



Seminari de Dret Local



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:



Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el llicenciador (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).



No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.



Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

- Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
- Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular dels drets d'autor.
- No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA



Acuerdo de
Formación Continua
en las Administraciones
Públicas

Edita

Federació de Municipis de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a. 08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04

Disseny i maquetació

www.lacuinagràfica.com

Sumari

1a sessió
09/10/09

2a sessió
06/11/09

3a sessió
04/12/09

4a sessió
15/01/10

5a sessió
12/02/10

6a sessió
12/03/10

7a sessió
09/04/10

8a sessió
07/05/10

9a sessió
11/06/10

Introducció

El Seminari de Dret Local és una iniciativa conjunta de la Federació de Municipis de Catalunya, l'Ajuntament de Barcelona, la Diputació de Barcelona, l'Escola d'Administració Pública de Catalunya i la Mancomunitat de Municipis de l'Àrea Metropolitana de Barcelona. El seu objectiu és proporcionar als juristes de les administracions locals catalanes l'oportunitat d'estar al dia i d'aprofundir en els coneixements propis de la seva responsabilitat.

En aquest sentit, el seminari proposa abordar dos aspectes. En primer lloc, es planteja l'anàlisi dels temes generals del dret administratiu i del dret local. Aquesta anàlisi, que hom pretén fer des de la perspectiva municipal i amb un plantejament de l'estat actual de la qüestió, s'encarrega als juristes i pensadors més significatius de cada tema.

En segon lloc, el Seminari de dret local es planteja el tractament de les novetats legals o jurisprudencials que es van produint durant l'any. Així mateix, a cada sessió s'inclou una introducció que presentarà les novetats jurídiques més rellevants que s'hagin produït en el darrer mes.

Enguany hem cregut convenient donar al seminari un nou impuls i engegar una nova etapa on el paper de les institucions que promovem aquesta iniciativa ha de ser fonamental per tal de mantenir el prestigi que hem assolit.

Fruit de la voluntat d'actualització constant, hem abordat també el redisseny de la web per adaptar-la a les necessitats que ens planteja el futur.

Una vegada més, les institucions que promovem aquesta iniciativa volem agrair la confiança que els usuaris ens heu demostrat, una confiança que ha portat aquesta iniciativa molt més lluny del que ens platejàvem al principi.

Ponências

1^a sessió 09/10/09

La implantació de l'administració electrònica als ens locals

Alfred Lacasa Tribó, secretari de l'Ajuntament de Badalona.

Membres electes "no adscrits": l'estat constitucional de la qüestió

Hector García Morago, magistrat del Jutjat del Contenciós administratiu núm. 13 de Barcelona

Instruments d'adquisició de terrenys per a equipaments públics en un escenari de crisi immobiliària

Joan Anton Font Monclús, Secretari general de l'Ajuntament de Tarragona.

LA IMPLANTACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ ELECTRÒNICA ALS ENS LOCALS

Alfred Lacasa Tribó

Secretari d'Administració Local,
Ajuntament de Badalona
alacasa@badalona.cat

INDEX DE CONCEPTES

0. NOTES INTRODUCTÒRIES. ALGUNS REPTES PENDENTS DEL MÓN LOCAL.....	2
1. LA MODERNITZACIÓ DE LES ADMINISTRACIONS LOCALS HA DE CERCAR, ARA SÍ, L'EFFECTIVITAT DEL DEURE JURÍDIC DE BONA ADMINISTRACIÓ.	5
1.1. Perquè una administració s'ha de modernitzar. De la desmaterialització del suport paper al canvi de model	5
1.2. Què succeeix el 30 de desembre de 2009 al món local?	7
2. EL CANVI DE MODEL: EIXOS JURÍDICS I ASPECTES CONFLICTIUS DEL MARC DE L'ADMINISTRACIÓ ELECTRÒNICA.....	11
2.1. Marc normatiu general.....	11
2.1.1. Aspectes competencials. La matèria TIC.	11
2.1.2. La legislació estatal.....	12
2.1.3. La legislació autonòmica. Notes sobre l'avantprojecte de la Llei d'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya.....	14
2.1.4. Posició en el sistema de fonts de la LAECCSSPP.....	17
2.1.5. Notes sobre el projecte de Llei dels Governos Locals. La relació entre la LAECCSSPP i la futura regulació del govern local a Catalunya.....	17
2.1.6. Notes sobre l'avantprojecte de Llei de Transposició de la Directiva de Serveis i els canvis al procediment administratiu local: les modificacions de la LRJPAC, la LRBRL i la LAECCSSPP.....	19
2.2. Obligacions d'actuació en el temps de les entitats locals vers l'administració electrònica.	23
2.3. L'objecte de la LAECCSSPP: Els diferents règims dels serveis públics electrònics.....	24
2.3.1. La modernització de "les administracions públiques"	25
2.3.2. La modernització de les personificacions instrumentals sotmeses al dret privat.	25
2.3.3. La modernització de la gestió externalitzada (serveis, gestió de serveis públics, concessió d'obra pública i col·laboració público-privada	25
3. PRINCIPIS D'ACTUACIÓ I RELECTURA DE L'ARTICLE 35 DE LA LRJPAC: LA CENTRALITAT DELS	26
3.1. Els principis d'actuació i la seva projecció.....	26
3.2. Efectes jurídics en l'activitat administrativa local.	28
4. EL DESPLEGAMENT DE L'ADMINISTRACIÓ ELECTRÒNICA AL MÓN LOCAL.	29
4.1. Aspectes concrets (tecnologia, el pla de sistemes, catàleg de serveis, el calendari i l'equip).....	29
4.2. La signatura electrònica: ciutadans, òrgans i personal al servei de les administracions públiques: règim jurídic i relació amb els permisos d'acord amb la RLT, la plantilla i l'organigrama.	31
4.3. La gestió documental integrada. El document electrònic (validesa i eficàcia).	33
4.4. El procediment administratiu electrònic local	34
4.5. Objecte de les ordenances d'administració electrònica: límits al seu contingut.	38
5. CANVIS CONCRETS DE L'ACTIVITAT ADMINISTRATIVA LOCAL	39
5.1. El consentiment del ciutadà, els Drets ARCO i la política de protecció de dades en la cessió de dades entre administracions.	39
5.2. L'efectivitat de l'article 42.4 de la LRJPAC i la relació de procediments actualitzats.	41

5.3. La parametrització dels terminis: bases per un futur quadre de comandament integral.	42
5.4. Règim jurídic dels formularis i la documentació complementària. La relectura dels articles 71.1 i 92 LRJPAC.....	42
5.5. Què succeeix si falla el sistema? Una proposta de regulació.....	43
5.6. Les impugnacions electròniques.	43
5.7. L'spam administratiu.	43
5.8. La qualitat de les dades: una proposta d'organització i custòdia de les bases de dades mestres de l'administració local.	44
6. CONCLUSIONS	44

0. Notes introductòries. Alguns reptes pendents del món local

A escassos mesos del 2010, de les diverses administracions existents, la local és fàcilment identificable pel ciutadans, per la seva proximitat i per la seva voluntat i ampliació de serveis.

En aquest transcórrer de l'administració local, ja podem parlar d'un cert bagatge¹ i una certa implantació de l'anomenada "*Administració Electrònica*"², en especial després de l'entrada de la llargament comentada 11/2007, de 22 de juny, d'*accés electrònic dels ciutadans als serveis públics* (LAECCSSPP), que ha suposat una major concreció en la modernització de les administracions públiques, però en especial, de la local, sempre atent als canvis i pendent d'incorporar noves pràctiques que agilitzin la seva activitat. Si el món local ha estat laboratori d'experiències jurídicoadministratives, ara més que mai es troba en posició de liderar una nova forma de fer, més àgil, més transparent, més segura i que assenti unes bases sòlides de comportament administratiu que facin augmentar la confiança dels ciutadans en el sector públic.

Aquestes línies pretenen ser una reflexió, que, partint dels principals textos sobre la matèria, ens acosti a un grup d'idees que ens ajudin a posicionar-nos sobre l'onada de canvi que s'acosta³.

És un canvi que no es pot comparar al pas de la màquina d'escriure a l'ordinador, doncs anem a *especialitzar un règim jurídic dins les bases del procediment administratiu*, a suprimir papers i tràmits, a crear nous Drets, a parametritzar la gestió i en definitiva anem a accelerar i accentuar l'obligació de resoldre i la informació als ciutadans.

Aquest canvi no és senzill. Ans al contrari, de les més de 8.000 entitats locals a Espanya i les més de 900 a Catalunya així com l'escassa utilització del DNI digital o la signatura electrònica per part dels ciutadans, fa que observem els canvis normatius com una oportunitat que ha d'afrontar-se de forma progressiva, amb costos econòmics i organitzatius evidents i que planteja riscos i dubtes que cal tenir presents. La LAECCSSPP cerca un nou model però com intentaré argumentar més endavant, assoleix un canvi de mètode no pas un veritable canvi de model.

Com a fonament de l'argumentació que vé, defensaré que cal participar dels canvis modernitzadors però sense oblidar aspectes pendents, cabdals del món local i que plantegen riscos i problemes en qualsevol procés de canvi.

D'entrada, el moment no és el millor, ja no pel context econòmic català i espanyol (no cal desenvolupar aquest argument), sinó per motius jurídics profunds.

¹A tall d'exemple, ORTEGA ÁLVAREZ, L "Nuevas tecnologías y procedimiento administrativo" a Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 18, 1993.

²De conformitat amb la Comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu, al Comité Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions sobre el Papel de la administración electrónica en el futuro de Europa, COM (2003) 567 final, p. 7, " *L'administració electrònica és la que implementa les noves tecnologies de la informació i les comunicacions a les Administracions Públiques combinant amb canvis organitzatius i noves aptituds, amb la finalitat de millorar els serveis públics i els processos democràtics i reforçar el recolzament de les polítiques públiques*" (la traducció és meua).

³L'octubre de 2009 ja podem afirmar, com veurem en aquest treball que ja hi ha molta producció doctrinal sobre la matèria que aborda amb èxit conceptes troncats, pel que és un objectiu intentar aprofundir en assumptes no tant tractats.

En primer lloc, perquè l'administració territorial local espanyola pivota sobre la legislació local de l'any 1985, amb unes bases del règim jurídic de les administracions públiques en la meua opinió excessivament extenses (vid. FJ 3er de la STC 214/1989 de 21 de desembre) que impedeixen models territorials d'acord amb les necessitats latents⁴. No és una qüestió patriòtica, sinó que els diferents nivells d'administració haurien d'estar al servei de les necessitats del territori i en aquest context, l'administració local, amb un major pes del sector públic. Seria aconsellable un gran pacte d'Estat sobre el model, més enllà dels pactes del 1999, més ambiciós i amb voluntat d'afrontar el futur amb el model del 1985 superat. *Amb l'administració electrònica, de moment, canviarem el mètode, però no el marc competencial i la manca de condicionarà de forma efectiva el seu desplegament.*

En segon lloc, com element cabdal abans de qualsevol reforma, cal tenir present que l'aplicació del Dret Administratiu al món local ha de ser més àgil i més previsible, amb accent al principi de confiança legítima. L'administració, sovint, és excessivament condemnada per pràctiques que s'allunyen dels principis que inspiren les bases de la nostra cultura administrativa de l'Europa Continental (i en especial, del precedent administratiu). Les diferències documentals entre Ajuntaments per fer un tràmit han de ser resoltes⁵, i augmentar la seguretat jurídica dels ciutadans, dels electes locals i en especial, accentuar l'estatut de la oposició. Masses vegades l'any 2009, en especial en pobles petits l'oposició és únic garant de la custòdia de l'interès general (quan es disposa de diners per litigar). Impugnats els actes, la jurisdicció contenciosa-administrativa s'ha vist massificada per les reformes de la planta judicial de l'any 2003 i sovint és millor no recórrer i tornar a començar. *Cal recuperar la confiança i augmentar la imparcialitat i objectivitat en l'activitat administrativa.*

En tercer lloc, perquè l'any 2009 el món local, encara no té un model directiu clar i aquesta indefinició ens porta a una no-resolta relació política-direcció, tot pendent de ser desenvolupat (i es pretén canviar el model?). És urgent que es formin persones per dirigir, que dirigeixin els millors, els més capaços, i tecnificar les decisions polítiques, no polititzar les tècniques⁶. En aquest *interin*, és urgent afrontar la relació confiança-control. Les estructures administratives han de permetre per sí soles que l'exercici de les potestats no desviï la producció dels actes de les finalitats a què responen. Cal permetre direcció als directius i els directius han de permetre control a qui li pertoqui en un joc serè i tranquil que garanteixi el compliment de la Llei.

En quart lloc i fruit d'això, masses administracions sovint encara no incorporem certs paràmetres imprescindibles de la gestió pública, necessaris per saber, *què tal ho fem*. La legislació de règim local, més enllà del contingut jurídic dels preceptes, hauria d'esbossar criteris de gestió tendents a

⁴El centre del debat es condensa en les reflexions de FONT LLOVET, T, VELASCO CABALLERO, F i ORTEGA ÁLVAREZ, L, *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*, CEEPPCC, núm. 6, Madrid, 2006. En aquest sentit el vigent Estatut d'Autonomia de Catalunya ha entès perfectament que cal separar les bases del règim jurídic de les administracions públiques, respecte del règim local, element aquest que serà abordat per l'esperada Sentència del Tribunal Constitucional que resoldrà els diferents recursos.

⁵ Es pot consultar l'Informe del Síndic de Greuges de Catalunya de l'any 2007 per comprovar-ho.

⁶ Al 1er Congrés Català de Comptabilitat i Direcció es va presentar una ponència el segon dia en el marc de la sessió La funció directiva a l'administració pública, signada pel Dr. Carles Ramió Matas, *La complejidad del directivo público, reflexiones y propuestas*, i en la part que interessa diu "Me muevo de forma caótica en una habitación con cuatro paredes y deseo tocar a la vez las cuatro: a) eficacia y eficiencia (por lo dicho antes); b) confianza política, pero también las dos paredes más clásicas y garantistas: c) capacidad y mérito en el acceso; d) igualdad. Soy consciente que lograr los cuatro elementos a la vez es imposible." (pag. 6. Es pot consultar a: <http://www.accid.org/congres/historic/2005/catala/informacio.html>).

També el citat autor signa l'article "El model directiu a les entitats locals" a Règim Jurídic dels Governs Locals a Catalunya. ACM. Tirant lo Blanch, València 2009, especialment pàgina 717 on afirma (Després d'una crítica al model burocràtic): " ... Però la majoria d'aquest nou model d'administració pública són molt negatives ja que contribueixen a la dissolució de la majoria dels valors públics, amb la qual cosa s'anul·len les bases que donen sentit i coherència a una institució pública (...) EL principal canvi és que s'ha anul·lat d'una manera bastant generalitzada el principi de mèrit en la gestió actual de gestió de personal de les administracions locals (...) El que sorprèn és que no s'hagi plantejat tornar al sistema de mèrit (degudament modernitzat) i s'hagi optat per un sistema de patronatge (Mc Gregor 1991), en què el clientelisme partidista és predominant, combinat amb un neosistema de negociació col·lectiva que agrupa una gran diversitat de subsistemes molt difícils de controlar. I tot això, finalment, amant amb valors exclusivament instrumentals propis de la gestió empresarial, que ignoren les especificitats dels valors públics ."

millorar la qualitat del servei. Calen objectius dels comandaments, avaluació del personal, flexibilitat en la funció pública i actuar amb indicadors dels serveis. Progressivament cal que qui més rendeixi més guanyi, doncs actualment qui s'esforça és perquè s'estima la ciutat i és professional.

L'administració local afronta la generalització de l'ús de les TIC sense haver resolt dubtes existencials.

El model local és exitós, ara bé, com que no se l'ha permès evolucionar i la realitat ha desbordat les previsions, l'any 2009 podem parlar de certs desajustos que en aquestes notes introductòries vull posar de manifest.

Els Alcaldes i les Alcaldesses de Catalunya volen resoldre situacions als barris sovint sense instruments i sovint sense recursos econòmics. Només la imaginació i la devoció per la feina dels representants locals els ha acompanyat.

És urgent, si no augmenta el pes del sector públic local, garantir que les comunitats autònomes⁷ i l'Estat tenen en compte el món local abans de legislar (cal tenir esperança ja que en data 16 de setembre de 2009, s'ha iniciat la tramitació parlamentària de la Llei de Governos Locals de Catalunya)⁸, i que en tot cas la legislació s'acompanyi de memòries de costos econòmics dels serveis.

Per contra, la realitat ben segur ens portarà a un escenari molt millor. Cal tenir plena confiança en el personal al servei de les administracions locals, que com sempre, farà un tasca responsable. Les administracions tenen persones al servei amb una profunda vocació de servei públic, que s'ho creuen, que treballen per la comunitat local i que han passat exitosament pels vuitanta, els noranta i els temps actuals

D'entre el personal, els juristes locals, a finals dels setanta, acompanyant els electes locals d'una jove democràcia, van ajudar a consolidar un sistema nou que és patrimoni de tots. Als vuitanta, van liderar la implantació dels serveis i la ordenació urbana. Als noranta van ser punters en pràctiques novedoses administratives. I en l'actualitat, s'han reciclat cap a juristes transversals, coneixedors pluridisciplinars del Dret, per donar respostes a una legislació canviant. Aquests juristes locals, homes i dones de les ciutats i pobles d'arreu preocupats per fomar-se continuament, ben segur que lideraran un canvi de model vers una administració més eficaç, que incorpori les TIC i que progressivament la bategem com "*administració electrònica*".

No voldria separar modernització de canvis sectorials no electrònics, i més en concret, d'unes pinzellades de la directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre, *de serveis en el mercat interior* (DOL de 27 de desembre de 2006, núm 376), l'anomenada "*directiva de serveis*", que tindrà un fort impacte en la modelització administrativa així com els projectes de lleis que es troben a punt de ser tramitats i ja se sap que comentar textos futurs té problemes, però al menys ens esbossa un calendari d'obligacions clar.

Aquests preàmbuls a un fort canvi, no de model, sinó de mètode del model, necessàriament han de ser llegits a la llum d'uns principis comuns i que han de pivotar al voltant de l'autonomia local.

Aquest text pretén ser un instrument per acostar conceptes, intentar esvaïr dubtes i profunditzar en allò ja escrit, i com no, continuar aprenent.

⁷En aquest sentit l'article 85 de l'EAC regula el Consell de Governos Locals.

⁸En podeu consultar la tramitació a la direcció: <http://www.parlament.cat/web/activitat-parlamentaria/siap>

1. La modernització de les administracions locals ha de cercar, ara sí, l'efectivitat del deure jurídic de bona administració.

1.1. Perquè una administració s'ha de modernitzar. De la desmaterialització del suport paper al canvi de model

L'administració local estatal i espanyola han incorporat de forma progressiva i no uniforme criteris tendents a millorar les organitzacions.

La modernització, sovint es relaciona amb processos de canvi tendents a adaptar-se a les noves necessitats. Observem canvis de paradigmes perquè la societat és més complexa, de naturalesa relacional, amb el sorgiment de nous Drets i amb la necessitat d'incorporar a l'activitat administrativa conceptes com globalització, noves tecnologies, transparència, finestra única... La cultura administrativa ha evolucionat d'un model jeràrquic a un model col·laboratiu, amb unes noves relacions socials i amb uns hàbits canviants, difícils de seguir per la velocitat dels mateixos⁹.

Així, la introducció de les TIC a l'activitat administrativa, és una part de la modernització, no l'objectiu. Un Ajuntament fortament informatitzat que no disposi dels instruments de regulació del personal ben treballats, que no sigui escrupolós amb el principi de legalitat, que no respongui a totes les peticions d'acord amb la llei o que tingui cues en l'atenció al ciutadà, es podria anomenar "administració electrònica" però no haurà assentat bases sòlides per ser una administració eficaç, que respongui a les necessitats de la Llei que les crea.

La modernització administrativa també es pot iniciar sense les TIC. En la meua opinió un Ajuntament que en suport paper respon dintre dels terminis, disposa de serveis al ciutadà amb graus de satisfacció i s'adapta als canvis que requereix la ciutadania, pot ser millor administració que qui no ho faci i sí disposi de TIC i sigui condemnada contínuament pels Tribunals.

La modernització necessàriament ha de tenir a veure amb una administració que profunditza en el principi de Bona Administració¹⁰ i que és capaç de fer visibles de forma permanent els mandats de l'article 41 de la Carta Europea de Drets Fonamentals (DOCE de 18 de desembre de 2000)¹¹. Aquest principi ja recollit en els nostres textos (arts 103 CE, 30 EAC i 3 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú (LRJPAC)), en paraules del Dr. Ponce, "...tenint en compte el marc constitucional vigent, pot afirmar-se que el desenvolupament de la funció administrativa està sotmès a un deure jurídic de bona administració, a una haver de fer consistent en un mandat d'actuació de forma racional, objectiva, coordinada, eficaç, eficient i econòmica en el seu servei als interessos generals" (la traducció és meua). Les referències normatives i jurisprudencials configuren el principi de bona administració com un principi plural que exerceix per una banda de principi rector però per l'altre amb concrecions manifestes amb diferents institucions administratives (la motivació dels actes administratius, l'exercici de les potestats per les finalitats atribuïdes...) podria convertir-se en un recordatori del deure general de l'administració de servir amb objectivitat i eficàcia els interessos generals.

En definitiva, la modernització ha de fer efectius els principis de servei públic. En aquests principis hi ha posicions doctrinals d'influència anglosaxona tendents a acostar l'administració a l'empresa privada, transformant ciutadans en clients i convertint-nos en proveïdors de serveis. En la meua opinió, els interessos generals que ha de defensar l'administració l'allunyen dels interessos particulars que defensen les empreses. Per millorar, seria un greu error copiar criteris de l'empresa privada i per això des del servei públic necessitem profunditzar en una nova consciència col·lectiva pública, que reconegui el valor afegit del servei a la comunitat i que tingui un únic objectiu que és satisfer l'interès general, amb objectivitat i imparcialitat. Per assolir l'interès

⁹El setembre de 2005, l'OCDE va publicar l'estudi titulat *Modernising Government: The Way Forward*, que recull les millors pràctiques de les reformes de les diferents administracions públiques dels països de l'OCDE dels últims 20 anys.

¹⁰En especial, Ponce Solé, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 126 y ss.

general, quan la vinculació a la llei sigui positiva l'hem de respectar de forma escrupolosa i quan la vinculació sigui negativa, l'actuació administrativa s'ha d'inspirar en els arts. 103 CE, 30 EAC i 3 LRJPAC.

Aquest principi ens convida a cercar una posició d'innovadora¹². Hem de reflexionar diàriament com millorar l'administració des d'una posició institucional i la millora administrativa ha d'estar al marge del debat polític, com un tresor col·lectiu independentment de qui governi. I aquesta posició al sector públic vol dir acceptar el joc, ser respectuós amb els que discrepen, ser objectiu amb les opinions i afegir valor ala feina, compartint coneixement i observant les noves tecnologies com una oportunitat sense precedent, ja que la modernització, acompanyada de valors públics pot fer efectiu el deure de bona administració. És en aquesta posició on les TIC ens han de fer mutar la posició, i sense deixar els valors (sinó que accentuant-los), callegir les oportunitats que ens dona internet¹³.

La recent Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè econòmic i social europeu i al comitè de les Regions de 4 d'agost de 2009 (COM(2009)390 final) conté l'informe sobre la competitivitat digital a Europa. Principals assoliments de l'estratègia i2010 entre 2005 i 2009¹⁴, posa de manifest que cada cop hi ha més europeus en línia.

El nombre d'usuaris habituals d'internet ha passat del 43% l'any 2005 al 56% el 2008 i la franja on més augmenta és en grups de desfavorits (inactius, persones amb un nivell educatiu més baix, i les que pertanyen al grup d'edat 55-64 anys). L'informe, posa de manifest que hi ha 114 milions de persones abonades a la banda ample.

Internet de banda ample es troba disponible pel 93% de població europea de menys de 25 anys, davant el 87% l'any 2005.

De l'informe el que més ens interessa es la xifra que posa de manifest que els serveis totalment assolibles per internet ha arribat al 50% l'any 2007 (en front un 27% el 2004) i en el cas de les empreses arriba al 70% (en front del 58% del 2004). Un terç dels ciutadans europeus i quasi el 70% de les empreses de la UE utilitzen serveis de l'administració electrònica.

A Catalunya, l'Enquesta sobre l'adopció de les tecnologies de la informació i la comunicació a l'Administració local 2008 ha estat realitzada pel Consorci Localret i la Secretaria de Telecomunicacions i Societat de la Informació (STSI) de la Generalitat de Catalunya, juntament amb la Fundació Observatori per a la Societat de la Informació de Catalunya (FOBSIC)¹⁵, posa de manifest amb un elevat grau de detall quina és situació de la penetració de les TIC a Catalunya i ens posa de manifest que ens trobem en una continua evolució, no generalitzada.

En l'ies generals observem com per sota dels 20.000 habitants, les administracions pateixen una fractura en la incorporació de les TIC, ben segur per motius organitzatius i pressupostaris. L'enquesta cal llegir-la tenint en compte que la ciutat de Barcelona representa el 20% de la població dels ens locals. El 86% dels ens locals d'Espanya tenen menys de 5.000 habitants, pel que la problemàtica ja la podem observar.

¹² En la línia de BALLART, X *Innovación en la gestión pública y en la empresa privada*. Díaz de Santos, Madrid, 2001.

¹³ Amb caràcter general és una obra de referència en aquest camp i un autèntic compendi d'administració electrònica l'obra de BERNADÍ Gil, X, *Administracions Públiques i Internet. Elements de dret públic electrònic*. Fundació Carles Pi i Sunyer, Col·lecció Estudis, núm. 21. Ens adverteix de la crisi de conceptes clàssics en l'àmbit de la cultura del Dret Públic i més en concret de la volatilització de l'espai i el temps (pp 38 i ss). I tornarem més endavant.

¹⁴ Podeu consultar-la a: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0390:FIN:ES:PDF>

¹⁵ El present informe s'ha elaborat a partir de les dades de 662 ajuntaments del total de 946 que componen l'administració local catalana, el que suposa un nivell de resposta del 70%. Els 662 ajuntaments que han participat a l'enquesta representen el 95% de la població de Catalunya. El present informe i els d'anys anteriors es poden consultar a: <http://www.localret.cat> i <http://www.fobsic.cat>. Cal reconèixer des de l'òptica local, en especial la feina extraordinària del Consorci Localret, dels professionals de l'Agència Catalana de Certificació i del Consorci AOC. Estem al capdavant de l'Estat en part per la seva tasca.

La conjunció de millorar l'administració i l'ús de les TIC per part dels ciutadans han produït un impacte en el marc legal que si abans era una opció, ara esdevé una obligació progressiva i correlativament un Dret pels ciutadans a relacionar-se amb mitjans telemàtics.

Així, les TIC ens permeten rellegir el procediment administratiu i augmentar el principi d'eficàcia, que estableix una obligació de comportament actiu de l'administració¹⁶ i “*es un mandato para la Administración y, en la medida que ésta hade actuar, “de acuerdo” con él (103.1 CE)*” (STC 178/1989, FJ 3º). L'eficàcia ha de ser un mitjà-objectiu que cal ubicar de forma conjunta amb la resta de principis que inspiren l'activitat administrativa,

1.2. Què succeeix el 30 de desembre de 2009 al món local?

Els ens locals Catalunya ja fa temps que utilitzen noves tecnologies.

L'ús de la intranet, la petició de permisos mitjançant formularis, els programes de contabilitat o de gestió tributària, els SMS amb resultats electorals, la supressió de la nòmina en suport paper... Des de l'any 1995 es pot dir que s'han fet passos previs per desplegar un model d'administració canviant.

El marc jurídic i la pràctica ciutadana han rebut 4 impulsos importants que fan que allò que era opcional esdevingui obligatori.

En primer lloc la LAECSSPP¹⁷ esdevé un marc regulatori de l'administració electrònica i planteja a grans trets 2 grans canvis que fan que ara sí arribi el canvi. En primer lloc la Disposició final tercera anomenada “*Adaptación de las Administraciones Públicas para el ejercicio de derechos*”, estableix que els Drets recollits a l'article 6 poden ésser exercits pels ciutadans en relació a tots els actes de la competència que s'ostenti a partir del 31 de desembre de 2009 sempre que ho permetin les seves disponibilitats pressupostàries¹⁸. La LAECSSPP va entrar en vigor el 24 de juny de 2007, però els Drets esdevenen invocables el 30 de desembre d'aquest any, termini pactat per l'Estat amb la Federació Espanyola de Municipis i les CCAA.

En segon lloc, la LAECSSPP regula al seu art. 27.6 el fet que les administracions reglamentàriament poden establir l'obligatorietat de comunicar-se amb elles només amb mitjans electrònics, quan els interessats es corresponguin amb persones jurídiques o col·lectius de persones físiques que per raó de la seva capacitat econòmica o tècnica, dedicació professional o d'altres motius acreditats tinguin garantitzat l'accés i disponibilitat dels mitjans tecnològics precisos. Aquest és un canvi revolucionari, doncs l'article 45 de la LRJPAC (incorporació de mitjans tècnics) modificada per la Llei 24/2001, de 27 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, preveia la impulsó de les tècniques i mitjans electrònics. Té el seu trasllat a l'article 70 bis, apartat tercer de la Llei 1/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local (LRBRL, modificada per la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de Mesures de Modernització del Govern Local (MMGL) en cap cas d'establir la seva obligatorietat de l'ús.

Ara, respectant el precepte citat, es pot suprimir el paper. Aquest canvi és fonamental perquè és l'administració qui tria el suport i el més important, no és el ciutadà qui triarà com se li notifica (art. 58.3 de la LRJPAC) sinó que l'administració amb una norma reglamentària suprimeix el paper.

En tercer lloc, l'ús de la signatura electrònica ja comença a generalitzar-se, tant pel personal al servei de les administracions públiques com pels ciutadans ja sigui amb certificats d'acord amb Llei 59/2003, de 19 de desembre, de signatura electrònica, o amb el DNI electrònic 1553/2005, per el que *se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica*.

¹⁶ PONCE SOLÉ, J, op cit. (2001), p. 434

¹⁷ La UOC organitzà el 12 de desembre de 2007, una jornada sobre la LAECSSPP que és imprescindible consultar. Especialment la ponència de la Dra. Malaret García, Elisenda amb la ponència “règim jurídic de l'administració electrònica”. Es pot consultar a: http://www.youtube.com/watch?gl=ES&hl=es&v=1o_oR3vdeqc&feature=user

¹⁸ Podeu consultar la *Guia pràctica de la LAECSSPP*, elaborat per la comissió de Modernització i Modernització de la Federació Espanyola de Municipis i Províncies (FEMP) a la direcció: <http://www.leganes.org/leganes/pdfs/guia%20practica%20LAECSP.pdf>

En quart lloc cada cop més lleis estableixen l'obligació de tramitar amb mitjans telemàtics els procediments administratius entre administracions.

Aquests canvis (conjuntament amb el de seu electrònica) són els que empenyen l'administració actual a un canvi accentuat perquè com veurem, la majoria de la resta de canvis que proposa la LAECCSSPP ja es podien posar en funcionament amb la LRJPAC.

L'apartat quart de la Disposició Final Tercera de la LAECCSSPP abans citada atorga un ampli marge d'actuació als ens locals¹⁹ i només estableix l'obligació de justificar si les disponibilitats pressupostàries permeten o no l'efectivitat dels Drets de l'article 6. Aquesta fórmula, estranya i enganyosa (és un concepte jurídic indeterminat), sembla que permet que els ens locals que el 30 de desembre d'enguany, amb una justificació, no permetin la relació electrònica però això ha de ser matisat.

Cal recordar que l'article 6.3 de la LAECCSSPP transposa la "Directiva de Serveis" i aquesta té com a data límit el 28 de desembre de 2009²⁰ pel que l'efecte directe de la mateixa, en cas que no s'assoleixi l'objectiu, podria ser invocat en front instàncies europees amb responsabilitat de l'Estat Espanyol per defectuosa transposició.

L'Estat vé directament obligat, doncs no es cita condició per l'efectivitat dels Drets de l'article 6 de la LAECCSSPP però els ens locals i les CCAA en qualsevol cas han d'adoptar un acte administratiu justificatiu que motivi la situació de "*la disponibilitat pressupostària*"²¹ i concreti la

¹⁹ El professor Martín Delgado, Isaac, "Del riesgo de paralización en la implantación de la administración electrónica" a *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 781, de 10 de setembre de 2009, secció comentari diu de forma literal: "...De discrecionalidad habla J. VALERO, al mantener que «[r]esulta evidente que la gran discrecionalidad que tal expresión atribuye a los poderes públicos puede convertirse en una barrera difícilmente salvable», «La nueva regulación legal del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito administrativo: ¿el viaje hacia un nuevo modelo de Administración electrónica?», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 35, 2007, pg. 226. Comparte esta idea L. COTINO, para quien «este condicionamiento a las disponibilidades presupuestarias hace casi imposible exigir jurídica –y judicialmente– con éxito que los derechos se hagan efectivos», «Derechos del ciudadano», op. cit., pg. 146. Para E. GAMERO, la excepción «vacía de contenido» el art. 6 LAE, en GAMERO CASADO, E., y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2007, pg. 436. Podeu consultar-ho a la direcció: <http://www.aranzadi.es/index.php/informacionjuridica/actualidad-juridica-aranzadi/781/comentario/del-riesgo-de-paralizacion-en-la-implantacion-de-laadministracion-electronica#n4>.

En aquest context m'assembla molt interessant la crítica de VALERO TORRIJOS, J al seu blog personal on diu: "Más bien, comparto la opinión de Isaac de que en este ámbito se está legislando a base de criterios de oportunidad, sin plantearse seriamente el resultado final del proceso. En este sentido, el caso que comenta de la Ley de Tráfico resulta especialmente significativo tanto por las razones que aduce como, sobre todo y especialmente, porque establece un régimen singular de las notificaciones/publicaciones en tableros para esta materia ¡que es manifiestamente contrario a la regulación básica! ¿De qué sirve entonces la garantía constitucional del art. 149.18ª de la Constitución? En mi opinión, sólo cuando exista suficiente fundamento constitucional cabría admitir la existencia de normas básicas especiales, tal y como sucede por ejemplo con el funcionamiento del Pleno de los Ayuntamientos dado su carácter de órganos representativos (art. 23 CE)." Podeu consultar-ho a la web: <http://modernadministracion.blogspot.com/>

²⁰ Defensa el Preàmbul de la LAECCSSPP que es donen per transposats els arts. 6, 7 i 8 de la Directiva de Serveis. Recordar que l'article 8.1 de la Directiva diu: "Artículo 8.Procedimientos por vía electrónica. 1. Los Estados miembros harán lo necesario para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica, a través de la ventanilla única de que se trate y ante las autoridades competentes." I l'article 44.1 de la citada Directiva obliga a comunicar el 28 de desembre de 2009, les mesures per la seva efectivitat en el Dret intern.

²¹ La "*disponibilitat pressupostària*", és un concepte que ha estat objecte de tractament en el camp educatiu, sobretot en el camp dels concerts. Així per exemple l'article 205.2 de la Llei 12/2009, de 10 de juliol, d'Educació (per la concertació de centres privats, amb disponibilitat pressupostàries).

La STS de 4 de maig de 2005 (RJ 2005/4288) que diu de forma literal: "En materia de conciertos educativos debe diferenciarse entre los requisitos que han de reunir los centros docentes privados para poder acogerse a ellos y para mantener el que tengan formalizado, y la *disponibilidad presupuestaria* legalmente establecida como límite del número de los conciertos que pueden ser aprobados por la Administración (...) Y por lo que hace al límite presupuestario, figura en el artículo 49.1 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio (RCL 1985, 1604, 2505) , reguladora del Derecho a la Educación -LODE-, que dispone que la cuantía global de los fondos públicos destinados a los centros concertados se establecerá en los Presupuestos Generales del Estado y, en su caso, en los de las Comunidades Autónomas. Como también de dicho límite presupuestario se ocupa el tan repetido Reglamento, que declara: que los conciertos tienen por objeto garantizar la educación obligatoria y gratuita en centros privados mediante la asignación de fondos públicos destinados a este fin (artículo 9); que esa asignación se realizará dentro de la cuantía global establecida en los Presupuestos Generales del Estado y, en su caso, en la de las Comunidades Autónomas (artículo 12); y que las

indeterminació de la mateixa. La fórmula, afegint que la LAECCSSPP no incorpora memòria econòmica i el fet que no hi ha hagut auxili excessiu pels ens locals de menys de 20.000 habitants, pot crear un país de 2 velocitats, segons les dimensions i recursos del municipi, amb fronteres clares segons el grau de modernització. Així, en la meua opinió, allò adient és justificar amb una memòria les actuacions que s'han fet i quins tràmits es poden fer electrònicament de forma que els Drets de l'art. 6, progressivament i parcialment es tendeix a fer-los efectius. L'esperit de la norma, és que les administracions o es justifiquin o bé que facin efectiu un Dret subjectiu del ciutadà a emprar mitjans electrònics²².

El problema pot ser que arribem aquesta data i no es justifiqui el perquè no es fan efectius els Drets. Aquest fet podria comportar, en lloc del Dret del ciutadà a escollir el suport amb què es relacioni amb l'administració, *l'obligació de relacionar-se en paper*, i aquesta és una obligació que no té el deure de suportar i per tant reclamable per la via de la responsabilitat patrimonial de l'administració local. Així, la reclamació per no fer efectiu el Dret el 30 de desembre de 2009 hauria de concentrar-se o en les despeses que suposa l'ús del paper o en la manca d'immediatesa dels Drets que dóna l'administració electrònica.

Dins l'administració local caldria diferenciar entre els Ajuntaments i les Diputacions, ja que la DF 3a diu de forma literal que *"...a estos efectos las Diputaciones Provinciales, o en su caso los Cabildos y Consejos Insulares u otros organismos supramunicipales, podrán prestar los servicios precisos para garantizar tal efectividad en el ámbito de los municipios que no dispongan de los medios técnicos y organizativos necesarios para prestarlos."*

Una lectura sistemàtica de la legislació que es citarà a l'apartat següent, no deixa dubte que la manca de disponibilitat pressupostària no eximeix l'obligació tendent dels ens locals de fer efectius els Drets. *"Manca de disponibilitat pressupostària"* és un concepte jurídic indeterminat i en principi només admet una única solució justa (o n'hi ha o no n'hi ha). Ara bé el fet que es refereixi a la despesa i el pressupost, un instrument eminentment planificador, li adjunta un fort grau de discrecionalitat que de conformitat amb el principi d'autonomia local, qui observa les prioritats és el govern local. Doncs bé, en aquest camp l'autonomia local, ha de llegir-se d'acord amb l'article 9.3 CE tendent a ampliar el Dret d'escollir el mitjà amb què relacionar-se i i cal justificar abastament que és impossible per mitjans pressupostaris (perquè l'Ajuntament es troba al límit de l'endeutament, perquè es troba en un pla de sanejament...) o cal progressivament dotar partides. I aquí la voluntat del legislador és clarament progressiva perquè el paper de les Diputacions el resol amb un "podrà"²³.

La justificació ha de fer-se a l'empara de l'article 54.1 LRJPAC perquè la política de despesa que ha produït la manca de disponibilitat pressupostària, limita el Dret del ciutadà i cal fer-ho.

La doctrina se n'ha encarregat d'analitzar la discrecionalitat en el marc de la planificació econòmica i té unes notes àmplies que caldria acostar al cas que estem estudiant. La discrecionalitat per d'iniciativa d'acord amb SANCHEZ MORON²⁴, es refereix a la capacitat per *"crear servicios, promover actividades públicas o acordar prestaciones de fomento o asistencia"*. Aquesta discrecionalitat està subjecte a controls polítics, socials i administratius si bé el control judicial és difícil. Caldria llegir la LAECCSSPP com una norma que sense concretar obligacions específiques, que ha de ser marc de l'activitat administrativa que condiona la potestat planificadora inherent al pressupost local, però sempre amb respecte a l'autonomia local.

propuestas sobre aprobación conciertos deberán ajustarse a las consignaciones presupuestarias disponibles (artículo 23.2).

²² La LAECCSSPP no obliga a efectuar inversions en tecnologia. Però el fet que per aquesta manca d'inversions no es facin efectius els Drets de l'article 6, ens planteja el dubte si no hi ha l'obligació d'incorporar partides pressupostàries en la matèria i si no s'incorporen, aquest fet pot ser motiu d'impugnació dels pressupostos per ometre el crèdit necessari pel compliment de les obligacions exigibles per l'entitat local (article 170.2, b) del Decret Legislatiu 2/2004, de 5 de març, pel que s'aprova el Text Refós de la *Llei d'Hisendes Locals*.

²³ Sembla evident que les Diputacions "poden". De fet es troba en la seva pròpia naturalesa jurídica de conformitat amb l'art. 31.2, a) de la LRBRL

²⁴ SÁNCHEZ MORON, M, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos, Madrid, pp 126-127

El que no és discrecional, és el fet que una vegada s'ha optat per la creació d'un procediment, es produeixi la seva posterior supressió doncs la LAECCSSPP no preveu mecanismes per des-telematitzar un procediment. Per tant l'administració que ofereix els Drets de l'art. 6 de la LAECCSSPP es veu autovinculada per l'exercici d'una potestat discrecional d'autoorganització²⁵.

Per fer efectiu els Drets de l'art. 6 de la LAECCSSPP porta implícita una certa precaució²⁶ i visió de la responsabilitat perquè no es preveu mecanisme per cessar els Drets fets efectius. I aquest fet ha d'observar-se a la llum de la importància de l'actualització continua de les aplicacions, cares i canviants i que obliguen una despesa permanent en actualitzacions via web. L'administració electrònica, ens permet justificar per disponibilitat pressupostària una demora en l'efectivitat dels Drets, però una vegada feta efectiva ens obliga a una inversió permanent, i la LAECCSSPP no regula la supressió del Dret d'elecció, pel que caldrà una motivació important per no vulnerar la confiança legítima del qui ve relacionant-se electrònicament.

Aquest argumentari em serveix per posar de manifest que la LAECCSSPP ens porta a dos règims jurídics ben diferents:

En primer lloc estableix obligacions genèriques que porten a fer efectius els Drets de l'article 6, i que en la meua opinió si bé són de difícil anàlisi, han de fer efectiva una reducció de la discrecionalitat en la capacitat de disponibilitat pressupostària, perquè la realitat social de les dades expressades posa de manifest que la generalització de l'ús de les TIC, obliga a introduir noves formes de relació amb els ciutadans, i per tant en l'elaboració del pressupost, les administracions s'han de decantar pel criteri d'eficàcia que s'assoleix amb les TIC i per l'ampliació de Drets. Ara bé, aquesta reducció de la discrecionalitat no només afecta als Ajuntaments sinó que les Diputacions (perquè ho diu la DF 3a LAECCSSPP) i les CCAA i l'Estat són qui de forma principal han d'auxiliar econòmicament a qui no ostenta la potestat de dictar Lleis ni ostenten potestat tributària originària i de conformitat amb l'art. 142 CE.

Les hisendes locals hauran de disposar dels mitjans adients pel compliment de les funcions que la llei els atribueix. Així des de l'aprovació de la LAECCSSPP, els ens locals tenen una obligació tendent a fer efectives les TIC, sense concreció ni temporal, ni material i en tot cas han de realitzar una activitat administrativa augmentant els Drets dels ciutadans i limitant la discrecionalitat pressupostària en aquest sentit cercant major eficàcia i materialització de l'art. 3 de la LRJAPC²⁷. A curt termini i sense un pla de modernització, serà molt difícil exigir canvis d'activitat en front un tribunal amb el rerafons de l'art. 137 CE²⁸.

En segon lloc, escasses prestacions concretes pel que difícilment es podrà accionar per la via de l'art. 29.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, Reguladora de la Jurisdicció Contenciosa-Administrativa (LJCA)²⁹.

Pràcticament allò que esdevé exigible el 30 de desembre de 2009, és la obligació de l'article 9.1 de la LAECCSSPP de possibilitar l'accés a l'administració general de l'Estat a les dades que siguin responsabilitat de les administracions locals, doncs l'Estat no pot justificar manca de disponibilitat pressupostària i per tant, per poder fer efectiu el Dret dels ciutadans de l'article 6.2.b), és a dir a no aportar dades i documents que estiguin en poder de les Administracions Públiques necessita de *l'activitat concreta* dels ens locals (molt difícil en l'actualitat doncs moltes dades no es

²⁵ Sobre aquesta autovinculació, CIRIANO VELA, C. D, *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial*. Lex Nova, Valladolid, 2000, p 325.

²⁶ Precaució en sentit genèric no en els termes del principi de precaució (o principi de cautela en una traducció que no ajuda gens a la seva comprensió) del Dret Comunitari ja assolit pels diferents estats. Un anàlisi multidisciplinar del principi es pot trobar a VVAA, *El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo Español*. CJPJA, Manuales de formación continua, núm 26.

²⁷ A la LAECCSSPP la paraula "eficiència" no surt a l'articulat ni una sola vegada.

²⁸ Què ha de fer un Ajuntament? Adquirir infraestructura per posar en funcionament els Drets de l'art. 6 LAECCSSPP o mantenir les prestacions socials? Probablement les dues coses però quan pressupostàriament no es poden fer les dues, els Alcaldes optaran i el marc normatiu no concreta de moment que no puguin fer, amb els condicionants que analitzarem més endavant amb la Directiva de Serveis.

²⁹ En contra d'aquesta opinió, COTINO HUESO, L. "Derechos del ciudadano" a GAMERO CASADO, E i VALERO TORRIJOS J, *La Ley de Administración Electrónica*, Aranzadi, Navarra, 2008, pag 141.

contenen en fitxers. Per exemple els contractes de treball, que majoritàriament encara els signem en paper.)

Des del dia 1 de gener de 2010, l'Estat té una acció directa a l'empara de l'art. 29.1 LJCA contra les entitats locals que no permetin l'ús de les dades a les que hi ha de tenir accés.

Fruit d'aquesta primera obligació, se'n desprèn una segona que és obtenir el consentiment informat del ciutadà per fer efectiu el Dret de l'article 6.2,b) doncs la cessió de dades entre administracions es troba clarament regulada a la Llei 15/1999, de Protecció de dades de caràcter personal.

També serà exigible la tramitació electrònica per la implantació de serveis, amb abolició de barreres administratives, que es tracta el capítol següent. En aquest cas, la data és el 29 de desembre de 2009.

2. El canvi de model: eixos jurídics i aspectes conflictius del marc de l'administració electrònica.

A continuació, una succinta referència als antecedents i la principal normativa de referència en el camp de l'administració electrònica³⁰ així com els canvis que s'acosten.

2.1. Marc normatiu general

L'administració electrònica en el moment actual ens obliga a realitzar importants esforços per sistematitzar-la com a categoria, tant perquè es relaciona amb les bases del procediment administratiu comú, com per la relació directa amb certs preceptes amb els que incidentalment es relaciona.

Amb caire general, es pot afirmar que la promulgació de normes en la matèria s'està fent de forma descompassada, sectorialment i sense un criteri de coordinació clar que sovint ens porta a seriosos dubtes interpretatius.

2.1.1. Aspectes competencials. La matèria TIC.

La CE i els primers estatuts d'autonomia no regulaven les TIC. Així, cal observar que cal fer un esforç important per desglossar els títols que es veuen afectats per aquesta matèria i analitzar-los en el seu conjunt. D'entrada per l'absència de la matèria sembla clar que és d'aplicació l'article 149.3 CE³¹, precepte que el TC ha estat molt reticent d'aplicar-lo de forma directa³² i que com veurem cal estudiar amb deteniment.

Les matèries que transversalment les TIC afecta són diverses:

En primer lloc, els aspectes relacionats amb la protecció de dades de caràcter personal (arts. 18.3 i per remissió i tractar-se un Dret Fonamental, art. 81 ambdós CE).

En segon lloc, amb el règim jurídic de les telecomunicacions (149.1.21 CE), si bé aquest títol ha estat interpretat de forma restrictiva pel propi Tribunal Constitucional (TC en SSTC 168 i 244/1993).

³⁰ Centrant-ho ens els aspectes més jurídics de procediment i protecció de dades, sense entrar en aspectes relacionats amb telecomunicacions, domini públic, telefonia mòbil

³¹ L'article 149.3 CE que de forma literal diu: "Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas."

³² En aquest sentit, Luque Regueiro, F. "La cláusula residual, de prevalencia y de supletoriedad del derecho estatal sobre el autonómico: examen del artículo 149.3 de la Constitución Española" a *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm 15, 2003.

En tercer lloc, una relació directa amb les bases del regim jurídic de les administracions públiques i el procediment administratiu comú i la contractació administrativa, tots ells a l'art. 149.1.18 CE i la seva projecció sobre la resta d'administracions territorials (menció especial pel cas que ens ocupa amb els arts. 137 i 140 CE).

En quart lloc, la competència de l'Estat en recerca i desenvolupament tecnològic (149.2 i 149.1.15 CE).

Finalment, l'article 149.1.1 CE com a clàusula general d'habilitació de competència de l'Estat en relació als Drets dels ciutadans.

Per la seva banda l'EAC regula a més del Dret a la bona administració i la protecció de dades (arts 30 i 31 i 156 EAC), per una banda la recerca, desenvolupament i innovació tecnològica, el règim jurídic, procediment, contractació, expropiació i responsabilitat patrimonial de les administracions públiques catalanes i el règim local (arts. 158 a 160 EAC).

En la meua opinió, les TIC haurien de ser observades com una matèria transversal que en els eixos bàsics que afectin tots els ciutadans gaudeixin d'una regulació comuna a l'Estat però en camps en què es desenvolupin matèries que es trobin en competències, existeixi un cert marge pel desenvolupament autonòmic i en la meua opinió la LAECCSSPP així ho ha fet.

2.1.2. La legislació estatal³³

La legislació estatal³⁴ de conformitat amb els títols citats abans, es regula en quatre grans camps de l'activitat administrativa.

³³ No cito la normativa europea, per la seva complexitat però sí pot ser interessant fer referència al principals textos:

Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea (arts. 7 i 8)

La Directiva 2002/21/CE (Directiva marc).

La Directiva 2002/20/CE del Parlament Europeu i del Consell relativa a l'autorització de xarxes i serveis de comunicacions electròniques.

La Directiva d'accés 2002/19/CE, del Parlament Europeu i del Consell de 7 de març de 2002, relativa a l'accés a les xarxes de comunicacions electròniques i recursos associats i la seva interconnexió.

La Directiva del servei universal 2002/22/CE del Parlament Europeu i del Consell de 7 de març de 2002, relativa al servei universal i els Drets dels usuaris en relació amb les xarxes i els serveis de comunicacions electròniques.

La Directiva 1999/93/CE, per la que s'estableix un marc comunitari per la signatura electrònica: és la base de la futura regulació de la signatura electrònica i del DNI electrònic.

La Directiva 95/46/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre de 1995, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades

Directiva 2002/58/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de juliol de 2002, relativa al tractament de les dades personals i a la protecció de la intimitat en el sector de les comunicacions electròniques

Directiva 2006/24/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 15 de març de 2006, sobre la conservació de dades generades o tractades en relació amb la prestació de serveis de comunicacions electròniques d'accés públic o de xarxes públiques de comunicacions i per la qual es modifica la Directiva 2002/58/CE.

La Directiva relativa a la competència en els mercats de xarxes i serveis de comunicacions electròniques 2002/77/CE de la Comissió de 16 de setembre de 2002.

La comunicació COM (2004) 61 final de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu, al CEESE i al Comité dels regions, "Contextant Europa a alta velocitat: evolució recent del sector de les comunicacions electròniques" (no publicada al Diari Oficial).

La Decisió Marc 2008/977/JAI del Consell, de 27 de novembre de 2008, relativa a la protecció de dades personals tractades en el marc de la cooperació policial i judicial en la matèria penal

³⁴ Aquí no entraré en normes cabdals que afecten únicament l'Estat, com són el Reial Decret 263/1996, de 16 de febrer, *por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado*, el Reial Decret 772/1999, de 7 de maig, *por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devoluciones de originales y el régimen de las oficinas de registro*, el Reial Decret 209/2003, de 21 de febrer, *por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos i l'ordre Ministerial PRE/1551/2003 de 10 de juny, que establece los requisitos de autenticidad, integridad, disponibilidad y confidencialidad de los dispositivos y aplicaciones de notificación y registro telemáticos*. Per una visió detallada de les normes reglamentàries que afecten l'Estatveure, GÓMEZ PUENTE, M La administración electrónica. Text pel I Congrés de l'AEPDA celebrat a Toledo el passat 11 de febrer de 2006.

Aquí no entraré en normes cabdals que afecten únicament l'Estat, com són el Reial Decret 263/1996, de 16 de febrer, *por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado*, el Reial Decret 772/1999, de 7 de maig, *por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devoluciones de*

En matèria de protecció de dades, la Llei Orgànica 15/1999, de 15 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD) i el RD 1720/2007, de 21 de desembre, pel que s'aprova el seu reglament de desenvolupament³⁵,

Pel que fa a la signatura electrònica, la Llei 59/2003, de 19 de desembre, equipara la signatura manuscrita a la signatura electrònica i per tant autèntic motor de la seguretat i de les garanties i més en concret de l'autenticitat, la integritat i la disponibilitat.

En matèria de procediment administratiu, de forma principal la LAECSSPP.

I finalment, de forma sectorial trobem la regulació estatal en les normes de procediment i substantives que són competència estatal de les que sembla interessant destacar-ne 5 blocs de matèries com són la contractació administrativa, l'impuls a la societat de la informació i telecomunicacions, la normativa tributària³⁶, el règim local³⁷ i la normativa de trànsit.

En matèria de contractació, la recent Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic i el Reglament que la desenvolupa parcialment aprovat per RD 817/2009, de 8 de maig suposen un autèntic canvi com a mínim en els aspectes relatius a la imposició obligatòria dels mitjans telemàtics i el seu règim (Disposició Addicional divuitena i dinovena de la LCSP i Disposició Addicional única del Reglament que desenvolupa parcialment de LCSP), la publicitat dels procediments de contractació (art 42 LCSP), la subhasta electrònica (132 LCSP) o l'enviament en format electrònic de les comunicacions al registre de contractes del sector públic (article 31 del Reglament de desenvolupament parcial de la LCSP) i obre la porta a multiplicitat de vies per introduir factures electròniques, ofertes en sobres electròniques.. En definitiva és una llei que obre àmpliament el ventall de possibilitats en aquest camp fonamental de l'activitat administrativa.

Així mateix el Decret 1373/2009, de 28 d'agost pel que s'aprova el Reglament de la Llei de Patrimoni de les Administracions Públiques preveu als articles 33 i 93.3, per una banda per l'adquisició de béns per part de l'Administració General de l'Estat i els seus OOA en procediments electrònics i per l'altra el desenvolupament de les subhastes patrimonials.

En el camp de la societat de la informació, s'opta per un concepte ampli que a més de comprendre la contractació de béns i serveis electrònics, incorpora el subministrament d'informació per mitjans electrònics, les activitats d'intermediació, així com qualsevol altre servei individual que es presti a l'usuari sempre que representi una activitat econòmica al prestador³⁸ mitjançant la Llei 34/2002,

originales y el régimen de las oficinas de registro, el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos i l'ordre Ministerial PRE/1551/2003 de 10 de juny, que establece los requisitos de autenticidad, integridad, disponibilidad y confidencialidad de los dispositivos y aplicaciones de notificación y registro telemáticos. Per una visió detallada de les normes reglamentàries que afecten l'Estat veure, GÓMEZ PUENTE, M La administración electrónica. Text pel I Congrés de l'AEPDA celebrat a Toledo el passat 11 de febrer de 2006.

D'altres normes de estatals que poden tenir una clara influència món local són el REAL DECRETO 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, la RESOLUCIÓN de 23 de enero de 2008, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, por la que se aprueba el procedimiento de certificación del nivel de excelencia de las organizaciones de las Administraciones Públicas i la Llei 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. També la normativa de reutilización de información del sector público, ja incorporada a la LAECSSPP.

³⁵ Les obligacions de la LOPD no coneixen de condicionants perquè provenen de l'article 18.4 CE. Ens obliga a un seguit d'obligacions i en concret, de conformitat amb la DT segona, in fine se'ns diu de forma literal: "3ª Los ficheros, tanto automatizados como no automatizados, creados con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto deberán tener implantadas, desde el momento de su creación la totalidad de las medidas de seguridad reguladas en el mismo."

³⁶ La Llei 58/2003, de 17 de desembre, General Tributaria ha suposat una autèntica empena a l'administració electrònica (art. 96). També Orden Ministerial EHA/3256/2004 de 30 de septiembre, por las que se establecen los términos en los que podrán expedirse certificados electrónicos a las entidades sin personalidad jurídica a las que se refiere el art. 35.4 de la LGT.

³⁷ Es comentarà al capítol vinent, però atès que no em concentraré en el camp de l'urbanisme sí interessa comentar l'art. 70, ter, ap. 2, LRRL, que estableix els Drets dels ciutadans a la consulta telemàtica dels instruments de planejament.

³⁸ Aquests serveis són els oferts pels operadors de telecomunicacions, els proveïdors d'accés a internet, els portals, els motors de cerca o qualsevol altre que disposi d'una activitat a internet mitjançant alguna de les activitats, inclòs el mercat electrònic.

d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i el comerç electrònic³⁹ i especialment la recent Llei 56/2007, de 28 de desembre, de mesures d'impuls de la societat de l'informació que a més de modificar la LSE i preveure la prova documental en judici en suport electrònic, impulsa les factures electròniques en la contractació de l'Administració General de l'Estat. Especialment rellevant és la Disposició Addicional tretzena que estableix la regulació per part de les AAPP dels instruments telemàtics per ésser utilitzats per professionals col·legiats que elaborin projectes i informes que cal incorporar de forma preceptiva als procediments administratius (especialment rellevant per titulacions relacionades amb l'urbanisme i les activitats).

Com un eix central de la societat de la informació, s'aprova la Llei 32/2003, de 3 de novembre, general de telecomunicacions (LGT) i el seu reglament aprovat per Reial decret 863/2008, de 23 de maig, pel qual s'aprova el Reglament (es centra en la regulació de l'espai radioelèctric).

Aquesta normativa també ve desenvolupada pel Reial decret 2296/2004, de 10 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament sobre mercats de comunicacions electròniques, accés a xarxes i numeració i el Reial decret 424/2005, de 15 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament sobre les condicions per a la prestació de serveis de comunicacions electròniques, el servei universal i la protecció dels usuaris.

2.1.3. La legislació autonòmica⁴⁰. Notes sobre l'avantprojecte de la Llei d'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya.

Les normes que impulsen l'administració electrònica a Catalunya són diverses⁴¹.

La direcció web del Departament de Governació i Administracions públiques de la Generalitat de Catalunya ha publicat l'edicta pel que es fa públic l'avantprojecte de Llei d'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya. En la meua opinió aquesta llei plantejarà problemes en la seva tramitació sobretot per l'impacte pressupostari al món local de la Disposició Addicional Tercera de l'avantprojecte que preveu *"A fi efecte d'assolir els objectius i les fites previstos, les administracions públiques han de destinar partides pressupostàries específiques que permetin l'aplicació d'aquesta llei"*.

Comentar projectes o avantprojectes té els seus riscos pel que pot suposar un text no vigent però sí pot ser interessant analitzar les notes centrals que orienten la voluntat del govern català.

Sorpren que el text pivota en dos conceptes encara no desenvolupats legalment.

El primer és el *sector públic de Catalunya* (art. 2 de l'avantprojecte), concepte legal amb una força expansiva que per les administracions territorials que gaudeixen d'autonomia local ex 137 i 140 CE i 3.2 de la Carta Europea d'Autonomia Local, ha de matissar-se amb força doncs l'acceptació de mandats haurà de fer-se sota el prisma del caràcter "bifront" del règim jurídic del món local. A més en la meua opinió primer caldria definir-lo legalment abans de desenvolupar-lo, tenint en compte les consideracions que venen.

Quines administracions conformen el sector públic català? Amb quin règim? S'inclou els ens locals? I els consorcis?

³⁹ Sobre l'aplicació d'aquesta norma a les activitats dels ens locals, veure VALERO TORRIJOS, J, *"La prestación de servicios de la Sociedad de la Información por la Administración Municipal. Especial referencia a los servicios de intermediación relacionados por Internet"* a *Revista de Estudios Locales*. COSITAL, núm extraordinari, juliol de 2004, pàgines 23 a 28.

⁴⁰ No m'extendré amb la normativa que no és d'aplicació al món local, però sí cal tenir present el DECRET 106/2008, de 6 de maig, de mesures per a l'eliminació de tràmits i la simplificació de procediments per facilitar l'activitat econòmica i la RESOLUCIÓ PRE/2318/2007, de 6 de juliol, per la qual es dona publicitat al Conveni Marc entre l'Administració General de l'Estat i l'Administració de la Generalitat de Catalunya per a la implantació d'un model integrat d'Atenció al Ciutadà en l'àmbit territorial de Catalunya. El marc regulador i autèntic impuls dels mitjans telemàtics per la Generalitat de Catalunya vé mitjançant el Decret 56/2009, de 7 d'abril, per a l'impuls i el desenvolupament dels mitjans electrònics a l'Administració de la Generalitat

⁴¹ Per exemple el Decret Llei 1/2007, de 16 d'octubre, de mesures urgents en matèria urbanística que modifica el Text Refós de la Llei d'Urbanisme en relació a les obligacions d'informar, tramitar i informar als ciutadans de la informació urbanística en suport digital.

Quines són les administracions públiques catalanes?

En la meua opinió, les administracions públiques catalanes ho seran aquelles que no tinguin l'origen el un títol estatal sinó en un títol autonòmic i en el cas del món local, de conformitat amb l'art. 160.1, d) de l'EAC, ho seran els ens locals creats per la Generalitat i per tant no ho seran ni municipis ni províncies.

Vull accentuar aquest important canvi que ha introduït l'EAC, doncs en els ens locals que no siguin municipi i província, amb respecte a l'autonomia local (159.6 EAC), han de regir-se íntegrament per les bases que tenen el seu origen a l'art. 149.1.18 CE, mentre que la resta d'ens locals creats per la Generalitat podran tenir una regulació especial tant dels òrgans de govern, el funcionament i el règim d'adopció d'acords d'aquests òrgans.

Tindrem doncs un doble règim.

Per una banda el del municipi i la província⁴² que mantindran el mateix règim que fins ara, respectant l'article 149.1.18 CE, amb les especialitats de l'article 160 EAC.

Per altra banda el dels ens locals creats per la Generalitat (Consells Comarcals, Àrees Metropolitanes i ens associatius) que en aplicació de l'article 159 EAC podran separar-se del règim jurídic del 149.1.18 CE en les matèries que es citen a l'apartat primer i en tot allò que no es cita tindrà diferents règims segons la matèria de la competència⁴³.

Competència compartida⁴⁴, en la determinació del règim jurídic i el procediment. Competència exclusiva sobre organització i competències en matèria de contractació dels òrgans de les administracions públiques catalanes i sobre les regles d'execució, modificació i extinció dels contractes de l'Administració, en allò que no estigui afectat per l'article 149.1.18 de la Constitució i compartida en la resta en els contractes de les administracions públiques de Catalunya, certs aspectes en matèria d'expropiació forçosa⁴⁵, la competència compartida en certs aspectes de la responsabilitat patrimonial.

⁴² Només el municipi doncs la vegueria substitueix la Diputació. Se'ns fa estrany que municipi i província, dos ens locals dotats d'autonomia local garantits constitucionalment ara no seran sotmesos al mateix règim. La vegueria és un ens creat per la Generalitat, el municipi no.

⁴³ Per tant en la meua opinió des d'un punt de vista del règim jurídic, la situació no ha variat respecte de l'anterior art. 5.1 de la Llei orgànica 4/1979 de 18 de desembre (anterior estatut d'autonomia de Catalunya). Amb la redacció final de l'EAC no es pot es pot afirmar que món local sigui inclòs en el concepte "*administracions públiques catalanes*", sino que només els ens creats per la Generalitat seran els que es sotmetran al sector públic català.

⁴⁴ Les competències compartides són una perillosa expressió, doncs en una interpretació clàssica del TC pot desplaçar la comunitat autònoma sense deixar-li espai pel desenvolupament normatiu. JIMÉNEZ ASENSIO, cita de forma literal a GARCÍA MORILLO qui sintetitza en el que intento dir: "*Al igual que si se tratase de placas tectónicas, el corrimiento expansivo de lo básico redundaría en una contracción de lo autonómico, y la retroacción de lo básico en una ampliación del campo que de las CCAA disponen para formular políticas propias*". A GARCÍA MORILLO, J. "La versatilidad de lo básico" Revista de Administración Pública, num.139, 1996, página 128

⁴⁵ En la línia que ja apuntava MACÍAS CASTAÑO, J M, "Expropiaciones urbanísticas: procedimiento, valoraciones y reversión", EN *Derecho y Urbanismo: principios e instituciones comunes*, Cuadernos de Derecho Judicial de la Escuela judicial del Consejo General del Poder Judicial, X, 2003, pag. 150.

De fet el canvi tampoc és tant agoserrat. La STC 166/1986, de 19 de desembre, ens diu que les CCAA poden crear nous supòsits d'utilitat pública o modulacions dels anteriors:

"Ese destino viene necesariamente predeterminado por el fin cuando la satisfacción de éste tan sólo consiente un único y concreto destino con exclusión de todo otro; pero ocurre también que en algunos supuestos, el fin expropiatorio puede cumplirse por la vía de distintos destinos que sean, todos ellos, igualmente aptos a la consecución del fin. En tales casos, es indiferente a la causa expropiandi el destino que reciban los bienes y derechos expropiados, siempre que el elegido sirva al fin expropiatorio. En dichos supuestos se produce, por lo tanto, una cierta desvinculación entre el fin de la expropiación y la afectación ulterior de lo expropiado, en el sentido de que ésta puede ser variable, sin que por ello quiebre la causa expropiando.

Los términos en que se expresa el art. 33.3 de la Constitución, al hablar de «causa justificada de utilidad pública o interés social» sin contener referencia alguna al destino final de los bienes y derechos expropiados, permiten afirmar que la concepción constitucional de la causa expropiandi incluye tanto a las expropiaciones forzosas en que el fin predetermina el destino de los bienes y derechos, como aquellas otras en que el fin admite varios posibles destinos".

Així doncs serà d'especial d'interès veure com es regula el concepte de sector públic i el seu règim jurídic.

El segon, és el desenvolupament de la Disposició Final 3a de la LAECCSSPP on es concreta per fi la col·laboració i assistència local en matèria d'ús dels mitjans electrònics i s'atorga protagonisme al Consell de Vegueria, i es diu que *“han de prestar cooperació tècnica i econòmica per afavorir el desenvolupament de l'ús dels mitjans electrònics per part dels ens locals a través del finançament, adquisició i configuració d'infraestructures tecnològiques i la posada en disposició dels municipis d'aplicacions, eines i serveis electrònics”*. Aquesta redacció es veu condicionada perquè es creïn de forma efectiva els Consells de Vegueria i això és desenvolupar el món local supramunicipal. Per això s'ha hagut d'establir un règim transitori a la DT segona que correspondran les funcions del Consell de Vegueria a les Diputacions mentre aquestes no es creïn.

El moment que es viu és força interessant doncs en escasses ocasions un país ha estat tant pendent de desenvolupar un text estatutari i això es projecta en múltiples camps de l'activitat administrativa.

El règim local català, si bé disposa d'un avantprojecte de llei de governs local de Catalunya, encara no s'han fet efectives les previsions dels arts. 90 a 92 de l'EAC i en concret l'article 91.3 de l'EAC preveu que els Consells de Vegueria substitueixen les Diputacions i el 91.4 preveu que *“la creació, la modificació i la supressió, i també el desplegament del règim jurídic de les vegueries, són regulats per llei del Parlament.”*

Sóc defensor de desenvolupar les normes des de la seva aprovació, i el text estatutari que compleix ara 3 anys, quan encara no ha vist desenvolupades les institucions que conté, ja se'ls atorga funcions. En la meua opinió no és el mateix que ho faci la Diputació, que el Consell de Vegueria.

L'avantprojecte de llei d'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya, que mereixeria més espai del que dedicaré, pel que fa al món local interessa de forma especial perquè regula 4 eixos de la LAECCSSPP: la difusió d'informació mitjançant l'ús de mitjans electrònics (la seu electrònica), les relacions entre els ciutadans i el sector públic els criteris per la incorporació de mitjans electrònics en l'actuació del sector públic (les carpetes ciutadanes) i de forma especial el marc d'interoperabilitat del sector públic de Catalunya que s'encarrega al consorci de la AOC, que serà aprovat per Decret de la Generalitat i que haurà de respectar allò establert a l'Esquema Nacional d'Interoperabilitat i a l'Esquema Nacional de Seguretat⁴⁶.

Com a part final s'estableix un pas més en la implantació dels mitjans electrònics i es regula per una banda el Catàleg de Dades i documents interoperables⁴⁷, gestionat per l'AOC i que inclou (23.3 de l'avantprojecte) *“la relació actualitzada de dades i documents que es poden obtenir per mitjans electrònics i els mecanismes de seguretat per accedir-hi garantint la seguretat, la integritat i la plena protecció de dades de caràcter personal”*. Aquest catàleg, conjuntament amb el Pla de desenvolupament de l'ús dels mitjans electrònics entre el sector públic de Catalunya han de ser dos marcs d'implantació del canvi de model.

La Llei que no fixa obligacions temporals concretes pel món local (només per l'AOC), hauria d'anar acompanyada de dos instruments imprescindibles: per una banda d'un marc de subvencions coordinades que comportin treballar amb sistemes compartits i que garanteixi la robustesa de l'arquitectura tecnològica per la que s'opti i per l'altra una aposta perquè el Consorci Localret lideri al món local una veritable transformació efectiva que permeti la implementació de mitjans electrònics.

⁴⁶ Cal fer-ne una lectura prudent però molt positiva: és fonamental desenvolupar la interoperabilitat com a base de la seguretat i no es pot esperar que l'Estat sigui qui ho lideri.

⁴⁷ Es pot veure a la direcció:

<http://www20.gencat.cat/portal/site/governacio/menuitem.5e4e6685216d05be8e629e30b0c0e1a0/?vgnnexto id=ab4a440a17e2a110VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextchannel=ab4a440a17e2a110VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextfmt=default>

2.1.4. Posició en el sistema de fonts de la LAECCSSPP.

La LAECCSSPP és una llei general en matèria d'administració electrònica, que cal llegir-la de dues formes: per una banda de forma sistemàtica i conjunta al costat de la LRJPAC i per l'altra com una llei especial en el marc de les bases del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú general

El fet que la LAECCSSPP no expressi mecanismes de relació amb la LRJPAC ens obliga a, quan posem en pràctica els mitjans telemàtics plantejar-nos situacions inverossímils i que posen de manifest que la LAECCSSPP ha estat feta per tecnòlegs més que no pas per juristes.

La Disposició Final primera (caràcter bàsic de la LLei), diu de forma literal:

"1. Los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8.1, 9, 10, 11.1, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21.1, 21.2, 22, 23, 24.1, 24.2, 24.3, 25, 26, 27, 28, 29.1, 29.2, 30, 32, 35, 37.1, 38, 42, el apartado 1 de la disposición adicional primera, la disposición adicional cuarta, la disposición transitoria única y la disposición final tercera se dictan al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y sobre el procedimiento administrativo común.

2. Con excepción del artículo 42, el Título IV de la presente Ley será de aplicación a todas las Administraciones Públicas en la medida en que éstas participen o se adscriban a los órganos de cooperación o instrumentos previstos en el mismo."

Com es pot observar el tronc normatiu de la LAECCSSPP prové del 149.1.18 CE i representa les bases del règim jurídic de les administracions públiques quan es relacionin amb els ciutadans electrònicament i el procediment administratiu amb

mitjans telemàtics però remet a futurs desenvolupaments normatius aspectes centrals com veurem a continuació⁴⁸. I bona prova d'aquesta afirmació és la derogació de la regulació de l'administració electrònica a la LRJPAC (A excepció de l'art. 45).

Així la LAECCSSPP és una llei especial i com a tal és d'aplicació en cas de conflicte amb la LRJPAC, i la LRJPAC és una llei general i per tant supletòria en cas d'ellacunes. Al mateix temps, la LAECCSSPP és llei general en matèria d'administració electrònica per la resta de l'ordenament jurídic i per tenir el seu títol al 149.1.18 CE, d'obligatori compliment a tot l'estat.

Aquest criteri ens projecta un futur al que comencem a estar acostumats i és llegir un precepte a la llum d'un altre. Així futures modificacions de la LRJPAC, afectaran la LAECCSSPP i a l'inversa.

Aquest anàlisi ens interessa traslladar-lo al món local i l'argumentari es veu condicionat pel moment que vivim a Catalunya, pendent de desenvolupament estatutari.

2.1.5. Notes sobre el projecte de Llei dels Governes Locals. La relació entre la LAECCSSPP i la futura regulació del govern local a Catalunya

En efecte, El redactat dels arts 84 i 160 EAC assenten les bases del futur règim local a Catalunya. Aquest redactat en la meua opinió és respectuós amb allò establert per la doctrina jurisprudencial de la relació entre les "bases del règim jurídic de les administracions públiques" i el "règim local", amb respecte a allò regulat a la legislació bàsica pels ens de naturalesa territorial.

En el moment d'escriure el text encara no s'ha iniciat la tramitació futura *Llei de governs local catalana*⁴⁹ i porto aquí la reflexió feta amb *l'avantprojecte de llei d'ús dels mitjans electrònics al*

⁴⁸ Posició fortament criticada per GAMERO CASADO, E, "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la LAECCSSPP; su posición en el sistema de fuentes" a la obra coordinada per GAMERO CASADO, E i VALERO TORRIJO, J, *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*. Aranzadi, Navarra, 2008, p 82.

El referit autor diu de forma literal: "*queda claro que la Ley 11/2007 se queda corta en el uso del título competencial del Estado y que hubiera sido preferible lograr un mayor grado de uniformidad jurídica en la determinación del régimen jurídico de las administraciones electrónicas. La claudicación por parte del Estado en el pleno ejercicio de ese título competencial ha contribuido sin duda a la meteórica aprobación de la Ley*".

sector públic de Catalunya, però uns comentaris sobre l'espai que ha d'ocupar aquesta fonamental norma sí interessa fer uns comentaris.

L'EAC parteix de la base que amb respecte a l'autonomia local, la futura LLGLC ha de respectar les bases del règim jurídic de les administracions públiques de la LRJPAC i els dictats de la LRBRL quan s'acosti al règim de les administracions públiques locals. Doncs bé ara haurà d'incorporar allò dit a la LAECCSSPP, no ja només pel que fa al procediment sinó pels mandats que estableix en relació a elements comuns per tot l'estat i així es fa al títol XVIIè del text, sota el títol, *"de les noves tecnologies als ens locals"*.

El projecte de LLGLC, estableix en la meua opinió de forma encertada, que s'ha d'impulsar la realització íntegrament electrònica dels procediments de contractació pública, gestió de subvencions, gestió de la secretaria, de la intervenció i de la tresoreria dels ens locals i estableix un principi general invers que l'actual. L'article 218.3 in fine diu de forma literal: " La realització total o parcial de les actuacions mitjançant expedients i documents en suport paper sense còpia electrònica s'ha de justificar de forma prèvia."

El projecte de LLGLC regula amb deteniment la seua electrònica en detalla el règim jurídic. Més enllà de la seua electrònica, fa un fort impuls a la contractació administrativa electrònica i estableix entre les funcions d'assistència i cooperació de les Vegueries, la creació de xarxes telemàtiques. Com novetat rellevant trobem la convocatòria dels òrgans col·legiats per mitjans electrònics, pel que els nostres representants locals passen tàcitament a formar part del grup de persones que es presumeix que tenen accés als mitjans telemàtics de conformitat amb l'article 24.6 LAECCSSPP. En aquests canvis, també es regula per fi els llibres d'actes i Decrets electrònics i per fi s'incorpora al món local allò establert per l'Agència Catalana de Protecció de Dades pel que fa a la publicació d'actes al web dels ens locals⁵⁰.

Especialment rellevant resulta l'article 158 del projecte de Llei de Governos Locals que en els apartats 5 i 6 regula el dret a la informació dels Regidors i més encara l'accés als expedients electrònics i diu de forma literal:

"5. El dret a la informació no obliga a l'Administració a lliurar als representants locals còpies en suport paper en aquells casos en què la informació s'hagi remès per mitjans telemàtics a l'adreça electrònica del corporatiu, ni tampoc quan sigui de lliure accés a tots els ciutadans a través d'Internet.

6. Els membres de l'ens local tenen dret a obtenir còpia de la documentació a la qual tenen accés. Aquesta còpia es pot obtenir en format paper o bé en el suport tècnic que permeti d'accedir a la informació requerida, quan s'hagi designat com a mitjà preferent pel propi interessat."

Menys ambiciós és en la meua opinió la tramesa d'actes i acords a la Delegació del Govern de la Generalitat on la forma es diu que es determinarà per Reglament: en la meua opinió l'any 2009 els ens locals haurien de deixar de transcriure les actes i passar a una nova concepció que alliberi les nostres secretaries de passar a paper 4 hores d'un Ple que es celebra mensualment.

El marge de regulació que té el futur text de la Llei de Governos Locals ha d'observar que la LAECCSSPP, forma part de les bases del règim jurídic de les administracions públiques i per tant les ha d'integrar. Vull recordar que el professor Caamaño ens ha dit que *"las bases estatales, por tanto, deben venir referidas a no al gobierno local, sino al régimen jurídico de su actividad administrativa"*⁵¹.

En la línia del que he mantingut abans en tractar el sector públic, sota cap concepte es pot incloure el règim local en el sistema institucional de la Generalitat. Així el precepte ens diu que

⁴⁹ Faré esment a la versió lliurada pel grup redactor al Monestir de Poblet el setembre de 2008.

⁵⁰ Ens referim a la Recomanació de l'Agència Catalana de Protecció de Dades 1/2008, sobre la difusió d'informació que contingui dades de caràcter personal a través d'internet. Podeu consultar-la a la direcció: <http://www.apd.cat/media/424.pdf>

⁵¹ CAAMAÑO, F, "Autonomía local y Constitución: dos propuestas para otro viaje por el callejón del gato", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 70, 2004, p. 185.

“correspon a la Generalitat, en matèria de règim jurídic i procediment de les administracions públiques catalanes, la competència exclusiva en allò que no estigui afectat per l'article 149.1.18 de la Constitució...” i d'altra banda l'article 160.1, d) de l'EAC atribueix competència exclusiva a la Generalitat per *“La determinació dels òrgans de govern dels ens locals creats per la Generalitat i el funcionament i el règim d'adopció d'acords d'aquests òrgans.”*

La futura LLGLCAT pot esbossar dos règims ben diferenciats.

El primer és l'establert pels ens locals garantits constitucionalment: municipis i província han d'adequar la seva activitat a la LRBRL i la LAECCSSPP.

Diferent és el cas dels ens locals creats per la Generalitat.

En el cas dels Consells Comarcals, Àrees Metropolitanes, entitats associatives, entitats municipals descentralitzades i les altres que es decidissin crear per la Generalitat de Catalunya, en la meua opinió poden establir-se diferències en la regulació en aplicació de l'article 160.1, d) de l'EAC i per tant poden establir diferències respecte al règim local perquè la competència és de la Generalitat de Catalunya, i establir una regulació “compartida sobre el règim jurídic” però mai minvar els límits de la LAECCSSPP.

Així en matèria d'organització i funcionament local, tot respectant allò contingut a la LRJPAC, entenc que podria separar-se de les bases estatals, sempre tenint present la STC 50/1999, de 6 d'abril. I amb això vull posar de manifest, atès que en matèria de funcionament i règim jurídic la competència és exclusiva, els arts. 22 i ss de la LRJPAC, no haurien de ser respectats per la regulació catalana, poguent-se separar.

El règim del nombre i funcionament dels òrgans col·legiats pot ser exclusiu català pels ens locals competència exclusiva de la Generalitat. Aquest sí ha estat un canvi que el legislador hauria d'observar.

Un comentari especial em mereixen les Vegueries, que argumentaré per dos motius que no són ens creats per la Generalitat i per tant no són “administracions públiques catalanes”, sinó que es regeixen íntegrament per l'art. 149.1.18 CE i les bases estatals del règim local.

En primer lloc defenso que no són ens creats per la Generalitat, perquè substitueixen les Diputacions, i són creades per una Llei Orgànica que és una Llei estatal. Per tant el fet que l'EAC les creï vol dir que no són creades per la Generalitat de Catalunya.

