍAZ, D. y BUENDÍA CARRILLO, D. (coords.), *Coste real versus coste efectivo de los servicios locales: la contabilidad analítica en la nueva instrucción del modelo normal de contabilidad local*, GECOSOL, Málaga, 2014.
- CORCHERO PÉREZ, M. y SÁNCHEZ PÉREZ, L., “¿Son constitucionales las nuevas competencias de las diputaciones provinciales?”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 23, 2015, págs. 2784-2795.

- COSCULLUELA MONTANER, L., “El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones”, *Anuario del Gobierno Local* 2011, 2012, págs. 45-67.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “Las competencias de las diputaciones provinciales en la historia, como punto de partida”, en GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Á. (coord.), *Las nuevas diputaciones provinciales de régimen común: asistencia, prestación y coordinación de servicios municipales*, 2015, págs. 95-116.
- FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F., “Las diputaciones provinciales y los Gobiernos locales intermedios en la reforma local”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, 2014, págs. 157-169.
- FERNANDO PABLO, M. M., “La prestación y coordinación de los servicios municipales por las diputaciones. Marco para una nueva política provincial”, en GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Á. (coord.), *Las nuevas diputaciones provinciales de régimen común: asistencia, prestación y coordinación de servicios municipales*, 2015, págs. 193-229.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Á., “La prestación de los servicios a través de la gestión compartida: los consorcios, las mancomunidades y otras fórmulas”, en GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Á. (coord.), *Las nuevas diputaciones provinciales de régimen común: asistencia, prestación y coordinación de servicios municipales*, 2015, págs. 231-267.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, M. Á., “La provincia después de la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local efectuada por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: la determinación del régimen de sus competencias”, en GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Á. (coord.), *Las nuevas diputaciones provinciales de régimen común: asistencia, prestación y coordinación de servicios municipales*, 2015, págs. 117-192.
- LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J. y ZAFRA VÍCTOR, M., “Análisis del papel y funciones de los Gobiernos locales intermedios: propuestas de articulación”, en el documento técnico: *Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio 2012, págs. 250-280.
- MUÑOZ MUÑOZ, M.^a D., “Recopilación legislativa sobre las diputaciones provinciales”, *Boletín Instituto de Estudios Giennenses*, n.º 207, 2013, págs. 59-93.
- RIVERO ORTEGA, R., “Alteraciones de la planta municipal y reinención de las diputaciones”, *Revista de estudios locales. Cunal*, n.º extraordinario 169, 2014, págs. 62-95.

- RIVERO ORTEGA, R. y MERINO ESTRADA, V., *Innovación y Gobiernos locales: estrategias innovadoras de ayuntamientos y diputaciones en un contexto de crisis*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014.
- RODRÍGUEZ DIZ, J. C., “El papel asistencial de las diputaciones provinciales. Una visión genérica”, *Revista de estudios locales. Cunal*, n.º 128, págs. 36-47.
- ROMERO ALONSO, L., “El rediseño de las diputaciones provinciales efectuado por la LRSAL ante el mandato corporativo 2015-2019: un apunte sobre posibles afectaciones al empleo público local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 1, 2016, págs. 51-63.
- RUBIO GARCÍA, F., “De la tutela y control a la cooperación y asistencia a municipios. Dos siglos de utilidad pública de las diputaciones provinciales (1812-2012)”, *Revista de Estudios Extremeños*, n.º 3, 2012, págs. 1605-1608.
- SALVADOR CRESPO, M.^a T., “El impacto de la crisis económica en la reforma del Gobierno local en España”, *Revista general de derecho público comparado*, n.º 15, 2014.
- SAURÍ MARCHÁN, S., “Experiencias de concesión del mantenimiento y la construcción de las carreteras de las diputaciones provinciales en España”, *Revista Obras Públicas*, n.º 3521, 2012, págs. 51-60.
- YERGA COBOS, A., “Las diputaciones provinciales y el cambio normativo en Andalucía”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 6, 2010, págs. 153-164.
- ZAFRA VÍCTOR, M., “El debate sobre la supresión o reforma de las diputaciones provinciales en España”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 27, 2011, págs. 91-100.

a) Relación de cuadros

- Cuadro 1. Tramo de población y número de municipios
- Cuadro 2. Diputaciones provinciales de régimen común según resultados electorales 2015 y presupuesto 2016
- Cuadro 3. Evolución de gastos de personal (2014-2013)
- Cuadro 4. Créditos iniciales del presupuesto de las diputaciones provinciales según clasificación económica (2015)
- Cuadro 5. Créditos iniciales del presupuesto de las diputaciones provinciales según clasificación funcional (2015)
- Cuadro 6. Clasificación funcional según partidas presupuestarias en porcentaje (2015)
- Cuadro 7. Clasificación económica según partidas presupuestarias en porcentaje (2015)
- Cuadro 8. Evolución del saldo no financiero en las diputaciones provinciales (2010-2014)
- Cuadro 9. Comparación en la evolución de la senda de déficit público por Administraciones Públicas
- Cuadro 10. Deuda viva a 31 de diciembre 2011-2014. Diputaciones, cabildos y consejos
- Cuadro 11. Deuda viva a 31 de diciembre 2011-2014. Diputaciones de régimen común
- Cuadro 12. Diputaciones régimen común. Por ingresos (2014) en porcentaje sobre el total
- Cuadro 13. Diputaciones régimen común. Desglose de la partida de transferencias corrientes (2014)
- Cuadro 14. Diputaciones de régimen común. Clasificación económica por partidas de gasto (2014)
- Cuadro 15. Diputaciones de régimen común. Clasificación funcional por partidas (2010-2014) en euros
- Cuadro 16. Diputaciones de régimen común. Por partidas (2010-2014) según evolución porcentual
- Cuadro 17. Diputaciones de régimen común. Gastos de personal (2010-2014) por áreas de gasto (€)
- Cuadro 18. Diputaciones de régimen común. Transferencias corrientes (2010-2014) en euros

Cuadro 19. Diputaciones de régimen común. Inversiones reales (2010-2014) en euros

Cuadro 20. Análisis comparado de principales magnitudes financieras (2014) por entidad local

b) Relación de tablas

Tabla 1. Clasificación de las diputaciones provinciales de régimen común por representatividad, retribución, personal, resultado electoral y datos demográficos

Tabla 2. Clasificación económica (2014-2010): diputaciones provinciales de régimen común

Tabla 3. Clasificación funcional (2014-2010): diputaciones provinciales de régimen común

Tabla 4. Principales magnitudes financieras en ejercicio 2014

Tabla 5. Desglose de ingresos por denominación según clasificación económica (2014-2010)

Tabla 6. Desglose de gastos por denominación según clasificación económica (2014-2010)

Tabla 1: Clasificación de las diputaciones provinciales de régimen común por representatividad, retribución, personal, resultado electoral y datos demográficos

TRAMOS DE POBLACIÓN art. 204 LOREG ^(a)	DIPUTADOS PROVINCIALES ASIGNADOS art. 204 LOREG (A)	MUNICIPIO MÁS POBLADO DE CADA DIPUTACIÓN PROVINCIAL	N.º MÁXIMO DE DIPUTADOS CON DEDICACIÓN EXCLUSIVA art. 75 ter.2 Ley de Bases de Régimen Local ^(b)	RETRIBUCIONES MÁXIMAS CORRESPONDIENTES art. 75 bis 2 Ley de Bases de Régimen Local	N.º MÁXIMO PERSONAL EVENTUAL art. 104 bis.2 Ley de Bases de Régimen Local (B)	DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL EFECTIVOS DIPUTACIONES B.E.S.A.P.07/15 ^(c) y RPT (C)
Hasta 500 000 residentes	25	D.P. ALBACETE: Albacete	18	Secretario de Estado – 20%	27	1068
		D.P. ÁVILA: Ávila	15	Secretario de Estado – 35%	12	386
		D.P. BURGOS: Burgos	18	Secretario de Estado – 20%	27	1071
		D.P. CÁCERES: Cáceres	15	Secretario de Estado – 25%	25	961
		D.P. CUENCA: Cuenca	15	Secretario de Estado – 35%	12	452
		D.P. GUADALAJARA: Guadalajara	15	Secretario de Estado – 25%	25	471
		D.P. HUESCA: Huesca	15	Secretario de Estado - 35%	12	282
		D.P. LEÓN: León	18	Secretario de Estado - 25%	27	1.211
		D.P. LLEIDA: Lleida	18	Secretario de Estado - 25%	27	534
		D.P. LUGO: Lugo	15	Secretario de Estado - 25%	25	514
		D.P. OURENSE: Ourense	18	Secretario de Estado - 25%	27	727
		D.P. PALENCIA: Palencia	15	Secretario de Estado - 25%	25	395
		D.P. ZAMORA: Zamora	18	Secretario de Estado - 20%	25	424
		D.P. SALAMANCA: Salamanca	18	Secretario de Estado – 20%	27	859
		D.P. SEGOVIA: Segovia	15	Secretario de Estado – 35%	12	733
		D.P. SORIA: Soria	11	Secretario de Estado – 45%	7	436
D.P. TERUEL: Teruel	11	Secretario de Estado – 45%	7	314		

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

RELACIÓN DIPUTADOS Y PERSONAL EVENTUAL RESPECTO A EFECTIVOS DE LA DIPUTACIÓN (D)= (A+B)/C	PARTIDO POLÍTICO DE PERTENENCIA EN ACTUAL LEGISLATURA (2015-2019)	PROCEDIMIENTO ELECCIÓN	PARTIDO DE APOYO	SUPERFICIE PROVINCIA (km ²) I.G.N. ^(d)	HABITANTES PROVINCIA (enero 2015) I.N.E. ^(e)	DENSIDAD PROVINCIA (km ² / hab.)
4,8%	PSOE	Mayoría absoluta	Voto a favor de Ganemos	14 926	394 580	26,44
9,5%	PP	Lista más votada		8050	164 925	20,49
4,8%	PP	Mayoría absoluta		14 291	364 002	25,47
5,2%	PSOE	Mayoría absoluta	14 votos a favor (13 del PSOE y 1 de Ciudadanos) y 11 abstenciones (PP)	19 845	406 267	20,47
8,1%	PP	Mayoría absoluta		17 141	203 841	11,89
10,6%	PP	Lista más votada	Abstención Ciudadanos	12.212	253.686	20,77
13,1%	PSOE	Mayoría absoluta	Con apoyo de PAR y CAMBIAR Huesca	15.636	222.909	14,26
4,2%	PP	Mayoría absoluta	Apoyo UPL y CB (Coalición por el Bierzo). PSOE, C's y Coalición en Común se abstienen	15.582	479.395	30,77
9,7%	CDC	Lista más votada	Con el apoyo de UDC	12.150	430.661	35,45
9,7%	PSOE	PP lista más votada	Moción de censura (08.10.15)	9.857	338.921	34,38
7,1%	PP	Mayoría absoluta		7.273	318.739	43,82
12,6%	PP	Mayoría absoluta		8.053	165.806	20,59
11,7%	PP	Mayoría absoluta		10.561	184.174	17,44
6,0%	PP	Mayoría absoluta		12 350	342 001	27,69
5,0%	PP	Mayoría absoluta		6923	157 938	22,81
7,3%	PSOE	Lista más votada	Con abstención de C's	10 307	91 780	8,90
10,19%	PAR	Mayoría absoluta	Con el apoyo del PP	14 810	137 715	9,30

Tabla 1: Clasificación de las diputaciones provinciales de régimen común por representatividad, retribución, personal, resultado electoral y datos demográficos (cont.)

TRAMOS DE POBLACIÓN art. 204 LOREG ^(a)	DIPUTADOS PROVINCIALES ASIGNADOS art. 204 LOREG (A)	MUNICIPIO MÁS POBLADO DE CADA DIPUTACIÓN PROVINCIAL	N.º MÁXIMO DE DIPUTADOS CON DEDICACIÓN EXCLUSIVA art. 75 ter.2 Ley de Bases de Régimen Local ^(b)	RETRIBUCIONES MÁXIMAS CORRESPONDIENTES art. 75 bis.2 Ley de Bases de Régimen Local	N.º MÁXIMO PERSONAL EVENTUAL art. 104 bis.2 Ley de Bases de Régimen Local (B)	DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL EFECTIVOS DIPUTACIONES B.E.S.A.P.07/15 ^(c) y RPT (C)
De 500 001 a 1 000 000	27	D.P. ALMERÍA: Almería	18	Secretario de Estado – 20%	27	1598
		D.P. BADAJOZ: Badajoz	18	Secretario de Estado – 20%	27	1083
		D.P. CASTELLÓN: Castellón de la Plana	18	Secretario de Estado – 20%	27	618
		D.P. CIUDAD REAL: Ciudad Real	15	Secretario de Estado – 35%	12	713
		D.P. CÓRDOBA: Córdoba	20	Secretario de Estado – 10%	29	1209
		D.P. GIRONA: Girona	15	Secretario de Estado – 35%	12	339
		D.P. GRANADA: Granada	18	Secretario de Estado – 20%	27	1904
		D.P. HUELVA: Huelva	18	Secretario de Estado – 25%	27	991
		D.P. JAÉN: Jaén	18	Secretario de Estado – 25%	27	1276
		D.P. PONTEVEDRA: Vigo	18	Secretario de Estado – 20%	27	1002
		D.P. TARRAGONA: Tarragona	18	Secretario de Estado – 25%	27	1171
		D.P. TOLEDO: Talavera de la Reina	15	Secretario de Estado – 25%	25	1600
		D.P. VALLADOLID: Valladolid	20	Secretario de Estado – 10%	29	908
D.P. ZARAGOZA: Zaragoza	22	Secretario de Estado	0,7% puestos trabajo plantilla Entidad de Zaragoza	799		

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

RELACIÓN DIPUTADOS Y PERSONAL EVENTUAL RESPECTO A EFECTIVOS DE LA DIPUTACIÓN (D)= (A+B)/C	PARTIDO POLÍTICO DE PERTENENCIA EN ACTUAL LEGISLATURA (2015-2019)	PROCEDIMIENTO ELECCIÓN	PARTIDO DE APOYO	SUPERFICIE PROVINCIA (km ²) I.G.N. ^(d)	HABITANTES PROVINCIA (enero 2015) I.N.E. ^(e)	DENSIDAD PROVINCIA (km ² / hab.)
3,37%	PP	Mayoría absoluta		8774	691 155	78,77
4,9%	PSOE	Mayoría absoluta	17 votos a favor (PSOE) y 10 abstenciones del PP	21 766	686 092	31,52
8,7%	PP	Mayoría absoluta		6632	574 460	86,62
5,4%	PSOE	Mayoría absoluta		19 813	514 143	25,95
4,6%	PSOE	Mayoría absoluta	IU	13 771	795 703	57,78
11,5%	CDC	Mayoría absoluta	Apoyo UDC, PSC, ERC e IdS	5909	740 373	125,30
2,8%	PSOE	Lista más votada	Apoyo C's e IU y abstención de Vamos Granada	12 647	919 139	72,68
5,4%	PSOE	Mayoría absoluta		10 128	522 136	51,55
4,2%	PSOE	Mayoría absoluta		13 496	652 132	48,32
5,3%	PSOE	Mayoría absoluta	Apoyo BNG	4495	948 302	210,97
4,6%	CDC	Mayoría absoluta (pacto CDC y PSC)	Con el apoyo de PSC y PPC	6303	793 155	125,84
3,2%	PSOE	Mayoría absoluta	Con el apoyo de C's y Ganemos	15 370	692 544	45,06
6,1%	PP	Lista más votada	Abstención C's	8110	527 395	65,03
7,0%	PSOE	Mayoría absoluta	Apoyo de ZED y CHA	17 274	966 605	55,96

Tabla 1: Clasificación de las diputaciones provinciales de régimen común por representatividad, retribución, personal, resultado electoral y datos demográficos (cont.)

TRAMOS DE POBLACIÓN art. 204 LOREG ^(a)	DIPUTADOS PROVINCIALES ASIGNADOS art. 204 LOREG (A)	MUNICIPIO MÁS POBLADO DE CADA DIPUTACIÓN PROVINCIAL	N.º MÁXIMO DE DIPUTADOS CON DEDICACIÓN EXCLUSIVA art. 75 ter.2 Ley de Bases de Régimen Local ^(b)	RETRIBUCIONES MÁXIMAS CORRESPONDIENTES art. 75 bis.2 Ley de Bases de Régimen Local	N.º MÁXIMO PERSONAL EVENTUAL art. 104 bis.2 Ley de Bases de Régimen Local (B)	DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL EFECTIVOS DIPUTACIONES B.E.S.A.P.07/15 ^(c) y RPT (C)
De 1 000 001 a 3 500 000	31	D.P. ALACANT/ ALICANTE: Alacant/Alicante	20	Secretario de Estado – 10%	29	1817
		D.P. CÁDIZ: Jerez de la Frontera	18	Secretario de Estado – 20%	27	2103
		D.P. A CORUÑA: A Coruña	18	Secretario de Estado – 20%	27	745
		D.P. MÁLAGA: Málaga	22	Secretario de Estado	31	1693
		D.P. SEVILLA: Sevilla	25	Secretario de Estado	33	2006
		D.P. VALENCIA: Valencia	25	Secretario de Estado	0,7% puestos trabajo plantilla Entidad de Valencia	1178
De 3 500 001 en adelante	51	D.P. BARCELONA: Barcelona	32	Secretario de Estado	0,7% puestos trabajo plantilla Entidad de Barcelona	5031

(a) Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

(b) En su modificación efectuada por la LRSAL.

(c) Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Registro Central de Personal Julio 2015.

(d) Instituto Geográfico Nacional.

(e) Instituto Nacional de Estadística.

Fuente: elaboración propia.

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

RELACIÓN DIPUTADOS Y PERSONAL EVENTUAL RESPECTO A EFECTIVOS DE LA DIPUTACIÓN (D)= (A+B)/C	PARTIDO POLÍTICO DE PERTENENCIA EN ACTUAL LEGISLATURA (2015-2019)	PROCEDIMIENTO ELECCIÓN	PARTIDO DE APOYO	SUPERFICIE PROVINCIA (km ²) I.G.N. ^(d)	HABITANTES PROVINCIA (enero 2015) I.N.E. ^(e)	DENSIDAD PROVINCIA (km ² / hab.)
3,3%	PP	Mayoría absoluta	Apoyo de C's	5817	1 842 174	316,69
3,1%	PSOE	Lista más votada	PA	7436	1 248 584	167,91
7,7%	PSOE	Mayoría absoluta	Apoyo del BNG, Marea Atlántica, Compostela Aberta y Alternativa dos Veciños	7950	1 128 694	141,97
3,6%	PP	Lista más votada	Apoyo C's	7308	1 631 357	223,23
3,1%	PSOE	Mayoría absoluta		14 036	1 939 412	138,17
5,6%	PSOE	Mayoría absoluta	Compromís	10 808	2 523 040	233,44
2,7%	CDC	Mayoría absoluta	Apoyo de ERC y PSC	7728	5 432 802	703,00

Tabla 2: Clasificación económica (2014-2010): diputaciones provinciales de régimen común (miles de euros)

		2014	
Cap.	Ingresos (derechos reconocidos netos en miles de euros)	DRN-14	%
1	Impuestos directos	422 482	7%
2	Impuestos indirectos	349 615	6%
3	Tasas, precios públicos y otros ingresos	517 901	8%
4	Transferencias corrientes	4 230 488	69%
5	Ingresos patrimoniales	63 167	1%
	Operaciones corrientes	5 583 653	91%
6	Enajenación de inversiones reales	21 861	0%
7	Transferencias de capital	254 233	4%
	Operaciones de capital	276 094	4%
	Operaciones no financieras	5 859 747	95%
8	Activos financieros	171 892	3%
9	Pasivos financieros	107 602	2%
	Operaciones financieras	279 493	5%
	Total ingresos	6 139 240	100%
	Gastos (obligaciones reconocidas netas en miles de euros)	ORN-14	%
1	Gastos de personal	1 650 719	27%
2	Gastos corrientes en bienes y servicios	823 191	14%
3	Gastos financieros	60 990	1%
4	Transferencias corrientes	1 246 865	21%
	Operaciones corrientes	3 781 765	62%
6	Inversiones reales	716 024	12%
7	Transferencias de capital	685 044	11%
	Operaciones de capital	1 401 068	23%
	Operaciones no financieras	5 182 833	85%
8	Activos financieros	189 426	3%
9	Pasivos financieros	693 527	11%
	Operaciones financieras	882 953	15%
	Total gastos	6 065 786	100%
	Resultado presupuestario	73 454	-78%
	Resultado presupuestario ajustado	1 077 469	0,11%

Fuente: elaboración propia a partir datos IGAE.

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

2013		2012		2011		2010	
DRN-13	%	DRN-12	%	DRN-11	%	DRN-10	%
410 641	7%	414 351	7%	457 890	8%	461 505	7%
350 622	6%	245 164	4%	316 193	5%	284 307	5%
494 981	8%	485 505	8%	480 329	8%	484 478	8%
4 279 332	71%	3 961 727	66%	3 812 834	63%	3 511 287	56%
71 838	1%	70 268	1%	80 610	1%	83 428	1%
5 607 415	93%	5 177 015	86%	5 147 857	85%	4 825 005	78%
11 386	0%	15 175	0%	9113	0%	7872	0%
259 577	4%	292 623	5%	344 518	6%	491 133	8%
270 962	4%	307 798	5%	353 631	6%	499 005	8%
5 878 377	97%	5 484 814	91%	5 501 488	91%	5 324 010	86%
138 637	2%	287 614	5%	87 482	1%	72 904	1%
28 465	0%	251 533	4%	485 094	8%	821 752	13%
167 102	3%	539 147	9%	572 576	9%	894 657	14%
6 045 479	100%	6 023 960	100%	6 074 064	100%	6 218 667	100%
ORN-13	%	ORN-12	%	ORN-11	%	ORN-10	%
1 660 902	29%	1 626 010	28%	1 798 499	28%	1 858 708	28%
838 707	15%	849 895	15%	945 481	15%	970 254	15%
80 341	1%	106 254	2%	109 416	2%	81 229	1%
1 177 971	21%	1 138 317	19%	1 103 524	17%	1 094 796	17%
3 757 921	66%	3 720 476	64%	3 956 920	62%	4 004 988	60%
654 663	11%	739 291	13%	1 096 012	17%	1 089 622	16%
546 591	10%	536 643	9%	818 504	13%	908 433	14%
1 201 254	21%	1 275 934	22%	1 914 517	30%	1 998 055	30%
4 959 175	87%	4 996 410	85%	5 871 437	91%	6 003 042	91%
161 040	3%	348 271	6%	96 775	2%	105 434	2%
596 198	10%	507 167	9%	462 639	7%	512 828	8%
757 238	13%	855 438	15%	559 414	9%	618 262	9%
5 716 413	100%	5 851 848	100%	6 430 851	100%	6 621 305	100%
329 065	91%	172 113	-148%	-356 787	-11%	-402 638	
1 076 298	7,61%	1 000 163	36,29%	733 856	17,44%	624 856	

Tabla 3: Clasificación funcional (2014-2010): diputaciones provinciales de régimen común (miles de euros)

Ctas	Conceptos	Años	Gastos de personal	%	Gastos corrientes en bienes y serv.	%	Gastos financieros	%
0	Deuda pública	2014	0	0%	0	0%	48 787	14%
0	Deuda pública	2013	0	0%	0	0%	61 533	18%
0	Deuda pública	2012	0	0%	0	0%	84 225	24%
0	Deuda pública	2011	0	0%	0	0%	89 182	25%
0	Deuda pública	2010	6	100%	16	100%	67 218	19%
	Subtotal (2014-2010)		6	0%	16	0%	350 945	12%
1	Servicios públicos básicos	2014	118 035	20%	98 606	21%	112	6%
1	Servicios públicos básicos	2013	116 000	19%	92 645	20%	205	11%
1	Servicios públicos básicos	2012	107 159	18%	89 504	19%	370	20%
1	Servicios públicos básicos	2011	125 697	21%	93 104	20%	444	24%
1	Servicios públicos básicos	2010	134 434	22%	96 665	21%	736	39%
	Subtotal (2014-2010)		601 326	14%	470 523	11%	1868	0%
2	Actuaciones de protección y promoción social	2014	388 931	19%	186 436	18%	0	0%
2	Actuaciones de protección y promoción social	2013	387 896	19%	199 609	19%	34	55%
2	Actuaciones de protección y promoción social	2012	378 961	18%	201 685	20%	7	12%
2	Actuaciones de protección y promoción social	2011	458 546	22%	227 240	22%	2	3%
2	Actuaciones de protección y promoción social	2010	479 111	23%	211 024	21%	18	30%
	Subtotal (2014-2010)		2 093 445	41%	1 025 994	20%	61	0%
23	Servicios sociales y promoción social	2014	315 357	19%	178 751	18%	0	0%
23	Servicios sociales y promoción social	2013	316 627	19%	193 319	20%	33	91%
23	Servicios sociales y promoción social	2012	311 210	19%	195 450	20%	0	0%
23	Servicios sociales y promoción social	2011	358 230	21%	214 191	22%	0	0%
23	Servicios sociales y promoción social	2010	379 505	23%	198 410	20%	3	9%
	Subtotal (2014-2010)		1 680 929	44%	980 120	25%	36	0%

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

Transf. corrientes	%	Invers. reales	%	Transf. de capital	%	Activos financieros	%	Pasivos financieros	%	Total 2014-2010	%
0	0%	0	0%	0	0%	208	22%	661 440	26%	710 434	24%
0	0%	0	0%	0	0%	54	6%	566 088	22%	627 674	21%
0	0%	0	0%	0	0%	230	24%	486 566	19%	571 020	19%
0	0%	0	0%	0	0%	148	16%	441 029	17%	530 358	18%
0	0%	0	0%	0	0%	305	32%	426 127	17%	493 672	17%
0	0%	0	0%	0	0%	944	0%	2 581 248	88%	2 933 159	100%
214 571	22%	130 029	14%	303 554	21%	4093	44%	939	21%	869 941	20%
207 577	21%	140 203	15%	240 759	17%	3309	36%	895	20%	801 593	18%
197 661	20%	180 126	19%	241 615	17%	525	6%	895	20%	817 855	18%
193 392	20%	229 910	25%	322 619	22%	1256	13%	895	20%	967 318	22%
177 437	18%	249 087	27%	326 804	23%	135	1%	895	20%	986 194	22%
990 639	22%	929 356	21%	1 435 351	32%	9319	0%	4519	0%	4 442 901	100%
284 888	21%	49 026	17%	52 725	19%	4629	19%	0	0%	966 635	19%
269 185	20%	49 081	17%	58 414	21%	4307	18%	0	0%	968 526	19%
260 339	19%	53 886	18%	43 817	16%	4768	20%	0	0%	943 463	19%
261 692	20%	74 320	25%	54 117	20%	4973	21%	0	0%	1 080 890	21%
262 738	20%	66 234	23%	66 767	24%	5260	22%	0	0%	1 091 152	22%
1 338 843	27%	292 546	6%	275 839	5%	23 937	0%	0	0%	5 050 666	100%
212 767	20%	9670	11%	10 588	15%	165	66%	0	0%	727 298	19%
212 881	20%	9048	11%	10 015	14%	7	3%	0	0%	741 929	19%
212 035	20%	13 126	15%	11 185	16%	0	0%	0	0%	743 005	19%
199 504	19%	26 921	32%	13 779	20%	0	0%	0	0%	812 625	21%
207 745	20%	26 073	31%	23 762	34%	78	31%	0	0%	835 574	22%
1 044 930	27%	84 838	2%	69 329	2%	250	0%	0	0%	3 860 432	100%

Tabla 3: Clasificación funcional (2014-2010): diputaciones provinciales de régimen común (miles de euros) (cont.)

Ctas	Conceptos	Años	Gastos de personal	%	Gastos corrientes en bienes y serv.	%	Gastos financieros	%
3	Producción de bienes públicos de carácter preferente	2014	224 448	18%	109 256	17%	7	11%
3	Producción de bienes públicos de carácter preferente	2013	238 628	19%	109 325	17%	22	35%
3	Producción de bienes públicos de carácter preferente	2012	239 808	19%	114 486	18%	8	13%
3	Producción de bienes públicos de carácter preferente	2011	271 194	22%	137 711	22%	11	18%
3	Producción de bienes públicos de carácter preferente	2010	285 211	23%	155 945	25%	15	23%
	Subtotal (2014-2010)		1 259 289	29%	626 724	15%	64	0%
4	Actuaciones de carácter económico	2014	169 809	19%	127 691	18%	720	56%
4	Actuaciones de car. económico	2013	174 701	20%	133 487	19%	236	18%
4	Actuaciones de carácter económico	2012	170 551	19%	130 918	18%	191	15%
4	Actuaciones de carácter económico	2011	184 613	21%	157 259	22%	118	9%
4	Actuaciones de carácter económico	2010	191 911	22%	159 542	23%	21	2%
	Subtotal (2014-2010)		891 585	17%	708 897	14%	1285	0%
9	Actuaciones de carácter general	2014	749 496	20%	301 201	19%	11 364	14%
9	Actuaciones de carácter general	2013	743 677	20%	303 641	19%	18 312	22%
9	Actuaciones de carácter general	2012	729 530	19%	313 302	20%	21 453	26%
9	Actuaciones de carácter general	2011	758 449	20%	330 167	21%	19 659	23%
9	Actuaciones de carácter general	2010	768 035	20%	347 063	22%	13 221	16%
	Subtotal (2014-2010)		3 749 188	43%	1 595 373	18%	84 008	1%
	Totales año 2014	-	1 650 719	19%	823 191	19%	60 990	14%
	Totales año 2013	-	1 660 902	19%	838 707	19%	80 341	18%
	Totales año 2012	-	1 626 010	19%	849 895	19%	106 254	24%
	Totales año 2011	-	1 798 499	21%	945 481	14%	109 416	2%
	Totales año 2010	-	1 858 708	28%	970 254	15%	81 229	1%
	TOTAL período (2014-2010)	-	8 594 838	1	4 427 528	1	438 231	1

Fuente: elaboración propia a partir datos IGAE.

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

Transf. corrientes	%	Invers. reales	%	Transf. de capital	%	Activos financieros	%	Pasivos financieros	%	Total 2014-2010	%
323 447	21%	38 822	11%	83 921	17%	2062	27%	161	53%	782 123	18%
310 766	20%	26 952	8%	64 301	13%	3415	44%	0	0%	753 410	18%
289 252	19%	53 704	16%	71 845	14%	817	11%	22	7%	769 944	18%
303 911	20%	95 174	28%	134 034	27%	1341	17%	59	19%	943 435	22%
315 177	20%	130 900	38%	151 140	30%	55	1%	64	21%	1 038 506	24%
1 542 552	36%	345 552	8%	505 242	12%	7690	0%	306	0%	4 287 418	100%
119 689	22%	407 235	18%	117 214	17%	7246	20%	2	14%	949 605	18%
118 063	21%	369 540	16%	106 897	15%	15 734	44%	2	15%	918 660	18%
106 009	19%	374 816	17%	103 779	15%	1826	5%	0	0%	888 090	17%
105 477	19%	572 536	25%	180 381	26%	3953	11%	0	0%	1 204 336	23%
105 191	19%	536 634	24%	196 918	28%	6750	19%	10	71%	1 196 977	23%
554 429	11%	2 260 761	44%	705 188	14%	35 509	1%	14	0%	5 157 669	100%
304 270	23%	90 912	19%	127 631	22%	171 189	21%	30 986	17%	1 787 048	20%
272 380	20%	68 887	15%	76 220	13%	134 220	16%	29 213	16%	1 646 550	19%
285 055	21%	76 759	16%	75 587	13%	340 105	41%	19 684	11%	1 861 475	21%
239 052	18%	124 072	27%	127 353	22%	85 104	10%	20 657	11%	1 704 513	19%
234 252	18%	106 768	23%	166 804	29%	92 929	11%	85 733	46%	1 814 805	21%
1 335 009	15%	467 398	5%	573 595	7%	823 548	9%	186 272	2%	8 814 391	100%
1 246 865	22%	716 024	17%	685 044	20%	189 426	21%	693 527	25%	6 065 786	1
1 177 971	20%	654 663	15%	546 591	16%	161 040	18%	596 198	22%	5 716 413	1
1 138 317	20%	739 291	17%	536 643	15%	348 271	39%	507 167	18%	5 851 848	1
1 103 524	17%	1 096 012	17%	818 504	12%	96 775	1%	462 639	7%	6 430 851	1
1 094 796	17%	1 089 622	16%	908 433	14%	105 434	2%	512 828	8%	6 621 305	1
5 761 473	1	4 295 612	1	3 495 215	1	900 946	1	2 772 359	1	30 686 203	

Tabla 4: Principales magnitudes financieras en ejercicio 2014 (miles de euros)

Tipo de entidad local	Ingresos corrientes	%/Tot.	Gastos corrientes	%/Tot.	Ahorro bruto	%/Tot.	Pasivos financieros	%/Tot.
Ayuntamientos	43 796 463	67,3%	34 886 632	68%	8 909 831	66%	6 084 981	81%
Dip. rég. común	5 583 653	8,6%	3 781 765	7%	1 801 888	13%	693 527	9%
Dip. rég. foral	13 152 263	20,2%	12 449 821	24%	702 442	5%	259 299	3%
Consejos insulares	354 436	0,5%	324 050	1%	30 386	0%	73 651	1%
Cabildos insulares	1 382 669	2,1%	1 104 152	2%	278 518	2%	238 015	3%
Ciudades autónomas	442 032	0,7%	388 028	1%	54 004	0%	108 371	1%
Áreas metropolitanas	714 189	1,1%	595 810	1%	118 379	1%	11 375	0%
Comarcas	510 775	0,8%	478 786	1%	31 989	0%	7926	0%
Mancomunidades	450 984	0,7%	431 554	1%	19 430	0%	10 974	0%
Agrupaciones de municipios	4351	0,0%	3670	0%	681	0%	13	0%
Eatimes	92 656	0,1%	70 001	0%	22 655	0%	1709	0%
TOTAL NACIONAL	65 030 899	1	51 609 414	1	13 421 484	1	7 489 841	1

Fuente: elaboración propia a partir datos IGAE.