A més des d'un punt de vista eminentment pràctic, destacar que l'article 160.3 de l'EAC, diu de forma literal que “Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de règim electoral dels ens locals que crea, a excepció dels que són garantits constitucionalment.” Els ens garantits constitucionalment són el municipi i la província (i per extensió la Vegueria) i sembla clar que el règim electoral de la Vegueria no el podrà delimitar la Generalitat perquè afectaria la circumscripció electoral, separant-nos del règim dels articles 202 i ss de la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, pel que s'aprova la Llei Orgànica de Règim Electoral General (LOREG).

2.1.6. Notes sobre l'avantprojecte de Llei de Transposició de la Directiva de Serveis i els canvis al procediment administratiu local: les modificacions de la LRJPAC, la LRBRL i la LAECCSSPP.

En data 1 d'octubre d'enguany s'ha produït el debat al Congrés dels Diputats de la totalitat del text corresponent a l'anomenada Llei òmnibus⁵², un text que pretén la modificació de 47 texts essencials a l'ordenament jurídic estatal per adaptar-lo a l'anomenada “Directiva de Serveis”⁵³ que

⁵² Es pot veure l'estat de la tramitació a la direcció:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?_piref73_1335527_73_1335526_1335526.next_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=121&numExpediente=30&numDocumento=0&paginaActualB=null

⁵³ M'assembla interessant reproduir el Preàmbul del projecte de Llei on es fixen els objectius del text: “En efecto, la Ley... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio viene a consolidar los principios regulatorios compatibles con las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios, y al mismo tiempo permite suprimir las barreras y reducir las trabas que restringen injustificadamente el acceso a las actividades de servicios y su

va entrar en vigor el 28 de desembre de 2006 i que obliga la seva transposició en el termini de tres anys.

La Directiva és la consecució d'una llarga preocupació per l'abolició de les barreres internes en la pròpia Unió Europea en el camp dels serveis i que es concretà amb l'informe "*L'estat del mercat interior dels serveis*"⁵⁴, autèntic referent de la Directiva que es pretén transposar. I que cerca un desenvolupament de l'article 43 TCE – *Llibertat d'establiment de nacionals i empreses d'un estat membre en el territori d'un altre estat membre* i l'article 49 referent a la prestació de serveis sense la necessitat d'establir-se en l'estat membre on es presta el servei⁵⁵.

La Directiva cerca un mercat de serveis sense barreres, que tendeixi a ser únic i això comporta l'abolició de, per una banda les traves entre diferents estats i per l'altre, l'abolició de càrregues administratives amb augment de la seguretat jurídica⁵⁶ i en la meua opinió, ens produeix una sensació inquietant, com si fins el moment les coses les féssim constants barreres administratives.

En la meua opinió, la Directiva de Serveis produeix un doble impacte fonamental en la cultura regulatòria estatal: per una banda suposa una autèntica crisi del concepte d'autorització administrativa i per l'altra suposa, una crida a una veritable simplificació administrativa, tendent cap la somiada i mai aconseguida "*finestreta única*". Ja d'entrada vull afrontar amb rotunditat que la finestreta única sense administració electrònica és senzillament impossible.

Es pot detectar la potència del concepte que obliga a fer el que fins ara no hem aconseguit i sempre hem parlat.

La Directiva ha posat a treballar a l'Estat i les CCAA. En el cas de Catalunya la feina es concentra en un ambiciós pla per a la facilitació de tràmits a l'activitat econòmica i empresarial i la simplificació administrativa (aprovat el 17 juliol 2007) i la seva instrumentació (Decret de simplificació aprovat el 6 maig 2008)⁵⁷

La Directiva exclou un seguit de matèries: els serveis financers, el transport, les telecomunicacions, la fiscalitat, els serveis sanitaris (el reemborsament de prestacions mèdiques a més d'altres) alguns serveis socials, els serveis audiovisuals, el treball temporal, els jocs d'atzar, els serveis dels notaris i els agents judicials i la seguretat privada.

ejercicio. En particular, dicha ley pone énfasis en que los instrumentos de intervención de las Administraciones Públicas en este sector deben de ser analizados pormenorizadamente y ser conformes con los principios de no discriminación, de justificación por razones imperiosas de interés general y de proporcionalidad para atender esas razones. Por otro lado, exige que se simplifiquen los procedimientos, evitando dilaciones innecesarias y reduciendo las cargas administrativas a los prestadores de servicios. Adicionalmente, se refuerzan las garantías de los consumidores y usuarios de los servicios, al obligar a los prestadores de servicios a actuar con transparencia tanto respecto a la información que deben proveer como en materia de reclamaciones. Ahora bien, como indica su exposición de motivos, para alcanzar el objetivo de reformar significativamente el marco regulatorio no basta con el establecimiento de los principios generales que deben regir la regulación actual y futura de las actividades de servicios, sino que es necesario proceder a un ejercicio de evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarla a los principios que dicha ley establece. En este contexto, el objetivo de esta ley es doble. En primer lugar, adapta la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley.../... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en virtud del mandato contenido en su disposición final quinta. En segundo lugar, con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados. El entorno regulatorio resultante de la misma, más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, supondrá un significativo impulso a la actividad económica.

⁵⁴ Podeu consultar el referit informe a la direcció:

<http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20sobre%20el%20estado%20del%20mercado%20interior%20de%20servicios.pdf>

⁵⁵ Sobre la base dels arts. 47 i 55 TCE

⁵⁶ Podeu consultar el Manual d'avaluació per les entitats locals elaborat per la FEMP, el MEH i el COSITAL a la direcció:

http://www.mpt.es/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Otras_Publicaciones/parrafo/012/text_es_files/file0/Manual_evaluacion_entidades_locales-INTERNET.pdf

⁵⁷ Es pot consultar la web del Departament d'Economia i Finances de la Generalitat de Catalunya sobre la Directiva a la direcció: <http://www.gencat.cat/economia/dsmi/documentacio/index.html>

Allò que en la meua opinió suposa un canvi estructural és l'obligada nova concepció d'autorització administrativa, que passa a ser un concepte bàsic de la nostra cultura jurídica administrativa a una figura excepcional, limitada, només quan estigui justificada⁵⁸.

I aquí és on sense voluntat d'entrar en tesis reduccionistes i seguint a LAGUNA DE PAZ⁵⁹, l'autorització "es un acto mediante el que la Administración realiza un control preventivo de la legalidad u oportunidad (i) del ejercicio de una actividad en régimen de libre iniciativa (autorizaciones de policía), (ii) de aprovechamientos cualificados del dominio público (autorizaciones demaniales) (iii) o de la propia competencia (autorizaciones competenciales). La cuestión que se plantea es, pues, si la autorización administrativa es o no una categoría unitaria." El citat autor li atorga notes al concepte d'autorització administrativa inherents a la nostra cultura que de lseu anàlisi podem analitzar els canvis.

D'entrada l'autorització suposa un control previ de legalitat u oportunitat de l'exercici de les activitats privades: L'article 9 de la Directiva de serveis inverteix aquest principi i estableix que només es podrà exigir l'autorització, sempre que no sigui discriminatòria, que es justifiqui per raons d'interès general i que s'acrediti que l'objectiu no es pot assolir per un altre mitjà amb una mesura menys restrictiva. I el més important, de conformitat amb l'art. 9.1 de la Directiva, "la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general".

La raó de ser del control preventiu sol tenir a veure amb el potencial de produir danys (per tercers o per l'interès general) i d'altres vegades per l'intensitat de l'ús. És un bon exemple d'aquest anivellament entre abolició de càrregues i protecció del medi ambient l'article 11 del *projecte de llei de prevenció i control ambiental de les activitats*⁶⁰ que suposa un canvi a Catalunya en la tramitació de les comunicacions i llicències ambientals:

"Article 11. Ús de mitjans tècnics

11.1 Les relacions interadministratives, i les de la ciutadania amb les administracions ambientals, s'han de dur a terme amb tècniques i mitjans electrònics, informàtics, telemàtics, tot respectant per les garanties i els requisits establerts per les normes de procediment administratiu.

11.2 S'han d'establir, per reglament, els sistemes de gestió i comunicació necessaris per fer efectiu l'ús dels mitjans tècnics i s'han de remoure els obstacles formals i materials que impedeixen o dificulten la seva implantació."

El citat autor defensa que la posició jurídica del particular es caracteritza per la preexistència d'un dret a realitzar l'activitat d'acord amb la normativa i culmina amb una frase molt clarificadora: "... en este contexto, su sujeción a autorización administrativa se explica por la necesidad de comprobar la existencia del derecho y su extensión. En una palabra, la autorización no otorga derechos, sino que declara la posibilidad de su ejercicio"⁶¹. Amb la Directiva de Serveis la possibilitat d'exercici es fa excepcionalment amb declaració i com a regla general amb notificació.

Aquesta declaració de voluntat que suposa l'autorització ha estat definida per la doctrina com un acte declaratiu de drets que li confereix una situació jurídicament protegida. El canvi que introdueix la Directiva de serveis suposa reconèixer un dret preexistent i només subjecte a control "per raons imperioses d'interès general" (art. 9.1, b) de la directiva i aquest concepte el defineix amb molta

⁵⁸ Exemples rellevants en aquest camp els trobem a la STJCE, 20 de febrer de 2001, C-205/99, Analir i STJCE, 22 gener de 2002, Canal Satellite

⁵⁹ LAGUNA DE PAZ, J C, *La autorización administrativa: entre la escila del dogmatismo y la Caribdis del relativismo*, text provisional per l'Associació Espanyola de professors de Dret Administratiu en el Congrés celebrat a Toledo els dies 10 i 11 de febrer de 2006, pag. 3

⁶⁰ Podeu consultar-ne la tramitació a la direcció: <http://www.parlament.cat/web/activitat-parlamentaria/siap?STRUTSANCHOR1=detallExpedient.do&criteri=200-00058/08&ad=1>

⁶¹ LAGUNA DE PAZ, J C, op. Cit, p. 4

claredat⁶², traslladant el control de l'autorització (norma general al nostre ordenament) al control a posteriori (regla general de la Directiva de Serveis)⁶³.

L'abolició de barreres administratives serà impossible sense la implementació de l'administració electrònica doncs els documents obrants en un expedient, passaran a ser dades en poder de l'administració. En aquest context la Directiva serà un autèntic motor de l'administració electrònica amb un fonamental canvi en les àrees de medi ambient i urbanisme dels nostres Ajuntaments.

Sorprèn que la transposició de la Directiva s'ha analitzat des de l'òptica normativa i en concret amb la voluntat de fer efectiu el principi *better regulation*, i no s'hagi fet un veritable advertiment que els prestadors de serveis tenen el Dret subjectiu a tramitar electrònicament documentació, iniciar l'activitat i ser controlats a posteriori.

Baixant al detall, interessa posar de manifest en exemples quotidians propers a l'administració local.⁶⁴

Per exemple les activitats sotmeses a comunicació a món local. En aquest camp els canvis que es produïrien per l'entrada en vigor de la Directiva de Serveis, haurien d'afectar l'art. 73 del Decret 136/1999, de 18 de maig, pel qual s'aprova el Reglament general de desplegament de la Llei 3/1998, de 27 de febrer, de la Intervenció Integral de l'Administració Ambiental, i s'adapten els seus annexos. Aquest redactat no dista del contingut de l'article 51.3 del projecte de Llei de prevenció i control ambiental de les activitats, pel que els canvis en matèria d'activitats no sembla que siguin pronunciats.

Sí que hi haurà una afectació a la normativa en matèria de limitacions comercials⁶⁴ i un canvi transversal en no aportar dades a les que tingui accés l'administració, o la limitació a tenir seus al territori nacional⁶⁵, o canvis en la normativa col·legial (per exemple els visats o amb l'obligació de col·legiació) però en la meua opinió l'autèntic canvi de la Directiva de Serveis és la comunicació de dades entre administracions i l'administració electrònica.

Pel que fa a l'actuació dels ens locals més enllà de les ordenances, cal observar les modificacions que s'introdueix per la Llei òmnibus a tres que ens afecten de forma troncal la LRBRL (afegeix 70bis i modifica l'article 84), la LRJPAC (afegeix 39 bis, modifica el 43 i afegeix 71bis) i la LAECCSSPP (modifica l'apartat 3 de l'article 6).

En efecte, amb voluntat, del legislador és clara: per una banda implementar el principi general de mínima intervenció dels ens locals en les activitats de serveis i per l'altra modificar el règim del silenci administratiu que pretén augmentar la solidesa de l'estimació per silenci administratiu positiu com a regla general *"excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por*

⁶² El redactat de la Directiva és taxatiu: *"El concepto de «razones imperiosas de interés general» al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria."*

⁶³ Cal advertir la posició de DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASILLO, T, *"La Directiva de servicios y la libertad de empresa"* a *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, iustel, núm. 7, octubre de 2009, que a la pàgina 59 afirma que en relació a l'article 9.1 en l'ús de "raons d'imperioses necessitat que, *"... No parece que pueda afirmarse en absoluto, que sea doctrina del Tribunal de Luxemburgo, la afirmación genérica de que un régimen de autorización deba justificarse por una razón imperiosa de interés general"*

⁶⁴ Em refereixo a la Llei d'equipaments comercials i el D 378/2006, de 10 d'octubre, pel qual es desplega la Llei 18/2005, de 27 de desembre, d'equipaments comercials.

⁶⁵ Cal recordar allò establert a l'article 295 del Tractat de la UE que diu: *"Aquest tractat no interferirà de cap forma amb les normes dels Estats Membres sobre la propietat privada"*

razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario”.

En síntesis la voluntat és traslladar a la normativa estatal dictada a l'empara de l'art. 149.1.18 CE els mandats de la Directiva de Serveis si bé en la meua opinió fora interessant que la pròpia norma definís l'àmbit d'aplicació i més en concret quines són les dues categories de serveis.

Aquest principi d'intervenció mínima en els serveis, no ha de fer perdre la visió que l'administració està subjecta als principis establerts als arts. 103 CE i 3 LRJPAC. En efecte, en cap cas es pot afirmar que fins ara la tramitació administrativa vulnerés l'ordenament jurídic i això ho podem afirmar en aplicació del principi de proporcionalitat. Seguint a SARMIENTO⁶⁶, *“cuando se da esta situación y contamos con un acto, contrato, coacción o actividad técnica excesiva en relación de la potestad, estaremos ante una actuación desproporcionada y susceptible de impugnación por contravenir el principio de proporcionalidad”*. El principi de proporcionalitat es fonamenta en tres pilars: el judici d'adequació, el judici de necessitat i el judici de proporcionalitat en sentit estricte. Així dels preceptes que es modifiquen m'assembla fonamental l'article 70 bis de la LRJPAC que estableix que *“ se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable i pel que fa a la comunicació previa, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1”*.

Les declaracions responsables i les comunicacions prèvies produeixen efectes d'acord amb la corresponent legislació sectorial, sens perjudici del control i inspecció posterior que tinguin encarregades les administracions públiques.

Sorprèn la importància de les comunicacions prèvies a la Directiva, perquè aquesta figura no té perquè ser més àgil en la tramitació administrativa⁶⁷. Així allò que serà fonamental serà la capacitat de reacció de conformitat amb la llei sectorial per reaccionar en casos d'incompliment.

2.2. Obligacions d'actuació en el temps de les entitats locals vers l'administració electrònica.

Amb la salvetat feta a l'apartat 1.2 del present treball i donant per incorporat al nostre ordenament jurídic les obligacions en matèria de protecció de dades⁶⁸, l'administració electrònica la podem seccionar a afectes d'estudi en 6 fases ben diferenciades i que obliga els ens locals a actuacions diferides en el temps.

En primer lloc, des del dia 1 de gener de 2004⁶⁹ (data d'entrada en vigor de la LMMGL) unes obligacions concretes.

En segon lloc, des del 26 de juny de 2007 a una actuació administrativa tendent a fer efectius els Drets de l'art. 6 de la LAECCSSPP.

⁶⁶ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirrant lo Blanch, València, 2004, p. 235

⁶⁷ En aquest sentit, NÚÑEZ LOZANO, Ma del CARMEN, *Las actividades comunicadas a la administración. La potestas administrativa de veto sujeta a plazo*. Marcial Pons, Bcn, 2001, p. 197.

⁶⁸ En primer lloc amb la LO 5/1992, de 29 d'octubre de tractament automatitzat de les dades de caràcter personal, derogada per la LO 15/1999, de 13 de desembre de protecció de dades de caràcter personal (LOPD).

⁶⁹ Ja amb anterioritat, amb la redacció original de la LRJPAC ja s'establia un principi d'impuls de mitjans telemàtics. Posteriorment la Llei 24/2001 de 27 de desembre de *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* crea els registres electrònics i les notificacions administratives, modificant els arts. 38, 45 i 59 de la redacció original de la LRJPAC.

En tercer lloc abans del 30 de desembre de 2009 una obligació de justificació dels motius de disponibilitat pressupostària pel que no es poden fer efectius el Drets, en i quart lloc i dos dies abans (el 28 de desembre de 2009) amb la *Llei omnibus* de transposició de la Directiva de Serveis amb l'assoliment dels objectius continguts en la mateixa, en cinquè lloc, amb la futura Llei de l'ús dels mitjans i amb la futura aprovació de la Llei d'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya i endarrer lloc, amb el futur text de la Llei de Governos Locals de Catalunya.

El dia 1 de gener de 2004 (data d'entrada en vigor de la LMMGL) la modificació de la LRBRL ens porta a unes obligacions concretes amb la creació de l'article 70 bis, apartat 3er de la LRBRL que diu de forma literal:

"3. Asimismo, las entidades locales y, especialmente, los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas. Las Diputaciones provinciales, Cabildos y Consejos insulares colaborarán con los municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan desarrollar en grado suficiente el deber establecido en este apartado".

Aquesta obligació concreta pels ens locals complementa les recollides als arts. 38, 45 i 59 de la LRJPAC i porten a una actuació tendent a implementar les noves tecnologies en l'àmbit de la participació ciutadana.

En segon lloc, des del 26 de juny de 2007 a una actuació administrativa tendent a fer efectius els Drets de l'art. 6 de la LAECCSSPP, i per això no cal esperar al 30 de desembre de 2009: els continguts de l'esmentada Llei són aplicables des de la seva entrada en vigor i no cal confondre el règim l'Estat, on els Drets esdevenen exigibles de les CCAA i els ens locals que poden invocar la treballada "disponibilitat pressupostària".

En tercer lloc com hem dit abans del 30 de desembre de 2009 una obligació de justificació dels motius de disponibilitat pressupostària pel que no es poden fer efectius el Drets.

En quart lloc en aquesta mateixa data, amb la *Llei omnibus* de transposició de la Directiva de Serveis i l'assoliment dels objectius continguts en la mateixa que es concreta en les obligacions tractades a l'apartat anterior i en especial la tramitació electrònica dels serveis objecte de la directiva.

En aquest la LAECCSSPP ja diu a l'article 6.3 que en l'àmbit de l'establiment de serveis, els ciutadans tenen Dret a obtenir informació per mitjans electrònics, dels procediments i tràmits, les dades de les autoritats i els mitjans d'accés als registres. Aquesta regulació insatisfactòria de totes totes a la llum de la Directiva de Serveis es veurà modificada en aquest apartat per la Llei òmnibus que crea l'obligació de finestra única, per via electrònica i la obtenció d'informació per l'establiment de serveis. Així doncs a partir del 28 de desembre de 2009, la obligació d'administració electrònica pels ens locals només serà per l'establiment de serveis.

En cinquè lloc, amb la futura aprovació de la Llei d'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya, que com hem dit amb la seva entrada en vigor reduirà el marge de discrecionalitat en la incorporació de partides pressupostàries.

I en darrer lloc, amb el futur text de la Llei de Governos Locals de Catalunya que aquest cop sí suposa un fort avenç en la penetració transversal de l'administració electrònica i ens concreta certs dubtes sobre la forma que finalment es veuran resoltos.

2.3. L'objecte de la LAECCSSPP: Els diferents règims dels serveis públics electrònics.

La LAECCSSPP, de conformitat amb l'art. 2 és d'aplicació a les Administracions Públiques, entenent per tals Estat, CCAA i EELL, així com les entitats de dret públic vinculades o dependents, als ciutadans en les seves relacions amb aquestes i les pròpies relacions entre les distintes Administracions Públiques. S'especifica que no s'aplicarà a les Administracions Públiques en les activitats que exerceixen en règim de dret privat.

Cal reconèixer que no s'entreté gaire el legislador de la LAECCSSPP a especificar l'àmbit subjectiu, pel que caldrà una interpretació acurada.

2.3.1. La modernització de “les administracions públiques”

L'objecte central de la LAECCSSPP és la pròpia administració entesa com la prestació de serveis públics en règim de gestió directa. Veiem la projecció al món local.

Aquesta forma organitzativa, per la pròpia administració⁷⁰, ja sigui amb ens diferenciat o sense (arts 190 a 198 del Reglament 175/1995, de 13 de juny pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals a Catalunya (ROAS)), és objecte de la LAECCSSPP.

També ho seran els organismes autònoms (OOAA) i les entitats públiques empresarials (EPE), als que podrem traslladar íntegrament les reflexions del present text.

Així mateix caldria fer una aplicació extensiva als consorcis formats per administracions⁷¹, a les mancomunitats, els Consells Comarcals i les Àrees Metropolitanes.

2.3.2. La modernització de les personificacions instrumentals sotmeses al dret privat.

De la resta de personificacions instrumentals⁷², sotmeses a Dret privat, interessa analitzar el paper de les societats mercantils de capital 100% públic, que de conformitat amb l'art. 85 de la LRBRL són una forma directa de prestació de serveis i sembla que del redactat de la LAECCSSPP no es vegin afectades per la mateixa. Aquesta defectuosa redacció no ens pot portar a que només una part de l'activitat local està subjecta a la LAECCSSPP: En la meua opinió allò rellevant és si s'exerceixen potestats administratives o s'actua en règim de Dret privat.

Per tant amb una lectura sistemàtica del text i del Preàmbul, sí es pot mantenir que les AAPP en relacions de Dret privat no els és d'aplicació la LAECCSSPP però sembla un error pensar que la resta de forma de gestió directa que no siguin la pròpia administració o OA, el ciutadà no pot invocar els Drets de l'art. 6.

2.3.3. La modernització de la gestió externalitzada (serveis, gestió de serveis públics, concessió d'obra pública i col·laboració público-privada

En els supòsits d'externalització de serveis, ja sigui amb contractes de serveis⁷³, amb gestió de serveis públics amb qualsevol de les formes de naturalesa contractual que preveu la legislació de contractes que traslladi el risc a l'empresari (COP i CPP), ha de ser en els propers anys un dels elements centrals per la modernització de les administracions.

En efecte els determinants de l'externalització⁷⁴ a més que solen ser poc estudiats, tenen a veure amb una tradició de complir amb la legalitat i no en cercar una posició gestora on el Dret es troba al servei de les necessitats cercades.

En la meua opinió caldria un anàlisi d'un equip multisectorial⁷⁵ que amb caràcter previ investigués no ja sobre la idoneïtat de la forma a emprar sinó que de com es relacionarà l'usuari amb aquesta

⁷⁰ Dono per entès els Ajuntaments, les Diputacions i els ens locals inferiors al municipi

⁷¹ En la mateixa línia que, en el camp de la contractació ha fet l' Informe 38/08, de 31 de març de 2009 del MEH «Ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Los consorcios»

⁷² Concepte d'èxit gràcies a la coneguda obra de MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. i YSA FIGUERAS, T. *Les personificacions instrumentals locals a Catalunya: Organismes autònoms, consorcis, mancomunitats i societats públiques*, EAPC, Bcn, 2003 (2a edició),

⁷³ En l'actualitat el fet que els contractes de serveis de conformitat amb l'article 279 de la LCSP puguin tenir una vigència de fins a 6 anys els fa encara més rellevants en la prestació de serveis que tinguin a veure amb gestió de personal (monitoratge, neteja, consergeria...) Amb el temps esdevenen autèntics substituïts dels contractes de gestió de serveis públics, de difícil delimitació entre una figura i l'altre. En aquest sentit, sobre la delimitació exacta del servei públic i a qui va dirigit, MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. *Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado*, Bayer Hnos SA, 2007, p 66

⁷⁴ En especial, RAMIÓ MATAS, C, SALVADOR SERNA, M i GARCIA CODINA, O, Els determinants de l'externalització de serveis a Catalunya,. Mòn local i autonòmic. EAPC, 25, Bcn, 2007. Podeu consultar el llibre electrònic a la direcció: <http://www.eapc.es/publicacions/estudis/025/estudis25.pdf>

⁷⁵ Si els serveis públics es pensen i es volen millorar, la LCSP, amb la introducció de condicions especials d'execució i més variables en la configuració contractual, ens obliga a col·laborar a persones de diverses formacions i entendre'ns. Es fa difícil centralitzar un equip d'advocats per licitar sense una coordinació potent perquè el nou text ens permet profunditzar en la millora dels clausulats tecnificant molt més.

empresa prestadora de serveis locals i que molt probablement utilitzi el nostre nom en les instal·lacions⁷⁶.

Així l'article 229 de la LCSP (obligacions del concessionari), en el seu apartat g) obre la possibilitat a què el plec de clàusules introdueixi quants elements siguin justificables de conformitat amb l'ordenament jurídic. Aquesta redacció ens permet treballar introduint criteris que poder en serveis prestats per la pròpia administració seria impensable i fins i tot pot fer efectius per via contractual els Drets de l'article 6 de la LAECCSSPP.

Els Plecs haurien de repensar-se obrint dues línies de treball amb nous perfils professionals⁷⁷: la primera, que afavoreixi la relació entre l'usuari de la COP o la CPP o la GGSSPP i l'empresa amb criteris propers al servei públic i més en concret amb les noves tecnologies. En segon lloc amb adjudicacions que pivoten al voltant d'indicadors⁷⁸ que permetin un veritable rendiment de compte⁷⁹ a la ciutadania, base per augmentar la transparència.

Això vol dir que el jurista s'aparta per escoltar els objectius del tècnic responsable.

L'administració electrònica és una administració que parametriza la gestió indirecta, que fa un seguiment exhaustiu de l'execució contractual i empra les noves TIC per assolir el que no pot assolir amb la gestió directa.

3. Principis d'actuació i relectura de l'article 35 de la LRJPAC: la centralitat dels

Drets dels ciutadans i els principis inspiradors de l'activitat administrativa local en suport electrònic.

3.1. Els principis d'actuació i la seva projecció⁸⁰.

La LAECCSSP té dos eixos d'actuació centrals: el consentiment i els Drets de l'article 6. Es tracta des d'ara d'anar descendint de les idees i les normes al detall dels mateixos.

⁷⁶ RAMIÓ MATAS, C, SALVADOR SERNA, M i GARCIA CODINA, op cit, pag. 41 diuen al respecte de forma literal:

"Un procés d'externalització requereix llavors una inversió per part de l'Administració en noves capacitats de gestió que els esmentats autors descomponen en tres parts:

1. Capacitat per valorar la factibilitat de la contractació: poder determinar quan externalitzar i quan mantenir la provisió directa del servei (fer o comprar). Exemple: disposar de personal capacitat per fer estudis de mercat i d'assessorament i supervisió jurídica que contribueixin a valorar si és apropiat o no externalitzar una determinada prestació.
2. Capacitat per a la implementació, és a dir, per licitar el contracte, seleccionar el proveïdor i negociar els termes de la col·laboració. Exemple: disposar de personal jurídic i expert en negociació per acordar les condicions concretes de la licitació.

Capacitat per a l'avaluació, és a dir, per valorar el compliment del proveïdor. Exemple: disposar de procediments per recollir la informació sobre el compliment i disposar de personal capacitat per fer auditories."

⁷⁷ "S'ha de pensar en treballadors públics amb un nou perfil professional de gestors de xarxes d'organitzacions privades (planificació, coordinació, control i avaluació de la xarxa i els seus actors) que tinguin també coneixements com a usuaris avançats en temes tecnològics. Els gestors de xarxes són treballadors en línia amb diferents especialitats en la gestió pública (per exemple, serveis socials, sanitaris, etc.), però que ja no necessiten les habilitats clàssiques vinculades a la gestió directa (direcció de personal, organització, gestió de recursos, etc.), sinó habilitats en direcció i gestió de xarxes d'organitzacions, que són les que presten directament els serveis públics. Aquest nou perfil professional és bàsic per a la sostenibilitat institucional de les administracions públiques i hauria de formar part del sistema de funció pública, de manera que confereixi a aquests nous professionals seguretat laboral i incentius econòmics suficients per estimular la seva continuïtat i una elevada professionalització.". RAMIÓ MATAS, C, SALVADOR SERNA, M i GARCIA CODINA, op cit, pag 141

⁷⁸ En aquest context recomano les ponències del panell "indicadors de gestió" del VIII Congrés Internacional del CLAD i la publicació Indicadors de gestió a l'administració pública. EAPC, núm. 20, 2004

⁷⁹ En la meua opinió els principis de la contractació pública, cal complir-los per descomptat, en especial en la fase de la selecció i l'adjudicació. Però l'any 2009 s'ha de buscar una posició més de recerca de millora del servei i observar que el contracte, un cop adjudicat pot durar 40 anys, pel que és més rellevant des de l'òptica de la gestió que el Dret estigui al servei dels objectius tècnics del responsable del contracte i garanteixi una execució contractual amb qualitat mantinguda. Pot ser una excusa per no assolir el nostre objectiu la rigidesa de la funció pública però mai la flexibilitat de la contractació administrativa, on el contractista accepta íntegrament el contingut d'un plec.

⁸⁰ Elaboració pròpia amb voluntat de relacionar LAECCSSPP i LRJPAC.

S'atorga un paper central al consentiment perquè és el que opta pel mitjà amb el que relacionar-se i quan ho fa normativa desplega tota la seva efectivitat. Veiem a continuació el que són els principis generals de la LAEECCSSPP.

A) Principi de no discriminació

És un principi d'equivalència de mitjans i es delimita a l'article 4b) del text. Ensíntesi els mitjans electrònics no poden significar restricció o discriminació pels ciutadans que es relacionen amb d'altres mitjans.

De fet és una mena de frontera en la crida a la implementació en l'ús de mitjans telemàtics garantint que en cap cas ni crearem una fractura digital, ni generarem més Drets en favor del ciber-ciudadà.

Així les OAC jugaran un paper clau per garantir proximitat i mateix tracte i tambéels caixers automàtics pels qui no disposin d'accés a les TIC⁸¹

B) Principi de reserva de Llei.

Té tres projeccions

Els principis de l'article 3 LRJPAC i la resta de garanties que estableix, són d'aplicació íntegra, tota vegada que el mandat constitucional de l'art. 105 CE ha de tenir un desenvolupament homogeni.

La LAEECCSSPP preveu desenvolupament reglamentari o regulació (dels registres electrònics, de la seu electrònica...) però deixa intangibles i no subjectes a desenvolupament els eixos de que dibuixen les garanties del ciutadà.

Per tant hi ha una reserva de Llei no modulable en matèria d'administració electrònica que porta la jurisprudència del TC en relació al paper de la Llei com a element condicionador de llibertats.

En segon lloc i com hem dit, el marc regulador no relaciona LAEECCSSPP i LRJPAC.

Així, la intervenció sobre els ciutadans en aquest cas en el procediment administratiu comú, suposa que no hi hagi disminució del marc de garanties establertes a la LRJPAC. Aquest redactat pot comportar problemes evidents doncs la concreció del procediment administratiu electrònic no té les mateixes garanties que la LRJPAC, sinó que diferents (per exemple en notificacions infructuoses, o en el còmput dels dies de registre, o les còpies...). Els Drets de l'art. 6 LAEECCSSPP tenen una relació directa amb l'art. 35 LRJPAC, però és de difícil acceptació que a l'empara de l'art. 4d) de la LAEECCSSPP el ciutadà pugui gaudir el règim electrònic i les garanties en paper.

C) Principi d'impuls dels mitjans electrònics per una major eficàcia i eficiència administrativa (remissió)

Més enllà de les obligacions específiques, la LAEECCSSPP manté allò dit respecte a l'impuls de mitjans, llargament tractat a l'apartat segon del present treball.

D) Principi de simplificació administrativa i proporcionalitat (remissió)

Aquest principi es troba desenvolupat en els comentaris efectuats en el capítol 2 pel que fa a la Directiva de Serveis, pel que cal aportar aquí els arguments.

E) Principi de publicitat i transparència (remissió)

Aquest principi estableix unes obligacions concretes per la difusió d'informació a la seu electrònica i es comenta al capítol següent.

F) Principi de participació

Ja venia recollit a la normativa de règim local i ara és un dels principis d'aquest nou model d'administració, més relacional i que es mou en diferents registres.

⁸¹ Sobre aquest cas es pot consultar el dictamen de l'ACPD "en relació amb la consulta formulada per un Ajuntament sobre la instal·lació de caixers electrònics per realitzar alguns tràmits administratius, entre d'altres l'obtenció de volants d'empadronament". Es pot consultar a la direcció: <http://www.apdcat.net/media/71.pdf>

G) Principi de col·laboració i cooperació entre las Administracions Públiques

La LAECCSSPP estableix que el mètode preferent per relacionar-se dues administracions, ha de ser mitjançant procediments electrònics. Aquest principi es veu completat amb la col·laboració ja esmentada amb anterioritat d'accés a les dades.

H) Principi de compatibilitat i neutralitat tecnològica.

La LAECCSSPP no regula amb detall ni la compatibilitat ni neutralitat tecnològica ni la intermodalitat. En tot cas el principi té a veure amb la neutralitat en el sentit de no optar per un programari o unes aplicacions predefinides. Tampoc es regula la intermodalitat (ni el canvi d'un suport electrònic a un altre ni al paper), pel que el més usual serà que es reguli ni que sigui de forma indiciària obligant a justificar al ciutadà el canvi de mitjà.

3.2. Efectes jurídics en l'activitat administrativa local.

Aquests principis han de ser observats per ésser implementats. Són autèntiques guies de funcionament dels actes administratius i separar-se dels mateixos és separar-se dels principis i valors que pretén posar en funcionament la LAECCSSPP.

En el procés de canvi, l'administració optarà per un resultat. Si aquest resultat, volgut, no és satisfactori, en cap cas no podrà al·legar la seva pròpia torpesa, de conformitat amb el principi *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* que si bé és més propi dels particulars⁸², té una relació directa amb els principis generals del Dret i en concret de la bona fe.

En el disseny dels procediments cal observar la observança dels principis perquè l'administració electrònica, preparada per acumular multitud de funcions en una sola acció predeterminada, la majoria de les vegades en cas de error o dany no serà per l'acció administrativa en sentit estricte, sinó pel disseny del marc.

Si aquest disseny del marc no observa de forma escrupolosa els principis de la LAECCSSPP i en concret els Drets del ciutadà serà fàcil obviar tràmits, cometre errors de seguretat o produir danys a tercers. En aquest cas, la organització de l'arquitectura serà prova fefaent de la vulneració.

Si en un procediment de despesa no es produeix la retenció de crèdit i després el contractista no cobra, una reclamació contra l'administració serà senzilla, doncs només haurà d'acreditar que té l'encàrrec i que ha fet la prestació i aportar una còpia dels documents que obren en la carpeta del ciutadà on es posi de manifest que l'acció informàtica no preveia la RC. Aquest vulgar exemple cal portar-lo a l'administració que dicta actes desfavorables per comprovar la importància d'adaptar les plataformes que ens lliuren empreses a les categories del Dret Administratiu⁸³. Així, en el camp Civil el citat principi té el seu origen en l'ànim en la conducta que causa el vici, però en el camp del Dret Administratiu, que en ,matèria de responsabilitat actua sotmès al principi d'objectivitat, la bona fe no és necessària per parlar de conductes doloses.

En cas de produir-se un dany, aquest seria produït pel disseny del procediment i difícilment trobarem atenuant.

En un sentit més pràctic, de conformitat amb l'art. 28 LAECCSSPP, se'ns obliga a repensar com ho fem, perquè ho fem i com podem millorar, a la llum d'aquests principis.

⁸² ARANA GARCÍA, E, La alegación de propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo. Comares, Granada, 2003, pp 82 i 83, on diu: "Se podría decir en consecuencia, que estamos ante una función de los principios generales del derecho, distinta a la mera alternativa interpretativa de las lagunas jurídicas. Los principios generales del Derecho sirven de elemento corrector de interpretaciones excesivamente rígidas del principio de legalidad. Con la aplicación de éstos principios jurídicos básicos se pueden introducir criterios de justicia material en casos en que ésta, evidentemente, no concide con una interpretación estricta y mecánica de la legalidad. Como agudamente indica Dworkin, donde comienza el interés o la complejidad o la controversia, la Ley deja de ser una ayuda; para los casos polémicos lo que se precisa es que los jueces ejerzan su discreción, y dado que la Ley se ha agotado, el ejercicio de la misma debe constituir una decisión legislativa tomada con la justificación de la moralidad política o de un criterio político."

⁸³ Aspecte central: cal un jurista amb visió global al procés planificador.

Així trobem moltes administracions locals a Catalunya que fan les coses perquè, “sempre les hem fet així”. Aquest principis són els que han de portar un veritable canvi, identificable i que faci una administració més fàcil i previsible.

4. El desplegament de l'administració electrònica al món local.

4.1. Aspectes concrets (tecnologia, el pla de sistemes, catàleg de serveis, el calendari i l'equip).

Els ens locals en la incorporació de les TIC, han vist com una oportunitat treballar en tres camps ben definits: l'atenció al ciutadà (en especial actes favorables i relacions amb el padró), els càlculs basats en fórmules aritmètiques (en especial a les àrees d'hisenda i les tresoreries i intervencions dels ens locals) i el funcionament de les intranets i el mail com instruments d'agilització de les comunicacions⁸⁴.

El problema sorgeix quan afrontem la modernització de l'altra part de l'administració, aquella que té a veure amb actes administratius en el marc d'un procediment i no de simples tràmits.

En la citada “Enquesta sobre l'adopció de les tecnologies de la informació i la comunicació a l'Administració local 2008”, es va demanar als ajuntaments que situessin el nivell d'interactivitat del serveis municipals en línia, definint la interactivitat com la possibilitat que tenen els ciutadans o les empreses de fer procediments i/o tràmits per Internet. S'ha utilitzat una escala de quatre nivells:

- El nivell 1 indica que el ciutadà pot accedir a través del web a la informació que descriu el procediment per a l'obtenció del servei públic.
- El nivell 2 es refereix a la possibilitat de descarregar formularis administratius en paper necessaris per iniciar el procediment d'obtenció d'un servei, però sense que es doni la possibilitat de tramitar el procediment en línia.
- El nivell 3 contempla els casos en què es retorna a l'Administració els formularis per mitjans electrònics, i s'obté d'aquesta una resposta personalitzada.
- El nivell 4 permet realitzar una transacció completa totalment electrònica, sense que sigui necessari cap altre tipus de procediment formal (com ara l'entrega de documents en paper o la presència física de l'interessat a oficines públiques). En aquest nivell s'inclouen tant els procediments que requereixen pagament com els que no.

Aquests 4 nivells⁸⁵ pels juristes signifiquen estadis de treball molt diferents, però en un procés modernitzador treballarem sovint amb Enginyers de sistemes o economistes o administratius (amb la formació que sigui) i el vocabulari és diferent. El punt de partida ha de ser un esforç per entendre's i compartir un vocabulari comú. No és el mateix un tràmit que un procediment, ni un tràmit complex, ni una acció informàtica que un tràmit... En especial quan les administracions treballen amb sistemes multifuncionals, que permeten introduir intel·ligència.

Els requisits d'interoperabilitat⁸⁶, o bé com s'afronta el llarg debat sobre el programari lliure⁸⁷ (en aquest sentit el Ministre Jordi Sevilla⁸⁸, responsable de la tramitació de la LAECCSSPP), o els

⁸⁴ Podríem incloure també el padró continu.

⁸⁵ Un bon exemple és l'adreça de l'Ajuntament de Barcelona on s'ubiquen els tràmits: <https://w30.bcn.cat/APPS/portalttramits/portalt/themes/default.html?>

⁸⁶ EL DOUE de 25 d'agost de 2009, conté el Dictamen del Comité de las Regiones «soluciones de interoperabilidad para las administraciones públicas europeas (ISA)» <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:200:0058:0062:ES:PDF>

⁸⁷ El 17 de juny de 2009 Localret, la Universitat de Girona i el Centre Easy van organitzar, al Parc Científic i Tecnològic de la Universitat de Girona la jornada “Treballar amb codi obert a l'administració pública”. Podeu consultar el material a la direcció: <http://www.localret.cat/jornades-i-actes/materials/jornades2009/treballar-amb-codi-obert-a-ladministracio-publica>

⁸⁸ Al notícia publicada a l'edició digital del EL PAÍS, el Ministre Jordi Sevilla deia amb rotunditat: “La norma no entra a regular, por ejemplo, el uso de software libre en el seno de la administración pública, pese a que en 2005 aprobó una propuesta de recomendaciones a la Administración General del Estado sobre de este tipo programas fuentes abiertas,

formats de la documentació que s'adjunta a un formulari⁸⁹ o quina és l'arquitectura tecnològica, obliga a pactar mètodes de treball entre persones diferents, que tenen objectius diferents i que sovint primen uns criteris que els juristes no entenem.

Els problemes principals es concentren en tres grans apartats.

Un primer té a veure amb la complexitat del salt. Les administracions de més de 20.000 habitants ja fa temps que han recorregut camí i saben la complexitat fins i tot d'entendre's. Sovint engeguem projectes de mig termini i les apostes tecnològiques han d'anar acompanyades d'apostes organitzatives. Sembla fonamental que per que hi hagi èxit els electes locals s'ho creguin⁹⁰, i sigui una prioritat política.

Un segon aspecte, és que coincideixin persones que puguin fer un equip i es vagi en la mateixa direcció. Hi ha administracions amb forta penetració de l'administració electrònica només a la OAC. O només a la web. O amb les àrees d'hisenda sense papers i la resta a l'edat de pedra... Fora interessant que no es deixin racons per endreçar i almenys començar per allò que més empra el ciutadà.

El tercer element és la realització d'apostes sòlides, permanents. Sembla fonamental encertar l'arquitectura, els directius, els canvis suaus en l'estructura organitzativa... En definitiva ser una administració rigorosa.

10 són els elements que d'una forma o altra cal abordar⁹¹:

1.- L'equip modernitzador, que en tot cas ha de garantir el compliment de les funcions necessàries i que ha de ser motor i divulgador de les iniciatives. Aquí vull ser molt radical: la direcció el procés tecnològic no pot posar-se en mans d'una empresa.

2.- L'arquitectura informàtica més orientada possible a la prestació de serveis d'acord amb les possibilitats pressupostàries de l'ens que es tracti. Així en els darrers dos anys les administracions grans opten per treballar amb sistemes d'intel·ligència i plataformes tecnològiques⁹². Aquest element és central i als juristes en veure'l ens obre la imaginació i immediatament podem observar com augmentem la coordinació administrativa. En l'elecció, en mans del Cap de Sistemes, ha de ser fonamental la flexibilitat de la maquinària en el disseny i desplegament de la mateixa⁹³. I donar compliment a l'article 39 de la LAECCSSPP: Cal una aprovació de les aplicacions.

en los que el código es público y se puede modificar y distribuir libremente-. Este asunto, afirma Jordi Sevilla, "no es algo sobre lo que debemos posicionarnos en una ley, no es un tema sobre lo que esta norma se deba pronunciar". Es pot consultar l'entrevista a la direcció: http://www.elpais.com/articulo/internet/Ley/Administracion/electronica/debe/pronunciarse/uso/software/libre/elpportec/20060929elpapunet_2/Tes

⁸⁹La seu electrònica de l'Ajuntament de Madrid, pel que fa als fitxers que s'adjunten als formularis diu el següent: "El tipo de ficheros que se pueden anexar son los de Ofimática de Microsoft (doc, rtf, ppt, xls) y los genéricos pdf, tif, jpg, xml. Seleccione el fichero y añada en el campo indicado una breve descripción preferentemente relativa al requisito o documento solicitado por la convocatoria. El procedimiento operativo para adjuntar los archivos es similar al de su correo electrónico habitual.". Podeu consultar-ho a la direcció: http://www.madrid.org/cs/Satellite?cid=1142320118121&language=es&pagename=AdministracionElectronica%2FPage%2FSael_contenidoFinal

⁹⁰En aquest sentit l'any 2005 que vaig exercir de Secretari General de l'Ajuntament de Manresa, vaig tenir-la sort de coincidir amb l'Acalde Jordi Vall i Riera, que a més era President de Localret. Jo no sabia quasi res però l'ambient de millora i l'aposta per les tecnologies era palpable des del 1er dia. Manresa és un referent. A tal d'exemple, els resultats d'eleccions amb sms ja es van posar en funcionament l'any 2006.

⁹¹Sobre els aspectes a tenir en compte en un procés d'impuls de l'administració electrònica, CASES PALLARÉS, J, "La Administración Electrónica: un reto y una oportunidad. La necesidad de un posicionamiento profesional" a Revista de Estudios Locales. COSITAL, Núm extarordinario, julio 2004, p. 54.

⁹²En el cas de l'Ajuntament de Badalona, la plataforma està dotada de bases de dades transaccionals, bases de dades mestra i gestor de sincronització de dades (MDM / ETL), bases de dades per a la implantació d'un sistema de gestió d'històrics i *datawarehouse*, Portal web i gestió de continguts, bus de serveis ESB, gestor de processos (BPM), gestor documental, gestor d'identitats, sistema d'automatització de la gestió d'informes (*Bussines Intelligence*) i gestió de backup. Pot consultar-se la licitació amb els plecs a la direcció: <http://www.badalona.cat/aj-badalona/ca/ajuntament/ajuntament-abast/actuacionmunicipal/licitacions/subministraments/216-CONC-22-08>.

⁹³En aquest sentit podeu consultar dos articles. BORILLO DOMÈNECH, R i GUMBAU MEZQUITA, JP, "arquitecturas orientadas a servicios para la preservación de objetos digitales" i "selección de una plataforma software para el repositorio documental de la Universitat Jaume I" BLASCO DÍAZ, JL i FABRA VALLS, M. J. *El documento electrónico*.

3.- El gestor documental. Fonamental per suprimir el paper i custodiar en suport electrònic els documents signats.

4.- El quadre de classificació documental. La definició correcta dels procediments i el modelatge administratiu facilitarà la feina si l'arxiver/a juga un paper absolutament central en el procés modernitzador amb rellevància de les metadades.

5.- Unes aplicacions que siguin compatibles amb la plataforma que responguin a les necessitats dels Directors que les han d'emprar i al mateix temps que siguin compatibles entre elles, garantint en tot cas la neutralitat tecnològica i la migració de dades.

6.- Unes infraestructures tecnològiques dotades de robustesa (connexió a internet, solidesa del sistema).

7.- Una política de seguretat ben definida des de l'inici i que es mou amb l'organització. El compliment íntegre de la LOPD.

8.- Una metodologia compartida, que permeti modernització descentralitzada si l'Ajuntament supera els 100.000 habitants i que en tot cas la Secretaria i la Intervenció treballin de forma coordinada.

9.- Un registre electrònic, una ordenança d'administració electrònica, un registre de tràmits que facin públic el pas d'un nivell a l'altra (dels 4 assenyalats), un catàleg de tràmits i una OAC que dotin el sistema de lògica, amb seguretat jurídica.

10.- Un espai amb coneixement compartit, amb els manuals d'organització dels procediments que permetin formació continua. I destinar temps per clínics de formació quinzenals.

Aquest esbós és millorable, sobretot per aquelles organitzacions que poden introduir qualitat⁹⁴ o certificacions (en gestió documental la UNE-ISO 23081-1:2006)⁹⁵.

En qualsevol cas, m'assembla fonamental que independentment de l'opció, el sistema ha de permetre de forma progressiva introduir indicadors i permetre l'avaluació de la gestió administrativa electrònica⁹⁶, que permeti progressivament un rendiment de comptes.

4.2. La signatura electrònica: ciutadans, òrgans i personal al servei de les administracions públiques: règim jurídic i relació amb els permisos d'acord amb la RLT, la plantilla i l'organigrama.

Del que s'ha dit fins aquí sembla clar que les administracions locals catalanes ja fa anys que signen electrònicament⁹⁷. I per tant la signatura electrònica ja ha estat tractada amb deteniment per nombrosos autors⁹⁸.

La LAECCSSPP opta per una sistema de relació amb el ciutadà en què reglamentàriament es delimiti la signatura electrònica admesa⁹⁹. Així l'article 3 de la LSE als apartats 3, 4 i 5 diu de forma literal:

"2. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de

Aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos. Col·lecció Estudis de la Univ. Jaume I, núm. 16, València., 2008. pàgines 215 a 254.

⁹⁴ Guía de Autoevaluación para la Administración Pública. Modelo EFQM de Excelencia. MAP i BOE, Madrid, 2004.

⁹⁵ A l'Aragó s'està treballant amb una norma aragonesa per la descripció d'autoritats d'arxius. La podeu consultar a la direcció: <http://portal.aragon.es/portal/page/portal/DGA/EDU%20NAV%20Dptos%20Destacamos/ARANOR.pdf>.

⁹⁶ En aquest sentit PILAR LASALA, "Métricas para la administración electrónica" a la obra coordinada per FERNANDO GALINDO, *Gobierno, Derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*. Thomson.- Civitas, Navarra, 2006, pp 139-157.

⁹⁷ Ha tingut un paper rellevant la interacció pel portal extranet de les Administracions Catalanes i més recentment el Fons Estatal d'Inversió Local, tramitat amb l'aplicació Metròpolis i que ha estat un èxit. I com no, CATCERT.

⁹⁸ BERNADÍ GIL., op. Cit pp 247-257. També les jornades de signatura electrònica. Podeu consultar-ho a la web: <http://www.js-e.cat/site/index.htm>.

⁹⁹ Els certificats que trobem a les administracions locals són bàsicament de tres tipus: personals, d'entitat i dispositiu.

manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

3. Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.”

La certificació digital funciona amb la criptografia asimètrica. La criptografia asimètrica consisteix bàsicament en dues claus, una privada i una pública. El terme infraestructura o clau pública o PKI té per objectiu dotar al sistema de les següents atribucions: l'autenticació d'usuaris, el no repudi, la integritat de la informació i la confidencialitat¹⁰⁰. La signatura electrònica reconeguda té els mateixos efectes que la signatura manuscrita¹⁰¹.

La signatura electrònica reconeguda sembla que hagi estat denostada del text de la LAECCSSPP i en tot cas s'haurà d'admetre si bé, el DNI electrònic s'associa a un sistema de signatura reconeguda cal tenir present que la signatura electrònica avançada no s'equipara a la manuscrita.

El problema que se'ns planteja és com admetre aquelles sol·licituds en què la signatura no s'equipara a la manuscrita¹⁰².

Una vegada hem posat en funcionament la signatura als ens locals, allò en què cal profunditzar és amb quin tipus de signatura es treballarà.

Bàsicament les organitzacions locals, d'acord amb el criteri establert per la pròpia Corporació ha d'escollir entre els diversos tipus de certificats. El personals són garantia de la identitat d'una persona. Els d'entitat, garanteixen la identitat d'una persona que actua en representació d'una persona jurídica. Els certificats de dispositiu, es troben sota la responsabilitat d'una persona física o jurídica¹⁰³. Allò recomanable, seria que la direcció del procés modernitzador establís d'acord amb les necessitats de la corporació quina tipologia de certificat es desplega.

El personal els tenen els empleats (per exemple els secretaris).

Així (a més dels d'entitat) el més provable és disposar d'un certificat de dispositiu ja instal·lat quan la signatura sigui massiva (no haver d'incloure la clau cada vegada), que al mateix temps garanteix qui és i què fa. La problemàtica que tenen els personals són les continues altes i baixes.

Un dels assumptes més rellevants, és com atorgar les competències a cada signatura electrònica. Així, el sistema de competències locals ex arts. 21 i 22 LRBRL estableix un sistema de delegacions que a nivell electrònic no és senzill.

El més usual serà atribuir les responsabilitats de les competències a les signatures per procediments i custodiar-ho en suport electrònic de forma visible per tota la corporació (el cartipàs electrònic).

Les diferents signatures electròniques, aniran vinculades a dos instruments organitzatius¹⁰⁴.

En primer lloc la importància del cartipàs: La dels Regidors, que actuaran per delegació de l'Alcalde o Alcaldessa no ostentaran delegació electrònica de signatura a signatura sinó que de

¹⁰⁰No cal allargar-se en aquest tema llargament tractat. Pot consultar-se el funcionament a la direcció de l'Agència catalana de certificació: http://www.catcert.cat/web/cat/6_2_preguntes_frequents.jsp. Tampoc m'extendré en la signatura electrònica dels particulars ni del DNI electrònic.

¹⁰¹A les Jornades de signatura electrònica de l'any, es pot consultar una interessant ponència de Xavier Cosculluela sobre el paper de la TDT en la interacció entre administracions i ciutadans. Podeu consultar-la a la direcció: http://www.js-e.cat/site/arxius/pdf/ponencies_07/Cosculluela_Xavier.pdf

¹⁰²Sobre aquest assumpte, ALAMILLO COMINGO I i URIOS APARISI X, *Revista de contratación electrónica*, núm. 3, any 2004 p 28 que defensen que quan la llei ho exigeixi serà la signatura electrònica reconeguda l'admesa, però que això no es deriva de l'art. 71 LRJPAC doncs és vàlida qualsevol forma d'acreditar el consentiment de l'interessat.

¹⁰³Segons quin sigui el vincle amb les administracions públiques catalanes, els certificats de classe 1 són corporatius. El posseïdor de les claus té un vincle funcional o jeràrquic amb l'Administració, mentre que els de classe 2, el posseïdor de les claus manté una relació funcional, de servei o d'administrat amb l'Administració.

¹⁰⁴Així ho farem a l'Ajuntament de Badalona.

cada signatura penjaran uns procediments com veurem més endavant. Les del Ple i de la JGL, es disposarà d'un segell d'òrgan que romandrà a la Secretaria General.

En segon lloc les del personal municipal, que disposaran de la tarja TCAT i que els atorgarà uns rols i perfils que des de la plantilla i la RLT els permetrà entrar a unes aplicacions o altres en funció del seu lloc de treball. Aquesta política d'identificar els llocs de treball de forma individualitzada serà la base la política de protecció de dades.

4.3. La gestió documental integrada. El document electrònic (validesa i eficàcia).

Desapareix el paper?

Perquè amb la LRJPAC no ens preocupava l'arxiu i ara amb l'article 31 de la LAECSSPP és un tema central?

Un dels eixos centrals del procés modernitzador és una gestió documental global de la organització. La base del funcionament són dues eines: per una banda el gestor documental i per l'altra el quadre de classificació¹⁰⁵.

Quan parlem de documents electrònics de conformitat amb l'annex de la LAECSSPP al seu apartat j)¹⁰⁶ hem de separar suport, informació i missatge.

Cal separar acte administratiu electrònic de document administratiu electrònic (art. 46 LRJPAC i 29 LAECSSPP), diferents d'altres documents electrònics (per exemple una instància escanejada d'un particular i incorporada al procediment administratiu electrònic).

Sembla d'una cabdal importància que les administracions públiques creïn un marc de treball compartit que custodiï de forma permanent un expedient electrònic i analitzar els canvis que hi ha hagut pel transcórrer del propi expedient. Això és el que permet el gestor documental que disposa de tots els procediments administratius competència de l'entitat local i que permeten assignar als mateixos unes regles predeterminades que milloren la coordinació administrativa¹⁰⁷.

Els documents electrònics són signats amb signatura electrònica, abans de la seva custòdia, element aquest que permet garantir el segell de temps.

Aquest mètode implica la necessitat de repensar els processos i atorgar als mateixos la flexibilitat que demana el món local i que abans teníem en paper.

Així el gestor documental ha d'incorporar a criteri de cada servei els modelatges d'accés (formularis) els tràmits del procediment (la instrucció) i la seva resolució, amb un grau de llibertat més ampli o menys segons el criteri del cap de servei però que en tot cas serà custodiat amb els criteris del quadre de classificació.

A cada procediment del quadre de classificació s'hi adjunten unes metadades que són els veritables descriptors que permetran descriure al màxim detall les sèries documentals i els descriptors de les mateixes, els òrgans responsables i en definitiva totes aquelles dades imprescindibles en aquest moment o en el futur per desplegar un coneixement exacte i immediat d'allò custodiat.

Així com garantirem l'obertura d'un pdf l'any 3000? Per això CatCert està treballant amb el projecte i arxiu¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Aquest és un camp en continua evolució. Així els dies 6 i 7 d'octubre s'han realitzat les jornades innova.doc_09 sota el títol "l'espai de gestió de documents". Podeu consultar-ho a la direcció: <http://www.innovadoc.cat/cast/index.html>.

¹⁰⁶ "j) Annex de la LAECSSPP: "Documento electrónico: Información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado."

¹⁰⁷ En el cas de l'Ajuntament de Badalona amb la progressiva implantació del BPM (Business, ProcessManagement).

¹⁰⁸ Es pot veure com es detalla a la direcció: http://www.catcert.cat/descarrega_cas/presentacion_iarxiu_20070515_CASTELLA.pdf. També NUALART MERCADÉ, R, "iarxiu: un servicio de custodia y preservación a largo plazo de documentos electrónicos" a BLASCO DÍAZ, JL i FABRA VALLS, M, El documento electrónico. Aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos. Universitat Jaume I, col·lecció estudis, 16, València 2008, pp 177 a 214.

La pregunta a continuació és obligada: amb la LAECSSPP desapareixerà el paper?

Doncs la sensació és que no i que en molts procediments realitzarem custòdia en suport paper i electrònic establint referències creuades entre els formats.

Fins que les administracions no assoleixin un criteri unificador que implementi l'administració electrònica, transcorrerà una època d'escanejats permanents i això és una tasca laboriosa i difícil, a més que pot tenir els seus riscos.

Les còpies electròniques, no plantegen excessius dubtes a excepció de les còpies de documents en format diferent del que es disposa i la LAECSSPP estableix que: *“en los supuestos de documentos emitidos originalmente en soporte papel de los que se hayan efectuado copias electrónicas de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, podrá procederse a la destrucción de los originales en los términos y con las condiciones que por cada Administración Pública se establezcan”,* mentre que per les còpies en suport paper de documents públics administratius *“emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora.”* (arts. 30. 4 i 5 LAECSSPP)

4.4. El procediment administratiu electrònic local

A continuació una descripció de les principals particularitats del procediment en suport electrònic.

4.4.1. El procediment administratiu local en suport electrònic. El disseny.

a) L'inici del procediment. Particularitats del denunciador electrònic.

L'inici del procediment administratiu és un acte de tràmit i com el diu el TS, *“es de toda evidencia que la incoación de un procedimiento es un acto de puro trámite que, ni determina la imposibilidad de continuación del procedimiento ni produce indefensión, por lo que no es susceptible de recurso alguno, ni en vía administrativa ni menos aún en vía jurisdiccional”* (STS de 25 de maig de 1999).

Aquesta posició, d'acord amb l'art. 82 c) de la LJA en relació al 37.1 LRPAC ha de tenir en compte el redactat de l'art. 107 de la LRJPAC que estableix la possibilitat d'impugnar els actes de tràmit que impedeixin la impossibilitat de continuar un procediment o produeixin indefensió (posició pacífica assentada per les SSTS de 17 de maig de 2004, 15 de juny de 2004, 23 de desembre de 2004 i 3 de març de 2005)¹⁰⁹.

Aquest inici del procediment (d'ofici, a instància de part o a petició d'òrgan superior, de conformitat amb 69 i ss LRJPAC) tindrà com a mínim 6 efectes clars:

El primer, a més de determinar el termini per resoldre (art. 42.3 LRJPAC), ens fa sabedors de la data d'inici del còmput del termini o bé de caducitat (d'ofici, actes en desfavorables, o bé quan sigui a instància de part a efectes del còmput del silenci administratiu)¹¹⁰. És a dir, com fins ara.

El segon i ja més especial per l'administració electrònica, és la data de l'inici a efectes d'arxiu: la custòdia electrònica ha de centrar en les metadades del procediment la data d'inici pel còmput de la seva obligació de preservació. Transcorregut el termini de conservació la destrucció serà automàtica.

El tercer i amb certa especialitat pel procediment electrònic, determina el moment d'inici temporal que ens permetrà observar quan el procediment s'atura per causes imputables a l'administració i quan per inactivitat de l'interessat. Parametritzant, per fi sabem quan duren els procediments, de veritat.

¹⁰⁹ Els casos en què un acte de tràmit és impugnable té a veure amb la impossibilitat de prosseguir el procediment, amb l'adopció de mesures cautelars o denegació d'allò sol·licitat o bé que decideixi directament sobre el fons de l'assumpte. Aquest darrer supòsit abunda en els expedients de disciplina urbanística o activitats on l'acte d'inici estableix la infracció és il·legal i il·legalitzable.

¹¹⁰ La STS de 15 de juny de 2004 estableix que també hi ha silenci en procediments d'ofici quan es derivi el reconeixement o constitució de drets o altres situacions jurídiques.

El quart, és la interrupció del termini de prescripció.

El cinquè, l'inici de l'expedient determinarà el mitjà amb el qual es relacionarà el ciutadà amb l'administració. En els procediments a instància de part serà voluntari pel ciutadà l'elecció de mitjà i en els d'ofici si reglamentàriament s'ha establert amb els requisits de l'art. 27.6 LAECCSSPP, l'administració pot imposar la obligació d'ús de mitjans telemàtics, habilitant mitjans per qui excepcionalment no ho disposi.

Interessa especialment posar de manifest que no totes les actuacions que afecten al ciutadà apareixeran a la carpeta ciutadana. En efecte, les actuacions prèvies en exercici de potestats inspectores no haurien de sortir en la carpeta del ciutadà i l'interessat només hauria de tenir accés a les mateixes amb l'acte d'incoació. Per tant en l'administració electrònica, amb augment dels Drets de l'art. 35 LRJPAC i en especial a conèixer l'estat dels procediments, l'inici suposa l'ingrés de les actuacions prèvies inspectores en la carpeta del ciutadà, pel que sembla recomanable encara accentuar més les actuacions prèvies.

La posició del denunciant¹¹¹, llargament comentada per la doctrina mereix un comentari, perquè si és interessat el règim jurídic de l'accés a la informació serà l'apartat primer de l'art. 37 de la LAECCSSPP i si no ho és l'apartat segon.

En efecte, la denuncia és *“un acto de tercero para ejercitar la actuación investigadora, comprobadora y, en su caso, sancionadora de la Administración, careciendo de la virtualidad de poner en marcha el procedimiento sancionador”* (STS de 23 de juny de 1987). Pel que el denunciant sigui interessat ha d'existir un interès legítim, és a dir una potencial titularitat d'una posició d'avantatge o utilitat jurídica per qui exercita pretensió i es materialitzaria de prosperar aquesta (STS de 21 de novembre de 2005). Ostenta carpeta del ciutadà el denunciant? Ha de poder veure les actuacions d'un procediment sancionador el denunciant? En la meua opinió cal portar la jurisprudència del denunciant i llegir-la a la llum dels nous Drets que atorga l'administració electrònica.

El mer denunciant, no ha de tenir comunicació dels actes que conformen l'expedient. La redacció i posada en coneixement de la denuncia no li atorga el Dret de ser part i no serà part processal ni el legítima per obtenir un inici del procediment sancionador¹¹², sinó una obligació de l'administració d'investigar el que coneix (STS de 26 d'octubre de 2000, RJ 2000, 8582)¹¹³. Al denunciant només se li ha de comunicar l'inici del procediment o no i només en el cas que el denunciant expliciti la petició d'incoació del procediment tindrà la condició d'interessat, per tant en la meua opinió telemàticament la denúncia ha de ser tractada com una actuació prèvia a l'inici i ha de formar part de l'expedient, pel que amb l'administració electrònica els denunciants passen la majoria de les vegades de ser anònims (no s'acostuma a veure l'expedient) a ser determinats. L'acord d'incoació determinarà la posada en coneixement.

Especial atenció mereix la posició del denunciant qualificat en el procediment administratiu, doncs si té la condició d'interessat, gaudeix de l'aplicació de l'article 37.1 de la LAECCSSPP, és a dir, *“podrá consultar, previa identificación, al menos la información sobre la tramitación del procedimiento (...) que comprenderá la relación de actos de trámite realizados, con indicación de su contenido así como la fecha en que fueron dictados”*.

De la lectura dels dos apartats es pot concloure que en el cas que sigui denunciant sense condició d'interessat, la seva carpeta ciutadana tindrà dos documents; la denuncia i una comunicació d'inici o no i l'òrgan responsable. Si és denunciant amb la condició d'interessat, tindrà la condició

¹¹¹ Em referiré al denunciant que sol·licita l'inici d'un procediment sancionador, però també es podria estendre la reflexió a qui posa en coneixement un fet per l'exercici de potestats no sancionadores sinó restauradores de la legalitat. Especial projecció té aquesta figura en el camp de l'urbanisme, el mediambient i el Dret a l'habitatge ja que les respectives regulacions sectorials introdueixen l'acció pública. En la meua opinió en el camp de la contractació administrativa, encara que el recurs especial en matèria de contractació prevegui que es pot interposar “per qui resulti afectat” (art. 37 LCSP), caldria acreditar un interès.

¹¹² “La administración no está obligada por ley a castigar sino simplemente se le autoriza para hacerlo”, NIETO GARCÍA, A. Derecho administrativo sancionador, Ed. Tecnos, 2002, pp 142 i ss.

¹¹³ La STS de 30 d'octubre de 1991 (RJ 1991,9176) qualifica el denunciant com un testimoni qualificat, amb un Dret al tràmit, és a dir a conèixer una resposta jurídica de la situació que posa en coneixement de l'administració.

d'interessat a tots els efectes i podrà formular al·legacions, recursos i quantes accions li ofereixi l'ordenament accedint per via electrònica a les actuacions de l'expedient¹¹⁴.

Finalment caldria respondre a una pregunta: Amb l'administració electrònica s'acaba la ocultació del denunciant?¹¹⁵ Sembla evident que no.

D'altra banda interessa fer un apunt de com obtenir la cercada flexibilitat que necessita l'empleat local per no desesperar-se amb tant sistematització. Els arbres del procediment han de permetre respondre a 5 grans variables:

1.- El temps en el procediment.

El disseny dels procediments ha de poder atorgar flexibilitat per incorporar prescripció i caducitat amb caràcter general.

Dintre del procediment, ha de quedar acreditat quin és el *dies a quo* de l'inici i quina la finalització i quan queda aturat per causes imputables a l'interessat. En aquest context, ha de ser prou flexibles per suspendre terminis, demanar informes, ampliar terminis... En definitiva el modelatge administratiu i el work-flow ha de ser el suficientment àgil per crear un marc de treball fàcil i entenedor.

2.- Els accidents del procediment

Dintre de la sistemàtica dels arbres, el disseny electrònic ha de poder desorganitzar-se. Així un recurs de reposició contra la denegació d'una prova en l'audiència, o una mesura cautela sol·licitada abans de la resolució han de poder-se incorporar sense que la màquina ho impedeixi.

3.- La seguretat

El sistema ha de permetre en tot cas saber qui accedeix a on i en quins termes i les modificacions en els documents restar acreditades.

4.- Les identitats

El sistema ha de permetre que sense signatura electrònica reconeguda no es pot treballar.

5.- Les dades relacionades com a base.

El sistema permet accedir a dades de forma permanent que fan fàcil i àgil la gestió.

4.4.2. La instrucció del procediment.

En la instrucció del procediment és on adquireix una importància cabdal la carpeta ciutadana que permet el compliment dels arts. 36 i 37 de la LAECCSSPP.

La carpeta ciutadana hauria de disposar de varis apartats i com a mínim 2: el que contingui els procediments en tràmit i els històrics.

Caldrà regular amb detall el seu accés i la responsabilitat en cas que s'accedeixi a dades sense consentiment. En aquest apartat la LAECCSSPP es remet en gran part a la LRJPAC i separa dos règims: un pels procediments completament electrònics (apartat primer de l'art. 37) i un pels parcialment electrònics (segon de l'article 37).

¹¹⁴ La condició d'interessat en el procediment sancionador en la meua opinió és molt reduïda i ha de ser interpretada de forma restrictiva. En la meua opinió el presumpte responsable s'ha de defensar de fets que li imputa l'administració en virtut d'una potestat punitiva subjecte al principi de legalitat ex 25 CE però haver de rebatre els arguments en su administrativa del denunciant en la meua opinió desvirtua el paper del procediment sancionador.

¹¹⁵ En aquest sentit CASADO CADARSO, MT, "¿Puede la Administración Pública ocultar la identidad del denunciante?" a datos personales.org. Revista de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. Pot consultarse a la direcció: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142470646245&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142455919293&language=es&pag=4&pagename=RevistaDatosPersonales%2FPag%2Fhome_RDP&siteName=RevistaDatosPersonales

4.4.3. La finalització del procediment. Les notificacions, publicacions i el taulell d'edictes electrònic.

Les notificacions electròniques tenen els problemes ja llargament tractats per la doctrina¹¹⁶. Les dues formes de pràctica són amb notificació electrònica en sentit estricte (mail amb signatura electrònica) o notificació per compareixença.

De forma principal els problemes es concentren en 4 grans apartats. En primer lloc, el moment en què es practica la notificació, doncs la LAECCSSPP a diferència de la LRJPAC separa posada a disposició, d'accés i rebuig.

El "rebuig" és una presumpció *iruis et de iure* que "*salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso*" (28.2 LAECCSSPP), que llavors devindria una presumpció *iuris tantum*.

El segon és què fer davant dues situacions com són, o bé de la manca d'obertura (rebuig en sentit estricte) o la posada a disposició i no obertura en el termini de deu dies (equival al rebuig). Amb el redactat de l'article 28 de la LAECCSSPP queda clar que quan es presta el consentiment de relacionar-se amb mitjans electrònics, hi ha una obligació d'estar pendent de les notificacions.

Aquesta obligació, encara no interpretada pels Tribunals, en la meua opinió planteja problemes¹¹⁷ greus d'indefensió i per major prudència en la meua opinió caldria adoptar dues accions: la primera és quan s'informa dels terminis de l'article 42.4 LRJPAC (veure apartat 5 del present treball), especificar una clàusula on l'interessat accepti que passats deu dies sense obrir el mail i existint constància de la seva recepció, la notificació s'entén rebutjada.

La segona, és tornar a notificar i publicar, doncs l'article 4, d) de la LAECCSSPP, recordem-ho, diu de forma literal: "Principio de legalidad en cuanto al mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas establecidas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". Sembla clar que en aquest cas l'administració electrònica minva els Drets de la LRJPAC i això contravé el principi d'intangibilitat abans comentat.

La tercera és la pregunta de, si quan un ciutadà no obre el mail, li podem notificar en una altra adreça electrònica no assenyalada a l'efecte. En la meua opinió, encara que s'acredités que es té accés, amb la defectuosa redacció de la LAECCSSPP i tenint en compte que la base de la relació és el consentiment, el millor seria no arriscar i procedir com s'ha comentat anteriorment.

La quarta, és la notificació per compareixença: aquesta se'ns dubte és el millor mitjà i en la meua opinió caldria establir com a mitjà qualsevol dels dos, però que en tot cas el còmput dels terminis (recursos, al·legacions...) començarà des del primer que es tingui coneixement.

Pel que fa a les publicacions per via de la nostra seu electrònica, ens fa obrir un nou espai de reflexió que caldrà analitzar amb deteniment¹¹⁸.

En efecte, resulta rellevant la regulació de la seu electrònica i en especial, de conformitat amb l'art. 4, h) de la LAECCSSPP la qualitat de les dades¹¹⁹. De conformitat amb l'art. 10 del mateix text

¹¹⁶GAMERO CASADO, E, Las notificaciones telemáticas y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento administrativo común. Bosch, Bcn, 2005.

¹¹⁷ Ja els apuntà el 2005, MARTÍN DELGADO, I, "las notificaciones administrativas telemáticas" a PUNZÓN MORALED, J. (coord.) Administraciones Públicas y nuevas tecnologías. Lex Nova. Valladolid, 2005, p. 202.

¹¹⁸ Em remeto a dos textos de referència, que a més es poden veure íntegrament per internet. MALARET GARCIA, E "Els serveis públics informacionals: l'emergència de nous serveis públics en la societat de la informació i del coneixement" a Revista Catalana de Dret Públic, núm. 35, 2007, pp 161-206 i CERRILLO MARTÍNEZ A i GALÁN GALÁN, A Qualitat i responsabilitat en la difusió de la informació pública a Internet. EAPC, Col·lecció Estudis, núm. 27. Podeu consultar-lo en suport electrònic a la direcció: <http://www.eapc.cat/publicacions/estudis/027/estudis27.pdf>.

¹¹⁹ CERRILLO MARTÍNEZ A i GALÁN GALÁN, A, op. Cit 2007, ens recorden que " Segons l'ISO 9000, la qualitat és «el grau en què un conjunt de característiques inherents compleix amb els requisits». Segons la Societat Americana de Control de la Qualitat, la qualitat es pot identificar amb l'existència d'unes característiques en el producte o servei que dotin aquest de capacitat per satisfer les necessitats dels usuaris. Prenem totes dues definicions de C. A. BENAVIDES VELASCO i C. QUINTANAGARCÍA, Gestión del conocimiento y calidad total, Madrid, Díaz de Santos i Asociación Española para la Calidad, 2003, p.

15." (p. 33). Els citats autors desenvolupen el concepte de qualitat en la informació dient (Desenvolupant diverses teories):

legal, la seu electrònica "... conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma."

L'Administració Pública determinarà les condicions i els instruments de creació de les seues electròniques, "... con sujeción a los principios de publicidad oficial, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. En todo caso deberá garantizarse la identificación del titular de la sede, así como los medios disponibles para la formulación de sugerencias y quejas."

Afegeix el citat precepte que "La publicación en las sedes electrónicas de informaciones, servicios y transacciones respetará los principios de accesibilidad y usabilidad de acuerdo con las normas establecidas al respecto, estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos."

Les publicacions poden complir diverses funcions, però en qualsevol d'elles trobarem, per una banda el principi d'accessibilitat i per l'altra la privacitat inherent al Dret del ciutadà a la Protecció de Dades de Caràcter personal.

4.5. Objecte de les ordenances d'administració electrònica: límits al seu contingut.

Seguint a BLASCO DÍAZ¹²⁰, les ordenances locals poden reglamentar amb respecte a la Llei, però especialment per aclarir, desenvolupar i concretar preceptes, d'acord amb la STS de 20 de maig de 1992 (Ar 4462).

Així sembla clar que les ordenances regularan com a mínim la seu electrònica, l'efectivitat dels Drets, les signatures electròniques admeses, el procediment administratiu electrònic i l'arxiu i el catàleg de tràmits.

En aquest marc el que és imprescindible, és regular com a mínim:

- els mitjans amb els que relacionar-se (art. 8.1 LAECSSPP).
- Els protocols o condicions de la resta d'administracions per accedir a les dades (art 9.1).
- L'establiment de la seu electrònica i el seu règim (10.3).
- Els sistemes admesos de signatura electrònica (art. 13.3).
- L'admissió dels certificats a ens sense personalitat jurídica (art. 15.3).
- Quins sistemes de signatura electrònica es fan servir per l'actuació automatitzada (article 18.1).
- La regulació dels segells públics electrònics i el sistema de verificació de la seva vigència (article 18.3).
- La regulació de l'intercanvi de dades en entorns tancats (art. 20.2).

-
- La qualitat de la informació pot ser definida com la informació que és adequada per al seu ús per part dels consumidors d'informació.
 - La qualitat de la informació és una característica de la informació que permet assolir o superar les expectatives dels clients.
 - La qualitat de la informació és una informació que compleix especificacions o requeriments.
 - La qualitat de la informació és una característica que implica que aquesta té un alt valor per als seus usuaris.
 - La qualitat de la informació és el grau de contingut, forma i temps que dona valor a la informació per als usuaris finals.
 - La qualitat de la informació pot ser definida com la diferència entre els objectius i la informació obtinguda.
 - La qualitat de la informació és la característica de la informació de complir els requeriments funcionals, tècnics, cognitius i estètics dels productors, administradors, consumidors i experts.

La pàgina 69 de la referida obra analitza les clàusules incloses pels Ajuntaments de Castelldefels, de Santa Perpètua de Mogoda, d'Arenys de Mar, pel Ministeri de Defensa, per l'Ajuntament de Lleida i pel Govern del País Basc.

¹²⁰ BLASCO DÍAZ, J L, *Ordenanza municipal y Ley*, Marcial Pons, Bcn, 2001, p 162.

- El règim jurídic dels convenis, la regulació del registre de funcionaris habilitats per identificació (art. 22.3), les condicions de la representació (art. 23).
- El registre electrònic i el règim dels convenis de registre entre administracions (art. 24).
- La relació de procediments que s'admeten de forma electrònica i quins són obligatoris (arts. 27. 3 i 6).

Els aspectes a regular són molt amplis i per tant l'únic límit en la regulació és la vulneració dels mandats de la LRJPAC i la LAECSSPP amb el benentès que el desplegament reglamentari¹²¹ pot ocupar un espai molt més rellevant que en el cas de la LRJPAC.

5. Canvis concrets de l'activitat administrativa local

De tot el que s'ha dit fins ara, cal veure algunes implicacions concretes en el procediment administratiu dels ens locals.

5.1. El consentiment del ciutadà, els Drets ARCO i la política de protecció de dades en la cessió de dades entre administracions.

Com hem dit, el consentiment del ciutadà és la base de l'elecció de mitjà i en el camp de la protecció de dades és l'element que ens permetrà realitzar operacions sobre aquelles dades. La jurisprudència i l'Agència Catalana de Protecció de Dades han posat de manifest que cal incorporar les clàusules de consentiment informat¹²² i establir quins són les finalitats de cessió a d'altres administracions de conformitat amb les seves competències.

Així, la posada en funcionament de les carpetes del ciutadà, autèntiques bases de dades d'un ciutadà poden ser emprades per d'altres administracions sense mediació de l'administració que en té la custòdia i sembla recomanable una relectura de les clàusules, en especial a la llum de l'article 12.2 del RD 1720/2007, de 21 de desembre pel que s'aprova el Reglament de la LOPD que diu, *"cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo."*

Aquest principi, es veu atenuat per allò prescrit a l'article 6.2 LOPD¹²³, per dues excepcions: que una Llei ho estableixi o que sigui d'interès vital per l'afectat o que les dades apareguin en fonts accessibles al públic. Això ens obliga a, encara més dues conductes que ja comencen a ser habituals a les administracions locals catalanes.

La primera, a un accent en la seguretat de les clàusules de consentiment informat de tal forma que sigui inequívoc atès que de conformitat amb l'art. 12.3 del RLOPD, *"corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho."*

¹²¹ Sembla ser que es troba en tràmit el reglament de la LAECSSPP al que no he pogut tenir accés de cap forma.

¹²² La STC 292/2000, de 30 de novembre, al FJ 7è, diu de forma literal: *"el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso"*. La regulació del consentiment dels menors es troba a l'article 13 del Reglament distingint-se de si són menors de 14 anys.

¹²³ Art. 6.2 LOPD: *"No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado."*

La segona a concentrar a tenir una arquitectura de la política de protecció de dades clara i coneguda per la corporació (els treballadors saben l'organigrama, saben qui són els regidors i comandaments i saben a quins aplicatius tenen accés i quines finalitats) en un servei municipal, la canalització de l'exercici dels Drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició (ARCO). Trobem pronunciaments dels tribunals en un sentit o altre¹²⁴ però en tot cas aquesta interpretació l'hem de conjugar amb l'article 9 de la LAECCSSPP¹²⁵, per la cessió a de dades a d'altres administracions cal especificar "... les condicions, protocols i criteris funcionals o tècnics necessaris per a accedir a les dites dades amb les màximes garanties de seguretat, integritat i disponibilitat " i deixa clar que la disponibilitat de les dades estarà limitada estrictament a aquelles que són requerides als ciutadans per les restants Administracions per a la tramitació i resolució dels procediments i actuacions de la seva competència. A més condiona aquest fet al compliment efectiu de l'art. 6.2, b) de la LAECCSSPP.

Aquest Dret es configura de progressiu compliment doncs una administració pot no disposar de dades en suport electrònic (per exemple contractes de treball) i aquesta progressiva interconnexió de dades, ha estat tractada per l'Agència Catalana de Protecció de Dades i l'ha tractat amb certa cautela, dient que *"La interconnexió de les bases de dades dels diferents òrgans i entitats que integren una Administració Pública o els accessos transversals entre elles es regeixen, d'acord amb el règim de protecció de les dades de caràcter personal, pels requeriments de la cessió o comunicació de dades de caràcter personal. Per tant, serà exigible el consentiment previ de l'afectat o la previsió per una norma amb rang de llei en atenció a un altre bé o dret de rellevància constitucional tenint en compte la naturalesa de dret fonamental del dret a la protecció de les dades de caràcter personal un cop feta la ponderació necessària davant dels interessos i riscos presents en aquest supòsit plantejat. Des de la perspectiva de la protecció de les dades de caràcter personal cal recordar que es desaconsella la interconnexió generalitzada de bases de*

¹²⁴ Un supòsit que l'excepció del consentiment suposa una infracció és la SAN de 29 de juny de 2005 (JUR 20051244604). Els fets són clars: L'abril de 1999, l'INEM va facilitar a Caixa d'Estalvis de Catalunya el llistat de persones que perceben una prestació d'atur. El llistat estava compost de noms, cognoms i NIF i l'import a percebre per cada persona. CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA va procedir a la preapertura d'un compte a nom de RITA i aqueta ho va denunciar atès que ell volia percebre el cobrament per finestra. El compte bancari era una llibreta d'estalvis amb avantatges addicionals, amb una assegurança de llar i en viatge i l'import es va comunicar a l'Agència Tributària. L'Agència de Protecció de Dades obrí expedient sancionador i imposà a l'empesa de l'art. 44.3.d) de la LOPD una sanció de 60.101,22 euros. La Sentència al FJ 3er es diu de forma literal: *"Es cierto que el INEM recogió los datos de los perceptores de la prestación por desempleo para el ejercicio de sus funciones y que esta recogida de datos es uno de los supuestos excluidos de consentimiento del afectado en aplicación del artículo 6.2 de la L.O. 15/99 pero lo que no se justifica es que CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA realizara la preapertura de una cuenta corriente a nombre de Rita y que, posteriormente, sin necesidad de emplearla en el abono de la correspondiente prestación, mantuviera la cuenta corriente abierta y que tratara los datos facilitando a la Agencia Tributaria la obligada información sobre las percepciones que se habían abonado en dicha cuenta."*

En canvi trobem la Sentència el TSJ de Cantàbria de 16 de maig de 2003 (RJ 2003/125100) on un Sindicat denuncia la creació d'un fitxer de dades sobre el marcatge horari. La Sentència al FJ 6è in fine diu de forma literal: *"Resulta, en consecuencia, de ineludible aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de dicho art. 6 que exime de la prestación de consentimiento para la obtención de datos personales en el supuesto de que los mismos sean recabados por Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades, como acaece en el supuesto de autos en que la creación del fichero de datos tiene como finalidad el control del horario y su cumplimiento por los empleados públicos y personal laboral al servicio del Gobierno de Cantabria, competencias todas ellas que corresponden a la Administración demandada, cuyas órdenes son de obligado cumplimiento en esta materia, sin necesidad del consentimiento personal e individualizado de cada una de las personas cuyos datos vayan a ser incorporados"*.

¹²⁵ 1. Per a un eficaç exercici del dret reconegut en l'apartat 6.2.b), cada Administració haurà de facilitar l'accés de les restants Administracions Públiques a les dades relatives als interessats que consten en el seu poder i es troben en suport electrònic, especificant les condicions, protocols i criteris funcionals o tècnics necessaris per a accedir a les dites dades amb les màximes garanties de seguretat, integritat i disponibilitat, de conformitat amb el que disposa la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de Protecció de Dades de Caràcter Personal i la seua normativa de desplegament.

2. La disponibilitat d'estes dades estarà limitada estrictament a aquelles que són requerides als ciutadans per les restants Administracions per a la tramitació i resolució dels procediments i actuacions de la seua competència, d'acord amb la normativa reguladora d'estes. L'accés a les dades de caràcter personal estarà, a més, condicionat al compliment de les condicions establides en l'article 6.2.b) de la present Llei.

dades de les administracions i que cal considerar fórmules alternatives atès que les interconnexions no són indispensables per millorar els serveis de l'administració."¹²⁶

Aquest accés de les dades és "entre administracions" excloent societats mercantils i menys encara en supòsits de gestió indirecta ja que en aquest cas és necessari que aquest compleixi amb el deure d'informació als interessats dels quals es recullen dades personals, en els termes previstos en l'article 5 de la LOPD¹²⁷.

Així la traçabilitat de les dades del responsable del fitxer, que al mateix temps té la custòdia del consentiment serà fonamental per després garantir que les dades s'han emprat per les finalitats que es van cedir. Caldria veure si en aquestes clàusules no caldria incorporar aquesta previsió.

5.2. L'efectivitat de l'article 42.4 de la LRJPAC i la relació de procediments actualitzats.

La LAECCSSPP, en la regulació de l'article 25.2 a) estableix la obligatorietat de mantenir una relació actualitzada de sol·licituds i en presentar-se s'haurà d'emetre un acusament de rebuda amb la data i hora de presentació. Les TIC ens obren la possibilitat de, per fi, informar al ciutadà en els termes de l'article 42.4 de la LRJPAC en el sentit de d'informar "*del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.*"

Aquest oferiment d'informació amb assenyalament de terminis pot ampliar la informació al ciutadà amb el benentès que el termini que l'òrgan competent per resoldre ho ha rebut no és d'aplicació a l'administració electrònica perquè el termini és el dia que es registra al registre electrònic¹²⁸

Aquesta informació no obsta que existeixi la obligació de resoldre així que ens els supòsits que s'informi en els termes de l'article 44.2 de la LRJPAC una vegada interposat un Recurs de Reposició i aquest no es resolgui, igualment és d'aplicació la jurisprudència que té origen a l'any 2002, sobre la obligació de resoldre i que el TC s'ha fet ressó en les STC 186/2006, de 19 de juny, 149/2009, de 17 de juny, 117/2008, de 13 d'octubre, 106/2008, de 15 de setembre i 321/2006, de 20 de novembre¹²⁹. Les administracions públiques tenen la oportunitat de refer aquesta doctrina que es recolza en la manca d'informació de l'art. 42.4 LRJPAC.

¹²⁶ "Dictamen en relació amb la consulta plantejada per una Institució competent en matèria de drets dels ciutadans respecte la cessió de dades personals de naturalesa tributària". (Ref: CNS 21/2006). Es pot consultar a la direcció: <http://www.apd.cat/media/25.pdf>.

¹²⁷ De conformitat amb l'art. 5.5 LOPD: "No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior, cuando expresamente una ley lo prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos, o cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia de Protección de Datos o de organismo equivalente, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias.

Asimismo, tampoco regirá lo dispuesto en el apartado anterior cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten."

¹²⁸ Canvi fonamental de la tramitació electrònica: el còmput no és l'entrada al registre de l'òrgan (en aquest sentit AGUADO CUDOLÀ, V, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*. Marcial Pons, Bcn, 2001. Pags 220-228.

¹²⁹ La STC 149/2009, de 17 de juny, al FJ 3er diu de forma literal: "Como recuerdan el recurrente y el Fiscal, este Tribunal tiene reiteradamente señalado que el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, de manera que en estos supuestos no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales «que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver» [entre otras muchas, SSTC 6/1986, de 21 de enero (RTC 1986, 6), F. 3 c); 204/1987, de 21 de diciembre (RTC 1987, 204), F. 4; 180/1991, de 23 de septiembre (RTC 1991, 180), F. 1; 294/1994, de 7 de noviembre (RTC 1994, 294), F. 4; 3/2001, de 15 de enero (RTC 2001, 3), F. 7; 179/2003, de 13 de octubre (RTC 2003, 179), F. 4; 188/2003, de 27 de octubre (RTC 2003, 188), F. 6; 220/2003, de 15 de diciembre (RTC 2003, 220), F. 5; 186/2006, de 19 de junio (RTC 2006, 186), F. 3; 40/2007, de 6 de febrero (RTC 2007, 40), F. 2; y 117/2008, de 13 de

5.3. La parametrització dels terminis: bases per un futur quadre de comandament integral.

La sistematització del procediment electrònic, per fi ens pot permetre saber quan duren els procediments i quan es paralitza per causes imputables a l'interessat i quan a l'administració.

El treball amb indicadors serà la base del futur quadre de comandament i una eina de gestió que cada administració haurà d'adaptar a les seves necessitats. Amb les TIC la relació entre l'estudi de les polítiques públiques, els projectes, el pressupost, les aprovacions, la tramitació administrativa i l'avaluació, permet un autèntic control base per fer efectiu l'*accountability*.

És impensable un quadre de gestió integral, que és la base de la implementació de gestió estratègica¹³⁰ sense tenir accés als procediments administratius i per tant no saber l'estat d'execució d'una decisió determinada.

Diversos ens locals intenten treballar amb documents programàtics (PAM) i els seus directius han de perdre temps incorporant fitxes i modificant els graus d'execució: la base del rendiment de comptes és el coneixement del grau d'execució de les polítiques públiques.

El disseny dels procediments ha de ser la base d'un quadre de comandament que delimiti els accidents de la gestió.

5.4. Règim jurídic dels formularis i la documentació complementària. La relectura dels articles 71.1 i 92 LRJPAC.

La implementació de la Directiva de Serveis i la posada en funcionament de les TIC ens han de fer repensar el paper de què és necessari per tramitar un procediment¹³¹.

Així, la LAEECCSSPP no ens estableix un mínim d'informació de cada document, pel que en un formulari, el nombre de camps obligatoris, es pot fixar amb certa llibertat d'acord amb el principi de proporcionalitat i sense barreres administratives.

El fet que no s'ompli un camp obligatori i per tant no es pugui enviar el formulari, ens fa trontollar dos conceptes claus en procediment administratiu: l'esmena i millor de la sol·licitud i la caducitat.

L'esmena i millora en la majoria d'ocasions es veurà substituït per no poder iniciar el procediment ja que senzillament l'aplicatiu no ho admetrà. Aquest és un canvi que si abans de redactar els formularis s'estudia amb deteniment ens pot evitar la burocràcia massiva per esmenar allò presentat de forma defectuosa.

Conseqüència d'això, és que les caducitats a instància del particular (amb la intimació i conseqüent obertura del termini de tres mesos de l'art. 92 LRJPAC) veuran com es redueixen massivament.

octubre (RTC 2008, 117), F. 2]. Por ello hemos declarado que ante una desestimación presunta el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración; concluyéndose, en definitiva, que deducir de este comportamiento pasivo el consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida por la Administración, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable y, menos aún, con arreglo al principio pro actione, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)".

Aquesta doctrina sobre el silenci ha de veure's acompanyada del raonament sobre la informació, i la STC 14/2006, de 16 de gener, al FJ 4art, estableix: "Sin embargo, cuanto acaba de decirse no significa que no pueda utilizarse otra interpretación cuando no concurra la infracción del deber de información a que se refiere el art. 42.4.2, reformado, de la LRJ-PAC. La misma STC 220/2003, de 15 de diciembre (RTC 2003, 220) , como ya se ha expuesto en el fundamento jurídico 2, letra a), de la presente, declaró en su fundamento jurídico 5 que la citada instrucción de recursos de un acto administrativo no excusa a la Administración de su obligación legal de resolver el recurso interpuesto, comunicando al interesado «la indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra el mismo procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos» (art. 79.2 LPA/1958 [RCL 1958, 1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585] , hoy art. 58.2 de la Ley 30/1992)."

¹³⁰ En aquest sentit, YETANO SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, A, *Hacia la gestión estratégica en la administración local: el balanced scored card*. Instituto de Estudios Fiscales, 2007.

¹³¹ De fet és un mandat de l'article 34 LAEECCSSPP.

La figura de la caducitat passarà a relacionar-se amb la manca de documents adjunts al formulari (la LAECCSSPP ho preveu de forma expressa i l'administració ha de dir el format, de conformitat amb l'art. 25.4 LAECCSSPP.)

5.5. Què succeeix si falla el sistema? Una proposta de regulació.

Les errades en els sistemes no es regulen a la LAECCSSPP. En canvi la Llei 11/2007 de 4 de abril, para la *Implantación de la Administración Electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra*, regula a l'article 6 el supòsit que el sistema no funcioni.

“3. Cuando no se pueda determinar la fecha y hora de la entrega del documento, por encontrarse el sistema de transmisión de datos de la Administración fuera de servicio o por las razones que fueren, el mensaje se considerará entregado en la fecha y hora en que fue enviado, siempre y cuando éstas se puedan verificar por la Administración de forma fidedigna.

4. En todo caso, los riesgos que afecten a la presentación de documentos por medios electrónicos serán asumidos por el remitente, sin que la Administración se haga responsable de otras circunstancias que las que sean imputables al funcionamiento de sus servicios públicos”

Aquesta redacció pot estalviar nombrosos problemes en especial de prova, amb la xarxa o senzillament d'enllumenat elèctric, que garantís que le ciutadà no ha de practicar una *provatio diabólica*.

5.6. Les impugnacions electròniques.

L'article 39 de la LAECCSSPP estableix els requisits per l'actuació administrativa automatitzada i especifica en l'incís final la obligació de dir quin és l'òrgan competent a efectes d'impugnació (és la derogació tàcita de l'article 45.2 LRJPAC)

Aquesta especificitat, ens porta a pensar que el legislador ha volgut especial cura en els actes automatitzats, és a dir, sense la intervenció de persones, però això no obsta a què les notificacions telemàtiques també han d'incorporar els recursos i terminis, de conformitat amb els arts. 58 i 89 de la LRJPAC. Es refereix bàsicament a aprovar les aplicacions.

En la meua opinió si un ciutadà ha iniciat un procediment de forma telemàtica, hauria de poder interposar el recurs de forma telemàtica, perquè el recurs administratiu formarà part de l'expedient administratiu i sinó és així, l'administració li imposa el canvi de mitjà sense justificació. Aquest criteri ens porta a preveure que el procediment administratiu ha de dissenyar-se de forma integral fins la jurisdicció podent-se trametre l'expedient en suport electrònic als Tribunals.

5.7. L'spam administratiu.

S'anomena spam, correu deixalla o sms deixalla als missatges no sol·licitats de forma habitual, de tipus publicitari enviats en grans quantitats (que poden ser massius) que perjudiquen de certa forma al receptor.

L'spam administratiu pot arribar de dues formes.

La primera és de forma automàtica per figurar la nostra adreça en una llista de distribució i suposi un informació sobre actes o celebracions, aconteixements culturals... En aquest primer cas és fonamental que hi hagi un responsable d'una llista de distribució que en cas de sol·licitud de baixa de la llista es faci de forma immediata.

La segona és perquè un funcionari ens envia un mail.

Aquestes comunicacions sense ànim de lucre es troben fora de l'àmbit de la LSSI i només en el cas que comunicéssim publicitat seria d'aplicació. Ara bé sí que poden ser objecte de burla per empleats municipals que notifiquen documents amb signatura electrònica i via mail sense competència. El més lògic serà que regulem el lliurament de les signatures al personal municipal.

5.8. La qualitat de les dades: una proposta d'organització i custòdia de les bases de dades mestres de l'administració local.

Com s'ha defensat fins ara, les TIC garantiran més coordinació. Aquesta coordinació té la seva base en diversitat d'instruments que no despleguen la seva força sinó es treballa amb dades de qualitat.

Així sembla imprescindible nomenar responsables de bases de dades corporatives que, permetent que tothom hi treballi, només es poden modificar amb la seva supervisió.

Les bases de dades (orientatiu) poden ser les següents:

- a) Padró (altes, baixes, canvis de carrers...)
- b) Nomenclàtor i unitats immobiliàries (el nom del carrer i què es pot individualitzar).
- c) Cadastre
- d) Cartografia (diverses capes):
 - d.1. planejament
 - d.2. gestió urbanística i números de carrer
 - d.3. Intervenció administrativa (llicències i disciplina)
 - d.4. Activitats
 - d.5. Serveis públics i privats (soterrats, aeris..)
- e) Tributs
- f) Actes administratius
- h) Back office
- i) Pressupost
- j) sancions

6. Conclusions

D'acord amb la teoria de la direcció, el Dret no constitueix l'únic mitjà de direcció dels processos socials, doncs també ho són el mercat, el personal i la organització. Ara bé, la Societat de la Informació i les TIC permeten una relectura del procediment que pot refundar la funció del mateix, amb uns criteris d'intervenció diferents, clarament d'influència europea, que si són llegits d'acord amb les necessitats de la comunitat local poden ser un punt i a part en l'evolució administrativa.

El Dret Administratiu, i els qui l'apliquem, més que mai ens troben preparats per una adaptació de les institucions i només cal preguntar-se si els que ho vivim ho farem amb èxit i portarem a bon port aquesta responsabilitat. En aquest marc de canvis, la direcció pública des del Dret ha d'agafar una posició diferent, que amb recepció dels vents de la gestió pública és capaç de crear una administració multifacial, reguladora unes vegades, col·laboradora unes altres, flexible sempre, i amb un transcórrer ascendent però en tot cas garant d'efectivitat del Dret a la bona Administració, més transparent i més àgil.

Per descomptat, l'administració que ve, ha d'acceptar els controls: les mesures directives han de liderar projectes i iniciatives, no qüestionar l'estructura ni portar debats organitzatius que durant ens han fet perdre el temps.

L'any 2009 hauríem de complir la Llei, per descomptat. Però l'hem de complir. El nou marc ens permet passar de la col·laboració entre administracions a la col·laboració entre administracions i particulars, regulant el diàleg per obtenir les millors tècniques disponibles, amb unes relacions que s'internacionalitzen, on l'espai desapareix com a categoria.

D'aquest canvi, el procediment administratiu és el fonament sobre el que s'erigeix la nova construcció i per això és fonamental més confiança i més visibilitat dels Drets. Per assolir progressivament més afecció.

El centre del procediment són les garanties del ciutadà i en tot cas l'eficàcia i l'eficiència. El paper dels juristes ha de passar per garantir que el desplegament de les TIC assoleix els objectius fixats per l'ordenament jurídic de forma continuada, de tal forma que no només s'assoleixen els objectius (anys 90) sinó que per assolir-los es respecten tant els Drets com els terminis.

I per descomptat es respon sempre.

L'administració moderna és una administració que es compromet i compleix. I com que compleix augmenta el prestigi del sector públic i es veu com un èxit de la societat. Aquest sector públic sap interaccionar amb els particulars i sap quins sectors no pot deixar desregulats. No ens ho podem permetre.

En aquest context el món local juga un paper central.

Els nostres pobles i ciutats han de ser capaços de veure que el Dret Administratiu és el vehicle per exercir les potestats que atorga l'ordenament jurídic. Utilitzar les potestats per unes finalitats diferents o sigui allunyades del Dret Administratiu, l'any 2009 és un forat cada cop més profund que no fa recuperar la confiança per més inversió en imatge que es faci.

En un context de crisi és un moment excel·lent per feminitzar l'administració, fer-la més propera i sobretot fer-la més noble: es pot recuperar la confiança si recuperem els valors del servei públic.

El problema més greu seria que la crisi no fos econòmica sinó d'idees o de valors.

Aquí és on el Dret Administratiu ha d'oferir respostes als nostres governants, traduint-li'n els valors de l'ordenament jurídic i garantint que com a màxims responsables de les estructures locals no amaguem informació, doncs usurparíem la voluntat democràtica: els electes locals són els que han de governar perquè els ha triat el poble i ho diu la Llei132.

En aquest context, és impossible dirigir administracions sense el Dret. Cal incorporar al centre de la decisió el Dret Administratiu perquè en el disseny d'una política pública des de l'inici fins l'avaluació, l'ordenament jurídic és present.

El Dret ha de penetrar més profundament en les teories organitzatives, com a la resta d'Europa i el "tot s'hi val" és continuar cavant el forat. Es poden assolir finalitats, però en el camí garantir el compliment dels principis encomanats.

El procediment no és un problema, ni té perquè ser lent.

El nostre paper és agilitzar-lo, fer-lo més clar i treballar amb qualitat global: qualitat a les obres públiques, als equipaments, a les organitzacions... I als procediments.

Si el món local en un moment de crisi repensa el seu paper en l'estat social i democràtic de Dret i és capaç d'implementar de forma exitosa el nou marc que ens ofereix les TIC, podem viure una segona època daurada després dels anys 80 on es dignificaren les ciutats, es reconegué el paper de la dona, es crearen molts serveis i es garantí un accés a la cultura que ha creat una societat cada cop més lliure.

A la generació que els grans els hi ha donat tot, és fonamental no menyscar-li cap Dret.

Cap ni un.

Tossa de Mar a 8 d'octubre de 2009

ELS ELECTES NO ADSCRITS: L'ESTAT DE LA QÜESTIÓ

Héctor García Morago
Magistrat Jutge del Contenciós Administratiu

1.LEGISLACIÓ VIGENT	1
Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (según modificación aprobada mediante Ley 57/2003, de 16 de diciembre).....	1
DECRET LEGISLATIU 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya.....	2
2. JURISPRUDÈNCIA FONAMENTADA EN LA NORMATIVA PRÈVIA A LA LLEI 75/2003, DE 16 DE DESEMBRE. EL DRETS DELS "TRÀNSFUGUES" A INTEGRAR O FORMAR EL "GRUP MIXT"	3
3. JURISPRUDÈNCIA QUE RECONeix LA IMPUGNABILITAT LIMITADA, EN SEU CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, DE LES DECISIONS DELS GRUPS SOBRE L'EXPULSIÓ D'ALGUN DELS SEUS INTEGRANTS	5
4. JURISPRUDÈNCIA QUE RECONeix EL DRET DE TOTS ELS GRUPS QUE NOMÈS TENEN UN INTEGRANT, EL DRET A FORMAR PART DE LES COMISSIONS INFORMTIVES.....	6
5. JURISPRUDÈNCIA ORDINÀRIA FONAMENTADA EN LA ÚLTIMA VERSIÓ DE L'ART. 73.3 DE LA LLEI BÀSICA DE RÈGIM LOCAL. LA NEGACIÓ DEL DRET DELS "TRÀNSFUGUES" I "EXPULSATS" A FORMAR GRUP O A INTEGRARSE EN ALTRES GRUPS. EL DRET DELS "NO ADSCRITS" A PARTICIPAR, AMB VEU I SENSE VOT, A LES COPMISSIONS INFORMATIVES. L'APLICACIÓ INDISTINTA DE LES RESTRICCIONS LEGALS ALS NO ADSCRITS "VOLUNTARIS" I "FORÇOSOS"...	7
6. JURISPRUDÈNCIA SOBRE EL GRAU DE REPRESENTATIVITAT DELS "NO ADSCRITS" A LES COMISSIONS INFORMATIVES	10
7. JURISPRUDÈNCIA ORDINÀRIA SOBRE EL DRET DELS "NO ADSCRITS" A L'OBTENCIÓ DE SUPORT MATERIAL I PERSONAL.....	12
8. L'ESTAT DE LA QÜESTIÓ A LA JURISPRUDÈNCIA CONSTITUCIONAL.....	12

1.LEGISLACIÓ VIGENT

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (según modificación aprobada mediante Ley 57/2003, de 16 de diciembre)

Artículo 73

(...)3. A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos

o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos.

El Pleno de la corporación, con cargo a los Presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial.

Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación.

Esta previsión no será de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integren decida abandonarla.

Los grupos políticos deberán llevar con una contabilidad específica de la dotación a que se refiere el párrafo segundo de este apartado 3, que pondrán a disposición del Pleno de la Corporación, siempre que éste lo pida.

Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos. En cualquier caso, el secretario de la corporación podrá dirigirse al representante legal de la formación política que presentó la correspondiente candidatura a efectos de que notifique la acreditación de las circunstancias señaladas.

DECRET LEGISLATIU 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya

Article 50. Grups municipal

50.1 Per al millor funcionament dels òrgans de govern de la corporació, el ple pot acordar la creació de grups municipals. S'han de constituir grups municipals en els municipis de més de vint mil habitants.

50.2 Si cap acord del ple no ho regula altrament, per cada llista electoral només es pot constituir un grup municipal. Cada llista electoral que obtingui representació a l'ajuntament pot formar grup municipal.

50.3 Només el regidor o els regidors d'una mateixa llista electoral poden constituir grup municipal.

50.4 En el termini que estableixi l'acord a què es refereix l'apartat 1, i en els municipis de més de vint mil habitants abans del primer ple ordinari després de la constitució de l'ajuntament, cada regidor ha de presentar a l'alcaldia una declaració signada on ha d'expressar el grup municipal al qual desitja d'ésser adscrit.

50.5 Els regidors que no quedin integrats en un grup quedaran automàticament incorporats al grup mixt. La participació d'aquest grup en les activitats de l'ajuntament és anàloga a la dels altres grups.

50.6 Els regidors que abandonen el grup format per la candidatura per la qual es van presentar a les eleccions locals no es poden integrar al grup mixt, sinó que queden com a regidors no adscrits. Aquest precepte no és aplicable en el cas de candidatures presentades amb la fórmula de coalició electoral, quan algun dels partits polítics que la integren decideix abandonar-la.

50.7 Els regidors que, de conformitat amb el que estableix l'apartat 6, queden en la condició de no adscrits, tenen els deures i els drets individuals, inclosos els de caràcter material i econòmic, que segons les lleis formen part de l'estatut dels membres de les corporacions locals i participen en les activitats pròpies de l'ajuntament de manera anàloga a la de la resta de regidors.

50.8 El municipi, d'acord amb el reglament orgànic i en la mesura de les seves possibilitats, ha de posar a disposició dels grups els mitjans necessaris per a poder portar a terme llurs tasques.

Article 51

Funcions i atribucions dels grups

Les funcions i les atribucions dels grups municipals s'entenen, en tot cas, sens perjudici de les que la legislació de règim local atribueix als òrgans municipals i als membres de la corporació.

- LÍCITA SUPRESSIÓ DEL GRUP MIXT SI NO ES DÓNA LA CIRCUMSTÀNCIA ANTERIOR DRETS INDIVIDUALS DELS ELECTES "NO ADSCRITS": ELS MATEIXOS QUE ELS DE LA RESTA D'ELECTES
- DRET DELS "NO ADSCRITS" A PARTICIPAR PLENAMENT A LES COMISSIONS INFORMATIVES, ATESA LA CONSIDERACIÓ D'AQUESTS ÒRGANS COM A DIVISIONS DEL PLE CORPORATIU (STC 169/2009)
- EN QUALSEVOL CAS, PROHIBICIÓ LEGAL DE QUÈ ELS "NO ADSCRITS" PUGUIN ACUMULAR MÉS DRETS POLÍTICS I ECONÒMICS QUE ELS QUE HAURIEN ACREDITAT EN EL GRUP DE PROCEDÈNCIA

2. JURISPRUDÈNCIA FONAMENTADA EN LA NORMATIVA PRÈVIA A LA LLEI 75/2003, DE 16 DE DESEMBRE. EL DRETS DELS "TRÀNSFUGUES" A INTEGRAR O FORMAR EL "GRUP MIXT"

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Marzo de dos mil seis.

Visto por la Sección Séptima de la Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el núm. 7326/2001 ante la misma pende de resolución, interpuesto por don Constantino , representado por la Procuradora doña Gema Pérez Baviera, contra la sentencia de catorce de noviembre de 2001 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Siendo parte recurrida el AYUNTAMIENTO DE HOYO DE MANZANARES, representado por el Procurador don Antonio Molina Santiago; y habiendo intervenido el Ministerio Fiscal.

Fundamentos de derecho

(...)QUINTO.Sobre la petición A) de la demanda, referida al reconocimiento del derecho a la formación de un Grupo Político, debe hacerse la muy importante aclaración de que ha de ser decidida de conformidad con regulación que estaba vigente en la fecha en que el recurrente presentó su solicitud al Ayuntamiento.

Lo que significa que ha de estarse principalmente al texto del artículo 73 en la redacción que tenía antes de ser modificado por la Ley 57/2003, de 16 diciembre .

Insistiendo de nuevo en la importancia de esa aclaración que acaba de hacerse, ya hay que decir que la petición merece ser acogida, siguiendo el criterio ya manifestado por esta Sala en su sentencia de 26 de septiembre de 2002 (Casación 3531/1998), que razonó lo siguiente:

«(...) CUARTO.Todo lo que se ha expuesto con anterioridad pone de manifiesto que las cuestiones aquí controvertidas son estas dos: a) si cualquier concejal que abandona durante su mandato el Grupo político al que pertenecía tiene, como derivación o en virtud del derecho fundamental 23.2 CE , el derecho a reclamar su integración en el Grupo Mixto, y a su constitución si este no existiera; y b) si la ausencia de norma organizativa que así lo permita, en el correspondiente Ayuntamiento, puede ser obstáculo a esa constitución.

La respuesta tiene que ser favorable a ambas cuestiones, esto es, a la posibilidad de constitución de Grupo Mixto en los términos como lo ha entendido la sentencia recurrida, y siguiendo el núcleo esencial de la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 23 de enero de 1995 , que está constituida por las ideas que siguen:

1.El derecho fundamental reconocido en 23.2 de la Constitución es un derecho de configuración legal, por lo que compete a la Ley establecer los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones, derechos y facultades que así quedan integrados en el estatus propio de cada cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, en ejercicio de tal derecho, accionar ante los órganos jurisdiccionales el "jus in officium" que consideren legítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los pertenecientes al propio órgano en el que se integran los titulares del cargo (Cfr. SSTC 161/88, 181/89, 214/90, 15/92 y 30/93 , entre otras).

Y no puede admitirse la tesis según la cuál el derecho protegido sólo lo es en su "contenido esencial", pues éste es un límite para el legislador, a tenor del artículo 53.1 de la Constitución , pero, una vez regulado por la Ley el ejercicio del derecho, tanto la Administración como los órganos jurisdiccionales se encuentran vinculados por ésta y no pueden dejar de aplicarla por considerar que el amparo que brinda al derecho fundamental excede del que corresponde a su contenido esencial.

2.La normativa vigente en la materia está constituida por la Ley 7/1.985, de 2 de abril , reguladora de las Bases y del Régimen Local, y el 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.

3.Existe un deber de los Concejales de estar adscritos a uno de los Grupos, sea el correspondiente a la organización política del Concejal o bien el mixto, por lo que forzoso es concluir que al impedirse a uno de ellos integrarse en el Grupo Mixto, colocándole en la situación de Concejal no adscrito a ningún Grupo político, se le está impidiendo desarrollar su función representativa en las mismas condiciones que el resto de los Concejales, con vulneración, por tanto, del artículo 23.2 de la Constitución .

La infracción constitucional no puede resultar excluida por el hecho de haber sido autorizado a asistir a las sesiones de las Comisiones Informativas, pues el derecho lesionado no es el de participar en todos los

órganos complementarios del Ayuntamiento, cuya titularidad corresponde a los Grupos políticos (artículo 20.3 de la Ley 7/1.985), sino el de formar parte de uno de dichos Grupos como los demás Concejales.

4.La exigencia de un número mínimo de Concejales para la existencia del Grupo Mixto, con el propósito de evitar tentaciones de "transfuguismo", y basada en las ventajas que podría reportar un Grupo Mixto constituido por un sólo Concejál, no constituye justificación objetiva y razonable para penalizar los cambios de adscripción política, no prohibidos constitucionalmente, mediante la colocación del Concejál disidente de su organización política en la situación discriminatoria de no adscrito a ningún Grupo. Razonamiento al que cabría añadir que dicha situación solo se produce cuando el Concejál disidente no puede integrarse en otro de los Grupos políticos existentes en el Ayuntamiento, con lo que la medida es, por su carácter selectivo, doblemente discriminatoria.

QUINTO.Lo que antes se ha razonado no es contradictorio con el criterio que la Sección Cuarta de esta Sala plasmó en la sentencia de 15 de septiembre de 1995 , y que se resume en que la constitución del Grupo Mixto en un Ayuntamiento requiere la voluntad ordenante de una norma de organización y en que un acto administrativo singular no es el instrumento adecuado para ello.

Ese criterio debe ser matizado o completado con estas precisiones:

a) La constitución y funcionamiento del Grupo Mixto exige una regulación que efectivamente ha de realizarse mediante un instrumento de naturaleza normativa que, como todos los de esta naturaleza, tendrá un carácter genérico y será susceptible de aplicarse durante el periodo de su vigencia a un ilimitado número de casos.

b) La ausencia de esa regulación, por no haber ejercido el Ayuntamiento la potestad normativa que tiene reconocida para ello, no puede obstaculizar el derecho que asiste a todo concejal a integrarse en el Grupo Mixto.

c) Consiguientemente, una cosa es ordenar de futuro, en términos genéricos y por tiempo indefinido, las pretensiones de constitución de Grupo Mixto que puedan plantearse, y otra muy diferente es resolver el singular caso de que, ante la ausencia de la norma organizativa que así lo permita, un concejal no pueda hacer efectivo el derecho que le asiste a integrarse en el Grupo Mixto. En este caso, la efectividad que ha de darse al derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución debe ser el criterio prevalente, y, frente a él, no puede ser válidamente invocada esa ausencia de norma organizativa a la que se ha hecho referencia.».

SEXTO.La petición B) de la demanda no contiene una pretensión declarativa sino de condena, y el objeto de esta consiste, según resulta de la aclaración que de ella se ha hecho en el recurso de casación, en imponer al Ayuntamiento una doble conducta: el acceso a la documentación sobre los aspectos económicos de la vivienda ocupada por el Secretario y la entrega de las copias de las actas de las sesiones de la Comisión de Gobierno que habían solicitadas.

No merece ser estimada porque, al constar que esa información ya ha sido facilitada y que esas copias de actas ya han sido entregadas, no procede imponer una conducta que en la actualidad ya ha sido realizada. Así lo manifestó el Ayuntamiento en su contestación, señalando los documentos que acreditaban su conducta, y en el recurso de casación no se han desmentido estas manifestaciones ni se han combatido esos documentos.

SÉPTIMO.La petición C) de la demanda, dirigida a que se reconozca al demandante el derecho a que el Grupo Político cuya formación reclama esté presente en todas las Comisiones Informativas del Ayuntamiento, solo puede ser estimada en parte. Esa presencia solo puede ser reconocida en la proporción que corresponda al número de componentes de ese Grupo en su comparación con la composición de los restantes grupos Políticos Municipales.

Es de aplicar aquí la doctrina contenida en la sentencia 36/1990, de 1 de marzo , del Tribunal Constitucional. En ella se aborda la cuestión referida al nivel o grado de presencia que han de tener los distintos Grupos Políticos en las Comisiones de un Parlamento autonómico y, tras admitirse la proporcionalidad en la representación que les corresponde, se razona que dicha proporcionalidad, enjuiciable en amparo en cuanto constitutiva de discriminación, no puede ser entendida en forma matemática sino que debe venir anudada a una situación notablemente desventajosa y a la ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que la justifique.

3. JURISPRUDÈNCIA QUE RECONeix LA IMPUGNABILITAT LIMITADA, EN SEU CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, DE LES DECISIONS DELS GRUPS SOBRE L'EXPULSIÓ D'ALGUN DELS SEUS INTEGRANTS

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Mayo de dos mil dos.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera, compuesta por los Excmos. Sres. Magistrados citados del margen, el recurso de casación nº 6944/97, interpuesto por D. Antonio Valero Agullo, que actúa representado por el Procurador D. Pedro Jesús , contra el auto del 11 de marzo de 1.997, de la Sala de la Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que declara la inadmisibilidad del recurso contencioso nº 1929/96, interpuesto contra el acuerdo de 7 de mayo de 1.996, del Grupo Municipal del Partido Popular del Ayuntamiento de Elche, que declara la expulsión del recurrente de tal Grupo Municipal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.El auto que es objeto del presente recurso de casación, declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, en el que se impugnaba el acuerdo del Grupo Popular que expulsaba a uno de los Concejales de tal Grupo, remitiéndose a los argumentos exigidos en el citado auto de 11 de noviembre de 1.996, en el que aparecen los siguientes Fundamentos de Derecho: "PRIMERO.Es objeto del presente recurso contencioso administrativo el acuerdo de 751996 adoptado en reunión por el Grupo Municipal del Partido Popular del Ayuntamiento de Elche, de apartar y expulsar del mismo al concejal D. Antonio Valero Agullo. Mediante providencia de 24 de septiembre de 1996 este Tribunal acordó oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal sobre una posible incompetencia de esta Jurisdicción debiendo pronunciarse sobre dicha cuestión. TERCERO.En el presente supuesto, el actor impugna en vía ordinaria la decisión adoptada el 7596 por el Grupo Político al que pertenecía, considerando que se trata de un acto administrativo susceptible de revisión por este Tribunal. Sin embargo, debe disentirse de tal argumentación por entender que estamos ante un acuerdo interno de un grupo político de un Ayuntamiento, sin naturaleza administrativa, sino civil por su ajeneidad al Derecho Administrativo y a las funciones y competencias propias de una Corporación local. No se trata de una actuación pública municipal de un órgano administrativo, sino de una decisión interna de un grupo político que, si bien su constitución y funcionamiento se encuentra someramente regulado en el capítulo II del título Primero del R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre, el acto impugnado no trasciende de las relaciones jurídicoprivadas de un grupo político, al margen de sus competencias administrativas implícitas al funcionamiento de un Ayuntamiento. CUARTO.Por ello, entendiendo este Tribunal que el acuerdo impugnado no constituye acto administrativo susceptible de revisión en este ámbito jurisdiccional, procederá declarar la inadmisibilidad de este recurso por falta de jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 5, 37 62.1.a) y 82.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin que tal declaración suponga lesión al derecho a la tutela judicial por no estar impedido el recurrente para acudir a la jurisdicción civil en defensa de sus derechos e intereses legítimos en el plazo de un mes regulado en el art. 5 de la Ley Jurisdiccional".

SEGUNDO.En el único motivo de casación, el recurrente al amparo del nº 4 del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción de las normas y de la jurisprudencia, alegando en síntesis, que el Real Decreto 2568/86 de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en sus artículos 23, 24 y 27, regula los grupos políticos en que se constituirían los miembros de las Corporaciones Locales a los efectos de su actuación corporativa e incluso se les reconoce una cierta organización administrativa y que **esta Sala del Tribunal Supremo, por sentencia de 8 de febrero de 1.994, en un supuesto similar al de autos, ha reconocido que las decisiones relativas a la admisión o expulsión de los miembros de los grupos políticos, a que se refiere el Real Decreto citado, tienen una dimensión pública y administrativa, susceptible de examinarse por esta jurisdicción.**

Y procede acoger tal motivo de casación, pues tratándose como aquí se trata de un acto relativo, estrictamente, a la expulsión de un Concejal del grupo político a que pertenecía, por parte del propio Grupo Municipal, y sin que incluso conste cual es la causa de esa expulsión, es claro, que se dan todos los requisitos de identidad exigidos para aplicar el principio de igualdad y de unidad de doctrina, respecto a la sentencia citada de 8 de febrero de 1.994. Por otro lado, se ha de significar de acuerdo con las argumentaciones del recurrente y las valoraciones de la citada sentencia de 8 de febrero de 1.994, que dado que los Concejales se han de constituir en Grupos Políticos, para su actuación corporativa y que los citados grupos, aparecen regulados, en su organización más esencial, por el Real Decreto 2568/86 citado, es claro, que las decisiones de tales grupos, no se puede entender que no trasciendan de las relaciones jurídico privadas, cual refiere la sentencia

recurrida, pues, entre otras, la decisión de expulsión de un grupo, priva al Concejal de participar en el grupo a que pertenecía, altera al grupo y tiene por tanto trascendencia para el y para los demás, al no poder intervenir el miembro expulsado, y por otro lado, al estar regulados los grupos políticos, en que se han de constituir los Concejales para su actuación corporativa, en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, es claro que las decisiones de tales grupos sobre la expulsión de algunos de los Concejales del grupo político, tienen una dimensión jurídico pública, suficiente para justificar su revisión ante esta jurisdicción y excluirle de la jurisdicción civil, al no tratarse de la expulsión de un miembro del partido por parte de los órganos competentes del Partido, que si que es revisable ante la jurisdicción civil. Otra cosa ciertamente será el alcance limitado de esa revisión jurisdiccional, en razón a la discrecionalidad que debe reconocerse a las decisiones de los propios grupos políticos, como refiere la sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 1.994, pero ello es cuestión ajena a este momento, al ser la cuestión de fondo del asunto, que solo se podía analizar, una vez tramitado el proceso y en la sentencia que la ponga fin.

4. JURISPRUDÈNCIA QUE RECONeix EL DRET DE TOTS ELS GRUPS QUE NOMÈS TENEN UN INTEGRANT, EL DRET A FORMAR PART DE LES COMISSIONS INFORMTIVES

SENTENCIA

En la ciudad de Burgos, a veinticuatro de marzo de dos mil seis.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el recurso núm. 6/2006, interpuesto tanto por el Excmo. Ayuntamiento de Cuellar, representado por el procurador D. José María Manero de Pereda, como por D. Carlos María, representado por el procurador D. César Gutiérrez Moliner contra la sentencia de 26 de octubre de 2.005, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Segovia en el Procedimiento Ordinario núm. 8/2005 por el que se estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por

D. Imanol contra el acuerdo de 2 de diciembre de 2.004 del Ayuntamiento de Cuellar, reconociendo el derecho del recurrente a formar parte de cuatro comisiones informativas del Ayuntamiento, a determinar por el Pleno de la Corporación, desestimando el recurso en todo lo demás; es parte apelada D. Imanol.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)**CUARTO.**(...)Con conocimiento de que ésta ha sido la decisión de la Sala en la mencionada sentencia, entendemos que es doctrina que debe ser modificada, como nos disponemos a hacer. Como hemos visto, tanto las normas jurídicas aplicables como la doctrina constitucional refieren a todos los grupos municipales el derecho a participar en las Comisiones, derecho que se funda en el fin de facilitarles el conocimiento y reflexión sobre las materias en que han de intervenir con posterioridad con carácter decisorio, lo que nos indica que no existe argumentación de suficiente relevancia como para privar a cualquier grupo, por mínimo que sea, de formar parte de una comisión informativa, si es su deseo, porque afirmar otra cosa sería condenarlo a que en determinadas materias las de competencia de la comisión de que se trateno pudiese "participar con plena eficacia en el estudio, privándole del tiempo necesario para el estudio en detalle de los asuntos que ello requiere, o de ambas cosas" (sentencia citada del Tribunal Constitucional).

Es por eso que cabe concluir que todo grupo, por el hecho de serlo, puede pedir y tiene el derecho a que al menos uno de sus concejales forme parte de todas las comisiones, porque no se le puede obligar a tomar su opción de voto en la decisión final sin haber podido acceder a su fase de preparación y estudio en comisión.

No se opone a este fundamento sustancial de su derecho a participar en todas las comisiones informativas que éstas hayan de respetar el principio de proporcionalidad en su formación, del que no se sigue necesariamente, en contra de lo que habíamos dicho en la sentencia de 29 de noviembre de 1990 que si se da acceso a todas ellas a un grupo de un solo concejal, entonces tendrían que formarlas todos los concejales, por lo que el criterio de proporcionalidad habría que referirlo al conjunto de las comisiones, no a cada una de ellas.

Como hemos dicho, el fundamento sustancial del derecho de los grupos a participar en las comisiones obliga a que se haga efectivo en relación con cada una de ellas, por lo que en el supuesto de que un grupo tenga un solo concejal y por eso no pueda alcanzarse una proporcionalidad matemáticamente exacta en la formación de las comisiones, ha de ser éste principio el que ceda a favor del de participación en la fase de

estudio y preparación de las decisiones, aspecto perfectamente incardinado en la doctrina constitucional que señala que la proporcionalidad no implica de ningún modo de que cada una de las comisiones sea reproducción exacta, a escala menor, del Pleno municipal, sino solo la de que al fijar la composición de las comisiones se procure de dotar de presencia en ellas a las fuerzas políticas presente en el Pleno.

QUINTO.Fijado el derecho del grupo mixto del Ayuntamiento de Elche a participar en todas las comisiones informativas, este derecho del grupo se transfiere en este caso al derecho del único concejal del mismo a formar parte de ellas en ejercicio de su cargo representativo (artículo 232 de la Constitución), por lo que debe concluirse que en este punto el acuerdo impugnado en la instancia debe ser anulado en cuanto no reconoce el derecho del recurrente a ser miembro de todas las comisiones informativas, en su calidad componente único del grupo mixto...>> (...)

5. JURISPRUDÈNCIA ORDINÀRIA FONAMENTADA EN LA ÚLTIMA VERSIÓ DE L'ART. 73.3 DE LA LLEI BÀSICA DE RÈGIM LOCAL. LA NEGACIÓ DEL DRET DELS "TRÀNSFUGUES" I "EXPULSATS" A FORMAR GRUP O A INTEGRARSE EN ALTRES GRUPS. EL DRET DELS "NO ADSCRITS" A PARTICIPAR, AMB VEU I SENSE VOT, A LES COMMISSIONS INFORMATIVES. L'APLICACIÓ INDISTINTA DE LES RESTRICCIONS LEGALS ALS NO ADSCRITS "VOLUNTARIS" I "FORÇOSOS"

T.S.J. CON/AD SEC.8

MADRID

SENTENCIA: 00652/2008

SENTENCIA Nº 652

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION OCTAVA

En la Villa de Madrid a nueve de abril de dos mil ocho.

VISTO por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, el Recurso de Apelación nº 438/08, interpuesto por el Procurador D. LuisJosé García Barrenechea, actuando en nombre y representación de D. Jesús María y D. Sebastián , Concejales del Ayuntamiento de Majadahonda, contra la Sentencia nº 353, dictada el 4 de diciembre pasado, por el Juzgado de lo ContenciosoAdministrativo nº 21 de esta Capital en el Procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales nº 5/06.

Ha sido parte apelada el Ayuntamiento de Majadahonda, representado por el Procurador D. David García Riquelme y el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La Sentencia apelada desestima el recurso con base en la vigente normativa.

Los apelantes (...) sostienen su derecho a formar e integrarse en el Grupo Mixto, sin que, a su juicio, la interpretación que del art. 73.3 de la Ley 7/85 y del art. 32 de la Ley CAM 2/03 realiza la Sentencia sea correcta, pues, en su opinión, no es aplicable a los Concejales expulsados del Grupo Político en el que se integraron al resultar elegidos por concurrir en sus listas a las elecciones. Entienden que el precepto es solo aplicable a los Concejales "que no se integren, tras la constitución de la Corporación, en el grupo por el que hayan sido elegidos o, posteriormente, lo abandonaran", debiendo ser objeto de interpretación restrictiva el precitado art. 73.3 de la Ley 7/85 en cuanto supone una limitación al ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE , por lo que, insisten, tienen el derecho fundamental "a estar integrados en un grupo político municipal y, en consecuencia, el derecho fundamental a reclamar su integración en el Grupo Mixto y a su constitución si éste no existiera" (...)

Tanto la Corporación Municipal como el Ministerio Fiscal, impugnando el recurso de apelación, sostienen la corrección jurídica del pronunciamiento apelado, poniendo de manifiesto, el Ministerio Público, que la consideración de Concejales no adscritos "no supone merma alguna de sus derechos económicos y políticos. Teniendo el derecho de participación en los distintos Organos Municipales en que les corresponde reglamentariamente.....Que en ningún caso la consideración de Concejales NO ADSCRITOS supone vulneración del art. 23 CE ".

SEGUNDO: (...)todo queda circunscrito a determinar si la convocatoria de los recurrentes a la sesión de la Comisión Informativa de Comisión Informativa de Areas y Servicios del Ayuntamiento de Majadahonda celebrada el 2092006, como Concejales no adscritos, vulnera el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE , reiterando en su integridad los precedentes pronunciamientos (...)

(...)y el abandono al que se alude, entendemos dado que el texto legal no distingueabarca tanto el que se produce por decisión voluntaria del Concej al o, como aquí acontece, por causas ajenas a su voluntad, como es la expulsión del Partido dentro de cuyas listas concurrió y resultó elegidoen las elecciones municipales, sin que, a nuestro juicio, ello suponga una interpretación extensiva del precepto, sino, simplemente, interpretación literal del mismo.

Por tanto y acreditado el abandono cualquiera que sea la causa, insistimosdel Grupo político municipal en el que se integraba el Partido Popular, tendrán la consideración de Concejales no adscritos y no podrán formar parte de ningún otro Grupo político, ni, como pretenden los actores, constituir el Grupo mixto y esta situación especial y específicamente contemplada tanto en la Ley 7/85 , como en la Ley Autonómica, lleva consigo la pérdida de los derechos económicos vinculados a los Grupos Políticos municipales, reteniendo "los derechos que individualmente le correspondan como miembro de la Corporación pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político".

(...)sin que ello suponga cercenación del derecho fundamental a la participación en los asuntos municipales como representantes de los titulares de tal derecho los vecinos del municipio de Majadahonda, en la medida que su posición y derecho de votoen el Pleno permanece intacta y sus asistencia con vozen las Comisiones Informativas (con mero carácter informativo y deliberante, nunca decisorio) garantiza el derecho de información y la posibilidad de dar a conocer sus opiniones en el seno de las correspondientes Comisiones Informativas, como presupuesto de su derecho deber de voto en el Pleno, en igualdad de condiciones al resto de los Concejales que integran la Corporación (...)

T.S.J.MADRID CON/AD SEC.9

MADRID

SENTENCIA: 00404/2007

SENTENCIA Nº 404

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION NOVENA

En la Villa de Madrid a veintinueve de marzo de dos mil siete.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el presente recurso de apelación nº 1/07, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis José García Barrenechea, en nombre y representación de don Pablo y don Abelardo , contra la sentencia dictada en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales nº 1/06, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 11 de Madrid, de fecha 6 de octubre de 2006; habiendo intervenido como apelados el Ayuntamiento de Majadahonda, procesalmente representado por el Procurador de los Tribunales don David García Riquelme, y el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEXTO: (...)Hasta la reforma operada en la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local , por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre (...)cuando un Concej al era expulsado del grupo político al que pertenecía o abandonaba el mismo, debía necesariamente ser integrado en otro grupo político, el grupo mixto, que, de no estar constituido, debía necesariamente constituirse, sin que estuviera prevista por el legislador la figura del Concej al no adscrito.

(...)Sin embargo, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre , introduce en este sistema de organización del trabajo de las corporaciones locales, como se afirma en la sentencia apelada, un cambio sustancial. En efecto, el legislador opta en esta reforma por un sistema de organización que no se basa, como antes, exclusivamente en los grupos políticos, sino que introduce también la figura del Concej al no adscrito (...). Y así, el nuevo art. 73.3 de la LBRL , en la redacción dada por la Ley 57/2003 , dispone ahora lo siguiente:

(...)La redacción del precepto es clara, como regla general, los Concejales, a efectos de su actuación corporativa, se constituirán en grupos políticos, pero esta regla general tiene una excepción y es la relativa a aquellos Concejales "que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que

fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia", supuesto en el que no podrán integrarse en un nuevo grupo político, sino que "tendrán la consideración de miembros no adscritos"(...)

(...)Atribuye dicho precepto la condición de Concejal no adscrito a "aquellos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia". Son, pues, dos los supuestos determinantes de la adquisición de la condición de Concejal no adscrito, los que "abandonen" su grupo de procedencia, expresión con la que el legislador parece referirse a aquellos que voluntariamente dejen dicho grupo y, en segundo lugar, aunque en primer lugar en el precepto analizado, los que "no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos", supuesto éste en el que el legislador incluye, dado su tenor literal, todos los supuestos en los que el Concejal, bien no llega a integrarse, bien ya no se encuentra integrado, en el grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, cualquiera que sea la causa, voluntaria o no, porque el legislador no distingue. Antes al contrario, la utilización por el legislador del concepto de "abandono", que parece aludir a la no integración por voluntad del Concejal, como segundo supuesto determinante de la adquisición de la condición de Concejal no adscrito, nos permite suponer que en el primer supuesto, al no concretarse las causas por las que se produce la no integración del Concejal en el grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, se está refiriendo el legislador a todas las demás causas, cualesquiera que éstas sean, voluntarias o involuntarias, y, por tanto, incluida la expulsión de dicho grupo. De otra forma no tendría sentido la mención específica del "abandono" que se contiene en el segundo inciso del precepto comentado.

Además, el último párrafo del precepto comentado se refiere expresamente al supuesto de expulsión, al señalar que "Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos....", párrafo éste en el que también se utiliza la expresión "abandono" como deje voluntario del grupo por contraposición con la expulsión.

La nueva opción del legislador estatal es, pues, clara, en los supuestos de expulsión del Concejal del grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, en la medida en que esta expulsión supone su no integración en dicho grupo, pasa a actuar en la Corporación como Concejal no adscrito, siendo ésta la situación que la ley le reconoce, sin que la ley le reconozca derecho alguno a constituir un nuevo grupo, pues la expulsión se encuentra recogida entre los supuestos excepcionados por la ley del derecho a constituir grupo político (...)

T.S.J.CASTILLALEON CON/AD

VALLADOLID

SENTENCIA: 00421/2005

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Sala de lo ContenciosoAdministrativo

Sección : 001

VALLADOLID

RECURSO DE APELACION 0000467 /2004

Sobre DERECHOS FUNDAMENTALES

De D/ña. GRUPO SOCIALISTA DE LA DIPUTACION DE LEON

SENTENCIA Nº 421 En Valladolid, a diecisiete de marzo de dos mil cinco

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados al margen, el presente rollo de apelación con registro 467/04, en el que son partes:

Como apelante: GRUPO SOCIALISTA DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE LEÓN representado en este Tribunal por la Procuradora Sra. Loste Varona bajo la dirección de Letrado.

Como apelado: DON Miguel Ángel , representado en esta instancia por el Procurador Sr. Velasco Nieto bajo dirección de Letrado.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Siendo la resolución impugnada la sentencia de 9 de julio de dos mil cuatro , dictada en el Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona nº 4/2004 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de León.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia, de fecha 9 de julio de 2004, del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de León que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Miguel Ángel contra la decisión del portavoz del Grupo Político del Partido Socialista Obrero Español en la Diputación Provincial de León, de 11 de febrero de 2004, por la que se le comunicaba que dejaba de pertenecer al Grupo Socialista de la Corporación Provincial, declarando su nulidad por ser contraria al art. 23.2 de la Constitución Española.

La parte apelante discrepa de la sentencia alegando que el acto recurrido es únicamente un requerimiento que hace al actor el portavoz del Grupo Socialista para que devolviera el acta de Diputado, al haber sido expulsado del Partido Socialista Obrero Español, comunicación o requerimiento que no puede ser enjuiciado en esta jurisdicción, al ser un acto político y no administrativo. En íntima relación con lo anterior se pone de relieve que la consideración de miembro no adscrito de Don Miguel Ángel fue tomada por el Presidente de la Diputación Provincial de León y dicha decisión no ha sido impugnada (...)

SEGUNDO.(...) el mero hecho de tener la consideración de miembro no adscrito no implica vulneración del derecho fundamental de configuración legal consagrado en el art. 23.2 CE, en la medida que no quedan mermados sus derechos y facultades porque pueden ostentar los mismos no más que los que les correspondían integrando un grupo político. De lo dicho también cabe concluir que la no pertenencia a un grupo político se puede producir por abandono voluntario o por expulsión. Es más la propia Ley contempla - en el párrafo sexto del art. 73.3 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 que en los casos en que la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma, son los concejales que permanecen en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos. Por tanto legítimos integrantes del grupo político son sólo los que permanecen en él, no los que lo abandonan o son expulsados del mismo.

En definitiva, si los miembros de un grupo se unen por razón de la identidad de sus posiciones ideológicas, de actuación política o de intereses comunes y es el medio o cauce para que los representantes populares que forman las respectivas Corporaciones participen en la actividad decisoria de éstas, es claro que imponer a un grupo político un miembro, que ha sido expulsado y que por tanto ha de presumirse que no comparte las posiciones e intereses del mismo, no hace sino violentar el ejercicio del derecho fundamental previsto en el art. 23.2 CE de los miembros de ese grupo.

En conclusión la actuación impugnada, que la parte apelante sugiere que no es propiamente una actuación administrativa, pero sin articular la inadmisibilidad del recurso por lo que no es objeto de examen en esta apelación, no ha lesionado el derecho fundamental del recurrente para ejercer funciones públicas en condiciones de igualdad, pues nada impide que las pueda ejercer desde su condición de miembro no adscrito (...)

6. JURISPRUDÈNCIA SOBRE EL GRAU DE REPRESENTATIVITAT DELS “NO ADSCRITS” A LES COMISSIONS INFORMATIVES

T.S.J.CANTABRIA SALA CON/AD

SANTANDER

SENTENCIA: 00313/2007

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SENTENCIA

En la ciudad de Santander, a veinte de abril de dos mil siete.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso de apelación nº 347/06 interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander, de fecha 13 de septiembre de 2006, en el procedimiento nº 130/06 por el Letrado Sr. Manuel Castro Rodríguez, en nombre y representación de Don Héctor y Doña Camila, siendo parte apelada el Ayuntamiento de Cabezón de la Sal, representada por la Procuradora Sra. Henar Calvo Sánchez y asistida por el Letrado Sr. Javier Calvo Sánchez.

Es Ponente la Il.tra. Sra. Doña Clara Penín Alegre, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: (...) Recurren los demandantes la anterior sentencia desestimatoria insistiendo en la que ha sido la cuestión central del procedimiento: si un concejal no adscrito a ningún grupo por haber causado baja en aquél al que pertenecía, tiene por sólo esta circunstancia derecho a participar en más Comisiones Informativas que aquéllas en las que era miembro cuando formaba parte de un grupo político (...)

(...)TERCERO: Sentado el marco jurisprudencial del derecho a la participación de los concejales, y tras la reforma operada en el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local mediante Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (...)

El panorama legal, pues, ha variado en principio al excepcionar la actual normativa de la obligación de constitución en grupo político a aquellos concejales que abandonen su grupo de procedencia e impedir un incremento de derechos (...)No obstante, ya se dijo entonces se dejaba constancia de que la reforma ha sido interpretada de forma dispar por la llamada jurisprudencia menor, de forma que mientras unas (por todas, ver TSJ CastLeón (Bur), sec. 1ª, nº 174/2006, de 24 de marzo, rec. 6/2006) consideran continúa sin restringirse los derechos del concejal no adscrito y la posibilidad de integración en el grupo mixto en una interpretación que denominan constitucional del precepto, otras se hacen eco del cambio legislativo y estiman que no cabe dicha integración (por todas, Sentencia TSJ Galicia, sec. 1ª, nº 992/2005, de 9 de noviembre, rec. 4565/2001).

Por su parte, si bien el Tribunal Supremo se ha pronunciado una vez entrada en vigor la reforma del polémico artículo 73 LBRL, mediante Sentencia de la Sala 3ª, sec. 7ª, de 21 de marzo de 2006, rec.7326/2001 (...) se cuida de especificar que la cuestión se resuelve conforme al texto del artículo 73 en la redacción que tenía antes de ser modificado por la Ley 57/2003, de 16 diciembre, por ser de aplicación en el momento en que formuló la petición.

CUARTO: Tangencialmente se ha pronunciado la Sala en sentencia de 5 de abril de 2006, rec. 37/2006, en que no se dejó formar grupo mixto en el Ayuntamiento aquellos concejales que se desligaron de sus respectivos partidos políticos, estimando que la actual redacción del artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, tras la reforma operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, no permite la formación de Grupos Mixtos en los consistorios, quedando los concejales que abandonen su formación política como miembros «no adscritos» y limitados sus derechos económicos, por no poder percibir asignaciones superiores a las que recibían como miembros activos del Grupo. Aun cuando el supuesto de hecho no es extrapolable, ya en dicha sentencia se afirmaba el reconocimiento de los no adscritos a la participación en las comisiones informativas, si bien no se planteaba la participación de todos los no adscritos (entonces 9) a la totalidad de las comisiones, sino de forma proporcional al resto de los grupos políticos, tomando en consideración inclusive su procedencia (...)

Partiendo de dicha postura, lógico es concluir a estas alturas la estimación del recurso de apelación. Y ello porque, frente a la mayoría de los supuestos en que la decisión consistorial lesionaba la representatividad del concejal y sus derechos políticos, en el supuesto de autos el abandono se premia con incremento tanto de éstos como de los económicos, por el carácter reflejo que la pertenencia a las distintas Comisiones Informativas puede tener, y sin que pueda acogerse el argumento del Ayuntamiento en orden a la compensación con las retribuciones propias de los Grupos, pues éstos son los destinatarios, precisamente en función del número, y no sus miembros.

Cierto es que la Sala no puede irrogarse facultades propias de la Corporación Local. Por tanto, no es cuestión de determinar en cuáles Comisiones puede participar la concejal no adscrita, pues nadie le niega este derecho. Pero lo que se está debatiendo en este procedimiento no es la composición final de las Comisiones sino la concreta resolución adoptada por el Ayuntamiento, con el claro y meridiano efecto de incremento en los derechos económicos y políticos vetado por el actual precepto, al pasar a formar parte de «todas» las Comisiones Informativas, en lugar de las 3 en las que participaba. Cuestión distinta será la de la composición transitoria de las Comisiones, declarada la nulidad de la resolución combatida y en tanto el Ayuntamiento proceda a efectuar una reordenación que no suponga de hecho incremento de derechos para la concejal en cuestión. De consagrar dicho acuerdo, podría surgir la tentación de, so pretexto de abandono del grupo político de procedencia, lograr este grupo y «sus afines» una presencia superior en todas las comisiones, no ya en proporción a los distintos grupos sino a los concejales individualmente considerados que efectuasen dicho abandono. La desaparición del Grupo Mixto, si bien no puede cercenar la presencia de los miembros no adscritos en Comisiones como función propia de su mandato representativo, tampoco puede llevar al despropósito de concederles mayores derechos que el que corresponde a los concejales adscritos a los distintos grupos, efecto específica y literalmente vedado por el legislador en concordancia con los acuerdos que sirvieron de base a la reforma (...)

7. JURISPRUDÈNCIA ORDINÀRIA SOBRE EL DRET DELS “NO ADSCRITS” A L’OBTENCIÓ DE SUPORT MATERIAL I PERSONAL

T.S.J.CANTABRIA SALA CON/AD

SANTANDER

SENTENCIA: 00167/2006

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA

SALA DE LO CONTENCIOSOADMINISTRATIVO SENTENCIA

En la Ciudad de Santander, a 5 de abril de 2006. La Sala de lo ContenciosoAdministrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso de apelación número 37/06 interpuesto por DOÑA Dolores , DON Silvio , DOÑA Erica Y DON Fernando representados por la Procuradora Sra. Calvo Sánchez y defendidos por la Letrada Sra. Ruiz Sinde contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de fecha 14 de noviembre de 2005, siendo parte apelada el AYUNTAMIENTO DE CASTRO URDIALES representado por la Procuradora Sra. Espiga Pérez y defendido por el Letrado Sr. Arronte Gutierrez, habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL. Es ponente la Iltra. Sra. Doña María Teresa Marijuan Arias, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)SEPTIMO: Efectivamente, y constatado que dichos Concejales no adscritos no dispusieron de medios materiales y personales para ejercer sus funciones, la Sala no puede sino constatar la vulneración del derecho consagrado en el art. 23.3 de la Constitución , lo que ha sido objeto de una Sentencia favorable en lo que a este extremo concierne, condenando al Ayuntamiento de Castro Urdiales a proporcionar medios, por lo que en este aspecto no puede sino confirmarse la Sentencia impugnada (...)

8. L’ESTAT DE LA QÜESTIÓ A LA JURISPRUDÈNCIA CONSTITUCIONAL

STC 169/2009, de 9 de julio

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta,

don Javier Delgado Barrio, don Jorge RodríguezZapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez

Tremps, Magistrados ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 66802004, promovido por doña María Teresa Carbonell Bernabeu, doña María Loreto Martínez Ramos, don Francisco Javier Miralles Guillén y don Jose Antonio Mourisco Iborra, representados por el Procurador de los Tribunales don Carlos Delabat Fernández y asistidos por el Abogado don Justo Gil Sánchez, contra la Sentencia de 21 de octubre de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo ContenciosoAdministrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación núm. 662004. Ha comparecido l a Diputación Provincial de Alicante, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Victoria PérezMulet y Díez Picazo y asistida por la Letrada doña Eva Gutiérrez Casbas. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer de la Sala.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. La cuestión que plantea el presente recurso de amparo consiste en analizar si el Acuerdo de la Diputación Provincial de Alicante de 15 de abril de 2004 por el que, en virtud de lo dispuesto en el art. 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), en la redacción que otorgó al referido precepto la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, se consideró como miembros no adscritos de la referida corporación a los ahora recurrentes en amparo, vulnera o no sus derechos de participación política reconocidos en el art. 23 CE. Como se ha indicado en los antecedentes, los recurrentes aducen que el referido Acuerdo ha lesionado sus derechos al haber restringido algunas de las facultades que como diputados provinciales les correspondían, colocándolos así en una situación de desventaja respecto de los

diputados adscritos a un grupo político. El Ministerio Fiscal, por su parte, considera que el Acuerdo impugnado lesiona los derechos consagrados en el art. 23 CE al haber efectuado una interpretación de lo establecido en el art. 73.3 LBRL contraria al referido precepto constitucional. Por el contrario, la Diputación Provincial de Alicante, autora del Acuerdo impugnado, entiende que éste no incurre en las vulneraciones del art. 23.2 CE que le imputan los demandantes de amparo, puesto que su contenido no restringe los derechos de participación política de los diputados que tienen la consideración de no adscritos.

2.Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, existe una directa conexión entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), puesto que "puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del art. 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido,

o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio" (STC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3.a; 203/201, de 15 de octubre, FJ 2; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 40/2003, de 27 de febrero, FJ 2).

Es también doctrina de este Tribunal, recientemente reiterada en la STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 3, que "el art.

23.2 CE garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, así como que quienes hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga. ... Esta faceta del derecho fundamental hace que lo hayamos definido como un derecho de configuración legal", en el sentido de que corresponde primeramente a las leyes fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que "[u]na vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren (por todas, STC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4)".

Por esta razón, para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el art. 23.2 CE, es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación. Sin embargo, la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el status jurídico aplicable al representante, "pues a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa" (STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3).

3.Para determinar si existen las lesiones alegadas es preciso, por tanto, analizar si la decisión de considerar a los ahora recurrentes como diputados no adscritos y suprimir, como consecuencia de ello, el grupo mixto de la corporación, ha menoscabado los derechos de estos diputados provinciales a ejercer las funciones de representación inherentes a su cargo o, dicho en otros términos, si las limitaciones o restricciones que se derivan del referido Acuerdo inciden en el núcleo de su función representativa, ya que sólo en este caso podría apreciarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Sin perjuicio de lo que más adelante destacaremos respecto de las Diputaciones Provinciales, en relación con los parlamentarios, hemos de indicar que la STC 141/2007, de 18 de junio, precisó que "el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno" pertenece "al núcleo de su función representativa parlamentaria" (FJ 3) y, en aplicación de este criterio, llegó a la conclusión de que "la facultad de constituir grupo parlamentario, en la forma y con los requisitos que el Reglamento establece, corresponde a los diputados, y que dicha facultad pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria. Dada la configuración de los grupos parlamentarios en los actuales Parlamentos, como entes imprescindibles y principales en la organización y funcionamiento de la Cámara, así como en el desempeño de las funciones parlamentarias y los beneficios que conlleva la adquisición de tal status, aquella facultad constituye una manifestación constitucionalmente relevante del ius in officium del representante (STC 64/2002, de 11 de marzo, FJ 3)" (FJ 4).

De la afirmación de que forma parte del núcleo de la función representativa de los parlamentarios el ejercicio de la función legislativa y de la función de control de la acción del Gobierno cabe deducir que este núcleo esencial se corresponde con aquellas funciones que sólo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución. Por esta razón, entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del

gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores. Como a continuación se verá, sin embargo, ninguna de estas facultades se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la supresión del grupo mixto. La aplicación del criterio establecido por la STC 141/2007, de 18 de junio, a propósito de los parlamentarios sobre otro objeto, como es el relativo a la función de representación política de los miembros de las Diputaciones Provinciales, conduce a un resultado asimismo diferente en cuanto a la relevancia constitucional de la facultad de constituir un grupo político. Cuestión distinta es que las facultades que, según lo expuesto, pertenecen al núcleo de la función de representación política de los diputados provinciales, puedan verse afectadas, más allá de por la propia disolución del grupo mixto, por alguna otra de las decisiones adoptadas por la corporación a través del Acuerdo impugnado.

4.A tenor de lo alegado por los propios recurrentes, las limitaciones al ejercicio de su derecho de participación política que se derivan del Acuerdo impugnado consistirían, como ya se ha indicado, en no poder formar parte de la Junta de portavoces; en no poder formar parte como grupo político de las comisiones informativas; en que tres de los ahora recurrentes no pueden ejercer su cargo en régimen dedicación exclusiva, como lo ejercían con anterioridad de haberse dictado el Acuerdo impugnado (uno de los recurrentes ejercía como portavoz del grupo mixto y tenía reconocido por esta condición la dedicación exclusiva y, además, en virtud de un Acuerdo corporativo tenían derecho a ejercer este cargo en régimen dedicación exclusiva un diputado por cada tres miembros del grupo o fracción igual o superior a dos, por lo que, al haberse constituido el grupo con cinco diputados, tres de los diputados integrantes del grupo tenían derecho a ejercer su cargo con dedicación exclusiva); y, por último, en perder los beneficios económicos y la infraestructura que se había puesto a disposición del grupo mixto.

De conformidad con el criterio expuesto en el fundamento jurídico anterior, la pérdida de la posibilidad de desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva, así como los beneficios económicos y la infraestructura asociada al grupo, son limitaciones que, con carácter general, no pueden considerarse lesivas de los derechos que consagra el art. 23 CE. La toma en consideración del régimen jurídico de la Junta de portavoces permite llegar a la misma conclusión respecto de la imposibilidad de formar parte de la misma que para los diputados provinciales no adscritos se deriva de la supresión del grupo mixto, toda vez que ni la Junta de portavoces ejerce competencias decisorias de ninguna clase, ni la participación en ella resulta determinante desde el punto de vista de la actividad de control o de la obtención de información necesaria para el desarrollo del resto de las funciones que pertenecen al núcleo de la función representativa que constitucionalmente corresponde a los diputados provinciales. Por otro lado, según se comprobará en el fundamento jurídico 6 estas medidas contenidas en el Acuerdo impugnado pueden considerarse adecuadas, necesarias y proporcionadas respecto de la satisfacción de un fin legítimo, como es el perseguido por el legislador al reformar el art. 73.3 LBRL para dar al precepto su redacción vigente. Ni la consideración de estos diputados provinciales como miembros no adscritos de la corporación, con la consiguiente supresión del grupo mixto, ni las consecuencias que de ello se derivan respecto de estos extremos de su régimen jurídico, vulneran, por tanto, el derecho de los recurrentes a ejercer su ius in officium.

La cuestión es, sin embargo, más compleja respecto de la participación de los recurrentes en las comisiones informativas. Para comprobarlo basta con reproducir la parte del Acuerdo impugnado en la que se precisan las consecuencias que se derivan de haber considerado a los ahora recurrentes diputados no adscritos:

"Esta consideración como miembro 'no adscrito' a ningún grupo no impedirá a tales Diputados además del desarrollo de las funciones propias de su cargo de Diputado Provincial, las de asistir a las sesiones de las Comisiones Informativas como Diputados 'no adscritos' y en este supuesto se consideran que forman parte de aquéllas con voz pero sin voto, percibiendo en tales casos la asistencia económica que corresponda. Asimismo podrán presentar escritos y mociones para ser debatidos en el Pleno e intervenir en sus debates en el turno de intervenciones".

Como se desprende del tenor literal de esta Resolución, la consideración de los diputados como miembros no adscritos no impide a los recurrentes ejercer las funciones de control del gobierno provincial (pueden presentar mociones y escritos), ni tampoco su plena participación en el Pleno de la corporación (pueden participar en las deliberaciones en el turno de intervenciones y ejercer el derecho al voto, que es un derecho individual de todos los miembros de la corporación), quedando, además, garantizado su derecho a asistir a las comisiones informativas y participar en sus deliberaciones.

En relación con esta última cuestión, sin embargo, la circunstancia de que no puedan votar en estas comisiones debe conducir al otorgamiento del amparo. A pesar de que la función de estas comisiones no es adoptar acuerdos, sino preparar el trabajo del Pleno, que será el órgano que, en su caso, adopte las decisiones correspondientes, en la STC 32/1985, de 6 de marzo, ya dijimos, a propósito del papel de estas comisiones informativas en el proceso de toma de decisiones del Pleno, que "sólo un formalismo que

prescinda absolutamente de la realidad puede ignorar la trascendencia que en este proceso tiene la fase de estudio y elaboración de las propuestas", "que se adoptarán por mayoría de votos y recogerán el voto particular de quien así lo desee" (FJ 2). A la vista de la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en su seno de cara al ejercicio de la función de control así como a la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, ha de concluirse que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones, pero no el derecho a votar en las comisiones informativas, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos contenidos en el art. 23.2 CE alegada por los recurrentes.

De lo anterior no se deriva, sin embargo, que los concejales no adscritos tengan derecho a que su voto compute en los mismos términos que el de los miembros de la comisión informativa adscritos a grupo. Si así fuera, teniendo en cuenta que la comisión informativa es una división interna del Pleno de la corporación, sus miembros no adscritos disfrutarían en su seno de una posición de sobrerrepresentación. Tal y como señalamos en la STC 32/1985, de 6 de marzo, "la composición no proporcional de las Comisiones informativas resulta constitucionalmente inaceptable porque éstas son órganos sólo en sentido impropio y en realidad meras divisiones internas del Pleno", de tal manera que, en "cuanto partes del Pleno deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura política de éste" (FJ 2). Esta exigencia despliega sus efectos tanto para garantizar los derechos de participación política de las minorías, que es lo que se cuestionaba en la citada Sentencia, como en el sentido opuesto, es decir, para evitar la materialización del riesgo de sobrerrepresentación de la minoría que se deriva del derecho de participación directa en las comisiones informativas que corresponde a los miembros no adscritos de la corporación. Por esta razón, ya sea a través de las normas que regulen la organización y funcionamiento de la corporación, o del propio Acuerdo a través del cual se materialice lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL, habrán de adoptarse las disposiciones organizativas que procedan, de cara a garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas no altere la citada exigencia de proporcionalidad.

5. Por otro lado, conviene precisar que la decisión de privar a los recurrentes de su derecho a votar en las comisiones informativas no se deriva necesariamente de la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 73.3 LBRL que, por lo que aquí interesa, se limita a establecer que los miembros de las corporaciones locales que "no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia", en lugar de constituirse en grupo político, "tendrán la consideración de miembros no adscritos". Quiere ello decir que el precepto tan solo ampara aquellos contenidos del Acuerdo impugnado vinculados a la supresión del grupo mixto y a la pérdida de facultades

o beneficios que se derivan de la pertenencia a un grupo, pero no habilita a la corporación para privar a los diputados provinciales a los que se considere como no adscritos de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos, tal y como ocurre con derecho a votar en el Pleno y en las divisiones de éste que en su caso se constituyan.

6. Una vez alcanzada la conclusión de que la decisión de privar a los concejales no adscritos de la facultad de votar en el seno de las comisiones informativas vulnera sus derechos de participación política reconocidos en el art. 23 CE, procede comprobar si el resto de los contenidos del Acuerdo impugnado incurren en alguna otra de las lesiones alegadas por los demandantes. Ante todo, debe desestimarse la queja por la que se aduce que el Acuerdo impugnado, al haber efectuado una aplicación retroactiva de lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL, habría vulnerado el principio que obliga a efectuar la interpretación más favorable de los derechos fundamentales. Como se ha señalado, al margen de la privación del voto en las comisiones informativas el citado Acuerdo no limita las facultades que pertenecen al núcleo de las funciones que les corresponde ejercer como diputados provinciales. De ahí que en este caso, ni siquiera en el supuesto de que se apreciara, como sostienen los recurrentes, que se ha aplicado lo dispuesto en el referido precepto legal de forma retroactiva, podría entenderse que se ha efectuado una interpretación de la ley lesiva de los derechos fundamentales garantizados por el art. 23 CE, pues, como se ha indicado, las limitaciones que ahora se analizan no inciden en los derechos que garantiza este precepto constitucional.

7. Tampoco puede estimarse, por el mismo motivo, la queja en virtud de la cual el resto de los contenidos del Acuerdo impugnado habría situado a los ahora recurrentes en una situación de desventaja respecto de la que tienen los diputados provinciales que se encuentran adscritos a un grupo político. Por una parte, la eventual situación de desventaja derivada de las limitaciones relativas a la participación en la Junta de portavoces, al régimen de dedicación exclusiva y a la pérdida de los beneficios económicos y la infraestructura asociados al grupo político no se proyectarían, según se ha razonado, sobre el ejercicio del derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE. Por otra parte, el distinto trato que el art. 73.3 LBRL y, en su aplicación, el Acuerdo impugnado otorgan a los recurrentes está justificado en la diferente situación en la que se encuentran, al no haberse incorporado al grupo político constituido por la formación electoral por la que fueron elegidos: puede someterse a un régimen jurídico parcialmente diferente a los

representantes que no se integran en el grupo político constituido por la formación en la que concurrieron a las elecciones respecto de aquellos que sí lo hacen, todo ello sin perjuicio de respetar las facultades de representación que son propias del cargo electo, pues, como se ha indicado, el diferente trato que se otorga en este caso a los diputados no adscritos no conlleva una limitación de las facultades que constituyen el núcleo de sus funciones representativas. En definitiva, las diferencias invocadas no carecen de una justificación objetiva y razonable y son proporcionadas con los fines que se persiguen, por lo que tampoco por este motivo puede ser apreciada la lesión del principio de igualdad que aducen los demandantes de amparo.

8. Una vez descartado que la aplicación de lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL haya lesionado los derechos fundamentales aducidos por los recurrentes en amparo, así como que la lesión efectivamente producida a través del Acuerdo impugnado traiga causa de la aplicación de dicho precepto, no procede dar respuesta a la alegación por la que se cuestiona la constitucionalidad del art. 73.3 LBRL, ya que el proceso de amparo no es el procedimiento adecuado para efectuar juicios abstractos de constitucionalidad de normas (STC 93/1995, de 19 de junio, FJ 4; 83/2000, de 27 de marzo, FJ 2, entre otras muchas). Tampoco procede examinar la queja por la que se aduce que el referido precepto legal se ha aplicado a un supuesto distinto del previsto en la norma (según alegan los recurrentes, lo dispuesto en este precepto legal resulta de aplicación al fenómeno del transfuguismo, supuesto éste que, a su juicio, no concurriría en el presente caso), al ser ésta una cuestión ajena al derecho fundamental que los recurrentes consideran vulnerado. Por los mismos motivos debe rechazarse la queja por la que se aduce que el Acuerdo impugnado no ha sido dictado siguiendo el procedimiento administrativo que el recurrente considera que hubiera debido seguirse para adoptar esa decisión.

9. Como hemos señalado en resoluciones anteriores dictadas en supuestos similares a éste (por todas, STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 6), el otorgamiento del amparo requiere precisar el alcance de nuestro fallo, toda vez que en la fecha en la que pronunciamos esta Sentencia ha finalizado ya el mandato para el que los recurrentes fueron elegidos y en el que se adoptó el Acuerdo impugnado. Por este motivo, no cabe adoptar en el fallo de esta Sentencia una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado por el Pleno de la Diputación de Alicante, de suerte que la pretensión de los demandantes de amparo ha de quedar satisfecha mediante la declaración de la lesión de su derecho recogido en el art. 23 CE y la nulidad del Acuerdo que impidió su ejercicio.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido Otorgar el amparo solicitado por doña María Teresa Carbonell Bernabeu, doña María Loreto Martínez Ramos, don Francisco Javier Miralles Guillén y don Jose Antonio Mourisco Iborra y, en consecuencia:

1º Reconocer su derecho a la participación política en condiciones de igualdad (art. 23 CE).

2º Declarar la nulidad del Acuerdo adoptado por el Pleno de la Diputación Provincial de Alicante, en la sesión celebrada el 15 de abril de 2004, en lo que respecta a la privación del derecho a votar en las comisiones informativas.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a nueve de julio de dos mil nueve.

INSTRUMENTS D'ADQUISICIÓ DE TERRENYS PER A EQUIPAMENTS PÚBLICS EN UN ESCENARI DE CRISI IMMOBILIÀRIA

Joan Anton Font Monclús
Secretari general de l'Ajuntament de Tarragona.