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

Ahorro neto	%/Tot.	Ingresos no financieros	%/Tot.	Gastos no financieros	%/Tot.	Saldo no financiero	%/Tot.	Remanente de tesorería	%/Tot.
2 824 850	48%	45 730 257	69%	39 646 528	68%	6 083 728	69%	18 986 268	73%
1 108 361	19%	5 859 747	9%	5 182 833	9%	676 914	8%	3 027 902	12%
443 143	7%	13 200 271	20%	12 841 617	22%	358 654	4%	2 537 402	10%
-43 265	-1%	442 409	1%	430 083	1%	12 326	0%	339 490	1%
40 503	1%	1 435 939	2%	1 349 634	2%	86 306	1%	302 816	1%
-54 367	-1%	457 259	1%	428 392	1%	28 868	0%	93 639	0%
107 004	2%	719 104	1%	718 965	1%	139	0%	177 476	1%
24 063	0%	546 782	1%	527 516	1%	19 266	0%	138 874	1%
8456	0%	463 854	1%	453 819	1%	10 035	0%	284 340	1%
668	0%	4502	0%	4039	0%	463	0%	3436	0%
20 945	0%	110 655	0%	103 960	0%	6695	0%	129 331	0%
5 931 644	1	66 686 711	1	57 914 064	1	8 772 647	1	26 020 974	1

Tabla 5: Desglose de ingresos por denominación según clasificación económica (2014-2010)

	Desglose de ingresos por denominación (en miles de euros)	DRN-14	%/TOT DRN-14
1	Impuestos directos	422 482	7%
100	Impuesto sobre la renta de las personas físicas	241 928	57%
101	Impuesto sobre sociedades	0	0%
102	Impuesto sobre la renta de no residentes	0	0%
110	Impuesto sobre sucesiones y donaciones	0	0%
111	Impuesto sobre patrimonio	0	0%
112	Impuesto sobre bienes inmuebles. Bienes inmuebles de naturaleza rústica	0	0%
113	Impuesto sobre bienes inmuebles. Bienes inmuebles de naturaleza urbana	0	0%
114	Impuesto sobre bienes inmuebles. Bienes inmuebles de características especiales	0	0%
115	Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica	0	0%
116	Impuesto sobre incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana	0	0%
117	Impuesto sobre viviendas desocupadas	0	0%
13	Impuesto sobre actividades económicas	0	0%
16	Recargos sobre impuestos directos del Estado y de la comunidad autónoma	0	0%
17	Recargos sobre impuestos directos de otros entes locales	177 708	42%
18	Impuestos directos extinguidos	0	0%
19	Otros impuestos directos	2846	1%
2	Impuestos indirectos	349 615	6%
210	Impuesto sobre el valor añadido	264 142	76%
220.00	Impuesto sobre el alcohol y bebidas derivadas	3647	1%
220.01	Impuesto sobre la cerveza	1362	0%
220.02	Impuesto sobre el vino y bebidas fermentadas	0	0%
220.03	Impuesto sobre las labores del tabaco	38 877	11%
220.04	Impuesto sobre hidrocarburos	40 922	12%
220.05	Impuesto sobre determinados medios de transporte	0	0%
220.06	Impuesto sobre productos intermedios	86	0%
220.07	Impuesto sobre la energía	0	0%
220.08	Impuesto sobre ventas minoristas de hidrocarburos	0	0%
220.09	Exacción sobre la gasolina	0	0%

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

DRN-13	%/TOT DRN-13	DRN-12	%/TOT DRN-12	DRN-11	%/TOT DRN-11	DRN-10	%/TOT DRN-10
410 641	7%	414 351	7%	457 890	8%	461 505	7%
250 432	61%	243 765	59%	280 622	61%	292 592	63%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
158 371	39%	167 721	40%	174 881	38%	168 913	37%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
1838	0%	2865	1%	2388	1%	0	0%
350 622	6%	245 164	4%	316 193	5%	284 307	5%
269 447	77%	194 793	79%	213 947	68%	178 451	63%
3185	1%	2137	1%	4031	1%	3828	1%
1337	0%	847	0%	1385	0%	1240	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
32 822	9%	16 918	7%	43 319	14%	44 240	16%
43 107	12%	27 120	8%	53 420	15%	56 463	16%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
79	0%	460	0%	91	0%	85	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%

**Tabla 5: Desglose de ingresos por denominación según clasificación económica (2014-2010)
(cont.)**

	Desglose de ingresos por denominación (en miles de euros)	DRN-14	%/TOT DRN-14
26	Recargos sobre impuestos indirectos del Estado y de la comunidad autónoma	0	0%
27	Recargos sobre impuestos indirectos de otros entes locales	0	0%
28	Impuestos indirectos extinguidos	0	0%
290	Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras	0	0%
291	Impuesto sobre gastos suntuarios (cotos de caza y pesca)	0	0%
292	Arbitrio sobre importaciones y entregas de mercancías en Canarias (AIEM)	0	0%
293	Impuesto general indirecto canario (IGIC)	0	0%
294	Impuesto sobre la producción, los servicios y la importación (IPSI) de Ceuta y Melilla	0	0%
295	Impuesto sobre primas de seguros	0	0%
296	Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados	0	0%
299	Otros impuestos indirectos	578	0%
3	Tasas, precios públicos y otros ingresos	517 901	8%
30	Tasas por la prestación de servicios públicos básicos	34 776	7%
31	Tasas por la prestación de servicios públicos de carácter social y preferente	42 745	8%
32	Tasas por la realización de actividades de competencia local	257 317	50%
33	Tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local	3965	1%
34	Precios públicos	41 216	8%
35	Contribuciones especiales	5731	1%
36	Ventas	2217	0%
38	Reintegros de operaciones corrientes	16 966	3%
39	Otros ingresos	112 966	22%
4	Transferencias corrientes	4 230 488	69%
42	De la Administración del Estado	3 810 472	90,1%
43	De la Seguridad Social	566	0,0%
44	De entes públicos y sociedades mercantiles de la entidad local	4	0,0%
45	De comunidades autónomas	354 847	8,4%

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

DRN-13	%/TOT DRN-13	DRN-12	%/TOT DRN-12	DRN-11	%/TOT DRN-11	DRN-10	%/TOT DRN-10
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	20	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
644	0%	2868	1%	0	0%	0	0%
494 981	8%	485 505	8%	480 329	8%	484 478	8%
25 374	5%	21 145	4%	26 681	6%	29 129	6%
53 304	11%	65 678	14%	66 980	14%	82 189	17%
245 321	50%	223 084	46%	219 694	46%	168 095	35%
3894	1%	4413	1%	4888	1%	4478	1%
30 596	6%	26 517	5%	28 050	6%	23 805	5%
7092	1%	5574	1%	2737	1%	2685	1%
2010	0%	2277	0%	2739	1%	3336	1%
15 674	3%	12 856	3%	13 960	3%	18 616	4%
111 716	23%	123 962	26%	114 600	24%	152 143	31%
4 279 332	71%	3 961 727	66%	3 812 834	63%	3 511 287	56%
3 830 848	89,5%	3 552 162	89,7%	3 337 046	87,5%	3 046 954	86,8%
507	0,0%	432	0,0%	513	0,0%	1176	0,0%
9	0,0%	1367	0,0%	67	0,0%	826	0,0%
374 556	8,9%	327 937	7,8%	394 465	9,3%	388 713	9,2%

**Tabla 5: Desglose de ingresos por denominación según clasificación económica (2014-2010)
(cont.)**

	Desglose de ingresos por denominación (en miles de euros)	DRN-14	%/TOT DRN-14
461	De diputaciones, consejos o cabildos	6	0,0%
462	De ayuntamientos	49 992	1,2%
463	De mancomunidades	115	0,0%
464	De áreas metropolitanas	258	0,0%
465	De comarcas	36	0,0%
466	De otras entidades que agrupen municipios	10	0,0%
467	De consorcios	780	0,0%
468	De entidades locales menores	0	0,0%
47	De empresas privadas	2059	0,0%
48	De familias e instituciones sin fines de lucro	1791	0,0%
49	Del exterior	15 764	0,4%
4t	Ajustes de consolidación	-6212	-0,1%
5	Ingresos patrimoniales	63 167	1%
50	Intereses de títulos y valores	1310	2,1%
51	Intereses de anticipos y préstamos concedidos	9162	14,5%
52	Intereses de depósitos	39 027	61,8%
53	Dividendos y participación beneficios	4470	7,1%
54	Rentas de bienes inmuebles	3784	6,0%
55	Productos de concesiones y aprovechamientos especiales	3134	5,0%
59	Otros ingresos patrimoniales	2279	3,6%
6	Enajenación de inversiones reales	21 861	0%
60	De terrenos	12 109	55,4%
61	De las demás inversiones reales	288	1,3%
68	Reintegros por operaciones de capital	9464	43,3%
7	Transferencias de capital	254 233	4%
72	De la Administración del Estado	44 702	17,6%
73	De la Seguridad Social	-1	0,0%
74	De entes públicos y sociedades mercantiles de la entidad local	0	0,0%
75	De comunidades autónomas	93 402	36,7%
761	De diputaciones, consejos o cabildos	0	0,0%

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

DRN-13	%/TOT DRN-13	DRN-12	%/TOT DRN-12	DRN-11	%/TOT DRN-11	DRN-10	%/TOT DRN-10
2417	0,1%	317	0,0%	1837	0,0%	1936	0,1%
49 016	1,1%	52 446	1,3%	47 291	1,2%	50 295	1,4%
187	0,0%	98	0,0%	217	0,0%	1	0,0%
305	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
87	0,0%	81	0,0%	47	0,0%	137	0,0%
0	0,0%	19	0,0%	63	0,0%	16	0,0%
1183	0,0%	1900	0,0%	2751	0,1%	1039	0,0%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	1034	0,0%
2462	0,1%	2576	0,1%	4442	0,1%	5682	0,2%
2716	0,1%	2554	0,1%	3149	0,1%	3442	0,1%
21 260	0,5%	14 303	0,4%	14 668	0,4%	12 314	0,4%
-6222	-0,1%	5537	0,1%	6279	0,2%	-2277	-0,1%
71 838	1%	70 268	1%	80 610	1%	83 428	1%
663	0,9%	97	0,1%	30	0,0%	-9	0,0%
11 754	16,4%	15 660	22,3%	12 798	15,9%	5918	7,1%
48 205	67,1%	49 595	70,6%	58 663	72,8%	62 412	74,8%
1652	2,3%	1724	2,5%	1493	1,9%	7845	9,4%
3821	5,3%	3689	5,3%	3948	4,9%	4599	5,5%
3266	4,5%	3287	4,7%	2980	3,7%	2384	2,9%
2478	3,4%	-3783	-5,4%	699	0,9%	281	0,3%
11 386	0%	15 175	0%	9113	0%	7872	0%
2628	23,1%	6786	44,7%	1818	19,9%	2561	32,5%
160	1,4%	551	3,6%	321	3,5%	2047	26,0%
8597	75,5%	7838	51,7%	6974	76,5%	3264	41,5%
259 577	4%	292 623	5%	344 518	6%	491 133	8%
31 786	12,2%	69 930	23,9%	97 658	28,3%	172 973	35,2%
0	0,0%	56	0,0%	-88	0,0%	152	0,0%
3	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	50	0,0%
127 456	49,1%	118 109	40,4%	141 297	41,0%	163 450	33,3%
14	0,0%	41	0,0%	260	0,1%	374	0,1%

**Tabla 5: Desglose de ingresos por denominación según clasificación económica (2014-2010)
(cont.)**

	Desglose de ingresos por denominación (en miles de euros)	DRN-14	%/TOT DRN-14
762	De ayuntamientos	48 038	18,9%
763	De mancomunidades	150	0,1%
764	De áreas metropolitanas	0	0,0%
765	De comarcas	0	0,0%
766	De otras entidades que agrupen municipios	0	0,0%
767	De consorcios	67	0,0%
768	De entidades locales menores	1	0,0%
77	De empresas privadas	661	0,3%
78	De familias e instituciones sin fines de lucro	1201	0,5%
79	Del exterior	65 947	25,9%
7t	Ajustes de consolidación	64	0,0%
8	Activos financieros	171 892	3%
80	Enajenación de deuda del sector público	0	0,0%
81	Enajenación de obligaciones y bonos fuera del sector público	0	0,0%
82	Reintegro de préstamos y anticipos concedidos al sector público	127 822	74,4%
83	Reintegro de préstamos de fuera del sector público	11 904	6,9%
84	Devolución de depósitos y fianzas constituidos	30 002	17,5%
85	Enajenación de acciones y participaciones del sector público	2106	1,2%
86	Enajenación de acciones y participaciones fuera del sector público	58	0,0%
87	Remanente de tesorería	0	0,0%
9	Pasivos financieros	107 602	2%
90	Emisión de deuda pública en euros	0	0,0%
91	Préstamos recibidos en euros	107 550	100,0%
92	Emisión de deuda pública en moneda distinta del euro	0	0,0%
93	Préstamos recibidos en moneda distinta del euro	0	0,0%
94	Depósitos y fianzas recibidos	52	0,0%
	Total ingresos	6 139 240	100%

Fuente: elaboración propia a partir datos IGAE.

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

DRN-13	%/TOT DRN-13	DRN-12	%/TOT DRN-12	DRN-11	%/TOT DRN-11	DRN-10	%/TOT DRN-10
44 295	17,1%	44 179	15,1%	60 727	17,6%	66 640	13,6%
70	0,0%	547	0,2%	373	0,1%	0	0,0%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	223	0,0%
197	0,1%	0	0,0%	0	0,0%	1464	0,3%
23	0,0%	6	0,0%	1	0,0%	19	0,0%
147	0,1%	465	0,2%	3069	0,9%	2409	0,5%
1465	0,6%	1286	0,4%	115	0,0%	2162	0,4%
54 390	21,0%	59 282	20,3%	41 191	12,0%	81 680	16,6%
-272	-0,1%	-1279	-0,4%	-85	0,0%	-462	-0,1%
138 637	2%	287 614	5%	87 482	1%	72 904	1%
30 000	21,6%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
61 127	44,1%	274 689	95,5%	68 440	78,2%	60 677	83,2%
13 091	9,4%	11 023	3,8%	11 973	13,7%	12 216	16,8%
30 000	21,6%	0	0,0%	7000	8,0%	0	0,0%
4415	3,2%	996	0,3%	58	0,1%	11	0,0%
3	0,0%	906	0,3%	11	0,0%	0	0,0%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
28 465	0%	251 533	4%	485 094	8%	821 752	13%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
28 416	99,8%	251 498	100,0%	485 052	100,0%	821 729	100,0%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
49	0,2%	34	0,0%	42	0,0%	23	0,0%
6 045 479	100%	6 023 960	100%	6 074 064	100%	6 218 667	100%

Tabla 6: Desglose de gastos por denominación según clasificación económica (2014-2010)

	Desglose de gastos por denominación (en miles de euros)	O.R.N-14	%
1	Gastos de personal	1 650 719	27%
10	Órganos de gobierno y personal directivo	40 738	2%
11	Personal eventual	29 561	2%
12	Personal funcionario	750 334	45%
13	Personal laboral	327 159	20%
14	Otro personal	32 222	2%
15	Incentivos al rendimiento	68 744	4%
16	Cuotas, prestaciones y gastos sociales a cargo del empleador	401 961	24%
2	Gastos corrientes en bienes y servicios	823 191	14%
20	Arrendamientos y cánones	30 720	3,7%
21	Reparaciones, mantenimiento y conservación	89 131	10,8%
22	Material, suministros y otros	682 331	82,9%
23	Indemnizaciones por razón del servicio	18 921	2,3%
24	Gastos de publicaciones	787	0,1%
25	Trabajos realizados por Administraciones Públicas y otras entidades públicas	425	0,1%
26	Trabajos realizados por instituciones sin fines de lucro	731	0,1%
27	Gastos imprevistos y funciones no clasificadas	146	0,0%
3	Gastos financieros	60 990	1%
30	De deuda pública en euros	394	0,6%
31	De préstamos y otras operaciones financieras en euros	55 175	90,5%
32	De deuda pública en moneda distinta del euro	0	0,0%
33	De préstamos y otras operaciones financieras en moneda distinta del euro	0	0,0%
34	De depósitos, fianzas y otros	45	0,1%
35	Intereses de demora y otros gastos financieros	5376	8,8%
4	Transferencias corrientes	1 246 865	21%
42	A la Administración del Estado	4486	0,4%
43	A la Seguridad Social	0	0,0%

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

O.R.N-13	%	O.R.N-12	%	O.R.N-11	%	O.R.N-10	%
1 660 902	29%	1 626 010	28%	1 798 499	28%	1 858 708	28%
38 725	2%	38 244	2%	40 853	2%	44 250	2%
31 018	2%	29 284	2%	32 967	2%	38 944	2%
758 835	46%	720 136	44%	788 333	44%	801 602	43%
329 081	20%	320 773	20%	378 190	21%	404 961	22%
31 744	2%	31 712	2%	40 718	2%	43 860	2%
70 050	4%	74 678	5%	78 467	4%	80 198	4%
401 448	24%	411 183	25%	438 970	24%	444 892	24%
838 707	15%	849 895	15%	945 481	15%	970 254	15%
31 642	3,8%	30 639	3,6%	34 726	3,7%	34 098	3,5%
88 571	10,6%	90 443	10,6%	96 997	10,3%	97 718	10,1%
696 126	83,0%	704 494	82,9%	786 906	83,2%	809 546	83,4%
18 986	2,3%	19 227	2,3%	21 405	2,3%	23 115	2,4%
800	0,1%	1032	0,1%	1193	0,1%	1751	0,2%
878	0,1%	1037	0,1%	2722	0,3%	2577	0,3%
1584	0,2%	1258	0,1%	1408	0,1%	1363	0,1%
119	0,0%	1763	0,2%	123	0,0%	86	0,0%
80 341	1%	106 254	2%	109 416	2%	81 229	1%
521	1%	687	1%	716	1%	636	1%
71 388	89%	99 529	94%	102 724	94%	73 692	91%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	246	0%	0	0%	7	0%
200	0%	45	0%	44	0%	37	0%
8232	10%	5747	5%	5931	5%	6857	8%
1 177 971	21%	1 138 317	19%	1 103 524	17%	1 094 796	17%
6509	0,6%	11 934	1,0%	4030	0,4%	4024	0,4%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%

Tabla 6: Desglose de gastos por denominación según clasificación económica (2014-2010) (cont.)

	Desglose de gastos por denominación (en miles de euros)	O.R.N-14	%
44	A entes públicos y sociedades mercantiles de la entidad local	90 018	7,2%
45	A comunidades autónomas	63 621	5,1%
461	A diputaciones, consejos o cabildos insulares	17 967	1,4%
462	A ayuntamientos	519 793	41,7%
463	A mancomunidades	8075	0,6%
464	A áreas metropolitanas	0	0,0%
465	A comarcas	23 074	1,9%
466	A otras entidades que agrupen municipios	2520	0,2%
467	A consorcios	334 206	26,8%
468	A entidades locales menores	1021	0,1%
47	A empresas privadas	8360	0,7%
48	A familias e instituciones sin fines de lucro	171 821	13,8%
49	Al exterior	1903	0,2%
6	Inversiones reales	716 024	12%
60	Inversión nueva en infraestructuras y bienes destinados al uso general	58 537	8,2%
61	Inversiones de reposición de infraestructuras y bienes destinados al uso general	248 241	34,7%
62	Inversión nueva asociada al funcionamiento operativo de los servicios	121 269	16,9%
63	Inversión de reposición asociada al funcionamiento operativo de los servicios	20 911	2,9%
64	Gastos en inversiones de carácter inmaterial	14 094	2,0%
65	Inversiones gestionadas para otros entes públicos	252 125	35,2%
68	Gastos en inversiones de bienes patrimoniales	848	0,1%
69	Inversiones en bienes comunales	0	0,0%
7	Transferencias de capital	685 044	11%
72	A la Administración del Estado	5804	0,8%
73	A la Seguridad Social	0	0,0%
74	A entes públicos y sociedades mercantiles de la entidad local	4247	0,6%
75	A comunidades autónomas	16 987	2,5%

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

O.R.N-13	%	O.R.N-12	%	O.R.N-11	%	O.R.N-10	%
77 556	6,6%	70 728	6,2%	81 197	7,4%	79 460	7,3%
55 795	4,7%	50 881	4,5%	46 098	4,2%	65 739	6,0%
712	0,1%	13 090	1,1%	1179	0,1%	1058	0,1%
510 336	43,3%	451 721	39,7%	428 472	38,8%	373 061	34,1%
7558	0,6%	7836	0,7%	10 575	1,0%	9154	0,8%
45	0,0%	0	0,0%	95	0,0%	0	0,0%
20 364	1,7%	22 010	1,9%	13 229	1,2%	14 994	1,4%
5852	0,5%	2661	0,2%	2921	0,3%	1866	0,2%
325 001	27,6%	332 415	29,2%	317 420	28,8%	317 745	29,0%
1143	0,1%	1345	0,1%	1395	0,1%	1233	0,1%
6894	0,6%	7750	0,7%	7821	0,7%	8743	0,8%
157 937	13,4%	163 988	14,4%	186 469	16,9%	212 999	19,5%
2269	0,2%	1959	0,2%	2622	0,2%	4721	0,4%
654 663	11%	739 291	13%	1 096 012	17%	1 089 622	16%
80 014	12,2%	101 143	13,7%	183 988	16,8%	213 402	19,6%
231 138	35,3%	218 853	29,6%	336 295	30,7%	303 088	27,8%
92 315	14,1%	144 531	19,5%	189 043	17,2%	211 321	19,4%
21 858	3,3%	23 257	3,1%	35 039	3,2%	51 259	4,7%
17 833	2,7%	18 079	2,4%	18 555	1,7%	20 011	1,8%
209 704	32,0%	224 002	30,3%	329 808	30,1%	285 140	26,2%
1801	0,3%	9426	1,3%	3285	0,3%	5402	0,5%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
546 591	10%	536 643	9%	818 504	13%	908 433	14%
5410	1,0%	7774	1,4%	4338	0,5%	3854	0,4%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
4730	0,9%	7496	1,4%	10 823	1,3%	13 719	1,5%
11 808	2,2%	21 491	4,0%	29 045	3,5%	32 778	3,6%

Tabla 6: Desglose de gastos por denominación según clasificación económica (2014-2010) (cont.)

	Desglose de gastos por denominación (en miles de euros)	O.R.N-14	%
761	A diputaciones, consejos o cabildos	20	0,0%
762	A ayuntamientos	604 845	88,3%
763	A mancomunidades	1610	0,2%
764	A áreas metropolitanas	0	0,0%
765	A comarcas	2958	0,4%
766	A entidades que agrupen municipios	101	0,0%
767	A consorcios	11 725	1,7%
768	A entidades locales menores	4579	0,7%
77	A empresas privadas	2116	0,3%
78	A familias e instituciones sin fines de lucro	29 485	4,3%
79	Al exterior	567	0,1%
8	Activos financieros	189 426	3%
80	Adquisición de deuda del sector público	0	0,0%
81	Adquisición de obligaciones y bonos fuera del sector público	0	0,0%
82	Concesión de préstamos al sector público	165 552	87,4%
83	Concesión de préstamos fuera del sector público	12 637	6,7%
84	Constitución de depósitos y fianzas	0	0,0%
85	Adquisición de acciones y participaciones del sector público	6820	3,6%
86	Adquisición de acciones y participaciones fuera del sector público	45	0,0%
87	Aportaciones patrimoniales	4372	2,3%
9	Pasivos financieros	693 527	11%
90	Amortización de deuda pública en euros	0	0%
91	Amortización de préstamos y de operaciones en euros	693 472	100%
92	Amortización de deuda pública en moneda distinta del euro	0	0%
93	Amortización de préstamos en moneda distinta del euro	0	0%
94	Devolución de depósitos y fianzas	55	0%
	Total gastos	6 065 786	100%

Fuente: elaboración propia a partir datos IGAE.

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN NUESTRO MODELO TERRITORIAL

O.R.N-13	%	O.R.N-12	%	O.R.N-11	%	O.R.N-10	%
0	0,0%	250	0,0%	44	0,0%	294	0,0%
485 395	88,8%	446 166	83,1%	706 912	86,4%	770 174	84,8%
1706	0,3%	3226	0,6%	2781	0,3%	4340	0,5%
0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
2425	0,4%	2440	0,5%	3454	0,4%	2655	0,3%
19	0,0%	9	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
8417	1,5%	11 357	2,1%	19 827	2,4%	27 401	3,0%
3352	0,6%	2676	0,5%	5307	0,6%	3344	0,4%
2020	0,4%	6959	1,3%	2827	0,3%	3176	0,3%
21 224	3,9%	26 483	4,9%	33 050	4,0%	42 395	4,7%
85	0,0%	316	0,1%	96	0,0%	4304	0,5%
161 040	3%	348 271	6%	96 775	2%	105 434	2%
29 989	19%	30 000	9%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
61 813	38%	275 467	79%	78 976	82%	79 329	75%
13 024	8%	10 826	3%	11 733	12%	12 423	12%
30 000	19%	30 000	9%	0	0%	7000	7%
10 853	7%	926	0%	2544	3%	845	1%
11 691	7%	1	0%	3120	3%	5395	5%
3671	2%	1052	0%	402	0%	442	0%
596 198	10%	507 167	9%	462 639	7%	512 828	8%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
596 163	100%	507 142	100%	462 610	100%	512 809	100%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
35	0%	25	0%	29	0%	19	0%
5 716 413	100%	5 851 848	100%	6 430 851	100%	6 621 305	100%

QDL41

Jurisprudencia

Crónica de jurisprudencia (de 11 de febrero a 10 de junio de 2016)

ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2016, de 28 de abril, sobre competencia para otorgar subvenciones en materia de protección civil que tengan por finalidad la ejecución de obras de reparación de infraestructuras, equipamientos e instalaciones y servicios de titularidad de entidades locales.

Antecedentes

Conflicto positivo de competencia promovido por la Generalidad de Cataluña contra los artículos 3, 5, 6, 8, 12, 14 y 15, y la disposición final primera, de la Orden HAP/196/2015, de 21 de enero, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones que tengan por finalidad la ejecución de obras de reparación o restitución de infraestructuras, equipamientos e instalaciones y servicios de titularidad municipal y de las mancomunidades, consecuencia de catástrofes naturales, así como redes viarias de las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares y comunidades autónomas uniprovinciales.

Ponente: don Antonio Narvárez Rodríguez.

Extracto de doctrina

[...]

3. *Aclarado lo anterior, procede ya entrar a examinar el fondo de la controversia planteada. De acuerdo con nuestra doctrina (por todas, la STC 138/2009, de 15 de junio, FJ 3) la resolución de aquellas controversias que se susciten respecto a la regulación y aplicación de las ayudas o subvenciones que puedan establecerse en las distintas áreas o segmentos de la acción pública ha de tener en cuenta la distribución de competencias existente en la materia en la que proceda encuadrar las subvenciones de que se trate, para lo cual habremos de examinar el contenido concreto de la Orden objeto de conflicto. Su resolución exige, por tanto, la realización del encuadramiento competencial de las subvenciones cuestionadas, a fin de determinar si, a la vista de las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma de Cataluña, se ha producido la vulneración competencial denunciada.*

Las partes parecen coincidir sobre el encuadramiento competencial de las referidas ayudas, pues ambas consideran que las mismas son enmarcables en la materia “protección civil”, si bien en el caso de la Generalitat no de modo exclusivo, pues también alude colateralmente a la de “régimen local” en determinados aspectos relacionados con la atribución de funciones a las Diputaciones Provinciales. Sin embargo, extraen diferentes consecuencias de aquel encuadramiento prevalente. En efecto, lo debatido por las partes no sería tanto la materia regulada, “protección civil”, como más la distribución de competencias que el bloque de la constitucionalidad realiza sobre la misma.

Se hace preciso, por tanto, y en primer lugar, determinar si el encuadre competencial que realizan las partes es el correcto, para en un segundo momento determinar cuál es la distribución de competencias sobre la concreta materia regulada.

4. *Como hemos anticipado en el fundamento jurídico anterior, ambas partes consideran que la materia competencial en la que deben ubicarse las ayudas cuestionadas es, de modo preferente, la materia “protección civil” y, a este respecto, la doctrina de este Tribunal ha tenido ocasión de definirla como aquel “conjunto de reglas y protocolos dirigidos a regular la forma de actuar de las Administraciones públicas movilizándolo los distintos medios y servicios necesarios para hacer frente o dar respuesta a una situación de emergencia coordinando los diversos servicios que han de actuar para proteger a personas y bienes, para reducir y reparar los daños y para volver a la situación de normalidad”*

(STC 155/2013, de 10 de septiembre, FJ 3). Así, todas aquellas actuaciones para proteger a personas y bienes que deban emprenderse para hacer frente o dar respuesta a una situación de emergencia tienen un encuadre natural dentro de la materia protección civil. Tales actuaciones incluirían tanto las acciones preventivas, como las actuaciones tendentes a la inmediata protección y socorro de personas y bienes consecuencia de situaciones catastróficas, es decir la respuesta inmediata a las emergencias, pero incluirían también aquellas otras acciones dirigidas al restablecimiento de la normalidad en la zona siniestrada, esto es, las medidas de “reducción y reparación de daños y para volver a una situación de normalidad”.

A partir, pues, de esta delimitación del alcance que la doctrina de este Tribunal ha dado a la materia “protección civil”, debemos determinar si el contenido de la orden impugnada responde a aquella definición y si su objeto y finalidad son susceptibles de incardinación material en el título competencial correspondiente.

En este sentido, la Orden HAP/196/2015, de 21 de enero, ha dispuesto un procedimiento genérico que permite establecer las bases reguladoras de las ayudas económicas destinadas a colaborar en la financiación de los gastos de inversión que las entidades locales se ven abocadas a realizar a consecuencia de catástrofes naturales. Así, de acuerdo con el artículo 1 de la Orden, que recoge el ámbito de aplicación y el objeto de la misma “la presente orden establece las bases reguladoras para la concesión, seguimiento y control de subvenciones por daños en infraestructuras municipales y red viaria de las diputaciones, cabildos y consejos insulares y Comunidades Autónomas uniprovinciales consecuencia de catástrofes naturales así declaradas por norma con rango de ley. El ámbito de aplicación serán las entidades locales y núcleos de población afectados por las catástrofes naturales, que serán determinados por normativa del Ministerio del Interior, con carácter previo a la convocatoria”. Y, de acuerdo con el art 4 de la Orden, que establece los fines y gastos subvencionables, “las subvenciones contempladas en esta orden se destinarán a obras de reparación o restitución de infraestructuras, equipamientos e instalaciones y servicios de titularidad municipal y de las mancomunidades, y a la red viaria de las diputaciones provinciales y cabildos y consejos insulares, y comunidades autónomas uniprovinciales. Serán gastos subvencionables los de inversión relativos a ejecución de un contrato de obras... igualmente, serán subvencionables los gastos de dirección de obra y gastos de coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra”.

Se trata de la regulación de subvenciones o ayudas para el restablecimiento de la normalidad en una zona siniestrada, pues su objeto son las obras de reparación o restitución de infraestructuras, equipamientos e instalaciones y servicios y la red viaria, todo ello afectado por catástrofes naturales, por lo que la Orden HAP/196/2015, de 21 de enero, encuentra un acomodo natural en la materia “protección civil”, tal y como ha sido definida por nuestra doctrina, debiendo reputarse como título prevalente en cuanto regla competencial específica a la que se ajusta el contenido y finalidad de la norma ahora impugnada. Hemos de descartar, pues, la de “régimen local”, que, por otra parte, ha sido invocada en este proceso con un mero carácter colateral por la representación de la Generalitat de Cataluña, tal y como esta misma ha reconocido en su escrito de alegaciones.

5. *Determinada la materia regulada por la disposición impugnada y delimitado, también, el título competencial sobre el que versa el objeto de este conflicto, se hace preciso ahora examinar el régimen de distribución de competencias sobre la materia “protección civil”.*

a) *La Constitución no expresa referencia alguna a este concreto sector material en sus arts. 148 y 149 CE, por lo que el Estatuto de Autonomía de Cataluña, con apoyo en lo que establece el primer inciso del art. 149.3 CE, ha atribuido a la Generalitat la competencia exclusiva sobre protección civil. Por su parte, la disposición final primera de la orden impugnada afirma que la misma “se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.29 de la Constitución Española, en virtud del cual la Administración General del Estado tiene competencia exclusiva en materia de Seguridad Pública”. Se impone, pues, como punto de partida el análisis del alcance y contenido de este título competencial.*

En este sentido, dentro del precitado concepto de “seguridad pública”, nuestra doctrina ha apreciado que queda, en buena medida, englobado el ámbito relativo a la materia “protección civil”. Así, este Tribunal ha declarado que “por lo que respecta a la delimitación de competencias en materia de protección civil, de nuestra doctrina se deriva que esta materia guarda relación con la competencia estatal en materia de seguridad pública ex art. 149.1.29 CE”. Tal como afirma la STC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 6, “[e]n esta misma línea de precisión del concepto de ‘seguridad pública’, este Tribunal señaló en la STC 148/2000, de 1 de junio, FJ 6, que su ámbito normativo puede ir más allá de la regulación de las intervenciones de la ‘policía de seguridad’, es decir, de las funciones propias de las fuerzas y cuerpos de seguridad, señalando

que ‘por relevantes que sean, esas actividades policiales, en sentido estricto, o esos servicios policiales, no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública... Otros aspectos y otras funciones distintas de los cuerpos y fuerzas de seguridad, y atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas... componen sin duda aquel ámbito material (STC 104/1989, de 8 de junio, FJ 3)’. Y hemos aplicado este criterio en diversos supuestos, pero siempre guiados por una concepción restrictiva de la ‘seguridad pública’. Tal ocurre con la ‘protección civil’, que requiere para la consecución de sus fines la integración y movilización de recursos humanos muy heterogéneos y no sólo policiales (SSTC 123/1984, de 18 de diciembre, y 133/1990, de 19 de julio).” (STC 155/2013, de 10 de septiembre, FJ 2).

Por tanto, dentro del concepto de seguridad pública del art. 149.1.29 CE, queda, en principio, englobado el ámbito material relativo a la protección civil. Si bien, por la misma naturaleza de la protección civil que persigue la preservación de personas y bienes en situaciones de emergencia, se produce en esta materia, de acuerdo con nuestra doctrina, un encuentro o concurrencia de muy diversas Administraciones públicas (de índole o alcance municipal, supramunicipal o insular, provincial, autonómica, estatal) que deben aportar sus respectivos recursos y servicios (STC 133/1990, de 19 de julio, FJ 6).

La competencia estatal sobre protección civil, que deriva del reconocimiento al Estado de la competencia estatal sobre seguridad pública en el art. 149.1.29 CE, no puede, sin embargo, extenderse a ámbitos no queridos por el constituyente, pues, también hemos declarado que la competencia en materia de protección civil del Estado es concurrente con la que ostentan las Comunidades Autónomas, en los términos que declaró la STC 133/1990, de 19 de julio, lo que le permite a aquel, entre otras cosas, movilizar recursos en caso de emergencia cuando concurra un interés nacional o sea precisa una coordinación o dirección nacional de todas las administraciones afectadas, por el alcance y dimensión de la emergencia.

Así, en la STC 133/1990, de 19 de julio, este Tribunal subrayó que la competencia autonómica sobre protección civil “queda subordinada a las superiores exigencias del interés nacional en los casos en que éste pueda entrar en juego” (STC 123/1984, de 18 de diciembre, FJ 4, reiterado en la STC 133/1990, de 19 de julio, FJ 5). Para el Tribunal esta subordinación competencial autonómica “se producía en tres ocasiones: –Cuando entra en juego la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, que regula los estados de alarma, excepción y sitio; –En los casos en

que el carácter supraterritorial de la emergencia exija una coordinación de elementos humanos y materiales distintos de los que posee la Comunidad Autónoma, y –Cuando la emergencia sea de tal envergadura que requiera una dirección de carácter nacional” (STC 123/1984, de 18 de diciembre, FJ 4, reiterado en la STC 133/1990, de 19 de julio, FJ 5).

Por tanto, las Comunidades Autónomas, cuando ejercen sus competencias en materia de protección civil, “se encuentran con determinados límites, que derivan de la existencia de un posible interés nacional o supraautonómico que pueda verse afectado por la situación de catástrofe o emergencia: Bien por la necesidad de prever la coordinación de Administraciones diversas, bien por el alcance del evento (afectando a varias Comunidades Autónomas) o bien por sus dimensiones, que pueden requerir una dirección nacional de todas las Administraciones públicas afectadas, y una aportación de recursos de nivel supraautonómico” (STC 133/1990, de 19 de julio, FJ 6).

Afirmado lo anterior, no cabe desconocer que el reverso de los límites al ejercicio de las competencias autonómicas sobre protección civil son los que, también, determinan el alcance de la competencia del Estado sobre esa misma materia. Así, el ámbito de la competencia estatal sobre protección civil viene condicionado por la vinculación de ésta con las concretas acciones a realizar en materia de “seguridad pública” (art. 149.1.29 CE), que es el título que legitima la actuación del Estado en aquel ámbito.

En efecto, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, siempre guiada por una concepción restrictiva de la “seguridad pública” (STC 155/2013, de 10 de septiembre, FJ 3), “la materia seguridad pública, hace referencia a una actividad dirigida a la protección de bienes y personas con la finalidad de garantizar la tranquilidad y el orden ciudadano” (SSTC 33/1982, de 8 de junio, FJ 3; 154/2005, FJ 5, y 86/2014, de 29 de mayo, FJ 4 entre otras). Y dicha competencia estatal sobre protección civil no puede llegar al punto de permitir que el Estado ejerza aquellas acciones que no guarden una relación directa con la “seguridad pública”. Esta vinculación de la protección civil con la seguridad pública, que, reiteramos, es el título que fundamenta la competencia del Estado sobre la primera, puede llegar a ser clara en lo que se refiere, tanto a las acciones preventivas como a las acciones tendentes a la protección y socorro rápido de personas y bienes consecuencia de situaciones catastróficas de cierta importancia y que requieren una respuesta inmediata. Sin embargo, tal vinculación con la segu-

ridad pública se difumina cuando se trate de aquellas acciones de restablecimiento de la normalidad en la zona siniestrada, pues, si bien es posible considerar dentro de la protección civil vinculada con la seguridad pública aquellas acciones reparadoras que se refieren a la inmediata puesta en funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, como abastecimiento de agua potable, electricidad, saneamiento de aguas o telecomunicaciones, el vínculo con la seguridad pública, entendida como aquella actividad dirigida a la protección de bienes y personas con la finalidad de garantizar la tranquilidad y el orden ciudadano, no concurriría cuando se trate de acciones de reparación no inmediata, como es el supuesto previsto en la orden impugnada, que se refiere a daños en infraestructuras municipales y red viaria local consecuencia de catástrofes naturales.

En lo que atañe al ámbito de las subvenciones en la fase de reparación, la Ley 17/2015 no remite al régimen reglamentario estatal sobre esta materia para la regulación de subvenciones en los casos de emergencia o catástrofe previstos en la misma, sino que las medidas reparadoras a aplicar las somete a un sistema de control, seguimiento y coordinación específicos, que aparece diseñado en el art. 25, complementado en los términos que se determinen reglamentariamente. Tal circunstancia normativa resulta en este punto relevante para el enjuiciamiento y resolución del conflicto que ahora se suscita, puesto que el legislador estatal ha tenido muy en cuenta el título competencial –“seguridad pública” – al que sujeta su habilitación constitucional la Ley 17/2015 y no hace mención expresa a que, en los supuestos de grave situación de emergencia declarada por el Consejo de Ministros, las subvenciones reparadoras de daños en las infraestructuras relacionadas en el párrafo e) del art. 24.1, se sujeten a la normativa reglamentaria estatal existente sobre la materia, entre la que se encuentra la Orden HAP/196/2015 impugnada.

En lo que respecta, pues, al ámbito prestacional de las subvenciones en la fase de reparación de las zonas siniestradas como consecuencia de catástrofes declaradas, la Ley 17/15, que es cronológicamente posterior a la orden impugnada, parece alejarse de la referencia a la “seguridad pública”, que es el fundamento de su competencia en materia de protección civil, toda vez que no contempla expresamente la posibilidad de que la normativa reglamentaria estatal sobre subvenciones resulte de aplicación a esta modalidad específica de medidas reparadoras que diseña en su art. 24, lo que refuerza argumentativamente aquella afirmación.

Pues bien, llegados a este punto, hay que señalar que las acciones reparatoras a las que se refiere la orden impugnada –si bien pueden enmarcarse en la protección civil tal y como la ha entendido este Tribunal, pues son medidas de “reducción y reparación de daños y para volver a una situación de normalidad” –, no se refieren, en primer lugar, a una inmediata puesta en funcionamiento de servicios esenciales de la comunidad, pues la exigencia de que se produzca con carácter previo a la convocatoria misma de las ayudas una declaración por norma con rango de ley del carácter de catástrofe natural, así como la exigencia de que el Ministerio del Interior precise las entidades locales y núcleos de población afectados, determina que no nos encontremos ante una intervención inmediata sino que tiene lugar una vez finalizada la respuesta más próxima en el tiempo a la situación de emergencia. En segundo término, es realmente relevante en este caso que la orden impugnada se refiera a medidas a realizar en la denominada “fase de recuperación”, consistentes en subvenciones destinadas a sufragar daños en infraestructuras municipales y redes viarias provinciales, que es, precisamente, el mismo concepto que el contemplado en el art. 24.1 e) de la Ley 17/2015, que es al que el legislador, por omisión de su cita, ha considerado que no debe aplicarse la normativa reglamentaria estatal sobre subvenciones (supuestos de grave situación de emergencia declarados conforme al capítulo V de la Ley). A lo expuesto habría que añadir, como tercera consideración, que los proyectos subvencionados tienen una referencia territorial explícita de carácter intraautonómico, en razón a la delimitación básica que, del ámbito de aplicación, hace la orden impugnada.

A la hora, pues, de enjuiciar la orden de referencia y confrontar los preceptos impugnados de la misma con el título competencial sobre “seguridad pública” que hemos seleccionado como aplicable al caso, habrá que tener en cuenta los razonamientos ahora expresados.

b) Establecido el alcance de la competencia estatal sobre protección civil y sus límites, debemos señalar que, en cuanto a la competencia autonómica de Cataluña, este Tribunal ha establecido, que habrá de estarse a lo prescrito en el art. 132.1 EAC, que atribuye a la Generalitat de Cataluña competencia exclusiva en materia de protección civil “respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de sus competencias en materia de seguridad pública”, precepto estatutario respecto al que en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 78, se declara: “[c]iertamente hemos dicho que ‘en la materia específica de protección civil se producen unas competencias concurrentes del Estado (en virtud de

la reserva del art. 149.1.29 CE) y de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en sus Estatutos en virtud de habilitaciones constitucionales’, por lo que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en esta materia, aunque estén subordinadas a ‘las superiores exigencias del interés nacional en los casos en que éste pueda entrar en juego’ (STC 133/1990, FFJJ 5 y 6)”.

Así, la competencia autonómica sobre protección civil que, en Cataluña viene desarrollada por la Ley 4/1997, de 20 de mayo, permite a la Generalitat, así como, en su caso, a los entes locales, desplegar sus competencias propias en la materia, regulando su actuación, configurando sus propios servicios de protección civil, desarrollando unos órganos competentes de coordinación de emergencias y ejecutando aquellas acciones reparadoras dirigidas al restablecimiento de la normalidad en la zona siniestrada.

No es posible, por tanto, considerar que las acciones reparadoras en materia de subvenciones que se prevén en la Orden HAP/196/2015, de 21 de enero, y dirigidas al restablecimiento no inmediato de la normalidad en las infraestructuras municipales y en las redes viarias de la zona siniestrada, conformen el núcleo de la competencia estatal sobre seguridad pública prevista en el art. 149.1.29 CE, y por tanto que sea uno de los aspectos de la protección civil que quepa enmarcar en la competencia estatal. No obstante lo anterior, el Estado siempre podrá en uso de su soberanía financiera, asignar fondos públicos a aquellas finalidades que considere pertinentes.

6. Aun considerando que las ayudas previstas en la Orden HAP/196/2015, de 21 de enero, no se puedan justificar en el ejercicio de la competencia estatal sobre seguridad pública, el Estado tiene la posibilidad de poner su poder de gasto al servicio de una política de protección civil consistente en el restablecimiento de la normalidad de las infraestructuras locales en la zona siniestrada.

Así, una vez realizado el encuadramiento competencial, es preciso tomar en consideración, en aquellos supuestos como el presente en que nos encontramos ante un supuesto subvencional, la abundante doctrina de este Tribunal en relación con las subvenciones. Doctrina que fue objeto de recapitulación en la STC 13/1992, de 6 de febrero, y que partía del principio de que “la legitimidad constitucional del régimen normativo y de gestión de las subvenciones fijado por el Estado depende de las competencias que el Estado posea en la materia de que se trate”, ya que “la subvención no es un concepto que delimite competencias” (STC 13/1992, FJ 4). Por tanto, las diversas instancias territoriales ejercerán

sobre las subvenciones las competencias que tienen atribuidas, de modo que si la materia o sector de la actividad pública a la que aquéllas se dirigen son de competencia exclusiva del Estado, no se plantea ningún problema en cuanto a la delimitación competencial. Cuando, por el contrario, en tal materia o sector hayan asumido competencias en uno u otro grado las Comunidades Autónomas, las medidas que hayan de adoptarse para conseguir la finalidad a que se destinan los recursos deberán respetar el orden constitucional y estatuario de competencias, pues, de no ser así, el Estado restringiría la autonomía política de las Comunidades Autónomas y su capacidad de autogobierno (STC 13/1992, FJ 7). Precisamente, en la STC 13/1992 este Tribunal estableció un esquema de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en cuanto al ejercicio de la potestad subvencional de gasto público, resumido en cuatro supuestos generales que, pese al carácter abierto del esquema en el que se insertan, continúan siendo referente constante de nuestra doctrina posterior y de las alegaciones de las partes en los procesos de constitucionalidad. Dichos supuestos generales, por un lado, tratan precisamente de conciliar la distribución competencial existente en cada materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y por otro, con la reconocida potestad subvencional de gasto público que ostenta el Estado. Potestad que ha sido reconocida cuando hemos afirmado de manera reiterada que “el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras” (por todas la STC 13/1992, FJ 7).

Por tanto, el ámbito material en el que debe incardinarse la orden cuestionada es el relativo a la protección civil, pero al referirse a subvenciones destinadas a actuaciones que tienen lugar una vez superada la fase inicial de emergencia, pues se trata de obras de reparación o restitución de infraestructuras equipamientos e instalaciones y servicios municipales y de la red viaria provincial, se trataría de aquella protección civil sobre la que el Estado no tiene, en principio, competencia por su falta de conexión directa con el título competencial sobre seguridad pública (art. 149.1.29 CE).

En consecuencia, en el presente caso, y puesto que la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre aquella protección civil no vinculada con la seguridad pública y el Estado no ha invocado título competencial suficiente, genérico o específico, sobre la misma, nos encontramos ante el primer supuesto recogido en el fundamento jurídico 8 a) de la STC 13/1992. Supuesto que excluye la posibilidad

de gestión centralizada, pues ésta sólo es posible que tenga lugar cuando el Estado ostente algún título competencial. Al no cumplirse el presupuesto exigido por el supuesto cuarto de la STC 13/1992, FJ 8 d), para poder justificar la gestión centralizada –el relativo a que el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia –, no es procedente entrar a examinar si se dan el resto de circunstancias que exige aquel apartado para justificar la gestión de subvenciones por el Estado.

Una vez hemos encuadrado el régimen de las subvenciones objeto de conflicto en el supuesto a) del fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992, debemos recordar, a continuación, la doctrina de este Tribunal que, con cita en la STC 178/2011, de 8 de noviembre, FJ 7 y en un conflicto referido a subvenciones relativas al área de la asistencia social, ha declarado que “consideraremos incluida en la esfera de la competencia estatal la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional –objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso – mientras que situaremos dentro de la competencia autonómica lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, resolución y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos, ya que es doctrina reiterada de este Tribunal que ‘las normas procedimentales racione materiae deben ser dictadas por las Comunidades Autónomas competentes en el correspondiente sector material, respetando las reglas del procedimiento administrativo común (por todas, STC 98/2001, de 5 de abril, FJ 8, con cita de la STC 227/1998, de 26 de noviembre, FJ 32)’ (STC 188/2001, de 20 de septiembre)” (STC 36/2012, de 15 de marzo, FJ 8).

7. A partir del planteamiento competencial expuesto, debemos proceder ahora al examen de los distintos preceptos impugnados.

a) El art. 3 de la Orden HAP/196/2015, de 21 de enero, se refiere a los beneficiarios de las ayudas.

Para el Abogado de la Generalitat la designación de las diputaciones provinciales como beneficiarias contradice lo establecido en la Ley 38/2003, general de subvenciones, que dispone en su art. 11.1 que la condición de beneficiario corresponde a quien realiza la actividad que fundamenta el otorgamiento de la subvención o que legitima su concesión y, si bien en el caso de las redes viarias provinciales, tendrían la condición de beneficiarios directos, no así para el supuesto de las infraestructuras municipales, en que habrían de ser los propios municipios afectados, limitándose la labor de aquellas a ser meras entidades

intermediarias o colaboradoras entre la Administración del Estado y los entes locales de su territorio, por lo que el objeto de la impugnación recae en atribuir la condición de beneficiarias por este último concepto. La tesis sostenida por la Generalitat de Cataluña promotora del conflicto no puede prosperar en este caso. Hemos tenido oportunidad de afirmar que la Ley 38/2003 “aborda la regulación de un procedimiento administrativo común singular en función de la forma de actividad administrativa; no regula un procedimiento administrativo especial ratione materiae y es, por tanto, en principio, y siempre que el Estado, en su regulación, se mueva dentro de los límites de su esfera competencial, compatible con la existencia de regulaciones especiales ratione materiae de los procedimientos de otorgamiento de subvenciones en determinados campos de actividad (agricultura, medio ambiente, asistencia social...), que corresponderá establecer bien al Estado, bien a las Comunidades Autónomas, en función de la distribución de competencias prevista para cada sector concreto en la Constitución” (STC 130/2013, de 4 de junio, FJ 8).

Así, el Estado, al regular un procedimiento administrativo común singular como es el subvencional, ha establecido que “tendrá la consideración de beneficiario de subvenciones la persona que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o que se encuentre en la situación que legitima su concesión”. Es indudable que la provincia se encuentra en una situación que legitima su consideración como beneficiaria, pues la doctrina constitucional ha precisado que “el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial” constituye el núcleo de la actividad de la provincia en cuanto entidad local determinada por la agrupación de municipios (art. 141.1 CE; STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2).

Por tanto, el artículo 3 no infringe las competencias autonómicas en cuanto define quiénes pueden ser los beneficiarios de las ayudas, aspecto que hemos considerado incluido en la esfera de la competencia estatal, por tratarse de la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional (por todas, STC 178/2011, de 8 de noviembre, FJ 7).

b) El artículo 5, relativo al procedimiento de concesión, no infringe las competencias autonómicas en cuanto que caracteriza de manera general su régimen jurídico, estableciendo un sistema de “concesión directa” para la adjudicación de las subvenciones. Únicamente, el inciso relativo a que el procedimiento “se ordenará e impulsará por la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comuni-

dades Autónomas y las Entidades Locales” es inconstitucional por centralizar tal procedimiento en este órgano del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que forma parte de la Administración del Estado.

c) El art. 6 se refiere a la presentación de solicitudes y documentación complementaria. En este apartado se establecen de manera detallada y precisa, el lugar de presentación, los requisitos de las solicitudes y que las mismas deben ajustarse a los formatos establecidos en las bases, que se publican como anexos. Toda esta exhaustiva regulación propia del procedimiento administrativo vulnera las competencias de la Generalitat, con excepción de los datos vinculados directamente con la acreditación de los requisitos que han de cumplir los solicitantes y los datos necesarios para la valoración del proyecto a los que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 6, y el deber, en su caso, de acreditarlos documentalmente.

En lo que se refiere a los formatos establecidos en las bases, y en línea con la STC 179/2013, de 21 de octubre, FJ 8, se debe indicar que no tienen carácter básico y que se trata de una cuestión meramente procedimental que corresponde fijar a la Comunidad autónoma, decidiendo el modelo o formulario más adecuado para las solicitudes y las resoluciones.

Por tanto, y con excepción de la previsión de la documentación vinculada directamente con la acreditación de los requisitos que han de cumplir los solicitantes para poder presentarse a la convocatoria, la regulación del resto de aspectos en la norma estatal vulnera las competencias autonómicas.

d) El artículo 8 se refiere a la comprobación de solicitudes y documentación. La previsión de que se realice por un órgano instructor que forma parte de la Administración del Estado pierde su razón de ser a partir del momento en que la tramitación es competencia de la Comunidad Autónoma, como se ha indicado anteriormente; por tanto, el contenido del artículo 8 de la disposición impugnada forma parte de las competencias que corresponden a la Generalitat, como algo instrumental para su normal ejercicio.

e) El artículo 12 se refiere a la adjudicación de las obras, que se vincula con un aspecto que debe determinar el órgano competente para instruir y resolver el procedimiento, por lo que el contenido del precepto rebasa lo que, conforme a nuestra doctrina, constituyen aspectos centrales del régimen subvencional y, por ello, cercena el margen neces-

rio para que la Generalitat pueda desarrollar sus competencias de gestión de las ayudas.

f) El artículo 14 y el artículo 15 se refieren respectivamente a la justificación y a la ampliación de los plazos, que son aspectos de competencia autonómica, dado que se trata de actuaciones de gestión administrativa de las ayudas y, por ello, su atribución a órganos estatales vulnera las competencias de la Generalitat de Cataluña.

g) La disposición final primera, referida al título competencial, no vulnera las competencias autonómicas, pues la queja que se dirige contra esta disposición no es autónoma, en cuanto que con la misma se pretende poner de manifiesto la falta de cobertura competencial que se reprocha a los restantes preceptos impugnados en el presente proceso y que han sido examinados en los términos expuestos.

Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2016, de 17 de marzo, sobre la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el art. 1, apartados 2, 8, 12, 16, 38 y 40; las disposiciones adicionales cuarta, séptima, octava y novena; la disposición transitoria primera; la disposición final segunda y el anexo de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio.

Ponente: don Juan José González Rivas.

Extracto de doctrina

[...]

7. El recurrente impugna el artículo primero, apartado 38, de la Ley 2/2013, que añade un art. 119.2 LC redactado como sigue:

“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, el Delegado del Gobierno, a instancia del Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, podrá suspender los actos y acuerdos adoptados por las entidades locales que

afecten a la integridad del dominio público marítimo terrestre o de la servidumbre de protección o que supongan una infracción manifiesta de lo dispuesto en el art. 25 de la presente Ley.”

La demanda razona con argumentos completamente coincidentes a los que se hacen valer en las precedentes SSTC 6/2016, FJ 4.d), y 28/2016, FJ 5. Debido a esta coincidencia corresponde desestimar esta impugnación y hacerlo por referencia a los criterios establecidos en dichas sentencias de este Tribunal.

8. El Gobierno de Canarias impugna el artículo primero, apartado 40, de la Ley 2/2013, en tanto que introduce un nuevo apartado 3 en la disposición transitoria cuarta de la Ley de costas, que tiene la siguiente redacción:

“3. Las obras, a las que se refiere el apartado segundo de esta disposición transitoria, cuando les sea aplicable, deberán:

a) Suponer una mejora en la eficiencia energética. A tal efecto, tendrán que obtener una calificación energética final que alcance una mejora de dos letras o una letra B, lo que se acreditará mediante la certificación de eficiencia energética, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios o lo que cualquier otra norma pueda establecer en el futuro para la certificación de edificios existentes.

b) Emplear los mecanismos, sistemas, instalaciones y equipamientos individuales y/o colectivos que supongan un ahorro efectivo en el consumo de agua. En el caso de que afecten a jardines y espacios verdes, para su riego fomentarán el uso de recursos hídricos marginales, tales como aguas regeneradas o aguas de lluvia almacenadas.

No podrán ser autorizadas por el órgano urbanístico competente sin que los titulares de las concesiones acrediten haber presentado ante la Administración del Estado y los de las construcciones e instalaciones ante los órganos competentes de las Comunidades Autónomas una declaración responsable en la que de manera expresa y clara manifiesten que tales obras no supondrán un aumento del volumen, altura ni superficie de las construcciones existentes y que cumplen con los requisitos establecidos anteriormente sobre eficiencia energética y ahorro de agua, cuando les sean de aplicación. La declaración responsable se ajustará a lo dispuesto en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.”

El Gobierno de Canarias considera que el último párrafo de este precepto, al establecer que los titulares de las construcciones e instalaciones acreditarán mediante la presentación de una declaración responsable que las obras que en ellas se realizan cumplen los requisitos exigidos, está imponiendo a las Administraciones autonómicas un concreto título de intervención administrativa, invadiendo así la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda (art. 30.15 EACan), además de la de desarrollo legislativo y ejecución en materia de protección del medio ambiente (art. 32.12 EACan). Sostiene, además, que el título competencial invocado (legislación básica sobre contratos y concesiones ex art. 149.1.18 CE) no puede amparar una regulación como la que se impugna, con lo que predica la inconstitucionalidad también de la disposición final segunda de la Ley 2/2013. En apoyo de su argumentación se remite a los mismos motivos ya alegados al tratar de la impugnación del nuevo art. 13 bis de la citada Ley.

A la vista de la similitud que presenta la regulación del precepto que aquí se impugna y la del último párrafo del apartado 3 de este art. 13 bis LC, así como la identidad esencial de la argumentación de los recurrentes en ambos casos, resultan aquí de aplicación las consideraciones expuestas anteriormente respecto de la impugnación del art. 13 bis LC, en virtud de las cuales se afirmaba entonces que el art. 13 bis LC, y por lo mismo –se declara ahora– el nuevo apartado 3 introducido en la disposición transitoria cuarta, son normas materialmente básicas ex art. 149.1.23 CE, aparte de ser básicas también desde una perspectiva formal en la medida que constan en una ley. Estos argumentos nos conducen a desestimar el primero de los motivos que sostienen esta impugnación.

En cuanto al segundo de dichos motivos, debe partirse de que la disposición final segunda de la Ley 2/2013 afirma con carácter general en su primer apartado que “esta ley se dicta al amparo de lo establecido en el art. 149.1.1 y en el art. 149.1.23 CE que atribuyen al Estado competencias en la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente”. El apartado tercero de esa misma disposición, que señala que el art. 1.40 de la Ley 2/2013 constituye legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas dictada al amparo del art. 149.1.18 CE, le otorga una cobertura adicional, sin excluir lo dispuesto en la cláusula general del

apartado primero. Estas razones, en particular por la cobertura competencial que el art. 149.1.23 CE ofrece al nuevo apartado 3 introducido en la disposición transitoria cuarta, conducen a desestimar este segundo motivo de impugnación de este precepto legal, que se extendía por conexión a la disposición final segunda de la Ley 2/2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016, de 3 de marzo, sobre la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad de la Asamblea de Extremadura contra los apartados 3, 5, 7, 8, 10, 16, 17, 21 y 30 del art. 1 y las disposiciones adicionales octava, novena, undécima y decimoquinta y transitorias primera a cuarta y undécima de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, por vulneración de las competencias de la Comunidad Autónoma de Extremadura (arts. 9.3 y 53 a 60 de su Estatuto de Autonomía, en adelante EAE) y otros preceptos constitucionales [arts. 103.1, 137, 148.1, apartados 1 y 2, 149.1, apartados 14 y 18, 149.3, en conexión con los arts. 147.2 d), 150, apartados 1 y 2, 156 y 157.3].

Ponente: don Andrés Ollero Tassara.

Extracto de doctrina

[...]

5. El primer bloque de impugnaciones se refiere a regulaciones relativas al mapa local en relación con los municipios (art. 13 LBRL) y entidades tanto inframunicipales (art. 24 bis LBRL y disposición transitoria cuarta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) como asociativas o instrumentales (art. 57 LBRL y disposición transitoria undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.).

Según se ha razonado ya, el art. 137 CE establece una estructura territorial compuesta conforme a la que los entes locales no están exclusivamente integrados en el nivel autonómico (STC 82/1982, FJ 4). En consonancia con ella, el sistema constitucional adjudica al Estado un relevante papel en la configuración del mapa local, además de a las

Comunidades Autónomas y, en alguna medida también, a las propias entidades locales.

Por de pronto, la propia Constitución asume la existencia de provincias como entes locales con autonomía garantizada (art. 141.1) y atribuye al Estado “cualquier alteración de los límites provinciales” (SSTC 32/1981, FJ 3, y 31/2010, FJ 40). El art. 141.1 CE exige a tal efecto una decisión de “las Cortes Generales mediante ley orgánica”.

En ejercicio de su competencia para establecer las bases del régimen local (art. 149.1.18 CE), el Estado debe regular asimismo “los elementos que permiten definir el modelo municipal común entre los que se encuentran el territorio, la población y la organización, como recoge el art. 11.2 LBRL” y, con ello, “las bases del procedimiento de alteración de los términos municipales”. Así lo ha declarado la STC 103/2013, FJ 5, que añade: “corresponde al Estado optar, de entre los posibles, por un determinado modelo municipal. Así, el Estado podía haberse inclinado por un modelo minifundista, basado en la existencia de núcleos de población sin exigencia alguna de un mínimo territorial, o por un modelo basado en mayores exigencias de población y territorio, si es que lo hubiera considerado necesario para garantizar la viabilidad del ejercicio de las competencias que se atribuyen a los municipios y con ello su autonomía, o por una combinación de ambos en función de la realidad existente o, finalmente, por un modelo que dejase un amplio margen de decisión a las Comunidades Autónomas para configurar el elemento territorial de los municipios. Pues bien, esta última es la opción por la que se inclinó el legislador estatal en 1985 y ha confirmado la Ley de medidas para la modernización del gobierno local”.

Los entes locales forman parte también de la específica estructura territorial autonómica. Por eso las Comunidades Autónomas, respetando las bases estatales, pueden ejercer la competencia sobre “alteración de los términos municipales comprendidos en su territorio” prevista en el art. 148.1.2 CE y efectivamente recogida en el art. 54.2 del Estatuto de Autonomía de Extremadura. Tal competencia es de carácter tanto normativo como ejecutivo. El Estado no puede por sí, directamente, fusionar municipios (STC 214/1989, FJ 9). No obstante, entra dentro de lo básico, sin que invada las competencias autonómicas de ejecución, la “acción estatal de fomento a fin de favorecer las fusiones de municipios, buscando con ello una mayor capacidad de gestión en las entidades locales” (STC 214/1989, FJ 9).

El legislador básico puede ocuparse asimismo en alguna medida de las “entidades locales no necesarias o contingentes”, en general, y las de

segundo grado (p. ej., comarcas), en particular. No obstante, estas entidades están dotadas de “un fuerte grado de interiorización autonómica”, sin que les alcance directamente la garantía constitucional de la autonomía municipal (art. 140 CE), provincial (art. 141.2 CE) e insular (art. 141.4 CE) [STC 214/1989, FFJJ 4 b) y 15 a)]. Estos entes “entran en cuanto a su propia existencia en el ámbito de disponibilidad de las Comunidades Autónomas que dispongan de la correspondiente competencia” [STC 214/1989, FJ 4 b)]. Por eso queda excluida “la posibilidad de que el Estado las cree o mantenga en existencia, por decisión propia” (STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 2).

La creación y regulación de entidades inframunicipales encierra decisiones organizativas. La organización de los Ayuntamientos afecta claramente a su autonomía, que está constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE). La legislación sobre régimen local debe asegurar espacios a la autoorganización local. Tal legislación ha de ser, en principio, autonómica. No obstante, la normativa básica puede “identificar aquel núcleo del ordenamiento que requiere de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado”, incluyendo únicamente “aquellos aspectos que sean necesarios, sin que quepa agotar todo el espacio normativo que debe corresponder al legislador autonómico, en especial en las cuestiones relacionadas con la organización y funcionamiento interno de los órganos” [STC 103/2013, FJ 5 e), que sintetiza la doctrina de las SSTC 32/1981, FJ 5; 214/1989, FJ 6, y 50/1999, FJ 3].

En aplicación de esta doctrina, este Tribunal ha considerado ajustado a la autonomía local (art. 137 CE) y al art. 149.1.18 CE el régimen orgánico de los municipios de gran población introducido en la Ley reguladora de las bases de régimen local por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local [SSTC 103/2013, FJ 3, letras e), f) y g); 143/2013, FJ 5]. Tal régimen no se limita a los órganos de gobierno (pleno, alcalde y junta de gobierno); prevé también la creación preceptiva de los “órganos de gestión descentrada” (art. 128 LBRL), la “comisión especial de sugerencias y reclamaciones” (arts. 20 y 132 LBRL) y el “consejo social de la ciudad” (art. 131 LBRL).

En lo que ahora interesa específicamente, se ha precisado que las entidades locales menores, al involucrar intereses municipales, cobran relevancia bajo la óptica de la garantía constitucional de la autonomía local (art. 137 CE). Si bien la constitución y determinación del régimen jurídico de estas entidades, de carácter puramente contingente o volun-

tario, depende de la normativa local y de la legislación de las Comunidades Autónomas, caben reglas básicas que atiendan a “intereses generales de alcance supraautonómico” [STC 214/1989, FJ 15 letras a) y b)]. En esa medida el Estado puede “establecer algunas reglas o previsiones al respecto” [SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 6; 214/1989, FJ 15 a)].

La doctrina constitucional es similar respecto de las entidades instrumentales o asociativas (p. ej., mancomunidades y consorcios). La STC 103/2014, FJ 3 a), tras referirse al derecho de los municipios a asociarse entre sí, previsto en la Carta europea de la autonomía local (art. 19) y en la Ley reguladora de las bases de régimen local (art. 44.1), señala que las mancomunidades, si bien no son “entidades locales constitucionales consagradas”, están directamente relacionadas con los intereses de los municipios mancomunados y, con ello, con la garantía de la autonomía local (art. 137 CE). Por eso “solo podría concluirse que la regulación estatal impugnada excede del ámbito material de lo básico, si no fuera necesaria para garantizar la autonomía de los municipios mancomunados” (en igual sentido, STC 143/2013, FJ 4). A ello cabe añadir que el carácter bifronte del régimen local permite al Estado regular fórmulas cooperativas, por cuanto que el nivel local forma parte de la organización territorial del Estado [STC 214/1989, FJ 20 e)].