1.- Sistemes urbanístics generals i Locals.....	1
2.- Compatibilitat entre sistemes i altres qualificacions	2
3.- Estàndards urbanístics	3
4.- Adquisició:	4
a.- Gestió urbanística integrada.....	4
a.1.- Polígons d'actuació urbanística	4
a.2.- Reparcel·lació:	5
a.3.- Ocupació directa	5
a.5.- Expropiació	7
b.- Gestió urbanística aïllada	7
b.1.- Cessions de sòl obligatòries i gratuïtes.....	7
b.2.- Expropiació	8
5.- Reversió.....	9
6.- Costos d'execució	10
1.- Sistemes locals.....	10
2.- Sistemes generals	10

Si una de les determinacions pròpies dels instruments de planejament és la que fa referència a la definició i concreció dels sistemes generals i locals, una de les qüestions fonamentals pel que fa a l'execució de l'esmentat planejament serà preveure la forma d'adquisició dels mateixos.

Per tant, es fa necessari un estudi concret tant del concepte com dels mecanismes d'adquisició i posterior finançament de la seva execució. Així doncs, és coherent analitzar conjuntament el concepte de sistemes, amb el mecanismes dels quals gaudeix l'administració per a la seva adquisició.

Malgrat la idea general sigui la de cessió obligatòria i gratuïta dels espais afectats per sistemes, aquest no és l'únic supòsit, ja que dependrà de si el sistema es local o general, i si està inclòs o no en un sector o polígon

1.- Sistemes urbanístics generals i Locals.

Estan definits a l'art. 34 TRLUC. S'entén per sistemes urbanístics aquelles reserves de terrenys efectuades pel planejament destinades a comunicacions, equipaments comunitaris i espais lliures. Quan el seu àmbit és municipal o supramunicipal tindran la condició de sistemes generals, i quan el seu àmbit sigui el d'un àmbit d'actuació de sòl urbà o urbanitzable tindran la consideració de locals. No obstant, aquesta primera delimitació no és del tot exacte. L'art. 34.2 també preveu el caràcter de local dels sistemes reservats al conjunt del sòl urbà d'un municipi d'acord amb el que estableixi el POUM o el Programa d'Actuació Urbanística Municipal (PAUM). Per poder diferenciar en aquest cas el seu caràcter local o general ens haurem de remetre a l'últim incís del primer paràgraf de l'art. 34.1 que preveu que els sistemes generals "configuren l'estructura general del

territori i determinen el desenvolupament urbà". Per tant, en la formulació del planejament general s'haurà d'analitzar en sòl urbà si els sistemes previstos incideixen en aquella estructura general o són determinants en el desenvolupament urbà del municipi. En altre cas, tindran la consideració de sistema local.

També es poden preveure com a sistemes urbanístics les reserves de terrenys destinades a habitatges dotacionals públics, per satisfer necessitats temporals de col·lectius amb necessitat d'assistència o emancipació. S'han de justificar en la memòria social prevista 59.1.h TRLUC.

És important destacar la previsió que els sistemes generals no inclosos ni en sòl urbà ni urbanitzable formen part del sòl no urbanitzable.

El TRLUC efectua la següent enumeració de sistemes:

A.- Sistema de comunicacions. Infraestructures necessàries per:

- Mobilitat de persones i mercaderies.
- Transport terrestre, marítim o aeri.
- Àrees de protecció.
- Àrees d'aparcament de vehicles

B.- Sistema d'equipaments comunitaris:

- Centres públics.
- Equipaments de caràcter religiós, cultural, docent, esportiu, sanitari i assistencial.
- Serveis tècnics i de transport
- Altres equipaments d'interès públic o social.

C.- Sistema d'espais lliures:

- Parcs i jardins.
- Zones verdes
- Espais per a l'esbarjo, el lleure i l'esport

2.- Compatibilitat entre sistemes i altres qualificacions

Aquesta està prevista a l'art. 34 RLUC:

- El subsòl dels sistemes urbanístics es pot destinar a usos diferents, compatibles amb la funcionalitat del sistema.

En sòl urbà, en àmbits inclosos en polígons d'actuació o sectors sotmesos a pla de millora urbana, es pot preveure que sigui susceptible d'aprofitament privat, si és necessari per garantir l'equilibri entre beneficis i càrregues derivat de la cessió de sòl destinat a sistemes de titularitat pública. El subsòl, en aquest cas, s'ha de destinar a:

- o Aparcament
- o Magatzem
- o Usos propis de l'equipament.
- o Altres usos admesos pel planejament.
- Es pot qualificar com a sistema de titularitat pública part de les edificacions existents o de nova construcció, o del vol o subsòl dels immobles per:
 - o Implantació d'equipaments comunitaris.
 - o Facilitar accessibilitat de vianants als sistemes viaris i d'espais lliures en trames urbanes consolidades.

En relació a aquesta compatibilitat, l'art. 4 DL 1/2007, ha afegit una nova disposició addicional 18ena. Al TRLUC, sota el títol "especificació de la legislació aplicable", segons al qual, quan la compatibilitat de l'ús privat i el destí a sistemes de titularitat pública del sòl, vol o subsòl d'un terreny, prevista en el planejament, es pot constituir un règim de propietat horitzontal amb les limitacions i servituds que procedeixen per a la protecció del domini públic.

3.- Estàndards urbanístics

És convenient fer una referència als estàndards urbanístics, encaixant-ho sistemàticament amb el concepte de sistema urbanístic, precisament perquè aquells es refereixen a sistemes. Els estàndards els hem d'entendre com a previsions mínimes i màximes de reserves de terrenys a determinats fins, previstos en el TRLUC.

Sistema general d'espais lliures públics: Previst a l'article 58.1.f com a estàndard de sistema general: 20 m2 per cada 100 m2 de sostre admès pel planejament urbanístic per a ús residencial no inclòs en cap sector de planejament urbanístic.

Pel que fa a les reserves mínimes per a sistemes locals, ens trobem amb els següents estàndards:

Zones verdes, espais públics i equipaments en sectors d'ús residencial, regulades a l'art. 65.3 TRLUC:

- Zones verdes i espais públics: un mínim de 20 m2 de sòl per cada 100 m2 de sostre edificable, i amb un mínim del 10 % de la superfície de l'àmbit de l'actuació.
- Equipaments de titularitat pública: 20 m2 de sòl per cada 100 m2 de sostre edificable, amb un mínim d'un 5 % de la superfície de l'àmbit d'actuació. Aquest, en alguns sectors es pot destinar a habitatge dotacional públic.

Zona verda i equipaments en sectors d'ús no residencial, regulades a l'art. 65.4 TRLUC:

- Zona verda: Un mínim del 10 % de la superfície de l'àmbit d'actuació.
- Equipaments: Un mínim del 5 % de l'esmentada superfície.

En el cas que es modifiqui el planejament, l'actualització de la reserva per a sistemes està regulada als articles 93 i 94 TRLUC, que també han sofert una variació per l'art. 11 DL 1/2007. Aquesta actualització estarà sotmesa al següent règim:

- Increment de sostre edificable en sòl urbanitzable: Increment proporcional d'espais lliures i reserves per equipaments.
- Increment de sostre edificable en sòl urbà: Reserva mínima per a zones verdes i espais lliures públics de 20 m2 per cada 100 m2 de sostre residencial, i 5 m2 per cada 100 m2 de sostre d'altres usos.
- Increment de densitat d'ús residencial que no comporta increment d'edificabilitat: Reserva complementària de terrenys per a sistemes d'espais lliures i equipaments de 10 m2. per cada nou habitatge, excepte que es destini a habitatges de protecció pública i nom ultrapassi el nombre d'habitatges que resulta d'aplicar el mòdul de 70 m2. al sostre amb aquesta destinació. Si no es pot emplaçar en el mateix àmbit d'actuació, es pot substituir per l'equivalent del seu valor econòmic, que s'ha de destinar a adquisició de zones verdes i espais lliures.
- Modificació de planejament que té per objecte, en sòl urbà, la reordenació general d'un àmbit que comporta la transformació global del usos previstos: S'ha de preveure una reserva mínima de 22,5 m2. per cada 100m2 de sostre residencial per a zones verdes, espais lliures públics i equipaments, dels quals, com a mínim se n'han de destinar 15 m2 de sòl per cada 100 m2. de sostre a zones verdes i espais públics.

Si el sostre està destinat a altres usos (no residencials) la reserva per a zones verdes, espais públics i equipaments ho és de 7,5 m2 de sòl per cada 100 m2. de sostre.

4.- Adquisició:

Pel que fa a la forma d'adquirir aquests sistemes, s'ha de diferenciar si estan inclosos o no en àmbits d'actuació urbanística.

a.- Sistemes inclosos en àmbits d'actuació urbanística sotmès al sistema de reparcel·lació (gestió urbanística integrada). L'adquisició s'efectuarà per:

- Cessió obligatòria i gratuïta, mitjançant l'instrument de reparcel·lació oportú.
- Ocupació directa.
- Actuacions expropiatòries aïllades, subrogant-se l'administració en els drets i deures del propietari.

b.- Sistemes no inclosos en àmbits d'actuació urbanística sotmès al sistema de reparcel·lació (gestió urbanística aïllada), normalment, s'adquiriran per expropiació.

En el cas que els terrenys destinats a sistemes estiguin inclosos en polígons d'actuació o en sectors de planejament, poden ser discontinus. Per tant, el sistema de reparcel·lació admet la discontinuïtat dels polígons a efectes de cessions obligatòries, fins i tot de la part de cessió obligatòria d'aprofitament urbanístic.

a.- Gestió urbanística integrada

D'acord amb l'art. 111 TRLUC, és aquella que es duu a terme per polígons d'actuació urbanística complets.

a.1.- Polígons d'actuació urbanística

El TRLUC, acota la distribució equitativa de beneficis i càrregues per sectors o polígons d'actuació, no permetent les compensacions intersectorials. No obstant, l'art. 122 RLUC preveu la delimitació d'àmbits d'actuació urbanística comú a diferents sectors o polígons per garantir la seva participació en l'execució d'infraestructures necessàries per al seu desenvolupament. Aquest àmbit s'executa per l'administració actuant mitjançant reparcel·lació econòmica, o afectant part de l'aprofitament al finançament de les esmentades infraestructures.

Mitjançant els polígons d'actuació urbanística es delimita l'àmbit físic d'actuació en execució del planejament mitjançant un instrument de gestió. És el que s'entén per àmbit territorial mínim per executar la gestió integrada.

Criteris de delimitació:

- Que per dimensió i característiques siguin susceptibles d'assumir les cessions de sòl obligatòries i gratuïtes.
- Equilibri entre polígons d'un mateix sector pel que fa a beneficis i càrregues. Aquest s'ha d'acreditar. Desenvolupat a l'art. 123 RLUC. No es poden produir diferències relatives superiors al 15 % en la valoració conjunta dels aprofitaments i les càrregues urbanístiques de cadascun dels polígons, en relació als del conjunt del sector.
- Entitat suficient per justificar tècnicament i econòmicament l'actuació. S'ha de tenir en compte, que entre d'altres, s'han de costejar les obres d'urbanització (vialitat, sanejament, subministrament energia, zones verdes,...), les indemnitzacions per enderrocs, els costos de redacció i tramitació de les figures de planejament i de gestió.

L'art. 35 RLUC preveu la possibilitat d'inclusió o vinculació de sistemes urbanístics en sectors o polígons d'actuació, per possibilitar-ne l'adquisició:

- Sòl reservat per a sistemes urbanístics generals inclòs en polígons d'actuació urbanística en sòl urbà, o sectors de planejament derivat resta classificat com a sòl urbà o urbanitzable, segons correspongui.
- Per implantació d'infraestructures i serveis de connexió o la seva ampliació o reforç, el POUM o el POUM poden:

- o Vincular a sectors de sòl urbanitzable sòl reservat a sistemes urbanístics classificats com sòl urbà o no urbanitzable, als efectes de llur obtenció.
- o Vincular a sectors subjectes a un pla de millora urbana o polígons d'actuació en sòl urbà no consolidat, sòl reservat a sistemes urbanístics classificats com sòl no urbanitzable, per a la seva obtenció.

En aquest cas, els terrenys no formen part del sector ni del polígon, ni als efectes de fixar índex d'edificabilitat ni altres paràmetres, ni de compliment d'estàndards. D'acord amb l'art. 133.4 RLUC, no tenen la consideració de finca aportada i no donen dret a l'adjudicació d'aprofitament urbanístic, ni es pot computar la seva superfície als efectes de l'exercici de la iniciativa d'execució del planejament en les modalitats de compensació del sistema de reparcel·lació. Aquests terrenys participen en la reparcel·lació als únics efectes de la determinació de la indemnització que correspon a llurs titulars i de fer efectiva llur cessió a l'administració.

a.2.- Reparcel·lació:

L'objecte bàsic de la reparcel·lació és el repartiment de càrregues i beneficis derivats de l'actuació urbanística entre els propietaris, regularitzant les finques i situant l'aprofitament en zones aptes per a l'edificació, així com efectuar les cessions obligatòries a l'Ajuntament i a l'administració actuant.

Un dels efectes bàsics de l'aprovació dels projectes de reparcel·lació és la cessió de dret al municipi o a l'administració actuant si és el cas, dels terrenys de cessió obligatòria, lliures de càrregues i beneficis.

Les modalitats, procediment, contingut i efectes s'analitzaran més endavant.

a.3.- Ocupació directa

Hi ha dos supòsits ben diferenciats del que en podríem anomenar ocupació directa:

- Ocupació directa anticipada.
- Ocupació directa per incompliment d'obligació de cessió en zones consolidades.

Ocupació directa anticipada:

El TRLUC (art. 150), ho preveu per a l'obtenció de terrenys afectats a qualsevol tipus de sistema urbanístic, sigui general o local, i que siguin de cessió obligatòria.

La ocupació directa comporta també el reconeixement per part de l'administració actuant del dret dels propietaris a participar en el repartiment de càrregues i beneficis en un sector o polígon.

Per tant, el propietari malgrat perdre la possessió i la propietat, manté els drets que li correspondrien en el sector o polígon, en proporció a la seva propietat inicial.

Per aquest mateix motiu, l'ocupació directa no es podrà tramitar fins a la publicació de l'aprovació definitiva del planejament o del polígon d'actuació urbanística, per tal de poder concretar l'àmbit de la reparcel·lació en el que es podran fer efectius els drets i obligacions.

El procediment està regulat a l'art. 215 RLUC:

- Requisit previ: Aprovació definitiva del planejament o polígon d'actuació
- Formulació concreta i individualitzada de relació de béns i drets afectats per l'ocupació. Correspon a l'Ajuntament (Alcalde) o a altra administració urbanística actuant.

El document en concret ha contenir al menys les següents determinacions:

- o Justificació de la necessitat d'ocupació
- o Concreció de l'àmbit de reparcel·lació en el qual els propietaris faran efectius el seu dret.

- o Determinació provisional dels aprofitaments urbanístics susceptibles d'adquisició per part dels propietaris. Aquests es determinaran de forma definitiva en la reparcel·lació.
- o Relació de terrenys, béns i drets afectats, així com els seus propietaris.
- o Resta de titulars de drets reals sobre els terrenys.
- Exposició pública per un termini d'un mes. Els anuncis s'han d'inserir en el tauler d'anuncis, el BOP, i un diari dels de més divulgació a l'àmbit municipal.
- Audiència simultània pel mateix termini a tots els propietaris i titulars de drets inscrits en el registre de la propietat, i resta de titulars de drets coneguts, amb notificació individualitzada
- Sol·licitud de pràctica d'anotació marginal de les finques afectades en el registre de la propietat.
- Aprovació definitiva (es competent el mateix òrgan que per a l'aprovació inicial)
- Publicació de l'acord d'aprovació definitiva en el BOP, i notificació individualitzada a tots els interessats.
- Acta d'ocupació. Aquesta s'ha d'aixecar dins el termini d'un mes des de la publicació de l'aprovació definitiva, i en ella hi ha de constar:
 - o Lloc i data
 - o Administració actuant, amb potestat expropiatòria.
 - o Propietaris i resta de titulars de drets.
 - o Identificació dels béns i drets susceptibles d'indemnització (drets reals, plantacions, ...)
 - o Superfície ocupada
 - o Aprofitaments urbanístics que corresponguin.
 - o Polígon d'actuació en el que es faran efectius aquests drets.
- Pagament de l'indemnització. Aquesta no comprèn el valor del sòl. Les indemnitzacions que s'hagin avançat, computaran a favor de qui les hagi fet en el compte de liquidació de la reparcel·lació.

La inscripció de l'aprofitament està regulat a l'art. 42 RD 1093/1997. Segons aquest, s'obrirà un foli independent per a l'aprofitament de cadascuna de les finques ocupades, al que es traslladaran els assentaments vigents de la finca ocupada.

Els propietaris mantenen els següents drets:

- Dret a l'aprofitament que s'ha de reconèixer al propietari, per la part que afecta a la part ocupada anticipadament.
- Indemnització per perjudicis causats
- Passats 4 anys des de l'atorgament de l'acta sense aprovar-se l'instrument reparcel·latori, poden iniciar expedient per determinar el preu just, tal i com es regula a l'art. 108.1 i 2:
 - o Advertiment a l'administració
 - o Passat un any sense resposta s'inicia expedient apreuament
 - o Propietaris presenten full d'apreuament. Passats tres mesos sense pronunciament de l'administració, es poden dirigir al Jurat d'Expropiació de Catalunya
 - o Interessos de demora, a partir del moment de presentació del full d'apreuament pels propietaris.

En aquest cas, l'administració se subroga en els drets d'aprofitament dels titulars expropiats.

Ocupació directa per incompliment obligació de cessió en zones consolidades

Està regulada a l'art. 30.2 RD 1093/1997, que aprova les normes complementàries al reglament per a l'execució de la Llei Hipotecària sobre inscripció en el Registre de la Propietat d'actes de naturalesa urbanística, i a l'art. 125.6 TRLUC.

L'administració actuant, sense consentiment del titular registral, pot inscriure al seu favor les superfícies de cessió obligatòria delimitades per instruments de planejament dirigits a regularitzar o legalitzar terrenys en els quals l'edificació permesa pel pla estigui totalment consolidada (aquest últim requisit no és necessari segons el TRLUC quan es fa referència a parcel·lacions)

Aquesta inscripció s'efectuarà mitjançant certificació en la que hi consti:

- Resolució que va acordar l'ocupació de les finques que s'han de cedir i ocupar, especificant el seu destí d'acord amb el Pla.
- Que l'expedient previ a la resolució s'ha notificat als titulars registrals de les finques afectades, i que se'ls ha concedit un termini no inferior a 30 dies per sol·licitar la tramitació del projecte de reparcel·lació, si és el cas.
- Si no procedeix la tramitació de l'expedient de reparcel·lació, la justificació d'aquest fet per haver-se consolidat totalment l'edificació permesa o legalitzada pel planejament que exigeix la cessió.
- Que la resolució no es susceptible de recurs administratiu ni jurisdiccional.

a.4.- Cessions anticipades:

Aquestes abans estaven regulades a l'art. 40 D 303/1997. No obstant, aquest Decret ha estat derogat per la Disposició Derogatòria Primera del Decret 305/206, que aprova el RLUC. Curiosament aquesta figura no està regulada en RLUC, i en principi podria semblar que és un instrument que ja no es pot utilitzar.

Malgrat això, les podríem entendre com una ocupació directa anticipada, amb el vist i plau exprés del propietari afectat, o sigui, per mutu acord. Per tant serà aplicable tot el que hem comentat de l'ocupació directa, amb la única diferència que existirà el mutu acord del propietari i titulars de drets afectats.

a.5.- Expropiació

D'acord amb l'art. 34.7 TRLUC, en el cas que sigui necessari avançar en l'obtenció de la titularitat pública de terrenys i no sigui suficient l'ocupació directa, es pot efectuar una actuació expropiatòria aïllada. En aquest cas, l'administració adquirent se subroga en els drets i deures de qui era propietari. D'acord amb l'art. 120.4, aquests béns participen en el repartiment de càrregues i beneficis.

b.- Gestió urbanística aïllada

b.1.- Cessions de sòl obligatòries i gratuïtes

La formalització de les cessions de sòl obligatòries i gratuïtes quan afecten a actuacions aïllades, no incloses en sectors o polígons, es preveuen als arts. 29 i ss. del RD 1093/1997 i 142 RLUC.

Entenc que aquestes només faran referència al supòsit previst a l'art. 44.2 TRLUC i 40.3.a RLUC, en relació a propietaris de sòl urbà no consolidat no inclòs en àmbits d'actuació urbanística, que tenen l'obligació de cedir, abans de la urbanització, els terrenys destinats a:

- Carrers.
- Qualsevol altre tipus de via del sistema de comunicacions
- Llurs ampliacions.

Les cessions hauran de ser sempre lliures de càrregues, excepte que la pròpia legislació urbanística prevegi una altra cosa. La formalització d'aquestes cessions està regulada a l'art. 124 RLUC, i es pot fer mitjançant escriptura pública o acta administrativa.

Serà suficient per formalitzar i inscriure la cessió l'acord dels titulars registrals amb l'administració, formalitzat en acta administrativa o en escriptura pública. Tant en el cas d'acta administrativa com d'escriptura pública, es podran efectuar les segregacions o modificacions hipotecàries que siguin necessàries.

Els requisits per a la inscripció de l'acta administrativa, regulats a l'art. 2.2 RD 1093/1997, són:

- Certificació administrativa emesa per duplicat exemplar pel Secretari de l'entitat o òrgan actuant, amb reproducció literal de l'acord adoptat.
- S'ha de fer constar que l'acte ha posat fi a la via administrativa.
- S'han de fer constar les circumstàncies relatives a les persones, drets i finques, en la forma exigida per la legislació hipotecària.

Les cessions que no tinguin el caràcter d'obligatòries, o no es desprenguin de convenis urbanístics, s'ajustaran als requisits formals exigits per la donació de béns immobles.

D'acord amb l'art 124 RLUC, es pot efectuar:

- Per oferiment de cessió realitzat mitjançant escriptura pública o compareixença davant el/la Secretari/ària municipal. S'entén acceptada per silenci administratiu si passat un mes no s'ha acordat expressament l'acceptació.
- Mitjançant escriptura pública o acta administrativa.

b.2.- Expropiació

L'art. 106 TRLUC preveu que per a l'execució de sistemes urbanístics en actuacions aïllades es pot aplicar l'expropiació forçosa. Entenc jo que és la única forma d'adquirir-ne la propietat, excepte en el supòsit abans esmentat de cessió obligatòria i gratuïta.

L'organisme expropiador ha d'aprovar en tot cas la relació de persones propietàries i de béns i drets afectats.

Per tant, malgrat l'aprovació definitiva d'un pla urbanístic implica la declaració d'utilitat pública i necessitat d'ocupació dels terrenys i edificis afectats, és necessari tramitar i aprovar l'esmentada relació, d'acord amb el que preveu la normativa d'expropiació forçosa, en el cas que no s'hagi efectuat de forma simultània amb la tramitació de l'instrument de planejament de que es tracti.

El cost de les expropiacions dutes a terme per raons urbanístiques es pot repercutir sobre les persones propietàries que resultin especialment beneficiades per l'actuació urbanística, mitjançant la imposició de contribucions especials.

Si hi ha acord entre les parts, el preu just d'una expropiació pot ser una finca futura que l'administració expropiant, o el beneficiari de l'expropiació, haurà de transmetre a l'expropiat.

Els que tinguin la seva residència habitual en immobles que s'hagin d'expropiar per raons urbanístiques, tenen dret de real·lotjament o de retorn.

D'acord amb l'art. 108 TRLUC, Passats 5 anys des de l'entrada en vigor d'un POUM, o exhaurits els terminis previstos en el PAUM, si no s'ha iniciat el procediment d'expropiació dels terrenys destinats a sistemes urbanístics a adquirir per expropiació, els titulars dels béns afectats poden advertir a l'administració del seu propòsit d'iniciar l'expedient d'apreuament. Passat un any des de l'advertiment sense resposta, l'inici de l'expedient es produeix per ministeri de la Llei i els propietaris poden presentar full d'apreuament. Si passats 3 mesos l'administració no els accepta, es poden dirigir al Jurat d'Expropiació de Catalunya.

El títol inscribible de l'expropiació en el registre de la propietat, se sotmet a les següents regles (Art. 24 RD 1093/97, de 4 de juliol)

- Acta d'ocupació si s'opta per la inscripció individualitzada de finques.
- Si s'opta per la inscripció conjunta:
 - o Descripció de finca o finques resultants, amb els respectius plànols

- o Data d'aprovació definitiva del projecte d'expropiació
- o Realització de les publicacions procedents
- o Indicació que s'han efectuat les notificacions personals als titulars de dominis i càrregues.

La falta d'immatriculació de la finca, no és obstacle per a la seva inscripció.

El procediment d'expropiació està regulat també als articles 210 a 212 RLUC. El procediment de taxació conjunta està regulat a l'art. 211 RLUC. S'ha d'aprovar un projecte amb el següent contingut mínim:

- Causa d'expropiació i referència a l'instrument de planejament que la preveu.
- Identificació del polígon, amb plànol d'emplaçament i parcel·lari a una escala mínima de 1:2000.
- Relació de béns i drets concreta i individualitzada, excepte que ja consti en el planejament o delimitació poligonal, i sense perjudici de les rectificacions que corresponguin.
- Justificació dels criteris de valoració utilitzats.
- Fulls d'apreuament individualitzats de cada finca.
- Fulls d'apreuament d'indemnitzacions per extinció de drets.

El procediment de taxació conjunta, regulat a l'art. 107 TRLUC és:

- Aprovació inicial.
- Exposició pública per un mes, amb notificació als interessats dels fulls d'apreuament per tal que puguin presentar observacions o reclamacions.
- Aprovació definitiva.
- Notificació a tots els afectats, advertint-los que la manca de pronunciament en 20 dies, es considerarà acceptat el valor. En altre cas, la disconformitat s'ha de fer constar per escrit, transferint-se l'expedient al Jurat d'Expropiació de Catalunya.
- L'aprovació definitiva implica la declaració d'urgència de l'ocupació de béns i drets afectats.

L'expropiació en procediments individualitzats està regulada a l'art. 212 RLUC:

- Formulació de béns i drets afectats.
- Informació pública i audiència als interessats per un termini mínim de 15 dies.
- Aprovació definitiva, que comporta la necessitat d'ocupació.
- Aquests tràmits no són necessaris quan s'hagi efectuat conjuntament amb l'instrument de planejament o delimitació poligonal. En el cas de rectificacions, serà suficient l'audiència als interessats.

L'art. 213 RLUC regula la possibilitat de la gestió de l'expropiació per persones concessionàries.

5.- Reversió

Regulada a l'art. 29 L 8/2007

L'alteració de l'ús que va motivar l'expropiació (ja sigui mitjançant revisió o modificació de l'instrument d'ordenació), comporta el dret de reversió, excepte en els següents casos:

- Que l'ús dotacional públic que va motivar l'expropiació s'hagués implantat de forma efectiva durant 8 anys.
- Que el nou ús sigui igualment dotacional públic.
- Que l'expropiació ho sigui per formació o ampliació de patrimoni públic del sòl, si el nou ús és compatible amb les seves finalitats.

- Si l'expropiació ho és per a l'execució d'una actuació d'urbanització. En aquest cas, es pot donar el supòsit de reversió o retaxació:
 1. Reversió: Si han transcorregut 10 anys des de l'expropiació sense que s'hagi acabat la urbanització.
 2. Retaxació: Quan a través d'una modificació (que no revisió o formulació de nou), s'alterin els usos o edificabilitat del sòl, i això suposi un increment del seu valor.
- Si l'expropiació ho és per incompliment de deures o no haver-se aixecat les càrregues pròpies del règim del sòl.
- En la resta de supòsits en què no procedeixi, d'acord amb la normativa d'expropiació forçosa.
- Si se segregen el vol o subsòl per destinar-lo a usos privats si es manté l'ús dotacional públic pel que es va expropiar o es compleixin les altres circumstàncies abans exposades.

Termini d'exercici del dret de reversió (54 LEF – modificada per D.A. 5ena L 38/1999, de 5 de novembre, d'ordenació de l'edificació.-):

- 3 mesos a comptar des de la notificació per part de l'administració de la circumstància que provoca el dret.
- Si és per desafectació, provocada per modificació de planejament: passat 20 anys des de la presa de possessió

Per exercir la reversió, s'ha de restituir la indemnització rebuda per l'expropiat (preu d'expropiació), actualitzada d'acord amb l'IPC. EXCEPCIÓ: Que el bé hagi experimentat canvis de qualificació jurídica que condicionin el seu valor o incorporat millores aprofitables, o reduït de valor: s'efectuarà nova valoració.

6.- Costos d'execució

1.- Sistemes locals

És obligació dels propietaris, tant en sòl urbà no consolidat com en sòl urbanitzable, assumir el cost de les obres d'urbanització. En aquest sentit es pronuncia l'art. 44.1.d TRLUC. Les obres d'urbanització a assumir pels propietaris afecten als espais destinats a vials, parcs i jardins, incloent xarxa de sanejament i d'infraestructures de serveis.

2.- Sistemes generals

D'acord amb l'art. 45.1.b TRLUC, els propietaris de sòl urbanitzable tenen l'obligació de costejar i executar:

- Les infraestructures de connexió amb els sistemes urbanístics generals exteriors a l'actuació urbanística
- Obres d'ampliació o reforçament d'aquests sistemes que siguin necessàries
- Costos d'implantació de les infraestructures de transport públic necessàries perquè la connectivitat del territori sigui l'adequada.

La resta, a càrrec de l'administració.

2a

sessió

06/11/09

L'aplicació de la directiva de serveis en l'àmbit local, amb una referència especial a establiments i activitats mediambientals

Dolors Canals i Ametller, directora general de Qualitat Normativa de la Generalitat de Catalunya.

La transposició de la directiva de serveis en l'àmbit local

Francisco Velasco Caballero, director de l'Institut de Dret Local de la Universitat Autònoma de Madrid.

Causes d'incompatibilitat i d'abstenció de personal al servei de les corporacions locals

Carme Fibla Nicolau, lletrada assessora del Servei d'Assistència jurídica local de la Diputació de Barcelona.

L'APLICACIÓ DE LA DIRECTIVA DE SERVEIS EN L'ÀMBIT LOCAL (REFERÈNCIA ESPECIAL A ESTABLIMENTS I ACTIVITATS MEDIAMBIENTALS)

Dra. Dolors Canals i Ametller

Directora General de Qualitat Normativa

(Departament de la Presidència - Generalitat de Catalunya)

Professora Titular de Dret Administratiu (Universitat de Girona)

SUMARI:

- 1. Implicacions per les entitats locals de la transposició i aplicació de la Directiva de Serveis.**
 - 1.1. Implicacions de caràcter normatiu: modificacions normatives
 - 1.2. Implicacions de caràcter estructural: adaptació als mitjans electrònics
 - 1.3. Implicacions de caràcter institucional: nou marc de relacions interadministratives
 - 1.4. Implicacions de caràcter conjuntural: eliminació de càrregues administratives per l'exercici de l'activitat econòmica
 - 1.5. Implicacions de caràcter econòmic: el cost de la transposició de la Directiva de Serveis i de la simplificació administrativa
- 2. Implicacions de caràcter normatiu: les mesures de simplificació administrativa i límits a la simplificació administrativa**
 - 2.1. Supressió i reducció d'obstacles jurídics, simplificació administrativa i reducció de càrregues administratives
 - 2.2. Comunicació prèvia, declaració responsable i registres d'ofici: supòsits generals i exemples concrets
 - 2.3. Simplificació administrativa i proporcionalitat de les mesures d'intervenció
 - 2.4. Límits de la simplificació administrativa: coherència normativa, drets fonamentals i interessos de tercers
- 3. Implicacions de caràcter estructural: adaptació de l'actuació als mitjans electrònics**
 - 3.1. A què obliga la Directiva de Serveis?
 - 3.2. L'anomenada "finestreta única"
 - 3.3. Informació i tramitació electrònica: la "clàusula pressupostària"

4. Implicacions de caràcter institucional: nou marc de relacions de cooperació interadministrativa

4.1. Objectius de la cooperació interadministrativa:

- Garantia de la qualitat dels serveis prestats
- Garantia dels interessos públics locals

4.2. Àmbit de la cooperació interadministrativa

5. Implicacions de caràcter conjuntural: eliminació de càrregues administratives per l'exercici de l'activitat econòmica

- 5.1. Els plans europeus i nacionals de reducció de càrregues administratives
- 5.2. La implicació de les entitats locals en els plans de reducció de càrregues administratives

6. Implicacions de caràcter econòmic: el cost de la transposició de la Directiva de Serveis i de la simplificació administrativa

- 6.1. Impacte econòmic de la Directiva de Serveis
- 6.2. Simplificació administrativa i potestats d'inspecció i control

Barcelona, 6 de novembre de 2009

DIRECTIVA DE SERVICIOS Y ENTIDADES LOCALES

Francisco Velasco Caballero
Instituto de Derecho Local
Universidad Autónoma de Madrid

Noviembre 2009

EL PORQUÉ DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE

- **Déficit** del mercado interior
- Potenciación de las **PYMES**
- **Criterio** de regulación: supresión de barreras administrativas:
 - Para establecerse
 - Para prestar servicios
- **Forma** de regulación:
 - Prohibiciones absolutas
 - Prohibiciones relativas: justificables, proporcionadas y motivadas

CLAVES DE DERECHO COMUNITARIO

- Peculiaridad del concepto europeo de SERVICIOS (art. 50 TCE)
- Diferencia entre **establecimiento** y **prestación** (arts. 43 y 49 TCE)
- Indiferencia respecto de categorías nacionales
- Diferenciación del **Derecho de la competencia**

AMBITO DE APLICACIÓN

- Concepto “objetivo” de servicios: contenido económico (contraprestación)
- Servicios “no económicos”: excluidos
 - De Administraciones públicas
 - De asociaciones privadas
- Servicios “económicos”: en principio incluidos

SERVICIOS ECONÓMICOS

- Servicios económicos ordinarios
 - De particulares
 - De Administraciones (Ej.: sociedades municipales de gestión inmobiliaria)
- Servicios económicos “de interés general”
 - De empresas privadas
 - De Administraciones públicas (Ej: servicio municipal de “Mercamadrid”)
- Exclusiones sectoriales: servicios financieros; transporte urbano; servicios a una A.Pública (Directiva 2004/18/CE)

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

- Eliminación de autorizaciones previas
- Prohibiciones de requisitos y condiciones en las autorizaciones supervivientes
- Prohibición de requisitos y limitaciones incluso sin previo sometimiento a autorización

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: SUPRESIÓN DE AUTORIZACIONES

- Incluye licencias municipales de apertura y funcionamiento de locales
- Autorizaciones excluidas (Ej: control integrado de la contaminación)
- Opción de los controles “a posteriori”: inspección

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO SUPUESTOS TASADOS DE AUTORIZACIÓN PREVIA

- “Razones imperiosas de interés general”
- No discriminación
- Inexistencia de medida menos restrictiva (en especial: posible control “a posteriori”)

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: RÉGIMEN DE LAS UTOORIZACIONES SUPERVIVIENTES

- Requisitos y condiciones prohibidas
 - Exigencia de requisitos claros, objetivos y previsibles
 - Condiciones prohibidas:
 - Limitaciones territoriales
 - Limitaciones temporales
- No limitación del número
- Procedimiento admvo. “no disuasorio”

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO ACTIVIDADES NO SOMETIDAS A PREVIA AUTORIZACIÓN

- Requisitos prohibidos: art. 14 Directiva: no discriminación entre EEMM
- Requisitos restringidos (“para evaluar”): art. 15 Directiva
 - Carga de evaluación: actual y futura
 - Carga de comunicación a la UE

EJEMPLO MUNICIPAL: SERVICIOS FUNERARIOS

- Ordenanza de Madrid, de 21 de marzo de 1997: Establecimiento sometido a “autorización previa”
- Aplicación del “test” de la Directiva
 - Sobre el **sometimiento** a autorización
 - ¿Discriminación?
 - ¿”Razón imperiosa de interés general”?
 - ¿Medida menos restrictiva?
 - Sobre los **requisitos** de otorgamiento:
 - Razón de interés general
 - Proporcionalidad
 - No solapamiento con requisitos equivalentes exigidos en otro Estado Miembro.

LIBERTAD DE PRESTACIÓN

- Excluidos los servicios “de interés económico general”
- Supresión absoluta de autorizaciones nacionales previas (para establecidos en otro EM)
- Prohibición de requisitos específicos sobre la prestación
 - Requisitos generalmente prohibidos (salvo causas tasadas)
 - Requisitos admisibles si: no discriminatorios, necesarios y proporcionados.
- Prohibición de condiciones sobre los destinatarios que limiten la libertad de prestación

OTROS CONTENIDOS DE LA DIRECTIVA

- Simplificación administrativa
 - Simplificación documental: traducciones
 - Ventanilla única
 - Acceso a la información admva.
- Protección de los perceptores
- Regulación de comunicaciones comerciales
- Cooperación y coordinación administrativas en la UE

¿CÓMO TRASPONER LA DIRECTIVA?

- Mandato directo al Estado, en su conjunto
- Ayuntamientos: posible transposición directa. Distinción:
 - Normas locales que reproducen normas estatales o autonómicas
 - Normas que desarrollan o complementan una Ley
 - Normas propiamente locales
- Anteproyectos del Estado:
 - “Ley paraguas”: transposición directa estatal “aparente”: transposición local de 2º grado
 - “Ley ómnibus”: modificación de leyes generales y sectoriales del Estado

CAUSES D'INCOMPATIBILITAT I ABSTENCIÓ DEL PERSONAL AL SERVEI DE LES ENTITATS LOCALS (AUTORITATS I FUNCIONARIS)

Carme Fibla Nicolau

Lletrada Assessora del Servei
d'Assistència Jurídica Local
(Secretaria General de la Diputació de Barcelona)

1. UNES QUESTIONS PRÈVIES.....	1
2. INELEGIBILITAT, INCOMPATIBILITAT I ABSTENCIÓ: DEFINICIONS.	2
3. CAUSES D' INELEGIBILITAT	2
3.1. Acords significatius de la Junta Electoral Central que interpreten les causes d'inelegibilitat.....	3
4. INCOMPATIBILITATS DELS CÀRRECS ELECTES.	4
4.1. Incompatibilitats previstes a la LOREG	4
4.2. Incompatibilitats previstes a la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats de personal al servei de l'administració pública.	6
4.2.1. Regidors amb dedicació exclusiva.	6
4.2.2. Regidors amb dedicació parcial.	7
4.2.3. Un curiós supòsit.....	8
4.3. Prohibicions de contractar.	10
4.3.1. Extensió de la prohibició de contractar.	11
4.3.2. Possibilitat de què el regidor participi en licitacions.....	11
5. INCOMPATIBILITATS DEL PERSONAL AL SERVEI DE L'ADMINISTRACIÓ LOCAL.....	12
5.1. Marc normatiu.	12
5.2. Principi general d'incompatibilitat.....	13
5.3. Excepcions al principi general d'incompatibilitat.....	13
5.4. Prohibicions de contractar.	15
6. L'ABSTENCIÓ.	16
6.1. Marc normatiu:	16
6.2. Classes	16
6.3. Causes	16
6.4. L'incident de l'abstenció.	23
7. LA RECUSACIÓ.	24
7.1. Concepte.....	24
7.2. L'incident de recusació:	24
7.3. La perversió de la utilització de la figura.....	25
8. CONCLUSIONS.	26

1. UNES QUESTIONS PRÈVIES.

El dret fonamental d'accés als càrrecs públics, proclamat en l'article 23 de la Constitució, no abasta tot càrrec públic; exigeix que aquests càrrecs hagin estat elegits i que ostentin la representació política en els diversos ens territorials de l'Estat, entre els quals es troben els Ajuntaments.

Què vol dir ser un càrrec públic? Doncs vol dir ser un càrrec amb representació política, que ha estat elegit per sufragi universal ciutadà i que ostenta l'exercici de la representació atorgada, en els diversos òrgans de l'Estat.

La representació és el fonament del concepte de càrrec polític representatiu i és el bé jurídic protegit pel dret fonamental proclamat en l'article 23.2 de la Constitució Espanyola. El càrrec públic no es concebut com un

lloc de feina del seu titular, sinó com una “comissió” o “encàrrec” per a participar en l'expressió de la voluntat dels òrgans de l'Estat, d'acord amb els vincles que provenen dels electors.

En l'Administració pública hi concorren dos àmbits diferenciats:

- Un àmbit que serveix amb objectivitat els interessos generals amb sotmetiment ple al Dret i on són del tot necessaris els funcionaris, considerats com a categoria de persones que ocupen llocs de feina públics, en virtut d'un reclutament objectiu que respon a criteris de selecció prèviament aprovats.
- Un àmbit que té com objectiu la determinació d'aquest interès general, on es mouen els representants de la voluntat popular. El càrrecs públics representatius tenen, entre les seves funcions, l'elaboració de polítiques públiques i han de respondre políticament dels criteris que han escollit i que han de portar a la pràctica els funcionaris.

2. INELEGIBILITAT, INCOMPATIBILITAT I ABSTENCIÓ: DEFINICIONS.

El nostre sistema constitucional ha creat uns mecanismes per tal de garantir el principi proclamat en l'article 103 de la CE, servir amb objectivitat els interessos generals.

2.1) Les causes d'inelegibilitat són impediments a l'exercici del dret de sufragi passiu, és a dir, del dret a ser elegit. La normativa tracta d'evitar que qui es troba en unes determinades situacions, fixades legalment, pugui concórrer com a candidat a les eleccions.

2.2) L'incompatibilitat és un impediment funcional per exercir dos o més activitats. Davant aquesta circumstància, la persona afectada ha d'optar per l'exercici d'una d'aquestes activitats.

La diferència fonamental entre les causes d'inelegibilitat i d'incompatibilitat rau en què les primeres operen amb caràcter previ a la condició de regidor, i impedeixen presentar-se a una elecció; les segones, per contra, no impedeixen presentar-se a l'elecció: **cas de sortir elegida la persona, haurà d'optar entre la presa de possessió al càrrec o la renúncia al mateix i continuar exercint la tasca considerada incompatible amb l'anterior.**

2.3) L'abstenció és l'obligació d'inhibir-se en la intervenció d'assumptes en els quals pugui posar-se en perill l'imparcialitat del càrrec afectat.

3. CAUSES D' INELEGIBILITAT

El marc normatiu ve constituït pels articles 6, 7 i 177 de la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general (LOREG)

Del contingut de l'article 6 de la LOREG se'n deriva que les causes d'inelegibilitat obeeixen a quatre circumstàncies:

- Pertànyer a la família real espanyola.
- Ostentar determinats càrrecs públics en el Poder Judicial, ser Defensor del Poble, Fiscal General de l'Estat, Magistrats, Jutges i Fiscals, militars professionals i de complement o membres de les forces o cossos de seguretat de l'Estat i policies en actiu.
- Estar afectats per condemnes derivades de processos judicials penals, com els condemnats per sentència ferma a una pena que priva de llibertat, durant el temps que duri la pena o, si aquesta no és ferma, quan la condemna deriva d'un delictes de rebel·lió o de pertinença a organitzacions terroristes, quan s'hagi estat condemnat per delictes contra la vida, la integritat física o la llibertat de les persones.
- Ostentar càrrecs que s'exerceixen en una jurisdicció que coincideixi, en tot o en part, amb la circumscripció electoral per la que es pretenen presentar: per exemple, Delegats provincials de l'Oficina del Cens Electoral, els Secretaris Generals de les Delegacions i Subdelegacions de Govern, Delegats Territorials de RTVE, etc.
- A aquestes causes se'n pot afegir una altra, recollida en l'article 177.2 de la LOREG, que considera no elegible pel càrrec d'alcalde o regidor a qui sigui deutor directe o subsidiari de l'ens local, contra els quals s'hagi expedit manament d'apremi per resolució judicial. El problema rau en què els procediments d'apremi per deutes davant els ajuntaments són de caràcter administratiu: és gairebé impossible que existeixi un previ manament d'apremi per resolució judicial. La Junta Electoral Central s'ha pronunciat mitjançant acords de 2 de juny de 1986, de 30 de juny de 1987 i de 4 d'abril de 1991 en aquest sentit i

ha afirmat que no concorre causa d'inelegibilitat amb el càrrec de regidor/deutor contra el qual s'hagi expedit manament d'apremi per resolució administrativa ferma, doncs la LOREG exigeix que el manament d'apremi sigui dictat per resolució judicial ferma.

L'Audiència Territorial de València, en Sentència de 7 de desembre de 1985, diu que l'aspecte recollit a l'article 177.2 de la LOREG és del tot inoperant, perquè els procediments pel cobrament de tributs i crèdits de les entitats locals tenen sempre caràcter administratiu i, en base a la potestat d'execució forçosa que ostenten els ens locals (art. 4 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local) no existirà cap resolució judicial, doncs els manaments d'apremi sempre seran executats per l'administració.

Cal dir que l'article 7 de la LOREG regula de forma específica el cas de Magistrats, Jutges, Fiscals, militars professionals i de complement, membres de les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat i policies en actiu. Així, si volen presentar-se a les eleccions, hauran de sol·licitar passar a la situació administrativa que correspongui. A més, els Magistrats, Jutges, Fiscals, membres de les Forces i Cossos de Seguretat i Polícies en actiu tindran dret a reserva de lloc o plaça i de destí, en els condicions que fixi la normativa especial d'aplicació.

3.1. Acords significatius de la Junta Electoral Central que interpreten les causes d'inelegibilitat.

- Les causes d'inelegibilitat han de ser interpretades de forma molt restrictiva, no admetent-se una interpretació analògica ni extensiva de les mateixes: al respecte, hom pot consultar les STC 57/1985; 28/1986 i 169/1987 i múltiples acords de la Junta Electoral Central entre els que podem invocar, per tots, els de 5 de juliol de 1994 i 10 de maig de 1995.
- Segons els acords de la Junta Electoral Central de 15 de setembre de 1982; de 29 de gener de 1996 i de 20 d'abril de 1999, l'inelegibilitat afecta a tota persona que ostenti algun dels càrrecs inelegibles a partir de les 0 hores del dia en què l'entitat política de la que en forma part presenti la candidatura. També són inelegibles aquells que accedeixen a aquests càrrecs en qualsevol data posterior i anterior al dia de la votació.
- Segons acord de la Junta Electoral Central de 20 d'abril de 1999, la renúncia al càrrec ha de formular-se abans de la presentació de la candidatura. En el mateix acord, la Junta diu que, de produir-se alguna irregularitat, pot ésser subsanada en el termini previst a l'article 47.2, (48 hores) sempre que hagi desaparegut en aquest termini la causa d'inelegibilitat.
- Especial menció als Membres de forces i cossos de seguretat de l'Estat: Segons acord de la Junta Electoral Central de 19 de juny de 1991: *"Conforme al artículo 7 de la Ley Electoral, la calificación de inelegible procede respecto de quienes incurran en alguna de las causas mencionadas en el artículo 6 y, entre ellas, la pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo el mismo día de la presentación de la candidatura, no constando la formulación por el recurrente de la solicitud de pase a la situación administrativa que corresponda en ese momento, como resulta preceptivo a tenor del artículo 7.3 de la Ley Electoral"*
- També la Junta Electoral Central s'ha referit a les policies locals en acords de 19 d'octubre de 1992, 7 i 17 d'abril de 1995 i 8 d'octubre de 1998. Els policies locals es poden presentar a les eleccions, àdhuc en llistes electorals de partits que es presenten en el mateix consistori d'on són policies locals, sempre que, abans de finalitzar el termini de presentació de candidatures, ho comuniqui a l'ajuntament. Durant el període electoral, inclòs el dia de les eleccions, restarà automàticament en situació de serveis especials: no podrà exercir de policia local, ni vestir com a tal ni portar l'arma reglamentària.
- Cas de no ser escollit, haurà de sol·licitar el reintegrament al servei actiu en el termini d'un mes, a comptar des de la data de celebració de les eleccions. De no fer-ho, passaria automàticament a la situació d'excedència voluntària per interès particular.
- Cas de ser escollit, haurà d'optar entre el càrrec de policia o el càrrec electe. A diferència de la resta de funcionaris locals, que únicament són incompatibles per exercir el càrrec de regidor en el propi ajuntament on presta els seus serveis i, per tant, podrien ser funcionaris d'un ajuntament i regidors d'un altre. Els policies locals no poden ser policies en un ajuntament i regidors en un altre i això, perquè la causa d'inelegibilitat s'estén a tots els municipis. Així, si el policia local opta per ser càrrec electe, quedarà en situació de serveis especials durant la legislatura i tindrà dret a reserva de lloc de feina i es computarà, a efectes de triennis, el temps dedicat a la tasca de regidor.

4. INCOMPATIBILITATS DELS CÀRRECS ELECTES.

Marc normatiu:

- Article 23 de la Constitució Espanyola. (CE)
- Articles 72 a 78 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local. (LRBRL).
- Articles 6, 7, 177 i 178 de la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general (LOREG).
- Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitat del personal al servei de les administracions públiques (LI).
- Article 49 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic. (LCSP).

Les causes d'incompatibilitat dels càrrecs electes es troben recollides en diverses normes: la LOREG; la LI i la LCSP. Aquesta primera afirmació mereix però, unes reflexions:

El dret de representació proclamat per l'article 23 de la CE, és un dret de configuració legal i l'estatut dels càrrecs electes d'un ajuntament es troba recollit en els articles 72 a 78 de la LRBRL. L'article 73.1 de la LRBRL, assenyalava que la determinació del nombre de membres de les Corporacions locals, el procediment per a la seva elecció, la durada del seu mandat i els supòsits d'inelegibilitat i incompatibilitat, es regularan per la legislació electoral. Ens trobem doncs, amb una remissió a la LOREG.

Les incompatibilitats a les quals es refereix la LOREG són incompatibilitats per tal d'accedir al càrrec i mentre duri el mandat representatiu com a regidor. Són unes incompatibilitats unides a la vessant representativa dels càrrecs electes. Les incompatibilitats que regula la LI, no són unes incompatibilitats que hem d'afegir a les contemplades a la LOREG (cosa que no podríem fer, perquè, mitjançant llei ordinària no podem modificar una llei orgànica) sinó que operaran quan el regidor amb dedicació exclusiva remunerada pretengui desenvolupar, a més, una activitat no representativa, una activitat merament professional, ja sigui en el camp públic o en el privat.

I el mateix podem dir de les prohibicions de contractar previstes a la LCSP. L'article que regula les prohibicions de contractar remet, en el cas dels càrrecs electes, a les incompatibilitats previstes a la LOREG.

4.1. Incompatibilitats previstes a la LOREG

D'acord amb el contingut de l'article 178 de la LOREG, resulten incompatibles amb la condició de regidor, la titularitat dels següents càrrecs:

- Advocats i procuradors que dirigeixin o representin a parts en processos judicials o administratius contra la corporació, amb excepció de les accions judicials promogudes davant l'ordre contenciós administratiu per membres electes de la corporació que haguessin votat en contra dels actes impugnats. (Article 63.1.b) de la LRBRL).
- Els Directors de Serveis, funcionaris o la resta de personal en actiu del respectiu ajuntament i de les entitats i establiments dependents, sense que la LOREG distingeixi entre entitats de dret públic (sotmeses al dret administratiu) i entitats subjectes a dret privat, com les societats mercantils. En aquests casos, el funcionari o empleat que opti pel càrrec de regidor ha de passar a la situació de serveis especials o a la prevista en el seu conveni (en casos de personal laboral) que suposarà la reserva del lloc de feina.

Hem de destacar que l'article 74.1.a) de la LRBRL disposa que si un funcionari resulta escollit membre electe de l'ens local en el qual presta serveis, i opta per aquest darrer càrrec, quedarà en situació de serveis especials. També passarà igual en casos de funcionaris de carrera d'altres administracions públiques que ostentin el càrrec de regidor en una corporació diferent, sempre i quan el càrrec s'ostenti en règim de dedicació exclusiva (que no en règim de dedicació parcial). Pel personal laboral regeixen les mateixes regles, d'acord amb les previsions de la seva normativa específica.

- Els Directors generals o assimilats de les Caixes d'Estalvi Provincials i Locals que actuïn en el terme municipal. El motiu de la seva incompatibilitat rau en el vincle existent entre aquestes entitats i el municipi, potser derivat de l'origen històric municipal de les caixes d'estalvi.
- Els contractistes o subcontractistes de contractes, la financiació total o parcial dels quals corri a càrrec de la corporació o d'establiments dependents.

Cal que ens centrem en aquesta incompatibilitat i, al respecte, invocarem diversos acords de la Junta Electoral Central i diverses resolucions judicials que han interpretat aquesta causa d'incompatibilitat:

- *“Con arreglo al artículo 178.2.d) de la LOREG, son incompatibles con la condición de concejal, los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes, entre los que pueden entenderse incluidos los trabajadores contratados por el Ayuntamiento para trabajar con cargo a una subvención concedida por el mismo en virtud del convenio INEM-Corporaciones Locales”* (Acord de data 27 de gener de 1992).
- La Junta Electoral Central ha acordat, de forma reiterada, que no existeix incompatibilitat amb la condició de regidor si l'interessat no s'incorpora en la plantilla de personal de l'ajuntament, ni tampoc quan es tracta d'obres de curta duració i finançades amb fons aliens a l'ajuntament, sempre que no es converteixi en contractista de la corporació local, ja que és aquest el supòsit incompatible, d'acord amb el contingut de l'article 178.2.d) de la LOREG. (Vid., per tots, acords de dates 2 de juny de 2005 i 10 de novembre de 2005, respectivament).
- En un acord de la Junta Electoral Central de 27 de setembre de 1996, es diu que, de l'expedient tramès per la corporació, resulta que els regidors afectats són socis d'una societat de serveis mèdics a la que una Mútua requereix els seus serveis. Però el fet que siguin socis no els converteix en subcontractistes i com no consta la participació societària, la JEC no es pot definir sobre la qüestió.
- Les participacions minoritàries d'una regidora casada en règim de ganancials en empresa que subministra materials a l'ajuntament, no permet configurar-la com contractista o subcontractista en els termes de l'article 178.2.d) de la LOREG, segons acord de data 8 de juny de 2001. Per contra, si que es declara incompatible a un regidor que és soci, al 50%, de la societat civil que subministra materials a un ajuntament (Acord de data 3 de desembre de 2001).
- La condició de regidora d'una treballadora d'empresa participada per l'ajuntament en un 35% i que té una concessió d'aquest, incorre en incompatibilitat d'acord amb l'article 178.1.b) de la LOREG, ja que la participació de l'ajuntament en l'empresa (35%), permet entendre que és una empresa dependent del consistori. (Acord de data 9 d'abril de 2003).
- En el marc de la legislació electoral i de conformitat amb el contingut de l'article 178.2.b) de la LOREG, l'incompatibilitat amb la condició de regidor afecta a Directors de serveis, funcionaris o resta de personal en actiu del respectiu ajuntament i de les entitats i establiments que en depenen i no afecta a personal d'ens supramunicipals (Acords d'11 de gener i 12 d'abril de 1991) o de la Diputació provincial (Acord de 15 d'octubre de 2001).
- L'incompatibilitat afecta a tot el personal en actiu de l'ajuntament, amb independència del règim jurídic de la relació, sigui administrativa o laboral (acords de 12 d'abril de 1991; 19 de juliol de 1996; 13 de març de 1997 i 21 d'abril de 1997).
- L'incompatibilitat també s'aplica a persones contractades per la corporació local, tot i que aquesta no aboni la retribució (Acord de 4 d'abril de 1991).
- El personal eventual que ostenta càrrecs de confiança o assessorament especial contemplat en l'article 104.2 de la LRBRL, forma part del personal al servei de les entitats locals, conforme al que disposa l'article 89 de la LRBRL, i s'ha de considerar incurs en la causa d'incompatibilitat prevista en l'article 178.2.b) de la LOREG, ja que aquesta causa es refereix als funcionaris i resta de personal en actiu dels respectius ajuntaments. (Acord de 10 de novembre de 2005).
- La condemna de suspensió de càrrec públic durant el termini de la condemna, no és causa d'incompatibilitat que comporti la privació del càrrec: únicament comporta la suspensió durant el termini de la condemna: Sentència de l'Audiència Territorial de Valladolid de 26 d'octubre de 1987.
- Sentència de l'Audiència Territorial de Bilbao de 3 d'octubre de 1988, confirmada posteriorment per la Sentència del Tribunal Suprem de 24 de juliol de 1989, que accepta en la seva integritat l'anterior. Aquesta Sentència declarà la inexistència de la causa d'incompatibilitat continguda en l'article 178.2.d) en un regidor que, abans d'accedir al càrrec, va obtenir una subvenció de l'ajuntament destinada a una cooperativa de la qual era promotor.
- Sentència del Tribunal Suprem de 16 de febrer de 1998: *“Frente al criterio del Tribunal a quo que anuló la declaración de incompatibilidad de un concejal acordada por la Corporación, se alega que, con arreglo al artículo 283 del Código de Comercio, el gerente de una empresa tiene el concepto legal de factor y, en consecuencia, contrata en nombre de sus principales que quedan obligados, por lo que si se permitiera a un Director-Gerente de una empresa contratista con el Ayuntamiento que fuera a la vez Concejal del mismo, se estaría en definitiva poniendo en peligro el principio de imparcialidad que debe regir toda actuación administrativa y de defensa de sus intereses generales*

sobre los particulares. Por otra parte, se cita también la Ley de Contratos del Estado, según el cual son incompatibles para contratar con la Administración pública los cargos electivos regulados en la LOREG.

El motivo no puede prosperar pues, como señala el Ministerio Fiscal, las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones o, al menos, desviaciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido, de suerte que, siendo este el principio general, si el artículo 178 de dicha Ley Orgánica se refiere a “contratistas o subcontratistas”, no cabe extender la causa de incompatibilidad a quienes no lo son en realidad, por alta que sea su función en la empresa de que se trate. Debe prevalecer, por tanto, el criterio mantenido por la Sentencia recurrida que, por lo expuesto, no puede considerarse lesivo del citado artículo 178.2.d) de la LOREG”.

- Sentència del Tribunal Suprem de 31 de maig de 2004: “No se pierden los derechos civiles frente a la Administración por ser elegido para un cargo representativo de la voluntad popular, sino que lo que ocurre es que se queda sujeto al régimen de prohibiciones e incompatibilidades legalmente previstas para quien ostenta dicho cargo, establecidas, no sólo con la finalidad de asegurar que su ejercicio no se traduzca en un indebido beneficio propio en detrimento del interés público, sino también para crear las condiciones objetivas que hagan creíble que no sea posible un inadecuado aprovechamiento del cargo para el que se ha sido elegido.

A los concejales les es aplicable la prohibición de contratar establecida en el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto cargo electivo de la corporación municipal. Y con ello, la Ley pretende evitar que, al mismo tiempo, se ejerza dicho cargo y se ostente la condición de contratista en una relación contractual con la corporación local a la que pertenece y en la que, lógicamente, se darán las situaciones de intereses contrapuestos propias de los contratos bilaterales. Pero también se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de “moralidad pública” para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el Ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios o privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal, no sólo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida por la corporación local propia, sino incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios que rigen la adjudicación de los contratos de las administraciones públicas. Por consiguiente, en materia de contratación, la opción a que se refiere el artículo 178.3 de la LOREG ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato, no después de la notificación de ésta [...]”

4.2 Incompatibilitats previstes a la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats de personal al servei de l'administració pública.

4.2.1. Regidors amb dedicació exclusiva.

L'article 75 de la LRBRL, determina que:

“ 1. Los miembros de las Corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desempeño de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas”.

Podem comprovar de la lectura de l'article 75.1 de la LRBRL, que el legislador s'ha mostrat especialment sensibilitzat pel tema de les incompatibilitats retributives i, en especial, pel que fa a retribucions a càrrec dels pressupostos públics. Però després, ha afegit la frase que constitueix la clau interpretativa de l'article: “ *así como para el desarrollo de otras actividades*” i, a continuació, l'article fa una remissió en bloc a la LI.

És a dir, si bé d'una primera lectura, caldria entendre que les incompatibilitats ho són a nivell retributiu, quan es reben contraprestacions dineràries de diverses administracions públiques, una segona lectura més atenta

ens porta a considerar que les incompatibilitats també ho poden ser per altres elements: per coincidència horària i per la confluència d'interessos públics i privats. I això, perquè l'article invoca activitats que res tenen a veure amb la tasca representativa. Aquesta incompatibilitat, que sembla absoluta, es modula amb la remissió en bloc a la LI: **si un regidor amb dedicació exclusiva decideix, a més, desenvolupar d'altra tasca pública o privada, ens hem de remetre a la LI, per tal de comprovar si incorre (o no) en incompatibilitat.**

Si un regidor ultrapassa allò que li és propi, que li és inherent, la representació política, és quan el legislador considera que no ha de concedir-li una protecció especial. Perquè ningú li està impedit l'accés al càrrec ni el posterior manteniment en el mateix, sinó que li està modulant el fet que vulgui compatibilitzar la seva tasca amb d'altres.

Front el bloc d'incompatibilitats regulats a la LOREG, ens trobem amb el bloc d'incompatibilitats regulats a la LI, que només seran aplicables a un regidor amb dedicació exclusiva quan pretengui desenvolupar una activitat no representativa, una activitat merament professional, ja sigui en el camp públic o privat. Les incompatibilitats de la LOREG van del tot unides al caràcter representatiu dels càrrecs electes. Així, si una persona es presenta com a regidor d'un municipi, el règim d'inelegibilitat i d'incompatibilitat al qual es troba sotmès, és el previst en els articles 6, 7, 177 i 178 de la LOREG, mentre que si aquest regidor, que ostenta la representació popular, decideix portar a terme una activitat professional paral·lela, quan vol compaginar representació (dedicació exclusiva) i professió (dins l'àmbit públic o privat), el legislador l'ha volgut equiparar al treballador que forma part de l'Administració.

I el legislador ha fet aquesta equiparació per tal que l'òrgan administratiu decideixi, amb adequació a la normativa aplicable, si la compatibilitat de tasques és possible, tenint en compte: l'horari de les dues feines; les retribucions i la possible coincidència dels assumptes a tractar. Només coneixent aquestes dades es podrà arribar a decidir si la compatibilitat és (o no) possible.

Evidentment, cas de donar-se l'incompatibilitat, el regidor podria renunciar a percebre la retribució d'algun dels llocs de feina que desenvolupés dins el sector públic. Als efectes, cal recordar que, d'acord amb el que determina l'article 13.4 del ROF, el nomenament d'un membre de la corporació per a un càrrec que comporti la dedicació exclusiva, només suposarà l'aplicació d'aquest règim, cas de comptar amb l'acceptació del proposat. No ens trobem doncs, davant un nomenament automàtic, sinó que l'acceptació es configura com un requisit constitutiu de la condició de membre electe amb determinada dedicació.

El mateix es pot predicar quan el lloc de feina a compatibilitzar es troba en el sector privat, ja que, en aplicació de l'articulat de la LI, hauríem d'estudiar, cas per cas, si és possible la compatibilitat retributiva, horària o de coincidència d'assumptes a tractar.

Com a novetat, cal també dir que l'article 75.8 de la LRBRL, en la redacció que resulta de l'entrada en vigor del Reial Decret Legislatiu 2/2008, de 20 de juny, que aprova el Text refós de la Llei del Sòl, determina que, durant els dos anys següents a la finalització del seu mandat, els representants locals a que es refereix l'apartat 1 de l'article (regidors amb dedicació exclusiva) que hagin ostentat responsabilitats executives en les diferents àrees en què s'organitza el govern local, els serà d'aplicació en l'àmbit territorial de la seva competència, les limitacions a l'exercici d'activitats privades establertes en l'article 8 de la Llei 5/2006, de 10 d'abril, de Regulació de Conflictes d'interessos dels Membres del Govern i dels Alts Càrrecs de l'Administració General de l'Estat.

4.2.2. Regidors amb dedicació parcial.

Les reflexions predicades dels regidors amb dedicació exclusiva no són aplicables als regidors amb dedicació parcial. La norma diferencia clarament el representant amb dedicació exclusiva d'aquell que la té parcial. En el primer dels casos, hi ha una remissió en bloc a la LI, i en el segon dels casos, únicament es preveu el tema de les incompatibilitats retributives -si es perceben a càrrec de pressupostos públics- i horàries. La dedicació parcial es troba regulada en els paràgrafs 2 i 6 de l'article 75 de la LRBRL.

4.2.2.1. Regidor amb dedicació parcial que forma part del personal d'administracions públiques o dels ens, organismes i empreses dependents.

Aquests regidors només podran percebre retribucions per la seva dedicació parcial quan es realitzi fora de la jornada laboral a prestar en el respectiu lloc de feina, en els termes assenyalats a la LI. Tant la LRBRL com la LI indiquen que les retribucions no poden superar els límits que s'estableixin amb caràcter general. L'administració en la qual exerceix com a membre electe i l'ajuntament del qual en sigui treballador, s'hauran de comunicar la jornada respectiva, així com les retribucions que es perceben i qualsevol modificació posterior.

Si les tasques com a regidor s'haguessin de desenvolupar en horari de feina com a funcionari o laboral de l'Administració, la percepció d'ambdós sous seria incompatible, tal i com assenyala, amb caràcter genèric, l'article 5.2 de la LI.

4.2.2.2. Regidor amb dedicació parcial que treballa en l'àmbit privat.

La normativa vigent permet que es puguin compatibilitzar ambdues tasques, sempre que la jornada horària no sigui coincident. El problema ve donat per l'aplicació de l'article 37.3.d) del Text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors, aprovat per Reial Decret Legislatiu 1/1995, de 24 de març, quan el membre electe pretén compatibilitzar el seu lloc de treball a l'empresa privada amb una dedicació parcial retribuïda a la corporació local, prèvia reducció de la seva jornada al sector privat. L'article 75.6 de la LRBRL estableix que, als efectes del què disposen l'article 37.3.d) del Text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors i l'article 30.2 de la Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per la reforma de la funció pública, s'entén per temps indispensable per al desenvolupament del càrrec electe d'un ens local, el necessari per a l'assistència a les sessions dels òrgans col·legiats dels quals en formi part, així com l'atenció a les delegacions que tingui.

Si la reducció de l'horari de treball a l'empresa privada no supera el 20% del total trimestral, la compatibilitat no oferirà cap problema. Si el supera, l'empresari pot optar per passar el treballador a la situació d'excedència forçosa, amb reserva del lloc de treball. (Art. 46.1 del Text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors).

Com sigui que l'article 74.3 de la LRBRL garanteix el dret del membre electe que no tingui dedicació exclusiva, a romandre en el lloc de treball, sense que pugui ser traslladar a una altra localitat, es planteja el dubte de si aquesta garantia impedeix, en el supòsit específic dels electes locals, que l'empresari faci ús del dret de passar el seu empleat a la situació d'excedència forçosa amb reserva del lloc de treball. De les opinions consultades¹ es desprèn de forma unànime que les previsions de l'article 74.3 de la LRBRL, no impediran que l'empresari faci ús de la potestat que li reconeix l'article 37.3.d) del Text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors, per tal de passar a la situació d'excedència forçosa al treballador que redueixi en més d'un 20% trimestral la seva jornada de treball, amb la finalitat de dedicar-se parcialment a les seves tasques com a electe local.

Es tracta doncs, d'una excedència forçosa que comporta la reserva del lloc de treball i que compte amb la garantia addicional de l'article 74.3 de la LRBRL, segons el qual, el treballador afectat tindrà dret a reincorporar-se en el mateix centre de treball en què prestava els seus serveis en el moment de ser declarat en excedència. Ara bé, això no assegura l'estabilitat laboral de forma absoluta, doncs la relació laboral es podrà extingir si esdevé una causa legal suficient, per exemple, si el contracte fos temporal.

Pel que fa al salari a percebre per part de l'empresa privada, en principi no ha de patir reducció alguna, però l'article 37.3.d) del Text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors, preveu que si l'empleat rep algun tipus de compensació pel desenvolupament del seu càrrec públic, l'empresa tindrà dret a descomptar-li del seu salari l'import d'aquesta compensació.

4.2.3. Un curiós supòsit

Des del Servei d'Assistència Jurídica Local de la Diputació de Barcelona, l'any 2001, es va emetre un informe sobre les possibles incompatibilitats en què podia incorrer el Regidor d'Urbanisme d'un ajuntament de la Província que tenia dedicació parcial i, a més, desenvolupava la professió d'arquitecte en un despatx obert en el mateix terme municipal. Qui atorgava les llicències d'obres era la Junta de Govern Local i el regidor, que formava part d'aquest òrgan, s'abstenia quan creia que existia una confluència d'interessos públics i privats.

A continuació exposarem el que vam dir a l'efecte:

- Que resultava ociós entrar en el tema de compatibilització horària entre la tasca de regidor a temps parcial i la tasca d'arquitecte en un despatx professional propi, ja que el regidor es podia fixar l'horari que considerés oportú en el despatx i respectar el que hagués fixat el consistori.
- Una Sentència del Tribunal Suprem de 23 de gener de 1984 (RJ 1984/139) va resoldre un cas idèntic i no va apreciar incompatibilitat entre el desenvolupament del càrrec de regidor i l'exercici

¹ "El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados", consultas números 2958/1991; 3234/1995 i 785/1997. MONTOYA MELGAR i d'altres, "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores", Editorial Aranzadi, Pamplona 1995, pàgina 165: "[...] como quiera que el cumplimiento del deber puede generar ausencias importantes (v.gr., en concejales, diputados, etc) es razonable y equitativa la regla que faculta a la empresa para poner en práctica la situación de excedencia contemplada por los artículos 46.1 y concordantes ..."

lliure de la professió d'arquitecte, dins el mateix terme municipal, en considerar que no es pot fer extensible als regidors el règim d'incompatibilitats aplicables als arquitectes municipals. Són del parer que aquest pronunciament, cas que el regidor tingués dedicació exclusiva, amb l'actual redacció de l'article 75 de la LRBRL, no hagués estat el mateix, tenint en compte la remissió en bloc a la LL.

- No es pot obviar que el concepte de càrrec públic es caracteritza per les idees de desinterès privat i confiança pública: la responsabilitat de caire representatiu ha de deixar de banda interessos particulars: per això, sembla difícil pensar que la imparcialitat o independència d'un regidor amb dedicació parcial, no es vegi compromesa quan hi ha una coincidència entre assumptes públics i privats.
- Un regidor d'urbanisme que disposa de despatx propi dins el mateix municipi del qual n'és representant; despatx on pot elaborar projectes d'obra que controla el departament del qual n'és responsable polític; regidor que, posteriorment, elevarà les propostes de resolució dels expedients que donaran lloc al pronunciament de la Junta de Govern Local de les llicències d'obres, són premisses que, tot i no trobar-se encabides en cap dels supòsits d'incompatibilitat, no poden deixar indiferents als operadors jurídics. Aquest raonament pot ser dut molt més enllà, al centrar-se en la informació de la qual disposa per raó del seu càrrec i que pot utilitzar en la seva tasca professional.

Posàvem en evidència fins a quin punt es mostra com és de fràgil la frontera que separa la imparcialitat i la parcialitat: conductes que, cas de ser traspassades, haurien de merèixer una resposta que, pel que fa a la dedicació parcial, no troba el seu ajust legal en cap norma electoral ni administrativa.

- Crèiem que el perill més greu que podria representar l'actuació continuada del regidor de l'ajuntament, seria el seu hipotètic encabiment en diversos tipus definits en el Codi Penal:
- El tipus definit en l'article 428, que es troba incorporat dins el capítol VI, dedicat al tràfic d'influències i que determina: *"El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad, prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le puede generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior"*.
- El delictes tipificat en l'article 439 del Codi Penal que, com indica QUINTERO OLIVARES², és un dels principals exponents de la funció suplent que el dret penal compleix en relació a la manca d'aplicació o operativitat d'altres branques de l'ordenament jurídic. Les conductes que venen subsumides en aquest delictes suposen, en realitat, un incompliment del deure d'abstenció de funcionaris i autoritats. Aquest article diu: *"La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aprovechó de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años"*.
- L'article 441 tipifica la següent conducta: *"La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen, o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años"*.

En aquest article el bé jurídic tutelat és el respecte del principi d'imparcialitat en l'exercici de funcions públiques: es tracta d'evitar la possible confluència en l'autoritat o funcionari, d'interessos públics i privats que puguin incidir en l'exercici de les seves funcions. QUINTERO OLIVARES³

² QUINTERO OLIVARES, GONZALO i ALTRES, "Comentarios al nuevo Código Penal", Editorial Aranzadi, Navarra, 1996.

³ QUINTERO OLIVARES, GONZALO i altres, Op. cit.

afirma però, que amb aquesta tipificació s'eleva a la categoria de delictes, meres infraccions disciplinàries.

- En darrer lloc, entre els delictes que suposen un abús de les funcions del càrrec, ens trobem el tipificat en l'article 442 del Codi Penal, que diu: *“ La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa de tanto al triple del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.”*
- Vam concloure que, amb l'enumeració de conductes delictives no s'afirmava que la conducta genèrica del regidor s'encabís en cap de les mateixes, sinó que existia el perill de poder-se subsumir en alguna d'elles, cas de donar-se els elements típics dels tipus penals esmentats.

4.3. Prohibicions de contractar.

L'article 20.e) del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, avui derogat, declarava l'incompatibilitat dels càrrecs electes de les administracions públiques per a contractar, en els termes continguts a la LOREG. Aquesta incompatibilitat s'aplicava també a les persones casades amb els càrrecs, o vinculades amb anàloga relació de convivència afectiva i també als descendents de les persones anteriors, quan aquests n'ostentin la representació legal.

L'aplicació d'aquest article ha estat molt controvertida. Com sigui que fa una remissió a la LOREG, hem d'acudir a l'article 178 de dita llei i, així, són incompatibles els contractistes o subcontractistes de contractes el finançament (total o parcial) dels quals corria a càrrec de la corporació o d'establiments dependents.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en informe 60/1996, de 18 de desembre, declara que la prohibició de contractar dels membres electes de les corporacions locals no està inclosa en la Llei 12/1995, ni en la Llei 53/1984. L'única disposició en la que es poden fonamentar situacions d'incompatibilitat és la LOREG, a la qual ens remet de forma expressa la normativa sectorial contractual. Així, hom pot esmentar que la Junta ha considerat que un regidor que té un lloc de venda al públic de diaris és incompatible per contractar amb l'ajuntament el subministrament de premsa diària. Ara bé, ha considerat que és compatible per a contractar un regidor que té més del 10% de les accions d'una societat titular d'estació de servei per a subministrar benzina a l'ajuntament.

La constant doctrina de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa en matèria de prohibició de contractar i incompatibilitats de càrrecs electes, es manifesta en tres informes: número 60/1996, de 18 de desembre; 28/2000, de 30 d'octubre i 29/2001, de 13 de novembre. A continuació transcriurem part de l'informe 2/2003, de 28 de febrer, que recull la doctrina incorporada en els informes prèviament citats:

“[...] se determina que la incompatibilidad de alcaldes y concejales viene establecida en el artículo 20, apartado e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y que, por remisión al artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, existe, respecto de los alcaldes y concejales para los contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la corporación municipal o de establecimiento de ella dependientes [...] Debe advertirse, sin embargo, que el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas extiende la incompatibilidad a las personas físicas y a los administradores de personas jurídicas, por lo que en este último supuesto, también procederá apreciar la incompatibilidad que determina la prohibición de contratar.

“[...] si se trata de un contrato celebrado entre el Ayuntamiento de X y una empresa de transporte de viajeros y mercancías de la que el ex Alcalde y actual Concejale es administrador, existe la incompatibilidad y causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 178 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y, por tanto, el contrato o los contratos celebrados [...] serían nulos de pleno derecho [...]”

Considerem interessant esmentar un relativament recent informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, el 48/2003, de 12 de març de 2004, relatiu a incompatibilitats de regidors per a resultar adjudicataris de contractes d'arrendament de finques rústiques. La Junta es va pronunciar així:

“[...] En cuanto a la prohibición de contratar o incompatibilidad para ser adjudicatario de contratos de arrendamiento de fincas rústicas los concejales, sus cónyuges e hijos, hay que remitirse a nuestros informes

de 21 de diciembre de 1999, reproducido en el de 17 de noviembre de 2003, en los que se declara que un contrato de arrendamiento de un bien inmueble de propiedad municipal, en el que figura como arrendador el Ayuntamiento y como inquilino o arrendatario un concejal, no tiene encaje en el artículo 178 de la Ley Electoral General y, por tanto, en el artículo 20, letra c), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si se tiene en cuenta que, en este caso concreto, el contrato no es financiado por el Ayuntamiento, ni por establecimiento del mismo dependiente, sino que es el concejal, mediante el cumplimiento de su obligación de pago de la renta, el que está, en cierto modo, financiando al Ayuntamiento, desapareciendo un elemento básico de la incompatibilidad, cual es el de que los concejales, vía contractual, perciban fondos del Ayuntamiento”

4.3.1. Extensió de la prohibició de contractar.

La LOREG es refereix de forma individual al càrrec electe, sense fer extensiva l'incompatibilitat al marit-muller i descendents, ni a la participació en una empresa. Una llei ordinària no pot modificar una llei orgànica. Podriem entendre, doncs, que la LOREG es refereix a la persona física, càrrec electe i que no abastaria la prohibició de contractar al marit-muller o a descendents. Però aquesta interpretació literal xoca amb la normativa vigent fins l'any 1995, a saber, l'article 5 del Reglament de contractació de les corporacions locals, derogat per la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques i també amb el règim d'incompatibilitats que regeix pels alts càrrecs i pel personal al servei de les administracions públiques. Per tant, l'article 20 del fins fa poc vigent Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, s'ha d'interpretar de la següent forma:

Es remet a al règim d'incompatibilitats de l'article 178 de la LOREG i imposa una prohibició per a contractar al marit-muller del càrrec i als descendents subjectes a representació legal. No abasta la prohibició de contractar a la participació accionarial en societats contractistes.

4.3.2. Possibilitat de què el regidor participi en licitacions.

L'article 178 de la LOREG declara incompatibles amb la condició de regidors als contractistes o subcontractistes de contractes finançats, total o parcialment, per la corporació municipal de què en formen part. Quan es produeixi aquesta situació, l'afectat ha d'optar entre la renúncia a la condició de regidor o a abandonar la situació que dóna lloc a l'incompatibilitat. Tenint en compte el contingut de la Llei de contractes, el regidor ha de justificar en la seva proposta de licitació, que no es troba incurs en cap prohibició de contractar, la qual cosa comporta que si un regidor es presenta a una licitació amb l'administració de la qual n'és regidor, ha de renunciar amb caràcter previ a la presentació de les pliques. Aquesta afirmació no la fem gratuïtament. La Sentència del Tribunal Suprem de 31 de maig de 2004 diu que:

“ A los concejales les es aplicable la prohibición de contratar establecida en el artículo 20.e LCAP, en cuanto cargo electivo de la corporación municipal. Y con ello, es verdad, la Ley pretende evitar que, al mismo tiempo, se ejerza dicho cargo y se ostente la condición de contratista en una relación contractual con la corporación local a la que pertenece, y en la que, lógicamente, se darán las situaciones de intereses contrapuestos propias de los contratos bilaterales. Pero, también se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad, sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de “moralidad pública” para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios y privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal no sólo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida con la corporación local propia, sino incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rige la adjudicación de los contratos de las administraciones públicas. Por consiguiente, ha de considerarse que, en materia de contratación, la opción a que se refiere el artículo 178.3 LOREG ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato, no después de la notificación de ésta o de haber sido elegido ...”

Una altra Sentència del Tribunal Suprem de 4 de juliol de 2006, diu que:

[...] “La prohibición de contratar se impone a los administradores de la persona jurídica y no a la sociedad propiamente dicha de la que podría formar parte un concejal o el propio alcalde, pero esa prohibición sin duda se hace efectiva cuando, como en este caso ocurre, el alcalde es administrador de la sociedad que contrató con la corporación. Es precisamente en este caso y no en otro en el que se produce la prohibición ineludible para contratar que afecta a los administradores de la persona

jurídica y, en este caso, al alcalde que ostentaba esa condición en el seno de la sociedad recurrente”.

- Interpretació de l'article 49.1.f) de la vigent Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic: “1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:[...]

f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 d'abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier administración pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas. La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.”

La Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana ha emès l'informe 5/2007, de gener de 2008, relatiu a l'incompatibilitat de regidors i prohibició de contractar, que estudia l'abast de la novetat continguda a l'article 49 (que consta en negreta en el text). El supòsit que estudiava era el següent: Un ajuntament de la Província va sol·licitar informe relatiu a si l'empresa del marit de la regidora d'hisenda podia contractar obres amb el citat municipi. El marit era soci de l'empresa.

L'informe diu: “A la vista de la redacción del artículo 20.e) del TRLCAP, el hecho de ser socio el marido de la concejal del ayuntamiento de X, no da lugar a esta prohibición, la que se produciría en caso de ser –de acuerdo con el citado precepto- administrador de la misma, lo que deberá tener en cuenta el Ayuntamiento consultante, por si se produce esta circunstancia.