6. Se está ya en condiciones de proyectar la doctrina constitucional expuesta sobre las impugnaciones relacionadas con el mapa local. Empezaremos con la dirigida contra el art. 13 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.5 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

a) La nueva redacción del art. 13 LBRL sigue confiando el régimen de creación, supresión y alteración de los términos municipales a la “legislación de las comunidades autónomas sobre régimen local” (apartado 1). Sin embargo, las coordenadas dentro de las que esa legislación ha de moverse son algo más intensas. El precepto controvertido, por un lado, endurece el régimen de creación de nuevos municipios mediante dos requisitos añadidos: el núcleo poblacional ha de contar con al menos 5.000 habitantes y el municipio resultante ha de ser financieramente sostenible (apartado 2). Por otro, incluye un nuevo régimen jurídico sobre fusiones voluntarias de municipios y medidas concretas para incentivarla (apartados 4 a 6). Ese régimen y esas medidas van más allá de la genérica previsión que incluía la redacción anterior; mantenida en el apartado 3 del precepto impugnado.

La exposición de motivos de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local ha subrayado esta novedad, vinculándola a los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y considerándola amparada en la doctrina constitucional sobre bases del régimen local: “por primera vez se introducen medidas concretas para fomentar la fusión voluntaria de municipios de forma que se potencie a los municipios que se fusionan ya que contribuyen a racionalizar sus estructuras y superar la atomización del mapa municipal... Estas medidas de fusiones municipales incentivadas, que encuentran respaldo en la más reciente jurisprudencia constitucional, STC 103/2013, de 25 de abril, supondrán, en definitiva, que los municipios fusionados percibirán un aumento de la financiación en la medida en que los municipios de menor población recibirán menos financiación”.

b) Según el recurso, el nuevo art. 13 LBRL habría desbordado los límites del art. 149.1.18 CE al establecer un régimen cerrado de creación de nuevos municipios sin posibilidad de excepción (apartado 2). También por permitir que los propios municipios acuerden su fusión a través de un convenio aprobado por mayoría simple de sus respectivos plenos, sin perjuicio del procedimiento previsto en la normativa autonómica (apartados 4, primer párrafo, y 6). Habría sustraído a las Comunidades Autónomas una competencia de ejecución que tienen atribuida en sus Estatutos de Autonomía.

El art. 13 LBRL no impide que la Comunidad Autónoma desarrolle una política propia sobre fusión de los municipios situados en su ámbito territorial ni, en general, que intervenga de diferentes modos sobre el mapa municipal. Contiene solo límites a la creación de nuevos municipios, incentivos a la fusión voluntaria y un régimen sobre los efectos de la fusión que dejan amplio espacio al desarrollo autonómico de políticas propias. Nada dice, en particular, sobre las fusiones imperativas. Solo el art. 116 bis LBRL (introducido por el art. 1.30 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) prevé la fusión de municipios como respuesta al incumplimiento de los objetivos de déficit, deuda y regla de gasto, aunque únicamente como propuesta del propio municipio incumplidor en su plan económico-financiero. La legislación básica sigue optando en este punto por no establecer las directrices fundamentales de un plan general de reestructuración del mapa municipal español. Por tanto, “la legislación de las Comunidades Autónomas sobre régimen local” podrá regular, planificar y acordar estas fusiones imperativas con los escasos límites que resultan del primer apartado del art. 13 LBRL.

La exigencia de que se creen nuevos municipios solo cuando resulten financieramente sostenibles (apartado 2), si no deriva directamente de los arts. 31.2, 103.1 y 135 CE, entra dentro, sin lugar a dudas, de la competencia estatal para diseñar el modelo municipal español; exactamente igual la fijación de mínimos poblacionales: el Estado puede desarrollar un modelo municipal al amparo del art. 149.1.18 CE “basado en mayores exigencias de población y territorio”, si lo considera “necesario para garantizar la viabilidad del ejercicio de las competencias que se atribuyen a los municipios y con ello su autonomía” (STC 103/2013, FJ 5).

Los apartados 4 y 6 del art. 13 LBRL encomiendan a los Ayuntamientos afectados la adopción de los acuerdos de fusión, aprobados por mayoría simple de sus respectivos plenos, “sin perjuicio del procedimiento previsto en la normativa autonómica”. Más allá de la virtualidad real de esta previsión (y de la valoración de oportunidad que merezca que una decisión evidentemente trascendental para la vida municipal no esté sujeta a un régimen de mayoría cualificada), es claro que dinamiza el principio constitucional de autonomía local (art. 137 CE) y facilita las fusiones voluntarias con el fin de lograr una reducción del mapa municipal instrumental de los principios de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), eficiencia en el uso de los recursos públicos (art. 31.2 CE) y estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). Se sitúa, por tanto, en el terreno de las bases del régimen local (art. 149.1.18 CE).

Al desestimar la impugnación dirigida contra la redacción originaria del art. 13 LBRL, la STC 214/1989 declaró que “al órgano autonómico competente corresponderá decretar [las alteraciones de términos municipales], de acuerdo con la regulación propia de la Comunidad que solo se encuentra limitada por las previsiones de orden procedimental y sustantivo que, respectivamente, prevén los párrafos 1.º y 2.º del mismo art. 13” (FJ 9). Para calibrar adecuadamente el alcance de esta declaración en el contexto del presente proceso, es preciso tener en cuenta que la Sentencia describía la regulación entonces controvertida, que nada disponía en torno a quién formaliza en concreto el acuerdo de fusión voluntaria. Admitía que cada Comunidad Autónoma regulase este aspecto y, por tanto, que se atribuyese la decisión final con grados variables de discrecionalidad y, en última instancia, que la Administración autonómica pudiese oponer resistencia a la voluntad de fusión de los municipios de su ámbito territorial. El art. 13 LBRL contiene ahora otra regulación conforme a la que los órganos representativos de los

Ayuntamientos afectados son quienes adoptan el “convenio de fusión”, “sin perjuicio del procedimiento previsto en la normativa autonómica”. A su vez, esa misma Sentencia resolvió una impugnación sobre el régimen jurídico de las mancomunidades muy similar a la aquí planteada. La Junta de Galicia razonaba entonces que la Ley reguladora de las bases de régimen local invadía las competencias autonómicas por entregar a los municipios el poder decisorio en lo concerniente tanto a la creación de las mancomunidades, como a la elaboración de sus estatutos. La STC 214/1989 desestimó la impugnación. Además de destacar la remisión contenida en el art. 44.3 LBRL a favor de la legislación autonómica, declaró: “El legislador estatal, en el ejercicio de la competencia que le reconoce el art. 149.1.18. de la Constitución, ha optado aquí, como en otros supuestos, por ampliar el alcance y contenido de la autonomía municipal, sin que a ello pueda imputarse exceso competencial de ningún tipo, al ser simple concreción de una legítima opción política que, cualquiera que sea la valoración que pueda suscitar, constitucionalmente no permite juicio alguno de este Tribunal” (FJ 14). Según hemos declarado recientemente, la “concepción” que desarrolla la STC 214/1989 parte de que las mancomunidades, “en la medida en que no son titulares de otros intereses que los de los municipios encomendantes, participan de la autonomía que constitucionalmente se predica de los entes locales que las forman”. Por eso “solo podría concluirse que la regulación estatal impugnada excede del ámbito material de lo básico, si no fuera necesaria para garantizar la autonomía de los municipios mancomunados” (STC 103/2013, FJ 3).

Por lo demás, la Comunidad Autónoma no ha quedado al margen del proceso de fusión voluntaria. El apartado 1 del art. 13, además de prever el dictamen preceptivo del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma y el informe de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera del ente local, remite el régimen de la fusión de municipios a la legislación autonómica. El apartado 3 deja a salvo la competencia autonómica en materia de incentivos a la fusión; el apartado 4 señala que los municipios adoptan el convenio de fusión “sin perjuicio del procedimiento previsto en la normativa autonómica”; el apartado 5 atribuye a las Comunidades Autónomas la colaboración con las diputaciones provinciales o entes equivalentes en la supervisión y la coordinación de los servicios resultantes de la fusión.

Consecuentemente, debemos desestimar la impugnación de los apartados 2, 4 (primer párrafo) y 6 del art. 13 LBRL, en la redacción dada

por el art. 1.5 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

c) Según la Asamblea legislativa recurrente, el art. 13.4, segundo y tercer párrafo, de la Ley reguladora de las bases de régimen local encarna una política estatal de fomento de las fusiones voluntarias de municipios contraria a la doctrina constitucional sobre gestión de subvenciones. El Estado no estaría autorizado a dar preferencia a los municipios fusionados en la asignación de “planes de cooperación local, subvenciones, convenios u otros instrumentos basados en la concurrencia” durante un plazo de cinco años prorrogable por la ley de presupuestos generales del Estado [segundo párrafo, letra g)]. Carecería igualmente de cobertura para dispensar, al nuevo municipio resultante, de la obligación de prestar los servicios mínimos aparejados al incremento poblacional [segundo párrafo, letra f)]. A su vez, incurriría en inconstitucionalidad la previsión de que un órgano estatal (el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas a propuesta de la Intervención General del Estado) elaborará las normas de contabilidad a que se refiere la letra e) del párrafo tercero.

La legislación básica del régimen local puede establecer diversas medidas de fomento “a fin de favorecer las fusiones de municipios” (STC 214/1989, FJ 9). Entre los múltiples incentivos que admiten una regulación básica ex art. 149.1.18 CE, se hallan las ayudas de carácter económico a los entes locales –con exclusión de recursos– que, como los procedentes del sistema tributario local y las participaciones en los tributos estatales, deben encuadrarse en la materia “hacienda general” (art. 149.1.14 CE), donde el Estado tiene una competencia normativa completa [STC 233/1999, FJ 4 b)].

El Estado puede, en particular, apoyarse en el art. 149.1.18 CE, para consignar subvenciones destinadas a favorecer las fusiones municipales así como regular las condiciones esenciales del otorgamiento, de acuerdo con los criterios de la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 8 b). Comoquiera que respecto de la planta local dispone de una competencia básica, puede “consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permite su competencia”, dejando “un margen a las comunidades autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y completar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas”.

Así resulta específicamente de la STC 159/2011, de 19 de octubre, que abordó los mecanismos de cooperación económica del Estado con los entes locales previstos en el Real Decreto 835/2003 (planes provinciales de obras y servicios y proyectos locales de desarrollo local y urbano). Tras encuadrar estas subvenciones en “la materia de régimen local” y “en el segundo de los supuestos recogidos en el fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992”, declaró: “la competencia del Estado para establecer las normas básicas en materia de régimen local (art. 149.1.18 CE), le posibilita el establecimiento de líneas de apoyo económico a los entes beneficiarios de la subvención (art. 3.3) para que alcancen determinados objetivos” (FJ 7).

El art. 13 LBRL establece un régimen destinado a incentivar las fusiones de municipios, pero, a la vista de su contenido, cabe concluir que no regula subvenciones que deban examinarse a la luz de la STC 13/1992, salvo en un punto específico: la previsión de que durante un plazo quinquenal, prorrogable mediante ley de presupuestos generales del Estado, los municipios fusionados tendrán “preferencia en la asignación de planes de cooperación local, subvenciones, convenios u otros instrumentos basados en la concurrencia” [art. 13.4, segundo párrafo, letra g), de la Ley reguladora de las bases de régimen local].

Esta regulación es poco específica, pero puede interpretarse sin dificultad que el indicado criterio de preferencia se aplica a la distribución de ayudas económicas a las que puedan optar los municipios fusionados en régimen de concurrencia con otras entidades, siempre que el Estado haya hecho valer respecto de cada concreto programa o instrumento, bien su competencia básica respecto de la planta local con la finalidad de incentivar las fusiones municipales, bien otros títulos de intervención que le permitan establecer, al menos, las condiciones esenciales del otorgamiento de acuerdo con la doctrina constitucional (STC 150/2012, de 5 de julio, FJ 6, que parte de la STC 13/1992, FJ 8).

El tenor literal del precepto, aunque impreciso, no da pie a interpretar que el legislador estatal haya pretendido vulnerar la doctrina constitucional condicionando todas las políticas subvencionales de las Comunidades Autónomas relacionadas con los municipios o, más precisamente, extendiendo la aplicación del indicado criterio de preferencia a ayudas cuya regulación corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas por referirse a materias en que no entra en juego título estatal alguno. Consecuentemente, la medida examinada, en la medida en que se aplica sólo a subvenciones que el Estado puede consignar en sus presupuestos generales y respecto de las que puede regular, al me-

nos, las condiciones esenciales del otorgamiento por disponer de algún título de intervención, no vulnera el sistema constitucional de distribución competencial.

El art. 13.4, párrafo segundo, establece, por un lado, la suma de la financiación mínima que tenía cada municipio por separado como financiación mínima del nuevo municipio [letra c)]. Por otro, una serie de incentivos en forma de participaciones en tributos del Estado: mayor financiación correspondiente a la variable de población (el coeficiente de ponderación que resulta del art. 124.1 del texto refundido de la Ley de haciendas locales se incrementa en 0,10) [letra a)]; consideración de los mayores valores de las variables de esfuerzo fiscal y de inverso de capacidad tributaria (en ningún caso podrán ser inferiores al más elevado de los valores previos que tuvieran cada municipio por separado antes de la fusión de acuerdo con el art. 124.1 del texto refundido de la Ley de haciendas locales) [letra b)]; agregación de las compensaciones derivadas de la reforma del impuesto sobre actividades económicas [letra e)]. Tales previsiones se inscriben en el régimen general de financiación de las entidades locales. Estando directamente encaminadas a garantizar la suficiencia financiera del municipio fusionado (art. 142 CE), están amparadas por el art. 149.1.14 CE. Así resulta de la STC 233/1999, FJ 4 b), que se refiere específicamente a las normas que “desarrollan las participaciones en los tributos del Estado” como contenido típico de este título competencial.

La fijación de un régimen de servicios municipales obligatorios [letra f) del párrafo segundo del art. 13.4 LBRL] entra dentro de las bases del régimen local (art. 149.1.18 CE) [STC 214/1989, FFJJ 2 a) y 13 c)]. Para delimitar el alcance de esta obligación, el legislador básico ha utilizado tradicionalmente una variedad de criterios: la modalidad de entidad local, el tipo de servicio, el número de habitantes, las “características peculiares” del municipio o la imposibilidad y dificultad en el cumplimiento (art. 26 LBRL). La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local se ha limitado a introducir un nuevo criterio al amparo del art. 149.1.18 CE. Delimita el alcance de los servicios obligatorios a partir de las especiales circunstancias del tipo de municipio resultante de una fusión. En particular, evita los efectos disuasorios que un aumento de los servicios obligatorios produciría sobre los Ayuntamientos que podrían querer fusionarse.

El párrafo tercero del art. 13.4 LBRL incluye una regulación sobre los efectos de la fusión que debe reputarse básica ex art. 149.1.18 CE. Regula los órganos de gobierno del nuevo municipio [letra b)], que son

elementos que forman parte de las bases del régimen local (SSTC 103/2013, FJ 3). A su vez, desarrolla la autonomía local constitucionalmente garantizada al confiar al convenio de fusión la posibilidad de que los municipios fusionados funcionen como organizaciones desconcentradas [letra c)] y al pleno de cada corporación, las medidas de redimensionamiento con la única condición de que no supongan incrementos de la masa salarial [letra a)]. Asimismo, tras establecer la medida elemental de que el nuevo municipio se subroga en todos los derechos y obligaciones de los anteriores municipios [letra d)], facilita las fusiones voluntarias: los municipios fusionados, para afrontar la situación de déficit en que estuviera eventualmente alguno de ellos, podrán acordar la creación de un fondo sin personalidad jurídica y con contabilidad separada para la liquidación de obligaciones, bienes y derechos patrimoniales [letra e)].

Esta última previsión enlaza con el texto refundido de la Ley de haciendas locales, conforme al que el Ministerio de Hacienda, a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado, aprueba “las normas contables de carácter general a las que tendrá que ajustarse la organización de la contabilidad de los entes locales y sus organismos autónomos” [art. 203.1 a)], así como “el contenido, estructura y normas de elaboración de su correspondiente “cuenta general” (art. 210). El art. 13.4, párrafo tercero, letra g), de la LBRL reitera esta habilitación, pero refiriéndola solo a la contabilidad de aquel específico fondo. De modo que la previsión controvertida autoriza una regulación contable general, aplicable a todos los municipios fusionados que opten por la creación del fondo, sin perjuicio de las competencias de ejecución que correspondan a la Administración encargada de la tutela financiera en cada caso concreto.

Esta regulación general –o, más precisamente, la habilitación para adoptarla – atribuida a un órgano estatal está directamente relacionada con la suficiencia financiera del nuevo municipio y establece “normas y principios comunes de la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que deben regir el gasto público, entre los que se encuentra el principio de eficiencia y economía (art. 31.2 CE)” (STC 130/2013, FJ 9). Debe, pues, reconducirse a la materia “hacienda general” (art. 149.1.14 CE), donde el Estado tiene una competencia normativa plena: “desde el momento en que esta concreta potestad normativa del Estado tiene como inmediata finalidad garantizar la suficiencia financiera de tales corporaciones –suficiencia financiera que, según indicamos ya en el fundamento

jurídico 2, es en última instancia responsabilidad de aquél –, su ejercicio encuentra anclaje constitucional en la competencia exclusiva sobre hacienda general (art. 149.1.14 C.E.), debiendo entenderse vedada, por ello, la intervención de las Comunidades Autónomas en este concreto ámbito normativo” [STC 233/1999, FFJJ 4 b) y 22].

Consecuentemente, corresponde desestimar estos motivos de inconstitucionalidad.

7. El recurso impugna dos disposiciones relativas a las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio: el art. 24 bis LBRL (introducido por el art. 1.7 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) y la disposición transitoria cuarta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

a) La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local desarrolla tres medidas de “racionalización” de las entidades locales menores. 1) la Comunidad Autónoma debe suprimir las ya existentes en su ámbito territorial (o transformarlas en “formas de organización desconcentrada”) si no presentan sus cuentas (a la propia Comunidad y al Estado) antes de una determinada fecha (disposición transitoria cuarta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local). 2) la creación de otras nuevas se obstaculiza: cabe solo si resulta más eficiente que la administración concentrada de núcleos de población separados (apartado 24 bis, apartado 3, LBRL). 3) En todo caso, estas estructuras de nueva creación serán, no ya “entidades locales descentralizadas”, sino simples “entes desconcentrados” (art. 24 bis, apartado 1, LBRL). Quedan así plenamente integradas en el municipio, como organizaciones sin condición de entidad local ni personalidad jurídica, todas las constituidas a partir de la entrada en vigor de la Ley que no estuvieran en proceso de creación a fecha de 1 de enero de 2013 (disposición transitoria quinta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local). Por tal razón, la nueva redacción del art. 3.2 LBRL (dada por el art. 1.2 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) ha suprimido la referencia a las “Entidades de ámbito territorial inferior al municipal” de la lista de organizaciones que gozan de la condición de entidad local.

Según la Asamblea legislativa recurrente, el art. 24 bis LBRL limita injustificadamente la libertad autonómica de creación de este tipo de entidades. La disposición transitoria cuarta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local incurría en la misma vulneración. El legislador básico no estaría autorizado a regular requisitos

relativos a la creación y extinción de estas entidades. La disolución como efecto de la ausencia de rendición de cuentas ante el Estado desconocería que la tutela financiera es una competencia ejecutiva de la Comunidad Autónoma. A su vez, esta regulación faltaría a la competencia de autoorganización autonómica, al indicar que el acuerdo de disolución revestirá forma de decreto.

b) La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local mantiene las grandes líneas del anterior régimen básico [sobre el que se pronunció la STC 214/1989, FJ 15, letras a) y b)] en lo que afecta a las entidades locales menores ya creadas o en proceso de constitución antes del 1 de enero de 2013. Conservan la condición de entidad local con personalidad jurídica, rigiéndose en todo lo demás por la legislación autonómica (disposiciones transitorias cuarta.1 y quinta). Más aún, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local ha derogado el art. 45 LBRL y, con ello, las previsiones básicas que éste contenía sobre la denominación (apartado 1) y los acuerdos sobre disposición de bienes, operaciones de crédito y expropiación forzosa de las entidades locales menores [apartado 2 c)]. Consecuentemente, respecto del régimen básico de las entidades locales menores ya creadas (o en proceso de creación antes de determinada fecha), el legislador estatal no solo no ha invadido las competencias de las Comunidades Autónomas, sino que, al reducir en alguna medida la regulación básica, ha aumentado correlativamente el espacio que puede ocupar la normativa municipal sobre organización interna y la autonómica sobre régimen local.

La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local ha introducido, en efecto, un límite a la creación de nuevos entes de este tipo que, en cuanto tal, condiciona la potestad municipal de autoorganización y las competencias autonómicas sobre régimen local. La gestión a través de estos entes debe ser más eficiente que la administración concentrada de núcleos de población separados (apartado 24 bis, apartado 3, LBRL). No obstante, tal exigencia se inspira directamente en los mandatos constitucionales de eficiencia en el uso de los recursos públicos (art. 31.2 CE) y estabilidad presupuestaria (art. 135 CE), sin por ello vulnerar la potestad organizatoria municipal ni hurtar a las Comunidades Autónomas amplios márgenes de desarrollo. Esta previsión, aunque afecta a una cuestión de organización interna, incide en “intereses generales de alcance supraautonómico” [STC 214/1989, FJ 15 b)], razón que permite calificarla de básica y conforme a la garantía constitucional de la autonomía local.

A su vez, el régimen establecido para los entes que se creen a partir de la entrada en vigor de la reforma (o, más precisamente, los que no estuvieran en proceso de constitución antes del 1 de enero de 2013) incluye reglas sobre la iniciativa de creación, denominación y objeto (la administración de núcleos de población separados) sustancialmente coincidentes con las previstas en el derogado art. 45 LBRL. Sobre cuya legitimidad constitucional y carácter básico ya se pronunció la STC 214/1989, FJ 15, letras a) y b). El art. 24 bis LBRL sigue sin incluir reglas precisas sobre creación, organización y competencias (art. 24 bis LBRL). Los propios municipios y, en su caso, las Comunidades Autónomas habrán de establecerlas.

El apartado 1 del art. 24 bis LBRL (junto al art. 3.2 LBRL) configura estas organizaciones como entes desconcentrados del municipio sin el carácter de entidad local y sin personalidad jurídica propia. Establece así una regulación sobre la “sujetividad” o posición de estas estructuras dentro de (o en relación con) el municipio. Si el problema de la sujetividad era antes una cuestión que podía regular el legislador básico, debe seguir siéndolo ahora, con independencia de que las previsiones enjuiciadas en este proceso hayan establecido un régimen de signo opuesto. Dicho de otro modo: el legislador básico no ha ocupado más espacio normativo; ha cambiado el sentido político de su regulación en el marco del amplio margen de configuración que le asigna la Constitución.

En todo caso, la configuración de estos entes como estructuras desconcentradas, sin el carácter de entidad local y sin personalidad jurídica propia, se justifica en “intereses generales de alcance supraautonómico” [STC 214/1989, FJ 15 b)]. De un lado, el Ayuntamiento se erige en el centro de imputación de las obligaciones y los derechos dimanantes de la actividad de estas “formas de organización desconcentrada” y, de otro, los órganos municipales de gobierno se relacionan con estas en términos de jerarquía, todo ello sobre la base de que así podrá facilitarse el cumplimiento de los objetivos de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE).

Cabe añadir que la sola previsión de que estos entes carecen de personalidad jurídica no elimina amplios espacios de desarrollo autonómico y autoorganización local. La personalidad jurídica propia o régimen de descentralización administrativa no implica un estatuto sustancialmente distinto, que garantice amplias esferas de autonomía a las entidades locales menores. Así lo declaró la STC 214/1989, FJ 15 b), refiriéndose a las facultades de tutela atribuidas al municipio,

que las Comunidades Autónomas podían precisar y aumentar (art. 45.2 LBRL, ahora derogado). Ciertamente, la ausencia de personalidad jurídica propia remite al sistema de imputación y control de actos característico de las relaciones interorgánicas. No obstante, las concretas tareas que correspondan a estas “formas de organización desconcentrada” así como las facultades de control y supervisión que el municipio desarrolle respecto de ellas siguen dependiendo esencialmente de las opciones organizativas que adopten los propios entes locales en el marco de la legislación autonómica sobre régimen local y de las bases ex art. 149.1.18 CE.

Consecuentemente, el art. 24 bis LBRL se sitúa dentro de los márgenes del art. 149.1.18 CE.

c) La disposición transitoria cuarta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local prevé la supresión de entidades locales menores ya constituidas (o su conversión en “formas de organización desconcentrada”), cuando no presenten sus cuentas a la Comunidad Autónoma y al Estado. La Comunidad Autónoma tiene el encargo de acordar la disolución.

Según hemos razonado ya, la organización interna municipal corresponde a los propios Ayuntamientos en el marco de la legislación sobre régimen local, que en este punto ha de ser, en principio, prevalentemente autonómica. No obstante, la protección de intereses supraautonómicos puede llegar a justificar una regulación básica a este respecto. Este Tribunal ha entendido amparadas en el art. 149.1.18 CE las normas de la Ley reguladora de las bases de régimen local que, sin limitarse a regular los órganos municipales de gobierno (pleno, alcalde y junta), prevén la existencia de “órganos de gestión desconcentrada” (art. 128 LBRL), la “comisión especial de sugerencias y reclamaciones” (arts. 20 y 132 LBRL) y el “consejo social de la ciudad” (art. 131 LBRL) en los llamados “municipios de gran población”. La disposición transitoria cuarta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local plantea en cierto modo el supuesto inverso: la supresión preceptiva de estructuras organizativas o conversión preceptiva en formas de organización desconcentrada.

Ningún reproche puede merecer que el Estado haya establecido la obligación de presentación de cuentas que pesa sobre las entidades locales menores. Según se ha razonado ya, el art. 149.1.18 CE permite al Estado dictar “algunas reglas o previsiones” básicas en relación con las entidades de ámbito territorial inferior al municipio [SSTC 4/1981, FJ 6, y 214/1989, FJ 15 a)]. A su vez, la previsión impugnada puede

encuadrarse específicamente en el art. 149.1.14 CE; está estrechamente vinculada a “los principios constitucionales que deben regir el gasto público, entre los que se encuentra el principio de eficiencia y economía (art. 31.2 CE)” (STC 130/2013, FJ 9).

Por otro lado, tal obligación y la medida asociada a su incumplimiento se inscriben en una regulación básica cuya densidad ha disminuido en alguna medida con incremento correlativo del espacio abierto a la autoorganización municipal y a la normativa autonómica sobre régimen local, según hemos razonado ya. Con independencia de su virtualidad real, es claro que la medida incide directamente en la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) con el fin de proteger intereses supraautonómicos, en general, ahorrar dinero público y facilitar el cumplimiento de los mandatos constitucionales de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE), en particular. El Estado no ha disuelto directamente entidad local menor alguna ni ha invadido las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas. En primer lugar, la puesta en marcha de la medida prevista en la disposición controvertida depende en última instancia de la voluntad de las propias entidades locales y de que estas respeten una norma evidentemente anclada en el art. 149.1 CE a cuyo cumplimiento están constitucionalmente obligadas (arts. 9, apartados 1 y 3, y 103.1 CE). El alcance de la solución prevista en la disposición transitoria cuarta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local está, pues, acotado. Queda en manos de las propias entidades locales menores y de sus ayuntamientos evitar su disolución (o transformación en “formas de organización desconcentrada”) mediante el cumplimiento de una carga a todas luces razonable. En segundo lugar, la adopción de la medida corresponde a la Comunidad Autónoma, que conserva márgenes para determinar el alcance de la obligación de presentación de cuentas, apreciar el incumplimiento que acarrea aquellas consecuencias y, afirmado el incumplimiento, decidir entre disolver sin más la entidad local menor o conservarla como “forma de organización desconcentrada”.

El legislador estatal no ha precisado el alcance de una carga cuyo incumplimiento puede acarrear consecuencias trascendentales desde la perspectiva de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). Bajo la óptica jurídico-constitucional, ello no es en sí problemático en el contexto de una submateria que corresponde, en principio, a la normativa local y autonómica, pudiendo el Estado solo dictar “algunas reglas o previsiones” [SSTC 4/1981, FJ 6; 214/1989, FJ 15 a)]. Al contrario,

la indefinición de la disposición transitoria cuarta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local supone el reconocimiento de márgenes de actuación a las Comunidades Autónomas. En todo caso, si estas mostrasen excesivo rigor en un supuesto concreto, bien al determinar el alcance de la obligación de presentación de cuentas, bien al apreciar el incumplimiento que conlleva la disolución (o la transformación de la entidad local menor en una “forma de organización desconcentrada”), la respuesta al problema que ello podría plantear desde la perspectiva de la autonomía local constitucionalmente garantizada correspondería, en su caso, a la jurisdicción ordinaria, excediendo por tanto el objeto del presente proceso constitucional.

No obstante, la disposición transitoria cuarta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local ha sobrepasado claramente los límites de la competencia estatal al predeterminar el órgano de la Comunidad Autónoma que ha de acordar la disolución y la forma que ha de revestir esta decisión. Por un lado, quedan fuera de la “hacienda general” (art. 149.1.14 CE) las normas que, como la ahora enjuiciada, no están directamente relacionadas con la suficiencia financiera de los entes locales ni establecen reglas y principios comunes sobre su actividad financiera capaces de hacer realidad el principio de eficiencia en el gasto público (art. 31.2 CE). A su vez, el alcance de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas es “menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y funcionamiento interno de las Administraciones públicas, que aquellas que inciden más directamente en su actividad externa”, porque el “objetivo fundamental, aunque no el único”, del art. 149.1.18 CE es “garantizar a los administrados un tratamiento común ante ellas” (SSTC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3, y 130/2006, de 4 de junio, FJ 6).

Qué órgano autonómico ha de adoptar el acuerdo de disolución en este caso y cómo ha de hacerlo son esencialmente “cuestiones de organización administrativa” (STC 194/2012, de 31 de octubre, FJ 7) que pertenecen a la potestad de autoorganización de la Comunidad Autónoma. En este supuesto, no hay razones constitucionales que justifiquen que las bases descendan a la regulación de estos detalles. Por eso la determinación del legislador estatal infringe los arts. 148.1.1 CE y 9.1.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

En consecuencia, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “Decreto del órgano de gobierno de”, incluido en el apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la Ley de racionalización y

sostenibilidad de la Administración local, y desestimar esta impugnación en todo lo demás.

8. *El recurso impugna dos previsiones que se ocupan de la mancomunidad y el consorcio: la disposición transitoria undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local y el art. 57 LBRL (en la redacción dada por el art. 1.16 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local), respectivamente.*

a) *La mancomunidad y el consorcio son formas organizativas que permiten a los municipios colaborar entre sí y con Administraciones de otros niveles territoriales para la prestación de servicios públicos. Si el primero articula una colaboración “horizontal” (entre municipios), el segundo suele sustanciar una colaboración “vertical” (entre Administraciones de distinto nivel). La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local se ha ocupado de estas fórmulas organizativas dentro de un marco más amplio de reformas destinadas a revisar el conjunto de las entidades instrumentales del sector público. Se refiere expresamente a la mancomunidad y al consorcio como “fórmulas de gestión compartida” o “integrada” (art. 26.2 LBRL y disposición adicional decimoquinta del texto refundido de la Ley de haciendas locales, en la redacción dada por los arts. 1.9 y 2.5, respectivamente, de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) y establece normas específicas para una y otro.*

El régimen jurídico de las mancomunidades de municipios –sobre el que se pronunció la STC 103/2014, FJ 3 – permanece sustancialmente inalterado. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local no ha modificado los preceptos que atribuyen la constitución de las mancomunidades y la elaboración de sus estatutos a los propios municipios, en el marco de la legislación autonómica [arts. 4.2, 44 y 47.2 g) LBRL]. Más allá de la incidencia que sobre esta fórmula ha de tener la reordenación de las competencias locales que lleva a cabo la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, las novedades son las introducidas en la disposición transitoria undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.: 1) el objeto de la mancomunidad es más limitado, pues ha de coincidir con actividades reconducibles a las competencias y servicios enumerados en los arts. 25 y 26 LBRL (en la redacción dada por los apartados 8 y 9, respectivamente, del art. 1 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local; párrafo segundo de la disposición transitoria undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local); 2) el órgano de Gobierno

de la Comunidad Autónoma podrá iniciar y resolver un expediente de disolución contra las mancomunidades que a 30 de junio de 2014 no hubieran adaptado sus estatutos al art. 44 LBRL (párrafos primero y tercero de la disposición transitoria undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local).

Respecto de la fórmula consorcial, la reforma de su régimen jurídico básico consiste en: 1) la introducción de previsiones aplicables solo a los consorcios locales en la LBRL (entre ellas, la nueva redacción del art. 57 a la que se refiere el presente recurso); 2) la introducción de previsiones aplicables a todos los consorcios en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (disposición adicional vigésima, introducida por la disposición final segunda de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local). Tras la aprobación de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, el régimen general del consorcio ha sido objeto de múltiples intervenciones legislativas. A los efectos de este proceso, basta indicar que los arts. 118 a 127 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (que entrarán en vigor a partir del 2 de octubre de 2016: disposición final decimoctava) establecen una regulación diferenciada y más amplia que la recogida (y aún vigente) en la Ley 30/1992, con el fin de contener el número de consorcios y propiciar la desaparición de los que arrastran una situación financiera deficiente. Prevén asimismo que las normas relativas a los consorcios locales establecidas en la Ley reguladora de las bases de régimen local y en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local “tendrán carácter supletorio respecto de lo dispuesto en esta ley” (art. 119.3).

Nuestro enjuiciamiento ha de limitarse al art. 57 LBRL (en la redacción dada por el art. 1.16 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local). Establece esencialmente lo siguiente: 1) el consorcio queda configurado, al igual que el convenio interadministrativo, como un instrumento que permite la colaboración voluntaria (que puede ser vertical) en relación con los servicios locales y los asuntos de interés común (párrafo primero del apartado 1); 2) el recurso a la fórmula consorcial se configura como subsidiario respecto de la fórmula convencional y, en todo caso, condicionado al cumplimiento de criterios de eficiencia (apartados 2 y 3); 3) los consorcios constituidos no podrán demandar más recursos de los inicialmente previstos (apartado 3).

b) Según el recurso, la disposición transitoria undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local y el art. 57 LBRL (en la redacción dada por el art. 1.16 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) penetran un ámbito competencial que los Estatutos de Autonomía reservan a las Comunidades Autónomas. El legislador estatal no estaría autorizado a limitar la constitución de los consorcios apelando al principio de sostenibilidad financiera; tal principio podría justificar controles o condicionantes a la actuación de las diversas Administraciones, pero no la alteración del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Se habría vulnerado también la competencia autonómica de autoorganización (art. 148.1 CE) al identificar el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma encargado de iniciar y resolver los procedimientos de disolución de las mancomunidades.

Las técnicas organizativas y los instrumentos de cooperación forman parte, de entrada, de la potestad de autoorganización local y de las competencias sobre régimen local que tienen atribuidas las Comunidades Autónomas. No obstante, al reseñar la doctrina constitucional (fundamento jurídico 5 de esta Sentencia), hemos razonado igualmente que el art. 149.1.18 CE puede dar cobertura a una legislación básica estatal que incida sobre los entes locales con autonomía constitucionalmente garantizada, que proyecte los principios de eficacia, eficiencia y estabilidad presupuestaria sobre el régimen local o que articule una ordenación básica de las relaciones interadministrativas de cooperación. Las mancomunidades y los consorcios no son ajenos a ninguno de estos aspectos: 1) sus intereses son los de los entes locales mancomunados o consorciados; 2) su régimen de constitución, funcionamiento y funciones es evidentemente relevante bajo la óptica de la racionalidad del gasto público; 3) son instrumentos fundamentales para la “gestión compartida” (art. 26.2 LBRL) en el contexto de un Estado compuesto, en general, y de un mapa local caracterizado por la proliferación de municipios pequeños, en particular.

La disposición transitoria undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local delimita los servicios que admiten la mancomunidad como fórmula de gestión compartida. Son los reconducibles a las materias enumeradas en los arts. 25 y 26 LBRL. Esta previsión, con independencia de su virtualidad real, se presenta como una directriz básica que pretende evitar la proliferación de mancomunidades y los riesgos que se entiende que ello supone para los principios de eficacia (art. 103.1 CE), eficiencia en el gasto público

(art. 31.2 CE) y estabilidad financiera (art. 135 CE). El examen de los arts. 25 y 26 LBRL permite afirmar que los ámbitos en los que los Ayuntamientos pueden mancomunarse son suficientemente amplios y que el legislador autonómico conserva dentro de ellos (en particular, en los descritos en el art. 25.2 LBRL que pueden reconducirse a sus atribuciones estatutarias) la competencia para conferir y regular las competencias propias municipales.

Este razonamiento es extensible al art. 57 LBRL. Remite el régimen de las fórmulas de cooperación a “los términos previstos en las leyes” (apartado 1), sin incluir una regulación completa del consorcio que pudiera desbordar la competencia estatal para fijar las bases del régimen local. Introduce solo algunos límites a la constitución y funcionamiento del consorcio que, con independencia de su eficacia real, están claramente destinados a introducir los criterios de racionalidad económica que exige la realización de mandatos constitucionales (arts. 31.2, 103.1, 135, 137, 140 CE).

Ningún problema de constitucionalidad puede suscitar la previsión genérica de que el consorcio, sin poner “en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda de la Entidad Local”, debe permitir “una asignación más eficiente de los recursos económicos” y “mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera” (apartados 2 y 3).

La preferencia asignada a la fórmula convencional en detrimento de la consorcial (apartado 3) puede discutirse políticamente, pero constituye una directriz directamente encaminada a desarrollar una política de contención de personificaciones públicas que se sitúa dentro de los amplios márgenes de configuración legislativa que abre la Constitución y amparan los apartados 14 y 18 del art. 149.1 CE. Lo mismo cabe decir de la previsión de que los consorcios constituidos no podrán demandar más recursos de los inicialmente previstos (apartado 3).

Por otra parte, el Estado no ha disuelto directamente mancomunidad alguna. La disolución se produce solo si las mancomunidades no respetan normas básicas a cuyo cumplimiento están constitucionalmente obligadas (arts. 9, apartados 1 y 3, y 103.1 CE). A su vez, la obligación cuyo incumplimiento acarrea la disolución se refiere a la adaptación de los estatutos de la mancomunidad a una norma básica que lleva más de una década en vigor: la redacción vigente del art. 44 LBRL procede del art. 1.1 de la Ley 57/2003, sin que la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local la haya modificado. Por otra

parte, quien aprecia y aplica esta causa de disolución es la Comunidad Autónoma, que, por lo demás, es competente para regular y atribuir competencias locales en muchas de las materias a que debe quedar circunscrita esta fórmula de “gestión compartida” de acuerdo con la disposición transitoria undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

No obstante, tiene razón la Asamblea legislativa recurrente cuando denuncia la extralimitación que supone la indicación precisa del órgano autonómico al que corresponde iniciar y resolver el expediente de disolución. Tal indicación vulnera los arts. 148.1.1 CE y 9.1.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

Consecuentemente, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “el Órgano de Gobierno de” incluido en el párrafo tercero de la disposición transitoria undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local y desestimar esta impugnación en todo lo demás.

9. El segundo bloque de impugnaciones se refiere a la nueva ordenación de las competencias locales. Se recurren los arts. 7.4, 25, 27 y 85.2 LBRL (en la redacción dada por los apartados 3, 8, 10 y 21, respectivamente, del art. 1 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) así como las disposiciones adicionales novena y decimoquinta y transitorias primera a tercera, todas de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

La Constitución “no precisa las competencias que corresponden a los entes locales” [STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 a), citando la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3]. Distribuye todo el poder público entre el Estado (las competencias atribuidas por el art. 149 CE) y las Comunidades Autónomas (las competencias atribuidas por los Estatutos de Autonomía y las leyes previstas en los apartados 1 y 2 del art. 150 CE). A su vez, en consonancia con la estructura territorial compuesta que diseña el art. 137 CE (STC 82/1982, FJ 4), la Constitución no encomienda en exclusiva la regulación y la asignación de las competencias locales ni al Estado ni a las Comunidades Autónomas. Cada cual en el marco de sus atribuciones ha de regular y atribuir las competencias de los entes locales, sin perjuicio de la autonomía asegurada en los arts. 137, 140 y 141 CE [STC 214/1989, FJ 3 a)].

Esta garantía no impide que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración en el trance de atribuir competencias locales. Tal como recuerda la STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 a), la protección constitucional de la

autonomía local obliga solo a “asegurar el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración”. Señala en este sentido: “Se trata de que el legislador gradúe el alcance o intensidad de la intervención local ‘en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias’ (SSTC 32/1981, FJ 4; 170/1989, 19 de octubre, FJ 9, y 51/2004, FJ 9, entre muchas; en el mismo sentido, últimamente, SSTC 95/2014, de 12 de junio, FJ 5; 57/2015, de 18 de marzo, FJ 6, y 92/2015, de 14 de mayo, FJ 4)”. Ello implica que las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas deben asegurar que los municipios tengan competencias “propias” en ámbitos de interés exclusiva o prevalentemente municipal (STC 4/1981, FJ 3).

El art. 149.1.18 CE ampara una regulación estatal básica sobre competencias locales que, en cuanto tal, está llamada a condicionar al legislador autonómico. A la hora de asignar o suprimir competencias locales al amparo de sus atribuciones estatutarias, la Comunidad Autónoma debe respetar las bases del régimen local [SSTC 214/1989, FJ 3 a), 159/2001, FJ 4, 121/2012, de 5 de junio, FJ 7], además de la garantía constitucional de la autonomía local y la regulación que a este respecto pueda eventualmente incluir su propio Estatuto de Autonomía, salvo que fuera incompatible con aquellas bases (SSTC 31/2010, FJ 36; 103/2013, FJ 4).

El Estado puede apoyarse en el art. 149.1.18 CE para establecer las condiciones básicas conforme a las que la legislación sectorial estatal y las Comunidades Autónomas han de atribuir específicamente las competencias locales en un momento sucesivo. Así lo declaró la STC 214/1989, FJ 3 a), al pronunciarse sobre la ordenación básica original de las competencias locales: en “esa ulterior operación” que ha quedado “deferida al legislador competente por razón de la materia”, las Comunidades Autónomas no pueden “desconocer los criterios generales que los arts. 2.1, 25.2, 26 y 36 de la misma LRBRL han establecido”. La Sentencia destacó la conexión directa de esa ordenación con la garantía constitucional de la autonomía local y cabe subrayar ahora la que puede llegar a tener con los mandatos constitucionales los mandatos constitucionales de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE).

Más delicado resulta determinar si el art. 149.1.18 CE permite al Estado delimitar con detalle las competencias locales relativas a materias de competencia autonómica. Se trata de concretar si el Estado debe solo identificar materias e imponer condiciones, correspondiendo siempre a

la Comunidad Autónoma decidir cuáles son las competencias locales; o si puede ir más lejos, habilitando competencias directamente o identificando específicamente las atribuciones locales en ámbitos de titularidad autonómica.

El modelo que en su día diseñó la Ley reguladora de las bases de régimen local establecía, en líneas generales, unas bases estatales poco incisivas que, desde la perspectiva de las Comunidades Autónomas, no añadían muchos límites a los directamente derivados de la garantía constitucional de la autonomía local. Por eso, cada vez que este Tribunal ha debido enjuiciar preceptos autonómicos que centralizan en la Administración de la Comunidad Autónoma competencias que afectan a intereses municipales, ha hallado siempre el criterio decisivo, no dentro de la Ley reguladora de las bases de régimen local, sino en la doctrina constitucional sobre la garantía constitucional de la autonomía local [por ejemplo, SSTC 51/2004, FJ 9; 57/2015, de 18 de marzo, FJ 18, letras a) y d), y 154/2015, FJ 6 c)].

No obstante, algunas previsiones de la Ley reguladora de las bases de régimen local, ya en su redacción originaria, habilitaban directamente (o, incluso, obligaban) a los entes locales a ejercer competencias en ámbitos materiales propios de las Comunidades Autónomas. Así, el art. 28 LBRL –derogado por el art. 1.11 Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local–, que establecía la siguiente cláusula general: “Los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad, y la protección del medio ambiente”.

Cabe citar igualmente el art. 25.1 LBRL: “El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”. Esta norma podía interpretarse como una cláusula general que, en cuanto tal, encierra una habilitación directa en favor de los municipios para ejercer competencias también en materias de competencia autonómica. El art. 25.1 admitía otras interpretaciones, pero en la práctica ha funcionado como una habilitación general y directa, según la exposición de motivos de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que la concibe como fuente de duplicidades e ineficiencias en la gestión de los recursos públicos.

Más claro aún es el caso del caso del art. 26.1 LBRL, conforme al que los municipios están directamente habilitados (y obligados) a prestar

servicios determinados que recaen sobre materias de competencia autonómica. De hecho, de acuerdo con el art. 18.1 g) LBRL (y con la consolidada doctrina del Tribunal Supremo), esta obligación impuesta al municipio por el Estado funciona directamente, sin necesidad de ulterior legislación autonómica, como un derecho subjetivo correlativo que permite al vecino impugnar el presupuesto municipal que no prevea el gasto necesario y, en general, exigir judicialmente el establecimiento del servicio.

A su vez, la redacción originaria del art. 36.1 LBRL establecía ya que son “competencias propias de la Diputación”, además de las que le atribuyan las leyes estatales y autonómicas “en los diferentes sectores de la acción pública”: “la coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado a) del número 2 del artículo 31” [letra a)]; “la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión” [letra b)]; “la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal [letra c)]; “en general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la Provincia” [letra d)].

El Parlamento y la Junta de Galicia recurrieron en su momento el art. 28 LBRL porque entendían que “afecta e incide ilegítimamente en el sistema constitucional de distribución de competencias, ya que se asignan a los municipios competencias de simple ejecución en detrimento de la Comunidad Autónoma, que es la titular, con diferente alcance, de las competencias sobre las materias a las que se refiere este art. 28”. Al resolver la impugnación, la STC 214/1989, FJ 12, afirmó, en consonancia con los recurrentes, que el precepto encierra una “cláusula competencial genérica” que “habilita a los municipios para que puedan desarrollar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones”. Sin embargo, desestimó la impugnación: “esas ‘actividades complementarias’ en forma alguna menoscaban o se configuran como un obstáculo a las competencias que corresponden al Estado o a las Comunidades Autónomas, razón por la cual difícilmente puede admitirse la consecuencia que, desde la perspectiva del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Galicia, las entidades recurrentes anudan a esa habilitación que prevé el art. 28 LBRL”.

Los arts. 25.1, 26.1 y 36 LBRL no fueron impugnados, pero la STC 214/1989, FJ 3 a), también los juzgó legítimos en términos constitucionales: “al delimitar las materias en las que necesariamente, de acuerdo

con los principios señalados, a las Entidades locales deberán atribuírseles competencias, e incluso, especificando para los municipios los servicios mínimos que, en todo caso deberán prestar. Así se prevé para los municipios en los arts. 25.2 y 26, y para las provincias en el art. 36, sin que, por lo demás, tales previsiones hayan sido objeto de impugnación alguna”. Después, la STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 3, se pronunció ya de modo directo sobre las letras a) y b) del art. 36.1 LBRL, reputándolas materialmente básicas ex art. 149.1.18 CE porque sirven para delimitar “las atribuciones de las Diputaciones Provinciales y contemplan la actividad instrumental para su ejercicio”. La STC 103/2013 resolvió en el mismo sentido respecto de la letra c), en la redacción dada por el art. 1.1 Ley 57/2003, que reprodujo literalmente la regulación originaria. Rechazó la alegación del Parlamento de Cataluña de que la previsión “vulnera la competencia de la Comunidad Autónoma al quedar desplazado el legislador autonómico” [FJ 3 c)]. Sin embargo, la propia STC 214/1989, al referirse al art. 2 LBRL, desarrolló razonamientos que daban claramente a entender que el Estado puede atribuir competencias locales a través, únicamente, de sus competencias sectoriales, en ningún caso como bases del régimen local ex art. 149.1.18 CE. Así, al descartar la inconstitucionalidad del apartado 1 del indicado artículo: “resulta plenamente adecuado a la Constitución, sin que pueda apreciarse extralimitación alguna en la fijación de las bases relativas a las competencias locales. Se mantiene y conjuga, en efecto, un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función constitucional encomendada al legislador estatal de garantizar los mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, ya que no se desciende a la fijación detallada de tales competencias, pues el propio Estado no dispone de todas ellas”. La STC 214/1989 concluye que “delimitada así la exigencia de orden competencial vinculada a la garantía constitucional de la autonomía de las entidades locales, la concreción última de las competencias locales queda remitida –y no podía ser de otra manera – a la correspondiente legislación sectorial, ya sea estatal o autonómica, según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas” [FJ 3 a)]. De igual manera, al realizar una interpretación de conformidad a la Constitución del art. 2.2 LBRL, la Sentencia declaró que, en sectores cuya regulación comparten el Estado y las Comunidades Autónomas, las “leyes básicas deberán decir qué competencias corresponden” “a las Entidades Locales por ser ello necesario para garantizarles su autonomía”, pero si exceden “de

lo necesario” habrán “invadido las competencias comunitarias” y serán por ello inconstitucionales [FJ 3, letras a) y b) y c)].

La contradicción reseñada es solo aparente si se toma en consideración que, en realidad, la cuestión de si el art. 149.1.18 CE permite la identificación precisa o la atribución directa de competencias locales en materias de competencia autonómica no admite una respuesta unívoca. En principio, el Estado solo podrá atribuir competencias locales específicas o prohibir que éstas se desarrollen en el nivel local cuando tenga competencias en la materia o sector de que se trate [SSTC 214/1989, FJ 3 a) y b); 159/2001, FJ 4, y 121/2012, FJ 7]. En materias de competencia autonómica, solo las Comunidades Autónomas pueden atribuir competencias locales o prohibir que el nivel local las desarrolle, sujetándose en todo caso a las exigencias derivadas de la Constitución (singularmente, arts. 103.1, 135, 137 y 141 CE), las bases del régimen local ex art. 149.1.18 CE y, en su caso, los Estatutos de Autonomía. Ahora bien, las bases pueden llegar a prefigurar específicamente el poder local en materias de competencia autonómica, pero solo para atribuir directamente competencias locales, si ello no supone “un obstáculo a las competencias que corresponden” a las Comunidades Autónomas (STC 214/1989, FJ 12), y para garantizar un núcleo homogéneo de derechos prestacionales del vecino. La configuración de ese núcleo homogéneo puede justificar la limitación de la autonomía, tanto de las Comunidades Autónomas (porque el Estado puede habilitar directamente la competencia local en materias de alcance autonómico) como de los propios entes locales (porque el Estado puede prever el servicio como obligatorio).

10. Antes de proyectar la doctrina constitucional expuesta sobre cada uno de los preceptos recurridos, describiremos las líneas maestras del nuevo régimen competencial municipal. Ello resulta imprescindible habida cuenta de que el sentido y alcance de un precepto sobre competencias municipales no puede hacerse al margen de los demás. Solo su consideración conjunta permite entender el nuevo sistema y, con ello, dar cumplida respuesta a las impugnaciones dirigidas contra él. Dejaremos al margen las competencias de las diputaciones provinciales (arts. 26, apartados 2 y 3, y 36 LBRL, en la redacción dada por los apartados 9 y 13, respectivamente, del art. 1 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) al no ser objetivo de controversia en el presente proceso constitucional.

El art. 27 LBRL, tras la redacción dada por el art. 1.10 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, sigue per-

mitiendo que el Estado y las Comunidades Autónomas deleguen el ejercicio de sus competencias respectivas en los municipios (apartado 1). Se trata de las llamadas “competencias delegadas” (art. 7.3 LBRL) o “atribuidas por delegación” (art. 7.1 LBRL); competencias ejercidas bajo la dirección y el control de la entidad territorial titular, pero cuya efectividad exige la aceptación municipal. La nueva regulación se orienta a garantizar la suficiencia financiera del municipio, mejorar el servicio a la ciudadanía, incrementar la transparencia de los servicios públicos y contribuir a los procesos de racionalización administrativa, evitando duplicidades administrativas y generando un ahorro neto de recursos.

Por otro lado, el régimen básico de las demás competencias municipales ha sufrido relevantes modificaciones. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local reformula la redacción de los arts. 7.4, 25 y 26 LBRL y deroga el art. 28 LBRL. Con todo ello intenta, según su exposición de motivos, “definir con precisión las competencias que deben ser desarrolladas por la Administración local, diferenciándolas de las competencias estatales y autonómicas”. El nuevo régimen básico de las competencias de titularidad municipal puede resumirse de este modo.

a) Las competencias “propias” se atribuirán a los municipios de modo específico y a través de normas (estatales o autonómicas) con rango de ley (art. 25, apartados 3 y 5, LBRL). Estas normas deben en cada caso:

- 1) “evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera”;*
- 2) “prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales, sin que ello pueda conllevar en ningún caso un mayor gasto de las Administraciones Públicas”;*
- 3) “ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad” y, si la ley es estatal, “de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acrediten los criterios antes señalados”;*
- 4) garantizar que “no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración pública” (apartados 3, 4 y 5 del art. 25 LBRL).*

b) La nueva redacción del art. 25.2 LBRL, en línea con la anterior, identifica las materias dentro las que el municipio debe tener “en todo caso” competencias “propias” (art. 25.2 LBRL). Este artículo no atri-

buye competencias; introduce condiciones a la legislación que las confiera. La atribución en sentido estricto sigue correspondiendo a la legislación sectorial estatal y a las Comunidades Autónomas, cada cual en el marco de sus competencias. El art. 25.2 LBRL sigue funcionando, por tanto, como una garantía legal (básica) de autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) a través de la cual el legislador básico identifica materias de interés local para que dentro de ellas las leyes atribuyan en todo caso competencias propias en función de ese interés local [STC 214/1989, FJ 3 a) y b)]. A este respecto, la novedad es la relativa constricción de esa garantía legal como consecuencia de la reducción o supresión de algunas materias incluidas en el listado de la redacción anterior del art. 25.2; en especial la asistencia social y la atención primaria de la salud.

c) Las leyes pueden atribuir competencias propias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 LBRL, quedando vinculadas en todo caso a las exigencias reseñadas (apartados 3, 4 y 5). Así resulta del tenor literal del art. 25.2 LBRL, conforme al que las materias enumeradas son solo un espacio dentro del cual los municipios deben disponer “en todo caso” de competencias “propias”, sin prohibir que la ley atribuya otras en materias distintas.

La interpretación de que las “competencias propias” municipales no son solo las atribuidas dentro de los márgenes del art. 25.2 LBRL resulta igualmente de previsiones generales de la Ley reguladora de las bases de régimen local que han permanecido inalteradas. Así, la precisión de que “las competencias de las Entidades locales son propias o atribuidas por delegación” (art. 7.1 LBRL) y la obligación de que “la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias”, garantice “la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales” y el “derecho” de “los Municipios, las Provincias y las Islas” a “intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia” (art. 2.1 LBRL). Respecto de este último precepto, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local solo ha incluido un último inciso para añadir la “estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sosteni-

bilidad financiera” como límite a la atribución de competencias locales (art. 1.1, apartado 1).

Debe, pues, excluirse la interpretación de que los municipios solo pueden obtener competencias propias en las materias enumeradas en el art. 25.2 LBRL. Si el Estado quisiera apoyarse en el art. 149.1.18 CE para interferir de modo tan penetrante en las competencias de las Comunidades Autónomas (prohibiendo con carácter general que estas atribuyan competencias propias a los municipios de su ámbito territorial en cualesquiera otras materias), tendría que haberlo establecido expresa o inequívocamente. Por lo demás, semejante prohibición, indiscriminada y general, sería manifiestamente invasiva de las competencias de las Comunidades Autónomas. Consecuentemente, en los ámbitos excluidos del listado del art. 25.2 LBRL, las Comunidades Autónomas pueden decidir si, y hasta qué punto, los municipios deben tener competencias propias, pero sujetándose a las exigencias de los apartados 3, 4 y 5 del art. 25 LBRL; además de a las garantías de autonomía local previstas en la Constitución y, en su caso, en los Estatutos de Autonomía.

A este respecto, debe realizarse aún otra precisión. El tenor literal de los apartados 3 y 4 del art. 25 LBRL podría dar lugar a entender que las exigencias que contienen operan solo en la atribución de competencias propias reconducibles al listado de materias del apartado 2. Sin embargo, tanto la voluntas legis como la voluntas legislatoris son, claramente, que la atribución de todas las competencias propias, también las relativas a otras materias, se ajuste a las condiciones que aquellos apartados recogen: 1) evaluación conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; 2) análisis del impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad; 3) dotación de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera del ente local sin que suponga mayor gasto de las Administraciones públicas. De otro modo se llegaría al absurdo de que el legislador básico habría puesto más trabas a la atribución de competencias propias, dentro de las materias que considera de claro interés municipal, que a la atribución de competencias propias en los demás ámbitos materiales, donde el interés local puede ser bajo o inexistente y el riesgo de desequilibrio presupuestario, quizá, más intenso.

d) La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local suprime las reglas generales habilitantes previstas en la anterior

redacción de los arts. 25.1 y 28 LBRL. En particular, modifica la redacción del apartado 1 del art. 25 con el fin de que la atribución de competencias “propias” quede sujeta a las exigencias de los apartados 2 a 5. Los municipios no pueden apoyarse en el art. 25.1 LBRL para entenderse autorizados a promover cualesquiera actividades y servicios relacionados con las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local deroga expresamente en paralelo el art. 28 LBRL, conforme al que los municipios podían “realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente”.

En sustitución de aquellas reglas habilitantes generales, se establece otra que permite a los municipios (y a todas las entidades locales) ejercer cualesquiera competencias, pero con sujeción a exigentes condiciones materiales y formales (art. 7.4 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.3 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local). Estas competencias se llamaban “impropias” en el anteproyecto. En el art. 7.4 LBRL reciben la denominación de “competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”. Su ejercicio no requiere de una habilitación legal específica, pero es posible solo si: 1) no hay riesgo para la sostenibilidad financiera de la hacienda municipal; 2) no se produce la ejecución simultánea del mismo servicio con otra Administración; 3) hay informe previo vinculante de la Administración competente por razón de la materia (que señale la inexistencia de duplicidades) y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera (sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias).

Cumplidas estas exigencias, el municipio podrá ejercer la competencia “en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas” (art. 7.2 LBRL). Por eso la doctrina las ha denominado, en positivo, competencias “propias generales”. Se distinguen de las competencias propias del art. 25 LBRL, no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce, sino por la forma en que están atribuidas. Si las reguladas en el art. 25 LBRL son competencias determinadas por la ley sectorial, las previstas en el art. 7.4 LBRL están directamente habilitadas por el legislador básico, quedando su ejercicio sujeto a la indicada serie de condiciones.

e) Junto a esta regla habilitante general, hay las reglas habilitantes específicas incluidas en la propia legislación básica. La nueva redacción del art. 26 LBRL (dada por el art. 1.9 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) mantiene un listado de servicios mínimos y, con ello, la obligación y consiguiente habilitación directa a los municipios en orden a su establecimiento. La novedad es que suprime o reduce el alcance de algunas obligaciones prestacionales recogidas en la redacción anterior. Por ejemplo, ya no es obligatorio que todos los municipios presten el servicio de “control de alimentos y bebidas”, ni que los de más de 20.000 habitantes lleven a cabo la “prestación de servicios sociales”.

11. Se está así ya en condiciones de resolver las impugnaciones relacionadas con la ordenación de las competencias municipales. El recurso razona la inconstitucionalidad del art. 27 LBRL (en la redacción dada por el art. 1.10 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) en conexión con el art. 7.4 LBRL (en la redacción dada por el art. 1.3 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local), así como de la disposición adicional novena de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. El recurso considera que la delegación es una técnica instrumental de libre ejercicio por parte del titular de la competencia y, por tanto, una fórmula respecto de la que la Comunidad Autónoma ha de tener plena disponibilidad. El art. 27 LBRL, aunque no cierra las materias susceptibles de delegación, regularía de manera tan detallada sus condiciones (alcanza a las características, duración mínima o mecanismos de control de la eficiencia), que podría considerarse una extralimitación en el ejercicio de la competencia básica estatal. El art. 7.4 LBRL vulneraría igualmente la Constitución al disponer que las Comunidades Autónomas preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia. En el contexto del sistema de distribución de competencias locales que establece la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, estas técnicas impedirían que los Ayuntamientos desarrollen competencias propias. La disposición adicional novena de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local desbordaría igualmente el art. 149.1.18 CE toda vez que impone para el 31 de diciembre de 2014 la adaptación a la Ley de los convenios ya suscritos entre las Comunidades Autónomas y los entes locales que conllevan financiación de las competencias delegadas, quedando sin efecto en caso contrario.

a) *La nueva redacción del art. 27 LBRL, más que ocupar mayor espacio normativo que la versión anterior, altera el sentido político de la delegación de competencias en los municipios. Conforme a la redacción anterior, la delegación servía esencialmente para extender el poder local a competencias cuya titularidad retiene la Comunidad Autónoma o el Estado, por predominar los intereses supralocales sobre los municipales. La delegación permite proteger los intereses locales involucrados (mediante la descentralización del ejercicio de la competencia en los entes locales) sin riesgo para los intereses supralocales que justifican la centralización de la titularidad (siguen tutelados mediante las facultades de dirección y control que se reserva la entidad delegante y que acepta la entidad delegada). El nuevo régimen no es ajeno a esta lógica, pero desarrolla otra hasta ahora menos presente: la delegación como mecanismo de reducción de costes en la gestión de las competencias autonómicas y estatales. El propio precepto dispone que la delegación garantizará la suficiencia financiera del municipio, mejorará el servicio a la ciudadanía, incrementará la transparencia de los servicios públicos y contribuirá a los procesos de racionalización administrativa, evitando duplicidades administrativas y generando un ahorro neto de recursos (apartados 1 y 3).*

Alguna previsión del art. 27 LBRL está directamente relacionada con la suficiencia financiera del municipio [STC 233/1999, FJ 4 b)], estableciendo normas comunes de la actividad de las distintas haciendas que aseguran los principios constitucionales de eficacia y economía (STC 130/2013, FJ 9); de modo que, si no conecta con el art. 149.1.14 CE, es, al menos, una base del régimen local ex art. 149.1.18 CE. Así, en particular, la exigencia de que la delegación vaya siempre acompañada de la correspondiente financiación con la consiguiente dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico correspondiente (apartado 6, párrafo primero).

Respecto del art. 27 LBRL en su conjunto hay que tener en cuenta que la legislación básica del régimen local (art. 149.1.18 CE) “comprende los principios o bases, relativos a los aspectos institucionales –organizativos y funcionales– y a las competencias locales” (STC 103/2013, FJ 4, citando la STC 214/1989, FFJJ 1 a 4). Entre estos aspectos se halla, sin duda, la delegación (SSTC 214/1989, FFJJ 11 y 27, y 233/1999, FJ 37, en relación con la delegación de competencias estatales en los entes locales y de las competencias locales en las entidades territoriales supralocales).

A través del precepto controvertido, el legislador básico ha pretendido poner el régimen de las competencias delegadas al servicio de la eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), la eficiencia en el gasto público (art. 31.2 CE) y la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). El precepto fija un tope temporal (la delegación “no podrá ser inferior a cinco años”) y requisitos formales (memoria económica y contenidos de la disposición o acuerdo de delegación) (apartados 1 y 7), pero permanece en el terreno de los principios y criterios generales, precisando que el modo en que las competencias delegadas hayan de ejercerse dependerá de la legislación aplicable; estatal o autonómica, según corresponda (apartado 8). Recoge un listado detallado de competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas “podrán delegar” (apartado 3), pero no impone la delegación ni impide que se produzca en otras materias.

Al condicionar la efectividad de la delegación a la aceptación municipal (apartado 5), establece una base destinada a “concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada” (SSTC 103/2013, FJ 4, y 143/2013, de 11 de julio, FJ 3). Lo mismo cabe afirmar respecto de otra serie de previsiones que, vinculadas a la suficiencia financiera del municipio fusionado, son bases del régimen local cuando no normas sobre haciendas locales ex art. 149.1.14 CE: el ente local puede renunciar a la delegación si la Administración delegante incumple sus obligaciones financieras o ante la imposibilidad suficientemente justificada de desempeñar la competencia delegada sin menoscabo en el ejercicio de las competencias propias (apartado 7); puede también compensar las obligaciones financieras incumplidas por la Administración delegante con los créditos que ésta tenga frente a él (apartado 6, párrafo segundo).

La STC 233/1999 afirmó que “ha de entenderse dictado en el ejercicio de la competencia básica del Estado en materia de hacienda local” un régimen de compensación de créditos del Estado y los entes locales en alguna medida similar al establecido ahora para créditos recíprocos de los entes locales y las Comunidades Autónomas. Responde al “fin de simplificar las relaciones (consideradas desde la perspectiva presupuestaria) entre la Administración estatal y local en el plano financiero. Se trata de evitar así una innecesaria reiteración de procedimientos administrativos en garantía de los principios constitucionales de eficacia y coordinación que, con carácter general, deben presidir las relaciones entre las Administraciones Públicas (art. 103.1 C.E.), sin que una previsión de este tipo tenga por qué afectar en sí misma a la sufi-

ciencia financiera de las Haciendas locales, también constitucionalmente garantizada” [FJ 41 c)].

A su vez, las facultades de control y dirección atribuidas a la Administración delegante (apartado 1, segundo párrafo, y apartado 4), ya previstas en la redacción anterior, son consubstanciales a la técnica de la delegación sin que supongan en modo alguno vulneración de la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE). Su fundamento se halla, por un lado, en que el ente local tiene la libertad de aceptar o rechazar la delegación y, por otro, en que la Administración delegante es titular de la competencia sin que pueda desentenderse de los intereses supralocales que justifican que haya retenido la titularidad.

b) El recurso de inconstitucionalidad ha puesto en conexión los controles previstos en el art. 27 LBRL con los regulados en el art. 7.4 LBRL (sobre las competencias locales “distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”), pese a que, en realidad, son de muy diversa naturaleza, según razonamos a continuación.