[...] No obstante todo ello, esta Junta advierte que esta situación cambia radicalmente en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en el sentido de que la nueva redacción que el citado texto da a la prohibición de contratar, por mor de incompatibilidad. Así, el nuevo art.49, apartado f) in fine, establece: “La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier administración pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas”. “ Por tanto, a la entrada en vigor de la citada ley, que se producirá, como hemos señalado, el 2 de mayo de 2008, afectará de pleno la situación que se deriva del escrito de la consulta, resultando la incapacidad para contratar que, con el actual TRLCAP, no se da en la actualidad”.

5. INCOMPATIBILITATS DEL PERSONAL AL SERVEI DE L'ADMINISTRACIÓ LOCAL.

5.1. Marc normatiu.

La Disposició Final tercera de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut Bàsic de l'empleat públic, ha modificat les lletres a) i g) de l'apartat 1 de l'article 2 de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques. El preàmbul de la Llei 7/2007, proclama: “ Por otro lado, aunque este Estatuto mantiene en vigor el sistema de incompatibilidades actual, se hace necesario adecuarlo en parte al nuevo régimen jurídico establecido en nuestro Estatuto. En este sentido, la Disposición Final Tercera refuerza la total incompatibilidad del personal directivo, incluido el sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección, para el desempeño de cualquier actividad privada. Y además se incluye en el personal sujeto a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades al servicio de las Administraciones Públicas, al personal al servicio de agencias, así como de fundaciones y consorcios en determinados supuestos de financiación pública, como consecuencia de la aparición de nuevas figuras y entes”.

Dit això, hom pot afirmar que el règim d'incompatibilitats del personal al servei de l'administració local, es troba regulat en la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats de personal al servei de l'administració pública i, de forma supletòria a Catalunya, el Reial Decret 598/1985, de 30 d'abril, que la desenvolupa. També hem de fer esment al Reglament de personal al servei de les entitats locals de Catalunya, aprovat per Decret 214/1990, de 30 de juliol. L'article 321 d'aquest Decret diu que el règim d'incompatibilitats del personal al servei de les entitats locals comprès en l'àmbit del Reglament, és l'establert amb caràcter general per a la funció pública en la Llei 53/1984, de 26 de desembre,

d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques i el contingut en la Llei 21/1987, de 26 de novembre, d'incompatibilitats del personal al servei de l'Administració de la Generalitat de Catalunya.

5.2. Principi general d'incompatibilitat.

D'acord amb el què disposa l'article 1 de la LI, el personal al servei de les entitats locals no pot compatibilitzar les seves activitats públiques amb el desenvolupament, per sí mateix o per substitució, d'un segon lloc de treball, càrrec o activitat en el sector públic, ni pot percebre més d'una retribució amb càrrec als pressupostos de les administracions públiques, ni dels ens, organismes i empreses dependents. A més, l'apartat 3) de l'article, diu que el desenvolupament d'un lloc de feina per part del personal inclòs en l'àmbit d'aplicació de la Llei, serà incompatible amb l'exercici de qualsevol càrrec, professió o activitat, públic o privat, que pugui impedir l'estricta compliment dels seus deures o comprometre l'imparcialitat o independència.

Del contingut dels articles 1 i 2 de la LI, es dedueix que la Llei resulta d'aplicació als funcionaris de carrera, als funcionaris interins, als funcionaris eventuais i al personal laboral al servei de l'administració local, inclosos el personal d'organismes autònoms i societats municipals participades per l'entitat local, directament o indirecta, en més del 50% del capital social, al personal al servei d'entitats i corporacions de dret públic, fundacions i consorcis, els pressupostos dels quals es dotin ordinàriament en més d'un 50% amb subvencions i d'altres ingressos procedents de les administracions públiques i també als membres electes, amb les particularitats que hem vist al tractar de les incompatibilitats dels regidors.

La LI parteix del principi general d'incompatibilitat, al prohibir la compatibilitat de dues activitats, tant si es desenvolupen en el sector públic o en el privat. I aquesta prohibició es complementa amb la continguda en l'article 3.2, que declara l'incompatibilitat entre un lloc de feina en el sector públic i : *“ la percepción de pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio”*; així, en aquests supòsits, la percepció de les pensions restarà en suspens mentre duri el desenvolupament del lloc de feina públic, sense afectar a les actualitzacions. I també es complementa amb la Disposició transitòria novena en relació a les pensions per orfandad.

Pel que fa a les activitats privades, l'article 12 de la LI estableix unes prohibicions absolutes per exercir-les:

“1. En todo caso, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá ejercer las actividades siguientes:

a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo dependencia o al servicio de entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto publico.

Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.

b) La pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de empresas o entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en que preste sus servicios el personal afectado.

c) El desempeño, por si o persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.

d) La participación superior al 10% en el capital de las Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior.

2. Las actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones públicas sólo podrán autorizarse cuando la actividad pública sea una de las enunciadas en esta Ley como de prestación a tiempo parcial”.

5.3. Excepcions al principi general d'incompatibilitat.

Però aquestes prohibicions queden modulades pel contingut de l'article 11 de la LI; article que, després de recordar el contingut de l'article 1, faculta al Govern per determinar, mitjançant Reial Decret, les funcions, llocs o col·lectius del sector públic incompatibles amb determinades professions o activitats privades, que puguin comprometre l'imparcialitat o independència del personal, impedir l'estricta compliment dels seus deures o perjudicar els interessos generals.

Aquesta delimitació es troba continguda en l'article 11 del RD 598/1985, de 30 d'abril, sobre incompatibilitats del personal al servei de l'Administració de l'Estat, de la Seguretat Social i dels ens, organismes i empreses

dependents. I, en l'àmbit autonòmic, es troba continguda en els articles 322 i següents del Decret 214/1990, de 30 de juliol.

- Activitats que no necessiten declaració de compatibilitat (Article 19 LI)
 - a) Les activitats derivades de l'administració del patrimoni personal o familiar, sempre que no es tracti de les activitats privades compreses a l'article 12, declarades com absolutament incompatibles.
 - b) La direcció de seminaris o el dictat de cursos o conferències en centres oficials destinats a la formació de funcionaris o professorat, i la preparació per l'accès a la funció pública, quan no tinguin caràcter permanent o habitual ni suposin més de 75 hores anuals ni impliqui un incompliment de l'horari de feina.
 - c) La participació en Tribunals qualificadors de proves selectives per ingrès a les diverses Administracions Públiques, excepció feta que s'hagin preparat aspirants en els 5 anys anteriors a la publicació de la convocatòria, tal i com diu ALONSO⁴ per la remissió que fa l'article 17.2 del RD 598/1985, de 30 d'abril, a l'article 12.3 del RD 2223/1984, de 19 de desembre.
 - d) La participació del personal docent en exàmens, proves o evaluacions diferents a les que pertocquen amb caràcter habitual.
 - e) L'exercici del càrrec de President, Vocal o membre de Junes rectores de Mutualitats o Patronats de funcionaris, sempre que no sigui retribuït.
 - f) La producció i creació literària, artística, científica i tècnica, i les publicacions derivades, sempre que no s'originin com a conseqüència d'un relació de feina o de prestació de serveis.
 - g) La participació ocasional en col·loquis i programes en qualsevol mitjà de comunicació social.
 - h) La col·laboració i assistència ocasional a congressos, seminaris, conferències o cursos de caràcter professional.
- Activitats que resten subjectes a prèvia autorització de compatibilitat.

Activitats públiques

- a) Per raons d'interès públic, en la previsió continguda en l'article 3 de la LI: el Consell de Ministres o l'òrgan de govern de les CCAA poden establir altres supòsits de compatibilitat específics per una activitat pública per raons d'interès públic, sempre que es prestin en règim laboral, a temps parcial i amb duració determinada, d'acord amb les condicions exigides per la legislació laboral. A títol d'exemple, podem citar, en la nostra CCAA, el Decret 69/2006, d'11 d'abril, d'aprovació del Reglament d'organització i funcionament de la Comissió Jurídica Assessora: l'article 15 declara l'existència d'interès públic en l'exercici del càrrec de membre de la Comissió, així com raons d'especial interès pel servei.
- b) Activitat docent i sanitària, en la previsió continguda en l'article 4 de la LI.
- c) Càrrecs electes, en la previsió continguda en l'article 5 de la LI.
- d) Activitats d'investigació i assessorament, en la previsió continguda en l'article 6 de la LI.
- e) Pertinença a Consells d'Administració o Òrgans de Govern d'entitats o empreses públiques o privades: d'acord amb l'article 8 de la LI, podrà desenvolupar una segona activitat pública el personal que actui en representació del sector públic, per pertinença a Consells d'Administració o Òrgans de Govern d'entitats o empreses públiques o privades, si únicament reben dietes o indemnitzacions per assistència als mateixos, d'acord amb la quantia prevista amb caràcter general per les Administracions públiques (Reial Decret 462/2002, de 24 de maig). No es pot pertanyer a més de dos Consells d'Administració o Òrgans de Govern, excepció feta que ho autoritzi el Ple de la corporació, amb caràcter excepcional.

Activitats privades.

El Govern, mitjançant el Reial Decret 598/1985, de 30 d'abril, ha determinat les funcions, llocs i col·lectius del sector públic incompatibles amb determinades professions o activitats privades (Vid., a l'efecte, l'article 11)

⁴ ALONSO HIGUERA, CARMEN, "Manual del Secretario. Teoría y práctica del Derecho Municipal", Editorial Atelier, Barcelona, 2002.

Segons ALONSO⁵, l'article 12 de la LI determina unes activitats privades que, en cap cas, podran ser exercides per personal al servei de les administracions públiques. Per tant, totes les activitats privades que no coincideixin amb aquests supòsits, podran ser objecte de declaració de compatibilitat, sempre que no es donin les següents circumstàncies:

- Que la persona ocupi un lloc públic que comporti la percepció de complement específic o estigui retribuït mitjançant arancel. L'excepció a aquesta declaració genèrica ve continguda en l'article 16.4 de la LI: es podrà declarar la compatibilitat malgrat percebre complement específic si la quantia no supera el 30% de la retribució bàsica, exclosos els conceptes que tinguin origen en l'antiguitat.
- Que l'exercici de l'activitat privada pugui impedir l'estricta compliment dels deures públics o comprometre l'imparcialitat o independència. (Article 11 de la LI).
- Que prèviament s'hagi autoritzat a la persona interessada la compatibilitat per un segon lloc o activitat en el sector públic i la suma de jornades d'ambdós llocs sigui igual o superior a la màxima establerta en les administracions públiques. (Article 10 del RD 598/1985, de 30 d'abril).

5.4. Prohibicions de contractar.

L'article 49.1.f) de la vigent Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, determina: "1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:[...]"

f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier administración pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas. La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal."

Fins ara, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat ha vingut interpretant la prohibició de contractar del personal al servei de les administracions públiques en la forma que a continuació es transcriu⁶:

"La prohibición de contratar prevista en la letra e) del artículo 20 del TRLCAP sólo es aplicable a las personas jurídicas si alguno de sus administradores está incurso en causa de incompatibilidad legal. Por tanto, si la persona física en la que concurra una causa de incompatibilidad legal sólo es partícipe en el capital social y no es administradora, la persona jurídica no incurrirá en aquella causa de prohibición legal de contratar, siempre que, además, no sean administradores alguna de las personas a que se refiere el párrafo segundo de la letra e) del artículo citado.

De todo cuanto antecede se deduce como conclusión que la prohibición de contratar prevista en el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sólo se extiende a las empresas o entidades contratistas en los casos en que la incompatibilidad a que el precepto se refiere afecte a alguno de sus administradores."

Doncs bé, el vigent article 49 de la LCSP ha variat aquesta situació, tal i com determina l'Informe 3/2009, de 18 de juny, de la Junta Regional de Contractació Administrativa de Murcia:

"El significado de la prohibición de contratar por la introducción del párrafo segundo del apartado 1.f) no ofrece duda en cuanto a su interpretación y significado, que no es otro que las personas jurídicas estarán incurso en prohibición de contratar, no sólo cuando las personas afectadas por incompatibilidad (el propio personal dependiente de la administración y personas allegadas) sean administradores de aquellas por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero de dicho apartado, sino también cuando tengan una

⁵ ALONSO HIGUERA, CARMEN, Op. cit

⁶ Informes de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa 55/2000, de 5 de març de 2001 i 55/2007, de 24 de gener de 2008.

participación superior al 10 por 100 en el capital de las mismas, aunque no ostenten ningún cargo de administración en ellas, de manera que lo que realmente se produce es una extensión de la prohibición de contratar [...] En definitiva, y de acuerdo con la actual redacción del artículo 49.1.f) de la LCSP en relación con los apartados c) y d) del artículo 12 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, no podrán contratar con el sector público:

- El propio personal al servicio de la Administración Regional.
- Su cónyuge o persona con la que mantenga análoga relación afectiva.
- Sus descendientes respecto de los cuales ostente su representación legal.
- Las personas jurídicas en las que el propio personal o cualquiera de las personas allegadas antes mencionadas, ostenten un cargo de administrador en estas o tengan una participación superior al 10% en el capital de las mismas.”

6. L'ABSTENCIÓ.

6.1. Marc normatiu:

- Articles 28 i 29 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú. (LRJAP)
- Article 76 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local. (LRBRL)

6.2. Classes

- Voluntària: la planteja voluntàriament el funcionari (article 28.1 LRJAP).
- Forçosa: l'ordena el superior (article 28.4 LRJAP). Aquesta classe d'abstenció es diferencia de la recusació, perquè la darrera comporta la intervenció d'un tercer, interessat en el procediment.

6.3. Causes

Són les detallades en l'article 28 de la LRJAP.

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

Segons GONZÁLEZ PÉREZ⁷, l'interès personal s'ha d'entendre com a un interès privat, contraposat a l'interès públic en exercici de les funcions pròpies de l'administració. El Tribunal Suprem ha consolidat una doctrina entorn a l'interès personal: l'Administració ha de servir amb objectivitat els interessos públics, sotmetent-se a la Llei i al dret. A més, un principi general del dret natural ha de completar aquesta exigència, imposant a les autoritats i personal un comportament exemplar que eviti situacions compromeses i sospitoses en ordre a la confusió entre interessos públics i privats.

Són nombrosos els casos en què s'al·lega com a causa d'abstenció o recusació d'un regidor, tenir interès personal en l'aprovació inicial de les figures de planejament general. Doncs bé, com a criteri general, en aquests supòsits no juga la figura de l'abstenció. Els corporatius, com la resta de veïns del municipi, poden ser propietaris de terrenys que es troben afectats per l'aprovació de les normes urbanístiques i no per aquest motiu, s'han d'abstenir en la votació dels acords a adoptar. I això, perquè existeix un interès institucional per sobre del privat. No existeix un interès concret patrimonial directe i detectable. Ara bé, l'abstenció sí que operaria quan el què s'ha d'aprovar és un instrument de gestió urbanística que concreta l'aprofitament: el projecte de reparcel·lació. Actualment, la competència d'aprovació competeix a l'Alcalde i l'abstenció operaria cas de ser ell un dels propietaris del sector.

El mateix raonament podem fer en relació a les aprovacions de pressupost i expedients d'imposició i ordenació de contribucions especials que afecten a diferents propietaris dins el municipi.

Malgrat aquesta genèrica afirmació, també cal dir que existeixen casos en què les modificacions puntuals de planejament afecten únicament una finca que pertany a un regidor: en aquest cas, sí que estaríem davant

⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS i GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, “Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)”, Editorial Thomson Civitas, Quarta edició, Pamplona, 2007.

una causa d'abstenció àdhuc en el cas de trobar-nos davant una figura de planejament i no de gestió. Per aquest motiu existeix diversa casuística i els Tribunals són molts curiosos en estudiar els elements concurrents en tots i cadascun dels supòsits que han de jutjar.

Sentències que aprecien l'existència d'interès personal:

* Sentència dictada pel Tribunal Superior de Justícia de Castilla-La Mancha de 24 de febrer de 2003 (RJCA 2003/442): Es declara no vàlid un acord plenari d'aprovació de les bases per atorgar subvencions a parcel·listes d'urbanitzacions dins el terme municipal, perquè un dels regidors que va votar, era propietari d'una parcel·la i president d'una entitat urbanística col·laboradora. El seu vot va ser determinant per adoptar l'acord.

“ SEGUNDO. Alegan, en primer lugar, los recurrentes que los acuerdos impugnados están viciados desde su origen, puesto que el órgano administrativo que lo adoptó no gozaba de la imparcialidad necesaria para ello; ya que el acuerdo plenario de 3 de septiembre de 1999, ratificando y ampliando las subvenciones a los parcelistas de las urbanizaciones del término municipal de Torrejón del Rey, fue aprobado gracias al voto favorable de un Concejal de la Corporación Local, el de Don Guillermo, que votó a favor de las bases para el otorgamiento de subvenciones de las urbanizaciones, siendo Presidente de la Entidad Urbanística Colaboradora, Parque de las Castillas 1ª, 2ª y 3ª fase, y titular de una vivienda en la citada urbanización. La confirmación probatoria de esta realidad fáctica (según resulta del certificado dado por el Secretario de la Administración pública local demandada, en fecha 19 de enero de 2001, y que obra en el ramo de prueba de la parte demandante), viene a confirmar la antijuridicidad de los Acuerdos administrativos impugnados, en la medida en que la intervención del referido Concejal ha supuesto una ruptura del objetivo de que la Administración en su actuación obre con imparcialidad y asegure la legalidad de la actuación administrativa (ATC 383/82, de 1 de diciembre); pues como señalara nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 1991 (RJ 1991, 6326) , si la Administración debe servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho (art. 103 LECiv [LEG 1881, 1]), un principio de derecho natural debe completar esta exigencia, imponiendo a sus autoridades y agentes un comportamiento ejemplar que evite situaciones comprometidas y sospechosas, lo que ha dado lugar a la construcción de una moralidad administrativa, tratando el ordenamiento de evitar tales situaciones a través de las técnicas de la abstención y la recusación. La quiebra de tales principios en el presente se ha producido por la existencia de un interés personal en el Concejal que intervino en la votación del acuerdo recurrido sobre la aprobación de las bases, al ser Presidente de una de las Entidades de Conservación y titular de una de las parcelas; lo que le obligaba a abstenerse conforme a lo dispuesto en el art. 28.1 y 2.a), de la LRJ-PAC (RCL 1992, 2512, y RCL 1993, 246) y 183 del ROF, de las Corporaciones Locales (RCL 1986, 3812 y RCL 1987, 76). Este incumplimiento del deber de abstención se hace esencialmente relevante, desde el momento en que su voto se hacía necesario para que el acuerdo pudiera ser aprobado, pues adviértase que la votación fue de empate, es decir, dos votos a favor, dos en contra y tres abstenciones (que se correspondían con los tres concejales que vivían en la urbanización «Parque de las Castillas», que si advirtieron causa objetiva para ello), decidiendo finalmente el voto de calidad del Alcalde; por ello al ser «determinante o decisiva» (arts. 76 LBRL [RCL 1985, 799 y 1372] , y 185 ROF), la intervención de aquél para la adopción de los Acuerdos impugnados, debemos proceder a declarar la invalidez de los mismos (según ha venido a reconocer nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de diciembre de 1985), por ser dichos actos contrarios al Ordenamiento jurídico, con estimación del recurso (arts. 67, 68, 70 y 71, todos ellos de la Ley Reguladora). Sin costas (arts. 68.2 y 139, ambos de la Ley Jurisdiccional [RCL 1998, 1741]

* Sentència del Tribunal Suprem de 19 d'octubre de 1993. (RJ 1993/7367): Declara la nul·litat d'un acord d'aprovació provisional de la modificació parcial de NNSS. Dos regidors, socis únics d'una mercantil propietària dels terrenys no es van abstenir i el seu vot va ser decisiu per l'obtenció del resultat.

“ PRIMERO. En relación con la causa de inadmisibilidad opuesta por el Ayuntamiento de Reocín y que rechazada por la Sala de instancia vuelve el mismo a oponer en su escrito de alegaciones, causa de inadmisibilidad amparada en el art. 82.c), en relación con el 37, ambos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en razón de ser de trámite el acto de aprobación provisional de la modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento objeto de impugnación, se ha de tener presente que, como ya dijimos en nuestras SS. 24-7-1989 (RJ 1989\6105) y 20-11-1991 (RJ 1991\9156), aunque de los diferentes actos que integran la compleja operación urbanística de la formación de los instrumentos de planeamiento sólo quepa atribuir la condición de acto definitivo a aquel por el que se efectúa la aprobación definitiva por el órgano competente, sin que, por tanto, sea posible la impugnación de más acto, que éste, al tiempo de impugnarse el cual deberá realizarse la impugnación del resto de los actos en virtud del principio de concentración procedimental, excepcionalmente es permisible la impugnación de los actos intermedios cuando se presenta una nulidad radical o de pleno derecho o resulta una imposibilidad

física o jurídica de llevar a cabo el planeamiento proyectado, y a alguno de los actos de trámite se los asimila a actos definitivos a efectos de recursos en el caso de que sean negativos de planeamientos de iniciativa particular o supongan o lleven consigo la suspensión del otorgamiento de licencias, si bien en este supuesto a los únicos efectos de la fiscalización de las potestades de suspensión actuadas directa o reflejamente. Razones por las cuales necesariamente ha de convenirse con la Sala de Cantabria en la inconcurrencia en este caso de la causa de inadmisibilidad opuesta, toda vez que la votación afirmativa de don José Manuel B. R. y don Miguel G. C., Alcalde y Concejál, respectivamente, del Ayuntamiento de Reocín, dada la composición numérica de la Corporación, conforme a lo establecido en el art. 47.3.i) de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, fue legalmente precisa para la válida adopción del acuerdo aprobatorio, que sin ella no se hubiera podido tomar, y si en ellos concurriese la causa de abstención que se les achaca, la prevista en el art. 20.2.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17-7-1958 y que constituye el fondo litigioso por ser el motivo de impugnación esgrimido por los recurrentes, dicho acuerdo resultaría radicalmente nulo, sin posibilidad, por tanto, de que se llegase a alcanzar la aprobación definitiva de la modificación de las Normas Subsidiarias por falta de la necesaria aprobación provisional -acto indispensable, y máxime cuando la modificación sólo afecta a intereses locales y no comunitarios-, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 47.1.c), inciso segundo, de dicha Ley procedimental, 76 de la citada Ley 7/1985, de 2 abril, y 21, 96 y 185 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre (RCL 1986\3812 y RCL 1987\76).

SEGUNDO. En cuanto al fondo del asunto, constituido, como se ha dicho, por la concurrencia de la referida causa de abstención en los señores B. R. y G. C., motivada por la circunstancia de ser los únicos socios de la sociedad anónima «P. B. C.» en unión de sus esposas, condición que no se niega, y estar esta sociedad interesada en la aprobación de la modificación de las Normas Subsidiarias por incidir la misma favorablemente en la calificación urbanística de unas propiedades, que de situarse en zona residencial extensiva pasarían a estar en zona intensiva, con las consiguientes ventajas edificatorias, lo que tampoco se niega, también ha de coincidir con la Sala «a quo» en su existencia, con la consiguiente desestimación de la apelación y confirmación de la sentencia recurrida. En efecto, en primer lugar, aun prescindiendo de la gran probabilidad de que en el momento de votarse el acuerdo continuasen siendo dueños de ellas en aplicación estricta de la legislación civil y prescindiendo de toda suspicacia en orden a reputar simulada la compraventa de las mismas, ya que el contrato se instrumentó en documento privado y pese a que en él se indique que el comprador toma posesión real y material de lo vendido en el acto de la firma, en nada se ha acreditado que ello fuera así, con lo que faltaría la necesaria tradición para la efectiva transmisión del dominio conforme al sistema de nuestro Código Civil, contrato seguido de la entrega según sus arts. 609 y 1095, puesto que al no demostrarse la real del art. 1462 del mismo Código y posponerse la «ficta» de este mismo artículo, otorgamiento de la escritura pública, a seis meses más tarde, la tradición o entrega habría de tenerse por inexistente, ello no obstante, se da un conjunto de circunstancias suficientes para que aun no siendo dueña en el día de adopción del Acuerdo de aprobación provisional -17-5-1990-, continuase interesada en que se tomase, tales como el contrato se celebre el 27-4-1990, o el 30 de este mismo mes si atendemos a su fecha cierta conforme al art. 1227 del citado Código, y se pospusiese el total pago y el otorgamiento de la escritura pública al 30 noviembre siguiente, es decir, con el lapso de tiempo suficiente para que entre ambas fechas se produjesen las aprobaciones provisional y definitiva, que tuvieron lugar dicho 17 mayo y el 27 septiembre 1990, respectivamente, y en virtud de las cuales el suelo adquiriría un valor mayor, que el destino de lo vendido fuese la construcción de viviendas de protección oficial, antes no posible por la calificación del suelo como zona residencial extensiva y por ello de un valor inferior, y que en el contrato se pactase una verdadera condición resolutoria bajo la forma de las arras penitenciales prevista en el art. 1454 del mismo Código, ya que las partes, evidentemente, podían desligarse del contrato perdiéndolas la compradora y devolviéndolas duplicadas la vendedora, si en caso de incumplimiento aquélla pagaba un millón de pesetas, cantidad entregada a cuenta del precio, y ésta devolvía dicho millón de pesetas y, además, abonaba otro millón, con lo que perfectamente se podía jugar con el resultado favorable adverso de la aprobación de la modificación de las Normas Subsidiarias y decidir en consecuencia por la recuperación o no recuperación de lo vendido. Y en segundo lugar, no puede minimizarse la incidencia del interés en razón de la naturaleza de los instrumentos del planeamiento y por el hecho de afectar éste siempre a quienes los aprueban como integrantes de la comunidad vecinal que habita sobre el territorio a que se extienden, siendo al particular bastantes las razones dadas por la Sala de instancia para descartarla, sin que las alegaciones del recurrente en esta alzada sean suficientes para desvirtuarlas, ya que el que la modificación fuese de iniciativa de la Comisión Municipal de Obras y Urbanismo, de la que no eran miembros los señores B. y G. C., es totalmente intrascendente por cuanto la aprobación inicial se hizo por el Pleno del Ayuntamiento, del que sí formaban parte, el que los recurrentes, ahora

apelados, no impugnasen la aprobación inicial, también lo es, puesto que podían confiar en que la aprobación provisional la modificación fuese conforme a sus deseos, el que ésta afectase a otros diez propietarios igualmente, no empece a que dichos señores les fuese en cierto modo beneficiosa, y finalmente, la condición técnica y jurídica de la formación o modificación del planeamiento, por incidir en ella la discrecionalidad, no convierte sin más a los Ayuntamientos en meros sancionadores de lo proyectado por los profesionales técnicos, si no en órganos decisorios cuyas determinaciones, si únicamente afectan a intereses locales, no pueden ser variadas por los órganos autonómicos en el momento de la aprobación definitiva según es doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en sus SS. 13-7-1990 (RJ 1990\6034), 25-2-1992 (RJ 1992\2974) y 19 mayo del presente año (RJ 1993\3499)”.

Sentències que no aprecien l'existència d'interès personal:

* Sentència del Tribunal Suprem de 25 de juny de 1991 (RJ 1991/6326): En aquest supòsit, l'Alcalde d'un municipi va atorgar llicència per a la instal·lació d'un abocador en un terreny del qual n'era propietari. A més, va facilitar l'ús del terreny en favor d'una Mancomunitat a través d'un contracte de lloguer, per 25 anys, pel qual rebia una quantitat anual. S'aprecia interès personal però modulats, doncs aquest interès no ha estat incompatible amb la defensa dels interessos municipals i perquè havia intervingut un òrgan superior, la Comissió Provincial d'Urbanisme de Girona.

“QUINTO. Debe quedar puntualizado, pues, que la aprobación de las obras de que se trata, por el organismo provincial, deja a salvo la competencia natural y básica del Ayuntamiento del lugar de emplazamiento de las mismas, y, por tanto, la de su Alcalde Presidente, normalmente investido de esta facultad en sus Ordenanzas . Lo que significa que es el acuerdo de esta Autoridad el que atrae la atención, al ser el que ha resuelto definitivamente la cuestión litigiosa en la vía administrativa, y sobre cuya validez hemos de pronunciarnos.

Así las cosas, el primer punto que salta a la vista es el constituido por el hecho de la intervención de este Alcalde en el asunto que nos ocupa, a pesar del interés personal y directo que tiene en el mismo, puesto que los terrenos sobre los que se ha de asentar el vertedero son de su propiedad, facilitando el uso de los mismos mediante un contrato de arrendamiento, por veinticinco años, a base de una renta anual de un millón doscientas mil pesetas.

SEXTO. Al llegar aquí no queremos dejar pasar la ocasión sin subrayar que si la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho -art. 103.1 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875)-, un principio de Derecho Natural debe completar esta exigencia exigiendo a sus autoridades y agentes un comportamiento ejemplar, que evite situaciones comprometidas y sospechosas, lo que ha dado lugar a la construcción de una «moralidad Administrativa», objeto de estudio en más de una ocasión. Tratando el Ordenamiento de evitar tales situaciones a través de las técnicas de la abstención y de la recusación , ya aplicadas en la Ley de Régimen Local de 1955 (RCL 1956\74 , 101 y NDL 611) (art. 382) y en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952 (RCL 1952\1642 y NDL 610) (arts. 35, 297 y 298).

Sin embargo, en este caso, la Sala, ponderando las circunstancias concurrentes, y haciendo uso de la permisibilidad que ofrece el art. 20.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958\1258 , 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708), al establecer que la actuación de Funcionarios en los que concurren motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos en que hayan intervenido, ha considerado oportuno superar este dato, sin perjuicio de las posibles responsabilidades en que se haya incurrido, entre ellas, las políticas, de acuerdo con lo previsto en el n.º 5 del repetido art. 20 de la Ley de Procedimiento .

SEPTIMO. Las circunstancias que la Sala tiene en cuenta para no servirse del interés personal del referido Alcalde en el otorgamiento de la licencia de que se trata convirtiéndolo en motivo de nulidad del acto, principalmente son las siguientes: 1.ª) la de que su dicho interés no ha sido incompatible con la defensa de los intereses de su Municipio, situando el emplazamiento del vertedero en el lugar que menos podía perjudicarlo; permitiéndole el percibo de un canon o tasa de doscientas pesetas por tonelada de residuos, la construcción de una carretera hasta el Santuario de la Virgen, el arreglo y pavimentación de otra carretera y la consolidación y restauración de tres Iglesias románicas; 2.ª) la de que su acuerdo, aun siendo el definitivo en vía administrativa, como hemos expuesto, viene ya muy marcado en la parte material y sustantiva por lo acordado por la citada Comisión Provincial de urbanismo de Gerona. Lo que permite presumir que una nulidad del acto recurrido, por el simple hecho de la no abstención del Alcalde, sólo pudiera servir para una pérdida de tiempo y un gasto de energías, sin influjo en el resultado final de las nuevas actuaciones.

* Sentència del Tribunal Suprem de 7 de novembre de 1997. (RJ 1997/8150): En aquest supòsit, es va recusar a una regidora per tal que no votés en una moció de censura que ella mateixa i d'altres van subscriure contra l'Alcaldia.

“TERCERO. Aunque nos encontramos ante un proceso tramitado por el procedimiento especial y sumario de la Ley 62/1978 y el motivo de casación que se invoca estima que la sentencia impugnada ha infringido un precepto de legalidad ordinaria [el artículo 28.2, a) de la Ley 30/1992 (RCL 1992\2512 , 2775 y RCL 1993\246)], debemos entrar a considerar el referido motivo casacional, ya que la aplicación del artículo 23.1 de la Constitución depende del dato de que la Concejala doña Eutimia P. S. estuviera o no debidamente excluida de la posibilidad de votar la moción de censura, voto que era decisivo para que dicha moción prosperase. Ahora bien, esto dicho, debemos desestimar el motivo alegado como base del recurso de casación. El artículo 23.1 de la Constitución establece el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes libremente elegidos, derecho que protege el núcleo esencial de las funciones de dichos representantes, vulnerándose este derecho cuando se impide la participación y votación de uno de estos representantes (la Concejala doña Eutimia P. S.) en las sesiones plenarias de una Corporación Municipal, en la que se va a votar una moción de censura presentada contra el Alcalde, no existiendo motivo legal para ello y siendo el voto de dicho representante decisivo para que la moción de censura pueda prosperar, como ocurre en el supuesto enjuiciado. En este sentido, estimamos acertada la apreciación que hace la sentencia de instancia de que no concurría en doña Eutimia P. S. la causa de recusación que el Ayuntamiento consideró aplicable (Pleno de 29 de julio de 1996) y que le impidió votar la moción de censura (Pleno de 2 de agosto de 1996), lo que implica una infracción del artículo 23.1 de la Constitución, al privar indebidamente a un representante libremente elegido por los ciudadanos del ejercicio de su derecho de participar y votar los correspondientes acuerdos, sin motivo legal para ello. En efecto, no entendemos que exista conexión entre la oferta que la señora P. S. hizo al Ayuntamiento de efectuar un trabajo a cambio de una remuneración y de ser dada de alta en la Seguridad Social, aunque fuese acompañada de una advertencia de dimitir de su cargo como Concejala Socialista y pasar al Grupo Mixto, y el hecho de que la Concejala suscribiera, junto con otros cinco miembros de la Corporación Municipal, una moción de censura contra el Alcalde en la que los motivos de la moción no guardan relación con la causa invocada para la recusación (nada se dice a este respecto), por lo que no resulta que la Concejala afectada tuviera un interés personal en la moción de censura. A ello se añade que constituye un hecho extremadamente significativo, como pone de relieve la sentencia de instancia, que el escrito en que la Concejala hacía su ofrecimiento esté fechado el 16 de enero de 1996 y la recusación sólo se plantee después de promovida la moción de censura contra el Alcalde (la primitiva moción de censura se presentó el 11 de junio de 1996, reiterándose el 23 de julio siguiente), siendo así que el voto de la repetida Concejala era imprescindible para que la moción pudiese prosperar, sin que a este respecto sean admisibles las razones de la dilación expuestas por el Alcalde, que aluden a unos posibles incidentes, que en definitiva no llegaron a evitarse, o a la elección del momento adecuado, que no se acredita que pudiera tener otra causa que la de estar promovida la moción de censura. En consecuencia, debemos desestimar el único motivo en que la presente casación se fundamenta, por no apreciar que la sentencia combatida haya vulnerado por inaplicación el artículo 28.2, a) de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 23.1 de la Constitución”.

* Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Extremadura de 12 de maig de 1998. (RJCA 1998/2203) : En aquest supòsit, diversos regidors d'un municipi de Plasència, van interposar recurs contra l'acord adoptat pel Ple, que declarava la dedicació exclusiva d'un regidor. Com la votació va ésser dirimida a través del vot de qualitat de l'Alcalde, els regidors recurrents al·legaven que el regidor interessat s'havia d'abstenir en la votació.

“QUINTO. Por ello hemos de concluir, al analizar la literalidad de los preceptos comentados y la doctrina del Tribunal Supremo que la prohibición de intervención se refiere a asuntos estrictamente privados, no a los públicos e institucionales en los que de alguna manera se ve afectada la esfera privada. En consecuencia el concejal podía intervenir en la votación en que se acordaba su dedicación exclusiva al no concurrir la causa de abstención prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que la misma solamente concurre cuando el asunto es exclusivamente privado, pero no cuando es eminentemente público o institucional, como lo es el desarrollo de funciones públicas desarrolladas por un concejal por más que las mismas, en su más completa dimensión pública afecten a la vida diaria del mismo. Incluso como hemos visto cuando este interés personal es muy acentuado, como es el caso contemplado en la STS 25 junio 1991, como es el otorgamiento de una licencia para una finca particular propia para construir un vertedero cobrando un arrendamiento, el Alto Tribunal trae a colación otros datos como lo es si la conducta personal

venía apoyada por otra en el mismo sentido (extremo que también tiene en cuenta la de 16 de abril de 1990 citada [RJ 1990\3642]) y si tal acuerdo es en principio conforme a los intereses públicos o no. Tal interpretación no se deduce como hemos dicho solamente de la doctrina del Tribunal Supremo con relación al concepto de interés personal derivado del art. 28.2, a) de la Ley 30/1992, sino del propio tenor literal de la Ley, ya que difícilmente la interpretación mantenida por los recurrentes puede sostenerse, ya que si este interés personal incluyese a los supuestos a que se pretende referir por los mismos, sería inaplicable el precepto, puesto que aunque el acuerdo se adoptase sin su voto no podría ejecutarse al estarle vetada también la ejecución (arts. 76 LBRL de 1985 y 22 ROFCL de 1986).

Qüestió litigiosa pendent.

Segons GONZÁLEZ PÉREZ⁸, aquesta expressió, utilitzada per la LRJAP, és més àmplia que la derivada de la normativa processal perquè, sense haver-se iniciat un procés entre les parts, es pot donar un conflicte que pot derivar en un procés davant la jurisdicció competent.

Així doncs, aquest motiu d'abstenció es donarà:

- Quan l'autoritat o personal al servei de l'administració **sigui part** d'un procés civil, penal, laboral o administratiu i l'altra part, l'interessat en el procediment.
- Quan entre l'autoritat o personal al servei de l'administració i l'interessat en un procediment, existeixi una **qüestió conflictiva** que pot provocar una futura intervenció de la jurisdicció competent.

* Sentència del Tribunal Suprem de 23 de febrer de 1998 (RJ 1998/2364): En un concurs per accés a la carrera judicial, es va impugnar l'acord de la Comissió Permanent del Consejo General del Poder Judicial, que va refusar la recusació formulada per un aspirant, contra una vocal del Tribunal perquè, en exercici de la seva professió d'advocada, va assumir la defensa de l'ex-parella del recurrent. El Tribunal Suprem va dir que no existia causa de recusació, perquè el litigi es donava entre el recurrent i la seva ex-parella. La recusació no afecta els professionals que assumeixen la representació i defensa de les parts en litigi, perquè no exerciten drets i interessos propis.

b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado.

La determinació del grau de parentiu es fa d'acord amb les normes civils, aplicant-se el contingut dels articles 915 a 920 del Codi Civil. La relació de parentiu comporta un interès especial de l'autoritat o funcionari en què l'assumpte es resolgui en benefici del familiar i per aquest motiu s'ha d'apartar del procediment administratiu obert.

* Sentència del Tribunal Suprem de 10 de febrer de 1993 (RJ 1993/550): En aquest supòsit, el Tribunal va declarar nul un acord plenari de designació d'un Jutge de Pau que era fill d'un regidor. El vot del regidor va ésser determinant per a fer la designació.

“ CUARTO. También la Sala rechaza los argumentos de legalidad esgrimidos por la representación procesal del Ayuntamiento de Vimianzo (La Coruña). Argumenta dicha representación que podemos estar ante una cuestión de ética profesional, pero no ante actos que infrinjan el ordenamiento jurídico.

Todo acto administrativo consiste en una declaración intelectual (declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo), que emana de la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades administrativas. La declaración administrativa, en el caso concreto que resolvemos, pone de relieve que uno de los titulares del Pleno del Ayuntamiento de Vimianzo (La Coruña), en el momento de la correspondiente votación a través de la que se expresaba la voluntad del órgano, incumplió la obligación de abstenerse que le imponía el art. 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que el voto de dicho titular (Concejal) fue a favor de su propio hijo. La votación de designación de fecha 30-3-1989, fue secreta, pero no tuvo tal carácter la votación del acuerdo plenario desestimatorio del recurso de reposición de fecha 4-5-1989, y en este acto administrativo consta en favor de quién fue el voto del Concejal don Jesús M. S.

La declaración administrativa en que el acto consiste, se realiza instrumentalmente a través de los titulares de los órganos administrativos, titulares que, en todo caso, deben comportarse de tal modo que no exista en tal comportamiento ninguna sombra de favoritismos en beneficio de persona

⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS i GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, Op.cit.

determinada: de ahí que el art. 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo, obligue a abstenerse a aquella autoridad o funcionario que, como titular de un órgano administrativo, en la que concurra alguno de los motivos que dicho precepto señala. De manera específica el art. 76 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local dispone que «sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las Corporaciones Locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo» [en el mismo sentido el art. 21 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, de 28-11-1986 (RCL 1986\3812 y RCL 1987\76)]. El citado art. 76 de la Ley 2/1985, establece que «la actuación de los miembros en que concurran tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido». Dichos preceptos son acordes con el citado art. 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo; por ello la cuestión que en el proceso seguido en la primera instancia se planteó, fue la siguiente: si el voto del Concejal don Jesús M. S., padre de quien resultó elegido Juez de Paz Titular de la localidad de Vimianzo (La Coruña), fue determinante del resultado de la votación y, por lo tanto de la elección efectuada. Como hemos dicho, consta en el acto de fecha 30-3-1989 que la votación fue secreta y que inmediatamente de producirse el resultado de la votación, ésta fue cuestionada -recusada, dice el acto- por tres Concejales; y es de significar que cuando el Pleno de dicho Ayuntamiento, en su sesión de fecha 4-5-1989, resolvió el recurso de reposición interpuesto por doña María Jesús B. P., el Concejal don Jesús M. S., votó a favor de la desestimación del recurso, es decir, votó a favor de su propio hijo, lo que significa -como ya hemos consignado- que dicho Concejal no cumplió con la obligación que le imponían el art. 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el art. 76 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y el art. 21 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Estos datos objetivos demuestran que la cuestión que se planteó en la primera instancia -y en vía administrativa- excede claramente de lo que la representación del Ayuntamiento apelante llama ética profesional, para reflejar que los actos impugnados adolecen de un vicio que infringe el ordenamiento jurídico, con fuerza para que los actos administrativos impugnados fueran anulados como así hizo el Tribunal de la primera instancia, conforme a los citados arts. 76 de la Ley 7/1985, de 2 abril, al art. 21 del Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, y el art. 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo.”

L'altre supòsit que contempla l'article, compartir despatx professional o estar associat amb els interessats, per assessorar o representar, és un supòsit que es dona, majoritàriament, en els casos dels arquitectes i arquitectes tècnics que presten serveis a les petites corporacions a través de contractes d'arrendament de serveis. L'arquitecte treballa unes hores setmanals a l'Ajuntament i, al mateix temps, treballa en un despatx professional fora del terme municipal. És evident que, per raó de la seva relació amb l'ajuntament, hauria de fiscalitzar projectes que presentessin els seus companys de despatx i, per tant, s'hauria d'abstenir.

c) *Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.*

Com diu la doctrina, l'amistat íntima o l'enemistat manifesta son dues cares de la mateixa moneda que provoquen en la persona que ha de decidir sobre un expedient, reaccions contràries: beneficiar o perjudicar. GONZÁLEZ PÉREZ⁹, diu que l'expressió “*enemistat manifesta*” és anàloga a la que utilitza la Llei Orgànica del Poder Judicial. L'enemistat és el contrari de l'amistat, però el vocable “*íntima*” no equival a “*manifest*”, perquè existeixen amistats no conegudes per tercers.

La jurisprudència aplica aquesta causa d'abstenció amb un criteri molt restrictiu, la qual cosa és del tot lògica per tal d'evitar la utilització abusiva d'aquest dret.

* Sentència del Tribunal Suprem de 29 d'abril de 1993 (RJ 1993/1993), que no va reconèixer aquesta causa -en aquest cas, de recusació- en seu d'un expedient disciplinari.

“ *SEXTO. La recusación se fundaba en la segunda de las causas previstas en el art. 20.2.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17-7-1958 (RCL 1958\1258 , 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708), a la sazón vigente.*

Para el acreditamiento de la enemistad se alegaban algunas frases del instructor referidas al hoy demandante de la revisión y para cuya adecuada valoración ha de señalarse que dicho recurrente, que señala en su demanda de revisión como profesión la de «jurista criminólogo», ocupaba en la Diputación Provincial de Palencia un puesto de subalterno.

⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS i GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, Op. cit.

En tales frases -hecho séptimo de la demanda originaria- se indicaba que el actor «lo mejor que podría hacer era abandonar el Departamento de Recepción del Hospital» y que «debería sacar una plaza de Abogado de la Diputación», advirtiéndole también en alguna ocasión «que tuviese cuidado porque estaba jugando con fuego».

Respecto de estas expresiones, el instructor, negando la enemistad -folio 6 del expediente- indica que si en alguna ocasión se había dirigido al funcionario expedientado hoy recurrente «en términos parecidos a los que aduce, ha sido movido... por el convencimiento de que el puesto que ocupa en propiedad el expedientado no es el más apropiado para su titulación académica (licenciado en Derecho y Abogado en ejercicio)».

Así las cosas, resulta fácil el entendimiento de las dos primeras frases antes mencionadas en un sentido totalmente alejado del propio de una enemistad. Y en cuanto a la última, sin indicar su contexto y circunstancias de hecho, tampoco puede reputarse bastante para acreditar tal enemistad. Nicolás M. A.).

d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

Amb aquest motiu d'abstenció es pretén evitar que sobre la resolució a adoptar influeixi un coneixement previ de l'assumpte per part de qui l'ha de resoldre, per haver en condició diferent a la que ocupa en el procediment administratiu.

e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Un dels supòsits típics es presenta en arquitectes i aparelladors municipals que també exerceixen com a professionals liberals. Un arquitecte municipal que té un despatx professional fora del terme, pot haver obtingut la compatibilitat per dur a terme la professió però s'haurà d'abstenir si el seu despatx presenta un projecte que hagi d'informar com arquitecte municipal.

6.4. L'incident de l'abstenció.

- Abstenció voluntària: Per iniciativa de l'autoritat o funcionari, mitjançant comunicació al superior immediat, per tal que resolgui l'incident (Art. 28.1 LRJAP). En el cas de l'administració local, el funcionari donarà compte al president de la corporació per escrit, per tal que aquest ordeni la seva substitució reglamentària. (Art. 183.1 ROF).
- Abstenció forçosa: Per iniciativa del superior, que pot ordenar a la persona en qui concorre alguna de les causes d'abstenció, que NO intervingui en el desenvolupament del mateix. (Art. 28.4 LRJAP).
 - Acreditació: La causa determinant de l'abstenció ha de quedar acreditada en l'expedient. En el cas de l'abstenció forçosa, és possible que la persona incursa proposi la comprovació dels extrems que se l'imputen.
 - Finalització: Fetes les comprovacions oportunes i valorats de forma conjunta els elements que conformen l'expedient, es dictarà la resolució oportuna.
 - Efectes:
 - ❖ La no actuació en ordre a la invocació de la causa d'abstenció, comportarà la responsabilitat del funcionari. (Article 28.5 LRJAP). Per contra, si s'al·lega aquesta causa i no és admesa, el funcionari quedarà lliure de tota responsabilitat.
 - ❖ Article 28.3 LRJAP: Segons aquest article, no sempre s'ha d'invalidar la resolució administrativa en què ha intervingut la persona incursa en causa d'abstenció. La regla general és que la no abstenció invalidarà l'acte administratiu resultant. Com excepció, no l'invalidarà quan es demostrï que la decisió adoptada seria la mateixa, malgrat la intervenció de la persona incursa: en definitiva, que el seu vot no ha estat determinant.
 - ❖ Comprovada l'existència de la causa d'abstenció, es designarà a la persona que s'hagi de fer càrrec de les actuacions.
 - ❖ Contra la resolució que adopti l'òrgan pertinent no cap recurs en seu administrativa. Ara bé, podrà ser recorreguda davant la Jurisdicció contenciosa. (Art. 28.5 LRJAP)

7. LA RECUSACIÓ.

7.1. Concepte

Es defineix com el dret que té l'interessat en un procediment a obtenir que no intervingui en el mateix el personal que, trobant-se incurs en una causa d'abstenció, incompleixi el deure d'abstenir-se.

Són aplicables tots els elements als quals ens hem referit a l'analitzar la figura de l'abstenció. Cal esmentar que, segons STC 47/1982, de 12 de juliol, el dret de recusar, forma part del dret al procés reconegut en l'article 24 de la Constitució.

“ 3. El artículo 24 de la Constitución consagra el derecho al proceso, que comprende, entre otras garantías, la relativa a que el justiciable sea juzgado por el juez ordinario predeterminado por la ley. Por ello, las normas que conducen a la determinación del juez entroncan con el mencionado artículo 24. Entre ellas no se encuentran sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales. Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto, entre las cuales es preeminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad.

De esta suerte, hay que señalar que el derecho a la utilización de los medios de defensa y el derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la ley comprenden recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime que concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad. El derecho a formular la recusación comprende, en línea de principio, la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido por la ley con este fin y a que la cuestión así propuesta no sea enjuiciada por los mismos jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a que la ley defiera el examen de la cuestión. Ello no quiere decir, por supuesto, que la propuesta de recusación no pueda rechazarse de plano en el momento preliminar, pero tal decisión tiene un carácter muy excepcional y sólo puede adoptarse cuando la recusación sea propuesta por quien no es parte en el proceso, porque es principio general que sólo las partes legítimas puedan recusar, aunque naturalmente deba comprenderse en tal concepto a aquellos que tengan derecho a ser parte una vez que se personen en el proceso y cuando falta el presupuesto de admisibilidad consistente en la expresión de la causa comprendida en la ley, con relación de los hechos en que la parte funde su afirmación”.

7.2. **L'incident de recusació:**

- La recusació es planteja mitjançant escrit de l'interessat en un procediment i haurà de detallar la causa en què es fonamenti. (Art. 29.2 LRJAP)
- Es pot presentar en qualsevol moment de la tramitació del procediment.(Art. 29.1 LRJAP)
- En el dia següent, el recusat manifestarà al seu superior immediat si es dóna (o no) la causa al·legada per l'interessat en el procediment.
- Si es nega la causa de recusació, es procediran a practicar les proves oportunes (Art. 29.4. LRJAP) i a sol·licitar informes.
- Si s'admet la causa de recusació, el superior acordarà la substitució de la persona incursa.
- Si es nega la causa de la recusació i de la pràctica de les proves resulta que opera la causa, procedirà a declarar-se i a substituir el recusat. Si no es comprova la causa, es denegarà la petició de recusació.
- La competència resolutòria compet a l'immediat superior del recusat. En casos de membres electes, decideix el President de l'ajuntament i si es refereix a aquest, decidirà el Ple. (Article 183.2 ROF).
- Efectes:
 - ❖ Suspensió del curs del procediment. (Art. 77 LRJAP).
 - ❖ Contra la resolució adoptada no hi cap recurs. Ara bé, aquesta causa es pot al·legar en seu jurisdiccional, contra l'acte que resol la peça incidental. (Articles 107.1 LRJAP i 184 *in fine*, ROF).
 - ❖ Si s'accepta la recusació, s'acordarà la substitució del recusat.

7.3. La perversió de la utilització de la figura.

Per tal d'evitar el desenvolupament normal de la vida administrativa, la figura de la recusació pot ésser utilitzada amb d'altres finalitats que les previstes legalment. És il·lustrativa una Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de data 20 de novembre de 1998, que resolía sobre la impugnació d'una resolució de l'Alcalde d'un municipi que havia negat el dret a vot a dos regidors en la deliberació i votació d'una moció de censura plantejada contra ell.

“ Constituye doctrina jurisprudencial reiterada que la moción de censura de los concejales para conseguir la destitución del Alcalde forma parte del contenido del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes, según dispone el artículo 23.2 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) , y que teniendo los ciudadanos el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas, por sufragio universal, constituye una manifestación de este derecho la posibilidad de promover mociones de censura, por pérdida de confianza, para la destitución del alcalde y elección de otro, en la forma y con los requisitos legalmente establecidos (art. 22.3 de la LBRL [RCL 1985\799 , 1372 y ApNDL 205], 197 de la Ley Electoral [RCL 1985\1463 ; RCL 1986\192 y ApNDL 4080] y 107 del ROF [RCL 1986\3812 y RCL 1987\76]); derecho que vincula a todos los poderes públicos como señala el artículo 53.1 de dicha Norma, lo que comporta la obligación no sólo de protegerlo sino de establecer las condiciones necesarias para su plena efectividad, por lo que toda actuación que tienda a dificultar el legítimo desarrollo de la moción de censura debe entenderse contraria a la norma constitucional. Así, el artículo 107 del ROF establece un sistema claramente restrictivo a la hora de señalar las causas por las que se puede denegar la convocatoria del Pleno, conforme al cual ésta sólo podrá basarse en no reunir el escrito presentando los requisitos establecidos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General en su artículo 197.2, por lo que hay que concluir que la Alcaldía no tiene facultad alguna de control de la oportunidad de la pretensión al no venirle otorgada por aquella norma; y que aparte de este supuesto tan sólo se contempla otro motivo de denegación en el art. 110.1, g) de la Ley Municipal conforme al cual no se podrá presentar una moción de censura si ha estado publicada al BOE o al DOGC una convocatoria electoral política hasta que hayan tenido lugar las elecciones correspondientes.

TERCERO. La cuestión aquí debatida se halla, constituida por la decisión adoptada por el señor Alcalde de denegar el derecho al voto de la moción de censura formulada al amparo del artículo 28.2 de la Ley 30/1992, decisión que de facto impide el normal desarrollo de la moción de censura, y que aquí debe examinarse si es o no ajustada a la legalidad la mencionada decisión, pues no cabe olvidar que se reputa contraria a la norma constitucional toda actuación que impida el desarrollo «legítimo» de la moción de censura.

Dicho artículo establece las causas de abstención, dentro del procedimiento administrativo, de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas y que hayan de intervenir en él, y más concretamente en su núm. 2 y letra a) se recoge como motivo de abstención el tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

Ahora bien la aplicación pretendida del art. 28.2 citado a la intervención de los dos concejales en una moción de censura no resulta posible por cuanto:

- 1. No nos encontramos ante un procedimiento administrativo en el cual puedan quedar afectados los derechos o intereses de algún interesado, sino que estamos ante la exigencia de una responsabilidad política del presidente de la corporación local prevista legalmente. No es aplicable pues lo establecido en el artículo 76 de la LBRL que obliga a abstenerse, cumpliendo el mandato constitucional del artículo 103, a los miembros de las corporaciones locales de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas.*
- 2. El mandato de los miembros de los Ayuntamientos es de cuatro años contados a partir de la fecha de su elección, y dicho mandato, en tanto se mantenga, no puede ser objeto de restricción alguna ni exceptuado siquiera sea temporalmente fuera de los supuestos expresamente previstos, por lo que no podrán ser privados de su derecho al voto fuera de la previsión expresa ya referida.*
- 3. Si bien el derecho constitucional de los titulares de cargos de representación política a permanecer en ellos solamente puede ser extinguido por las causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente previstos, ello no impide a quienes están legitimados para ello hacer cesar o destituir a quien ha sido investido para el correspondiente cargo público, en este caso a los concejales respecto al alcalde elegido por aquéllos, pues si bien los concejales no pueden ser*

destituïdos por cuanto su mandato lo tienen recibido del cuerpo electoral, no ocurre otro tanto con los alcaldes porque son elegidos por los propios concejales, que tienen asimismo la facultad de cesar como alcalde al que un día fuera elegido cuando circunstancias sobrevenidas aconsejen que la presidencia de ese Ayuntamiento sea renovada.

4. Los arts. 197 de la LOREG y 110 de la Ley 8/1987, de 15 abril (RCL 1987\1275 y LCAT 1987\1220), municipal y de régimen local de Cataluña no contemplan más restricción subjetiva a la presentación de una moción de censura que la derivada de que ningún concejal podrá suscribir durante su mandato más de una moción de censura.

En consecuencia, la privación del derecho al voto no resulta ajustada a Derecho, vulnerándose con ello lo establecido en el artículo 23.2 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875)”

8. CONCLUSIONS.

1. Les causes d'inelegibilitat, d'incompatibilitat i d'abstenció són mecanismes legals que impedeixen que els servidors públics vulnerin dos principis proclamats constitucionalment: servir amb objectivitat els interessos públics i el ple sotmetiment a la llei.
2. Que han de ser intepretades de forma molt restrictiva.
3. Només podran ser aplicades pels operadors jurídics quan la causa estigui legalment prevista.
4. Si un servidor públic es troba incurs en causa d'incompatibilitat i, malgrat això, resol un assumpte en virtut de les seves competències, de res valdrà una posterior abstenció. L'abstenció no convalida l'incompatibilitat.
5. Que el legislador hauria de resoldre de forma més entenedora les incompatibilitats dels regidors que tenen dedicació parcial o que no tenen dedicació, en ordre a la possible confusió d'interessos públics i privats.
6. Que el legislador hauria de resoldre de forma més entenedora les prohibicions de contractar per causa d'incompatibilitat dels membres electes.

Barcelona, a 6 de novembre de 2009

3^a

sessió

04/12/09

Les finances locals: anàlisi de la situació actual i perspectives

Alain Cuenca García, director general de Coordinació Financera amb les comunitats autònomes i amb les entitats locals del Ministeri d'Economia i Hisenda.

Finances locals, novetats legislatives i evolució en temps de crisi

Juan Arrieta Martínez de Pisón, catedràtic de Dret Financer de la Universitat Autònoma de Madrid.

Les entitats públiques empresarials

José Luis Martínez-Alonso Camps, director dels Serveis de Secretaria de la Diputació de Barcelona i professor associat de la Universitat de Barcelona

LAS FINANZAS LOCALES: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Alain Cuenca García
Director General de Coordinación Financiera
con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales
alain.cuenca@meh.es



ÍNDICE

1. La hacienda local de la democracia:
diagnóstico
2. El vigente sistema de financiación
3. Efectos de la crisis sobre los
presupuestos municipales



MINISTERIO DE
ECONOMÍA Y
HACIENDA

SECRETARÍA DE ESTADO DE
HACIENDA Y PRESUPUESTOS
SECRETARÍA GENERAL DE
FINANCIACIÓN TERRITORIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE
COORDINACIÓN FINANCIERA
CON LAS CC.AA. Y CON LAS EE.LL.

1. LA HACIENDA LOCAL DE LA DEMOCRACIA: DIAGNÓSTICO



LOS GOBIERNOS LOCALES

- Los Municipios constituyen un nivel de la Administración Pública en España
- Son “Estado” al mismo título que las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado: no son una administración subordinada o indirecta
- Los Alcaldes y Concejales son elegidos por los ciudadanos y rinden cuentas ante ellos por mecanismos políticos democráticos
- Tienen amplia autonomía sobre decisiones de ingresos y gastos públicos

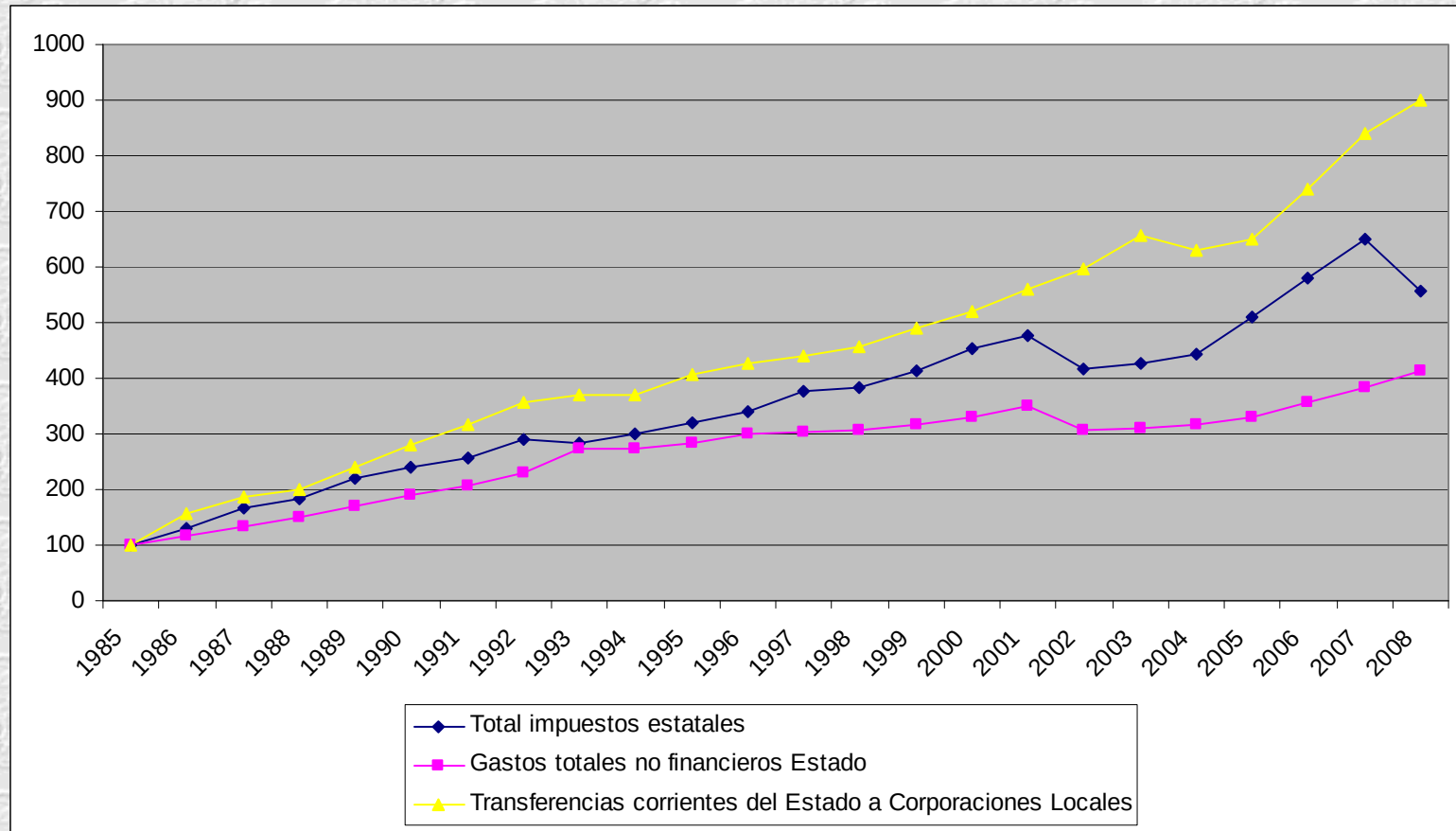
ESTRUCTURA MUNICIPAL EN ESPAÑA

1 de enero de 2008

Estratos de población	Cesión		No Cesión		Total Ayts.	
	Nº	Población	Nº	Población	Nº	Población
> 1.000.000	2	4.829.179			2	4.829.179
500.001 - 1.000.000	4	2.739.535			4	2.739.535
100.001 - 500.000	51	9.865.587	4	967.340	55	10.832.927
75.001 - 100.000	23	1.989.404	8	636.801	31	2.626.205
20.001 - 75.000	10	561.978	282	9.657.419	292	10.219.397
5.001 - 20.000			906	8.855.578	906	8.855.578
<= 5.000			6.822	6.055.001	6.822	6.055.001
Total	90	19.985.683	8.022	26.172.139	8.112	46.157.822



25 AÑOS DE HACIENDA LOCAL (1)



Fuente: Pedraja, F. y Suarez Pandiello, J. (2008), "Reformar la PIE ¿Misión imposible?" *Papeles de Economía Española*, nº 115 y elaboración propia



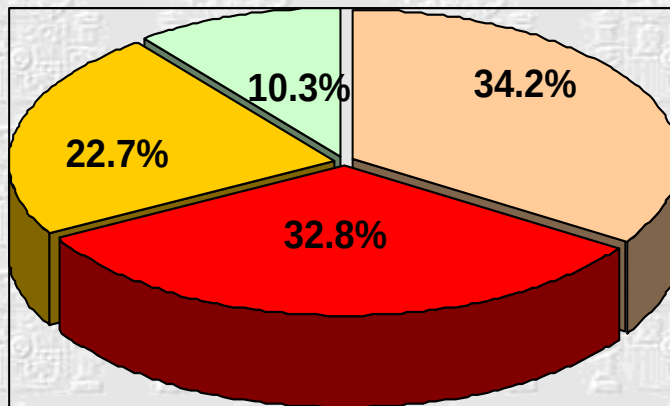
25 AÑOS DE HACIENDA LOCAL (2)

- Hasta 1989: consolidación del modelo local con la LBRL (1985) y la LHL(1988). Se financiaba con un fondo de dotación anual
- 1990-2001: Con la LHL la financiación local crece más que los impuestos estatales y que el gasto del Estado. Se mantiene una diferencia estable en todo el periodo
- 2002-2008: la brecha entre los impuestos estatales y la financiación local se acrecienta

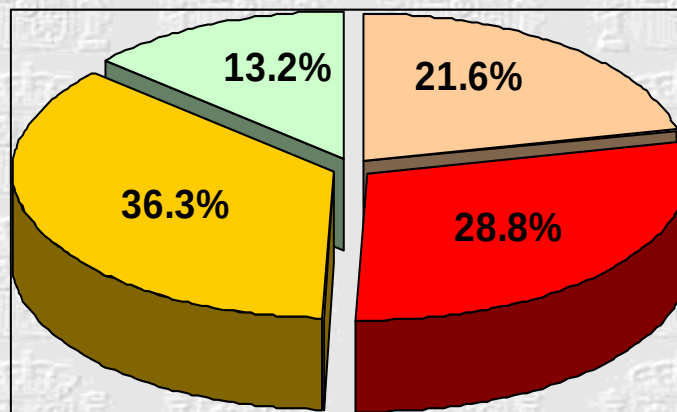


PARTICIPACIÓN EN EL INGRESO Y EN EL GASTO 2008

Ingresos



Gastos



 Gobierno Central	 Seguridad Social
 Comunidades Autónomas	 Entidades Locales

PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

	Número de efectivos	%
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL	557.363	21,5
ADMINISTRACIONES DE LAS CC.AA.	1.316.683	50,7
ADMINISTRACIÓN LOCAL	619.947	23,9
UNIVERSIDADES	100.671	3,9
TOTAL	2.594.664	100

Fuente: Boletín Estadístico personal al servicio de las AA.PP. 2008

PRESIÓN FISCAL LOCAL

AÑO	Tributos Locales / PIB	Tributos locales / Recursos no Financieros
2003	2,84%	48,63%
2004	3,04%	51,81%
2005	3,13%	52,54%
2006	3,17%	51,53%
2007	3,17%	51,82%
2008	2,90%	48,66%

Fuente: IGAE

ALGUNAS MAGNITUDES FINANCIERAS

Tipos de entes	Signo	Ahorro bruto	Ahorro neto	Saldo de operaciones no financieras	Remanente de tesorería
Ayuntamientos	Positivo	5.831	5.531	4.155	6.031
	Negativo	815	1.115	2.491	615
Diputaciones de Régimen Común	Positivo	38	38	30	38
	Negativo	0	0	8	0
Diputaciones de Régimen Foral	Positivo	3	3	3	3
	Negativo	0	0	0	0
Consejos Insulares	Positivo	3	3	1	3
	Negativo	0	0	2	0
Cabildos Insulares	Positivo	7	6	5	7
	Negativo	0	1	2	0

Fuente: Haciendas Locales en Cifras. Año 2006

DEUDA DE CORPORACIONES LOCALES

Año	Total	Total Ayuntamientos	Ayuntamientos > 500.000 hab.	Diputaciones
2003	2,93%	2,28%	0,58%	0,65%
2004	2,87%	2,25%	0,62%	0,62%
2005	2,80%	2,23%	0,71%	0,58%
2006	2,80%	2,27%	0,83%	0,53%
2007	2,79%	2,29%	0,88%	0,51%
2008	2,94%	2,40%	0,92%	0,54%
2009(*)	3,05%	2,48%	0,95%	0,58%

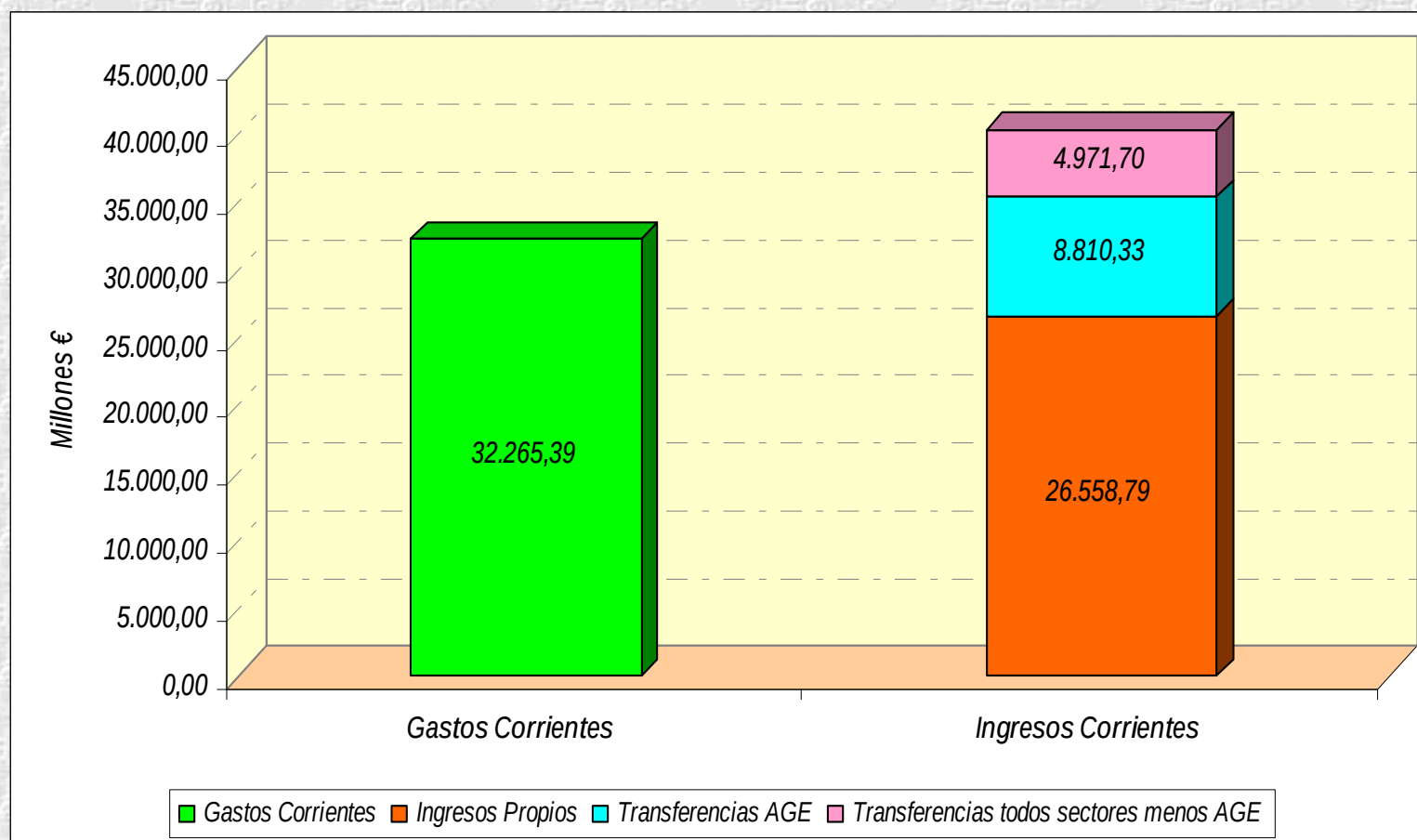
Fuente: Banco de España e IGAE

(*) Segundo trimestre

CAPACIDAD (+) O NECESIDAD (-) DE FINANCIACIÓN (% PIB)

Año	Total	ESTADO	CC.AA.	EE.LL.	SS
2003	-0.21	-0.51	-0.48	-0.24	1.02
2004	-0.34	-1.30	-0.07	0.01	1.01
2005	0.96	0.23	-0.29	-0.06	1.09
2006	2.02	0.69	-0.04	0.08	1.29
2007	1.90	1.10	-0.20	-0.30	1.25
2008	-4.07	-2.80	-1.56	-0.48	0.78

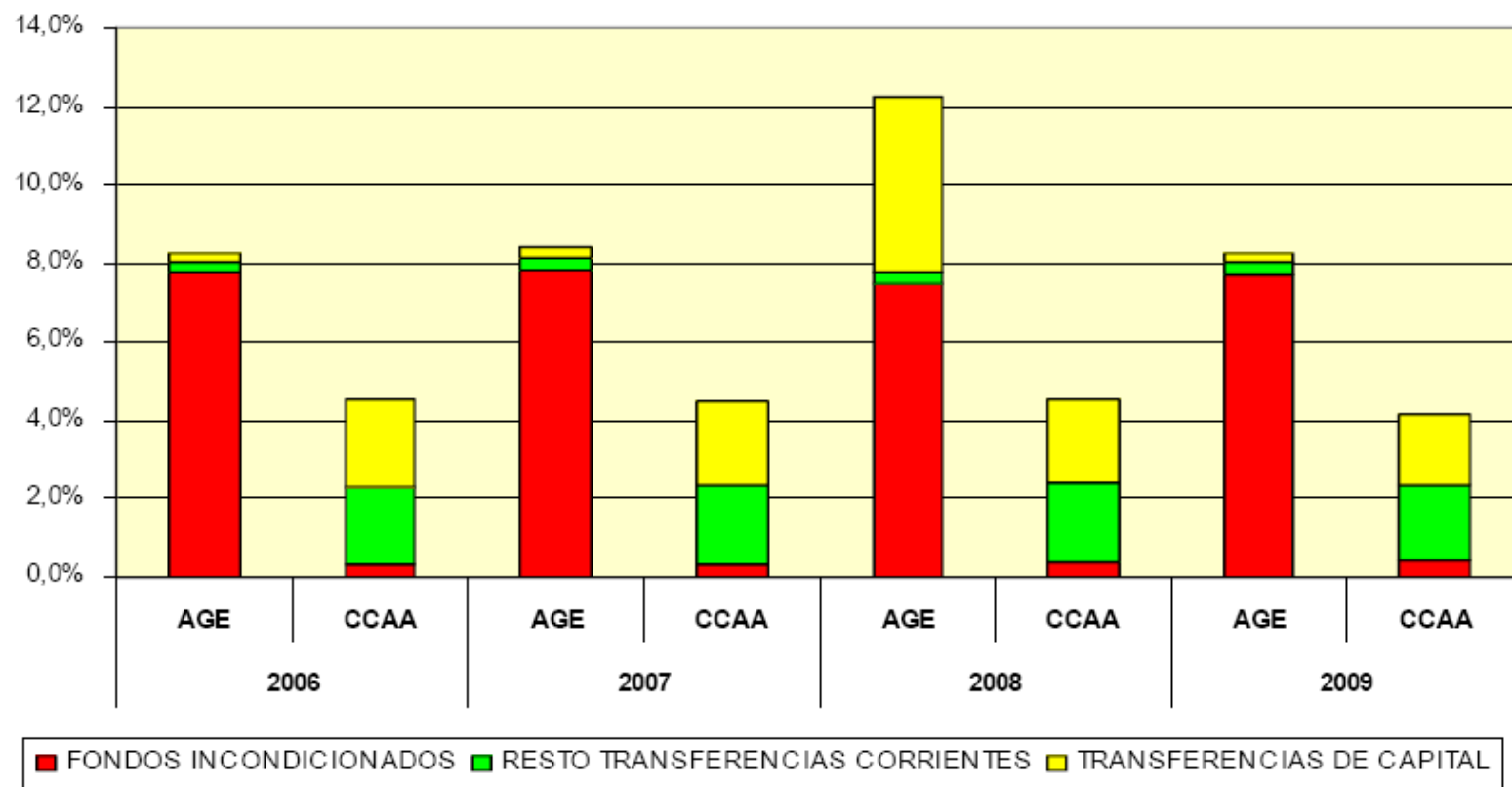
FINANCIACIÓN DE LOS GASTOS CORRIENTES DE LOS MUNICIPIOS



Fuente: Haciendas Locales en Cifras. Año 2006

FINANCIACIÓN LOCAL Y TRANSFERENCIAS DE OTRAS AA.PP.

Evolución del porcentaje de las transferencias sobre gastos no financieros





DIAGNÓSTICO

- Las Entidades locales se han consolidado en la democracia ganando peso relativo respecto a la Administración General del Estado
- Las Entidades locales tienen una estructura financiera adecuada, propia de un estado cuasi federal a efectos hacendísticos
- Las Haciendas municipales llegan a la crisis de 2008 en buena salud financiera. Una parte reducida de los Ayuntamientos tienen dificultades debidas a errores de gestión



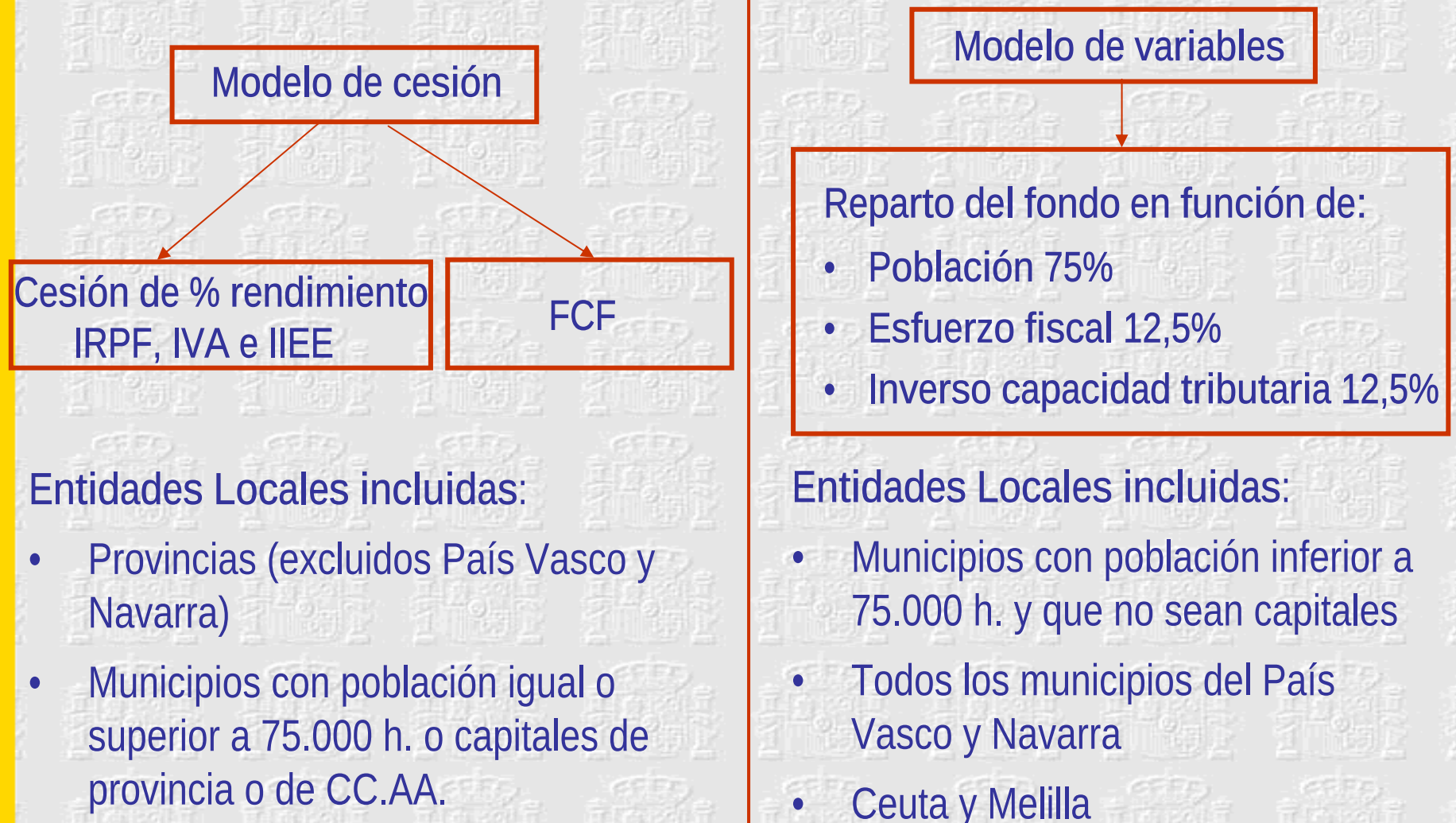
MINISTERIO DE
ECONOMÍA Y
HACIENDA

SECRETARÍA DE ESTADO DE
HACIENDA Y PRESUPUESTOS
SECRETARÍA GENERAL DE
FINANCIACIÓN TERRITORIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE
COORDINACIÓN FINANCIERA
CON LAS CC.AA. Y CON LAS EE.LL.