El art. 7.4 LBRL encierra una regla habilitante general que permite a los entes locales el ejercicio de competencias no atribuidas específicamente, aunque solo ante exigentes condiciones, entre las que están los informes previos y vinculantes de la Administración competente por razón de la materia y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera. Las condiciones que impone el art. 7.4 LBRL no se proyectan sobre el sentido que haya de dar el ente local a la competencia, sino sobre la posibilidad misma de su ejercicio. A través de ellas, la Administración autonómica puede llegar a impedir que el municipio ejerza una competencia que no está específicamente atribuida por ley, pero no condicionar el modo en que desarrollará la efectivamente autorizada. Cumplidas las exigencias del art. 7.4 LBRL, el ente local podrá llevar a cabo la tarea “en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas” (art. 7.2 LBRL).

Para valorar si el art. 7.4 LBRL es compatible con la garantía de la autonomía local, no resulta aplicable la doctrina constitucional relativa a los controles sobre los entes locales que, inaugurada en la STC 4/1981, de 2 de febrero, hemos resumido recientemente en la STC 154/2015, de 9 de julio, FFJJ 6 y 8. Los controles que diseña el art. 7.4 LBRL son, en cierto modo, técnicas para la delimitación de las competencias locales, no instrumentos que permiten a una Administra-

ción supralocal interferir en el desarrollo autónomo de las competencias locales efectivamente delimitadas o atribuidas.

Corresponde entonces aplicar la doctrina constitucional relativa a los límites que los arts. 137, 140 y 141 CE imponen a la atribución (o supresión) de competencias locales. Conforme a esta doctrina, al distribuir poder local, el Estado y las Comunidades Autónomas disponen de “libertad de configuración”, pero deben graduar “el alcance o intensidad de la intervención local ‘en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias’” [STC 154/2015, FJ 6 a), citando las SSTC 32/1981, FJ 4, 170/1989, FJ 9, 51/2004, FJ 9, 95/2014, FJ 5; 57/2015, FJ 6, y 92/2015, FJ 4]. Habría vulneración de la autonomía local solo si a través de aquellos informes y exigencias materiales, el art. 7.4 LBRL hubiera impedido que los municipios intervengan en los asuntos que les afectan con un grado de participación tendencialmente correlativo a la intensidad de sus intereses.

Resulta evidente que tal imposibilidad no se produce en el contexto de un modelo básico que atribuye directamente determinadas competencias a los entes locales (art. 26 LBRL), permite a las leyes (estatales y autonómicas) atribuir específicamente competencias propias o, incluso, obliga a que lo hagan “en todo caso” dentro de determinados ámbitos materiales (art. 25.2 LBRL). A su vez, el art. 7.4 LBRL se apoya en intereses supralocales (vinculados a la racionalización de las Administraciones públicas, la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria) para restringir la posibilidad de ejercicio de “competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”.

Por otra parte, las Administraciones que han de elaborar los informes previos están directamente vinculadas por la garantía constitucional de la autonomía local. Son ellas –no el art. 7.4 LBRL– las que podrían llegar a incurrir en la vulneración denunciada si impidieran efectivamente en casos concretos una intervención local relevante en ámbitos de interés local exclusivo o predominante, sin perjuicio de los amplios márgenes de apreciación que abren los arts. 137, 140 y 141 CE. Consecuentemente, la impugnación del art. 7.4 LBRL, en cuanto a que los controles previstos vulnerarían la garantía constitucional de la autonomía local, debe reputarse “preventiva” y, por ello, desestimable [por todas, SSTC 111/2013, de 9 de mayo, FJ 4, y 182/2014, de 6 de noviembre, FJ 2 e)].

Así lo ha especificado la doctrina constitucional en relación con preceptos que centralizan en la Administración autonómica facultades de

planeamiento urbanístico, que es una competencia de fuerte interés municipal [SSTC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39; 159/2001, FJ 4; 204/2002, de 31 de octubre, FJ 13; AATC 193/2015, de 18 de noviembre, FJ 3 a) y 194/2015, de 18 de noviembre, FJ 3 a)]. La STC 154/2015, FJ 6 e), en particular, ha desarrollado esta doctrina con relación a un precepto que permitía a la Consejería competente establecerse como Administración actuante para la formulación, tramitación y aprobación de instrumentos de planeamiento en las delimitaciones de reserva de terrenos para el patrimonio autonómico de suelo: “el precepto impugnado no es contrario a la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE), sin perjuicio de que la jurisdicción contencioso-administrativa podrá controlar las eventuales extralimitaciones en que incurra la Administración autonómica al ejercer las competencias urbanísticas atribuidas y, en particular, la concurrencia de intereses supralocales legitimantes, la efectiva apertura de canales de participación local durante todas las fases del planeamiento así como la asignación a la intervención local del peso correspondiente a los intereses municipales afectados”.

c) La disposición adicional novena de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local obliga a adaptar a lo previsto en ella los “convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación” ya suscritos a la entrada en vigor de la Ley que “lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio de las competencias locales delegadas o “distintas a las enumeradas en los artículos 25 y 27 LBRL”. Tales convenios, acuerdos o instrumentos “quedarán sin efecto” si el Estado y las Comunidades Autónomas no han cumplido la obligación de adaptación antes del 31 de diciembre de 2014.

La norma adolece de imprecisión, pero está evidentemente destinada a asegurar que las Comunidades Autónomas y el propio Estado cumplan el principio de suficiencia financiera de los entes locales (art. 142 CE), en general, y el art. 27.6 LBRL, en particular. Este último establece que “la delegación habrá de ir acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación”.

La disposición controvertida, estando relacionada con la suficiencia financiera del municipio (art. 142 CE) y destinada a garantizar la efectividad de normas comunes de la actividad de las distintas hacien-

das que aseguran los principios constitucionales de eficacia y economía, si no se encuadra en el art. 149.1.14 CE [SSTC 233/1999, FJ 4 b) y 130/2013, FJ 9], resulta claramente amparada por el art. 149.1.18 CE. Ambos títulos dan cobertura, con diferente alcance, a una regulación sobre competencias delegadas e instrumentos de cooperación y, con ello, a normas como la aquí controvertida, que delimitan el ámbito de aplicación y los efectos de esa regulación.

La disposición impugnada no implica estrictamente la supresión de instrumentos de cooperación, en general, y de convenios de delegación, en particular. Por un lado, exige su adaptación a un régimen cuya fijación corresponde al Estado y, por otro, establece que el incumplimiento de ese régimen lleva aparejada la extinción. El mantenimiento de los convenios, acuerdos y mecanismos de colaboración depende así de la voluntad de los entes territoriales que los han suscrito y de que estos respeten una norma a cuyo cumplimiento están constitucionalmente obligados (arts. 9, apartados 1 y 3, y 103.1 CE). Consecuentemente, procede desestimar la impugnación.

12. Se impugna el art. 25 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.8 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, también en conexión con el art. 7.4 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.3 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

a) Según el recurso, el art. 25, en combinación con el art. 7.4, ambos de la LBRL, en la redacción dada por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, degradaría al legislador autonómico en el ejercicio de sus competencias estatutarias y a los municipios en la calidad de las atribuciones recibidas. Su apartado 2 del art. 25 LBRL fijaría un listado numerus clausus que cierra el ámbito material dentro del cual los municipios pueden ejercer competencias propias. Impediría que las Comunidades Autónomas ejerzan sus competencias para ampliar las municipales. También que los Ayuntamientos puedan desarrollar las competencias propias que tienen garantizadas en algunos Estatutos de Autonomía.

Frente a la interpretación del art. 25.2 LBRL que propone la Asamblea legislativa de Extremadura, cabe reiterar en línea con el Abogado del Estado que, en realidad, la norma indica solo las materias dentro de las cuales las leyes estatales y autonómicas deben necesariamente (“en todo caso”) atribuir competencias propias a los municipios. Fuera de las materias enumeradas, las Comunidades Autónomas están liberadas de esta restricción, por lo que podrán atribuir o quitar competencias

municipales propias sin más límites que los derivados de la Constitución (arts. 103.1, 135, 137, 140), los apartados 3, 4 y 5 del art. 25 LBRL y, en su caso, los Estatutos de Autonomía. No es solo que esta interpretación fluya con naturalidad; es que la opuesta que propone el recurso es imposible en ausencia de una determinación legal inequívoca en ese sentido y, además, manifiestamente contraria al sistema constitucional de distribución competencial, según se ha razonado ya. Consecuentemente, el art. 25.2 LBRL, al no imponer la limitación que el recurso le atribuye, no puede vulnerar las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas.

Bajo la perspectiva de los entes locales, el art. 25.2 LBRL: 1) eleva el mínimo de autonomía municipal que garantiza la Constitución (arts. 137 y 140 CE), en la medida en que indica específicamente materias de interés local para que las leyes asignen competencias propias en función de ese interés local; 2) no impide que, en cualesquiera otros ámbitos materiales, siga operando la garantía constitucional de la autonomía local, traducida en que el legislador (estatal o autonómico), al ejercer “su libertad de configuración” “gradúe el alcance o intensidad de la intervención local ‘en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias’” [STC 154/2015, FJ 6 a), citando las SSTC 32/1981, FJ 4, 170/1989, FJ 9, 51/2004, FJ 9, 95/2014, FJ 5; 57/2015, FJ 6, y 92/2015, FJ 4]. Por tanto, la nueva redacción del art. 25.2 LBRL, no solo no vulnera la garantía constitucional de la autonomía local, sino que la eleva en alguna medida en línea con la redacción anterior.

La desaparición, en la nueva redacción del art. 25.2 LBRL, de algunas materias recogidas en la anterior no es contraria a la garantía constitucional de la autonomía local. Tales exclusiones significan que en determinados ámbitos el legislador básico ha dejado de ampliar el mínimo de autonomía local que garantiza la Constitución y, por tanto, que dentro de ellos la Comunidad Autónoma o el legislador sectorial estatal pueden atribuir competencias propias municipales, pero sin estar obligados a hacerlo “en todo caso”. Consecuentemente, el legislador competente según la materia conserva la capacidad de distribuir poder local en los ámbitos excluidos con sujeción a la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) y a los principios de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE); además de a las exigencias derivadas de los apartados 3, 4 y 5 del art. 25 LBRL y, en el caso de las Comunidades Autó-

nomas, a las indicaciones que eventualmente incluyan los Estatutos de Autonomía.

Por otra parte, es verdad que, tal como destaca el recurso de inconstitucionalidad, el Estatuto de Autonomía, en tanto que “norma institucional básica” (art. 147.1 CE), puede contener las “líneas fundamentales o la regulación esencial” del régimen local en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Ahora bien, también hemos dicho que esa regulación esencial vincula solo al legislador autonómico y únicamente en la medida en que no contradiga el régimen dictado en ejercicio de “la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE” (SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 36; 103/2013, FJ 4).

Procede, por tanto, desestimar la impugnación del art. 25.2, en relación con el art. 7.4, ambos LBRL, en la redacción dada por los apartados 8 y 3, respectivamente, del art. 1 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

b) Los apartados 3 y 5 del art. 25 LBRL desbordarían, según el recurso, los límites del art. 149.1.18 CE al exigir que las Comunidades Autónomas determinen específicamente las competencias municipales propias. La Comunidad Autónoma no podría ya atribuir competencias locales mediante cláusulas generales ni, por tanto, reconocer al municipio un ámbito de libertad para decidir sus tareas. Ello supondría, para las Comunidades Autónomas, una injerencia injustificada en sus competencias y, para los municipios, una degradación igualmente injustificada de su autonomía. La única cláusula general con que estos cuentan es la recogida en el art. 7.4 LBRL, que establece múltiples restricciones. De modo que el juego conjunto de los apartados 3 y 5 del art. 25 y el art. 7.4, todos de la Ley reguladora de las bases de régimen local, vulneraría el sistema constitucional de distribución competencial y la garantía de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). Bajo la óptica de las Comunidades Autónomas, los apartados 3 y 5 del art. 25 LBRL impiden, en efecto, que estas atribuyan competencias propias mediante cláusulas generales, abiertas o indeterminadas. Ahora bien, ello no es más que una opción política del legislador básico, que está autorizado a diseñar el modelo dentro del cual ha de moverse la asignación de competencias municipales [SSTC 214/1989, FJ 3 a) y b), 159/2001, FJ 4, 121/2012, FJ 7]. Desde la perspectiva de la garantía constitucional de la autonomía local (art. 137 CE), ese modelo debe asegurar necesariamente que los municipios puedan intervenir en los

asuntos que les afectan con un nivel de participación tendencialmente correspondiente a la intensidad de los intereses implicados.

No puede producirse la vulneración de los arts. 137 y 140 CE solo porque el art. 25 LBRL exija concreción a las leyes atributivas de competencias propias municipales. Que los municipios consigan o no la capacidad de intervención que para ellos reclama la Constitución (arts. 137 y 140), dependerá de lo que establezcan unas leyes que ahora deben ser necesariamente específicas, sin que la sola proscripción de la cláusula general como técnica de distribución de poder local vulnere por sí la autonomía local constitucionalmente garantizada. En todo caso, la propia Ley reguladora de las bases de régimen local contiene una cláusula general que puede llegar a permitir que los entes locales desplieguen competencias no específicamente atribuidas por ley. Se trata de una previsión que ya hemos examinado bajo la óptica de la garantía constitucional de la autonomía local y sobre la que corresponde volver ahora desde la perspectiva de las competencias de las Comunidades Autónomas.

El art. 7.4 LBRL contiene una habilitación que permite a los entes locales ejercer competencias en cualesquiera ámbitos materiales. Al prever que los entes locales “podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, el legislador básico viene a atribuir directamente competencias locales en materias de competencia autonómica y, por tanto, en ámbitos donde en principio solo las Comunidades Autónomas tienen capacidad para asignar poder local. Sin embargo, la posibilidad de ejercer esas competencias queda sujeta a exigentes condiciones; entre ellas, informes previos y vinculantes de las propias Comunidades Autónomas. Consecuentemente, no puede afirmarse que el Estado haya atribuido de manera indiscriminada y general competencias locales en materias que los Estatutos de Autonomía reservan a las Comunidades Autónomas, ni que haya sacrificado relevantes intereses supralocales o autonómicos.

Cabe trasladar aquí la doctrina constitucional relativa a la “cláusula competencial genérica” que incluía el art. 28 LBRL: “esas ‘actividades complementarias’ en forma alguna menoscaban o se configuran como un obstáculo a las competencias que corresponden al Estado o a las Comunidades Autónomas. Razón por la cual difícilmente puede admitirse la consecuencia que, desde la perspectiva del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Galicia, las entidades recurrentes anudan a esa habilitación que prevé el art. 28 LBRL” (STC 214/1989, FJ 12). Por tanto, el art. 7.4 LBRL no vulnera las competencias estatuta-

rias de las Comunidades Autónomas como tampoco la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE), tal como se ha razonado en el fundamento jurídico anterior.

Procede, pues, desestimar la impugnación del art. 25, apartados 3 y 5, en relación con el art. 7.4, ambos LBRL, en la redacción dada por los arts. 1.8 y 1.3 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

c) El recurso razona igualmente que el apartado 4 del art. 25 LBRL viene a prohibir que las Comunidades Autónomas descentralicen competencias propias en los entes locales cuando ello suponga mayor gasto. La posibilidad de que la Comunidad Autónoma atribuya competencias municipales habría pasado a depender del simple coste correspondiente al ejercicio de la competencia en cuestión, considerado individualmente, sin relación con el conjunto de la situación financiera y presupuestaria de las Administraciones públicas. Ello entrañaría la violación de la garantía constitucional de la autonomía local y de las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas.

El inciso final del art. 25.4 LBRL constituye una “medida orientada a la finalidad del gasto, que el legislador estatal puede adoptar al amparo de su competencia exclusiva en materia de hacienda general ex art. 149.1.14 CE, en la vertiente del gasto público, conforme a la cual al Estado le corresponde, como ya dijimos, no sólo la regulación del régimen jurídico de la ordenación de los gastos de la Administración del Estado, sino también el establecimiento de las normas y principios comunes de la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que deben regir el gasto público, entre los que se encuentra el principio de eficiencia y economía (art. 31.2 CE)” (STC 130/2013, FJ 9).

En realidad, la previsión controvertida no establece una simple prohibición de que las Comunidades Autónomas descentralicen competencias propias en los entes locales cuando ello suponga mayor gasto, tal como alega el recurso. Para las Comunidades Autónomas, la previsión supone que, al diseñar políticas, en general, y redistribuir competencias y recursos entre Administraciones, en particular, debe quedar asegurada la suficiencia financiera de los entes locales y la estabilidad presupuestaria. No queda imposibilitada la atribución de competencias municipales que, aisladamente consideradas, entrañen incrementos del gasto. En tales casos, la norma obliga solo a que las Comunidades Autónomas persigan ahorros correlativos en cualesquiera otros ámbitos de su competencia. El legislador estatal no ha prejuzgado las políticas a las que

las Comunidades Autónomas deben dar preferencia. El art. 25.4 LBRL no vulnera las competencias autonómicas ni impide por sí que los entes locales puedan intervenir en los asuntos que les afectan con un nivel de participación tendencialmente correlativo a la intensidad de los intereses locales involucrados. Consecuentemente, procede desestimar la impugnación del art. 25.4 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.8 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

13. Se impugnan las disposiciones adicionales undécima y decimoquinta y transitorias primera, segunda y tercera de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

a) Las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local abordan dos servicios típicamente municipales: “los servicios sociales y de promoción y reinserción social” y “la participación en la gestión de la atención primaria de la salud”. Tales servicios se refieren a materias previstas como autonómicas en los apartados 20 (“asistencia social”) y 21 (“sanidad e higiene”) del art. 148.1 CE y en los Estatutos de Autonomía.

Se trata de servicios de competencia autonómica habitualmente desplegados en el nivel municipal porque así lo decidieron (o permitieron) las Comunidades Autónomas (al amparo de sus Estatutos) o el Estado (mediante la regulación ex art. 149.1.18 CE de servicios mínimos y habilitaciones directas) o, simplemente, porque fueron desarrollados de hecho por los Ayuntamientos. Vienen a señalarlo las propias disposiciones controvertidas al indicar de modo algo impreciso que la anterior legislación preveía estas tareas “como propias del Municipio” (apartado 1 de ambas disposiciones). Más precisamente, son servicios que, incluidos en el anterior listado de materias del art. 25.2 LBRL, muchos municipios venían prestando, bien de hecho, bien al amparo de normas jurídicas, en particular: 1) legislación autonómica (dictada al amparo de los Estatutos en el marco del art. 25.2 LBRL); 2) las cláusulas generales de la Ley reguladora de las bases de régimen local –antes de que la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local las reformulara (art. 25.1 LBRL) o derogara (art. 28 LBRL)–; 3) la habilitación directa para la “prestación de servicios sociales”, configurada como obligatoria en municipios de más de 20.000 habitantes [redacción anterior del art. 26.1 c) LBRL].

La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local ha excluido estos servicios del elenco de materias dentro de las que

“en todo caso” las leyes autonómicas deben atribuir competencias propias (art. 25.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.8 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local). A su vez, no las habilita directamente: la “prestación de servicios sociales” [redacción anterior del art. 26.1 c) LBRL] no figura ya entre los servicios mínimos obligatorios en municipios con población superior a 20.000 habitantes [art. 26.1 c) LBRL, en la redacción dada por el art. 1.9 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local]. Más aún, a través de las disposiciones controvertidas establece la prohibición tanto de que las Comunidades Autónomas atribuyan estos servicios como competencias propias locales como de que los entes locales los desarrollen como competencia “distinta de las propias o atribuidas por delegación” al amparo de la regla general habilitante del art. 7.4 LBRL (en la redacción dada por el art. 1.3 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local); todo ello aunque con anterioridad estuvieran previstas como competencias “propias del Municipio” y aunque “su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local” (apartado 1 de las disposiciones transitorias primera y segunda). Un ente local podrá ejercer tales competencias solo si las recibe por delegación (apartados 4 y 5 de las disposiciones transitorias primera y segunda).

Otros preceptos de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local acotan el alcance de esta prohibición. Entre las materias en que, conforme a la nueva redacción del art. 25.2 LBRL, la ley debe “en todo caso” atribuir competencias propias municipales subsisten la “evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social” [letra e)] y otras relacionadas con la salud o la sanidad: “protección de la salubridad pública” [letra j)], “abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales” [letra c)], “cementerios y actividades funerarias” (letra k)], “ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante” [letra i)] y “medio ambiente urbano”, que incluye la “gestión de residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas” [letra b)]. A su vez, la actual redacción del art. 26.1 c) LBRL habilita directamente a los municipios con población superior a los 20.000 habitantes a ejercer la competencia de “evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”,

que queda establecida como servicio obligatorio. Habilita igualmente competencias relacionadas con la salud y la sanidad estableciéndolas como servicios obligatorios en todos los municipios [apartado 1, letra a): “recogida de residuos” y “abastecimiento de agua potable”] o en los de determinado nivel poblacional [apartado 1, letras b) y d): “tratamiento de residuos” y “medio ambiente urbano”, respectivamente]. Consecuentemente, la prohibición de que los municipios ejerzan competencias de asistencia social y atención primaria a la salud (disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) no se extiende a las concretas tareas asistenciales y sanitarias directamente atribuidas a los Ayuntamientos por el art. 26 LBRL o configuradas como ámbito material dentro del cual la ley autonómica debe conferir “en todo caso” competencias municipales propias (art. 25.2 LBRL). Acotado así el alcance de la prohibición, tratándose de servicios de titularidad autonómica (por virtud de los Estatutos) que el nivel local no puede ya desarrollar (por virtud de las disposiciones impugnadas), la Ley controvertida prevé el traspaso a las Comunidades Autónomas. Incluye, además, normas sobre el modo en que ha producirse el indicado traspaso y la ulterior gestión de los servicios traspasados.

Así, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local prevé un “plan para la evaluación, reestructuración e implantación de los servicios” que ha de elaborar la Comunidad Autónoma (apartados 1 y 2 de las disposiciones transitorias primera y segunda). Fija un plazo cerrado (hasta el 31 de diciembre de 2018, en un caso, y hasta el 31 de diciembre de 2015, en otro) para ejecutarlo (apartado 1 de las disposiciones transitorias primera y segunda). En el caso de los servicios sanitarios, la disposición transitoria primera.² concreta, además, el ritmo del proceso: cada año las Comunidades Autónomas asumirán un veinte por ciento de la gestión de los servicios asociados a las competencias sanitarias mencionadas.

A ello se añaden otras condiciones, en particular: a) la Comunidad Autónoma debe sufragar íntegramente estos servicios cuando, habiéndose resistido a asumirlos, el nivel municipal esté llevándolos a cabo; y b) en este caso, si no proporciona al municipio las cuantías precisas, el Estado puede aplicar retenciones en las transferencias que le correspondan en aplicación de su sistema de financiación (apartado 5 de las disposiciones transitorias primera y segunda). La disposición adicional undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local establece otras condiciones, vinculadas a la anterior: la

Comunidad Autónoma debe comunicar al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas tanto la asunción de aquellos servicios y competencias como las obligaciones que tuviera reconocidas y estuvieran pendientes de pago a los municipios; todo ello “al objeto de la realización, en los términos que se determinen reglamentariamente, de compensaciones entre los derechos y obligaciones recíprocos, el posterior ingreso del saldo resultante a favor de la Administración que corresponda y, en su caso, recuperación mediante la aplicación de retenciones en el sistema de financiación de la Administración pública que resulte deudora”. Asumida la gestión del servicio, opera igualmente una exigencia relativa al modo en que la Comunidad Autónoma debe llevarla a cabo: “no podrá suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas” (apartado 3 de las disposiciones transitorias primera y segunda).

b) *El recurso de inconstitucionalidad alega que las Comunidades Autónomas son titulares nada más que de las competencias que les atribuyen sus Estatutos. Señala que la ampliación competencial extraestatutaria es posible, pero solo a través de los instrumentos previstos en la Constitución: ley marco (art. 150.1 CE) y ley orgánica de transferencia y delegación (art. 150.2 CE). Solo mediante este tipo de leyes puede el Estado atribuir unilateralmente competencias a las Comunidades Autónomas. Las disposiciones transitorias primera y segunda habrían transferido competencias sin ajustarse al procedimiento constitucionalmente establecido. Admite que las Comunidades Autónomas habían asumido y ejercido competencias en materia de salud y servicios sociales, pero sin incluir las facultades que ahora se les atribuyen. Consecuentemente, el legislador estatal habría desbordado los límites del art. 149.1.18 CE al articular una ampliación extraestatutaria de las competencias autonómicas al margen del procedimiento constitucionalmente establecido. Por otra parte, el recurso razona que las disposiciones transitorias primera.5 y segunda.5 y adicional undécima incurren en inconstitucionalidad por estos motivos y, además, por los que sostienen la impugnación de otros preceptos de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que abordaremos después (disposición adicional octava y art. 1.17, que introduce el art. 57 bis LBRL): vulnerarían la reserva de ley orgánica (art. 157.3 CE) y la autonomía financiera garantizada en el art. 156 CE por autorizar al Estado a compensar determinadas deudas contraídas por las Comunidades Autónomas con los créditos resultantes de su sistema de financiación.*

Según ha quedado expuesto en el fundamento jurídico 9, la Constitución distribuye todo el poder público entre el Estado (las competencias atribuidas por el art. 149 CE) y las Comunidades Autónomas (las competencias atribuidas por los Estatutos de Autonomía y las leyes previstas en los apartados 1 y 2 del art. 150 CE). Los entes locales obtienen solo las atribuciones que les confieran el Estado y las Comunidades Autónomas, que en todo caso deben respetar la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE) [SSTC 214/1989, FJ 3 a), 159/2001, FJ 4, 121/2012, FJ 7].

Ninguna de las partes discute que los servicios mencionados en las disposiciones transitorias primera y segunda se refieren a competencias previstas en los apartados 20 (“asistencia social”) y 21 (“sanidad e higiene”) del art. 148.1 CE, efectivamente atribuidas a las Comunidades Autónomas por sus Estatutos de Autonomía. Según ha quedado ya expuesto, se está ante servicios de competencia autonómica que el nivel municipal venía prestando porque así lo decidieron (o permitieron) las Comunidades Autónomas (al amparo de sus Estatutos) o el Estado (mediante la regulación ex art. 149.1.18 CE de servicios mínimos y habilitaciones directas) o, simplemente, porque fueron desarrollados de hecho por los Ayuntamientos.

La innovación normativa que introducen las disposiciones transitorias primera y segunda no consiste estrictamente en la afirmación de la titularidad autonómica de estos servicios. Consiste, en primer término, en la prohibición de que los entes locales puedan prestarlos como competencias propias o como competencias ex art. 7.4 LBRL. Ello resulta a las claras de la previsión de que los entes locales podrán prestar estos servicios solo de modo transitorio o mediante delegación (apartados 4 y 5 de ambas disposiciones). También de la previsión de que “las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad” (apartado 1 de ambas disposiciones), “la gestión de los servicios” (apartado 2 de la disposición transitoria primera) o “la cobertura inmediata de dicha prestación” (apartado 2 de la disposición transitoria segunda). En la medida en que la titularidad era ya autonómica por virtud de los Estatutos, lo que está ordenándose es, simplemente, que el nivel local deje de gestionar aquellos servicios como competencias propias. De modo que el traspaso de la gestión a la Comunidad Autónoma trae causa del doble juego de, por un lado, la prohibición que establecen las previsiones controvertidas y, por otro, las atribuciones competenciales de los Estatutos de Autonomía. En segundo término, las disposiciones impugnadas innovan también en la parte en que regulan tanto el traslado

competencial indicado (apartados 1, 2, 4 y 5 de ambas disposiciones) como el modo en que las Comunidades Autónomas gestionarán el servicio (apartado 3 de ambas disposiciones).

A la vista de estas consideraciones, no puede afirmarse que el Estado ha vulnerado el art. 150 CE por llevar a cabo una ampliación extraestatutaria de las competencias autonómicas al margen del cauce constitucionalmente previsto. Como afirma el Abogado del Estado, tal ampliación no se produce estrictamente en la medida en que es el propio Estatuto el que atribuyó en su momento a la Comunidad Autónoma la titularidad de las competencias en materia de asistencia social y sanidad sin perjuicio de los títulos de que dispone el Estado, singularmente los apartados 16 y 17 del art. 149.1 CE. Ahora bien, no por ello estas disposiciones dejan de plantear la posible extralimitación competencial que denuncia la Asamblea legislativa de Extremadura.

El problema constitucional no es si el Estado ha llevado a cabo una ampliación extraestatutaria de competencias autonómicas, sino si ha desbordado los márgenes de lo básico al establecer que el nivel local no puede desarrollar determinadas competencias (salvo por delegación) e imponer condiciones a un traslado que trae causa en última instancia del propio Estatuto de Autonomía.

c) En consonancia con la estructura territorial compuesta que diseña el art. 137 CE (STC 82/1982, FJ 4), la Constitución no encomienda en exclusiva la distribución del poder local ni al Estado ni a las Comunidades Autónomas, según se ha recordado ya. Cada cual en el marco de sus atribuciones ha de regular y conferir competencias a los entes locales. El art. 149.1.18 CE ampara solo una ordenación básica de las condiciones con que el Estado y las Comunidades Autónomas han de atribuir competencias locales [SSTC 214/1989, FJ 3 a) y b), 159/2001, FJ 4, 121/2012, FJ 7]. El Estado solo podrá atribuir competencias locales específicas, o prohibir que éstas se desarrollen en el nivel local, cuando tenga la competencia en la materia o sector de que se trate. En materias de competencia autonómica, solo las Comunidades Autónomas pueden atribuir competencias locales o prohibir que el nivel local las desarrolle; sujetándose en todo caso a las exigencias derivadas de la Constitución (singularmente, arts. 103.1, 135, 137, 140 y 141 CE), las bases del régimen local ex art. 149.1.18 CE y, en su caso, los Estatutos de Autonomía. Ciertamente, las bases pueden llegar a prefigurar específicamente el poder local en materias de competencia autonómica, pero, de acuerdo con lo razonado en el fundamento jurídico 9 de esta Sentencia, solo para garantizar un núcleo homogéneo de derechos pres-

tacionales del vecino; o para atribuir directamente competencias locales, si ello no supone “un obstáculo a las competencias que corresponden” a las Comunidades Autónomas (STC 214/1989, FJ 12).

Las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local han superado claramente estos márgenes. No se limitan a dibujar un marco de límites dentro del cual la Comunidad Autónoma puede ejercer sus competencias estatutarias, para distribuir poder local o habilitar directamente determinadas competencias municipales sin obstaculizar el ejercicio de las atribuciones autonómicas. Al contrario, impiden que las Comunidades Autónomas puedan optar, en materias de su competencia, por descentralizar determinados servicios en los entes locales, obligando a que los asuma la Administración autonómica dentro de plazos cerrados y con determinadas condiciones.

Ciertamente, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local halla amparo en el art. 149.1.18 CE cuando impone exigencias a la atribución de competencias propias (art. 25 LBRL) y al ejercicio de las “distintas de las propias y atribuidas por delegación” (art. 7.4 LBRL) para asegurar que el Estado, las Comunidades Autónomas y las propias entidades locales desarrollen un sistema competencial ajustado a los principios de eficacia (art. 103.1 CE), eficiencia (art. 31.2 CE) y estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) sin perder de vista la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE). Las bases están regulando la atribución de competencias locales, pero no atribuyéndolas directamente por sí, ni impidiendo que las Comunidades Autónomas opten por centralizar o descentralizar en el marco de sus Estatutos. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local también se sitúa dentro de aquel título competencial cuando deja de habilitar directamente a los municipios la prestación de servicios sociales, que han desaparecido del listado de servicios mínimos obligatorios (art. 26.1 LBRL). Tal solución tampoco impide por sí que la Comunidad Autónoma decida atribuir a los municipios de su ámbito territorial esa competencia dentro del indicado marco de límites. Del mismo modo, el art. 149.1.18 CE da cobertura a la exclusión de la asistencia social y la sanidad del elenco de materias dentro del cual las leyes deben asegurar que los Ayuntamientos dispongan “en todo caso” de competencias propias (art. 25.2 LBRL). Tampoco esta previsión impide que la Comunidad Autónoma opte por asegurar a los municipios tales competencias con sujeción a las indicadas condiciones básicas.

Sin embargo, el indicado título no autoriza injerencias en la autonomía política de las Comunidades Autónomas como son, por un lado, la prohibición de que éstas en materias de su competencia atribuyan servicios a los entes locales y, por otro, la sujeción a un determinado régimen de traslación o traspaso (disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local). Las Comunidades Autónomas, siendo competentes para regular aquellos servicios sociales y sanitarios, son competentes para decidir –con sujeción al indicado marco de límites– sobre su descentralización o centralización y, en este segundo caso, para ordenar el correspondiente proceso de asunción competencial y traspaso de recursos.