2. SISTEMA VIGENTE DE FINANCIACIÓN LOCAL Y LINEAS DE REFORMA

EL VIGENTE SISTEMA DE FINANCIACIÓN: UN MODELO DUAL



ÍNDICE DE EVOLUCIÓN DEL SISTEMA

“El índice de evolución se determinará, en todo caso, por el incremento que experimenten los ingresos tributarios del Estado (ITE) entre el año al que corresponda la participación y el año base”

“...El ITE nacional (ITEn): está constituido por la recaudación estatal, excluida la susceptible de cesión a las Comunidades Autónomas por IRPF, IVA e IIEE”

➤ Año base 2004 = $PTE^{2003} \times ITE_{04/03}$

➤ Años sucesivos

Modelo de cesión: $FCF_{04} \times ITE_{n/04}$

Modelo de variables: $PTE_{04} \times ITE_{n/04}$

CESIÓN IMPUESTOS ESTATALES (Modelo de cesión)

Impuestos estatales territorializables:

- ▶▶ **IRPF:** Territorialización directa: cesión [1,6875% (municipios) / 0,9936% (provincias)] s/ cuotas líquidas
- ▶▶ **IVA:** Territorialización indirecta: cesión [1,7897% (municipios) / 1,0538% (provincias)] s/ recaudación nacional, individualizándose según índices de consumo de CC.AA. y población municipal
- ▶▶ **Impuestos Especiales:** Territorialización indirecta: cesión [2,0454% (municipios) / 1,2044% (provincias)] s/ recaudación nacional, individualizándose según índices de consumo de CC.AA. y población municipal

FONDO COMPLEMENTARIO DE FINANCIACIÓN (Modelo de cesión)

Regla aplicable en el año base 2004:

- Se determina por diferencia entre la financiación total y la que se derive de la cesión de impuestos
- Se incorpora la compensación inicial por la reforma del IAE
- Evoluciona con arreglo a los ITE

Años restantes:

- A partir de 2007 se incorpora (creciendo con los ITE) la compensación adicional por la reforma del IAE que se transfiere en 2005 y 2006

PARTICIPACIÓN EN TRIBUTOS DEL ESTADO (Modelo de variables)

- **Determinación Importe Global:**
 - Con arreglo a la evolución de los ITE
- **Criterios de Distribución:**
 - 75 % Población de derecho ponderada
 - 12,5 % Esfuerzo fiscal
 - 12,5 % Inverso capacidad tributaria
 - Garantía de financiación mínima: ningún municipio percibirá una financiación inferior a la obtenida en 2003
 - Se incorporan las compensaciones por la reforma del IAE que evolucionan con los ITE



REGÍMENES ESPECIALES (I)

- Municipios Turísticos:
 - > 20.000 habitantes + (n^o de segundas residencias $> n^o$ de viviendas principales)
 - Se financian igual que los de variables salvo la cesión de Hidrocarburos y Tabaco
 - La cesión se resta de la PTE, con la garantía de no resultar < 0
- Territorios Históricos del País Vasco y Navarra:
 - Participan en la recaudación estatal por tributos no concertados (en 2004 representó el 0,58% de la recaudación estatal)

REGÍMENES ESPECIALES (II)

- Canarias:
 - En cuanto al modelo de cesión participan solo en IRPF y en los II.EE. que se recaudan
 - Por lo demás, idéntico régimen al resto
- Ceuta y Melilla:
 - Participan por el modelo de variables en cuanto asimiladas a municipios y con una regla especial en cuanto asimiladas a provincias
- Madrid y Barcelona:
 - Igual que los restantes, salvo lo establecido en la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid y en la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona



REFORMA DE LA FINANCIACIÓN LOCAL

- Espacio fiscal propio: actualización de los principales elementos de los tributos locales
- Mejora de las tasas y precios públicos para cubrir el coste de los servicios
- Transparencia como instrumento para el fortalecimiento de la Hacienda Local
- Participación en los Tributos de las Comunidades Autónomas
- Participación en los Tributos del Estado



MINISTERIO DE
ECONOMÍA Y
HACIENDA

SECRETARÍA DE ESTADO DE
HACIENDA Y PRESUPUESTOS
SECRETARÍA GENERAL DE
FINANCIACIÓN TERRITORIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE
COORDINACIÓN FINANCIERA
CON LAS CC.AA. Y CON LAS EE.LL.

3. EFECTOS DE LA CRISIS SOBRE LOS PRESUPUESTOS MUNICIPALES

INGRESOS NO FINANCIEROS AYUNTAMIENTOS 2006

CONCEPTO DE INGRESO	Importe (miles de €)	% sobre TOTAL INGRESOS NO FINANCIEROS
IBI	7.393.772,84	15,50%
IVTM	2.169.508,63	4,55%
IIVTNU	1.475.759,12	3,09%
IAE	1.415.221,15	2,97%
Resto Imp. Directos	332.992,81	0,70%
ICIO	2.640.483,84	5,54%
Resto Imp. Indirectos	416.963,75	0,87%
Tasas	4.222.547,96	8,85%
Precios públicos	539.814,35	1,13%
Resto Capítulo 3	4.221.799,72	8,85%
Ingresos Patrimoniales (Cap. 5 y 6)	5.106.713,94	10,71%
Transferencias corrientes de la AGE	8.802.603,07	18,46%
Transferencias corrientes de las CC. AA.	2.857.368,98	5,99%
Transferencias corrientes de las Diputaciones	1.726.372,08	3,62%
Transferencias corrientes otros sectores	386.218,91	0,81%
Transferencias de capital	3.986.920,93	8,36%
INGRESOS NO FINANCIEROS	47.695.062,08	100,00%

Fuente: Liquidaciones Pptos. Ejercicio 2006

INGRESOS ASOCIADOS A LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA

Importes en miles de €

ESTRATOS DE POBLACIÓN	Tasas por Licencia Urbanísticas	Cuotas Urbanísticas	Aprovechamientos Urbanísticos	Ingr. patrim. por conces. y aprovech. especiales	Enajenación Terrenos	TOTAL	% sobre Ingresos no Financieros
>1.000.000 hab.	32.861	517	64.645	29.031	495.181	622.235,24	9,54
De 500.001 a 1.000.000 hab.	34.589	3.866	17.156	22.580	153.153	231.344	8,98
De 100.001 a 500.000 hab.	86.819	89.999	64.657	274.647	543.341	1.059.464	10,72
De 50.001 a 100.000 hab.	82.266	18.567	53.128	86.960	488.222	729.143	13,36
De 20.001 a 50.000 hab.	115.304	52.197	84.482	92.561	374.578	719.123	10,33
De 5.001 a 20.000 hab.	151.835	96.181	89.419	128.992	621.116	1.087.544	11,63
<= 5.000 hab.	56.483	36.709	58.555	131.978	318.209	601.934	8,67
TOTAL MUNICIPIOS	560.158	298.036	432.042	766.751	2.993.800	5.050.787	10,59

Fuente: Haciendas Locales en Cifras. Año 2006

EFECTOS EN 2008 Y 2009 (1)

- La recaudación por IBI, IVTM, IAE se mantiene o sigue creciendo
- El IIVTNU (3.272 ayuntamientos) y el ICIO (6.401 ayuntamientos) han bajado en 2008 y 2009
- La financiación del Estado (PTE) ha seguido creciendo en 2008 respecto de 2007
- La financiación del Estado por entregas a cuenta mensuales ha disminuido en 2009. La liquidación de PTE 2007 permite que en su conjunto los ayuntamientos reciban en 2009 un 2% más que en 2008

EFECTOS EN 2008 Y 2009 (2)

- Los gastos de inversión de los municipios representan un 20% de los gastos totales
- Los tipos de interés han disminuido, lo que da un margen para los ayuntamientos más endeudados
- La Ley General de Estabilidad Presupuestaria se ha flexibilizado en su aplicación a las Entidades Locales en 2008 y 2009
- La crisis apenas ha afectado a los ingresos de las Diputaciones Provinciales en 2008 y 2009



MEDIDAS ADOPTADAS (1)

- **R. D.-ley 5/2009, de 24 de abril**: operación especial de endeudamiento para cubrir el remanente negativo de tesorería para gastos generales y/o las obligaciones pendientes de pago a proveedores a 31 de diciembre de 2008
- **Línea de avales ICO Entidades Locales-Empresas y autónomos** con la garantía de la Participación de las EE.LL. en los tributos del Estado. Límite máximo de la Línea: 3.000 millones €. Límite máximo aplicable a cada Entidad Local: 25% de entregas a cuenta de 2009

MEDIDAS ADOPTADAS (2)

- **Adelanto en cuatro meses del pago de la liquidación definitiva correspondiente a 2007** de la participación en los tributos del Estado de los municipios no incluidos en el modelo de cesión de impuestos estatales. Ha supuesto un adelanto de 470 millones de euros, un 10,7% de la financiación total de 2009, beneficiando a 8.028 municipios, el 99% del número total, y representan el 57,5% de la población nacional
- **Adelanto de los pagos del fondo especial de financiación** a favor de los municipios de población no superior a 20.000 habitantes, lo que supone una cuantía de 60 millones de euros, un 50% superior a la cuantía del año anterior. (Ha beneficiado a 3.069 municipios)
- **Fondo Estatal de Inversión Local** dotado con 8.000 millones de euros que tiene por objeto reactivar la economía en el ámbito local con inversión pública para financiar infraestructuras y equipamiento y fomentar la creación y mantenimiento de puestos de trabajo



LA FINANCIACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LOS PGE 2010

millones de €

Entregas a cuenta de Ayuntamientos (régimen general)	3.509,13
Entregas a cuenta de Ayuntamiento (modelo de Cesión)	5.280,50
Fondo Complementario de Financiación	4.498,76
Cesión de impuestos estatales	781,74
Entregas a cuenta de Provincias y Entes asimilados	4.516,31
Fondo Complementario de Financiación	3.850,45
Cesión de impuestos estatales	665,86
Liquidación (saldos a favor de EE. LL.)	52,09
FCF + Ayuntamientos en régimen general	28,57
Cesión de impuestos estatales	23,52
Financiación total	13.358,02
FCF + Ayuntamientos en régimen general	11.886,91
Cesión de impuestos estatales	1.471,11

COMPARACIÓN DE LA FINANCIACIÓN LOCAL EN LOS PGE 2009 Y 2010: ENTREGAS A CUENTA

millones de €

FINANCIACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES	PGE 2009	PGE 2010	%
Entregas a cuenta Ayuntamientos (régimen general)	3.830,61	3.509,13	-8,4
Entregas a cuenta Ayuntamientos (modelo cesión)	5.841,81	5.280,50	-9,6
Entregas a cuenta Provincias y Entes asimilados	4.989,44	4.516,31	-9,5
TOTAL ENTREGAS A CUENTA	14.661,86	13.305,94	-9,2



LIQUIDACIÓN EJERCICIOS ANTERIORES

millones de €

FINANCIACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES	Importes
Liquidación definitiva ejercicio 2007 pagada en 2009	1.661,33
Liquidación definitiva ejercicio 2008 saldos a favor de las Entidades locales	52,09
Liquidación definitiva ejercicio 2008 saldos a favor del Estado	1.578,85

Se establece un régimen especial de aplazamiento y fraccionamiento de los saldos a favor del Estado que resulten de la liquidación definitiva de 2008, que se reintegrarán a partir de enero de 2011 a través de 48 mensualidades (se estiman en 1.578,85 millones €)

Se compensarán los saldos a favor de las EE. LL. con los que resulten a favor del Estado



NUEVAS MEDIDAS A FAVOR DE LAS ENTIDADES LOCALES 2010

- Se ha dotado un nuevo Fondo con 5.000 millones € destinado a nuevas tecnologías, energías renovables, desarrollo empresarial o atención a la dependencia. Se podrá destinar un 20% del Fondo a gastos corrientes
- Aplazamiento en un año y fraccionamiento en 5 años del reintegro de 1.578,85 millones € de la liquidación definitiva de 2008 por los saldos deudores a cargo de las EE. LL.

FINANZAS LOCALES, NOVEDADES LEGISLATIVAS Y EVOLUCIÓN EN TIEMPOS DE CRISIS

Juan Arrieta Martínez de Pisón
Universidad Autónoma de Madrid

Barcelona, 4 de diciembre de 2009

- Financiación municipal en tiempo de crisis
- Mejorar en términos de eficiencia/alternativas al actual modelo
 - Ingresos
 - Sistema Tributario Local
 - Endeudamiento
 - PIE
 - Remanentes de tesorería afectados, etc.
 - Gastos
 - Modificaciones en Ley, Reglamento de Estabilidad
- Opción: Eficiencia del Sistema Tributario Local
 - Reformas estructurales del sistema
 - Necesaria revisión de los CINCO impuestos del Sistema Tributario Local

- Defectos estructurales del Sistema Tributario Local: fundamentalmente tres:
 - Concepción decimonónica de las fuentes de riqueza gravables
 - Tributos patrimoniales
 - Transferencias del Estado
 - Sistema con tributos reales y objetivos
 - Dificultad para subjetivizar el gravamen
 - Sistema que tiene a autofinanciación del gasto
 - Recurso excesivo a tributos no contributivos sino retributivos (tasas, contribuciones especiales, precios públicos, etc.)
 - Representa la $\frac{1}{4}$ parte de los ingresos tributarios

- Solución a los defectos estructurales del sistema:
 - Supresión y sustitución por otro nuevo
 - Modificación sustancial del vigente
 - Principio de conservación
- Alcance la modificación sustancial
 - Mantenimiento de los cinco impuestos
 - Reformas sustantivas de los cinco impuestos
 - Tres aspectos centrales sobre los que debe descansar la reforma (la modificación sustancial)



- Vinculación de los impuestos a la realidad y a fuentes de riqueza directa
 - Mayor vinculación entre fiscalidad local y variables económicas, como renta y consumo
 - Crecimiento económico y transferencia o reversión a los ayuntamientos
- Impuestos con bases más amplias
 - Impuestos que graven elementos reales y no objetivos (p. ej., valor real *frente a* valor catastral; beneficio de la actividad *frente a* mera actividad)
 - Beneficios fiscales
- Autonomía financiera y corresponsabilidad fiscal

- **IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES (IBI)**
- Impuesto patrimonial (propiedad inmobiliaria)
 - Base imponible: valor del inmueble
 - ¿Qué valor? ¿Cómo valoramos?
 - Valor de mercado (VM) *versus* Valor catastral (VC)
 - Desfase: lograr convergencia efectiva
 - Nuevo valor: “Valor catastral referenciado” (VCR)
 - $VC = VCR$
 - $VC \approx VCR$

- **IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES (IBI)**
- Aplicabilidad del VCR al IBI
 - No al IBI (sí al IIVTNU)
 - IBI. Muy eficiente en Ingreso y “gasto” (+ ingreso – gastos)
 - Ingreso: 30 por 100 de los ingresos tributarios
 - Gasto: Competencia del Estado y Litigiosidad mínima
- Problemas que generaría aplicar VCR:
 - Asignación valores anuales a todos los inmuebles (+ gasto)
 - Impugnación de valores (+ gasto)
 - Resultado poco eficiente (+ ingreso + gasto)

- **IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA (IIVTNU)**
- Gravamen de escasa conflictividad por su configuración
- Potencial recaudatorio sobresaliente
 - Sustitución de VC por VCR
 - Virtualidad de los problemas planteados en relación al IBI
 - 1º. Asignación de valores anuales a todos los inmuebles: La objeción se reduce considerablemente en el IIVTNU
 - 2º. Impugnación de valores. También se puede paliar el inconveniente.
 - Reforma TR de la LHL: “En el caso de que el obligado tributario liquidara el Impuesto por un valor distinto al VCR, la carga de probar que el VM es distinto recaerá sobre él”.
 - La Administración (local o central) sólo debe acreditar en el procedimiento de comprobación cual es el VCR fijado por el catastro en el momento del devengo.
 - La mera existencia de ese valor (VCR) haría que la actuación de la Administración local estuviera motivada suficientemente.
- Reforma TR de la LHL en LGPE para 2010
 - Potestativo para los Ayuntamientos
 - BI: valor de inmuebles según tablas aprobadas por CCAA respectivas

- **IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA (IIVTNU)**
- Dos reformas más necesarias en el IIVTNU
 - Periodos infraanuales de generación del incremento
 - Debe alcanzarles el gravamen por ser los más especulativos
 - Barcelona (art. 51 de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, del Régimen especial del municipio de Barcelona)
 - Cierre registral para las obligaciones del IIVTNU
 - Debe extenderse a todos los impuestos (se exige ITP, ISD, pero no al IIVTNU) y a todos los ayuntamientos
 - Madrid (Disposición Adicional 6ª Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid)

- **IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS (IAE)**

- Debería representar –junto con el IBI- el gravamen central del Sistema Tributario Local
- Grave erosión del sistema de recursos
- Ruptura de estructura y sistematicidad cuadro impositivo local. Por cuatro motivos:
 - Hurta a los ayuntamientos de su “espacio fiscal propio”: se les hace más dependientes de las transferencias del estado
 - Se aleja del principio de autonomía financiera: Se gestiona ahora por los ayuntamientos sólo un 10 por 100
 - Se desconsidera un fuente de riqueza básica: la renta o beneficio (pasado de 2º al 4º lugar en potencial recaudatorio)
 - Provoca desigualdades e iniquidades entre los OT (sujetos y exentos):
 - Residentes y no residentes
 - Se discrimina por la “cifra de negocio”
 - Tarifas no actualizadas y alejadas de la realidad

- **IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS (IAE)**
- Nuevo gravamen redefiniendo el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación
- Debería cumplir con CINCO notas:
 - Principio de generalidad: Impuesto alcance *todas* las actividades económicas
 - Impuesto que grave en función de criterios personales y no reales
 - Principio de capacidad económica: Impuesto que grave efectivamente la capacidad económica real
 - Principio de progresividad: Actualizar tarifas y coeficientes y establecerse con criterios de progresividad
 - Régimen de gestión municipal

- **IMPUESTO SOBRE VEHÍCULOS DE TRACCIÓN MECÁNICA (IVTM)**
- Gravamen poco conflictivo pero con tasas altas de ineficiencia
- Problema: deslocalización de vehículos en “*paraísos fiscales*”. Lo generan dos circunstancias:
 - Diferencias de cuotas en función de la dimensión del municipio
 - La mayor dimensión del municipio es directamente proporcional al incremento de las cuotas del impuesto
 - Se puede duplicar la cuota
 - Punto de conexión para determinar ente local competente para exigir gravamen
 - Domicilio del permiso de circulación del vehículo
 - Sociedades de *renting* consignan en sus estatutos como “domicilio social” el del “paraíso fiscal”
 - En los permisos de circulación aparece el domicilio del Ayuntamiento con tributación baja
 - No existe coincidencia entre domicilio real y domicilio del permiso de circulación

- **IMPUESTO SOBRE VEHÍCULOS DE TRACCIÓN MECÁNICA (IVTM)**
- Propuesta de solución: cambiar punto de conexión en TR de la LHL
 - No vincular el PC con domicilio del permiso de circulación
 - Vincular el PC con *domicilio fiscal* del contribuyente (art. 48 LGT)
- Solución en TR de la LHL para todos los ayuntamientos
- No caben soluciones individuales
 - Propuesta de Madrid para incorporar nuevo precepto a la Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y de Régimen Especial de Madrid:
 - “Sin perjuicio de lo dispuesto de lo dispuesto en el art. 97 [del TR de la LHL] el Ayuntamiento de Madrid podrá exigir el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica a las personas jurídicas y a las entidades a las que se refiere el apartado 4 del art. 35 de la LGT cuyo domicilio social, sede de dirección efectiva, o mayor parte de sus activos se encuentre situado en el término municipal de Madrid, y respecto a los vehículos que racionalmente puedan considerarse afectos a la actividad desarrollada en dicho término municipal”

- **IMPUESTO SOBRE CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y OBRAS (ICIO)**
- Paradigma de gravamen con elevado potencial recaudatorio
- Mermado en su eficacia por su significativa conflictividad
- Concepto de “coste real y efectivo de la CIO”
 - Tributos real, objetivo, producto Idóneo para gestión sencilla)
 - Conflictivo sobre el alcance del elemento objetivo (¿valor efectivo?)
 - Reformas varias en TR de la LHL sobre la BI ICIO
- Solución:
 - Listar elementos que integran la BI
 - Objetivar elementos estructurales de la cuantificación
 - Enumerar componentes de la BI

- **IMPUESTO SOBRE CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y OBRAS (ICIO)**
- La solución propuesta mejoraría otros importantes problemas
 - La efectiva exclusión del beneficio empresarial del contratista
 - Someter a gravamen toda CIO sometida a control urbanístico, aunque no haya licencia
 - Proyectos de urbanización
 - Compatibilidad de ICIO y tasa por licencia urbanística
 - Hechos imponible diferentes
 - Suprimir tasa e incrementar ICIO
 - Ilusión financiera
 - Simplificación tributaria



Seminari
de Dret Local



Muchas gracias

juan.arrieta@uam.es

La necesaria revisión del sistema tributario municipal

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

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

RESUMEN

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

Palabras clave: financiación local; impuestos locales

ABSTRACT

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

Key words: local finance; local taxes

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

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

I. FINANCIACIÓN LOCAL Y SISTEMA TRIBUTARIO MUNICIPAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ *Op. cit.*, p. 318.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

el valor catastral. Para lograr esto último, además de determinados cambios normativos, sería necesario un perfeccionamiento en el modo de actuar del Catastro ¹².

Pues bien, a este respecto debemos tener en cuenta un reciente trabajo de MIRANDA HITA ¹³, del cual transcribimos a continuación los siguientes párrafos:

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

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

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

De este trabajo se puede advertir que el estado actual de la tecnología permitiría al Catastro proporcionar de forma precisa y en tiempo real el valor de mercado de los bienes inmuebles, valor que, lógicamente, no tiene que ser coincidente con el valor catastral, por lo menos en el sentido jurídico técnico que tiene en el momento actual ¹⁴. Por este

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, la regulación del IVTM, en cuanto a la determinación de qué ayuntamiento es competente para exigirlo, sí plantea problemas de cierto calado, especialmente porque la normativa vigente ha desencadenado un fenómeno que se ha venido a denominar como la existencia de «paraísos fiscales para vehículos». Como fácilmente puede intuirse de esta denominación, el hecho de que puedan existir este tipo de «paraísos fiscales» indica que el impuesto que se paga por la titularidad de un vehículo no es necesariamente el mismo en función del municipio en el que deba tributar. Si existen también respecto a este objeto imponible «paraísos fiscales» será porque la normativa reguladora del IVTM reconoce a los municipios cierto grado de autonomía para la fijación de la cuota ²⁹.

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

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

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

TABLA 2

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

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

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

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

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

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

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

Sin lugar a dudas, este fenómeno puede afectar a cualquier municipio, si bien donde el mismo parece que se está manifestando con mayor intensidad es en los municipios que comprenden grandes núcleos poblacionales, pues en la mayoría de los casos las sedes de los negocios de las empresas que cuentan en su activo con flotas de vehículos importantes (empresas de transporte de mercancías y personas, autoescuelas, alquiler de vehículos, «renting», etc.) se encuentran ubicadas en su territorio y, por consiguiente, dichos vehículos deberían tributar por su IVTM. Aquellos municipios que ejerzan su competencia para incrementar la cuota del IVTM pueden provocar la «huida» hacia otros municipios que no hayan ejercido tal competencia, o la hayan ejercido en menor medida. Y esta huida a veces puede estar en cierto modo «alentada» precisamente por los municipios que no ejercen dicha competencia, exigiendo en su territorio sólo las cuotas mínimas previstas en el TR de la LHL³⁴. De hecho, como señalan las noticias de prensa indicadas, son siempre municipios cercanos a las dos grandes ciudades afectadas por este fenómeno, Barcelona y Madrid, los que desarrollan esta conducta. Respecto a Barcelona se señala a los municipios de Aguilar de Segarra y Rajadell y, en relación a Madrid, a los municipios de Robledo de Chavela y Moralarzal³⁵.

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

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

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

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

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

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

última sólo en relación a los turismos) aplican el coeficiente máximo (2) y el resto de capitales de provincia el coeficiente aplicado está por encima del 1,9 —Lleida y Tarragona—. En el municipio de Madrid la media del coeficiente aplicado está por encima del 1,9. Por otro lado, los datos agregados ofrecidos por el Ministerio de Economía y Hacienda revelan que en la medida en que aumenta el tamaño del municipio se incrementa igualmente el coeficiente aplicado. Por tanto, se pone de manifiesto cómo la mayor dimensión del municipio es directamente proporcional al incremento de las cuotas del IVTM, precisamente por el ejercicio de la competencia que establece el TR de la LHL. Los datos agregados para 2008 aparecen en el siguiente cuadro ³⁶:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La utilización del domicilio fiscal como punto de conexión en el ámbito del IVTM parece la solución más razonable. Las dificultades que provocaría en la gestión del impuesto podrían corregirse a través de la colaboración prestada por la Administración general del Estado a través de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). En este sentido, sobre el IVTM sería competente no tanto el municipio que conste en el permiso de circulación del vehículo, sino el municipio donde se encuentre el domicilio fiscal del titular del vehículo a efectos de los impuestos gestionados por el Estado. Como el procedimiento de modificación de oficio del domicilio fiscal es ciertamente complejo, el mismo se llevaría a cabo por la AEAT y tendría efectos tanto en los impuestos estatales como en el IVTM. Con estos elementos la configuración del IVTM dependería no sólo de la información obrante en los Registros de Tráfico. Respecto al punto de conexión que determina el ayuntamiento competente dependería también de la información obrante en la AEAT en relación al lugar donde se encuentra el domicilio fiscal del contribuyente.

Pues bien, aunque ésta parece ser una de las soluciones más razonables para resolver el problema apuntado, lo cierto es que en la regulación vigente no tiene cabida una solución parecida. La discordancia entre la realidad y la información obrante en el permiso

³⁸ Señala este precepto lo siguiente: «El domicilio fiscal será [...] para las personas jurídicas, su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en el que se lleve a cabo dicha gestión o dirección. Cuando no pueda determinarse el lugar del domicilio fiscal de acuerdo con los criterios anteriores prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado».

de circulación no puede ser resuelta del modo expuesto. Esta situación está provocando a determinados ayuntamientos pérdidas recaudatorias importantes, difíciles de resolver. Eso explica, por ejemplo, que el ayuntamiento de Madrid, cuando presentó al Estado el borrador de lo que ahora es la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, previera un precepto del siguiente tenor:

«2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 97 [TR de la LHL] el ayuntamiento de Madrid podrá exigir el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica a las personas jurídicas y a las entidades a las que se refiere el apartado 4 del art. 35 de la [LGT] cuyo domicilio social, sede de dirección efectiva, o mayor parte de sus activos se encuentre situado en el término municipal de Madrid, y respecto a los vehículos que racionalmente puedan considerarse afectos a la actividad desarrollada en dicho término municipal».

Como era probable, este precepto desapareció tanto del Proyecto de Ley como de la Ley finalmente aprobada, pues se trata de una medida que no puede establecerse sólo con respecto a un municipio —el de Madrid—, sino que precisa que sea adoptada con carácter general en el TR de la LHL para todos los ayuntamientos. De lo contrario, podría llegarse a la conclusión de que dos ayuntamientos fueran competentes en materia de IVTM sobre un mismo vehículo. Veamos el siguiente ejemplo: un vehículo respecto del cual el ayuntamiento que consta en el permiso de circulación no es el ayuntamiento de Madrid cuando es en Madrid donde se encuentra el domicilio social o la sede de dirección efectiva del titular del vehículo.

De acuerdo con lo anterior, parece razonable que no se hubiera aprobado un precepto del tenor anterior sólo para el ayuntamiento de Madrid. Ahora bien, el hecho de que desde el ayuntamiento de Madrid se planteara la aprobación de una norma de ese estilo constituye un buen ejemplo y pone de relieve la preocupación de los municipios y, entre ellos, de los de gran población, por los problemas que está produciendo el punto de conexión del IVTM previsto en el art. 97 del TR de la LHL.

Sin lugar a dudas, si el punto de conexión del IVTM se formulara en términos parecidos a los señalados aquí —vincularlo al domicilio fiscal del contribuyente—, se eliminaría o reduciría la existencia de los llamados «paraísos fiscales para los vehículos». Esto permitiría, en nuestra opinión, que los ayuntamientos pudieran ejercer efectivamente su competencia para incrementar el impuesto dentro de los márgenes que le autoriza el TR de la LHL, sin temer con ello a que se produzcan «éxodos artificiosos» de contribuyentes importantes hacia municipios donde la tributación es menor, precisamente porque *no han ejercido* su competencia para incrementar la cuota del IVTM.

4. El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras: la necesaria simplificación de la cuantificación del gravamen para reducir la conflictividad

El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO) es un ejemplo paradigmático de gravamen con un relativo potencial recaudatorio que, sin embargo,

está notablemente mermado en su eficiencia por la significativa conflictividad tributaria que genera, lo que, ciertamente, induce a replantearse, no tanto su posición o pervivencia en el cuadro del sistema tributario municipal, cuanto aquellos aspectos del régimen jurídico más ligados a lo contencioso.

De forma prioritaria, en este orden de consideraciones, debe resolverse definitivamente qué partidas constituyen *real y efectivamente* la base imponible del gravamen. Porque, pese a los esfuerzos realizados por el legislador en las diferentes reformas operadas en el art. 102 del TR de la LHL, lo cierto es que sigue siendo el tributo más conflictivo precisamente al cuestionarse sistemáticamente algunos de los componentes que han formado parte de la construcción, instalación y obra, como gastos constitutivos de la base imponible del impuesto.

En efecto, como es sabido, desde la aprobación de la Ley de Haciendas Locales en 1988, el ICIO se cuantificaba conforme al «coste real y efectivo de las obras». El art. 103 de la citada LHL establecía que en el momento de la solicitud de la licencia «la base imponible del impuesto está constituida por el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, del que no forman parte, en ningún caso, el IVA y demás impuestos análogos propios de regímenes especiales, ni tampoco las tasas, precios públicos y demás prestaciones patrimoniales de carácter público local relacionadas con dichas construcciones, instalaciones u obras».

Pero salvo esos gastos expresamente excluidos de la base imponible, lo cierto es que ha sido enorme el debate —y la subsiguiente jurisprudencia— sobre las diferentes partidas que integran «el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra», esto es, la base imponible del ICIO. Con el anunciado objetivo de zanjar esta cuestión, la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, reformó la LHL en distintos aspectos, aclarando que «la base imponible del impuesto está constituida por el coste real efectivo de la construcción, instalación u obra, y se entiende por tal, a estos efectos, el coste de ejecución material de aquélla». Igualmente se aclaraba —y así se mantiene en la actual regulación— que, en todo caso, «no forman parte de la base imponible el Impuesto sobre el Valor Añadido y demás impuestos análogos propios de regímenes especiales, las tasas, precios públicos y demás prestaciones patrimoniales de carácter público local relacionadas, en su caso, con la construcción, instalación u obra, ni tampoco los honorarios de profesionales, el beneficio empresarial del contratista ni cualquier otro concepto que no integre, estrictamente, el coste de ejecución material».

Este loable empeño del legislador por configurar de forma cerrada la base imponible es, sin embargo, poco efectivo cuando la misma norma deja abierta la posibilidad de interpretar cuándo un coste es o no coste de ejecución material. En definitiva, trasladamos en último término el concepto indeterminado de «coste real efectivo» al de «coste de ejecución material» o al de estricto «coste de ejecución material». Hubiera sido preferible, en orden a evitar la mencionada conflictividad tributaria que genera este gravamen, listar qué no forma estrictamente parte de la base imponible, sin cláusulas de cierre generales que son las que provocan los indeseables efectos de ineficiencia en el impuesto.

Evidentemente, establecer un listado cerrado de gastos de la construcción, instalación u obra que, aun constituyendo un gasto efectivo y real, no se considere como tal a efectos de determinar el coste de la citada obra o construcción, nunca privará por completo de conflictividad entre el órgano municipal y los obligados tributarios, pero, sin duda, sí lo reduciría en gran número o, al menos, respecto de la desproporcionada situación actual.

Tal sería el caso, por ejemplo, del beneficio industrial o —como denomina el art. 102.1 del TR de la LHL— «el beneficio empresarial del contratista» que pese a que expresamente «no forma parte de la base imponible», suele ser integrado como coste real de la obra cuando no aparece expresamente desagregado o diferenciado en el contrato de obra o certificaciones de obra correspondientes. Hasta el punto que tal circunstancia —la referida a que aparezca expresamente consignado y cuantificado el porcentaje de beneficio industrial— se viene considerando actualmente por parte de la Administración municipal como un requisito formal y objetivo que, de no cumplirse, impide excluir tal cantidad de la base imponible. Algo que debe considerarse contrario o, al menos, incongruente con la propia norma, pues si es cierto que el TR de la LHL excluye de la base imponible el beneficio industrial, y si también es cierto que *siempre* existe un beneficio industrial, habrá que computar necesariamente esta partida aun no estando expresamente cuantificada en el contrato o certificación de obra correspondiente. Lo contrario sería tanto como reconocer que toda construcción, instalación u obra se realiza por los contratistas sin beneficio alguno.

Tales hechos demuestran, en definitiva, la escasa eficiencia del ICIO dentro del cuadro de recursos fiscales de las Haciendas Locales, porque, aun tratándose de la tercera fuente en importancia de ingresos tributarios —tras el IBI y las tasas (*vid.* Tabla 1)— representando casi un 10 por 100 del conjunto de ingresos, lo cierto es que exhibe un elevado grado de controversia en lo que se refiere a los elementos de cuantificación del gravamen, lo que lo aleja de los umbrales deseables de eficiencia, sencillez y agilidad en la gestión. Máxime cuando se trata de un tributo real, objetivo y de producto, de manera que no resulta imprescindible teñir de elementos subjetivos el gravamen, sino todo lo contrario, objetivar al máximo los elementos de cuantificación para gravar en proporción a un coste de la construcción, instalación u obra. Parece, por tanto, razonable que los elementos de cuantificación del gravamen se determinen de la forma más objetiva posible en orden a reducir la citada conflictividad tributaria, lo cual, como decimos, exige enumerar o listar si ello fuera necesario el conjunto de gastos que constituyen «coste real efectivo» o «coste de ejecución material» de la obra.

Podrían eventual e involuntariamente integrarse en la base imponible costes que no se derivaran de la ejecución material, pero ello es preferible al actual e indeseable exceso de recursos y reclamaciones interpuestos en orden a precisar qué gastos son «coste de ejecución material». Y si a ello añadimos que la gestión de este tributo está encomendada íntegramente a los ayuntamientos, deviene imprescindible objetivar sus elementos estructurales y, por tanto, su cuantificación, y atribuirle esa naturaleza de gravamen real o de producto despojándolo de cualquier elemento variable en su determinación y cuantificación.

Pero no sólo es imprescindible aclarar y objetivar los conceptos integrantes de la base imponible. Quizá con más urgencia que ello, resulta imprescindible, por puras razones de neutralidad y equidad, someter a tributación toda obra sometida a control urbanístico, con independencia de que sea o no necesaria la preceptiva licencia.

En efecto, como es sabido, existe un buen número de construcciones y obras que están sometidas a régimen de comunicaciones, o incluidas en proyectos de urbanización que, sin embargo, no tributan, con un claro tratamiento discriminatorio con respecto de aquellas otras que requieren licencia municipal y a las que se les exige el ICIO. Piénsese, por ejemplo, en las obras realizadas por el Estado u otros entes territoriales a los que no se les exige licencia municipal, aunque sí otros informes que suplen y cumplen la función de control urbanístico que compete al ayuntamiento; o determinadas obras, como las órdenes de ejecución, en las que no existe obviamente licencia de obra³⁹; o las construcciones, instalaciones y obras respecto de las cuales el municipio ha sustituido la exigencia de la preceptiva licencia por otro tipo de actos de fiscalización urbanística como son, por ejemplo, los actos comunicados; o, piénsese, en fin, en las obras realizadas al amparo de proyectos de urbanización.

Es evidente que en todos estos supuestos se realiza el hecho imponible, y se realiza en la mayoría de los casos con absoluta demostración de la capacidad económica; paradigmático de este supuesto es el de los proyectos de urbanización que añaden un significativo valor al terreno por la actuación y que, sin embargo, quedan excluidos del gravamen.

En relación a los sujetos pasivos, la norma mantiene una regulación clara en un aspecto y oscura en otro. Creemos que, pese a alguna jurisprudencia disonante, el art. 101.2 del TR de la LHL deja suficientemente nítido que, existiendo sustituto, será con él y no con el contribuyente con quien tengan que entenderse las actuaciones de la Administración tributaria municipal. Los pronunciamientos prácticamente unánimes habidos en los últimos años —especialmente del Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid— avalan esta afirmación confirmando la claridad del precepto en este extremo.

Por el contrario, sí que debería precisar la norma que para ser sustituto del contribuyente, no es suficiente la mera presentación de la solicitud de licencia o declaración, sino que ha de exigirse una *especial vinculación* con el contribuyente. Más aún, debería atribuirse la condición de sustituto al propietario del inmueble cuando no tiene la condición de contribuyente, esto es, cuando no coincide con el dueño de la obra.

Un problema tan recurrentemente denunciado como irreal en este gravamen es el de su *compatibilidad* con la tasa por licencias urbanísticas. En efecto, la duplicidad que aparentemente se produce entre este impuesto que grava la actividad constructora y la tasa

³⁹ Respecto de éstas, muchas Ordenanzas fiscales equiparan tales órdenes de ejecución a las licencias de obras, de manera que quedan, en todo caso, sujetas al ICIO. Recientemente el Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid, en su Resolución de 7 de febrero de 2008, así lo ha entendido al «equiparar urbanística y fiscalmente» las órdenes de ejecución a las licencias de obras.

que grava el servicio prestado por el ayuntamiento de verificación y control de la actividad constructiva o urbanística, no puede producirse en la medida en que los hechos impositivos que se gravan son bien distintos: en el primer caso la actividad constructora, y en el segundo el servicio de control que se realiza por dicha actividad. La circunstancia objetiva de que recaigan ambos tributos —con hechos impositivos distintos— sobre la misma materia imponible —la actividad constructora— no supone que se produzca una duplicidad proscrita.

Ahora bien, pese a ser ello cierto, no lo es menos que dicha situación multiplica los costes de gestión desde la perspectiva del ayuntamiento y los de cumplimiento desde el punto de vista de las entidades constructoras. Por todo ello se ha afirmado con enorme acierto que «deben darse pasos hacia la simplificación de estos tributos. En concreto, se trata de suprimir la tasa por licencias urbanísticas, impidiendo su exigencia, y de elevar el tipo de gravamen de este tributo. De esta forma, no se produce merma alguna en los ingresos municipales. Todo ello con la salvedad de los proyectos de urbanización, cuyo tipo de gravamen debería permanecer igual, ya que su elevación no se puede justificar por la supresión de una tasa que, en este caso, no se exige»⁴⁰.

En materia de gestión, es enormemente sugerente la propuesta que se formula en el informe técnico emitido a instancias de la FEMP⁴¹, en el que, con el objetivo de simplificar la gestión del tributo y evitar problemas de elusión fiscal, se propone establecer unos módulos objetivos del coste de las construcciones, instalaciones y obras en la ordenanza fiscal del tributo correspondiente y que sirvan tanto para calcular el ingreso a cuenta que debe producirse con anterioridad al inicio de la obra, como para practicar la autoliquidación que proceda una vez terminada ésta en atención a la efectivamente realizada. Para la fijación de estos módulos, se propone que la Ley establezca «unos criterios generales que garanticen la justicia y equidad del gravamen, entre los que debe destacarse que el importe tiene que ser equivalente al coste normal o medio de cada tipo edificatorio, según la clase, modalidad, categoría y localización geográfica. En todo caso, el contribuyente ha de poder renunciar a este régimen de determinación de la base imponible, siempre que lo haga con anterioridad al devengo del tributo. La base pasará a determinarse en régimen de estimación directa, siendo de aplicación tanto para el ingreso a cuenta como para la autoliquidación correspondiente al momento en que se haya terminado la obra»⁴².

⁴⁰ Así lo mantienen J. ZORNOZA PÉREZ y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, «Las Haciendas Locales: esas grandes olvidadas», *op. cit.*, p. 89.

⁴¹ Por J. SUÁREZ PANDIELLO (coord.), *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*, *op. cit.*, p. 296.

⁴² J. SUÁREZ PANDIELLO (coord.), *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*, *op. cit.*, p. 296.

5. El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana: *valor catastral referenciado*, plusvalías inferiores al año y cierre registral

Este impuesto, que tiene carácter facultativo, se caracteriza porque su configuración y aplicación es relativamente sencilla. Ello responde fundamentalmente a tres motivos: *a)* la base imponible se fija a partir del valor del suelo o terreno que se deriva del valor catastral del inmueble (art. 107 del TR de la LHL); *b)* el valor catastral no puede ser objeto de impugnación en el marco de la gestión del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IVTNU)⁴³, y *c)* el incremento de valor que resulta gravado se determina a través de un método objetivo que no puede ser objeto de discusión por parte del obligado tributario siempre y cuando, claro está, dicho método objetivo se haya aplicado correctamente. Como es sabido, se trata simplemente de determinar el periodo de generación del incremento en función del tiempo que haya permanecido el bien en el patrimonio de un sujeto antes de su transmisión y, posteriormente, multiplicarlo por el coeficiente que prevé el art. 107.4 del TR de la LHL o la ordenanza fiscal correspondiente.

Como se puede observar, al igual que en el IBI, el valor catastral del inmueble tiene también gran relevancia para el IVTNU. Al ser este valor, como explicamos al hilo del IBI, un valor estático por comparación con el valor de mercado, se pueden traer aquí las mismas críticas que realizamos en su momento, en la medida en que al no tomarse como referencia el valor de mercado (del suelo) es posible que el incremento de valor sobre el que recae el tributo no sea el realmente producido conforme a valores de mercado. Es por ello por lo que en el ámbito de este impuesto podría tener cierto sentido tomar como referencia un valor lo más cercano al valor de mercado, como sería el *valor catastral referenciado* al que nos hemos referido en el epígrafe del IBI.

No obstante, somos conscientes que en dicho epígrafe esgrimimos una serie de obstáculos y argumentos en contra de esta opción. Pues bien, en nuestra opinión, dichos obstáculos en el marco del IVTNU pueden resolverse con cierta facilidad, particular que hace recomendable su adopción en este gravamen. En este sentido, no podemos perder de vista que el IVTNU, al ser un tributo facultativo, puede no existir en todos los municipios, extremo que reduce ya de por sí, en una importante cuantía, el número de «hechos imponibles» objeto de exacción y gestión. Además, existe otro factor aún más importante: el IVTNU sólo se exige cuando se enajena un bien inmueble de naturaleza urbana, lo cual supone que el número de «hechos imponibles» a gestionar cada año se reduce sensiblemente, por comparación con el IBI, en la medida en que se excluyen los bienes de naturaleza rústica y, sobre todo, los de naturaleza urbana cuando no se ha producido enajenación alguna.

⁴³ *Vid.* la STS de 23 de enero de 1999, recurso 5470/1998 (RJ 1999/68) y los siguientes pronunciamientos: STSJ de Extremadura, de 26 de julio de 2002, recurso 2194/1998 (Normacef Fiscal); STSJ de Canarias, de 6 de septiembre de 2000, recurso 2117/1996 (Normacef Fiscal), y STSJ de Castilla-La Mancha, de 3 de enero de 2005, recurso 7/2004 (Normacef Fiscal).

Por otra parte hay que tener en cuenta que de adoptarse el *valor catastral referenciado* para el IVTNU debería permitirse algo que no es posible en el momento actual con el valor catastral, esto es, impugnar el mismo al hilo de su gestión. Parece razonable que ello sea así, porque el *valor catastral referenciado* que pueda tener un inmueble a efectos del IBI no tiene por qué coincidir con el aplicable al IVTNU, toda vez que el primero se fija en atención a la situación a uno de enero de cada año, y el segundo debe tener en cuenta lo sucedido en un momento, que no será siempre coincidente con el del IBI, que es cuando se realiza el hecho imponible por la enajenación del bien inmueble.

Sin duda alguna, permitir la impugnación del *valor catastral referenciado* en el IVTNU podría provocar que este impuesto perdiera una de sus virtudes más importantes como es la ausencia casi completa de litigiosidad en cuanto a la determinación del incremento de valor sujeto a gravamen. Y ello incluso si se atribuye al Catastro tanto la determinación de dicho valor (lo cual parece razonable), como el conocimiento de los recursos que los obligados tributarios pudieran plantear contra el mismo cuestionando que no refleja realmente el valor de mercado (particular que perfectamente podría atribuirse a cada ayuntamiento).

En nuestra opinión, este obstáculo podría salvarse o amortiguarse sensiblemente estableciendo expresamente en el TR de la LHL que en el caso de que el obligado tributario liquidara el impuesto por un valor distinto al *valor catastral referenciado*, la carga de probar que el valor de mercado es diferente recae sobre él. Con toda probabilidad, al invertirse en cierto modo la carga de la prueba, se reduciría sensiblemente los litigios en esta materia, pues a la Administración competente (Catastro o ayuntamiento) le bastaría con acreditar en el procedimiento de comprobación de valores cuál es el *valor catastral referenciado* del inmueble fijado por el Catastro en el momento de producirse el devengo del IVTNU. Si el obligado tributario no acredita que el valor de mercado era diferente, o se considera que los medios de prueba aportados no son suficientes, prevalecería el *valor catastral referenciado*. La mera existencia de este valor haría que la actuación de la Administración competente estuviera suficientemente motivada, eliminando, por consiguiente, el peligro de que el acto de liquidación se anulara por falta de motivación. Y ello porque el valor que esgrimiría la Administración competente sería precisamente el *valor catastral referenciado* determinado por el Catastro. Si esto es así, la gestión de las comprobaciones de valores del IVTNU eludiría una de las principales causas por las que tanto en vía administrativa como en vía judicial se anulan las liquidaciones resultantes de los procedimientos de comprobación de valores en otros impuestos como el de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, esto es, la falta de motivación.

Esta propuesta que hemos formulado aquí no ha tenido todavía el reflejo correspondiente en el TR de la LHL. Sin duda se trata de una modificación de calado que exige, con carácter previo, que el Catastro pueda fijar y comunicar en tiempo real el *valor catastral referenciado*. Mientras que lo anterior tiene lugar, el TR de la LHL debería ser modificado en relación al IVTNU para mejorar dos aspectos de su regulación y gestión. Nos referiremos a ellos muy brevemente.

El primero es que el periodo de generación del incremento de valor se calcule por meses o por días, y no en función de años completos, con la finalidad principal de que no queden sin gravamen, como sucede en el momento actual, las plusvalías más especulativas como son las que su periodo de generación es inferior al año. Sólo existe en la actualidad un municipio en España en que dichas «plusvalías» no quedan sin gravamen. Se trata del ayuntamiento de Barcelona, que puede sujetar a imposición las mismas por establecerlo así el art. 51 de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona:

«1. En los hechos imponibles de este tributo cuyo periodo de generación sea inferior al año, a excepción de las transmisiones gratuitas por causa de muerte, la base imponible se hallará aplicando al valor del terreno en el momento del devengo, derivado de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 107 del [TR de la LHL], el porcentaje de incremento que establezca la Ordenanza fiscal, sin superar el límite del 5 por 100 anual. 2. El porcentaje anual de incremento que apruebe la Ordenanza fiscal se aplicará en función de los meses completos durante los cuales se haya generado el incremento gravado».

Como parece lógico, no tiene mucho sentido que este aspecto esencial del tributo tenga una regulación especial en un concreto municipio, sobre todo cuando la regulación más razonable es precisamente la que no se prevé para el resto. Consideramos, por tanto, que tiene todo su sentido y justificación que lo previsto para el ayuntamiento de Barcelona se introduzca en el TR de la LHL para todo el territorio nacional.

El segundo aspecto se refiere a los mecanismos de control del impuesto, sucediendo algo parecido al caso anterior, en el sentido de que lo que sería deseable para todo el territorio sólo es posible en un concreto municipio. Pues bien, como es sabido, en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y en los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados existe cierre registral, entendiendo por tal la imposibilidad de realizar inscripción alguna en el Registro de la Propiedad de aquellos documentos que recojan operaciones gravadas por los mismos sin que antes se haya acreditado su pago. Tal cierre registral no alcanza a las obligaciones derivadas del IVTNU, por lo que es posible inscribir una escritura pública en el Registro de la Propiedad sin haber liquidado previamente este impuesto. Es evidente que si también en este impuesto existiera cierre registral, de modo indirecto se estaría asegurando con mayor intensidad su recaudación. Pues bien, en el ámbito del ayuntamiento de Madrid ese cierre registral existe por haberlo establecido así la disposición adicional sexta de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, cuyo tenor es el siguiente: «el Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por [el IVTNU] en el ayuntamiento de Madrid; sin que se acredite previamente, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la correspondiente declaración o comunicación». Es evidente que tiene todo su sentido extender esta previsión para todo el territorio, para lo cual debería incluirse una disposición similar en el TR de la LHL.

III. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: «Informe de la Ponencia de estudio de la financiación local, constituida en el seno de la Comisión de Entidades Locales, de 10 de diciembre de 2007», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, núm. 849, de 17 de diciembre de 2007.
- GALLEGO MORA-ESPERANZA, J.: «La inteligencia artificial aplicada a la valoración de inmuebles. Un ejemplo para valorar Madrid», *Catastro*, núm. 50, 2004.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR, M.^a L.: «El impuesto sobre bienes inmuebles», en AA.VV., *Los tributos locales*, Madrid, Civitas, 2005.
- MIRANDA HITIA, J.: «El Catastro y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles», *Catastro*, núm. 50, 2004.
- «El Catastro y las Haciendas locales», *Papeles de Economía Española*, núm. 115, 2008.
- POVEDA BLANCO, F.: «¿Es posible resucitar el IAE?», *Papeles de Economía Española* (monográfico sobre «Competencias, financiación y gestión de los entes locales»), núm. 115, abril, 2008.
- SÁNCHEZ GARCÍA, N.: «Uniformidad y diversidad de los sistemas tributarios municipales», *Revista Tributaria de las Oficinas Liquidadoras*, núm. 17, marzo/abril 2009.
- SUÁREZ PANDIELLO, J. (coord.): *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*, Salamanca, Gráficas Varona, S. A., 2008.
- VEGA BORREGO, F. A.: *El impuesto sobre el patrimonio*, Valencia, Tirant lo blanch, 2007.
- ZORNOZA PÉREZ, J., y MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: «Las Haciendas Locales: esas grandes olvidadas», *Papeles de Economía Española*, núm. 115, 2008.

LES ENTITATS PÚBLIQUES EMPRESARIALS A L'ÀMBIT LOCAL

José Luis Martínez-Alonso Camps
Director dels Serveis de
Secretaria de la Diputació de Barcelona
Professor associat de la Universitat de Barcelona

ÍNDEX PÀGINA

I.	INTRODUCCIÓ: LES ENTITATS PÚBLIQUES EMPRESARIALS COM UNA DE LES MODALITATS DE PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS LOCALS.....	4
	1. Esquema general de personificacions instrumentals locals (PIL); modalitats.....	4
	2. La figura de les entitats de Dret públic sotmeses a Dret privat a les administracions central i autonòmiques i la seva evolució.....	5
	3. L'habilitació legal per a la creació d'entitats públiques empresarials en l'àmbit local	7
II.	LES ENTITATS PÚBLIQUES EMPRESARIALS A L'ÀMBIT LOCAL.....	10
	1. Competències, finalitats i funcions. Pregunta: Quin és l'àmbit d'actuació possible de les EPE?	10
	2. Règim jurídic	15
	3. Objecte i àmbits d'actuació	17
	4. Procediment de constitució, aprovació dels estatuts i altres tràmits vinculats a l'activitat	22
	5. Contingut dels estatuts	25
	6. Adscripció, òrgans i potestats administratives de les EPE	27
	7. Recursos humans	31

ÍNDEX

PÀGINA

8. Contractació	35
9. Patrimoni	41
10. Règim econòmicopressupostari	43
11. Altres qüestions	45
 III. MILLORA EN EL FUNCIONAMENT DE LES PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS LOCALS: COORDINACIÓ I ASSISTÈNCIA ENTRE LA PIL I LES ADMINISTRACIONS Matrius	
	53
1.1. Configuració de la coordinació	53
1.2. Encomanda o encàrrec de gestió	54
1.3. La delegació	54
1.4. Àmbits de l'assistència des de la matriu	55
1.5. Formalització de la coordinació	56
1.6. Consideracions generals sobre les PIL	58
 IV. BIBLIOGRAFIA	59

I. INTRODUCCIÓ: LES ENTITATS PÚBLIQUES EMPRESARIALS COM UNA DE LES MODALITATS DE PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS LOCALS

1. ESQUEMA GENERAL DE PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS LOCALS (PIL); MODALITATS:

a) CONSTITUÏDES PER UNA SOLA ENTITAT LOCAL

- a.1) Organisme autònom
- a.2) Entitat pública empresarial
- a.3) Societat mercantil (anònima o de responsabilitat limitada) el capital de la qual pertanyi íntegrament a l'entitat local o a un ens públic dependent.

b) CONSTITUÏDES PER UNA ADMINISTRACIÓ LOCAL EN COL·LABORACIÓ AMB ALTRES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

- b.1) Mancomunitat de municipis
- b.2) Consorci
- b.3) Societat mercantil (SA o SL) el capital de la qual pertanyi íntegrament a una entitat local i a altres administracions públiques, o a ens públics dependents o vinculats, en la proporció que s'estableixi.

* Regulació: L 7/1985, art. 3.2.1, 85-87.

2. LA FIGURA DE LES ENTITATS DE DRET PÚBLIC SOTMESES A DRET PRIVAT A LES ADMINISTRACIONS CENTRAL I AUTONÒMIQUES I LA SEVA EVOLUCIÓ

2.1. ADMINISTRACIÓ CENTRAL O GENERAL DE L'ESTAT

- L Gral. Pressupostària/1977: entitats de domini públic que per llei han d'ajustar la seva activitat a l'ordenament jurídicoprivat; modalitat de societat estatal (compartida amb les societats mercantils amb participació majoritària del sector públic).

Altres modalitats de personificacions: OA, ens Seguretat Social, ens atípics i administracions independents.

- LOFAGE/1997: entitats públiques empresarials; modalitat d'organisme públic (compartida amb els OA).

Altres modalitats: ens Seguretat Social, ens atípics i ad. independents.

- Agències estatals: L 28/2006

Preferència respecte OA y EPE

Règim de Dret públic (formació voluntat, contractació i personal)

2.2. ADMINISTRACIONS AUTONÒMIQUES

- Model LGP/1997: entitats de Dret públic sotmeses a Dret privat; modalitat d'empresa pública (compartit amb societats mercantils amb participació majoritària del sector públic).

Cas de Catalunya:

- Model LOFAGE/1997: entitat pública empresarial; modalitat d'organisme públic.
- Model andalús; L 9/2007: agència empresarial (modalitat de descentralització funcional diferenciada d'agències admtives. i agències de règim especial, art. 50-74).

Altres entitats instrumentals privades (societats mercantils i fundacions públiques del sector públic andalús, art. 75-78).

Altres entitats de Dret públic i amb règim d'independència funcional o d'especial autonomia (DA 1^a).

3. L'HABILITACIÓ LEGAL PER A LA CREACIÓ D'ENTITATS PÚBLIQUES EMPRESARIALS A L'ÀMBIT LOCAL

3.1. LA L 57/2003, DE MESURES PER A LA MODERNITZACIÓ DEL GOVERN LOCAL, DE MODIFICACIÓ DE LA L 7/1985

Punt de partida: falta d'actualització de la legislació local bàsica en relació amb les PIL; *vigència* del Rgt. de serveis de 1955.

Necessitat, per tant, d'aquesta regulació, excepte en Comunitats Autònomes amb legislació específica (Catalunya, Navarra, Galícia y Aragó, en 2003).

Tramitació accelerada de la L 57/2003

- Aprovació projecte llei 6.6.2003
- Tramitació parlamentària subsegüent que finalitzarà el 4.12.2003.

Leitmotiv de la L 57/2003: aprovació règim municipis de gran població (en especial, Madrid).

Regulació sobre OA i EPE: tècnica normativa deficient; manifestacions:

- Aplicació directa i en bloc a les estructures locals del model de la LOFAGE/1997; *lofagización* del règim local (Parejo).
- Doble renúncia: a seleccionar els principis generals del model, susceptibles d'integrar *allò bàsic* des de la perspectiva organitzacional, i a plasmar la seva adaptació en l'àmbit local, com correspondria en modificar la L 7/1985.
- Detallisme excessiu en els aspectes regulats en la L 57/2003.
- Conjunció remissió *in totum* a la LOFAGE i excessiu detallisme: titlla d'inconstitucionalitat en haver envaït àmbits de potestat autoorganització dels ens locals i de la Comunitat Autònoma (privades d'espai normatiu per legislar).

3.2. LA REMISSIÓ A LA LOFAGE/1997

- Segons la modificació, OA i EPE locals *“se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto les resultase de aplicación, con las siguientes especialidades.”* (art. 85.bis.1 L 7/85).
- Remissió incompleta a la LOFAGE: no s'esmenten els art. 41 a 44 (disposicions generals sobre OA i EPE) i 61 a 65 (creació, modificació i extinció dels OA i EPE).
- Es converteix en bàsica una regulació que no ho era (ni es va concebre com a tal).
- Fórmula totalment imprecisa: “en cuanto les resultase de aplicación”.
- Regulació de les *especialitats*, que no són tals.
- Llast per al futur, en tant que no es corregeixi la regulació.

II. LES ENTITATS PÚBLIQUES EMPRESARIALS A L'ÀMBIT LOCAL

1. COMPETÈNCIES, FINALITATS I FUNCIONS. PREGUNTA: QUIN ÉS L'ÀMBIT D'ACTUACIÓ POSSIBLE DE LES EPE?

1.1. COMPETÈNCIA SUBJECTIVA

Competència subjectiva: conjunt de funcions la titularitat de les quals s'atribueix a un ens o subjecte públic amb preferència als altres (Entrena, 1983).

Configuració i regulació competències locals:

- Definició material: competències municipals; províncies i comarques, competències funcionals.
- Grup normatiu general: L 7/1985 (art. 25, 26 i 28) i legislació autonòmica (Estatut d'autonomia i legislació de desenvolupament).
- Grup normatiu sectorial.

Les competències poden ser exercides pel mateix municipi o associat amb altres ens (mitjançant convenis, mancomunitats o consorcis).

L'exercici de les competències és susceptible de ser modulat en virtut de fórmules i tècniques d'acord amb les lleis:

- transferència de funcions o activitats (L 7/1985, 47.2.h).
- delegació intersubjectiva (L 7/85, 7 y 27).
- descentralització funcional a favor d'OA, EPE i SML (L 7/1985, 85-85 ter).

1.2. COMPETÈNCIA ORGÀNICA

Competència orgànica: conjunt de funcions o atribucions la titularitat del qual s'atribueix a un òrgan enquadrat en un ens públic.

Configuració i regulació:

- Regulació L 7/1985: arts. 20-24 (municipis), 32-35 (províncies), 47 (majories) i 69 (facultats decisòries); 122-132 (municipis de gran població).
- L 30/1992: arts. 12 i 13.
- ROF/1986: en els aspectes no derogats, art. 43-48, 51-53, 63-68, 71-73, 114-121 i 128-133.

Tècniques d'alteració de la competència orgànica:

- Desconcentració: transferència de la titularitat i de l'exercici de competències entre òrgans d'un mateix ens o Administració (en la local, art 6.1 L 7/1985).
- Delegació: transferència de l'exercici de la competència entre òrgans d'un mateix ens o Administració, però no de la seva titularitat, retinguda pel delegant (13, L 30/1992).

(*) Subtipus: en favor d'òrgans de les entitats de dret públic vinculades o dependents.

1.3. ÀMBITS DE COINCIDÈNCIA MATERIAL I CRITERIS DE DELIMITACIÓ COMPETENCIAL DE LES PIL

Tesi; delegació, desconcentració i descentralització: diferències conceptuais i coincidències materials (Martínez-Alonso i Ysa, 2003); aplicació a OA i extensió a EPE:

La particular configuració de les competències del Ple i de l'Alcalde fa que unes competències orgàniques siguin tan rellevants que són qualificades:

- formalment, com indelegables (el seu exercici);
- materialment, no obstant, tampoc són susceptibles ni de desconcentració (titularitat i exercici), ni de descentralització a favor de OA ni SML/EPE (així, aprovació pressupost i estat previsió ingressos i despeses, respectivament, TRLHL/2004,168).

criteris de delimitació competencial de l'EPE:

- 1º. Competència subjectiva: sectors i matèries en les que pot actuar l'EPE, delimitats pel conjunt de competències de la matriu (municipi, comarca o província).
- 2º. Les decisions que ha de prendre l'EPE sobre el seu àmbit d'actuació (competència subjectiva) poden abastar, com a màxim, les competències delegables del Ple.
- 3º. Li queden vedades, per tant, les indelegables (les esmentades en els arts. 22, 33 i 47.2 L 7/1985).
- 4º. Succeeix el mateix amb les competències que, amb caràcter indelegable, s'atribueixen a l'Alcalde o President Diputació (art. 21 i 34 L 7/1985).

Arguments a favor de la tesi de la coincidència:

- Opinions doctrinals (Quintana, 156; Barquero, 117; Martínez-Alonso, 59 i De Asís, 18, 35 i 46).
- Referents normatius: Reg. De Gestió Urbanística (RD 3288/78, 16.4); i LIB 8/2000, 8.3 i 9.4 (delegació i desconcentració).
- Certa *rigidesa*, mentre no hi hagi una previsió legal expressa.

Disseny adequat estatuts EPE:

- màxima descentralització competències orgàniques, retenint, no obstant, les estratègiques (aprovació oferta pública i nomenament gerència per exemple).
- i distribució interna coherent amb el model vigent de la L7/85 (L 11/99): competències de gestió per als òrgans unipersonals i de major transcendència i control i fiscalització òrgans col·legiats.

1.4. EXTENSIÓ A L'EPE

Falta de previsions precises sobre els límits competencials.

Extensió previsions OA.

Consignació especificitats en els estatuts.

CONCLUSIÓ: l'EPE podrà exercir les competències i funcions que, dins dels sectors i àmbits de la competència de l'Administració matriu, aquesta li transfereixi mitjançant descentralització; els òrgans de l'EPE exerciran les atribucions assignades pels estatuts amb el límit de les indelegables d'Alcalde o President Diputació i Ple.

2. RÈGIM JURÍDIC

2.1. CONFIGURACIÓ

Punt de partida: figura híbrida, eclèctica, que pren elements de l'OA (amb qui comparteix la denominació d'organisme públic) i de la SM.

Règim mixt: públic i privat; *modulable* que resulta de:

- un (aparent) principi general (“*las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado*”, previst a l'art. 53.2 de la LOFAGE),
- seguit d'una clàusula d'excepció àmplia.

Règim públic (ex LOFAGE, 53.2):

- Formació de la voluntat dels seus òrgans.
- Exercici de les potestats administratives.
- Aspectes regulats en la legislació pressupostària (DT2^a L 57/2003, aplicació a EPE règim econòmic pressupostari i de control previst per a les SML en LHL/88, avui TRLHL/2004, en tant no es reguli específicament).
- Altres aspectes regulats en les lleis: contractuals (LCSP/2007), sobre subvencions (LGP/2003), patrimonials (LPAP/2003) i de personal (EBEP/2007).
- Aspectes regulats en els estatuts.

Règim privat:

- Activitat *ad extra*; contractes privats (LCSP, art. 20.1 en relació amb 3.2, últim paràgraf, no Administració pública).
- Contractació de personal laboral, sens perjudici de les previsions (EBEP).
- Altres àmbits.

2.2. RÈGIM JURÍDIC EPE LOCALS

- a) Legislació bàsica: L 7/1985 (i per remissió LOFAGE/1997), TRRH/2004, EBEP/2007 i les altres ja esmentades.
- b) Legislació autonòmica; pròpia i de desenvolupament.
- c) Reglament orgànic de l'Administració matriu.
- d) Estatuts i d'altres normes de l'EPE.

3. OBJECTE I ÀMBITS D'ACTUACIÓ

3.1. OBJECTE

Sobre la qüestió de quins són els objectes possibles que es poden assignar a les EPE, una primera via a explorar és la de la regulació de la LOFAGE (la L 7/1985 no diu res al respecte).

Així, de la comparació entre els art. 45.1 (OA) i 53.1 (EPE) resulta:

- OA: “*realització d'activitats de foment, prestacionals o de gestió de serveis públics”.*
- EPE: “*realització d'activitats prestacionals, la gestió de serveis o la producció de béns d'interès públic susceptibles de contraprestació”.*

Existeixen, doncs, àmbits de coincidència i d'altres d'exclusius.

Els tres àmbits atribuïts a les EPES són amplis, i especialment el de *gestió de serveis* (amb ommissió de *públics*, que sí figura per als OA).

Dit això (regulació de la LOFAGE), en relació amb l'àmbit local cal tenir en compte:

- Regulació L7/1985 (art.85.2), està referida a *serveis públics locals*.
- Però és criteri comunament acceptat que aquelles modalitats de gestió directa són també aplicables als altres tipus d'activitat, distintes de les de servei públic.

D'aquelles imprecisions i de la no-exclusivitat de les modalitats, unit a la potestat d'autoorganització, tot això confereix un ampli marge de decisió a les entitats locals.

3.2. ÀMBITS D'ACTUACIÓ DE L'EPE DES DE LA PERSPECTIVA DEL TIPUS D'ACTIVITAT DESENVOLUPADA

a) Activitat d'intervenció administrativa.

Objecte: llicències i actes de control preventius, ordres, de mandat o prohibició, declaracions responsables, comunicacions prèvies i controls posteriors (Dir. 2006/123/CE); relació amb particulars caracteritzada per notes d'intensitat i ingerència

- Exigència que les funcions siguin exercides per funcionaris (L 7/85, derogat 92.2; EBEB/2007, DA2^a i 9.2).
- Actuacions reconduïbles als denominats actes d'autoritat.
- Vinculació amb l'exercici de la potestat sancionadora.

Valoració: davant la major idoneïtat de l'OA, l'EPE no resulta descartable (a diferència de la SML que sí ho és).

b) Activitat de foment.

Objecte: actuació pública que, mitjançant subvencions, acció concertada i altres instruments indirectes, té caràcter persuasiu i estimulador.

Dubtes per a atribuir-la a l'EPE: la LOFAGE la reserva per a l'OA, no la menciona per a les EPE.

LGS/2003 (art. 3.2): vinculació subvencions i potestats administratives (1er. paràgraf), i a les normes de creació i estatuts (2on paràgraf).

Certes possibilitats en quant a l'acció concertada.

c) Activitat de servei públic

Objecte: activitat desenvolupada per a satisfer les necessitats dels usuaris i caracteritzada per integrar prestacions tècniques, sota criteris de generalitat i igualtat, en condicions de continuïtat i regularitat i haver estat declarada com a tal per l'entitat en l'àmbit de les seves competències.

Ampli marge de decisió per a les entitats locals.

Limitacions indirectes, no jurídicoformals, sinó d'ordre lògic:

- Inidoneïtat EPE per a serveis assistencials i educatius; en menor grau per als culturals (tret per a les *indústries culturals*).
- Idoneïtat serveis públics de caràcter econòmic (SPE).

Autonomia conceptual SPE respecte els altres serveis públics?

Tràmit de reserva de l'activitat en règim de monopoli (L7/1985, art. 86.3).

d) Exercici de l'activitat econòmica

Objecte: acció pública que es defineix per intervenir en el mercat sobre la base dels béns produïts o les activitats desenvolupades, sense un contingut prestacional en connexió directa amb les competències locals.

Amplitud del concepte de servei públic (prestacions, usuaris i competències de l'ens local): STC 6.5.1999-A. 4300 (aparcament públic).

TR/1986, regulació procedimental exercici activitat econòmica (96-100): l'excés *harmonitzador* i la càrrega ideològica (STS 10.10.1989, AN. 7352)

Idoneïtat de la EPE i de SML

Límits derivats del respecte al principi de lliure competència (Dret Comunitari i espanyol):

- Submissió a les mateixes regles i condicions que les altres empreses concurrents en el mercat.
- Prohibició d'ajudes que suposin avantatges econòmics gratuïts, tret que compensin les obligacions d'interès públic imposades.

e) Exercici de funcions públiques

Objecte: conjunt d'actuacions que constitueixen manifestacions de la sobirania i l'autoritat inherents als poders públics i que han de ser exercides per funcionaris públics per a la millor garantia de l'objectivitat, la imparcialitat i la independència (EBEP, 9.2 i DA2a)

Criteri general: inidoneïtat EPE pel seu qualificatiu d'*empresarial*; en el seu cas, OA.

Tot i això, possible excepció: reconducció a EPE de SML, incompatibilitats d'aquestes últimes amb exercici de potestats (L 7/85, 85.3).

4. PROCEDIMENT DE CONSTITUCIÓ, APROVACIÓ DELS ESTATUTS I ALTRES TRÀMITS VINCULATS A L'ACTIVITAT

4.1. NATURALES A DELS ESTATUTS I PROCEDIMENT D'APROVACIÓ

Els estatuts de les EPE (com els d'OA i resta de PIL de caràcter jurídicopúblic) tenen naturalesa normativa, reglamentària; raons:

- funció transcendental en definir-les com a noves persones jurídiques.
- produeixen efectes jurídics, tant interns com davant de tercers.
- han d'incloure les prescripcions necessàries en desenvolupament de la Llei 7/1985 (art. 85 bis.2).

Conseqüentment, el procediment per a la seva aprovació i modificació és el de l'art. 49 de la L 7/1985; a Catalunya, especialitats ROAS (tràmit OA, 201):

- Aprovació inicial pel Ple.
- Informació pública i audiència interessats per termini mínim de 30 dies per a la presentació de reclamacions i suggeriments.
- Resolució reclamacions i suggeriments i aprovació definitiva pel Ple.
En el cas que no s'haguessin presentat, s'entendrà definitivament aprovat l'acord.
- Publicació text íntegre estatuts en BOP i referència DOGC (CE, 9.3 i L 7/1985, 70.2).

No ha de portar a confusió la previsió de l'art. 85 bis.3: “*Los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público*”; contextualització:

- En primera lectura, és una obvietat.
- *Explicació*: és la mateixa redacció que la de les EPE de la LOFAGE (art. 62.3); però aquí sí té lògica, ja que l'EPE es crea prèviament per llei, i en aquest cas sí que es podia dubtar de si el seu funcionament podria ser efectiu només amb la llei.

4.2 CONSTITUCIÓ DE L'EPE

La constitució de l'EPE, o la seva *creació* (L 7/85, 85.bis.1.a), correspon aprovar-la al Ple de l'entitat local, i ha de produir-se en unitat d'acte amb l'aprovació dels estatuts.

* Diferència amb EPE estatals (creació per llei a la que seguirà l'aprovació dels estatuts per Reial Decret).

En l'àmbit local, per tant, els acords de constitució de l'EPE s'han de compassar als d'aprovació dels estatuts, en aquest procediment trifàsic ja al·ludit (ap. inicial, inf. pública i ap. definitiva).

4.3. ALTRES TRÀMITS VINCULATS A L'ACTIVITAT

En funció de quina sigui l'activitat desenvolupada per l'EPE pot donar-se el cas que calgui que es complimentin altres tràmits; en particular:

- Establiment del servei públic, en aquells supòsits en què la legislació autonòmica ho estableixi (casos de Catalunya i Aragó); procediment aquest també trifàsic.
- Exercici de l'activitat econòmica, en doble variant lliure concurrència i monopoli, amb intervenció Consell de Govern de la CA en aquest últim cas (L 7/85, 86 i TRL/86, 96 i 97); Govern de la Generalitat, Catalunya (TRLCAT/2003, 245.2 i ROAS,183-185).

Raons d'economia i eficàcia aconsellen refondre o fer coincidir el màxim possible les diferents actuacions, amb incorporació de les simples en les més complexes.

4.4. MAJORIES EXIGIBLES EN ELS ACORDS PLENARIS

Tot i una certa polèmica al respecte, m'inclino pels criteris següents:

- Creació EPE, majoria simple Ple: L 7/85, 22.2.f (municipi), 33.2.a (província) i 123.1.k (municipis gran població, delegable en les comissions del Ple).
- Aprovació estatuts EPE, majoria simple Ple: L 7/85, 22.2d (municipi), 33.2.b (província) i 123.1.2 (municipis gran població delegable en comissions del Ple).
- Exercici de l'activitat econòmica en règim de monopoli, majoria absoluta Ple (L 7/85, 47.2.k i TRL/86, 97.2); simple, en lliure concurrència (TRL/86, 97.1 i ROAS, 187.2).

4.5. EXTENSIÓ ALS SUPÒSITS DE MODIFICACIÓ I RESTA DE *CONTRARIUS ACTUS*

D'acord amb el principi general de *contrarius actus*, les formalitats exigides en relació amb les actuacions vistes s'hauran d'observar també en els supòsits de:

- modificació i derogació dels estatuts de l'EPE.
- extinció de l'EPE.
- modificació de l'activitat.

5. CONTINGUT DELS ESTATUTS

De les previsions de l'art. 85 bis.2 de la L 7/1985, complementades amb els principis sobre organització administrativa, pot fixar-se el *contingut essencial* dels estatuts de l'EPE:

- a) Denominació, objecte i domicili.
- b) Finalitats, funcions i competències de l'organisme, amb indicació de les potestats administratives que pot exercir.

- c) Òrgans de govern i administració, les seves atribucions, forma de designació i règim de funcionament.
- d) Funcions de control i direcció que es reserva l'Administració matriu.
- e) Béns que s'adscriuen a l'organisme i recursos econòmics assignats per finançar-lo.
- f) Règim relatiu als recursos humans, patrimoni i contractació.
- g) Règim pressupostari, econòmicofinancer, de comptabilitat, d'intervenció, control financer i control d'eficàcia, tot això d'acord amb la legislació d'hisendes locals.
- h) Causes d'extinció de l'organisme i els seus efectes.
- i) Altres previsions (secretaria, intervenció i tresoreria de fons, duració del mandat dels òrgans de govern i acords i representació sindical, entre d'altres).

6. ADSCRIPCIÓ, ÒRGANS I POTESTATS ADMINISTRATIVES DE LES EPE

6.1. ADSCRIPCIÓ. L'art. 85 bis.1.a), L 7/1985, conté diverses possibilitats sobre l'adscripció:

PIL	ENS D'ADSCRIPCIÓ, DIRECCIÓ O COORDINACIÓ
OA, EPE, SM	Entitat matriu (regidoria, àrea o òrgan equivalent)
EPE	OA
OA, EPE, SM	EPE (caràcter excepcional)

Sentit de l'adscripció: cert *mimetisme* amb la LOFAGE (*ministerio de adscripción*, art. 43.3), encara que en l'àmbit local pot donar resposta a dubtes (així, la comissió informativa i de seguiment que ha de dictaminar els assumptes que s'elevan al Ple); dificultats exercici funcions de control i direcció.

6.2. ÒRGANS

De les determinacions de l'art. 85 bis, L 7/85 (1, lletres b i d, i 2, lletres, a) i c), complementades amb la resta de preceptes sobre òrgans locals, poden fixar-se els criteris següents:

a) Òrgan col·legiat de govern: cal que n'hi hagi a l'EPE, amb la denominació de *Consell d'Administració*; integrat per la Presidència, que serà la de Corporació o membre en qui delegui, i els vocals designats d'acord amb els estatuts (normalment pel Ple).

Vocals: problemàtica sobre la seva condició; si electes per a la presidència i vicepresidència; altra procedència resta (professionals, representants d'altres administracions, del sector, usuaris, tècnics i membres ens local).

Qüestió no resolta: si en la composició de l'òrgan col·legiat han d'estar representats tots els grups polítics integrants de la Corporació matriu:

- a favor, aplicació mateix criteri que comissions informatives i de seguiment i de comptes (L 7/85, 20.1.c, 32.2 i 116).

- en contra, no previsió expressa i desestimació esmena Grup Socialista durant tramitació L 57/2003 de modificació L 7/1985.

Opinió: qüestió polèmica, però m'inclino per l'observança del criteri de representació, per raons jurídiques (vinculació amb el dret fonamental de representació política ex CE, 23.1) i pragmàtico-organitzatives (residenciar en l'EPE les funcions deliberatives i de control i fiscalització; si no, haurà d'exercir-les el Ple de la matriu).

b) Màxim òrgan de direcció (menció expressa L 7/85), el titular del qual *“deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, con más de cinco año de ejercicio profesional en el segundo”*; comentaris:

- detallisme excessiu (projecte inicial, 10 anys; esmena sobre *provada experiència*).
- denominacions: gerència, direcció o anàloga.

c) Màxim òrgan unipersonal de govern: no previst en la L 7/85 (*mimetisme* LOFAGE), però d'acord amb la configuració dels ens locals:

- denominació: presidència, i l'exercici de la qual correspondrà al de la corporació o membre en qui delegui; condició d'electe.

d) Altres òrgans possibles: òrgan col·legiat plenari (assemblea o consell general), deliberatiu i fiscalitzador; òrgan assessor o de participació; virtualitats.

e) Atribucions i competències: s'han de consignar en els estatuts; comentaris:

- observança límit d'indelegables del ple i de la presidència de l'entitat matriu.
- distribució coherent amb l'esquema L 7/85 (L 11/99): gestió, unipersonals; major transcendència i control i fiscalització, col·legiats.

f) Formació de la voluntat dels òrgans: es regeix pel dret públic, local en aquest cas, i d'acord amb els requeriments que li són inherents; comentaris:

- previsió sobre secretaria del Consell d'Administració (*"funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, (que) ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de esta entidad"*, letra d, art. 85 bis.1 L 7/85).
- potestat d'autoorganització sobre règim de funcionament (flexibilitat termini i quòrum segona convocatòria).

6.3. POTESTATS ADMINISTRATIVES

Tema de complexitat elevada (remissió estudi detallat art. 4 L 7/1985).

Conclusions:

- Susceptibles de ser atribuïdes estatutàriament a l'EPE: financera (recursos econòmics), programació i planificació; exercici sancionadora (no la seva regulació), execució forçosa, protecció dels béns, control i direcció immediates servei i presumpció de legitimitat i executivitat dels actes (només els administratius, exercici potestats).

- Haurien de quedar reservades a l'Administració matriu, per doble raó de ser privatives entitats territorials i estar atribuït el seu exercici exclusivament al Ple, les potestats: reglamentària i d'autoorganització, tributària, expropiadora i revisió d'ofici dels actes.

Exercici de les potestats pels òrgans de l'EPE de conformitat amb la distribució de competències efectuada en els estatuts;

LOFAGE: preferència pel personal laboral, per bé que admet l'adscripció de funcionaris de l'AGE i d'altres Administracions públiques (55.1).

EBEP: vinculació entre l'exercici de potestats i la condició de funcionari (9.2); millor garantia de l'objectivitat, imparcialitat i independència en l'exercici de la funció (antic 92.2, *in fine* L 7/1985).

STC 37/2002, determinació de funcions a l'Administració Local coincident amb la que

7.2. TIPOLOGIES DE PERSONAL

a) Personal directiu; aplicació:

- criteris de competència professional, experiència en el desenvolupament de llocs de treball de responsabilitat en la gestió pública i privada i responsabilitat (LOFAGE, 6.10 i 55.2.a);
- principis de mèrit i capacitat i criteris d'idoneïtat, i mitjançant procediments que garanteixin la publicitat i concurrència (EBEP, 13.2; Almonacid, 2008).
- en el cas del màxim òrgan de direcció, requeriments sobre titulació superior, condició (funcionari carrera o laboral) i experiència (5 anys, professional sector privat), vistos (L 7/1985, 85 bis.1.b).

Proposta: provisió que segueixi requeriments lliure designació (funcionari de carrera o laboral d'alta direcció); previsió als estatuts.

b) Resta de personal: seleccionat mitjançant convocatòria pública basada en els principis d'igualtat, mèrit i capacitat (LOFAGE, 55.2.b i EBEP, 55 que fixa a més els principis de selecció), i inclusió en oferta pública d'ocupació (OPO).

7.3. FACULTATS RESERVADES A LA MATRIU I CONTROLS

Entre les facultats reservades a la matriu cal destacar:

- Del Ple: aprovació de la plantilla, i la relació de llocs de treball, determinació quantia retribucions complementàries fixes i periòdiques dels funcionaris i règim del personal eventual (L 7/1985, 22.2.i i 33.2.f i 123.1.h i n).
- De l'Alcalde o President: direcció superior del personal, separació del servei funcionaris Corporació i acomiadament del personal laboral (L 7/85, 21.1.h i 34.1.h).
- En municipis gran població, indelegable del Ple l'aprovació de la plantilla i del règim retributiu dels òrgans directius (123.1.h i n) i de Junta de Govern local, l'aprovació relació llocs de treball, retribucions personal, l'oferta d'ocupació pública, número i règim personal eventual i separació servei de funcionaris (127, 1.h i .2).
- Amb caràcter específic es preveu que *“la determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, deberán ajustarse en todo caso a las normas que al respecto apruebe el Pleno o la Junta de Gobierno, según corresponda”* (85 bis.1.e, L 7/85); reconducció a les previsions ja assenyalades.