La Comunidad Autónoma está sometida a los mandatos constitucionales de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE) –además de a la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE)– así como a las condiciones que establecen ahora los arts. 25 y 7 LBRL –y, en su caso, los Estatutos de Autonomía–. Dentro de este contexto normativo, a ella le debe corresponder la decisión última sobre si los municipios situados en su órbita territorial deben o no prestar servicios reconducibles a los ámbitos competenciales que tiene estatutariamente reservados y, en su caso, sobre el modo en que ha de efectuarse el correspondiente traslado. Al prohibir la descentralización de aquellos servicios, por un lado, y fijar una serie de plazos y condiciones al traspaso, por otro, las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local han superado el ámbito que la Constitución asigna a una regulación básica sobre atribuciones locales (art. 149.1.18 CE) y, con ello, han invadido las competencias autonómicas de asistencia social y sanidad, recogidas en los apartados 24 y 27, respectivamente, del art. 9 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

Ciertamente, las disposiciones controvertidas permiten una forma menor de descentralización: la delegación, que no alcanza a la titularidad, pero sí al ejercicio de la competencia. La efectividad de la delegación exige la aceptación del municipio delegado (art. 27.5 LBRL), lo que impide que las Comunidades Autónomas puedan apoyarse en esta técnica para desarrollar una política competencial propia que los Estatutos de Autonomía ordenan que sea establecida por ellas. A su vez, no porque la Comunidad Autónoma conserve la posibilidad de acudir a esta técnica, el legislador básico estatal deja de traspasar los márgenes

del art. 149.1.18 CE al prohibir en ámbitos de competencia autonómica la utilización de otras fórmulas (singularmente, la atribución de aquellos servicios como competencias propias municipales), por un lado, y al fijar condiciones y plazos a un traspaso cuya regulación corresponde a las Comunidades Autónomas en virtud de sus Estatutos, por otro.

Sin duda alguna, el Estado, a través del ejercicio de sus competencias, singularmente, en lo que ahora importa, en materia de régimen local (art. 149.1.18 CE), tiene la responsabilidad de perseguir los objetivos constitucionales, en general, y los mandatos de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE), en particular. Por eso, al valorar si el Estado se ha mantenido dentro de los límites de lo básico, no pueden perderse de vista tales objetivos. Sin embargo, tampoco puede olvidarse que aquellas normas constitucionales se dirigen también a las Comunidades Autónomas, que deben darles cumplimiento en el marco de sus atribuciones estatutarias, tanto ejecutivas como normativas (completas o de desarrollo). De ahí que, frente a las alegaciones del Abogado del Estado, hay que insistir en que el art. 135 CE no puede traducirse en una alteración radical de la doctrina constitucional que permita al Estado eliminar las competencias que los Estatutos de Autonomía, dentro del marco establecido por la Constitución, asignan a las Comunidades Autónomas para organizar sus servicios.

El apartado 1 de esas disposiciones señala que las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de aquellas competencias “de acuerdo con” (o “en los términos previstos en”) “las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales”. Esta mención no abre la interpretación (que sugiere el Abogado del Estado, aunque la desarrolla solo respecto de la disposición adicional decimoquinta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, a la que nos referiremos después) de que las normas que podrían eventualmente incurrir en inconstitucionalidad son, no las disposiciones transitorias primera y segunda, sino las reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las haciendas locales.

Como destaca el propio Abogado del Estado, las previsiones controvertidas se sitúan en un contexto normativo conforme al que los servicios indicados no son ya, en caso alguno, servicios municipales mínimos (art. 26.1 LBRL en la redacción dada por el art. 1.9 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) ni materias sobre las que las leyes autonómicas deben “en todo caso” atribuir competencias municipales propias (art. 25.2 LBRL, en la redacción

dada por el art. 1.8 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local). A la vista de este conjunto normativo se desprende inequívocamente que la intención de las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local es sustraer los indicados servicios a los entes locales.

A su vez, el tenor literal de estas disposiciones “es concluyente y no concede margen a una interpretación conforme con el orden constitucional de distribución de competencias” (en este sentido, recientemente: STC 209/2014, de 18 de diciembre, FJ 4). Para empezar, el título que las acompaña es altamente expresivo: “Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a la salud” y “Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a servicios sociales”, respectivamente. Lo mismo cabe afirmar del contenido. Disponen que los entes locales solo podrán prestar estos servicios transitoriamente o por delegación. Establecen además, literalmente, que “las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad”, “la gestión de los servicios” o la “cobertura inmediata de dicha prestación” “tras la entrada en vigor de esta Ley” y, más aún, antes de determinada fecha (el 31 de diciembre de 2018, en un caso, y el 31 de diciembre de 2015, en otro); conforme a un “plan para la evaluación, reestructuración e implantación de los servicios” ajustado a un específico ritmo (cada año, la Comunidad Autónoma habrá de asumir el 20 por 100 de la gestión de los servicios sanitarios mencionados). No solo estos: además de regular el modo en que la Comunidad Autónoma habrá de prestar el servicio asumido (“no podrá suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas”), asocian consecuencias represivas al incumplimiento de aquellos concretos plazos. La disposición adicional undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local impone una concreta exigencia a las Comunidades Autónomas (la comunicación al Ministerio de Hacienda de la asunción y de las obligaciones pendientes de pago) a los efectos de efectuar compensaciones de créditos y, en su caso, retenciones con cargo al sistema de financiación de la Administración correspondiente.

Consecuentemente, es indudable que las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, no porque mencionen las normas reguladoras del sistema de financiación, dejan de desbordar los márgenes de lo básico; imponen claramente la centralización de aquellos servicios y regulan también de modo evidente el consiguiente proceso de traslación com-

petencial. La interpretación que sugiere el Abogado del Estado es demasiado forzada y debe ser en consecuencia rechazada, so pena de “ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos” (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2), olvidando “el respeto al propio tenor literal de aquéllos” (STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2).

Corresponde, pues, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. También las de la disposición adicional undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (igualmente impugnada) en la medida que sus previsiones están estrechamente ligadas a aquellas dos transitorias.

d) Conforme a la disposición transitoria tercera de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, “en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, las Comunidades Autónomas prestarán los servicios relativos a la inspección y control sanitario de mataderos, de industrias alimentarias y bebidas que hasta ese momento vinieran prestando los municipios”.

La anterior redacción del art. 26.1 a) LBRL habilitaba directamente a todos los municipios españoles la competencia de “control de alimentos y bebidas”, configurándola como servicio mínimo obligatorio. Conforme a la nueva redacción, los municipios no están ya directamente habilitados por el legislador básico para ejercer la competencia de control de alimentos y bebidas. La disposición transitoria tercera de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local lleva esta regulación más lejos. Las Comunidades Autónomas serán quienes “en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley” prestarán aquellos servicios “que hasta ese momento vinieran prestando los municipios”; prohibiendo en consecuencia que puedan atribuírselos a los Ayuntamientos como competencia propia.

También en este caso la disposición controvertida ha desbordado los márgenes de una regulación básica de las competencias locales (art. 149.1.18 CE), invadiendo con ello las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas al prohibir la descentralización de aquellos servicios y fijar el plazo dentro del cual deben quedar centralizados en la Administración autonómica. Corresponde en consecuencia declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición transitoria tercera de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

e) *La disposición adicional decimoquinta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local se refiere a la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de otras competencias “que se prevén como propias del Municipio”, relativas a “participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, así como la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial”.*

En este caso, se da la particularidad de que la nueva redacción del art. 25.2 LBRL se refiere a estos servicios como materia dentro de la que la ley debe “en todo caso” asegurar a los municipios competencias propias [letra n)]. De este modo, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local amplía legalmente el nivel de autonomía local constitucionalmente garantizado respecto de, precisamente, los servicios mencionados en su disposición adicional decimoquinta. Consecuentemente, las Comunidades Autónomas no solo pueden, sino que deben, atribuir necesariamente servicios reconducibles a esta materia y han de hacerlo como competencias propias municipales. Ahora bien, la disposición controvertida establece, inversamente, que “las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las haciendas locales fijarán los términos en los que las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad” de aquellas competencias, “aun cuando hayan sido ejercidas por éstas, por Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o por cualquier otra Entidad Local”.

La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local ha incurrido en una evidente antinomia al imponer a las Comunidades Autónomas obligaciones de signo opuesto cuyo cumplimiento simultáneo resulta imposible: respecto de los mismos servicios, la Comunidad Autónoma está obligada, a la vez, a descentralizar y a centralizar. No corresponde a la jurisdicción constitucional “pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes” [por todas, SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 8, 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 3 d)], pero el cumplimiento de la función que le atribuye la Constitución [art. 161 a)] y su Ley Orgánica reguladora [arts. 2.1 a), 27.1 y 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional] exige en este caso la aplicación de cánones ordinarios de interpretación para salvar la antinomia y, con ello, identificar el significado de la disposición adicional decimoquinta de la

Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local como presupuesto lógico del juicio de constitucionalidad que solicita la Asamblea legislativa de Extremadura (SSTC 14/2013, de 31 de enero, FJ 6, y 66/2013, de 14 de marzo, FJ 4).

A estos efectos, se impone una interpretación que atienda al tenor de la disposición controvertida y a su conexión sistemática, no ya con el art. 25.2 n) LBRL, sino también con las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. A diferencia de estas, la que estamos examinando ahora carece por sí de efectos sobre las Comunidades Autónomas y los entes locales. El tenor literal es inequívoco: “Las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las haciendas locales fijarán los términos en los que las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias”. En este caso, y a diferencia de lo previsto en los anteriores, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local no establece plan alguno ni regula un traspaso de servicios mediante ritmos y plazos, ni establece que “tras la entrada en vigor de la Ley” o antes de una determinada fecha, “la Comunidad Autónoma asumirá la titularidad”, “la gestión de los servicios” o la “cobertura inmediata de dicha prestación”. Sin prohibir que los municipios lleven a cabo el servicio como competencia propia, sin permitir que estos los desarrollen solo, en su caso, por delegación y sin fijar plan o calendario alguno, se limita a confiar los “términos en los que las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad” a una intervención legislativa eventual y futura, esto es, a las “normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las haciendas locales, donde “se contemplará el correspondiente traspaso de medios económicos, materiales y personales”.

A la vista de lo dispuesto en el art. 25.2 n) LBRL, de la ausencia de una fecha límite para la articulación de un traspaso y, en general, del tenor de la disposición adicional decimoquinta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, cabe interpretar que el legislador básico no ha prohibido que la ley autonómica atribuya aquellas tareas como competencia propia municipal. Consecuentemente, las Comunidades Autónomas no están obligadas a centralizarlas; antes bien, están obligadas a asegurar que los municipios dispongan “en todo caso” de competencias propias dentro de ellas [art. 25.2 n) LBRL]. No produciendo los efectos que le asigna el recurrente, la disposición adicional decimoquinta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la

Administración local no puede vulnerar el sistema constitucional de distribución competencial.

Corresponde, pues, desestimar la impugnación de la disposición adicional decimoquinta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. No obstante, comoquiera que este precepto, aisladamente considerado, podría dar lugar a una lectura contraria al sistema de distribución competencial, se llevará al fallo la interpretación literal y sistemática aquí realizada, que es, de entre las dos en liza, la conforme a la Constitución.

14. El recurso de inconstitucionalidad impugna el art. 85.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.21 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Se dirige contra el régimen de preferencia de gestión por la propia entidad local o sus organismos autónomos sobre la realizada mediante entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles locales. Vulneraría la garantía constitucional de la autonomía local y las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas, que alcanzan a la regulación de las modalidades de gestión, sin que la prelación establecida pueda reputarse un principio básico que pueda establecer válidamente el Estado.

Conforme a la nueva redacción del art. 85.2 LBRL, los “servicios públicos de competencia local” deben gestionarse “de la forma más sostenible y eficiente”. A su vez, en lo concerniente a la gestión directa, tienen preferencia unas soluciones sobre otras. El recurso a la entidad pública empresarial o a la sociedad mercantil local cabe solo si resulta más sostenible y eficiente que la gestión mediante organismo autónomo o por la propia entidad local –a partir de criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión– y si se cumplen determinadas exigencias formales, entre ellas, un informe del interventor local sobre su sostenibilidad financiera conforme al art. 4 de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Bajo la óptica de las Comunidades Autónomas, esta regulación impone limitaciones a la legislación autonómica del régimen local que deben reputarse básicas. El art. 149.1.18 CE da cobertura a una legislación básica sobre la gestión de servicios públicos locales [SSTC 103/2013, FJ 3 d); 143/2013, FJ 7], teniendo en cuenta la estrecha conexión que toda regulación de servicios reservados (más o menos sustraídos al régimen de libre mercado) guarda con las opciones de ordenación general de la economía que la Constitución atribuye al Estado (art. 149.1.13 CE). La nueva ordenación básica responde a la finalidad de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales o, más pre-

cisamente, de asegurar la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen; con independencia de la eficacia real del instrumento, expresa una opción, no solo legítima, sino estrechamente vinculada a determinados mandatos constitucionales (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE). Desde la perspectiva de los entes locales, el art. 85.2 LBRL condiciona la autonomía local, pero no la vulnera en absoluto. Los entes locales conservan amplios espacios de opción organizativa. No puede ponerse reparos a la previsión de un informe del interventor local que valore la sostenibilidad financiera. Así resulta de la doctrina constitucional en relación con el control de eficacia que el art. 136 LBRL atribuye al interventor municipal. La STC 143/2013, FJ 10, declaró que ni ese control “ni la circunstancia de que ello implicaría una valoración de la gestión económico-financiera llevada a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento suscitan reparos de índole constitucional, sino todo lo contrario, pues todo ello se ajusta plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente constitucionalizados en el art. 31.2 CE”.

Consecuentemente, procede desestimar la impugnación del art. 85.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.21 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

15. El recurso de inconstitucionalidad impugna el art. 116 bis LBRL, introducido por el art. 1.30 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, relativo al plan económico-financiero que deben formular los entes locales cuando incumplan los objetivos de estabilidad presupuestaria o de deuda pública o la regla de gasto. Subraya que la previsión establece que la diputación provincial o entidad equivalente asistirá al resto de corporaciones locales y colaborará con la Administración que ejerza la tutela financiera en la elaboración y aplicación de las medidas recogidas en aquellos planes. Tal medida incumpliría el art. 23.4 de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que atribuye a las Comunidades Autónomas (que tienen atribuida la tutela financiera de los entes locales) la aprobación y seguimiento de los citados planes.

Conforme a la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, “en caso de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, la Administración incumplidora formulará un plan económico-financiero que permita en el año en curso y el siguiente el cumplimiento de los objetivos o de la regla de gasto, con el contenido y alcance previstos en este artículo” (art. 21.1). La indicada Ley Orgánica regula los

contenidos, la tramitación y el seguimiento del plan (arts. 21.2, 23 y 24). En lo que aquí importa, dispone que, si la Administración incumplidora es una corporación local, corresponde al pleno la aprobación y a la Comunidad Autónoma (si tiene atribuida la tutela financiera del ente local) la aprobación definitiva (art. 23.4) y el seguimiento (art. 24.4).

La previsión controvertida complementa esta regulación añadiendo una serie de medidas a las previstas en el art. 21 de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera e implicando a las diputaciones provinciales o entidades equivalentes en las tareas de elaboración y seguimiento del plan. A la vista de la materia regulada y de que el plan económico-financiero lo aprueba definitivamente y vigila una Administración supralocal, cabe entender que se está ante una institución común a las haciendas locales o medida de coordinación de la hacienda estatal con las locales, directamente conectada, por lo demás, con la suficiencia financiera del municipio [STC 233/1999, FJ 4 b)]. Consecuentemente, el precepto se encuadra en el art. 149.1.14 CE sobre hacienda general, que aparece expresamente invocado en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (disposición final quinta) y da soporte, junto a otros, a la regulación orgánica complementada [STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a)].

Las medidas reguladas están estrechamente vinculadas a la configuración básica de la diputación provincial (arts. 31 a 38 LBRL), las competencias locales (en especial art. 7.4 LBRL), la gestión integrada de los servicios municipales obligatorios (arts. 26, 44 y 57 LBRL), los entes menores o inframunicipales (art. 24 bis LBRL), la organización local (arts. 19 a 24 bis LBRL) y la fusión de municipios (art. 13 LBRL). Esta conexión directa justifica que el Estado las incluya en la LBRL sin por ello vulnerar la reserva de ley orgánica (art. 135.5 CE), teniendo en cuenta “la necesidad de aplicar un criterio estricto o restrictivo para determinar el alcance de la reserva” [STC 215/2014, FJ 3 a)].

A su vez, el art. 116 bis LBRL asigna a la diputación provincial tareas de colaboración, coordinación y seguimiento sin que ello suponga contradicción con la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera ni desbordamiento del sistema constitucional de distribución competencial. Las Comunidades Autónomas, que tienen atribuida la tutela financiera de los entes locales, siguen siendo competentes para aprobar definitivamente el plan y vigilar su cumplimiento. El legislador básico se ha limitado a aprovechar la existencia de la provincia y su posición institucional, como entidad local intermedia que

coopera con (y coordina la actividad de) los municipios (SSTC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2, 172/1998, de 23 de junio, FJ 2), asegurando “la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal” y participando “en la coordinación de la Administración local con la de la Comunidad Autónoma y la del Estado” (art. 31.2 LBRL, que no ha sido modificado por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local). El art. 116 bis LBRL no hace más que proyectar la configuración general de la provincia (derivada de la legislación básica y de la propia Constitución) sobre un ámbito concreto, con el fin de que asistan “al resto de corporaciones locales y colaboren con la Administración que ejerza la tutela financiera” en la “elaboración y el seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en los planes económico-financieros”.

Consecuentemente, corresponde desestimar la impugnación del art. 116 bis LBRL, introducido por el art. 1.30 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

16. El recurso de inconstitucionalidad impugna el art. 57 bis (introducido por el art. 1.17 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.) y las disposiciones adicional octava y undécima y transitorias primera.5 y segunda.5 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que autorizan a la Administración General del Estado a compensar determinadas deudas contraídas por las Comunidades Autónomas con los créditos resultantes de su sistema de financiación. El fundamento jurídico 13 b) de esta Sentencia ya ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones adicional undécima y transitorias primera y segunda de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, por lo que el examen de esta impugnación ha de quedar limitado al art. 57 bis LBRL y a la disposición adicional octava de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

a) En los últimos tiempos, varias leyes han autorizado a la Administración General del Estado a deducir o retener cantidades adeudadas por las Comunidades Autónomas del importe que estas deben recibir a través de su sistema de financiación. La disposición adicional primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (luego derogada e integrada con el mismo texto original en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera) ha previsto esta medida en relación con las responsabilidades económicas del Estado ante la Unión Europea derivadas de incumplimientos del Derecho comunitario por parte de las

Comunidades Autónomas. La Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera ha introducido también una disposición adicional octava en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) para autorizar deducciones en una serie de supuestos típicos que otras leyes orgánicas ha aumentado después.

Conforme a la redacción vigente de la disposición adicional octava LOFCA, el Estado puede aplicar retenciones en las transferencias que corresponden a las Comunidades Autónomas con relación a: 1) las garantías acordadas en operaciones de crédito concertadas por las Comunidades Autónomas con el Instituto de Crédito Oficial (apartado 1); 2) las deudas de las Comunidades Autónomas con el Estado por razón de las cotizaciones de la seguridad social y de los tributos cuya aplicación corresponde al Estado (apartado 2), o de los gastos de escolarización de alumnos en centros privados que ofrecen enseñanza en castellano (apartado 3, introducido por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 diciembre, para la mejora de la calidad educativa); 3) las deudas contraídas por las Comunidades Autónomas con proveedores (apartado 4, introducido como apartado 3 [sic] por el art. 2 de la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público y reenumerado por art. 1.5 de la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio); 4) de las deudas de algunas Comunidades Autónomas (las “no adheridas al compartimento Fondo Social del Fondo de Financiación”) frente a los entes locales, solo las derivadas de transferencias y convenios suscritos en materia de gasto social que sean vencidas, líquidas y exigibles a 31 de diciembre de 2014 (apartado 5, introducido por el art. 1.5 de la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio).

En varios de estos supuestos, la ley autoriza al Estado a exigir el cumplimiento forzoso de deudas de las que su Administración General (o personificaciones instrumentales adscritas a ella) es acreedora frente a la Comunidad Autónoma (apartados 1, 2 y 3). Se articula así una “compensación de créditos”, entendida en sentido clásico (art. 1156 del Código civil), como modalidad de extinción de obligaciones recíprocas o forma abreviada de pago que produce el doble efecto de “liberarse y liberar”; la compensación permite satisfacer las deudas de dos acreedores recíprocos. La retención o deducción consigue, de un lado, que la Comunidad Autónoma cumpla forzosamente una obligación de pago que tiene frente al Estado y, al propio tiempo, que el

Estado cumpla la obligación que el sistema de financiación le impone frente a la Comunidad Autónoma.

La retención o deducción de las transferencias correspondientes a las Comunidades Autónomas conforme a su sistema de financiación constituye en estos casos una concreción del régimen general de compensación de deudas de Administraciones públicas previsto en el art. 14 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, cuyo apartado 2 señala: “La extinción mediante compensación de las deudas que las comunidades autónomas y las corporaciones locales tengan con la Administración General del Estado se regulará por su legislación específica”. De modo que los apartados 1, 2 y 3 de la disposición adicional octava LOFCA regulan supuestos de compensación de deudas del Estado y las Comunidades Autónomas de la misma manera que otras normas regulan la compensación de deudas recíprocas, bien de las Comunidades Autónomas y los entes locales (arts. 27.6 y 109 LBRL, en la redacción dada por los apartados 10 y 29, respectivamente, de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local), bien del Estado y los entes locales (art. 109 LBRL y disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de haciendas locales). Refiriéndose a la compensación de créditos en este último caso, la STC 233/1999, FJ 41 c), declaró que no vulnera la garantía constitucional de la suficiencia financiera local, según hemos recordado ya.

La retención prevista en otros apartados de la disposición adicional octava LOFCA no responde a la lógica clásica de la compensación de créditos porque el Estado y la Comunidad Autónoma no reúnen el doble carácter de ser, cada uno de ellos, deudor y acreedor respecto del otro (apartados 4 y 5). Se trata de compensaciones “triangulares” porque el Estado constata el incumplimiento de una obligación de la Comunidad Autónoma frente a un tercero. En estos casos, el Estado sustituye a la Comunidad Autónoma en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por ella frente a otro, poniendo a disposición de éste las cantidades retenidas. Con relación a las obligaciones contraídas con proveedores (disposición adicional octava.4 LOFCA), está previsto, en particular, que el Estado sustituya a la Comunidad Autónoma, “pagando directamente” de acuerdo con las condiciones y el procedimiento que establezca un Real Decreto del Consejo de Ministros (art. 20 de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera). Conviene hacer constar que este Tribunal ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 1762-2014, que impugna esta última previsión (introducida por el art. 2 de la Ley Orgánica 9/2013, de

20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público como apartado 3 sic de la disposición adicional octava LOFCA, luego reenumerado como apartado 4 por el art. 1.5 de la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio). Ha admitido asimismo el recurso de inconstitucionalidad núm. 5061-2015, que impugna el régimen de otro supuesto de compensación “triangular”: la que articula el Estado en relación con determinadas deudas de las Comunidades Autónomas frente a los entes locales (apartado 5 de la disposición adicional octava LOFCA, introducido por el art. 1.5 de la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio). Por otra parte, se han admitido también los recursos de inconstitucionalidad núms. 1377-2014 y 1385-2014, que impugnan el régimen de compensación de créditos (en sentido estricto) del Estado y las Comunidades Autónomas en relación con los gastos en que incurre el primero al escolarizar a alumnos en centros privados que ofrecen enseñanza en castellano (apartado 3 de la disposición adicional octava LOFCA, introducido por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 diciembre, para la mejora de la calidad educativa).

b) El art. 57 bis LBRL, impugnado en el presente proceso constitucional, regula un supuesto de compensación “triangular” al autorizar al Estado a aplicar retenciones a las Comunidades Autónomas ante el incumplimiento de obligaciones de pago de las que él no es acreedor; el acreedor de la obligación es un ente local, al igual que en el caso regulado por la disposición adicional octava.5 LOFCA. Se trata, en particular, de las obligaciones financieras o compromisos de pago que tiene la Comunidad Autónoma frente al ente local como consecuencia de acuerdos de delegación o colaboración suscritos por ambos. El incumplimiento da lugar a que el Estado pueda, de un lado, aplicar retenciones a las primeras y, de otro, poner la cantidad retenida a disposición del segundo. El procedimiento mediante el cual el Estado sustituye a la Comunidad Autónoma en el cumplimiento de aquellas obligaciones queda remitido a “la Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la que se refiere la disposición adicional septuagésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013”.

La previsión controvertida regula la retención bajo la forma de “cláusula de garantía” conforme a la que, ante el incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de la obligación, la Administración General del Estado queda autorizada a aplicar deducciones en las transferencias que correspondan por aplicación del sistema de financiación y a poner las cantidades retenidas a disposición del ente local acreedor.

La cláusula está regulada como norma imperativa –no dispositiva – porque opera por virtud de la ley al margen de la voluntad de las partes. El precepto dispone, literalmente, que “si las Comunidades Autónomas delegan competencias o suscriben convenios de colaboración con las Entidades Locales que impliquen obligaciones financieras o compromisos de pago a cargo de las Comunidades Autónomas, será necesario que éstas incluyan una cláusula de garantía”. Las Comunidades Autónomas y los entes locales no pueden adoptar aquellos instrumentos de colaboración sin incluir la referida cláusula. Quien autoriza estrictamente la compensación triangular es el propio art. 57 bis LBRL, no el convenio suscrito por la Comunidad Autónoma y el ente local.

Consecuentemente, la retención regulada en el art. 57 bis LBRL no es “consentida”, a diferencia de la prevista en la disposición adicional septuagésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2013, que cita el Abogado del Estado. En este otro caso, la Comunidad Autónoma conserva la libertad de aceptar o rechazar su inclusión en el correspondiente convenio o instrumento de colaboración. Tal disposición establece, literalmente: “El Estado, para el funcionamiento de las centrales de compras y demás instrumentos de cooperación interadministrativa que se creen con la finalidad de ahorrar costes o de gestionar más eficientemente las competencias de cada Administración, podrá retener o deducir de los importes satisfechos por todos los recursos del sistema de financiación a las Comunidades Autónomas y las Ciudades con Estatuto de Autonomía, las cantidades necesarias para atender al cumplimiento de las obligaciones asumidas por la Comunidad Autónoma respectiva, previa aceptación expresa de ésta en el acto o convenio a través del cual se formalice la incorporación al instrumento de cooperación”.

c) Según el recurso, el art. 57 bis LBRL vulnera la autonomía financiera constitucionalmente garantizada a las Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE). Junto a este reproche de fondo, incluyen una queja de carácter formal que parte del rango de ley ordinaria del precepto controvertido, que en este punto se diferencia de las disposiciones adicionales segunda y octava LOFCA. La Asamblea legislativa de Extremadura considera que el precepto controvertido vulnera la reserva de ley orgánica prevista en el art. 157.3 CE, desarrollando con ello un motivo de impugnación que no plantean los precitados recursos de inconstitucionalidad respecto de diversos apartados de la disposición adicional octava LOFCA. Examinaremos primero la posible infracción formal y,

solo si fuese desestimada, abordaríamos la vulneración material que el recurso también atribuye al precepto controvertido.

El art. 157.3 CE reserva a la ley orgánica la regulación de las relaciones financieras del Estado con las Comunidades Autónomas. Esta “Ley Orgánica –que en la actualidad es la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, de 22 de septiembre de 1980 – aparece pues como 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 a los órganos centrales del Estado para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las competencias que la Constitución les atribuye” (STC 179/1987, de 12 de noviembre, FJ 2).

Un régimen que permite al Estado, por un lado, retener las cantidades adeudadas por las Comunidades Autónomas a un tercero en las transferencias que corresponden a éstas por virtud del sistema de financiación y, por otro, ejercer una competencia autonómica mediante el cumplimiento por sustitución de aquellas obligaciones, afecta muy directamente a las relaciones financieras entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, por tanto, penetra un ámbito material cuya regulación está reservada a la ley orgánica (art. 157.3 CE), sin perjuicio de que ésta pueda llamar a una colaboración con normas de distinto rango.

Dicho más precisamente: no puede dudarse de que una norma penetra el núcleo de las relaciones financieras del Estado con las Comunidades Autónomas si hace valer la posición constitucional del primero [“como titular de la potestad de coordinación de las haciendas autonómicas”, “garante del equilibrio económico general” y “responsable del cumplimiento ad extra de los objetivos de estabilidad presupuestaria”, de acuerdo con la STC 215/2014, FJ 7 a)] para autorizarle a: 1) constatar unilateralmente que la Comunidad Autónoma tiene una obligación de pago frente a un tercero; 2) declarar unilateralmente que tal obligación ha sido incumplida; y 3) ejercer una competencia autonómica por sustitución, deduciendo cantidades de las transferencias que corresponden con cargo al sistema de financiación y poniendo el importe retenido a disposición de aquel tercero.

El art. 57 bis LBRL contiene una regulación que, al incidir directamente sobre las relaciones financieras del Estado y las Comunidades Autónomas, debió revestir forma de ley orgánica. Esta conclusión no cambia por la circunstancia de que el precepto esté evidentemente destinado a garantizar la suficiencia financiera de los entes locales. La protección

de la autonomía financiera del ente local (art. 142 CE) podría ser una razón, en su caso, para descartar que la medida interfiera ilegítimamente en la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE), no para rechazar que afecte a relaciones financieras cuya regulación corresponde a la ley orgánica (art. 157.3 CE).

No cabe aducir que la retención regulada en el art. 57 bis LBRL es “consentida” porque el legislador estatal la contempla como una cláusula contractual de garantía y permite en todo caso que la Comunidad Autónoma opte por no delegar en (o no colaborar con) el ente local. Así viene a entenderlo el Abogado del Estado cuando, para justificar la inclusión de la medida en una ley ordinaria, invoca el precedente de la disposición adicional septuagésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2013.

La circunstancia de que la Administración autonómica conserve la capacidad de, por un lado, decidir si delega en (o celebra convenios con) los entes locales y, por otro, cumplir por sí las obligaciones contraídas podrá ser relevante, en su caso, al valorar si el art. 57 bis LBRL supone una injerencia ilegítima en la autonomía de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, carece de relevancia en el examen que nos corresponde ahora, que se refiere solo a si el precepto impugnado afecta a relaciones financieras cuya regulación corresponde a la ley orgánica (art. 157.3 CE). Ciertamente, si la retención fuera verdaderamente consentida (como en el caso de la mencionada disposición adicional septuagésima segunda), cabría argumentar que trae causa en última instancia de la voluntad de la Comunidad Autónoma y, con ello, que no hay una interferencia estatal en su autonomía financiera que hubiera de revestir rango de ley orgánica. Sin embargo, según hemos razonado ya, la cláusula de garantía está regulada como ius cogens de modo que la autorización de la retención trae causa del art. 57 bis LBRL, no de la voluntad de las partes que suscriben el acuerdo o convenio de colaboración.

A su vez, a estos efectos carece de relevancia que la Comunidad Autónoma pueda siempre optar por no delegar o no convenir con los entes locales. A los fines del art. 157.3 CE, lo determinante no es si la obligación de pago le ha venido impuesta a la Comunidad Autónoma o si ha sido voluntariamente contraída por ella con un proveedor o, como ocurre en este caso, con un ente local. La cuestión es si afecta a las relaciones financieras del Estado y las Comunidades Autónomas una regulación que permite al primero constatar unilateralmente que sobre

las segundas pesa una obligación de pago frente a un tercero, cualquiera que sea su origen, declarar unilateralmente que tal obligación ha sido incumplida y efectuar el cumplimiento por sustitución. El sistema de retenciones afecta en todo caso y con igual intensidad a esas relaciones financieras tanto si las obligaciones incumplidas fueron legalmente impuestas a las Comunidades Autónomas como si fueron voluntariamente contraídas por ellas con un tercero. Por lo demás, la Comunidad Autónoma, incluso cuando la obligación le viene impuesta, tiene siempre la posibilidad de evitar la aplicación del régimen de retenciones mediante el cumplimiento voluntario, sin que pueda por ello rechazarse que ese régimen afecte a las relaciones financieras cuya regulación está reservada a la ley orgánica (art. 157.3 CE).

Tampoco puede razonarse que se está en el marco de la compensación de créditos como forma ordinaria de cumplimiento o extinción de las obligaciones y, por tanto, dentro de un ámbito en el que el régimen de retenciones, al desarrollar dinámicas absolutamente normales del tráfico jurídico, debería quedar sustraído a la reserva de ley orgánica (art. 157.3 CE), teniendo en cuenta el criterio restrictivo con que a estos efectos debe siempre aplicarse.

A través de la compensación en sentido estricto, el Estado consigue el cumplimiento forzoso de créditos de los que es titular frente a la Comunidad Autónoma y ejerce con ello una potestad de decisión unilateral. En cualquier caso, el art. 57 bis LBRL articula una compensación “triangular”, netamente diferenciada de la compensación de créditos en sentido estricto. La previsión controvertida autoriza al Estado a retener con cargo al sistema de financiación las cantidades adeudadas por la Comunidad Autónoma a terceros, que en este caso son entes locales, y a sustituir a esa Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias, en particular, en el cumplimiento de obligaciones de las que él no es acreedor. El art. 57 bis LBRL interviene directamente así en las relaciones financieras de la Comunidad Autónoma con el ente local a través de un control administrativo en sentido técnico (sustitución en el ejercicio de una competencia por incumplimiento) que incide de modo muy relevante sobre las relaciones financieras del Estado y la Comunidad Autónoma y, con ello, en un ámbito material cuya regulación está reservada a la ley orgánica (art. 157.3 CE).

Téngase en cuenta que, al margen de estas compensaciones “triangulares”, en nuestro sistema constitucional no hay más controles administrativos de este tipo que los previstos en el art. 155 CE (para afrontar incumplimientos constitucionales extremadamente cualificados) y en

la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (ante el incumplimiento de los objetivos de equilibrio y sostenibilidad presupuestaria). El art. 57 bis LBRL permite que el Estado ejerza una competencia autonómica, por más que esta sustitución esté evidentemente acotada, por ceñirse al pago de determinadas obligaciones contraídas por la Comunidad con sus entes locales. Esta injerencia en la autonomía política de las Comunidades Autónomas será o no legítima –no es el momento para valorarlo –, pero constituye en todo caso una injerencia que, en cuanto tal, exige la regulación con rango de ley orgánica prevista en el art. 157.3 CE.

La práctica legislativa no vincula a este Tribunal, naturalmente, pero es ciertamente reveladora. La inclusión en la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de un régimen de retenciones inicialmente previsto en legislación de carácter ordinario, por un lado y las reformas de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas en ese mismo sentido, por otro, son indicativas de que el propio legislador estatal es consciente de que una intervención tan penetrante en la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas ha de revestir forma de ley orgánica. En este orden de ideas, sobresale la circunstancia de que por ley orgánica se haya autorizado al Estado a articular una compensación triangular de deudas de las Comunidades Autónomas y los entes locales (apartado 5 de la disposición adicional octava LOFCA, introducido por Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio), que es precisamente lo que hace el art. 57 bis LBRL con relación a compromisos de pago resultantes de convenios de colaboración o acuerdos de delegación.

Comoquiera que el art. 57 bis LBRL (introducido por el art. 1.17 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) carece de rango de ley orgánica, procede declarar su inconstitucionalidad y nulidad.

d) Tal suerte no ha de ser la de la disposición adicional octava de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, impugnada por los mismos motivos. Esta norma se limita a establecer la obligación de la Tesorería General de la Seguridad Social de comunicar al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el incumplimiento de ciertos compromisos de pago con el fin de facilitar “la retención de los recursos al sujeto obligado para hacer frente a dichos pagos en los términos en que se establezca legalmente”. La norma establece un mecanismo que facilita la retención, pero no la autoriza ni regula estrictamente. Consecuentemente, ni incumple la reserva de

ley orgánica (art. 157.3 CE) ni puede plantearse siquiera una posible vulneración de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. Corresponde, pues, desestimar la impugnación de la disposición adicional octava de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2016, de 18 de febrero, sobre la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra el artículo 1, apartados 12, 16, 38 y 41, y la disposición adicional octava, apartado 2, de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas.

Ponente: doña Encarnación Roca Trías.

Extracto de doctrina

[...]

3. *El primer precepto impugnado es el art. 1.12, de la Ley 2/2013, por el que se añade un apartado 6 al art. 33 LC 1988. El nuevo art. 33.6 LC tiene la siguiente redacción:*

“6. Reglamentariamente se desarrollará el régimen de ocupación y uso de las playas atendiendo a su naturaleza. Se dotará a los tramos naturales de las playas de un elevado nivel de protección que restrinja las ocupaciones, autorizando únicamente las que sean indispensables o estén previstas en la normativa aplicable. Se regulará la ocupación y uso de los tramos urbanos de las playas de modo que se garantice una adecuada prestación de los servicios que sea compatible con el uso común.

En los tramos urbanos podrá autorizarse la celebración de aquellos eventos de interés general con repercusión turística que cumplan los requisitos que se establezcan, en particular, los relativos a superficie y tiempo de ocupación física, así como la adopción de todas las medidas preventivas tendentes a evitar cualquier afección ambiental y a garan-

tizar el mantenimiento del tramo de playa en el estado anterior a la ocupación. En todo caso, una vez finalizada la ocupación, se procederá de manera inmediata al levantamiento de las instalaciones, a la completa limpieza del terreno ocupado y a la ejecución de las demás actuaciones precisas para asegurar la íntegra conservación de la playa. En la delimitación de los tramos urbanos y naturales de las playas participarán las administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, en la forma que reglamentariamente se determine.”

La Generalitat de Cataluña estima vulnerada su competencia en materia de ordenación del territorio y del litoral, formulando tres quejas respecto a este precepto. La primera es que, al admitir la celebración de eventos de interés general con repercusión turística en los tramos urbanos de las playas, establece una norma relativa a los usos del suelo que excede del art. 149.1.23 CE. La segunda se refiere a la remisión al reglamento estatal del régimen de ocupación y uso de los tramos naturales y urbanos de las playas. La tercera cuestiona la reserva estatal para la delimitación de los tramos urbanos y naturales de las playas, pues esa delimitación debería hacerse por remisión a la clasificación urbanística otorgada a los terrenos contiguos a la playa.

En la STC 233/2015, FJ 6, este Tribunal descartó que este precepto resultase contrario al art. 132.2 CE (porque el precepto dividía el género indivisible que es constitucionalmente la playa y deslegalizaba su delimitación) y al art. 9.3 CE (porque la distinción tan genérica entre tramos urbanos y naturales dañaba la seguridad jurídica). Las cuestiones que ahora se plantean son, distintas y centradas en la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aspecto que tampoco se abordó, dada la falta de argumentación de la demanda, en la STC 6/2016, FJ 4 b).

Entrando ya en el examen de la primera de las quejas formuladas, hemos de señalar que ya la STC 149/1991, FJ 4 A), indicó que la competencia autonómica en materia de ordenación del litoral se extendía al dominio público marítimo terrestre, sin perjuicio de las limitaciones que el Estado pudiera establecer a la mencionada competencia autonómica, en tanto que titular del demanio (art. 132.2 CE) o en el ejercicio de su competencia medioambiental (art. 149.1.23 CE). Tales limitaciones en ningún caso podrían determinar cuál haya de ser el concreto régimen de utilización y ocupación del demanio, imponiendo un concreto uso.

No cabe, sin embargo, apreciar que el precepto imponga dicho uso. El propio art. 33.6 LC hace hincapié en el nivel de protección de la playa, que diferirá según su naturaleza. El legislador considera, y para ello le habilita su competencia de tutela de los intereses ambientales (art. 149.1.23 CE) y las facultades derivadas de la titularidad del dominio público (art. 132.2 CE), que la protección de algunos tramos de playa, los calificados como naturales, exige restringir las ocupaciones al mínimo, mientras que en otros, los urbanos, dicha protección es compatible con posibilitar una serie de usos, entre ellos el que motiva la impugnación. Eso no supone que ese uso sea directamente practicable en todos esos tramos de playa, sino, únicamente, que es posible preverlo, si el competente para ello lo considera conveniente, pues el legislador estatal, en atención a los fines protectores indicados, no lo excluye, pero tampoco lo impone (“podrá autorizarse”), evitando así predeterminar la ordenación concreta de los espacios concernidos.

Se trata por tanto, de una norma que concurre a definir los límites dentro de los que puede ejercerse la competencia autonómica de ordenación del litoral, disponiendo que el nivel de protección necesario en determinados tramos de playa no impone proscribir ese preciso uso, dejando intacto, sin embargo, el margen de apreciación de las instancias autonómicas o, en su caso, locales, para preverlo o no. Al no ser, por lo ya expuesto, una norma que fije usos para un ámbito territorial, sino un precepto que enmarca las decisiones normativas autonómicas y municipales sobre dichos usos, resulta acorde con la doctrina de este Tribunal y, en consecuencia, constitucional.

En cuanto a la segunda de las quejas formuladas, la STC 233/2015, FJ 6, ya estimó que “la remisión reglamentaria recogida en el precepto no constituye una deslegalización susceptible de reproche constitucional, sino que estamos, una vez más, ante una fórmula admisible de colaboración entre la ley y el reglamento, ya que el apartado impugnado recoge de forma suficiente los criterios que habrán de observarse en su desarrollo”. A lo que cabe añadir ahora, en la perspectiva en la que nos sitúa la demanda, que es doctrina consolidada que tal habilitación no puede ser calificada per se cómo vulneradora de las competencias autonómicas, en este caso en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Como acabamos de señalar, el art. 33.6 LC no es una norma que disponga los usos del territorio, sino un precepto que señala los límites que, por motivos ambientales (149.1.23 CE) o de tutela de la titularidad demanial (132.2 CE), deben ser respetados por quien, en actuación de la competencia urbanística o de ordenación territorial,

decide sobre los mencionados usos. Siendo esa la naturaleza del precepto, la misma es también predicable de su desarrollo reglamentario, sin perjuicio de que, no siendo tal desarrollo reglamentario el objeto de este proceso, “[n]ada impide que, si el Gobierno, al dictar las correspondientes normas reglamentarias en virtud de esa remisión, extendiera su regulación a aspectos no básicos, pudiera plantearse el oportuno conflicto de competencias a fin de examinar si se hubiera producido o no la extralimitación en el ámbito competencial estatal” (STC 161/2014, de 7 de octubre, FJ 9).

Resta por examinar la tercera queja que se formula a este precepto, que tampoco puede ser estimada. En efecto, la Generalitat considera que la determinación de cuándo un tramo de playa es urbano y cuándo es natural, es una función que se integra materialmente en la competencia relativa a la ordenación territorial y urbanística. En realidad, en el precepto que examinamos, la delimitación de los tramos urbanos y naturales de las playas tiene una clara finalidad protectora del dominio y en nada incide en la competencia urbanística para clasificar los suelos que, por ser colindantes a la playa, estén fuera del dominio público. Los órganos autonómicos y locales, en la medida de su respectiva competencia, podrán realizar esta atribución cómo tengan por conveniente. Lo que se sigue del planteamiento de los recurrentes es una pretensión de que la clasificación urbanística de los terrenos colindantes a la playa, se proyecte más allá del ámbito que le es propio, afectando al nivel de protección de las playas. Pero esa es una opción, no la única posible, puesta a disposición del legislador competente, el cual, en efecto, ha optado por un criterio de catalogación de los tramos naturales y urbanos de las playas a realizar por la Administración competente en materia de ordenación del territorio, que tiene en cuenta la situación de los terrenos colindantes (art. 67 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de costas).

(...)

5. El art. 1.38 de la Ley 2/2013 introduce un nuevo apartado 2 en el art. 119 LC, en cuya virtud, y en aplicación del procedimiento previsto en el art. 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local (LBRL), el delegado del Gobierno podrá suspender los actos y acuerdos adoptados por las entidades locales que, bien afecten a la integridad del dominio público marítimo-terrestre o de la servidumbre de protección, bien supongan una infracción manifiesta de lo dispuesto

en el art. 25 LC, que regula el régimen de las actividades prohibidas y permitidas en dicha zona de servidumbre.

La Generalitat de Cataluña reprocha a este precepto que vulnera el principio de autonomía local constitucionalmente garantizado o bien, caso de no apreciarse la lesión del referido principio, invade la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio y del litoral y de urbanismo. El Abogado del Estado ha negado las vulneraciones denunciadas, argumentando que la norma trata de garantizar el cumplimiento de la regulación que legítimamente incumbe al Estado para proteger la integridad del dominio público marítimo-terrestre.

Ambas tachas de inconstitucionalidad han sido desestimadas en la STC 6/2016, FJ 4 d), de acuerdo con la doctrina que se expone a continuación. En cuanto a la primera de ellas, tras examinar los límites que la Constitución impone directamente a los controles sobre la actividad local, concluimos que “desde la perspectiva de la autonomía local constitucionalmente garantizada, el art. 119.2 LC cumple las antedichas exigencias, al estar prevista la suspensión en norma con rango de ley, acotado su objeto con precisión suficiente e incidir claramente en intereses supralocales, como son los relativos a la protección y defensa de la integridad del dominio público marítimo-terrestre, de titularidad estatal”.

Respecto a la vulneración de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y del litoral este Tribunal considera “constitucionalmente legítima la intervención de un órgano estatal a través de un mecanismo cautelar y extraordinario, cuando el acto local afectado por la medida de suspensión pueda comprometer la integridad del demanio, la preservación de sus características naturales o su libre utilización pública y gratuita, y que en última instancia queda sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Estamos en definitiva ante una potestad, con la connotación de excepcionalidad que deriva del art. 67 LBRL, que no cuestiona, sustituye o altera las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas sobre el litoral, sino que responde, como las que ya fueron objeto de enjuiciamiento en la STC 149/1991, no tanto a la facultad como a la obligación estatal de impedir que la naturaleza de estos bienes y sus características sean destruidas o alteradas [STC 233/2015, FJ 2 a), con cita de la STC 149/1991, FJ 1 C)]”.

Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2016, de 18 de febrero, conflicto en defensa de la autonomía local en relación con el Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía.

Antecedentes

Conflicto en defensa de la autonomía local en relación con los arts. 2 y 3 del Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía, así como respecto de la totalidad del citado Decreto-ley por no concurrir la extraordinaria y urgente necesidad que exigen los arts. 86.1 CE y 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, con lesión de la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Ponente: don Antonio Narváez Rodríguez.

Extracto de doctrina

[...]

3. *De acuerdo con lo expuesto, el primer óbice procesal planteado se refiere a la falta de legitimación ad causam de las Diputaciones Provinciales de Almería, Granada, Málaga y Cádiz.*

Para resolver este óbice debemos recordar, en primer lugar, la peculiar naturaleza del proceso regulado en el capítulo IV del título IV LOTC. Como hemos tenido la oportunidad de señalar en reiteradas ocasiones, este proceso no está llamado a cumplir una misión de defensa abstracta de la supremacía de la Constitución, sino que responde a la finalidad exclusiva de reforzar las posibilidades de tutela jurídica de la esfera de competencia propia del ente público impugnante.

En efecto, ya en las primeras sentencias que este Tribunal tuvo oportunidad de dictar en relación con el proceso constitucional creado por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, afirmamos que se trata de un nuevo proceso constitucional establecido por el legislador al amparo de la facultad que le atribuye el art. 161.1 d) CE, y no ante una modalidad o variante de alguno de los procesos expresamente contemplados en nuestra Carta Magna (SSTC 240/2006, de 20 de julio, FJ 1; y 47/2008, de 11 de marzo, FJ 1). También afirmamos entonces que la finalidad del nuevo proceso no era otra que la de reforzar los mecanis-

mos normativos de defensa puestos a disposición de los entes locales para preservar su ámbito de autonomía, pues dichos entes pueden reaccionar incluso ante las normas con rango de ley que consideren contrarias a la Constitución, interesando, en el seno de un proceso judicial, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 240/2006, de 20 de julio, FJ 2). El capítulo IV del título IV LOTC aparece así, en la expresión utilizada por la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/1999, como una “vía para la defensa específica de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional” (SSTC 240/2006, de 20 de julio, FJ 1; 47/2008, de 11 de marzo, FJ 1; y 37/2014, de 11 de marzo, FJ 3).

En esta misma línea, hemos afirmado que el conflicto en defensa de la autonomía local “es, en esencia, un proceso competencial” (STC 37/2014, de 11 de marzo, FJ 3) y, conforme a esa declaración general, hemos ajustado nuestros pronunciamientos sobre la pérdida de objeto a los parámetros propios de este tipo de procesos, afirmando que la función exclusiva del conflicto creado por la Ley Orgánica 7/1999 es “preservar los ámbitos respectivos de competencia” de los sujetos encartados (AATC 3/2012, de 13 de enero, FJ 2; y 178/2013, de 10 de septiembre, FJ 3, entre otros). Esta misión exclusiva de refuerzo de un ámbito subjetivo de autonomía explica, asimismo, la restricción del objeto del conflicto, pues éste sólo puede articularse en razón de un único motivo de inconstitucionalidad, la lesión de la autonomía local constitucionalmente garantizada (art. 75 bis.1 LOTC), sin que puedan alegarse con ocasión del mismo otras vulneraciones distintas del texto constitucional.

La naturaleza competencial y específica del conflicto en defensa de la autonomía local explica, finalmente y en lo que ahora interesa, el estricto régimen de legitimación establecido por el legislador orgánico, conforme al cual sólo pueden acceder a esta vía cualificada de tutela aquellos entes locales que, viéndose directamente concernidos por la norma impugnada, alcancen una determinada representatividad de entre todos los entes afectados (SSTC 240/2006, de 20 de julio, FJ 3; 47/2008, de 11 de marzo, FJ 1, y 37/2014, de 11 de marzo, FJ 3). En consecuencia, el conflicto sólo puede entablarse “siempre que se cumplan los plazos y las formas que la Ley Orgánica de este Tribunal establece” (STC 95/2014, de 12 de junio, FJ 2), de acuerdo con un sistema estricto de legitimación fijado en régimen de numerus clausus (ATC 11/2011, de 14 de febrero, FJ 2), sistema del que este Tribunal ha hecho aplicación rigurosa, inadmitiendo conflictos promovidos por entes que,

en los supuestos de afectación individual a sus atribuciones, no gozaban de la condición de destinatarios únicos de la norma impugnada (STC 142/2013, de 11 de julio, FJ 2, letra a) y AATC 236/2014, de 7 de octubre; y 149/2015, de 10 de septiembre, FJ 3) o que, en supuestos de eventual vulneración conjunta de su ámbito de autonomía, no alcanzaban el umbral de representatividad legalmente fijado (AATC 419/2003, de 16 de diciembre; 361/2005, 362/2005, 363/2005, los tres de 11 de octubre, y 108/2010, de 28 de septiembre).

4. *Conforme a estos parámetros interpretativos generales, hemos de determinar ahora si las Diputaciones Provinciales impugnantes tienen la condición de sujetos legitimados para promover el presente conflicto en defensa de la autonomía local. A estos efectos, hemos de advertir que el óbice planteado no se refiere al cumplimiento de los requisitos formales de representatividad exigidos por la letra c) del art. 75 ter.1 LOTC sino, más sencillamente, a la concurrencia previa de la afectación del ámbito de autonomía local que constituye el presupuesto lógico de los mismos, pues, según ponen de relieve los Letrados del Parlamento y de la Junta de Andalucía, las provincias impugnantes no se han visto afectadas en su propio ámbito de autonomía por la norma que ahora impugnan.*

En relación con esta cuestión, hemos tenido la oportunidad de aclarar que, en consonancia con la naturaleza exclusivamente competencial del conflicto en defensa de la autonomía local, la impugnación de una norma con rango de ley a través del proceso regulado en el capítulo IV del título IV LOTC puede producirse en dos hipótesis distintas: (i) de un lado, en caso de norma con destinatario único, se exige la afectación individual y exclusiva del ámbito de autonomía del único ente local impugnante; (ii) de otro lado, en el caso de normas con pluralidad de destinatarios, se requiere entonces una afectación conjunta del ámbito de autonomía de las diversas entidades que acuden a esta vía específica de defensa de sus competencias (STC 132/2014, de 22 de julio, FJ 2).

En uno y otro caso resulta indispensable que la norma impugnada tenga una incidencia directa en el ámbito de autonomía propio del ente o entes locales que entablan el conflicto, siendo exigible, por ello, la concurrencia de una situación material de menoscabo de dicho ámbito, que sea atribuible a la norma impugnada y de la que derive el interés del impugnante en el restablecimiento de su competencia. Y, a esa afectación de la propia esfera se ha de sumar, después, el cumplimiento estricto de los requisitos formales de representatividad, de modo que

sea un número relevante de los entes afectados y de la población que éstos representan, el que tenga acceso a la tutela cualificada del Tribunal Constitucional.

De acuerdo con esta doctrina, las diversas exigencias formales que se establecen en las letras b) y c) del art. 75 ter.1 LOTC deben ser entendidas como requisitos de representatividad adicionales a la afectación del ámbito propio de autonomía de los entes impugnantes. Es por esta razón que el propio art. 75 ter.1 LOTC regula la legitimación de municipios y provincias en letras separadas, que el art. 75 quater.2 LOTC se refiere, después, a los “municipios o provincias legitimados”, utilizando significativamente una conjunción alternativa, y que el art. 75 quinque.5 LOTC dispone, finalmente, que la Sentencia que resuelva el conflicto en defensa de la autonomía local ha de determinar “la titularidad o atribución de la competencia controvertida”, dando por supuesto que los sujetos intervinientes actúan invocando dicha titularidad y con el propósito de obtener su restablecimiento, razón por la que, por otra parte, el propio proceso adquiere el significativo nombre de conflicto, que ya indica que la contienda procesal se entabla entre los entes públicos que están concretamente involucrados en una situación material de invasión competencial, determinante de una lesión de la autonomía local constitucionalmente garantizada.

De acuerdo con ello, la legitimación de la provincia para entablar el conflicto en defensa de la autonomía local, como destinataria única o conjunta de la norma impugnada, exige que la disposición discutida tenga una incidencia directa en su propio ámbito de atribuciones. No puede, pues, admitirse que una diputación provincial impugne, a través de este proceso constitucional, una norma con rango de ley para denunciar una vulneración de intereses o competencias exclusivamente municipales como tampoco puede admitirse que, a la inversa, sean los municipios los que utilicen este cauce procesal para tratar de depurar una violación de una competencia estrictamente provincial. Y es que la disociación de los requisitos formales de legitimación del art. 75 ter.1 LOTC sobre la existencia una previa afectación del propio ámbito de autonomía de los entes impugnantes llevaría, no sólo a admitir que las diputaciones pudieran reclamar, en nombre de los municipios de su territorio, la titularidad de una determinada competencia municipal, sino también a aceptar la posibilidad inversa de que fueran los municipios de la letra b) del art. 75 ter.1 los que pudieran entablar el conflicto en defensa de la autonomía local para denunciar la vulneración de una competencia propia de una diputación. Es obvio que semejante

interpretación no tiene cabida en la regulación del art. 75 ter.1 LOTC, precepto que, al reservar en su letra a) la impugnación de la ley con destinatario único a un solo sujeto legitimado (el municipio concretamente afectado y no la provincia en cuyo ámbito territorial se encuentra), ya rechaza implícitamente que las diputaciones provinciales puedan arrogarse toda capacidad de impugnación en defensa de una competencia municipal. Además, en las siguientes letras b) y c), se distingue con claridad cuáles son los entes legitimados, municipios o provincias, en función de si la afectación directa lo es al número de los municipios o provincias que allí se especifican.

En suma, ni la naturaleza estrictamente competencial del proceso ni la concreta regulación del mismo permiten sostener que una diputación provincial pueda acudir al conflicto en defensa de la autonomía local para defender competencias estrictamente municipales. Esta premisa interpretativa ha de presidir, por tanto, nuestro examen de la legitimación de los entes recurrentes.

5. Aplicando los criterios reseñados en los fundamentos precedentes, puede observarse, en primer lugar, que el presente conflicto ha sido enablado por varias diputaciones provinciales contra la totalidad del Real Decreto-ley 5/2012 y, de modo específico, contra los arts. 2 y 3.2 de dicho texto legal. También, puede advertirse que se invoca como motivo de inconstitucionalidad que dichos preceptos vulneran las competencias “urbanísticas y territoriales” de los municipios costeros de su ámbito territorial (en el caso del art. 2 del Decreto-ley) o del conjunto de los municipios andaluces (en el supuesto del art. 3 de la referida norma). De estas dos circunstancias –impugnación por parte de diputaciones provinciales, de un lado, y vulneración de competencias exclusivamente municipales, de otro – se deriva que los entes locales impugnantes no acuden a este Tribunal en la condición de sujetos directamente afectados por la norma discutida, sino que promueven el presente proceso para defender una competencia ajena, cuya titularidad corresponde a todos o algunos de los municipios incluidos en su respectivo ámbito territorial.

Esta constatación lleva necesariamente a concluir que los entes impugnantes no están legitimados para promover el presente conflicto, conclusión que no se ve oscurecida en modo alguno por la alegación de las diputaciones impugnantes según la cual su legitimación procesal es inherente a la función de garantía que, según entienden, les confiere la ley del Parlamento de Andalucía 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, en relación con la actividad de los entes locales

municipales incardinados en su territorio. Basta para rechazar semejante articulación de la legitimación con señalar, de entrada, que una cosa es que exista una determinada función legal de garantía y otra distinta que la misma tenga un necesario correlato en las normas de legitimación de un determinado proceso constitucional; proceso que, según hemos señalado, es un refuerzo de otros mecanismos reaccionales ya existentes, que responde a una finalidad muy determinada y que exige, en todo caso, el cumplimiento estricto de requisitos de representatividad entre los entes directamente afectados. Pero, más allá de esta circunstancia, cabe añadir, en todo caso, que tal función de garantía de las competencias municipales no tiene el alcance que las provincias impugnantes pretenden conferirle.

En efecto, los impugnantes invocan para fundar su tesis el tenor del art. 3.3 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, que dispone que “[l]a provincia es una entidad local, determinada por la agrupación de municipios, cuya principal función, de conformidad con los mismos, es garantizar el ejercicio de las competencias municipales y facilitar la articulación de las relaciones de los municipios entre sí y con la Comunidad Autónoma de Andalucía”. Se trata de una fórmula legal genérica cuyo concreto significado sólo puede ser establecido de acuerdo con dos parámetros: (i) el marco de distribución competencial que resulta de la Ley de bases de régimen local y del Estatuto de Autonomía de Andalucía, al que la ley 5/2010 queda, en todo caso, sujeta; y (ii) las atribuciones que, dentro de dicho marco general, confiere la aludida ley de 2010 a las diputaciones provinciales como concreción de la función general de “garantía” enunciada en su art. 3.3.

(i) En relación al marco competencial en el que se incardina el precepto invocado por los recurrentes, cabe recordar que el art. 92 EAAnd “garantiza” en su apartado primero a los municipios “un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad”. Entre esas competencias propias de los municipios figura expresamente, en el apartado 2 a) del mismo precepto, la “ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística”. El artículo 96 EAAnd prevé, asimismo, que las diputaciones provinciales ejerzan funciones de “asistencia y cooperación con los municipios, especialmente con los de menor población”. Ambas previsiones estatutarias resultan, a su vez, coherentes con el art. 25.2 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, que se refiere igualmente al urbanismo como competencia propia de los municipios,

así como con el art. 36.1 b) de la misma Ley de bases, que contempla expresamente la función de la diputación provincial de “asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente a los de menor capacidad económica y gestión”.

(ii) En plena armonía con ese marco general, la propia ley 5/2010 se encarga de aclarar que la “función de garantía” genéricamente enunciada en su art. 3.3 es una mera plasmación de la distribución competencial a que acaba de aludirse, pues en su art. 11 precisa que las específicas competencias en que se materializa dicha función de garantía abarcan exclusivamente la prestación de asistencia “técnica” –desarrollada después en el art. 12 de la ley –, “económica” –art. 13 – y “material” –art. 14 –, siendo en todo caso necesario, para que esa asistencia pueda tener lugar, el concurso de la voluntad de los municipios correspondientes, que han de solicitarla a la diputación provincial o concertarla con ésta (art. 13.2).

Tales funciones de asistencia en las que se concreta la cláusula general del art. 3.3 de la ley citada sirven, desde luego, para “asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales” (como prescribe el art. 11.1 de la misma Ley de 2010), supliendo todas aquellas carencias técnicas, económicas o materiales que impidan su efectivo despliegue, pero en modo alguno pueden confundirse con una supuesta función general de garantía que atribuya a las diputaciones provinciales, no ya la facultad de auxiliar a los entes municipales con los medios técnicos, económicos o materiales pertinentes, sino la capacidad de sustituir unilateralmente la voluntad de éstos a efectos de entablar un proceso judicial. Tampoco puede compartirse que el mero dato de que la función auxiliar de las diputaciones provinciales se extienda al sector del urbanismo [por ejemplo, en la asistencia técnica prevista en el art. 12.1 a) y b) de la ley de Autonomía Local de Andalucía] suponga una afectación de las competencias provinciales, ya que dicha capacidad de asistencia es meramente accesoria y no se ve controvertida de forma directa por la regulación discutida. La única competencia en juego es, pues, la estrictamente municipal.

No cabe, en definitiva, atribuir a las diputaciones impugnantes más interés en el pleito que nos ocupa que la defensa objetiva del ordenamiento constitucional, interés que en este caso no es suficiente para poner en marcha un proceso que, como hemos visto, no tiene encomendada una específica función nomofiláctica.

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
- **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.
- **FORMATO:** La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 10. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir los criterios normales de cita.
 - En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecorillado seguido del autor del libro y del título del mismo en cursiva, editorial, ciudad de edición, año, página/s.

Ejemplo:

JIMÉNEZ ASENSIO, R., “¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas”, en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, Bilbao, 2011, págs. 13-87.

- En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y página/s.

Ejemplo:

PAREJO ALFONSO, L., “Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2012, págs. 9-21.

Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecorilladas.

- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. Las Ponencias, crónicas y notas no superarán las 30 páginas. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.
- **SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES:** Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.



3 números al año



suscripciones

Última edición: noviembre 2014



QDL
Anual (3 números)
+
Anuario del
Gobierno Local
80 €

QDL
Anual (3 números)
38 €

Anuario del
Gobierno Local
55 €

Suscripciones a través de:

Teléfono: 917 020 414

Fax: 913 103 499

Internet: www.gobiernolocal.org

***IVA y gastos de envío a domicilio incluidos en cualquier modalidad de suscripción, salvo entregas fuera de España**

Datos de envío: (si los datos para la facturación son distintos, debe indicarlo). Por favor, rellene sus datos en letra mayúscula.

*Nombre: Profesión:
 *Entidad: *CIF/NIF:
 *Dirección: *Población: *Provincia: *C.P.:
 Mail: *Teléfono: Fax:

Los campos señalados con un asterisco (*) deberán ser cumplimentados obligatoriamente.

Deseo que me envíen a la dirección indicada:

- QDL - ANUAL (3 números)
- ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL
- QDL - ANUAL (3 números) + ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL

Idioma de los QDL:

- Castellano
- Catalán

Efectúo el pago por el procedimiento siguiente:

- TALÓN ADJUNTO NOMINATIVO A LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
- TRANSFERENCIA BANCARIA
- DOMICILIACIÓN BANCARIA MEDIANTE AUTORIZACIÓN QUE CUMPLIMIENTO ABAJO

Sr. director/del Banco/de la Caja: Sucursal: Localidad:

Autorizo a la Fundación Democracia y Gobierno Local para que cargue los recibos que ha de libramme, a partir de la fecha, en mi cuenta corriente/libreta.

Firma:

OBSERVACIONES:

Acepto que mis datos sean incluidos en un fichero automatizado confidencial para futuras comunicaciones de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Si deseo consultarlos, rectificarlos o cancelarlos, lo comunicaré a la Fundación Democracia y Gobierno Local, Rambla Catalunya, 126, 08008 Barcelona, según la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

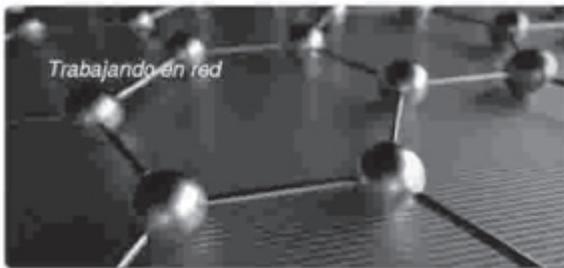
CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



Inicio La Fundación Boletín Actividades Fundación Digital Publicaciones Actualidad



Revista
La Revista Democracia y Gobierno Local, publicación divulgativa al servicio de los Gobiernos locales.
[ver más](#)



Fundación Digital
Consulta aquí todas las actividades en formato electrónico de nuestra Fundación.
[ver más](#)



Actividades
Consulta aquí todas las actividades de la Fundación (cursos, jornadas, debates-coloquios, etcétera...)
[ver más](#)

Últimas Publicaciones



El desarrollo de las diputaciones provinciales (Cádiz 1811)
[ver más](#)



Revista Democracia y Gobierno Local 19-17
[ver más](#)



Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico
[ver más](#)



Cuarentena del Distrito Local nº 28
[ver más](#)



El debate actual sobre las diputaciones provinciales: un análisis de las últimas propuestas electorales
[ver más](#)



La reorganización de las competencias locales: descentralización de Administraciones y competencias empresariales
[ver más](#)

Actualidad



La reforma de las competencias de la Administración Local a debate
Viernes, 22 de septiembre de 2012
[ver más](#)

En la Diputación de Málaga por expertos del Ministerio de Hacienda [ver más](#)



La Junta de Gobiernos Locales amplía el plazo para que los ayuntamientos digan cuáles son sus necesidades
Viernes, 25 de septiembre de 2012
[ver más](#)

Periogo para presentar solicitudes [ver más](#)



El Príncipe destaca en Cádiz el papel "fundamental" de los ayuntamientos
Domingo, 27 de septiembre de 2012
[ver más](#)

"acciones de primer orden" en la democracia [ver más](#)

[ver más](#)

Suscríbete a nuestro RSS

La Fundación en Twitter

Suscríbete a nuestro Boletín digital

QDL41 SUMARIO

Estudios, ponencias, crónicas o notas sobre las leyes del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público (leyes 39/2015 y 40/2015)

I.

14 El procedimiento administrativo común en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas · GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

50 El nuevo procedimiento administrativo común (Ley 39/2015, de 1 de octubre) · ALEJANDRO HERNÁNDEZ DEL CASTILLO

II.

72 La administración electrónica en las leyes 39 y 40/2015 · RICARDO RIVERO ORTEGA

86 Validez y eficacia. Avances y retrocesos en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Su incidencia en la Administración local · JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

III.

124 Encomiendas de gestión y convenios · ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

150 Encomiendas de gestión, encargos y convenios en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público · JESÚS COLÁS TENAS

Otros estudios, ponencias, crónicas o notas

186 De la representación política a la identificación orgánica · MARCOS PEÑA MOLINA

200 Ordenanzas de civismo y sustitución de multas pecuniarias por trabajos en beneficio de la comunidad. Especial referencia a los menores · PILAR JUANA GARCÍA SAURA

235 Sobre l'aplicació de la Llei de transparència a l'Administració local · RAMON CAMP I BATALLA

255 El funcionamiento de las diputaciones provinciales en nuestro modelo territorial · ÓSCAR ROMERA JIMÉNEZ

Jurisprudencia

326 Crónica de jurisprudencia (de 11 de febrero a 10 de junio de 2016) · ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