Controls: les EPE estaran sotmeses “a controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos por las correspondientes concejalías, área u órganos equivalentes de la entidad local” (art. 85. bis.1.f) L 7/85); comentaris:

- *mimetisme* LOFAGE (55.4, controls MAP i MEH);
- controls més propis d'unitats tècniques (recursos humans), sens perjudici de la seva elevació als òrgans de govern de l'entitat.

8. CONTRACTACIÓ

8.1. INTRODUCCIÓ

La regulació de la contractació de les EPE ha variat substancialment del TRLCAP/2000 a la LCSP/2007.

Amb tot, en relació amb el TRLCAP cal consignar que va ser objecte d'una sèrie de modificacions significatives (2005-2007), *confusió generalitzada*.

En qualsevol cas, sobre les EPE cal partir de la base que *han estat creades per a satisfer necessitats d'interès general* (com la resta d'organismes i personificacions), i que podem distingir dues modalitats:

- les que tenen caràcter mercantil o industrial, quan satisfan tals necessitats a través del *mercat* i *es financen amb ingressos obtinguts com a contrapartida a l'entrega de béns o a la prestació de serveis* (LCSP, 3.2.e i 3.3.b, *a contrari*).
- les que no tenen caràcter mercantil o industrial, quan les necessitats no es satisfan a través del mercat i un o diversos subjectes del sector públic financen majoritàriament la seva activitat, controlen la seva gestió o nombren més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància (LCSP , 3.1.h i 3.3.b, *in fine*).

8.2. TRLCAP/2000

Si l'EPE no tenia caràcter mercantil o industrial es trobava sotmesa al TRLCAP en els mateixos termes que els OA.

Si, en canvi, sí tenia caràcter mercantil o industrial, l'EPE havia d'observar les prescripcions següents:

- per sobre dels llindars comunitaris, les contingudes en l'art. 21 del TRLCAP (*capacidad empresas, publicidad, procedimientos licitación y formas de adjudicación, contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios*);
- per sota dels llindars comunitaris, principis de publicitat i concurrència, tret que la naturalesa de l'operació fos incompatible amb tals principis (DA 6a TRLCAP, per extensió), i al d'objectivitat, en qualsevol cas (CE, 103.1).

8.3. LCSP/2007

Si l'EPE no té caràcter mercantil o industrial se la qualifica com a *poder adjudicador*, però *no com a Administración Pública* (LCSP, 3.2, *in fine* i 3.3.b), per la qual cosa se sotmet a les prescripcions següents:

- en cas de superar els llindars comunitaris, a les de l'adjudicació dels contractes subjectes a regulació harmonitzada (LCSP, 13 a 17 i 174, aplicació Directiva 2004/18/CE).

- per sota dels llindars comunitaris, l'adjudicació estarà sotmesa als principis de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no discriminació, així com a l'observança de les instruccions que hauran d'aprovar a l'efecte (LCSP, 175).

* Si no han estat aprovades tals instruccions, aplicació normes sobre adjudicació contractes subjectes a regulació harmonitzada (LCSP. DT 6a.1).

Si l'EPE sí té caràcter mercantil o industrial *no es considera poder adjudicador* i únicament ha d'ajustar-se en l'adjudicació dels contractes als principis abans assenyalats i a l'observança de les instruccions aprovades a l'efecte (LCSP, 3.3 a *contrari* i 176, amb l'excepció del 17).

* Si no han estat aprovades tals instruccions, aplicació normes sobre adjudicació contractes subjectes a regulació harmonitzada (LCSP, DT 6a.2).

8.4. ALTRES CONSIDERACIONS

Certa paradoxa sobre l'afirmació que les EPE no tenen la consideració d'administracions públiques; criteri contrari al de la L 30/1992 (art. 2.2).

Caràcter privat dels contractes celebrats per les EPE (LCSP, art. 20.1); conseqüències:

- no aplicació potestats exorbitants ni privilegis;
- reconducció al nivell d'igualtat entre les parts.

Previsió sobre l'exclusió de la LCSP (4.1.g) de *“los contratos de suministros relativos a actividades directas de los organismos de derecho público dependientes de las Administraciones Públicas cuya actividad tenga carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley”* (pels estatuts, en el cas de les EPE locals).

Caràcter de les Instruccions internes de contractació: quasi-normatiu; aprovació per la pròpia EPE, no per la matriu (*“los órganos competentes de las entidades (...) aprobarán unas instrucciones...”* (art. 175.b i, amb redactat anàleg, 176.3, LCSP).

Com a especialitat d'EPE i OA, la L 7/19985 (85 bis.1.j) disposa que *“será necesaria la autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por aquélla”*; consideracions:

- *mimetisme* LOFAGE (57.2) amb *“la autorización titular del Ministerio de adscripción”*, que sí és òrgan de contractació (TRLCAP, 12.1 i LCSP, DT 3a).
- àmbit local, distribució dual de competències entre Alcalde o President i Ple (tant abans, L 7/85, 21.1.ñ i 22.2.n o 34.1.k i 33.2.l, com ara, LCSP, DA 2a.1 i .2).
- més lògic que s'atribuís a aquests òrgans titulars originàriament de la competència l'autorització en contractes d'importància (per exemple, més de 6 milions d'euros al Ple).

9. PATRIMONI

Sobre el patrimoni de les EPE locals poden establir-se les consideracions següents:

a) La L 7/1985 no estableix prescripcions materials al respecte, i és per això que la determinació del règim jurídic del seu patrimoni resultarà de la integració normativa a partir de:

- La legislació patrimonial de règim local (L 7/1985, art. 79-82).
- LPatrimoni Administracions Públiques/2003.
- La legislació autonòmica (així, per exemple, RB Cat/1988 i LAnd/1999).
- RBEL/1986, estatal.

b) L'art. 85 bis.1.g de la L 7/1985 regula una *especialitat* de les EPE en el sentit que “*su inventario de bienes y derechos se remitirá anualmente a la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local*”; comentaris:

- ¿Què succeeix més enllà de la *remissió* de l'inventari?

- Nou *mimetisme* LOFAGE (art. 56.4, en la seva redacció originària), referida a la remissió al MEH, ja que l'aprovació de l'inventari corresponia a l'òrgan de govern de l'EPE (56.4. redacció originària).
- Cal entendre que l'inventari de les EPE constitueix *inventari parcial* (com el dels OA), que ha d'integrar-se en l'*inventari general* de l'Administració matriu, l'aprovació del qual correspon al Ple de la Corporació (TRL/86, 86, LPAP/2003, 32.1 i .4 i RB Estatal/1986, 17.2, i 31 a 34).

c) Patrimoni de l'EPE:

- Béns adscrits per la matriu en ús, que conserven la seva qualificació originària, i respecte dels quals l'EPE tindrà facultats de conservació i utilització per a les activitats que van motivar l'adscripció.
- Béns adscrits per la matriu per a ser transformats.
- Béns i drets que l'EPE adquireixi per qualsevol títol legítim.

Sobre el règim econòmic-pressupostari de les EPE es poden formular les següents consideracions:

a) Regulació transitòria.

D'acord amb la L 57/2003, en tant no es modifiqui la L 39/1988 (LHL), en el règim pressupostari, econòmic-financer, de comptabilitat, d'intervenció, control financer i control d'eficàcia, serà d'aplicació a les EPE allò disposat en l'esmentada llei en referència a les societats mercantils locals el capital de les quals pertanyi íntegrament a les entitats locals.

El text refós de la LHL, aprovat pel RD Legislatiu 2/2004, no va incloure cap regulació.

b) Estats de previsió d'ingressos i despeses.

A diferència dels OA (pressupostos limitadors en despeses i estimatius en ingressos), en les EPE, per identitat amb les societats, cal parlar d'estats de previsió de despeses i ingressos (TRLHL/2004, 162 i 164.1.c). Segons el RD 500/1990, tals estats de previsió de despeses i ingressos seran els de (art. 112):

- El compte d'explotació
- El compte d'altres resultats
- El compte de pèrdues i guanys
- El pressupost de capital, integrat per (art. 113 i 114):

- L'estat d'inversions reals i financeres a efectuar durant l'exercici.
- L'estat de les fonts de finançament de les inversions amb especial referència a les aportacions a percebre de l'Entitat local o dels seus organismes autònoms (o eventualment altres EPE).

c) Els estats de previsió de despeses i ingressos de l'EPE (TRLHL, 168 i 169):

- els ha d'aprovar inicialment el Ple de l'entitat local matriu, conjuntament amb el pressupost de la Corporació;
- han d'exposar-se al públic durant 15 dies hàbils;
- ser aprovats definitivament pel mateix òrgan plenari si es formulen reclamacions (o considerar-los aprovats si no es presenten);
- i publicats, *resumit per capítols*, en el BOP.

Tot això abans del 31 de desembre any anterior al de l'exercici en el qual hagi d'aplicar-se; si no, pròrroga automàtica de l'anterior.

11. ALTRES QÜESTIONS

A més de les citades són rellevants les qüestions relatives a:

a) Facultat de creació o participació en societats mercantils

L'art. 85 bis.2 de la L 7/1985 reproduceix l'art. 62.1 de la LOFAGE amb una excepció significativa: *“la facultat de creació o participació en societats mercantils quan això sigui imprescindible per a la consecució de les finalitats assignades”* (lletra f del 62.1 LOFAGE).

Entenc que l'omissió s'ha d'interpretar en el sentit de negar la possibilitat d'atribuir estatutàriament tal facultat a l'EPE; no els seus efectes materials (aportació de capital), que sí és possible (antic i actual 85.2.A.d L 7/85), sinó el *domini*, la decisió de constituir o participar en societats, que li és aliena i ha de quedar reservada, en tot cas, a l'Administració matriu.

Segons una altra opinió, és possible l'expressa previsió estatutària, si bé com a requisit previ per a la validesa de l'acord de l'EPE, i la seva posterior execució i posada en funcionament, s'exigirà la prèvia autorització expressa del Ple de la Corporació (Montoya, 2006:131).

b) Altres controls

A més dels vistos, l'art. 85 bis.1.i de la L 7/85 preveu que l'EPE, junt amb l'OA, *“estarán sometidos a un control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos”*.

És evident també el *mimetisme* amb la LOFAGE (art. 59).

Difícil translació a l'ens local (tret dels de molt grans dimensions, i encara); més lògic que es reconduïxin al control d'eficàcia propi de la funció interventora (TRLHL, 221 i 222), sens perjudici de ser elevats els seus informes o auditories als òrgans de govern.

c) Règim transitori OA i noves EPE

La L 57/2003 va fixar un termini de 6 mesos per a adequar els OA de caràcter comercial, industrial, financer o anàleg a l'OA local o a l'EPE previstos en aquesta llei (DT 3a).

d) Possibles raons de la preferència de l'EPE respecte de la SML:

- Règim de funcionament dels òrgans col·legiats més àgil en les EPE que no en les SML, subjectes a la legislació de societats anònimes o de responsabilitat limitada.
- No necessitat de formalitzar els acords de l'EPE en escriptura pública, ni de la seva inscripció en el Registre mercantil.
- Les EPE poden exercir potestats públiques, el que els està vetat a les societats mercantils locals.
- La diferència que hi havia sobre el règim de contractació ha desaparegut amb la LCSP; EPE i SML tenen la mateixa regulació.
- Major idoneïtat de les EPE per a aquells serveis i activitats on no hi ha autofinançament; és a dir, hi ha determinats ingressos, però aquests mai arriben més enllà del 50% (televisió i ràdio locals, per exemple).

e) L'EPE com a mitjà propi de l'Administració matriu

e.1) Concepte de mitjà propi (LCSP, 24.6).

“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 éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden 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 concorra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”

e.2) Conseqüències de ser mitjà propi (LCSP, 4.1. n), 1r paràgraf): les relacions entre la matriu i el seu mitjà propi no són contractuals i per tant no es regeixen per la LCSP, amb aquests termes (estan exclosos) *“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.”*

e.3) En les relacions d'aquests mitjans propis *ad extra*, amb tercers, sí regeix la LCSP (art. 4.1.n), 2on paràgraf):

“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 121.1 y 174.”

e.4) Àmbit: execució d'obres, fabricació de béns mobles i execució de serveis per a la matriu (LCSP, 24. apartats 1 a 3).

e.5) La problemàtica de l'EPE com a mitjà propi de vàries entitats associades a través de consorcis , mancomunitats o comunitats municipis o convenis.

e.6) L'EPE com a ens gestor del servei públic la titularitat del qual correspon a l'ens local matriu (LCSP, 8.2):

“Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.”

e.7) Extensió del criteri anterior a la resta d'activitats que desenvolupa l'EPE: intervenció administrativa, foment i activitat econòmica (potestat d'autoorganització, L 7/1985, art. 4.1.a, i TRLCat/2003. 8.1.a).

e.8) Diferències entre

Encomanda de gestió (L 30/1992, 15):

- Activitat material, tècnica o de serveis que no suposa cessió de la titularitat de la competència, ni dels elements substantius del seu exercici.
- (Continua) sent responsabilitat de l'òrgan o entitat encomanant dictar el actes o resolucions de caràcter jurídic que hi donin suport o en els quals s'integri l'activitat material concreta objecte de l'encomanda.

Encomanda de gestió (LCSP, 24.6.2n. p), en rigor encàrrec (LCSP, 4.1.n);
LFNavCont.Púb 6/2006 (art. 8, *encomiendas o encargos*): encàrrec *integral* que inclou:

- Tant actuacions tècniques, materials o de serveis (encomanda de gestió en sentit estricte, L 30/1992, 15).

- Com altres actes o resolucions de caràcter jurídic, com per exemple, contractar amb tercers; i d'aquí la previsió de l'art. 4.1.n) de la LCSP (2n. p):

“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 121.1 y 174.”

III MILLORES EN EL FUNCIONAMENT DE LES PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS LOCALS: COORDINACIÓ I ASSISTÈNCIA ENTRE LA PIL I LES ADMINISTRACIONS MATRIUS

1.1. CONFIGURACIÓ DE LA COORDINACIÓ, criteris:

- Conveniència d'una formulació o disseny de caràcter general.
- Des de la perspectiva jurídicoformal de la PIL, els seus estatuts constitueixen l'instrument idoni per a l'establiment de mesures de coordinació i assistència des de l'administració matriu i en favor de la PIL.
- Des de la perspectiva de l'Adm. matriu, les mesures de coordinació i assistència seran adoptades pels òrgans de govern depenent de la seva transcendència (ple, alcalde o president, junta de govern).
- Finalment, un disseny general de la funció de coordinació i assistència de l'Adm. matriu pot formalitzar-se mitjançant la incorporació en el seu Reglament orgànic (RO) dels principis generals de les mesures.

La interiorització dels principis en el RO constitueix la clau de volta del sistema.

1.2. ENCOMANDA O ENCÀRREC DE GESTIÓ (L 30/1992, 15).

L'objecte de l'encomanda o l'encàrrec de gestió:

- realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència dels òrgans administratius o de les entitats de dret públic que s'encomana o encarrega a altres òrgans o entitats de la mateixa o distinta Administració,
- per raons d'eficàcia o quan no es posseeixin mitjans tècnics idonis per al seu desenvolupament.

Relació entre la PIL i l'Adm. matriu: reconeguda expressament en l'apartat 3 de l'art. 15 de la L 30/1992.

1.3. LA DELEGACIÓ

Justificació de l'aplicació: per a aquells casos en què l'encomanda o l'encàrrec resulta insuficient, com:

- Execució d'obres o prestació de serveis complexos (o que superin la capacitat de gestió de la PIL),
- i/o que requereixin l'exercici de potestats administratives

Règim jurídic:

- Es configura des de la PIL a favor de l'Administració matriu (en sentit invers al de les previsions generals; L 7/85, 27.1: de l'Adm. Central o autonòmica a favor del municipi).
- Aplicació analògica previsions normatives (L 30/92, 13 i L 7/85, 27, 37.3, 47.2.h).
- Àmbit necessitat d'aplicació: des del consorci o la mancomunitat, o des d'ens vinculats per conveni de col·laboració, a favor de l'Adm. matriu (en els casos de l'OA, l'EPE o la SMP, l'Adm. matriu ja està autoritzada per a actuar directament).

1.4. ÀMBITS DE L'ASSISTÈNCIA DES DE LA MATRIU**a) CONTRACTACIÓ**

Problemàtica: complexitat contractació jurídicoadministrativa i tècnica; licitació i execució del contracte.

Proposta de millora: assistència des de la matriu, material i formal: encomanda de gestió (mesa de contractació) i delegació (totalitat contractació).

b) GESTIÓ RECURSOS HUMANS

Problemàtica: complexitat selecció i provisió llocs de treball.

Proposta de millora: encomanda de gestió (processos selecció i provisió); *tipus ideal* (gestió integral recursos humans).

c) LOGÍSTICA

Problemàtica: complexitat àmbits de logística (comunicació vigilància instal·lacions, protecció riscos laborals, etc.)

Proposta de millora: assistència material i, en el seu cas, formalitzada (encomanda de gestió i delegació).

1.5. FORMALITZACIÓ DE LA COORDINACIÓ (Fig. 2)

Previsions genèriques en el Reglament orgànic de l'Administració matriu sobre (per exemple, Reglament orgànic de la Diputació de Barcelona, RODB, annex).

- Coordinació (imperativa) dels OA i EPE (propis estatuts-XAL):
 - Competències l'aprovació de les quals es reserva l'Ad. matriu (RODB, 44.2 i E/XAL, 27)
 - Habilitació adopció mesures de coordinació contingents o generals (RODB, 44.5 i E/XAL, 25.2)
 - Via excepcional: assumpció per l'Adm. matriu (Ple) de les competències de l'OA (RODB, 44.6 i E/XAL, 29).

- Coordinació (voluntària) d'OA, EPE consorcis i altres ens participats:
 - Principis generals sobre l'encomanda o l'encàrrec de gestió, per a configurar la “normativa pròpia” de la qual parla la L 30/92, 15.3 (RODB, 45), el que permet desenvolupar-la amb resolucions al llarg del temps (RODB 45.3); E/XAL (25).
 - Altres mesures d'assistència: adhesió de la PIL a les que habilita l'Adm. matriu (RODB, 46.1) i sol·licitud específica (RODB, 46.2).

Previsions correlatives en els estatuts de OA i EPE i consorcis participats.

Desenvolupament mitjançant acords i resolucions.

1.6. CONSIDERACIONS GENERALS SOBRE LES PIL

- Dimensions quantitatives del fenomen de les PIL, *indicadors alarmants*.
- Creació de la PIL, *decisió organitzativa costosa*: compromet recursos i el seu funcionament revela dificultats.
- Necessitat d'esgotar les alternatives: gestió directa, organització desconcentrada i convenis de col·laboració.
- Cooperació i consens entre ens locals, però això no ha de comportar sempre la creació d'un consorci.
- Co-decisió no exigeix necessàriament co-gestió.
- Eludir estructures rígides i potenciar mecanismes i instruments flexibles de relació: actuacions en xarxa i concertació de voluntats.
- Coordinació i assistència de les administracions matriu a les PIL instituïdes: que les PIL es dediquin a les tasques específiques per a les que van ser creades, alliberant-les de les generals que executarà la matriu

IV. BIBLIOGRAFIA

ALMONACID LAMELAS, V. *et. al.* (2008): *Entidades públicas y privadas vinculadas a la Administración Local*. Madrid. Bosch.

BARQUERO, J.M. (1998): “La organización de las administraciones locales para el ejercicio de sus competencias de gestión tributaria”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 276.

DE LA CUÉTARA, J.M.; VILLAR, F.J.; BERNARDOS, J.; BORDON, E.; HERNÁNDEZ, F.; MOLINA, C. (1991): *Introducción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*. Madrid. MAP.

DE ASÍS, A.E (2001): “Las Gerencias de Urbanismo. Marco Jurídico General. Estructura, Competencia y funcionamiento”. Ponencia de las jornadas *Modelos de gestión urbanística: gerencias de Urbanismo y empresas municipales de suelo*. Federación Española de municipios y Provincias. Madrid, 24 y 25 d'octubre de 2001.

ENTRENA, R (1983): *Curso de Derecho Administrativo II (Organización administrativa)*. Madrid. Tecnos.

GARRIDO FALLA, F.; FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M. (2000): *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (un estudio de las leyes 30/1992 y 4/1999)*. 3ª. Ed. Madrid. Cívitas.

GONZALEZ PEREZ, J.; GONZALEZ NAVARRO, F. (1999): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Vol I i II. Madrid. Civitas.

LLISET BORRELL, F.; LLISET CANELLES, A. (1995): *Obres, activitats i serveis dels ens locals*. Barcelona. Bayer.

MALARET, E. (1993): *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Madrid. Cívitas.

MAGIDE HERRERO, M (2000): *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid. Ministerio de Administraciones Públicas. INAP.

MARTÍNEZ-ALONSO, J. L. (1998): "L'organització territorial i els governs locals a Catalunya." A: CAMINAL, M. y MATAS, J. (eds). *El sistema polític de Catalunya*. Barcelona. Tecnos/Ed. Universitat de Barcelona/S. Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona.

MARTÍNEZ-ALONSO, J.L. y T. YSA (2003a): *Les personificacions instrumentals locals a Catalunya: organismes autònoms, consorcis, mancomunitats i societats públiques*. Barcelona. Col·lecció "Estudis", 17. 2a ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya.

MARTÍNEZ-ALONSO, J.L. y T. YSA (2003b): *Las personificaciones instrumentales locales en Cataluña: organismos autónomos, consorcios, mancomunidades y sociedades públicas*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y Escola d'Administració Pública de Catalunya (EAPC).

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2004): "Las personificaciones instrumentales y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local". En FONT LLOVET, T.: *Anuario del Gobierno Local 2003*, Barcelona. Madrid. Fundación Democracia y Gobierno Local.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. y E. PANO (2006): "Personificacions instrumentals locals". eN: MAGRE FERRAN, J. (Ed): *Informe de l'Observatori de Govern Local*. Barcelona. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2007): "Medidas de mejora en el funcionamiento de las personificaciones instrumentales para la gestión de los servicios públicos locales". *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinario-julio 2007.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. y E. PANO (2008): “Personificacions instrumentals locals”. En: MAGRE FERRAN, J. (Ed): *Informe de l'Observatori de Govern Local - 2007*. Barcelona. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals. En premsa.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L.(2007): *Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado*. Barcelona. Bayer Hnos, S.A.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L, (2009): “Els serveis públics locals (I): introducció i prestació directa. Els serveis públics locals (II): prestació indirecta”. A Règim jurídic dels governs locals de Catalunya, Gifreu, J. i J.R. Fuentes (dir.). València: Tirant Lo Blanch.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L, (2009): “Las personificaciones instrumentales locales: dimensiones cuantitativas y procesos de decisión”. A La colaboración público-privada y la creación de valor público, Ramió, C. (Coord.). Barcelona: Diputació de Barcelona.

MAURI MAJÓS, J. (2003): “Las relaciones de puestos de trabajo y la gestión de la función pública local”, Cuadernos de Derechos Local. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2: 42-66.

- NIETO, E. (1997): *El Consorcio Administrativo*. Barcelona. Cedecs.
- PERROW, Ch. (1999): *Sociología de las organizaciones*. México. McGraw-Hill.
- QUINTANA, T. (1991): “La desconcentración de los Municipios”. *Documentación Administrativa*, núm. 228.
- TIMON, M. (1997): “Els Consorcis com a Administració Instrumental Mixta” En: FONT, T. Coordinador. *Dret local: Ordenances, activitats i serveis públics*. Barcelona. Marcial Pons/Ed. Universitat de Barcelona/S. Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona.

Barcelona, 4 de desembre 2009

J. L. Martínez-Alonso Camps
Director dels Serveis de
Secretaria de la Diputació de
Barcelona i Professor associat
de la Universitat de Barcelona

4^a

sessió

15/01/10

La planificació territorial i urbanística de l'àrea metropolitana. Aspectes jurídics

Sebastià Grau i Àvila, secretari general de la Mancomunitat de Municipis de l'Àrea Metropolitana de Barcelona.

El marc normatiu de la Llei d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics

Clara Isabel Velasco Rico, professora de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra.

Reflexions sobre la gestió de la Tresoreria municipal en temps de crisi

Josep Abella Albiñana, tresorer de la Diputació de Barcelona

EL PLANEJAMENT TERRITORIAL I URBANÍSTIC DE L'ÀREA METROPOLITANA DE BARCELONA. ASPECTES JURÍDICS

Sebastià Grau Àvila

Mancomunitat de Municipis de l'Àrea Metropolitana de Barcelona

ÍNDEX

I.	INTRODUCCIÓ.....	1
II.	PLANIFICACIÓ TERRITORIAL VERSUS PLANEJAMENT URBANÍSTIC.	2
III.	EL PLANEJAMENT TERRITORIAL I L'ÀMBIT METROPOLITÀ.....	2
1.	El Pla Territorial General de Catalunya	2
2.	El Pla Territorial Parcial metropolità de Barcelona	3
2.1	Criteris generals sobre la relació pla territorial / pla urbanístic.....	3
2.2	La formulació del principi de coherència en l'ordenament territorial i urbanístic.	3
2.3	La formulació de les "pautes o orientacions del model territorial" en el PTP Metropolità.....	4
2.4	La qüestió de l'àmbit de referència del PTPM i dels subàmbits de planejament territorial directiu	5
IV.	REFLEXIONS SOBRE EL JUDICI DE COHERÈNCIA DEL PLANEJAMENT URBANÍSTIC EN EL MARC DEL PLA TERRITORIAL PARCIAL METROPOLITÀ	6
1.	La terminologia jurídica del PTPM expressada en els seus objectius i determinacions.	6
2.	La regulació de l'adequació del planejament urbanístic al PTPM.	7
3.	Conclusió sobre la naturalesa jurídica de les determinacions del PTPM pel que fa al judici de coherència del planejament urbanístic subordinat.	8
V.	DE LA REGIÓ A L'ÀREA. EL PLANEJAMENT URBANÍSTIC METROPOLITÀ	8
1.	Breu síntesi de la planificació regional i urbana a Barcelona.....	8
2.	La planificació urbanística metropolitana al PTPM.....	9
3.	La planificació urbanística metropolitana a l'avantprojecte de Llei de l'Àrea Metropolitana de Barcelona.....	10

I. INTRODUCCIÓ

No és senzill centrar l'objecte d'aquesta ponència, ja que d'entrada ens trobem amb la dificultat de la identificació dels conceptes que emmarca el seu títol: **la planificació territorial i urbanística i l'àmbit de l'àrea metropolitana**.

De fet, l'intent de concreció d'aquests conceptes és l'objecte de la present comunicació. Es tracta d'identificar l'abast de la planificació territorial i el nucli central o la essència de la seva relació amb la planificació urbanística, per després aplicar aquets conceptes a allò que podem identificar com l'àmbit metropolità barceloní.

En primer lloc hem de convenir que no existeix un criteri únic i generalment acceptat sobre els conceptes que tractem d'analitzar. El seu contingut i abast ha evolucionat en els darrers anys,

però si hi ha una cosa certa és que la planificació territorial s'ha estirat o arronsat segons els objectius i interessos dels responsables de la seva elaboració.

Veurem seguidament com els elements de la planificació territorial tenen una lectura diferent segons el moment que es produeix i que precisament aquesta indefinició constitueix la seva força. Per contra, el nostre hàbit com a juristes ens porta a buscar i requerir els elements de seguretat jurídica propis del significat unívoc dels conceptes. És per això que ens movem relativament a gust en l'àmbit del planejament urbanístic, on la tècnica de la classificació per categories i per qualitats del sòl ens permet l'aplicació de blocs normatius tancats i fiables.

Per tant, la intenció d'aquesta ponència és, en primer lloc, cridar l'atenció sobre els elements nuclears de la relació entre planificació territorial i planejament urbanístic; en segon lloc, veurem com s'estructura l'àmbit metropolità i finalment intentarem analitzar les particularitats organitzatives i territorials que requereix aquest àmbit.

II. PLANIFICACIÓ TERRITORIAL VERSUS PLANEJAMENT URBANÍSTIC.

Ens hem de preguntar ja d'entrada per què parlem en un cas de planificació territorial i en l'altre de planejament urbanístic?. Aquestes dues accions comporten tècniques diferents i per tant els seus objectius i la seva eficàcia jurídica són també diferents?.

L'Albert Serratosa ha definit clarament aquesta qüestió: els plans territorials són **esquemàtics** mentre que els plans urbanístics **fixen amb precisió** els usos possibles i les seves intensitats. (Albert Serratosa: *La revisió del Pla Comarcal de 1953: alternatives d'origen i organització dels treballs*, a Papers núm. 28).

Les tècniques jurídiques també semblen per tant ben diferents: el pla d'ordenació territorial utilitza la **directriu** (art. 1 Llei d'Ordenació territorial 23/1983, de 21 de novembre LOT). Sembla que l'ordenació territorial no té vocació de ser aplicada directament, ja que s'ha de dur a la pràctica mitjançant els diversos instruments de planificació (art. 1.2 LOT). La directriu sembla el contrari de la determinació. La directriu conté objectius generals que cal assolir, encara que els mecanismes a utilitzar poden ser diverses i han de ser concretades en fases posteriors.

III. EL PLANEJAMENT TERRITORIAL I L'ÀMBIT METROPOLITÀ

1. El Pla Territorial General de Catalunya

El PTG de Catalunya defineix un "**àmbit funcional** metropolità" que qualifica com a "sistema de projecte"; és un sistema com a conjunt d'elements interdependents (cap a dins) i autònoms (cap a fora); i és un projecte en tant que constitueix un àmbit al que cal referir les accions territorials i urbanístiques de desenvolupament del PTGC. Aquí s'està referint a l'anomenada "regió metropolitana".

Aquest àmbit funcional metropolità s'estreny en un **subsistema central** que és el que podríem considerar "continu edificat".

Però aquests àmbits són considerats en el PTGC com a indicatius i orientadors. Malgrat que l'article 11.2 de la Llei de Política Territorial estableixi que el Pla Territorial Parcial ha de precisar l'abast del PTGC però no en pot alterar les determinacions, el propi PTGC reconeix que és un "pla model", un "marc orientador", un "pla imatge". Així, pel que fa a l'àmbit del planejament territorial parcial, el propi PTGC estableix que els àmbits previstos poden ser alterats en el moment de la redacció del planejament parcial.

De tot això se'n conclou que l'essència de la tècnica que utilitza el planejament territorial és la **orientació de tendències** i no tant la tècnica de les prescripcions detallades, que han de ser respectades pel planejament jeràrquicament subordinat.

Si aprofundim en aquesta línia, el professor López Ramon, (*Estudios Jurídicos sobre ordenación del territorio*, Aranzadi, 1995), parla de tres tipus de "**vinculació**" del planejament territorial:

- a) La “vinculació excloent”, que no permet cap altre criteri d'ordenació més que la determinada pel pla territorial.
- b) La “vinculació alternativa”, que permet concretar l'ordenació segons varies alternatives proposades.
- c) La “vinculació orientativa”, que remet al planejament urbanístic la concreció de l'ordenació, marcant exclusivament els objectius generals a assolir.

Segons això, el PTGC i per extensió també el PTP contenen essencialment vinculacions orientatives.

2. El Pla Territorial Parcial metropolità de Barcelona

2.1 Criteris generals sobre la relació pla territorial / pla urbanístic

Hem dit que el planejament territorial formula bàsicament vinculacions orientatives. En el cas de vinculacions excloents, aquestes tenen un possible triple contingut o abast:

- a) Definició de dimensions “macro”, referides a tot l'àmbit del pla o a un sub-àmbit (edificabilitat, nombre d'habitatges, percentatges per usos públics/usos privats, ..).
- b) Definició concreta d'àmbits de protecció especial del sòl, equivalent a una tipologia o classe urbanística del sòl no urbanitzable.
- c) Definició concreta d'infraestructures d'interès general.

En síntesi el planejament territorial utilitza la tècnica urbanística de la classificació i qualificació del sòl en aquelles “vinculacions” excloents que defineixen àmbits concrets de protecció o que estableixen infraestructures generals. En tot el demès el Pla Territorial Parcial utilitza la “orientació”.

Ara bé, la pregunta és: quin significar o abast té la “orientació” en la relació Pla Territorial/pla urbanístic ?. La resposta no pot ser altre que l'orientació es l'expressió dels interessos supralocals que defineixen els “criteris d'oportunitat” de l'Administració autonòmica en l'exercici de les seves competències en la resolució definitiva del planejament urbanístic municipal. Dit d'una altra manera, “l'orientació” és l'element de referència del **judici de coherència** del planejament urbanístic respecte del planejament territorial.

2.2 La formulació del principi de coherència en l'ordenament territorial i urbanístic.

El principi de coherència, que defineix les relacions entre planejament territorial i planejament urbanístic, es formula a l'article 11.1 de la Llei de Política Territorial, de 21 de novembre de 1983, quan determina que “el pla territorial general defineix el marc de coherència de tots els plans, programes i accions d'incidència territorial, els quals n'han de tenir en compte les orientacions”. Aquí s'apren els dos conceptes que venim utilitzant: la coherència com a definició de les relacions entre planejaments y l'orientació com a manifestació que permet valorar el grau de coherència.

Seguidament, l'apartat 4 del mateix article estableix que “els plans d'ordenació urbanística han de ser coherents amb el planejament territorial ...”. Més endavant, l'article 19 bis.4 de la LPT refereix l'exigència de coherència dels plans urbanístics en relació específica amb els plans directors territorials.

Passant ja a la normativa de la Llei d'urbanisme (LU), l'article 13, que porta per títol “jerarquia normativa i coherència del planejament urbanístic”, estableix que el principi de jerarquia normativa informa i ordena les relacions entre els diferents instruments urbanístics de planejament i de gestió regulats per aquesta Llei. Dit això, que afecta les relacions entre plans urbanístics, es refereix a la coherència en els termes següents: “Els plans urbanístics han d'ésser coherents amb les determinacions del pla territorial general i dels plans territorials parcials i sectorials i facilitar-ne l'acompliment”.

Des de la visió més pràctica, l'article 85 de la LU regula el contingut dels informes de les Comissions Territorials d'urbanisme pel que fa al planejament derivat que correspon aprovar definitivament als ajuntaments, i determina el següent:

“2. Els informes a què es refereix l'apartat 1 han d'incloure les consideracions que calguin, fonamentades en raons de racionalitat i funcionalitat urbanístiques i orientades a la superació de contradiccions, a l'esmena d'errors i a la millora de la claredat i la precisió jurídiques i tècniques. En tot cas, són vinculants, únicament, les prescripcions que continguin fonamentades en els **motius d'interès supramunicipal** i de legalitat especificats pels apartats 3 i 4.

3. Són motius d'interès supramunicipal, als efectes del que estableix l'apartat 2:

a) La **coherència amb la planificació territorial**, pel que fa a la cohesió territorial i a l'organització correcta del desenvolupament urbà.”

Aquí es formula el principi de la coherència que ha de permetre el control de legalitat del planejament municipal pel que fa a la seva relació amb el planejament territorial.

El professor Fernando López Ramón ho explica amb paraules clares: “La discrepancia (s'està referint a la resolució sobre l'aprovació definitiva pels òrgans autonòmics del planejament municipal) por razones de oportunidad habrá de moverse dentro de los límites permitidos, en su caso, por los planes de superior jerarquía; en tal sentido, parece que un enfoque serio del correcto ejercicio de esta discrecionalidad urbanística exigiría la **expresión previa de las pautas del modelo territorial**, condicionando así la toma de decisiones sobre la aprobación definitiva de los planes urbanísticos”. En aquest sentit s'ha manifestat una abundant jurisprudència que no cal reiterar, esmentant-se, per totes, la Sentència del Tribunal Suprem de 30 de gener de 1991 (RJ1991,614).

El que aquí es qualifica de “l'expressió prèvia de les pautes del model territorial” és el que el planejament territorial de Catalunya esmenta com “orientacions” per al planejament urbanístic.

2.3 La formulació de les “pautes o orientacions del model territorial” en el PTP Metropolità.

L'apartat 1.2.1 de la Memòria del Pla territorial metropolità de Barcelona, sotmès al darrer tràmit d'audiència prèvia a la seva aprovació definitiva, fa referència a “l'imaginari” que sol suscitar el concepte de pla territorial. En aquest sentit s'afirma d'entrada que els objectius d'ordenació física són els propis de l'ordenació urbanística. Malgrat això, ratlles avall la mateixa memòria manifesta que el contingut dels plans territorials parcials apunta cap a instruments d'un dominant caràcter físic vinculant.

Per tant, el PTPM es mou en un dubte existencial. L'ordenació física no és el seu objectiu fonamental però, davant la manca d'experiència fora del que són les determinacions físiques, ha de reconèixer que la seva vocació és la de ser instrument de planejament físic vinculant.

Les primeres manifestacions a Espanya de la planificació regional varen venir, com és ben sabut, de la mà de la planificació econòmica dels anys 1964 al 1975, amb especial atenció a les **localitzacions físiques** per activitats industrials, per tal de corregir els desequilibris territorials. Aquí ja s'intueix el que després va acabar passant. Les accions de planificació econòmica regional acabaven amb accions d'ordenació física, de manera que als anys 1970 es va suprimir el Ministerio de Planificación i, mitjançant la modificació de la Llei de Règim del Sòl i ordenació urbana de 1975, es va introduir directament la figura dels plans directors territorials de coordinació, que havien de contenir les directrius per a l'ordenació del territori, el marc físic del seu desenvolupament i el model territorial en que han de coordinar-se els plans urbanístics.

En raó de l'assumpció per les Comunitats Autònomes de les competències en matèria de planificació territorial i urbanística, operada per la Constitució i els Estatuts, les lleis d'ordenació territorial han assumit els instruments successors dels plans directors territorials de la Llei de 1975.

I en aquesta successió es troba la seva evolució, des d'un pla de caràcter econòmic, de projectació d'inversions i d'accions sobre el territori, fins un pla físic d'ordenació del territori. I aquest és el contingut essencial del PTPM.

Reconeix la Memòria del PTPM, en el seu apartat 1.3.1., que el contingut no és un assumpte resolt i que els coneixements empírics sobre planificació territorial encara no són suficients per a l'establiment d'uns continguts verificats i acceptats. Per això, el PTPM es centra en els aspectes territorials més fàcilment identificables per la seva similitud amb les tècniques urbanístiques de classificació i qualificació.

La utilització de la figura dels "sistemes" com a blocs normatius i territorials fàcilment identificables permet simplificar el mecanisme regulador i determinatiu del Pla. Així, la essència vinculadora es concreta en la tècnica classificatòria del sòl: sistema d'espais oberts; sistema d'assentaments; i sistema d'infraestructures de mobilitat. Això es completa amb la utilització d'una escala gràfica (1:50.000) que "permet assumir les formes de la matriu biofísica i dels assentaments humans".

Tot i això, és en aquest camp dels sistemes d'espais oberts i d'infraestructures on es demostra el contingut de vinculació excoient del PTPM, ja que aquí es contenen determinacions directes d'abast físic i normatiu, que s'imposen per la via jeràrquica al planejament urbanístic. En canvi, les determinacions del sistema d'assentaments utilitzen les tècniques de les "estratègies" i de les "directrius", que han de ser concretades en l'àmbit de la planificació urbanística.

2.4 La qüestió de l'àmbit de referència del PTPM i dels subàmbits de planejament territorial directiu

L'àmbit territorial del PTPM es defineix a l'article 1.1 de les Normes d'Ordenació Territorial, que és el document articulat del Pla. L'àmbit abasta les comarques de l'Alt Penedès, Baix Llobregat, Barcelonès, Garraf, Maresme, Vallès Occidental i Vallès Oriental.

Els antecedents contemporanis d'aquesta planificació els hem de buscar, com és sabut, en el Plan de Ordenación de Barcelona y su zona de influencia de 1953 (Pla Comarcal). L'àmbit del que es considera la regió metropolitana de Barcelona va ser assolit en la revisió del Pla de 1953 operada al 1968 i que es va formalitzar mitjançant el Pla Director de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, que tant sols va tenir efectes interns per a l'Administració i per tant sense vinculació efectiva.

En aquest Pla Director es proposava la revisió del Pla Comarcal de 1953 en una àrea central, el que va donar lloc al Pla General Metropolità de Barcelona redactat per la Corporació Metropolitana de Barcelona. I aquí apareix, a nivell de planejament, el doble àmbit territorial del que anomenem "regió" i del que anomenem "àrea".

En l'actual procés de planejament territorial parcial apareix també aquest doble àmbit, ja que es contempla el desplegament del PTPM mitjançant subàmbits que permeten una millor "concreció territorial" de les propostes. En aquests subàmbits s'ha d'actuar mitjançant Plans Directors Urbanístics, que han d'expressar amb major nivell de detall les seves característiques (apartat 7.5 de la Memòria).

El primer dels subàmbits de desplegament del PTPM és l'anomenat "Àrea Metropolitana", que ve definit per l'àmbit del PGM de 1976 ampliat als municipis de l'Entitat Metropolitana dels Serveis Hidràulics i del Tractament de Residus, més Vallirana i Rubí. Les directrius més rellevants que es formulen per aquesta àrea i que hauran de ser respectades pel Pla Director Urbanístic són:

- a) S'amplia el sistema d'espais oberts amb noves àrees de protecció.
- b) Es descarten noves operacions d'extensió urbana.
- c) Es preveuen noves àrees de transformació.
- d) Es contempla una nova infraestructura ferroviària, per trobar-se menys desenvolupada que la viària

És essencial observar que, coincidint amb el que després direm del planejament urbanístic metropolità que es preveu a l'avantprojecte de Llei de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, el desplegament del Pla Director Urbanístic es regula mitjançant l'adaptació, l'homogeneïtzació i l'harmonització del planejament general metropolità vigent en un text únic.

IV. REFLEXIONS SOBRE EL JUDICI DE COHERÈNCIA DEL PLANEJAMENT URBANÍSTIC EN EL MARC DEL PLA TERRITORIAL PARCIAL METROPOLITÀ

1. La terminologia jurídica del PTPM expressada en els seus objectius i determinacions.

L'article 1.5 de les Normes d'Ordenació Territorial del PTPM formula els trets fonamentals de la naturalesa jurídica del contingut del Pla.

Des d'una visió general, es manifesta que l'objecte del Pla és **ordenar el territori**. Ordenar vol dir posar ordre però també imposar ordres i **cal veure fins quin punt en aquest cas l'ordenació es fa mitjançant l'explicitació d'ordres clares, que atorguin seguretat jurídica al judici de coherència del planejament urbanístic respecte les pròpies determinacions del planejament territorial**.

Es diu en aquest article 1.5 que l'objectiu del Pla és "aportar referències espacials " pel desenvolupament sostenible del territori. Sembla que no comencem precisament amb determinacions fàcilment identificables ni amb conceptes clars. La referència en aquest primer apartat a la "sostenibilitat" ja augura poca "seguretat".

És cert que aquesta "ordenació del territori" es fa mitjançant "determinacions directes" i també mitjançant determinacions de desenvolupament amb planejament posterior, però aquestes determinacions es qualifiquen de "**pautes**" del Pla, i això fa perdre tota esperança d'un contingut normatiu cert.

En aquest mateix article 1.5 es recull un cop més el triple abast del Pla: quan al sistema d'espais oberts, el Pla recorre a la tècnica urbanística de la diferenciació per tipus de sòl (**qualificació**), detallant els usos admesos i els exclosos; quan al sistema d'assentaments, la tècnica del Pla és l'**estratègia** de desenvolupament per cada nucli; quan al sistema d'infraestructures de mobilitat, el mecanisme és la **proposta** de traçats.

A l'article 1.6. es defineixen **tres ordres de "determinacions gràfiques"**, essent aquest un nou concepte quin abast jurídic se'ns escapa. S'intueix que es tracta de definicions d'àmbits territorials amb finalitats diferents. Així, les "**àrees**" són els tres sistemes territorials que venim explicant, però ja hem vist que el seu contingut no és homogeni ja que en un cas es formulen determinacions estrictes, en altres estratègies i en altres propostes. Aquestes àrees "es superposen a les qualificacions urbanístiques", de manera que no tenen de coincidir necessàriament. No és fàcil d'entendre aquesta previsió. Les "**xarxes**" venen a ser àrees sectorials de caràcter lineal i unidimensional, per als usos viaris i ferroviaris. Els "**àmbits**" són delimitacions territorials per a finalitats diverses i de caràcter obert i que se superposen a les àrees i a les xarxes.

Aquesta visió es completa amb l'article 1.8, referit a la **vinculació normativa de les determinacions**. Aquest article divideix el contingut normatiu del Pla en **normes, directrius i recomanacions**. És remarcable que aquests tres grups de determinacions no apareixen sistemàticament agrupades i per tant no són fàcilment identificables en el Pla, si no que cal trobar-les segons la seva naturalesa, "**a través del contingut de la documentació i es distingeixen per la seva redacció o per l'expressió gràfica**".

Aquest és un element clau del que estem analitzant. La naturalesa de les determinacions del Pla com a normes, directrius o recomanacions és fruit d'una **interpretació** cas per cas, derivada de la seva redacció i de la seva expressió gràfica.

A la vegada, les **directrius** que contenen estratègies i pautes d'actuació han de **ser respectades (són vinculants) segons el seu grau de concreció** (art.1.8.2).

Finalment, les **recomanacions** resten sotmeses a **valoracions d'oportunitat o conveniència** que pugui fer l'Administració competent en el moment de l'actuació.

2. La regulació de l'adequació del planejament urbanístic al PTPM.

L'article 1.16 es refereix estrictament a aquesta qüestió, però no utilitza en el seu enunciat el terme "coherència" sinó l'expressió "adequació". Als apartats 3 i 4 emprava el terme "conformitat" i a l'apartat 2 es refereix a la "coherència".

Sembla que totes aquestes expressions s'utilitzen aleatòriament, com si fossin equivalents quan no ho són. El judici de coherència comporta un cert grau d'apreciació subjectiva en l'ajust entre instruments, mentre que la conformitat comporta un ajust precís i inqüestionable entre plans jeràrquicament relacionats. Per contra, l'adequació es relaciona amb un cert procés en el temps per a l'ajust del pla urbanístic al pla territorial.

Si entrem en l'article 2.2, que es refereix a la finalitat de les determinacions en el **sistema d'espais oberts**, ens trobem amb un seguit de conceptes genèrics de caràcter mediambiental que en res ajuden a donar claredat i precisió a les vinculacions en aquesta "classe de sòl" protegit. Efectivament, l'article es refereix a "la preservació i millora dels espais oberts", "les connectivitats ecològiques necessàries", la "preservació de terrenys necessaris", "la dotació de sentit morfològic i territorial", "la garantia de continuïtat de l'activitat agrària" i així moltes altres finalitats. Això seria acceptable si l'article es limités a definir finalitats genèriques, però l'apartat 2 estableix que aquests objectius **"tenen rang de principis rectors i hauran d'informar la presa de decisions en els planejaments urbanístics"**.

Pel que fa al **sistema d'assentaments**, el PTPM formula essencialment **estratègies de desenvolupament**, per tal que el planejament urbanístic defineixi el model d'implantació urbana i les determinacions concretes per a la urbanització i l'edificació. L'estructura nodal proposada i les estratègies de desenvolupament són una **pauta indicativa** per la ubicació concreta d'equipaments en el planejament urbanístic i sectorial supramunicipal. També aquí es formulen un seguit de criteris, objectius i finalitats genèriques (consolidar la regió metropolitana, articular un sistema urbà, potenciar l'ús eficient de les àrees urbanes, mantenir l'equilibri territorial ...) que també tenen el rang de **principis rectors** i **que han d'informar** les determinacions normatives del planejament urbanístic.

Cal analitzar breument la remissió que fa el PTPM al seu desenvolupament mitjançant Plans Directors Urbanístics (art. 3.29). Es preveu que els PDU desenvolupin de forma integrada les propostes del PTPM, per tal de concretar amb més precisió els components d'abast plurimunicipal del territori. Amb aquesta finalitat els PDU poden introduir ajustaments en la distribució de les possibilitats d'extensió urbana i determinar noves àrees d'activitat econòmica, **sense contradir la lògica estructural bàsica que es deriva del conjunt de determinacions del PTPM**.

Finalment, en aquest breu repàs de les tècniques de vinculació utilitzades pel PTPM cal fer referència a certs aspectes formals bàsics:

- D'una part, a diverses articles (1.12.5 o 1.16) es crea un òrgan específic de seguiment i control del PTPM anomenat Programa de Planejament Territorial, que ha d'emetre informe previ a l'aprovació de plans i projectes.
- D'altra banda, la disposició transitòria primera preveu l'aplicació del PTPM al planejament general quina aprovació provisional sigui posterior a la informació pública de l'avantprojecte del Pla Territorial, en una regulació que atorga efectes jurídics vinculants a un avantprojecte no aprovat encara i pendent d'un tràmit d'informació pública.
- Finalment, en el cas de planejament urbanístic general quina aprovació provisional s'hagi acordat abans de l'esmentada informació pública de l'avantprojecte de PTPM, la mateixa disposició transitòria primera preveu que la Comissió d'urbanisme corresponent pugui condicionar l'aprovació definitiva del pla urbanístic al compliment de prescripcions **segons els criteris i principis del PTPM**.

3. Conclusió sobre la naturalesa jurídica de les determinacions del PTPM pel que fa al judici de coherència del planejament urbanístic subordinat.

De tot el que s'ha analitzat en aquests apartats en deduïm, con a conclusió, que **el PTPM es mou en el terreny de la imprecisió** a l'hora de formular els seus continguts vinculatius amb relació al planejament urbanístic.

Això s'aprecia en:

- La utilització de forma **aleatòria** de conceptes de gran transcendència jurídica, amb **significats diversos** segons el context en que s'ubiquen.
- L'elevació a la categoria de normes jurídiques precises del que són objectius, criteris i principis inspiradors.
- La utilització d'aquests **principis com a normes** de referència de la valoració del planejament urbanístic pel que fa a la seva coherència al el planejament territorial.
- L'atorgament d'un marge de **discrecionalitat** quasi il·limitat (en tant que resulta d'impossible desvirtuació) a l'hora de valorar aquella coherència.

En conseqüència, entenem que en el seu conjunt la formulació del PTPM no ha de facilitar:

- Ni la **valoració del nivell de compliment del Pla** mitjançant el planejament urbanístic municipal per part dels governs locals.
- Ni la **identificació dels elements de seguretat jurídica** que donin fiabilitat als treballs de planejament general municipal.
- Ni la **disponibilitat de criteris clars** sobre la interpretació dels conceptes jurídics indeterminats que s'empren en el Pla.
- Ni la **identificació dels elements d'interès supramunicipal** que han de permetre la utilització limitada de criteris d'oportunitat en el judici de coherència del planejament urbanístic.
- Ni l'**expressió dels aspectes vinculants** excloents o orientatius del Pla per a la seva aplicació amb un alt grau de certesa.

V. DE LA REGIÓ A L'ÀREA. EL PLANEJAMENT URBANÍSTIC METROPOLITÀ

1. Breu síntesi de la planificació regional i urbana a Barcelona.

El Pla Comarcal de 1953 era el *Plan de Ordenación de Barcelona y su zona de influencia* i la "zona d'influència" era el que ara entenem per regió metropolitana.

Quan al 1969 va començar un procés de revisió d'aquest Pla Comarcal, es va arrancar amb la part central d'aquesta zona d'influència, que va donar pas a l'aprovació del Pla General Metropolità, i, especialment, a la creació de l'ens local especialitzat per a la seva gestió, que era l'Entitat Municipal Metropolitana de Barcelona.

No hi ha dubte que l'**origen institucional de l'àrea metropolitana**, referida a un nombre al voltant de 30 municipis, és un origen basat en la **unitat de planejament urbanístic i de gestió urbanística**. Així com l'aprovació inicial al 1974 de la revisió parcial del Pla Comarcal de 1953 s'anomenà *Pla General d'Ordenació Urbana i Territorial de la Comarca de Barcelona*, el document aprovat definitivament al 1976 va perdre tant la referència a l'ordenació "territorial" com la referència a la "comarca".

Però el cert és que al 1974 no hi ha una idea clara del que havia de ser la comarca ni menys de quin era l'àmbit adequat del planejament metropolità d'aquesta àrea central. La revisió del Pla Comarcal de 1953, iniciada com hem dit al 1964, es va quedar en un Pla Director sense eficàcia jurídica *ad extra*, però va tenir la virtualitat d'entendre el **fet geogràfic català i de la importància del corredor prelitoral, com a espai alternatiu i complementari de la ciutat de Barcelona, a partir del qual l'àrea metropolitana apareix com un sistema dual i paral·lel a la costa**,

organitzat sobre els corredors litoral i prelitoral units per una sèrie de travesses, on els usos i les activitats són fàcilment articulables, en una xarxa de dimensions territorials mimètica a l'estructura del relleu.

He reproduït aquest paràgraf tant dens i extens, formulat per Serratosa, per donar a entendre que l'àrea metropolitana, com a àmbit de planejament, apareix per uns determinats condicionants físics analitzats a una escala entenedora i tecnològicament assumible pels mitjans de l'època.

Amb el Pla General Metropolità es va obviar la discussió de l'escala regional i es va implantar a la pràctica un **sistema suficientment satisfactori** de decisió política i de gestió administrativa dels interessos públics, en un **territori controlable** a nivell de planejament urbanístic d'usos i d'intensitats d'usos. L'existència d'una organització específica per a la gestió d'aquests interessos va completar l'èxit al triple nivell: **àmbit territorial, figura de planejament i organització gestora.**

Cap a meitats dels anys 80 l'èxit va superar la pròpia empresa. L'àmbit de planejament havia esdevingut àmbit de prestació de serveis i de decisió sobre el territori, la figura de planejament estava desenvolupant totes les seves potencialitats i l'organització gestora "no va estar en sintonia" amb les organitzacions polítiques superiors.

La concreció de l'estructura comarcal imposada per l'Estatut va derivar en la Llei de creació de les comarques i en la simultània i justificadora pèrdua de vigència de l'àmbit metropolità, que es superposava a la nova estructura territorial.

Car recordar que la supressió de l'Entitat Municipal Metropolitana de Barcelona al 1987 va venir acompanyada, a més de la creació de les dues Entitats metropolitanes de serveis especialitzats, de la tornada a l'ordenació del territori (refugi d'accions de "coordinació" supramunicipal), mitjançant la delimitació d'un àmbit superior de planificació territorial, que és l'àmbit regional de l'actual PTPM, menys les comarques de l'Alt Penedès i del Garraf. Aquest havia de ser l'àmbit del PTP metropolità previst a la Llei 7/1987, i aquest àmbit es defineix com el de les "comarques compreses dins la **zona d'influència** directa" de Barcelona, expressió que recorda el títol del Pla comarcal del 1953 (*pla d'ordenació de Barcelona i la seva zona d'influència*).

A partir d'aquí, la definició de l'àmbit de planejament plurimunicipal de l'entorn de Barcelona ha estat un intent dificultós, que s'ha expressat a un doble nivell: d'una banda, **dificultat d'emprendre un procés de revisió del PGM**; d'altra banda, **dificultat de culminar el procés de formulació del planejament territorial parcial de la "regió metropolitana"**.

La relativa comoditat de les Administracions i dels ciutadans en un PGM fàcilment modificable i densament modificat no ha contribuït a suscitar la necessitat de la revisió. Però la pròpia inèrcia de la realitat metropolitana i el fet que el planejament territorial parcial hagi entrat en la seva decisiva etapa d'aprovació han aflorat dues circumstàncies concurrents i novedoses: per un costat, **l'avantprojecte de Pla Territorial Parcial metropolità** i per l'altra, **l'avantprojecte de Llei de l'Àrea Metropolitana de Barcelona.**

2. La planificació urbanística metropolitana al PTPM

A l'article 5.1 de les Normes d'Ordenació Territorial, el Pla Territorial Parcial contempla el que anomena, de forma un pel devaluatòria, "àmbits de cooperació municipal", que seran els adequats per al desenvolupament del planejament urbanístic supramunicipal. Per ser crítics amb aquesta denominació, caldria recordar que, segons l'Estatut de 2006, les àrees metropolitanes no són ens locals derivats de la voluntat de cooperació dels municipis associats (com ho són les mancomunitats) si no que obeeixen a realitats físiques, socials i econòmiques contrastades.

També cal cridar l'atenció sobre el fet que el PTPM considera aquests "àmbits de cooperació municipal" com a "instruments de gestió", fet que contribueix a devaluar el joc que han de prestar les organitzacions administratives que es creïn.

El cert és que el PTPM contempla l'Àrea Metropolitana de Barcelona (en majúscules) con una **realitat consolidada en quin àmbit territorial cal formular el planejament urbanístic d'àmbit supramunicipal, i aquest àmbit és, com a mínim, el del PGM.** Pel que fa a l'àmbit és curiós que

aquest article 5.2 de les Normes no s'ajusta a l'apartat 7.5 de la Memòria, que defineix l'àrea en funció dels municipis del PGM més els de l'EMSHTR més els de Vallirana i Rubí.

Aquest planejament urbanístic supramunicipal és preveu en base a un **Pla Director Urbanístic metropolità**, que podrà ser substituït per un Pla d'Ordenació Urbanística plurimunicipal.

L'article 5.2.1 de les Normes avança més detalls d'aquest Pla Director Urbanístic, com que "ha de ser l'instrument previ a la revisió del planejament urbanístic municipal", que aquesta revisió es pot fer mitjançant POUM municipals o plurimunicipals i que el PDU ha d'establir el marc d'**adaptació del planejament general metropolità en un text únic per aquest àmbit**, cosa que comporta necessàriament la redacció de la revisió del PGM i dels demés plans generals municipals en un nou i únic pla d'ordenació urbanística metropolità.

3. La planificació urbanística metropolitana a l'avantprojecte de Llei de l'Àrea Metropolitana de Barcelona

Ens referim en aquest comentari al document sotmès a informació pública pel Departament de Governació i Administracions Públiques de 4 de desembre de 2009 (DOGC núm. 5525, de 14 següent).

Amb independència de la seva relació amb altres iniciatives legislatives que afecten l'organització territorial de Catalunya, així com de les propostes formulades en els darrers anys des de diverses instàncies, és evident que, un cop més, **l'impuls de la institucionalització del fet metropolità ve de la mà dels requeriments de la planificació territorial i urbanística**.

Efectivament, hem dit que el PTPM delimita un àmbit de planejament urbanístic, a fi que mitjançant un Pla Director Urbanístic es determini "el marc d'adaptació del planejament general metropolità vigent, amb la formulació d'un text únic per a aquest àmbit, per tal d'homogeneïtzar i d'harmonitzar el seu contingut". Aquest àmbit i aquest planejament urbanístic plurimunicipal es completen amb la iniciativa de creació per Llei del Parlament d'un ens públic local territorial metropolità, quina funció principal serà la d'**impulsar i gestionar el planejament**.

L'**estructura organitzativa** prevista en l'avantprojecte és molt similar a la de les actuals entitats metropolitanes: el Consell Metropolità és l'òrgan màxim de govern i està integrat pels alcaldes dels Ajuntaments metropolitans i per regidors escollits pels plenaries municipals, en nombre proporcional al nombre d'habitants; el president té funcions i naturalesa similar a la de l'alcalde; aquesta organització bàsica es pot completar per reglament orgànic amb la creació de la Junta de Govern i de la gerència.

El contingut bàsic de l'avantprojecte és la definició de les **competències de la institució**, que abasten en essència tres grans blocs:

- a) Les **actuals competències** de les Entitats Metropolitanes del Transport i dels Serveis Hidràulics i del Tractament de Residus.
- b) Diverses **competències de foment** en matèria de desenvolupament econòmic i social i de cohesió social i territorial.
- c) Les competències en **ordenació del territori i urbanisme**.

Pel que fa a aquest tercer bloc, l'avantprojecte de Llei no tant sols defineix les competències de l'AMB si no que estructura un **sistema d'ordenació i de planejament metropolità absolutament coherent amb el sistema del PTPM** que hem analitzat. En aquest sentit, l'avantprojecte presenta algunes especialitats respecte la Llei d'urbanisme de Catalunya, especialment pel que fa al contingut i abast del Pla Director Urbanístic metropolità, així com pel que fa a la distribució de competències entre els òrgans urbanístics de la Generalitat i els òrgans de l'AMB.

La figura central del planejament metropolità és el **Pla Director Urbanístic**, al que es dediquen els articles 21 al 26. Ateses les dimensions del territori, el seu alt grau de consolidació urbana i els antecedents de planejament plurimunicipal i de gestió conjunta, el PDUMtr es configura com un instrument no tant sols d'orientació dels plans posteriors si no com a pla de **determinacions**

vinculants directes, en el triple nivell d'ordenació detallada d'usos i intensitats, de previsió i d'execució d'infraestructures d'interès metropolità i de previsió d'àrees de transformació urbana.

Per les raons esmentades al principi del paràgraf anterior, el PDUMtr ha de permetre l'aplicació immediata i directa de normes comunes, i ha de facilitar, segons preveu l'avantprojecte, la revisió, adaptació i harmonització del planejament general metropolità o municipal vigent mitjançant un únic POUMtr.

A la vegada, l'avantprojecte recull i potencia la figura del Programa d'Actuació Urbanística municipal, com a eina principal d'expressió de les polítiques municipals en el territori, el que ha de permetre als municipis la programació de les iniciatives públiques i privades en el desenvolupament urbanístic, així com de l'execució de sistemes, la implantació de noves operacions de millora urbana i la concreció de reserves de sòl per habitatge de protecció pública, entre altres finalitats.

Aquest sistema de planejament es formula així en els nivells següents:

- a) Pla Territorial Parcial Metropolità
- b) Pla Director Urbanístic de l'AMB
- c) Pla d'Ordenació Urbanística de l'AMB
- d) Programes d'Actuació Urbanística municipals
- e) Planejament derivat municipal i metropolità

Pel que fa a les modificacions de l'**organització administrativa de l'urbanisme a l'Àrea Metropolitana**, l'avantprojecte preveu **dues situacions**:

- La primera és **transitòria**, mentre no entri en vigor el Pla Director Urbanístic Metropolità.
 - Subcomissió d'Urbanisme del municipi de Barcelona, prevista a la Llei de la Carta municipal
 - Comissió Territorial d'Urbanisme de l'Àmbit Metropolità, que inclou tots els municipis menys Barcelona
- La segona és **definitiva**, a partir de l'entrada en vigor del Pla Director Urbanístic Metropolità:
 - Comissió d'Urbanisme de l'Àrea Metropolitana, com a òrgan del Departament de Política Territorial i Obres Públiques, de composició paritària entre la Generalitat i l'AMB.

Per definir de forma simple la **distribució de competències** en el planejament general, podem sintetitzar-les així:

INSTRUMENT	FORMULACÓ I APROV. INICIAL	APROV. DEFINITIVA
PDUMtr	Àrea Metropolitana	Conseller PTiOP
POUMtr	Àrea Metropolitana	Comis. Urb. AMB
PAUMs	Ajuntament	Comis. Urb. AMB

Per finalitzar, cal esmentar la clàusula de tancament d'aquest bloc competencial en matèria de planejament urbanístic, en el sentit que l'avantprojecte preveu que l'AMB és l'**administració ordinària competent per al desplegament i la gestió del PDUMtr i del POUMtr**, en els aspectes d'abast plurimunicipal que no pertocin de forma expressa a altres administracions.



Per tant, tal com s'anunciava en apartats anteriors, la gestió ordinària de la planificació territorial i urbanística plurimunicipal és la que bàsicament dona forma i contingut a la institució metropolitana, que es configura a l'avantprojecte com un instrument essencialment tècnic al servei de polítiques públiques de prestació i d'accions plurimunicipals.

Resten al tinter, per analitzar en una altra oportunitat, molts altres aspectes de l'ordenació territorial i urbanística metropolitana, com poden ser els referents a l'encaix de la nova estructura de l'Administració local catalana (vegueries, comarques ...) en aquest territori, o els aspectes del finançament de l'actuació pública urbanística en el territori metropolità. Malgrat això, espero que amb aquesta ressenya es pugui adquirir una noció clara de l'actual situació del planejament metropolità.

El marc normatiu de la Llei 11/2007, d'accés electrònic dels
ciutadans als serveis públics i les seves implicacions

Sessió de 15 de gener de 2010



Contacte:

clara.velasco@upf.edu

cvelascor@uoc.edu

claraisabel.velasco@esade.edu



<http://www.linkedin.com/pub/clara-velasco/1/968/836>

- Dra. en Dret i professora de Dret Administratiu de la UPF
- Consultora de Dret Administratiu i tutora del *Curs de Postgrau en Administració electrònica* de la UOC
- Professora del *Màster sobre propietat Intel·lectual i Societat de la Informació IP& IT* d'ESADE i coordinadora del mòdul d'aquest Màster dedicat a l'Administració electrònica

SUMARI

1. Consideracions prèvies
2. Desplegament normatiu de la LAE
3. Aproximació general a la LAE
4. El règim de les comunicacions electròniques
5. Elements del règim jurídic de l'Adm. Electrònica
6. La cooperació interadministrativa

1. Consideracions prèvies

- Nou impuls a l'Administració electrònica
- Desplegament normatiu rellevant
- L'Adm. electrònica té poca importància
- Transparència administrativa?

2. Desplegament normatiu LAE

- Estat
 - RD 1671/2009, desplegament parcial LAE
 - Ordre de Presidència per la qual es regula el Registre Electrònic Comú, en desplegament de l'art. 24 LAE i de l'art. 31 del RD 1671/2009, de desplegament parcial.
 - Avantprojectes de RD de l'ENI i de l'ENS
 - Llei 30/2007, contractes del sector públic
 - Llei 37/2007, reutilització informació sector públic
 - Llei 17/2009, lliure accés a les activitats de serveis

2. Desplegament normatiu de la LAE

- Generalitat
 - Decret 56/2009, impuls i desplegament de l'Administració electrònica a la Generalitat de Catalunya
 - Projecte de Llei d'ús mitjans electrònics sector públic Catalunya
 - Projecte de Llei de règim jurídic i procediment
- Àmbit local
 - Ordenances municipals (ORAE Barcelona)
 - Ordenança tipus Localret

3. Aproximació general a la LAE

- Reconeixement de Drets als ciutadans article 6 → Sense mecanismes de garantia concrets
- Oferir seguretat jurídica a les AAPP en l'ús dels mitjans electrònics i telemàtics.
- Donar seguretat jurídica als particulars i a les empreses quan es relacionen telemàticament amb les AAPP.
- Establir un marc regulador “mínim” comú denominador de l'ús dels mitjans electrònics per part de les AAPP en les relacions amb els ciutadans i en les relacions interadministratives.
- “Diuen que” va ser una Llei reclamada per totes les instàncies territorials, fruit d'un debat extens i intens.

3. Aproximació general a la LAE

- Modernitzar el procediment administratiu – complement necessari de la Llei 30/1992. Necessitat d'una llei conjunta? Refosa d'ambdues Lleis?.
 - Regula l'accés dels ciutadans → registres
 - Regula la seu electrònica
 - Tramitació telemàtica dels procediments → iniciació, tramitació, acabament → notificació electrònica
 - Concepte de document electrònic i d'expedient electrònic
 - Regula mínimament l'arxiu
 - Consta la identificació dels ciutadans a través de la signatura electrònica → predomini del e-dni
 - Identificació de ciutadans a través de funcionaris com a mesura vs. fractura digital.

3. Aproximació general a la LAE

- És una norma detallada, molt complerta que tot i així deixa marge, potser no gaire ample, per tal de poder ser desplegada per part de les CCAA. És convenient o no aquest desplegament?. Diferències temporals i de continguts en les normes reguladores de les diverses CCAA.
- Conté una quantitat important d'articles de caràcter bàsic.
- Àmbit d'aplicació: totes les AAPP, sempre que no utilitzin el Dret Privat.
- Encara hi ha problemes d'interpretació: s'aplica a les Universitats, per exemple?.

3. Aproximació general a la LAE

1. No es una Llei que es promulgui en un buit normatiu.
2. S'ha d'emmarcar en el que ve a denominar-se per determinats autors "Dret Administratiu electrònic" i que el conformen les normes o parts determinades de les normes següents:

3. Aproximació general a la LAE

- Constitució espanyola i Estatut d'Autonomia de Catalunya
- Llei de règim jurídic Adm. públ. (30/1992)
- [Llei d'accés electrònic dels ciutadans](#) (11/2007) + RD 1671/2009
- Llei de contractes del sector públic (30/2007)
- Llei de reutilització de la informació del sector públic (37/2007)
- LO de protecció de dades personals (15/1999) + RD 1720/2007
- Llei de serveis de la societat de la informació (34/2002)
- Llei general de telecomunicacions (32/2003)
- Llei de firma electrònica (59/2003)
- Ampli desplegament reglamentari (Decret 56/2009)

3. Aproximació general a la LAE: objecte

- **La LAE tiene por *objeto* reconocer el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos** y regular los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones públicas y en las relaciones de los ciudadanos con las mismas (art. 1).

3. Aproximació general a la LAE: reconeixment de drets

- Se reconoce a los ciudadanos el **derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos** para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos". (art. 6.1).

3. Aproximació general a la LAE: reconeixement de Drets

- A escollir el canal de relació electrònica
 - A la igualtat en l'accés
 - A conèixer l'estat de tramitació per mitjans electrònics
 - A obtenir còpies electròniques
 - A la conservació en format electrònic dels documents electrònics
 - A obtenir els mitjans d'identificació electrònica necessaris i a utilitzar en qualsevol cas l'e-DNI
 - A utilitzar altres sistemes de firma electrònica admesos
 - A la garantia de la seguretat i la confidencialitat dades
 - A la qualitat dels serveis públics electrònics
 - A escollir les aplicacions o sistemes (neutralitat)
- (art. 6.2).

3. Aproximació general a la LAE: reconeixement de drets

- Versió electrònica art. 35 LRJPAC
 - Conèixer estat tramitació, obtenir còpies electròniques
- Nous drets
 - Obtenir sistemes identificació, qualitat dels sp electrònics, utilitzar aplicacions
- Ampliació drets existents
 - Conservació documents electrònics, no aportar dades

3. Aproximació general a la LAE: reconeixement de Drets

- **Derecho “a no aportar los datos y documentos** que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizaran medios electrónicos para recabar dicha información (...). (DRET art. 6.2b)
- “Cada Administración **deberá facilitar** el acceso de las restantes Administraciones Públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder y se encuentre en soporte electrónico, especificando las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios para acceder a dichos datos con las máximas garantías de seguridad, integridad y disponibilidad”. (Mecanisme previst per a poder fer efectiu el Dret esmentat) (Art. 9).

3. Aproximació general a la LAE: període d'adaptació

- “En el ámbito de las Comunidades Autónomas, los derechos reconocidos en el art. 6 de la presente Ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009
- ... siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

3. Aproximació general a la LAE: objecte

- **La LAE tiene por *objeto* reconocer el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos** y regular los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones públicas y en las relaciones de los ciudadanos con las mismas (art. 1).

4. El règim de les comunicacions electròniques

Art. 27.1

- “Los ciudadanos **podrán elegir en todo momento** la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos...”
- La opción de comunicarse por unos u otros medios **no vincula al ciudadano**, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido”

4. El règim de les comunicacions electròniques

PRINCIPI D'IGUALTAT: (ART. 4)

- “...con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos (...)
- ... sin perjuicio de las medidas dirigidas a **incentivar la utilización de los medios electrónicos**”

4. El règim de les comunicacions electròniques

IMPOSICIÓ DE MITJANS ELECTRÒNICS (ART. 27.6)

- “Reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando solo medios electrónicos, **cuando** los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios electrónicos.”

4. El règim de les comunicacions electròniques

ALTRES PREVISIONS D'INTERÈS

- “Los ciudadanos podrán elegir en todo momento la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos, **excepto** en aquellos casos en los que de una norma con rango de **Ley** se establezca o infiera la utilización de un medio no electrónico (27.1)
- Obligació d'Administració multicanal (8.1), dret a escollir el canal (6.2.a) i ppi. d'accessibilitat (4.c)
- Principi d'utilització preferent dels mitjans electrònics en les comunicacions entre Administracions (27.7)

5. Elements del règim jurídic de l'Administració electrònica

– Seu electrònica (art. 10)

1. La sede electrónica es aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias.
2. El establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma.

5. Elements del règim jurídic de l'Administració electrònica

- Cada Administració determina la creació de les seves seues electròniques, d'acord amb els principis de la Llei
- Cal garantir la identificació del titular i els mitjans disponibles per a la formulació de queixes i suggeriments
- Les seues electròniques han de permetre l'establiment de comunicacions segures
- La publicació dels diaris oficials en les seues tindrà caràcter oficial i autèntic
- Permet prestar el servei de taulell d'anuncis o edictes electrònic (art. 12)
- Desenvolupament: Decret 56/2009 (arts. 23 i seg.)

5. Elements del règim jurídic de l'Administració electrònica

Ús de les llengües oficials:

1. Se garantizará el uso de las lenguas oficiales del Estado en la relaciones por medios electrónicos de los ciudadanos con las Administraciones públicas...
2. A estos efectos, las sedes electrónicas cuyo titular tenga competencia sobre territorios con régimen de cooficialidad lingüística posibilitarán el acceso a sus contenidos y servicios en las lenguas correspondientes.

5. Elements del règim jurídic de l'Administració electrònica

– Seguretat, identificació, autenticació

- Dret dels ciutadans a obtenir sistemes de firma electrònica i a emprar l'e-DNI
- Existència i admissió de sistemes diversos
- Firma electrònica del personal i e-DNI
- Identificació i autenticació dels ciutadans per funcionari públic
- Sistemes electrònics d'acreditació de la representació

5. Elements del règim jurídic de l'Administració electrònica

– Registres telemàtics

- La Llei obliga a crear-los (ap. 1 i 3), mitjançant la corresponent norma o disposició
- Han de permetre la presentació de sol·licituds, escrits i comunicacions tots els dies de l'any durant les 24 hores
- Han d'emetre automàticament un rebut (còpia autenticada, amb data, hora i número d'entrada)
- Poden admetre documents electrònics normalitzats i altres escrits adreçats a l'Administració titular
- Per conveni es pot establir un sistema interregistral electrònic

5. Elements del règim jurídic de l'Administració electrònica

- **Notificacions electròniques**
- **Avantatges**
 - Sempre trobem al ciutadà
 - No cal recórrer a la publicació per edictes o en BO
- Requisit: consentiment o tramitació electrònica obligatòria
- El sistema ha de permetre acreditar data, hora i accés
- Problema: manca d'accés al contingut (art. 28.3 → rebutjada)

5. Elements del règim jurídic de l'Administració electrònica

– Procediment i expedient electrònic

- Conjunt de documents electrònics corresponents a un procediment administratiu
 - Cal que estigui foliat i indexat, amb un índex electrònic firmat per l'Administració
 - Desmaterialització
 - Sistema d'accés de la persona interessada (art. 37)
 - Àmplies possibilitats d'emissió, transformació i arxiu dels documents i les còpies electròniques
- Problemàtica de l'arxiu

5. Elements del règim jurídic de l'Administració electrònica

- Procediment i expedient electrònic

- Redisseny funcional i simplificació
- Iniciació
 - Sistemes o models normalitzats sol·licitud
 - Aportació de còpies digitalitzades d'originals
- Instrucció
 - Garantia control temps i termini, identificació..
 - Serveis electrònics d'accés restringit estat tramitació
- Acabament
 - Actuació administrativa automatitzada
 - Adopció i notificació de resolucions / Requisits

6. Cooperació interadministrativa: com a premisa de l'e-Administració

- **Necessitat ineludible**
 - Drets dels ciutadans
- **Intensitat desconeguda**
 - Sistema de relació
 - Formes institucionals
- **Riscos democràtics evidents**
 - Dilució de responsabilitats
 - Autogovern i autonomia institucional

6. Cooperació interadministrativa: abast principis i mecanismes

- Interoperabilitat
- Comitè Sectorial d'Administració electrònica (dins CSAP)
- ENI i ENS
- Esquema Nacional de Seguridad
- Red de Comunicaciones de las AAPP
- Red integrada de atención al ciudadano
- Reutilització d'aplicacions i transferència de tecnologia

7. Conclusions

1. Marc legal de l'Administració electrònica
2. Obligacions nombroses i rellevants
3. Vinculació progressiva
4. Necessària concurrència d'altres factors
5. Fort impacte en el sistema d'Adm. Públ.
6. De l'Administració al govern electrònic

7. Conclusions: obligacions

1. Respectar els drets reconeguts als ciutadans
2. Dotar-se dels instruments normatius i tècnics
3. Redissenyar i simplificar els procediments
4. Cooperar amb la resta d'Administracions
5. Invertir en tecnologia, formació i sensibilització

GRÀCIES



REFLEXIONS SOBRE LA TRESORERIA DE LES ENTITATS MUNICIPALS EN LA SITUACIÓ ECONÒMICA ACTUAL

Josep Abella Albiñana

Tresorer de la Diputació de Barcelona

En els moments actuals, parlar de la Tresoreria de les entitats locals és inevitablement parlar d'una situació difícil, segurament com la de la majoria de persones tant físiques com jurídiques en el nostre país. Per tant no estarem parlant d'una situació específica o excepcional de les entitats locals.

La crisi econòmica d'aquests dos darrers anys ha tingut un impacte important sobre les finances públiques i molt especialment sobre les locals.

No pretenc en aquesta xerrada aprofundir en el perquè de les causes de la crisi econòmica, però si em referiré breument als motius de l'elevat efecte de la mateixa sobre les finances municipals i locals en general.

En qualsevol crisi econòmica, es produeix una reducció de l'activitat econòmica, que provoca inevitablement una minoració en les ingressos fiscals de les administracions públiques i una tendència a incrementar la despesa, especialment en els apartats més socials de la mateixa, per suavitzar l'impacte de la crisi en les capes socials més desfavorides. Aquestes actuacions porten inevitablement a un increment del dèficit públic i a una dificultat d'aquestes administracions per fer front a les seves obligacions en el moment de fer els pagaments.

En el cas de les administracions locals, la reducció dels ingressos ha tingut un nivell molt elevat, atès que la crisi ha afectat de manera molt especial al sector de la construcció, sector que aporta una part important dels recursos tributaris dels ajuntaments. No és cap descobriment, senyalar que la reducció en la recaptació de l'impost sobre obres, construccions i instal·lacions o sobre l'increment de valor dels terrenys de naturalesa urbana (plusvàlua) ha sigut molt elevada, sobretot si tenim en compte que en els darrers anys de creixement econòmic, aquestes figures havien esdevingut els principals motors dels increments dels ingressos municipals fins a xifres insospitades.

L'impacte brutal de la caiguda dels impostos esmentats va tenir lloc a finals del 2008 i durant tot el 2009. Les finances municipals es varen veure seriosament afectades, però varen poder sobreviure millor o pitjor gràcies a que les aportacions de l'Estat es varen mantenir i en alguns casos incrementar, degut sobretot a les liquidacions d'anys anteriors que eren substancialment positives. Aquesta situació desgraciadament no es produirà al llarg del 2010, on veurem unes aportacions estatals menors i unes liquidacions negatives, que s'hauran de retornar més tard o més d'hora.

Per l'altra cantó les administracions han considerat necessari augmentar la seva despesa, tant la corrent sobretot la destinada a finalitats socials, com la d'inversió orientada a minorar l'impacte de la crisi sobre l'ocupació. En definitiva, que s'ha optat per un manteniment o un petit increment en la despesa pública.

No s'escapa a ningú, que menys ingressos i la mateixa despesa significa necessàriament un increment del dèficit públic. L'Administració Estatal i les autonòmiques disposen

d'instruments legals suficients per fer front, amb més o menys dificultats a aquest dèficit, però què passa amb les entitats locals?

Les entitats locals, d'acord amb el que estableixen la Llei d'Estabilitat Pressupostària i la Llei d'Hisendes Locals, no poden tenir dèficit, i si en tenen han de prendre mesures immediates per eliminar-lo a curt termini.

Les dificultats econòmiques esmentades anteriorment tenen un reflex directe en el pressupost de les administracions locals. Els pressupostos locals han d'aprovar-se equilibrats i això només es pot aconseguir amb unes previsions realistes. Si aquestes no es produeixen, al final de l'exercici tindrem un romanent de tresoreria negatiu; i aquesta és la situació en la que es troben bona part de les entitats locals catalanes i espanyoles.

Com afecta tota aquesta situació econòmica a la nostra Tresoreria?

Moltes vegades els ciutadans, els polítics i molts tècnics que treballen a l'administració pública, obliden que la Tresoreria és una part més de l'engranatge econòmic de l'administració i que no és aliena a la problemàtica general d'aquesta.

La Tresoreria és el darrer esglaó de l'escala de la gestió econòmica d'una administració pública, i no té un funcionament al marge de l'execució del pressupost.

Les dificultats per executar de manera equilibrada un pressupost (que les despeses previstes no es superin i que es realitzin les previsions d'ingressos) tenen una repercussió directa en la tresoreria.

En condicions "normals", sense dificultats econòmiques especials, la gestió de la Tresoreria es centra en mantenir uns fluxes de diners que garantitzin els pagaments a realitzar en els terminis legalment establerts.

Malgrat que no existeix una norma concreta que estableixi amb caràcter general un termini de pagament per les administracions públiques, la Llei de contractes de les administracions públiques estableix un termini de 60 dies per fer front als pagaments derivats dels contractes. Cal doncs entendre aquest termini com un termini general aplicable a tots els deutes econòmics que no tinguin per la seva naturalesa una previsió de pagament diferent (per exemple, les nòmines dels treballadors).

En la situació econòmica actual, les dificultats per complir les previsions pressupostàries, tant des del punt de vista dels ingressos com de les despeses suposa, a la pràctica, que no es disposin dels fons necessaris per pagar tots els deutes de les administracions i aquestes entrin en retards a l'hora de fer front a les seves obligacions. La Tresoreria entra en crisi. Què podem fer?

Lamentablement, no existeix cap solució màgica que ens pugui treure d'aquesta situació. Com he comentat anteriorment la Tresoreria és un esglaó més de l'escala i no permet arreglar els problemes que venen donats d'altres esglaons anteriors.

En època de crisi la millor política que podem aplicar, des de la Tresoreria, és la d'executar amb el màxim rigor possible les mesures i actuacions ordinàries.

Amb una voluntat de centrar-nos en el que podem fer, voldria esmentar quines són, al meu entendre, aquestes mesures i actuacions ordinàries de la Tresoreria:

- 1) Disposar d'informació actualitzada.
- 2) Planificar acuradament les disponibilitats monetàries.
- 3) Regular detalladament els procediments relacionats de Tresoreria.
- 4) Negociar contínuament amb les entitats financeres.

1) En primer lloc, disposar d'una informació dels fons líquids disponibles totalment actualitzada.

Això suposa rebre puntualment cada dia la informació dels moviments dels saldos existents en les entitats financeres i en les caixes de que disposi l'entitat.

Els mitjans electrònics disponibles avui en dia, fan del tot inexcusable que diàriament puguem accedir a la informació financera de les nostres entitats col·laboradores de manera que puguem saber les operacions que han tingut els nostres comptes i quina és la situació en tot moment (al final del dia anterior).

Si no tenim aquesta informació actualitzada correm un elevat risc de realitzar operacions incorrectes o de no aprofitar i gestionar correctament i en tot moment les disponibilitats de fons que tinguem.

2) En segon lloc, disposar d'unes previsions a curt i mig termini que ens permetin actuar en temps i forma per intentar garantir els pagaments.

És del tot imprescindible disposar de previsions de tresoreria a curt termini (fins a finals de mes). Amb aquestes previsions podrem valorar els pagaments als que haurem de fer front i els cobraments previstos pel període, i en conseqüència, conèixer els marges d'actuació o necessitats de finançament que puguem tenir.

Les previsions a mig termini (dins de l'exercici pressupostari en curs) també són molt importants i necessàries. Preveure quan es produiran els ingressos fiscals, la disposició dels préstecs a concertar, el calendari de pagaments, etc. és una feina bàsica pel bon funcionament de la tresoreria.

Sense previsions no podrem garantir els pagaments, estarem continuament improvisant i els nostres problemes augmentaran amb la sensació de descontrol i amb l'estrès que generen les situacions que no dominem.

La concertació o no d'operacions d'endeutament a curt termini, i el moment de la concertació i disposició de les operacions d'endeutament a llarg termini han d'estar definides en les previsions de la nostra tresoreria.

3) Desenvolupar amb la màxima concreció possible la normativa reguladora de tot el referent a la tresoreria, tant pel que fa a la recaptació dels tributs (reglaments, procediments, ...), com als pagaments (terminis, mitjans, ...), com a la gestió interna dels mateixos (autoritzacions, signatures,).

Dins d'aquest apartat podem concretar algunes actuacions més:

- a) Recaptació. Si tenim la recaptació delegada en una entitat supramunicipal, ens centrarem en el calendari fiscal, que ha d'intentar adaptar-se millor a les nostres necessitats financeres. En tot cas és del tot aconsellable acollir-se al règim de bestretes que s'acostuma a oferir.
- b) Terminis i mitjans de pagament. Hem de recollir-los dins del nostre Pla de Disposició de Fons. És important establir els terminis general (60 dies) i les excepcions; la possibilitat de signar convenis amb proveïdors en el cas d'endarreriment en els pagaments; sistemes de pagament (transferència millor que xecs; evitar sistemes de confirming en èpoques de crisi).
- c) Revisar els nostres circuits administratius, intentant accelerar-los, veure com es recullen les signatures de les persones que autoritzen els pagaments i el temps que triguem, etc.

Hem de tenir molt present que en aquests moments, els controls externs, en mans de la Sindicatura de Comptes i del Tribunal de Cuentas, seran amb tota seguretat més

estrictes i hem d'intentar no només fer les coses bé, si no també salvar la responsabilitat de funcionaris i polítics a l'hora de treballar el dia a dia.

4) Gestionar les nostres relacions amb les entitats financeres, basant-se en les condicions econòmiques i no en altres aspectes.

Obtenir el millor tracte possible de les entitats financeres amb les que treballem ha de ser un objectiu clau per la tresoreria, centrant-nos en els serveis i el seu cost.

La concertació d'operacions de tresoreria a curt termini i les operacions de finançament a llarg termini han d'estar plantejades com operacions independents, al marge de la presència i col·laboració de les entitats financeres en el municipi.

Si desenvolupen al màxim tots aquests apartats no aconseguirem tenir més diners, però si gestionar millor els que tinguem i d'un manera més còmode per tots, funcionaris i proveïdors.

5^a

sessió

12/02/10

L'aplicació de la Llei de contractes, en especial en les empreses i entitats dependents de les administracions locals, públiques i privades

José María Gimeno Feliu, professor titular de Dret Administratiu de la Universitat de Saragossa.

El dret administratiu de la informació i la transformació del procediment administratiu

Javier Barnés Vázquez, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Huelva.

La potestat sancionadora en les entitats locals després de les sentències de la secció cinquena del Contenciós Administratiu del TSJ referents a l'ordenança de civisme de l'Ajuntament de Barcelona

Rafael Jiménez Asensio, professor de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra

El desenvolupament reglamentari de la Llei de Sòl

Dolores Aguado Fernández, subdirectora general de Política de Sòl de la Direcció General de Sòl i Polítiques Urbanes del Ministerio d'Habitatge

LA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS, EN ESPECIAL EN LAS EMPRESAS Y ENTIDADES DEPENDIENTES DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES, PÚBLICAS Y PRIVADAS

Jose Maria Gimeno Feliu

ACR. Catedrático de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho de Zaragoza

gimenof@unizar.es

La impotencia económica y social del mercado de los contratos públicos ha justificado la nueva regulación comunitaria de la contratación pública a través de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo¹. Esta nueva Directiva pretende, en palabras de sus Considerandos²:

“responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales.... contenidos en el Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. *No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública*” (cursiva nuestra)³.

¹ Con más detalle me remito a mi estudio La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma), Civitas, Madrid, 2006.

² En cuanto a los umbrales recuérdese que desde el 1 de febrero son de aplicación los previstos en el Reglamento (CE) núm. 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos. Asimismo, mediante Reglamento 1564/2005, y Directiva 2005/51/CE, de la Comisión, de 7 de septiembre, se establecen los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el marco de las Directivas 17 y 18 de 2004.

³ Los contratos públicos, al margen del umbral –insistimos en esta importante idea– están sometidos a ciertos principios que tienen vis expansiva, incluso a los contratos públicos excluidos, como acaba de poner de relieve la Sentencia TJCE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen GMBH) al afirmar que los artículos 43 CE y 49 TCE, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma. Y es que los principios

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos debe, en todo caso, respetar los principios comunitarios referidos no existiendo, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos contenidos en la Directiva que deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado. En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya BAÑO LEON, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados⁴. Esta afirmación queda avalada por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006). Y así lo corrobora la reciente STJCE de 14 de junio de 2007 (*Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio*) al afirmar que en los contratos que no alcanzan el umbral comunitario:

“efectivamente, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha calificado al Venizeleio-Pananeio de «entidad adjudicadora». Esta calificación también la admite el Gobierno griego, el cual declaró en la vista que dicho hospital es un organismo de Derecho público asimilado al Estado. Ahora bien, en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de éstas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61; auto *Vestergaard*, antes citado, apartados 20 y 21; sentencias de 21 de julio de 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48)”.

Así las cosas, la necesaria y preceptiva trasposición de la norma comunitaria se ha efectuado en el Reino de España mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP) vencido con creces el plazo para la misma (1 de febrero de 2006)⁵. Legislación que, como se explica en la Exposición de Motivos, pretende fundamentarse directamente en el Derecho comunitario de la contratación pública y anteponer a todos los demás objetivos el de asegurar la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada⁶. Y así resulta paradigmático de esta

sobre los que se basa la actual regulación comunitaria de los contratos públicos, guardan relación directa con las libertades fundamentales, presentando dos características: una primera, la de informar la normativa comunitaria y constituir instrumento básico de interpretación; la segunda, actuar como poder integrador ante lagunas del ordenamiento jurídico. Y aquí debe tenerse muy en cuenta el destacado papel que en este punto debe desempeñar el TJCE, destinado a ser motor, a través de su jurisprudencia, de la auténtica consecución e implantación de los principios recogidos en la normativa sobre contratación pública. Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003. Más recientemente puede consultarse el libro de J.A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

⁴ Y es que, como bien afirma este autor no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

⁵ Vid José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA. Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, Repertorio de Jurisprudencia núm. 4/2008, Editorial Aranzadi, Pamplona, mayo 2008.

⁶ Véase al respecto, MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 93 y ss.

voluntad lo declarado en el artículo 1 LCSP al fijar como objetivos “asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”⁷. La Ley realiza, como advierte ya en su Exposición de Motivos, una decidida apuesta por renovar la filosofía de la regulación de los contratos públicos y tiene por objetivo adecuarse al marco normativo. A tal fin abandona como eje de la norma la figura del contrato administrativo, extiende su ámbito de aplicación al sector público (distinguiendo entre contratos armonizados y no armonizados, en función del umbral de aplicación de la Directiva 2004/18), regula nuevos procedimientos e incorpora los medios y procedimientos electrónicos. Ciertamente hay una reflexión importante sobre la dirección de la nueva reforma y una decisión de alterar las tradicionales formas de actuación en la contratación pública⁸. Y ello justifica y explica la nueva y diversa estructura de la LCSP⁹.

Como principal novedad nos encontramos la ampliación del ámbito de aplicación alcanzando ahora plenamente a cualquier ente instrumental de las Administraciones Públicas que tenga la consideración de poder adjudicador (art. 3.3 LCSP) con lo que se pretende reconducir la patológica “fuga” del derecho público de los entes instrumentales¹⁰.

Y para tal determinación de quien merece la consideración de poder adjudicador debe estarse al concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, y que se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, principalmente, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2005, apartado 27). En este contexto descrito debe entenderse la STJCE de 15 de mayo de 2003 y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005, por la que se condena al Reino de España por incumplimiento en materia de

⁷ Principios que, obviamente, prevalecen en la aplicación normativa de esta Ley. Vid, entre otros, HUERGA LORA, A., “El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario”, REDA nº 126, 2005, p. 234.

⁸ Sobre la filosofía y justificación de la LCSP me remito al trabajo de B. PEREZ CRESPO “Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público” en libro col. (Dir. J.A. MORENO MOLINA) *La Ley de Contratos del Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.

⁹ La LCSP está integrada por un Título Preliminar (disposiciones generales) y cinco Libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de estos contratos, la selección del contratista y la adjudicación de los contratos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y la organización administrativa para la gestión de la contratación. Dos son las notas destacables de esta nueva estructura: en primer lugar, se justifica en la opción por la identificación de las normas derivadas del Derecho comunitario y la modulación del régimen jurídico en razón de distintos sujetos del sector público contratantes como pone de manifiesto la estructura de los Libros II y III, que a su vez se subdividen en Títulos o Capítulos diferentes, uno para las Administraciones públicas y otro para otros contratos (con distinción dentro de éstos, de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas y de los poderes y de otros entes, organismos y entidades del sector público). Más aún, el Libro IV sobre la ejecución del contrato, se refiere exclusivamente a los contratos administrativos, que tienen como inexcusable condición subjetiva que «siempre que se celebren por una Administración pública» (inciso inicial del art. 19.1 LCSP). Y, en segundo lugar, la estructuración de los libros pretende seguir el «iter» contractual o hilo de desarrollo de los contratos, esto es, las sucesivas fases de condiciones generales (Libro I), preparación (Libro II), adjudicación (Libro IV) y ejecución del contrato (Libro IV). M. GUINOT BARONA considera a esta estructura un inconveniente u obstáculo, pues la dispersión del régimen jurídico de cada contrato dificulta el manejo de la Ley. «La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», Actualidad Administrativa, núm. 2, 2008, p. 122

¹⁰ Vid. mi trabajo “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”, RAP 176, 2008, pp. 9-54. Igualmente, sobre el ámbito subjetivo de la LCSP resulta de interés el trabajo de C. CHINCHILLA MARIN “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas”, Revista Vasca de Administración Pública, núm. 79, 2008, pp. págs. 41-69 y el de L. PAREJO ALFONSO, “El ámbito de aplicación de la Ley de contratación del sector público”, en libro col. Estudios Sobre la Ley de Contratos del Sector Público, Fundación, Democracia y Gobierno Local/ Institución Fernando el Católico, Barcelona, 2009, pp. 37-62.

contratación al afirmar que "no cabe interpretar el concepto de «organismo de Derecho público» utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665". Así, puede afirmarse que en los distintos y variados supuestos de descentralización funcional mediante la creación de entes instrumentales la naturaleza de poder adjudicador dependerá, al margen de su personificación jurídica o privada (indiferente a estos efectos), de las notas de control público y de la satisfacción de una actividad de interés general (aunque ésta sea de carácter industrial o comercial, siendo determinante a tal efecto la asunción de riesgo empresarial), sin que tenga por que existir necesariamente monopolio. Sólo cuando el ente contratante realmente se comporte como un auténtico agente económico (desprovisto de funciones administrativas), en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público, será legítima -incluso necesaria- la decisión de adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho privado, caracterizadas principalmente por su flexibilidad, lo que justificaría la inaplicación de las reglas de la contratación pública¹¹. Así debe interpretarse el complejo y confuso artículo 3 LCSP¹².

Como consecuencia final, los entes del sector público que no sean poder adjudicador conforme al concepto comunitario –ciertas empresas públicas o fundaciones, por ejemplo-, están sujetos también a la Ley pero conforme a las prescripciones del artículo 176 LCSP.

Se establece, por tanto, un sistema diseñado sobre los conceptos poder adjudicador, Administración pública y sector público, del que se deduce, por lo demás un abandono de la categoría del contrato administrativo como referente de esta regulación. Y esto es así en tanto los poderes adjudicadores que no son Administración pública se someterán a las reglas del derecho privado en todo lo relativo al régimen jurídico del contrato, de tal manera que aquí no se aplican las prerrogativas administrativas que sí son inherentes a todo contrato administrativo.

Pero lo más grave de todo este complejo entramado –y que parece un tanto oculto- es la consecuencia que se deriva de que en los contratos no armonizados (no sujetos al umbral fijado por la normativa comunitaria) a quienes no son Administración Pública se les exceptiona de las previsiones de la Ley (a modo de deslegalización) y se determina –artículo 175 LCSP- que los mismos aprobarán manuales de instrucción que den plasmación, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (nada dice de las prohibiciones de contratar, aunque de la coherencia sistemática de la Ley así se desprende)¹³. Se deberán regular los procedimientos de contratación de forma que quede

¹¹ Sobre esta cuestión resulta de interés la Circular interpretativa 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

¹² Vid. SOSA WAGNER quien afirma que en la LCSP "Describe el legislador el ámbito subjetivo, agrupando en tres círculos concéntricos las personificaciones jurídicas afectadas. El círculo más pequeño, el núcleo esencial, es la enumeración «a los efectos de la Ley» de las Administraciones públicas; engloba este primer círculo y añade nuevos organismos el segundo, que se refiere a «los poderes adjudicadores», para, en último lugar, relacionar todas las Administraciones, instituciones, sociedades y entes que integran el sector público. La descripción resulta aparentemente muy elemental; sin embargo, su exégesis no está exenta de dudas. Es más, al tratar el legislador de mantenerla en todo su discurso, ha introducido un pie forzado que resquebraja tradicionales conquistas del régimen de protección del interés público". La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago, Actualidad Jurídica Aranzadi 743, 17 de enero de 2008. Sobre esta cuestión resulta de interés la Circular interpretativa 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

¹³ Para los contratos armonizados se aplicarán los procedimientos y reglas generales previstas en la Ley con las excepciones a que se refiere el artículo 174 LCSP: «No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, en los apartados 1 y 2 del artículo 136 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 140 sobre formalización de los contratos, en el artículo 144 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 156 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

b) No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 126 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 138, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el Diario Oficial de la Unión Europea y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 309 o en el

garantizada la efectividad de los principios referidos asegurando que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa¹⁴. Aunque este precepto no lo previene explícitamente, la lógica –derivada de la dicción del artículo 43 LCSP- obliga a entender que serán también de aplicación las previsiones relativas a capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar, objeto y precio del contrato, así como las normas de fiscalización interna y externa –a través de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa competente y del Tribunal de Cuentas- y las relativas al Registro de Contratos del Sector Público (308 LCSP).

En todo caso, estos Manuales deberán atender a conseguir los objetivos recogidos en el artículo 1 LCSP¹⁵. Estas instrucciones deberán ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad (perfil que deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 42 LCSP)¹⁶. Ciertamente, parece avance frente a la situación actual pues se reconoce ya que por debajo del umbral juegan los referidos principios, pero la puesta en funcionamiento puede contribuir a potenciar el efecto contrario.

Y es que esta “deslegalización procedimental” parece peligrosa pues pueden proliferar distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que pueden ser una barrera de entrada para nuevos operadores económicos, introduciendo, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica que pueden conducir a la postre a una fragmentación del mercado potenciando la compra del “cercano” e impidiendo el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala¹⁷. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto la actividad contractual realizada por los entes instrumentales no es modo alguno residual tanto por el número de entes existentes en la actualidad como por el volumen de los contratos que realizan¹⁸.

Hubiera sido mejor introducir flexibilización (concursos simplificados, documentación sólo exigible al adjudicatario propuesto, etc.) pero uniforme para todos estos supuestos de descentralización funcional. Se abre, por tanto, un portillo peligroso que puede derivar en la inaplicación de hecho de la LCSP mediante la configuración, por ejemplo, de entes de derecho público que, conservando prerrogativas públicas se dotarán de un régimen “ad hoc” por debajo del umbral comunitario. Lo que, previsiblemente en la Administración local, sucederá en muchas ocasiones. A esto debe sumarse el hecho de que estas Instrucciones se publican en los específicos perfiles de contratantes, y es tal el número (de varios miles) que se dificulta –si no impide- a los licitadores tener una visión de conjunto cercenando el principio de concurrencia¹⁹.

sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario».

¹⁴ Adviértase que este régimen general encuentra excepciones con normas específicas en las Disposiciones Adicionales vigésima quinta, vigésima octava y trigésima:

¹⁵ Sobre el contenido de estas disposiciones puede consultarse a PEÑA OCHOA, A., La contratación administrativa de los entes que no tienen la consideración de Administración pública”, en libro col. Estudios Sobre la Ley de Contratos del Sector Público, Fundación, Democracia y Gobierno Local/ Institución Fernando el Católico, Barcelona, 2009, pp. 130 a 136.

¹⁶ Vid. Recomendación 1/2008, de 10 junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a “preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores del sector público aragonés que no son Administración Pública en contratos no sujetos a regulación armonizada”.

¹⁷ Se suscita una duda adicional. ¿cuál es la naturaleza jurídica de estas Instrucciones que no provienen, a los efectos de esta LCSP, de Administraciones Públicas y quién puede controlar su contenido?. En el caso de Entidades Públicas Empresariales bien podría defenderse que aquí son Administración pública y su control correspondería la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no resulta tan fácil extender esta conclusión con empresas públicas, fundaciones o Mutuas.

¹⁸ Lo documenta muy bien A. PEÑA OCHOA, “La contratación administrativa de los entes que no tienen la consideración de Administración pública”, en libro col. Estudios Sobre la Ley de Contratos del Sector Público, Fundación, Democracia y Gobierno Local/ Institución Fernando el Católico, Barcelona, 2009 p. 121.

¹⁹ Entendemos que debería existir una “ventanilla única de contratación” donde el licitador pudiera recibir información de todas las Administraciones públicas y presentarse a las correspondientes licitaciones (posibilidad normativa que recoge la Ley Navarra de Contratos públicos 6/2006, o la reciente Plataforma de servicios de contratación pública de Cataluña creada mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de julio de 2007).

Además, y este dato es relevante, en tanto son contratos privados en concordancia con el artículo 21.2 de la LCSP –que residencia en el orden civil también los actos de preparación y adjudicación de estos contratos de entes que NO son Administración pública nos lleva a la paradoja de que la preparación y adjudicación de estos contratos se residencien en la jurisdicción civil en tanto formalmente no son actos administrativos, lo que supone resucitar, en definitiva, la problemática de la dualidad de jurisdicciones generando una innecesaria inseguridad jurídica²⁰. A lo que se añade la indeterminación del plazo al no existir previsión al respecto en la LEC 2000.

El contenido mínimo de estos Manuales de Instrucción –cuestión sobre la que guarda silencio la LCSP- deberá indicar la entidad de que provienen (y su consideración de no Administración Pública) y el alcance material de las mismas que será exclusivamente para contratos NO armonizados. En todo caso, por imperativo legal, NO podrán incluir contratos de gestión de servicios públicos ni de colaboración pública y privada en tanto son contratos que, por imperativo legal, sólo pueden realizar las Administraciones Públicas.

Los aspectos a regular en las Instrucciones, evitando incorporar previsiones ya existentes en la LCSP, sería el siguiente²¹:

A) Designación de la unidad u órgano responsable de la adjudicación del contrato. Son de aplicación las previsiones del artículo 291, apartados 2, 4, y 6 de la LCSP. Obviamente, es ésta una cuestión organizativa por lo que resulta posible determinar que unidades u órganos son

²⁰ “El recurso especial en la LCSP ¿adecuación a su finalidad?”, Documentación Administrativa núm. 274, 2006 (publicación en 2008), pp. 402-403.

²¹ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña aclara el régimen aplicable a sociedades públicas mediante Informe 4/2008, de 7 de julio: “El régimen contractual de los entes, organismos y entidades que tienen la consideración de poderes adjudicadores, pero que no son administraciones públicas a efectos de la LCSP, se caracteriza, a grandes rasgos, por lo siguiente:

En relación con las normas contenidas en el libro I de la LCSP, relativo a la “*configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos*”, hay que destacar la exigencia de clasificación empresarial potestativa; la posibilidad de utilizar medios acreditativos de la solvencia diferentes de los generales en contratos no sujetos a regulación armonizada; la flexibilidad en la aplicación de las normas sobre revisión de precio del contrato; la posibilidad de someter a arbitraje la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren; la inaplicabilidad del régimen público de invalidez y revisión de los actos; y la exigencia de garantías -provisional y definitiva- con carácter potestativo.

Con respecto a las normas contenidas en el libro II de la LCSP, relativo a la “*preparación de los contratos*”, se prevé una flexibilización de las normas sobre el establecimiento de prescripciones técnicas de los contratos no armonizados.

En relación con las normas sobre “*Selección del contratista y adjudicación de los contratos*”, contenidas en el libro III de la LCSP, hay que destacar que el capítulo II del título I de este libro establece, específicamente y entre otras, las “*normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de administraciones públicas*” (artículos 173 a 175 de la LCSP).

En resumidas cuentas, estos preceptos prevén, para la adjudicación de contratos armonizados por parte de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administraciones públicas a efectos de la LCSP, la aplicación de las reglas generales con las adaptaciones siguientes: no obligatoriedad de publicación de la licitación y de la adjudicación en diarios oficiales nacionales, siendo suficiente con la publicación en el DOUE y en Internet; inaplicación de las reglas del comité de expertos, de las reglas sobre bajas temerarias y de las reglas sobre formalización de los contratos; inaplicación del procedimiento de examen de proposiciones y posterior propuesta de adjudicación; y inaplicación del catálogo de causas de utilización del procedimiento negociado en contratos de gestión de servicios públicos.

Por otra parte, para la adjudicación de contratos no armonizados por parte de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administraciones públicas a efectos de la LCSP, se prevé el sometimiento de la adjudicación a los principios de transparencia, publicidad, concurrencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación; la obligatoriedad de que el contrato se adjudique a quien presente la oferta económicamente más ventajosa; y la necesidad de elaborar unas instrucciones internas de contratación que tendrán que regular los procedimientos de adjudicación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios antes mencionados y que el contrato se adjudique a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones tienen que ponerse a disposición de todas las personas interesadas en participar en los procedimientos que regulan y se tienen que publicar en el perfil de contratante de la entidad.

Por último, el título IV de la LCSP, donde se prevén las normas relativas a los “*efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*”, no resulta de aplicación a los contratos celebrados por entes, organismos y entidades que tienen la consideración de poderes adjudicadores pero que no son administraciones públicas a efectos de la LCSP. Estos contratos se registrarán, con respecto a sus efectos, cumplimiento y extinción, por el derecho privado.

competentes para tramitarlos y resolverlos, según el tipo de contrato y/o su cuantía. Si se opta por el establecimiento de Mesa de contratación, su composición genérica ha de concretarse en las propias Instrucciones, como garantía del principio de transparencia.

B) Condiciones de aptitud del licitador: son aplicables a estas entidades las normas generales sobre capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar de la LCSP que se refieran al “sector público”. Cabe recordar que la exigencia de clasificación es potestativa (artículo 54.5), que se admiten medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en la LCSP (artículo 63.2), y que no son de aplicación los artículos 69 y 70 de la LCSP. En todo caso debe tenerse en cuenta que sí es de obligado la previsión del artículo 52 LCSP (subcontratación como parámetros de solvencia). Sería recomendable NO exigir la documentación relativa a solvencia y sustituirla por una declaración responsable debiendo exclusivamente el licitador en quién recaiga la adjudicación provisional aportar la documentación exigida.

C) Procedimientos de adjudicación: De acuerdo con el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón contenido en la Circular Interpretativa 1/2008, de 3 de marzo, la aplicación de los “principios” a que están sometidas estas entidades no equivale a la aplicación de los “preceptos” de la LCSP. En consecuencia, las Instrucciones que éstas aprueben podrán recoger, en materia de procedimientos de adjudicación, el régimen que estimen conveniente, siempre que se garanticen los principios que enumeran los artículos 175.a) y que la adjudicación recaiga en la oferta económicamente más ventajosa (siendo de aplicación el 134 LCSP). En este punto la LCSP deslegaliza el procedimiento y permite un diseño a la carta en el que el procedimiento negociado podría ser ordinario aunque podría optarse por que coincidan con los umbrales previstos en la LCSP.

El diseño de nuevos procedimientos debería evitar la utilización de la terminología con la que la LCSP se refiere a los distintos procedimientos de adjudicación (abierto, restringido, negociado, diálogo competitivo ya acuerdo marco) con el fin de evitar confusiones innecesarias e inseguridad jurídica. Es recomendable optar por denominaciones distintas que no susciten dudas de reglas de aplica (por ejemplo, procedimiento simplificado, concurso simplificado, adjudicación a mejor precio...).

D) Se han de concretar de forma clara y precisa los plazos máximos de cada una de las fases del procedimiento (plazo de presentación de ofertas, de subsanación de la documentación, de valoración y elevación de la propuesta de adjudicación, plazo máximo para la adjudicación...). Debe indicarse si el cómputo de días es en días hábiles o naturales.

E) Garantía de adecuada publicidad. El artículo 175.c) sólo alude, en los contratos no armonizados de cuantía superior a 50.000 euros que celebren esas entidades, a la necesidad de publicar “información relativa a la licitación”. NO aclarara que tipo de publicidad pero es aconsejable que se utilice el perfil de contratante como sistema de publicidad. Cualquiera que sea el medio de publicidad por el que se opte en las Instrucciones Internas, éste habrá de informar, al menos, de aquellos datos esenciales que permitan conocer la existencia de la licitación proyectada y su contenido mínimo, en concreto: 1) la identificación de la entidad contratante; 2) el objeto del contrato: tipo y cuantía; 3) la indicación del tiempo o momento en el que tendrá lugar la licitación, 4) criterios para determinación de la oferta económicamente más ventajosa (134 LCSP) y 5) indicación de una dirección a la que los interesados puedan dirigirse para recabar información adicional²².

F) Condiciones de ejecución Se podrán incluirá aspectos relativos a formalización, revisión de precios, penalidades contractuales, causas de modificación, resolución de conflictos mediante arbitraje.

²² Vid. Informe 4/2008, de 31 de julio, junta Consultiva Contratación Administrativa de Canarias sobre el cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia en la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada a celebrar por poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública.

G) Como consecuencia del carácter privado de los contratos señalar la competencia de la jurisdicción civil para conocer de los mismos (artículos 20 y 21.2 de la LCSP) o el sometimiento - de aceptarse por las partes- de los conflictos a arbitraje (de equidad o derecho).

Un aspecto positivo de la LCSP, que va más allá de lo que previene la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos (y conforme a lo previsto en la Comunicación interpretativa de la Comisión ya citada de 1 de agosto de 2006), es que introduce una previsión para los entes del sector público que no alcanzan la consideración de poder adjudicador obligando a los mismos a que apliquen unas reglas de transparencia y concurrencia que permitan adjudicar a la oferta económicamente más ventajosa. Esta previsión introduce un régimen más detallado que la previsión de la Disposición Adicional Sexta de la LCAP, en un intento de garantizar objetividad y eficiencia de fondos públicos. Una consecuencia muy destacada es que a estos entes del sector público (art. 3.1 LCSP) que no son poderes adjudicadores, no se les aplica la distinción entre los contratos que no son de umbral comunitario y los armonizados. Es decir, no se aplican las reglas de la LCSP sino que, como establece el artículo 176 LCSP se regularán sus contratos por manuales de instrucción que respetando los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación permitan adjudicar a la empresa que realice la oferta económicamente más ventajosa. Aunque este precepto no lo previene explícitamente, la lógica obliga a entender que serán también de aplicación las previsiones relativas a capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar (por artículo 43 LCSP). En todo caso, estos manuales deberán atender a conseguir los objetivos recogidos en el artículo 1 LCSP. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

Para finalizar, entre las novedades de la nueva regulación que afectan a los entes instrumentales debe hacerse una referencia a un tema de gran repercusión práctica es el referido a la técnica de los encargos a medios propios y sus límites concretos²³. Cuestión de indudable calado dentro de la tradicional figura de colaboración administrativa entre distintas Administraciones públicas. Situación habitual en el Derecho Administrativo que, como bien destaca SOSA WAGNER, se fundamenta en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación²⁴, resultando irrelevante el dato de al persoficicación jurídica, por cuanto es la falta de autonomía decisional de uno de los Entes respecto del otro, la razón que impediría la existencia de una auténtica relación contractual entre dichos Entes²⁵.

La solución a esta cuestión, debe abordarse, necesariamente, desde la óptica del derecho comunitario -rechazando las interpretaciones legales que llevaran a una solución contraria a normativa comunitaria-²⁶. La regulación actual, como comprobaremos, limita esta técnica de

²³ En la bibliografía más reciente puede consultarse el estudio de PERNAS GARCIA, Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos, Iustel, Madrid, 2008. También, REBOLLO PUIG, M., "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", RAP 161, 2003, pp. 359-393 y BERNAL BLAY, " Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra I TRLCAP", REDA 129, 2006, pp. 77-90, y GIMENO FELIU, J.M., "Problemas actuales de la Administración Municipal desde la perspectiva del Derecho Comunitario: incidencias en la organización administrativa de las normas de contratación pública, Revista Andaluza de Administración Pública núms. 71/72 de 2008, pp. 139-188.

²⁴ SOSA WAGNER, "El empleo de recursos propios por las Administraciones locales", en libro Hom. al prof. S. Martín-Retortillo, Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, 2003, p.1317.

²⁵ Como bien destaca A. HUERGO LORAS, "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones Públicas", RAP 154, 2001, p. 130. Técnica que, como bien explica este autor, en modo alguno, dentro de los límites y finalidad supone contravención al derecho de libertad de empresa que proclama nuestra Constitución (p. 154). Como señala AMOEDO SOUTO, la independencia derivada de la personalidad jurídica de los entes instrumentales pasa a un segundo plano, y cobra protagonismo en su configuración jurídica el rasgo funcional de su instrumentalidad administrativa, "El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas, RAP núm. 170, Mayo-Agosto 2006, pág. 264.

²⁶ Entre la doctrina, recientemente MEILÁN GIL ha señalado que la interpretación de las notas que justifican la excepción a la normativa sobre contratos públicas ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el

colaboración lo que obliga a repensar situaciones administrativas resueltas mediante la técnica convencional²⁷. La regulación de esta técnica –que se concreta en los requisitos de un control análogo (con participación íntegramente pública) y actividad mayoritaria en favor del ente matriz– descansa principalmente en la jurisprudencia del TJCE, quien analiza ya esta posibilidad en la sentencia de 10 de noviembre de 1998 (BFI), admitiéndose en jurisprudencia posterior (Teckal, de 18 de noviembre de 1999, “Arge” de 7 de diciembre de 2000, Stadt Halle), de 11 de enero de 2005, Parking Brixen de 13 de octubre de 2005, Coname, de 21 de julio de 2005, Carbotermo, de 11 de mayo de 2006, Tragsa, de 19 de abril de 2007, Augusta Spa, de 8 de abril de 2008, que los organismos públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las directivas, sin que ello implique, en principio, infracción del principio de igualdad de todos los licitadores: “el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE” (actualmente artículo 49, tras su modificación).

Estos requisitos se recogen en el artículo 4 LCSP aplicándose para todo los umbrales²⁸. En todo caso, la consideración de medio propio, además de cumplir con los requisitos exigidos por el TJCE ya referidos– debe recogerse de manera expresa en las normas reguladoras de estos entes instrumentales y el capital debe ser íntegramente público (artículo 21.4 LCSP)²⁹. Al respecto la opción intenta, a priori, ser conforme con la Directiva y la jurisprudencia del TJCE³⁰. Pero el objetivo no parece cumplirse en tanto los requisitos exigidos no coinciden con los exigidos por la jurisprudencia del TJCE (control análogo por el ente matriz y actividad mayoritaria para éste)³¹. Además, introduce las encomiendas o encargos cruzados entre Administraciones, lo que quebranta claramente la referida jurisprudencia del TJCE al no cumplirse en los encargos que pretendiera realizar ésta, los requisitos afirmados en la jurisprudencia comunitaria³².

En todo caso, la técnica del encargo a un ente considerado como medio propio debe ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación, esté comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva y de la LCSP. Lo que resulta también evidente es que el instrumento para realizar esta encomienda-encargo no es el convenio –por tener naturaleza jurídica distinta de carácter bilateral y no unilateral tal y como exige esta técnica– y que al misma es aplicable al margen del umbral de la prestación. Por ello, en tanto la relación jurídica no sea

objeto, por tanto, de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos, *La estructura de los contratos públicos*, Lustel, Madrid, 2008, pág. 116.

²⁷ J. L. MEILÁN GIL ha advertido, con acierto, que la interpretación de las notas que justifican la excepción a la normativa sobre contratos públicos ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el objeto, por tanto, de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos, *La estructura de los contratos públicos*, Lustel, Madrid, 2008, pág. 116.

²⁸ Como habíamos afirmado en nuestra monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española...*, ob. Cit., pp. 114-121. Y habían observado las Instrucciones núms 2 y 3 de la Abogacía del Estado de julio de 2005.

²⁹ La Junta consultiva de contratación administrativa del Estado, mediante Informe 65/07, de 29 de enero de 2009, vuelve a analizar la cuestión de la técnica de encargos a medios propios – ha expresado su opinión sobre aspectos relacionados con la cuestión planteada, así el informe 15/07, de 26 de marzo de 2007 y el Informe 21/08, de 28 de julio de 2008– declarando que una sociedad mercantil local puede tener la consideración de medio propio de un organismo autónomo de esa misma entidad local cuando se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 4.1, letra n), y 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁰ Vid. C. AMOEDO SOUTO, “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, RAP 170, 2006, pp. 290-294.

³¹ Vid. GIMENO FELIU, “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria”, Informe Comunidades Autónomas 2005, 2006, pp. 838-858. También REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, RAP 161, 2003, pp. 359-393 y BERNAL BLAY, “Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra I TRLCAP”, REDA 129, 2006, pp. 77-90.

³² Posición quer, por ejemplo, no comparta SOSA WAGNER, al considerar que TRAGSA puede ser medio propio de las Comunidades Autónomas (afirmación que se refleja en legislación autonómica: por ejemplo la Ley Canaria de 6 de julio de 2001). “El empleo de recursos propios por las Administraciones locales”, en libro Hom. al prof. S. Martín-Retortillo, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2003 pp. 1331-1339.

con la Administración "propietaria", teniendo esta relación carácter oneroso y típica (artículo 5 LCSP) resulta de obligada aplicación la LCSP en lo relativos a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario *sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como la nacional*³³.

Obviamente, como resultado de su función, los medios propios son poder adjudicador y se someten al LCSP. Tal decisión aparenta cumplir con el derecho comunitario pero tiene efectos importantes. Uno primero, y de gran calado es que –cuando el medio propio debe acceder al mercado para cumplir el encargo- varía el régimen jurídico del contrato desplazándose al derecho privado lo que en origen era derecho público. Uno segundo, que por debajo del umbral de aplicación de la Directiva de contratos públicos pueden acogerse a las previsiones del artículo 175 LCSP. Por aquí, privatización de gestión y escape de las normas de la LCSP, es por donde pueden surgir los principales problemas al permitir, de hecho, una inaplicación de las reglas contenidas en la LCSP. A esto se suma, como advierte AMOEDO SOUTO, la existencia de una cierta oscuridad que complica la viabilidad de la afirmación inicial (muy notoria si se examinan las previsiones del artículo 104 y 174 LCSP). Así, puede afirmarse que el sistema propuesto es manifiestamente mejorable³⁴.

De *lege ferenda*, con el objetivo de evitar una indeseada privatización del régimen jurídico, debería preverse que la utilización de esta técnica a través de medios propios que, por carecer de la necesaria estructura, deban acudir al mercado para cumplir el encargo recibido, no alterará ni el régimen jurídico que se derivaría del contrato al provenir de una Administración Pública (es decir, el régimen del contrato administrativo) ni la alteración del procedimiento y normas aplicables para ese contrato atendiendo a la consideración del ente que realiza el encargo y no del que lo recibe.

De lo expuesto se constata que, pese a la aparente intención de reconducir la situación anterior de "libre contratación", por los entes instrumentales, estamos en presencia de un sistema complejo y con ciertas contradicciones que puede plantear no pocas dudas interpretativas y cuya impresión sea semeja a la de un moderno caballo de Troya que, bajo un manto reluciente, incorpora en su interior los resortes que posibilitan una inaplicación de la LCSP y de sus principios, en una huida – quizá sin vuelta atrás- de las reglas del derecho público de la contratación pública.

Todo lo expuesto explica la visión negativa de esta Ley -una nueva ocasión perdida- pues el gran esfuerzo que varios de sus preceptos incorporan por modernizar el funcionamiento de las

³³ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21/08, de 28 de julio de 2008. «Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una Corporación y una empresa para la ejecución de una obra». ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una Entidad Local al no cumplir los requisitos exigidos por el artículo 4 n) y 24 LCSP ni la DA 30 LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las Administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA ha sido objeto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, apartado 50), a saber que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerce sobre la persona, que es distinta de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que tal persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. En la sentencia el Tribunal de Justicia declara la condición de medio propio de TRAGSA respecto de las aquellas Administraciones que son titulares de su capital al considerar que respecto de las mismas se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación. Asimismo advierte que al figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una Administración pública sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio.

³⁴ C. AMOEDO SOUTO, " El nuevo régimen..." ob. Cit., pp. 293-294. Como destaca este autor otras cuestiones permanecen abiertas y deberían ser abordadas en el LCSP : límites materiales a los encargos, régimen de publicidad a efectos de control y régimen de responsabilidad propiamente administrativa

Administraciones públicas serán estériles por inaplicación de hecho de sus reglas (amén de generar innecesaria inseguridad jurídica)³⁵.

³⁵ Elocuentes e irónicas son las palabras de SOSA WAGNER sobre este precepto: “si consideramos la Ley como un argumento teatral, no es extraño que nos hayamos acordado de la famosa opereta *El murciélago* de Johann Strauss (hijo), basada en un vodevil. Es conocido el argumento en el que los personajes representan otro papel en una fiesta organizada por el Príncipe Orlofsky: el protagonista Eisenstein, el de un marqués francés; su mujer, una princesa húngara; su doncella, una dama vienesa; el jefe de la cárcel, otro caballero francés... Incluso se desconoce la verdadera identidad del príncipe, de ahí que se interprete por una mujer. Pero es clara su máxima: que cada uno se divierta a su gusto (*chacun à son goût!*). Tal parece la Ley: las personificaciones jurídicas cambian de papel, de régimen jurídico, pues tradicionales organismos públicos hacen contratos de obras o suministros privados; a la vez que sociedades y fundaciones públicas son controladas por los tribunales contenciosos; y todo ello actuando con gran discrecionalidad, es decir, *chacun à son goût*. Claro que existen algunas diferencias. En lugar de la excepcional música leemos una penosa redacción y, sobre todo, en la opereta al final se descubre el enredo y el protagonista pide disculpas porque el champán tuvo la culpa (*Champagner hat's verschuldet*). Pero con esta Ley no podrán deshacerse tan fácilmente los enredos que origine. Únicamente, quizás el champán sea el germen de una nueva reforma...” La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago, Actualidad Jurídica Aranzadi 743, 17 de enero de 2008.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL GOBIERNO ELECTRONICO¹ (Líneas de tendencia y perspectivas de futuro más allá del Derecho Positivo)

Javier Barnés Vázquez

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Huelva

I. CUATRO PERCEPCIONES REDUCTORAS O ESTEREOTIPADAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL GOBIERNO ELECTRONICO	2
1. El gobierno electrónico se encuentra ya regulado.	2
2. La tecnología trae por sí misma -bajo el brazo- el cambio, la transformación: una nueva Administración.....	3
3. El procedimiento administrativo se agota en lo que la Ley 30/1992 o, en su versión electrónica, la Ley 11/2007, hayan establecido.	3
4. El procedimiento cumple una función adjetiva y sigue un modelo procesal.	4
II. EL PROCEDIMIENTO, PIEZA CLAVE DEL GOBIERNO ELECTRONICO. EL DESFASE HISTORICO DE LA LEGISLACION GENERAL DE PROCEDIMIENTO Y SU EFECTO NEGATIVO SOBRE EL DISEÑO DEL GOBIERNO ELECTRONICO	4
III. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORANEO. LA DISOLUCION DE TRES FRONTERAS TRADICIONALES Y SU IMPACTO SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO.....	6
1. Tres nuevos territorios que ha de colonizar el Derecho Administrativo	6
2. La emergencia de nuevas estrategias regulatorias	7
IV. LAS TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO. UNA RESPUESTA A LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	9
1. Primera generación: actos y decisiones singulares dictados por una Administración jerárquica.	9
2. Segunda generación: normas administrativas aprobadas por Administración jerárquica.....	9
3. Tercera generación: actos, normas y políticas públicas elaborados por medio de las nuevas formas de gobernanza colaborativa.	10
CUADRO 1: CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL Y DÉFICITS QUE PRESENTA	11
CUADRO 2: MODELO DE ADMINISTRACIÓN QUE SUBYACE A LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL*	13
CUADRO 3 : DE LA REGULACIÓN TRADICIONAL A LA GOBERNANZA	14
CUADRO 4. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS TRES GENERACIONES PROCEDIMIENTOS ...	15
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y DOCUMENTALES INTRODUCTORIAS	16

¹ Borrador – No apto para su publicación - No citar sin permiso del autor

La premisa de partida se sitúa en la íntima relación que guardan “gobierno electrónico” y “procedimiento administrativo”: el procedimiento constituye la infraestructura legal del gobierno electrónico².

Buena parte de las acciones y decisiones que la Administración emprende o adopta en este terreno se resuelven o expresan a través de normas de naturaleza procedimental en sentido amplio, esto es, de criterios que disciplinan las relaciones de las Administraciones entre sí y con los ciudadanos: reglas de obtención, tratamiento e intercambio de información, bien entre Administraciones y/o con el sector privado; protección de datos personales; identificación y autenticación; mecanismos de individuación de la participación de cada Administración; principios de actuación; prestación de servicios; adjudicación electrónica de contratos; técnicas de colaboración; participación interadministrativa; etc. La legislación ha ofrecido soluciones *sectoriales* (protección de datos, firma electrónica, etc.), en función de objetivos *específicos* (digitalización de determinados procesos; inclusión digital; etc.), y ha proyectado su aplicación sobre fases o períodos de *tiempo determinados*³. No basta, sin embargo, la mera adición o renovación de normas sobre procedimiento. Es necesario que la regulación se produzca a partir de un nuevo modelo de procedimiento más integrador y cooperativo⁴. Resulta obligado elevarse por encima del estado de la cuestión en el Derecho positivo para reflexionar acerca del punto en el que nos hallamos.

I. CUATRO PERCEPCIONES REDUCTORAS O ESTEREOTIPADAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL GOBIERNO ELECTRONICO

1. El gobierno electrónico se encuentra ya regulado.

La primera verdad a medias consiste en afirmar que la Administración electrónica está ya regulada o proyectada en documentos de la Unión Europea (v.gr., en la Estrategia de Lisboa) o en la legislación nacional (por ejemplo, en la Ley estatal 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos), cuando lo cierto es que esa regulación o proyección no es sino una respuesta inicial, fragmentada o parcial del gobierno electrónico. Se encuentra en una fase inicial porque se reduce a la prestación de determinados servicios en red o a la tramitación electrónica de ciertas actuaciones de procedimiento. Deja fuera de su consideración otros muchos servicios y procedimientos, relaciones y actuaciones, potenciales fórmulas de participación y de colaboración interadministrativa y público-privado, por sólo decir lo más obvio. Es fragmentada o parcial porque el impulso europeo de la sociedad de la información y del conocimiento y el fomento del uso de las nuevas tecnologías en las relaciones con los ciudadanos y empresarios se inscriben dentro del ámbito de las competencias comunitarias, competencias que son de atribución y no universales. De hecho, las acciones comunitarias se mueven esencialmente en derredor del derecho a la libre prestación de servicios, sin que con ello se agote la cuestión. El gobierno electrónico excede en mucho de la acción comunitaria y su implantación requiere otras actuaciones e iniciativas desde la sociedad y en todas las plantas de gobierno, dentro y fuera de nuestras fronteras.

² Sobre el tema, me remito a mi trabajo La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional, en el volumen colectivo, coordinado por el autor, La transformación del procedimiento administrativo, Editorial Derecho Global – Global Law Press, Sevilla, 2008, capítulo V.

³ Tal es el caso, por ejemplo, en el plano nacional, de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y los plazos que establece para muchas de sus disposiciones; o, en el ámbito europeo, de la estrategia de Lisboa. Véase Oluf Nielson, i2010 – A European Information Society for Growth and Employment (2005), available at: <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/145274/i2010.pdf>.

⁴ J. Barnes, Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas, en Innovación y reforma del Derecho Administrativo, Editorial Derecho Global – Global Law Press, Sevilla, 2006 (editado por Javier Barnes), pp. 267, 333 (disponible también en <http://www.globallawpress.org/libro1.htm>).

El “gobierno electrónico” o la “Administración electrónica” hacen referencia desde luego a muchas más cosas que a la mera oferta de mejores servicios a los ciudadanos y a las empresas a través de los nuevos canales electrónicos de información y de prestación de servicios. Se asocian además a la instauración de nuevos valores y actitudes. Se habla así de fortalecer la legitimidad democrática de la Administración a través de una mayor transparencia y participación ciudadana en la elaboración y desarrollo de las políticas públicas y en la toma de decisiones. O de mejorar la eficacia y la calidad de las actividades y servicios que la Administración presta a la sociedad⁵.

2. La tecnología trae por sí misma -bajo el brazo- el cambio, la transformación: una nueva Administración.

El segundo reduccionismo reside en la idea de que la incorporación de la tecnología en el actuar cotidiano de la Administración produce por sí misma un cambio fundamental, como si el cableado de los edificios administrativos cuando se inventara la electricidad hubiera traído consigo sin más una nueva Administración. La tecnología –la imprenta, la electricidad, las actuales de la información y del conocimiento- pueden traer facilidades, una mayor accesibilidad, eficacia o celeridad, por ejemplo, pero lo cierto es que todo cambio es cultural y desde luego político. La imprenta hizo posible el Renacimiento, pero no lo trajo por sí misma, si no fue por un conjunto de factores culturales y políticos. Lo mismo cabe decir de la máquina de vapor respecto de la revolución industrial o ahora de Internet respecto de la era de la información y del conocimiento. La electricidad, primero, el telégrafo, el teléfono, el fax o Internet, después, no mutaron la estructura y naturaleza de las Administraciones, ni entrañan un nuevo modelo de Administración, unos nuevos valores o principios en los que sustentarla. El modelo de Administración que deseemos darnos, por el contrario, es algo que precede a la tecnología y constituye una decisión política. Es cierto que las nuevas tecnologías permiten una más intensa colaboración interadministrativa y público-privado⁶, pero no lo es menos, sin embargo, que el gobierno electrónico no se construye sólo sobre la tecnología, aunque sea ésta su presupuesto, sino en primer lugar sobre valores políticos⁷.

Es más, la técnica puede construirse al servicio de un modelo que habrá de definirse con carácter previo. El hecho, por ejemplo, de que Internet se haya diseñado como una red descentralizada no es sino por designio de sus creadores al servicio de determinados objetivos. En suma, ha de debatirse el modelo de Administración y de relaciones con los ciudadanos, teniendo en cuenta, primero, que las nuevas tecnologías han de asumir los valores y criterios que ese debate establezca y, segundo, que la tecnología permite opciones diferentes. La decisión del modelo no corresponde al técnico. En ese sentido, el diálogo entre el técnico y el jurista es hoy más necesario que nunca.

3. El procedimiento administrativo se agota en lo que la Ley 30/1992 o, en su versión electrónica, la Ley 11/2007, hayan establecido.

El procedimiento administrativo no sería otra cosa que lo que la legislación tradicional de procedimiento tenga dispuesto, esto es, una secuencia de actos de autoridad encadenados, al modo procesal, para dictar una resolución final, cuando lo cierto es que esa legislación, ya se trate del procedimiento “en papel” o en su dimensión digital, no representa sino a la primera generación

⁵ Sobre la relevancia que adquiere el ciudadano en el sistema y la eficacia de los resultados, véase, por ejemplo, US E-Government Act of 2002, <http://www.archives.gov/about/laws/egov-act-section-207.html>

⁶ Por ejemplo, la prestación de servicios, la realización de transacciones electrónicas, la participación en la elaboración de disposiciones y normas administrativas, etc., requiere una intensa colaboración intra e interadministrativa, y ello, a su vez, el recurso a reglas de procedimiento –de comunicación- entre las distintas unidades y Administraciones implicadas, con el ciudadano.

⁷ A título de ejemplo de los desafíos que las nuevas tecnologías presentan –y la necesidad de definir las opciones políticas-, puede verse BRINGING TOGETHER AND ACCELERATING eGovernment RESEARCH IN EU, FP6 PROJECTS REPORTS (PREPARED FOR THE EGOVERNMENT AND CIP OPERATIONS UNIT DG INFORMATION SOCIETY AND MEDIA EUROPEAN COMMISSION) A-116 (2007), en http://ec.europa.eu/information_society/activities/egovernment/studies/trendswatch/docs/20080804-01-d02-egovr-id1-2-4_2_2_2-analysis_of_egov_research_projects-annual_reports.10-online.pdf..

de procedimientos, como luego se abundará. En efecto, poco o nada dice esa legislación, por ejemplo, de los procedimientos de elaboración de las normas infralegales de toda especie y condición, o de los procedimientos –o reglas de procedimiento- que surcan las nuevas formas de regulación y gobernanza (piénsese así en la organización de los servicios en la Unión Europea, al amparo de la Directiva de 2006; en el sistema de aprobación de medicamentos y de farmacovigilancia; o en los procedimientos de evaluación estratégica ambiental). La Ley 11/2007 no es más que la versión digital de esa primera generación de procedimientos, dejando por tanto fuera otras muchas cosas, y ello sin perjuicio, por otra parte, de que se trate más de una ley de medidas que una norma con un esfuerzo de adaptación al nuevo medio⁸.

4. El procedimiento cumple una función adjetiva y sigue un modelo procesal.

En la concepción clásica, el procedimiento administrativo, al igual que el proceso, posee un carácter instrumental, al servicio del Derecho material. Representa una herramienta de garantía de acierto de la decisión y de defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos. Así las cosas, si la solución material alcanzada por la Administración resulta jurídicamente correcta, los vicios de forma o procedimiento en que eventualmente se haya podido incurrir serán tratados con cierta indulgencia, siempre, claro, que su repetición no vaya a cambiar el curso de las cosas (regla de la anulabilidad o nulidad relativa; irregularidades no invalidantes; subsanación; la doctrina de la indefensión material; etc.). El procedimiento, pues, como mecanismo de aplicación y ejecución del Derecho al estilo judicial. Importa el resultado, no el proceso.

Lo cierto es, sin embargo, que otros muchos procedimientos tienen una naturaleza política o de dirección que va mucho más allá de esa función adjetiva, puesto que su objeto consiste en hallar soluciones que no han sido previstas en las leyes, como en el caso del procedimiento de elaboración del planeamiento territorial y urbanístico. En esos casos, no se trata de identificar la solución material predeterminada por la ley, que no existe, sino en encontrar la mejor respuesta posible. Esta tarea ha sido confiada por el legislador a la Administración a condición de que observe un sofisticado procedimiento deliberativo y de búsqueda del consenso, de colaboración y participación a todos los niveles.

Aquí, los vicios de procedimiento debieran tener un tratamiento más riguroso, puesto que el procedimiento cumple una función sustantiva de primera magnitud: a diferencia de la primera clase de procedimientos (de mera aplicación del Derecho sustantivo), la omisión de cualquier elemento del procedimiento (consultas, ponderación, motivación, etc.) traería necesariamente consecuencias sobre el resultado final, que podría haber sido otro, desde luego, si no se omite el debate sobre la información necesaria para tomar la mejor decisión posible, por ejemplo. En estos casos, no es posible acudir al expediente del “indulto” con base en el argumento de que la decisión, con todo, es correcta, puesto que en tales supuestos no cabe comparar lo que ha deparado un tal procedimiento con lo que la ley haya establecido, habida cuenta de que no existe este último término de comparación. Si la ley no ha predeterminado la respuesta, sino que ha confiado su hallazgo a un procedimiento de alta gama su observancia resulta esencial. La teoría de los vicios, pues, no puede ser unitaria para toda clase de procedimientos. Importa el proceso en sí.

II. EL PROCEDIMIENTO, PIEZA CLAVE DEL GOBIERNO ELECTRONICO. EL DESFASE HISTORICO DE LA LEGISLACION GENERAL DE PROCEDIMIENTO Y SU EFECTO NEGATIVO SOBRE EL DISEÑO DEL GOBIERNO ELECTRONICO

El procedimiento constituye la columna vertebral del Derecho Administrativo. Es la pieza que contiene mayor información genética sobre el Derecho público en un tiempo y espacio

⁸ Por ejemplo, la Ley no se plantea siquiera que la información pública de un plan territorial, de un informe medioambiental o de una licencia puede ganar en calidad y eficacia si se presenta en programas de simulación, de modo que el ciudadano no experto pueda entender el debate y las opciones en liza y participar en consecuencia con una sólida base informativa.

determinados (como si de una piedra de Rosetta se tratara). Nos ayuda, más que ninguna otra institución, a desvelar, entre otras cosas, los siguientes rasgos:

- Las modalidades o clases de Administración actuante (de ordeno y mando o de policía; prestacional o de garantía del resultado prestacional; estructurada jerárquicamente y como unidad autárquica, o en forma de red y urgida a la colaboración; etc.).
- La posición real que ocupa el ciudadano en el sistema: si es tratado como un ciudadano mudo, mero destinatario de la acción administrativa, o como un ciudadano activo, etc.
- La organización interna, y el modo de gestión de los asuntos públicos.
- La línea de separación entre el Estado y la sociedad; entre la Administración y el ciudadano.
- El grado de eficacia que se pretende asegurar en la consecución de los objetivos; si el procedimiento se preocupa de la fase de aplicación (supervisión y revisión).
- La forma de limitación y control de la Administración.
- La noción de Estado y de empleado público.
- Las relaciones de la Administración con los demás poderes.
- Eventualmente, la teoría del acto y de los vicios; la teoría de la organización; etc.

El procedimiento administrativo en cuanto institución central del Derecho Administrativo, y como si de un sismógrafo se tratara, ha de recoger y sintetizar esas transformaciones que sacuden el sistema.

Sin embargo, la legislación actual de procedimiento no serviría para retratar a la Administración contemporánea. Ni la Ley 30/1992, ni la 11/2007, en su regulación del procedimiento, son representativas de la realidad (véase cuadro 1). La lectura de esas leyes es como la de esas Constituciones que seguían recogiendo el voto censitario pese a haber sido superado en la legislación ordinaria. Poca información ofrecen sobre la realidad. Y ello por dos razones fundamentales:

1) La legislación actual (Ley 30/1992 a la cabeza) ha quedado obsoleta, deja muchas cosas fuera: otras vidas de la Administración y nuevos modelos de gobierno. En efecto, poco o nada dice sobre:

a) Vidas

- **La vida privada de la Administración:** ¿cómo ha de decidir y comportarse la Administración cuando se viste de civil y deja su “uniforme” y actúa como una organización sujeta al Derecho privado?
- **La vida pública de entidades privadas** que llevan a cabo actividades de interés general: ¿cómo han de decidir y comportarse los sujetos privados cuando realizan tareas o funciones que se consideran de interés general?
- **La vida exterior de la Administración** (más allá del Estado): ¿cómo han de decidir y comportarse más allá de las fronteras del Estado, y a quién representa, cuando la Administración cruza la frontera?
- **La vida pública de la Administración cuando no actúa con instrumentos formales y vinculantes:** adopta decisiones informales; aprueba normas de Derecho indicativo o blando (“soft law”), como guías o recomendaciones; negocia; busca el consenso; informa (estado de la salud pública o de la economía).

b) Modelos de gobierno

Tampoco da cuenta de las nuevas formas de gobierno y de regulación, distintas a las tradicionales, esto es, de los nuevos métodos de dirección, regulación y gobernanza sustentados, en esencia, sobre una intensa colaboración público-privada e interadministrativa. La legislación de procedimiento refleja una sola clase de Administración (la imperativa o de policía) y un único modelo de gobierno, de arriba hacia abajo (véanse cuadros 2 y 3).

2) No es tampoco representativa de la realidad, en segundo término, porque la legislación sobre Administración electrónica no ha repensado ni redefinido el concepto de Administración al que

aspira. Se ha limitado a establecer nuevos canales de comunicación. No se ha planteado una nueva forma de trabajo, de colaboración interadministrativa. La “Administración electrónica” es, en la Ley 11/2007, como la “Administración eléctrica” del siglo XIX, la misma Administración que, simplemente, ha incorporado una herramienta de trabajo cuyo uso en alguna medida ha de disciplinar.

Para mejor comprender cuanto aquí se ha dicho, conviene insistir, en fin, en que la Ley 11/2007, sobre procedimiento administrativo electrónico, corre paralela a la Ley 30/1992 de procedimiento administrativo “en papel”. La tecnología digital y la tecnología de la imprenta representan las dos caras de una misma medalla.

Dejando ahora al margen que una y otra tecnología permiten opciones distintas y que por tanto el mimetismo resultaría empobrecedor y falto de perspectiva, ninguna objeción grave depararía tal paralelismo, si no fuera por el hecho de que la Ley que sirve de modelo, la 30/1992, se ha quedado anclada en los procedimientos de primera generación, produciendo así un negativo “efecto docente” sobre el advenimiento del gobierno electrónico, en un doble sentido: no es sólo que no estén todos los que son, sino que el concepto en el que se funda el procedimiento resulta reduccionista. En efecto, el problema no se circunscribe a que la legislación tradicional no sea suficientemente representativa de la realidad porque se limite a regular, en esencia, un procedimiento tipo cuyo objeto es el dictado de actos singulares, las más de las veces de gravamen, sino también y sobre todo porque el concepto procesal en el que se basa no resulta útil para otras actuaciones de la Administración, más próximas a un sistema de intercambio de información (por ejemplo, en el caso de la Directiva de Servicios) que a una secuencia de actos de autoridad (para una resolución sancionadora, por ejemplo). La intensa y elaborada colaboración interadministrativa que esa Directiva demanda, por mantener el ejemplo, no se puede fundar en torno a un procedimiento basado en un esquema judicial, sino en un moderno sistema de intercambio de información, de colaboración público-privada, etc., esto es, en una idea de procedimiento y de gobernanza bien distante de la tradicional.

En síntesis, la legislación general de procedimiento (primero, en papel, y, ahora, en su versión electrónica) no ha asumido aún las profundas transformaciones de nuestro tiempo. Pero, ¿cuáles son esos cambios?

III. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORANEO. LA DISOLUCION DE TRES FRONTERAS TRADICIONALES Y SU IMPACTO SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

1. Tres nuevos territorios que ha de colonizar el Derecho Administrativo

Hay tiempos de cambio y cambios de era. Aun cuando la falta de perspectiva histórica nos impida confirmar lo segundo, estamos asistiendo a una profunda transformación del Estado y, sobre todo, de la Administración contemporánea⁹. De un modo muy simplificado, podríamos ejemplificar esas transformaciones con la imagen de la disolución de tres fronteras celosamente guardadas durante largo tiempo:

a) La primera es la caída del muro que divide el plano nacional y el supranacional. La Administración y el Derecho Administrativo ya no es sólo y exclusivamente “estado-céntrico”. La acción exterior de las Administraciones nacionales ha crecido exponencialmente. A ello se añade la existencia más allá del Estado de una variada gama de organismos reguladoras, públicos, privados y mixtos, de naturaleza administrativa, con efectos multiplicadores para las políticas públicas nacionales. La Administración es interna o nacional, y externa o supranacional

⁹ Sobre el tema, véanse las obras colectivas *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, y *La transformación del procedimiento administrativo*, de 2006 y 2008, respectivamente, coordinadas por Javier Barnes, y publicadas en Editorial Derecho Global – Global Law Press, Sevilla (véase en <http://www.globallawpress.org/catalogo.html>).

(comunitaria en nuestro caso) e internacional. Del Derecho Administrativo nacional al Derecho Administrativo global, tal es la primera extensión del territorio.

b) La permeabilidad entre las esferas pública y privada constituye un fenómeno de enormes consecuencias. La Administración y la sociedad no son ya dos esferas separadas que nunca se tocan; la Administración no define en solitario en tantos sectores lo que al interés general conviene: si un medicamento es apto para el consumo humano; cuál sea la mejor tecnología disponible; o el plan de estudios más adecuado. Hoy día la Administración y la sociedad tienden a actuar de consuno, como socios que se necesitan. La coregulación y la autorregulación no son sino dos manifestaciones más de las nuevas estrategias regulatorias en las que se implica activamente al sector privado¹⁰.

La privatización, en este escenario, no representa sino una forma distinta de regulación; en modo alguno constituye una retirada del Estado. El Derecho Administrativo no es sólo Derecho público, sino también privado, en la medida en que ha de extender (inocular, transponer, infectar...) los valores públicos en la acción de los sujetos privados cuando llevan a cabo actividades que el legislador considera de interés general, y porque la Administración, a la postre, ha de garantizar un resultado, a saber: que las prestaciones del sector privado tengan las condiciones que la ley establece (universalidad de la prestación, calidad, precio razonable, por ejemplo). De un Estado prestador a un Estado garante del resultado. De un Derecho Administrativo público a un Derecho administrativo también privado. Tal es el segundo espacio que se abre con la apertura de esta frontera.

c) Las rígidas fases en que se escalonaba el proceso regulatorio –primero, la creación del Derecho sustantivo a cargo del legislador, y, más tarde, la aplicación del mismo confiado a la Administración- parecen desdibujarse en numerosos sectores, como consecuencia de la incapacidad de la ley para anticiparse a la realidad y dirigir en consecuencia la acción administrativa. La Administración no encuentra en la ley la receta. Si la ley no puede definir cuáles sean las sustancias químicas peligrosas, el crecimiento sostenible en cada caso, los estándares técnicos que han de seguirse para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio, o por dónde ha de crecer la ciudad, por ejemplo, habrá de idear, en compensación, mecanismos, foros y reglas para hallar la solución correcta, en términos de eficacia, de legitimidad democrática y de control. Así surgen procedimientos cualitativamente distintos a los tradicionales, en materia de medio ambiente o en el ámbito del planeamiento, por ejemplo. A través de ellos, y en un proceso continuo, se establece el Derecho, la regla o el criterio; se aplica y proyecta en la práctica; se vigilan y supervisan las consecuencias o efectos que genera; se modifica o revisa la regla en función del resultado deseado, como si se tratara, no de una foto fija, sino de una imagen en movimiento. El proceso regulatorio se concibe como un ciclo constante. En suma, del Derecho Administrativo entendido como un arsenal de instrumentos para la aplicación de la ley, de mera ejecución de políticas públicas, a un Derecho administrativo destinado a establecer el Derecho, a dirigir políticas públicas. Un Derecho administrativo que ha de adaptarse a nuevas formas de gobierno (gobernanza colaborativa, en esencia), más flexibles, complejas, deliberativas, integradoras. Tal es el tercer espacio que ha de ocupar.

La quiebra de esas fronteras o divisorias abre, en efecto, nuevos territorios que son colonizados por nuevas formas de gobierno y regulación. El modo tradicional de gobierno se había construido sobre la impermeabilidad de esas fronteras (global-nacional; público-privado; creación-aplicación)¹¹.

2. La emergencia de nuevas estrategias regulatorias

La caída de esas tres fronteras significa, en otras palabras, la pérdida del monopolio del sistema de producción normativa heredado del Estado liberal del siglo XIX, y de acuerdo con el cual el Derecho principal emana de un único centro, el curso del proceso regulatorio va de arriba hacia

¹⁰ Véase, por ejemplo, el Acuerdo interinstitucional del Parlamento, Consejo y Comisión - «Legislar mejor» [Diario Oficial C 321 de 31.12.2003], arts. 18-23.

¹¹ Para un estudio más profundo, me remito a la literatura recogida en el nota 9.

abajo, y la Administración destina sus esfuerzos a aplicar o ejecutar lo establecido, haciendo uso de técnicas coercitivas.

Ese sistema se asienta en la creencia de que la ley formal lo puede contemplar todo. A partir de esa premisa, se construye el edificio:

- El Estado es el único “productor” de normas y la regulación tiene, en consecuencia, carácter estado-céntrico.
- La Administración se estructura jerárquicamente y actúa de modo imperativo para llevar a su debido efecto lo establecido en la norma.
- Las leyes se resuelven en órdenes o mandatos positivos y en prohibiciones.
- La regulación se articula en torno a dos fases netamente diferenciadas: la *creación* de la norma y su *aplicación*. Se fundamenta, por tanto, en el binomio “programación-ejecución”. La primera, reservada al Parlamento, y la segunda a la Administración. La discrecionalidad –en virtud de la cual el legislador difiere a la Administración la respuesta o la decisión– tiende a concebirse en el plano teórico como algo excepcional, como algo a reducir y “combatir”.

Si, en efecto, el Derecho Administrativo deviene global, interactúa con el sector privado y se ha de ocupar de la dirección de las nuevas políticas públicas a través de procesos regulatorios mucho más complejos, será necesario organizar las cosas de otro modo. Esa necesidad da lugar a nuevos modelos o modos de dirección, regulación y gobernanza (por ejemplo, como la que representa la autorregulación en sus más variadas especies). Y ahí el procedimiento tiene un protagonismo especial. De entrada ha de salir de su molde procesal para desempeñar nuevas y más altas funciones: la elaboración de normas, públicas o privadas con relevancia pública, vinculantes o no; la dirección, guía o asistencia en las nuevas políticas públicas en las que la ley no ha establecido la solución material, sino que difiere su hallazgo al procedimiento.

El Derecho Administrativo representa un formidable instrumento de transformación económica y social (ha contribuido como ninguna otra rama del Derecho a la creación de clase media, el mejor invento del siglo XX, aun cuando esté lejos de ser un bien universal) y sirve de transformador del Derecho Constitucional para hacerlo realidad en cada tiempo y lugar. La regulación de los mercados, la redistribución de la riqueza, la generación de clase media, o la universalización del acceso de todos a los bienes de la cultura y a las actividades de interés general o de servicio público (educación, sanidad, telecomunicaciones, energía, transporte, etc.), son algunos de las misiones que ha tenido encomendadas. Es una rama fundamental del Derecho que sirve para transformar o transponer las grandes opciones y deseos de una sociedad a la realidad.

El procedimiento administrativo constituye el cauce natural a través del cual la Administración adopta sus *decisiones*, cualquiera que sea la naturaleza o alcance de éstas: resoluciones singulares, favorables o de gravamen; contratos y convenios; normas reglamentarias de todo tipo y naturaleza, incluido el planeamiento territorial y urbanístico; instrumentos de Derecho indicativo o no vinculante (recomendaciones, guías, interpretaciones, etc.).

Pero el procedimiento no es sólo un proceso decisorio. Constituye además un sistema para la obtención de datos, el tratamiento de la información, la adquisición de conocimiento, con independencia de que esas operaciones no desemboquen en decisión alguna (por ejemplo, procedimientos de control de subvenciones; de elaboración de la cartografía medioambiental; de intercambio de información entre Administraciones; etc.). A eso se añade que, en la macroeconomía del sistema, el procedimiento cumple una doble misión de alcance estratégico respecto de la Administración como ninguna otra técnica en el Derecho administrativo: una función negativa o de control, de un lado, y una función positiva o de dirección, de otro. La primera vertiente pone el acento en el control de la discrecionalidad, y la prevención de abusos. La segunda en la dirección eficaz de la Administración, para la adopción de medidas efectivas, en la búsqueda de la mejor decisión posible (por ejemplo, con la ayuda de evaluaciones de impacto regulatorio o de evaluación estratégica ambiental).

IV. LAS TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO. UNA RESPUESTA A LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Si el procedimiento es la “forma de hacer realidad el Derecho Administrativo”, parece evidente que habrá de evolucionar y adaptarse a esos cambios y transformaciones. La caída de las tres fronteras antes descritas determina el nacimiento de una tercera generación de procedimientos.

1. Primera generación: actos y decisiones singulares dictados por una Administración jerárquica.

La primera generación de procedimientos administrativos tiene por objeto el dictado de actos y decisiones singulares de todo tipo (autorizaciones, permisos, subvenciones, sanciones, resolución de recursos, etc.). Constituye un proceso decisorio que se inspira abiertamente en el modelo judicial y, como él, parte de la premisa de que la ley material ha resuelto la cuestión planteada (si procede o no otorgar la subvención, denegar la autorización o imponer la sanción). El procedimiento es, pues, un mecanismo o herramienta que coadyuva a la correcta aplicación de la ley. Es, en otras palabras, el procedimiento tipo de la Administración que actúa jerárquicamente e investida con técnicas coercitivas.

Esta primera generación de procedimientos resulta particularmente idónea cuando se trata de resolver cuestiones que afectan directamente a los derechos e intereses de los ciudadanos. Por otra parte, cuando se habla de procedimiento administrativo se piensa habitualmente en esta generación, hasta el punto de que parece haberse reservado a su favor el término. La Administración ya utilizaba estos procedimientos en el Estado contemporáneo antes de la invención de la electricidad y las primeras leyes datan del siglo XIX.

2. Segunda generación: normas administrativas aprobadas por Administración jerárquica.

La segunda generación de procedimientos surge con fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX, antes de la invención de Internet, y tiene por objeto la aprobación de normas administrativas infralegales (reglamentos ejecutivos o independientes; planes territoriales o urbanísticos; circulares de organismos reguladores o agencias independientes; ordenanzas locales; etc.). Teóricamente, el procedimiento reglamentario se inspira en el proceso legislativo. Ahora bien, como son pocas las reglas que lo disciplinan, en realidad este procedimiento de nuevo se basa en buena medida en el proceso judicial (por ejemplo, el art. 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno). Se trata, en todo caso, de un proceso decisorio.

Con alguna notable excepción (como en el caso de la Ley de Procedimiento Administrativo norteamericana, de 1946), la producción normativa que contemplan las leyes de procedimiento se resuelve en un proceso regulatorio que tiene lugar de arriba hacia abajo, en manos de una Administración jerárquica e imperativa, y con una participación ciudadana que tiene lugar en una fase tardía, cuando la norma está ya por completo prefigurada. Se trata en la mayor parte de los casos de procedimientos un tanto rudimentarios (apenas se establecen normas de procedimiento, como sucede actualmente con el art. 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno). Esta segunda generación de procedimientos ha estado particularmente desatendida por la legislación durante largo tiempo, lo cual no deja de ser paradójico si se tiene en cuenta que la actividad reglamentaria es la más trascendente de la que se ha ocupado la Administración contemporánea desde la segunda posguerra, tanto por el número de normas aprobados en relación con las leyes, como, sobre todo, en términos cualitativos (carácter reglamentario poseen una inmensa mayoría de normas que nos afectan a nuestra vida cotidiana). De ordinario, además, la legislación se ha centrado en la aprobación de reglamentos ejecutivos, sin consideración a otras muchas clases de normas administrativas.

Esa parca regulación ha dejado fuera de su consideración tradicionalmente la elaboración de normas no vinculantes (Derecho indicativo, blando o “soft law”); la producción normativa que emana de la autorregulación privada; o las normas, vinculantes o no, construidas más allá del Estado.

Esa tendencia comienza a ser corregida a impulsos, entre otros factores, a consecuencia de las múltiples iniciativas tendentes a regular mejor.

3. Tercera generación: actos, normas y políticas públicas elaborados por medio de las nuevas formas de gobernanza colaborativa.

La desaparición o porosidad de esas fronteras determina inexorablemente un modo de ser distinto del actuar administrativo. Las principales políticas públicas –desde la regulación de los mercados financieros, pasando por la seguridad alimentaria, hasta el medio ambiente- se han de elaborar de un modo bien diferente al tradicional. Ninguna Administración es ya autárquica, sino cada vez más dependiente de otras Administraciones y del sector privado. La palabra mágica es “colaboración”. Pero la interdependencia no se da sólo entre los actores o sujetos públicos y privados en liza, sino también entre la fase de normación y la de aplicación, que pasan así a formar parte de un proceso continuo, en constante revisión y actualización. La Administración (los bancos centrales, la agencia europea del medicamento, o la Administración medioambientalmente responsable) adquiere en consecuencia una mayor responsabilidad, puesto que su papel se aleja aún más de la mera ejecución de una previa ley material que la programe.

Los procedimientos administrativos cualitativamente distintos que se dan aquí cita se hallan al servicio de una Administración que coopera y trabaja en común. Su objetivo prioritario no reside en el control de la discrecionalidad, en sentido defensivo y “ex post”, sino en la guía y dirección en positivo y “ex ante” de la Administración. El procedimiento en sí mismo es, pues, de suma importancia.

La clave o la seña de identidad de estos procedimientos de tercera generación se localiza en un dato a nuestro juicio decisivo: su ubicación en el entorno de una Administración “colaborativa”, o que coopera, que no se basta a sí misma ni apela a la decisión unilateral. El modo de gobierno o gobernanza en el que se sustentan, en otras palabras, no se inspira en el modelo judicial.

Las reglas de procedimiento tienen mucho que decir en la elaboración y desarrollo de estas nuevas políticas públicas. Al procedimiento preocupa satisfacer muchas de las necesidades que aquéllas demandan: desde la simplificación del procedimiento, pasando por el constante intercambio de información entre Administraciones a todos los niveles de gobierno, la evaluación de las distintas opciones o alternativas, análisis de impacto regulatorio o de coste-beneficio, hasta la supervisión de las decisiones adoptadas y su modificación o revisión cuando se detecte la desviación de los objetivos propuestos, o la aprobación de programas y planes nunca definitivos.

Los procedimientos de tercera generación comprenden procesos decisorios (decisiones singulares, normas infralegales), y no decisorios (análisis, obtención de información, etc.).

Entre los primeros se pueden citar los procedimientos simplificados de la Directiva de Servicios, de 2006, en la medida en que esta norma aboga por la mera comunicación de la actividad proyectada, lo que supone, primero, una transferencia al ciudadano de la responsabilidad de procurar la observancia de la legalidad, con los costes que ello implica, y, en segundo lugar, una colaboración interadministrativa en el espacio europeo sumamente sofisticada (simplificación de procedimiento significa de ordinario un trabajo más elaborado y refinado por parte de la Administración). Entre los procesos decisorios de tercera generación podrían incluirse, esta vez en concepto de norma infralegal, los que tienen por objeto la elaboración de Derecho indicativo, en forma participada y en colaboración con el sector privado.

Son numerosas, y con frecuencia más relevantes, las reglas, criterios o principios de procedimiento que sin desembocar directamente en la toma de decisiones tienen por objeto satisfacer las múltiples necesidades de las nuevas formas de trabajo y elaboración de las políticas públicas: obtención e intercambio de información, consultas sobre las prioridades de una determinada política, colaboración entre organismos reguladores, evaluación periódica de las opciones políticas, análisis de los efectos, etc.

A estas son las cuestiones a las que ha de hacer frente el gobierno electrónico.

La opción política que se ha hecho, señaladamente desde la Unión Europea, en pro de la gobernanza colaborativa para llevar a efecto tantas políticas públicas desemboca a su vez en

procedimientos de tercera generación capaces de articular las nuevas necesidades que esos modelos demandan.

Las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento, hecha ya esa opción, han de responder a sus requerimientos, potenciando el nuevo concepto de Administración cooperativa.

CUADRO 1: CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL Y DÉFICITS QUE PRESENTA*

NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO TRADICIONAL	DÉFICITS DE LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL. ALGUNOS EJEMPLOS
El <i>ámbito subjetivo</i> de la legislación se circunscribe a las Administraciones públicas y a las Entidades de Derecho público “cuando ejerzan potestades administrativas”. (art. 2.2)	La legislación de procedimiento no contempla, por ejemplo, la acción administrativa sujeta al Derecho privado.
El procedimiento administrativo constituye un <i>proceso decisorio</i> : El procedimiento tiene por objeto la adopción de decisiones (que habrán de desembocar en actos, contratos o normas). En otras palabras, el procedimiento clásico nace ligado a supuestos y situaciones específicas a las que pretende dar respuesta.	Por tanto, quedan fuera de su consideración, por ejemplo, aquellos procedimientos que no están diseñados, al menos de modo directo, para concluir en la adopción de una concreta decisión, puesto que su objeto consiste más bien en la obtención y tratamiento de la información (ejemplos: procedimientos de control de subvenciones; procedimientos de elaboración de la cartografía medioambiental; etc.). Tampoco caen dentro de la definición del procedimiento como proceso decisorio las actividades y prestaciones materiales que lleva a cabo la Administración (asistencia social, mediación, etc.).
Es un <i>proceso formal</i> : La legislación regula la actividad administrativa que se sujeta a un procedimiento formalizado cuyo objeto final es, igualmente, una decisión formal (acto, contrato, reglamento).	Ello excluye, por ejemplo, la acción administrativa no formalizada (negociaciones previas y tratos preliminares, consultas, asesoramiento, etc.); la elaboración de los instrumentos de carácter no vinculante (mecanismos de Derecho indicativo o “soft law”: recomendaciones, interpretaciones, guías, etc.).
El <i>producto</i> característico de la legislación de procedimiento es el <i>acto administrativo singular</i> (en particular, de gravamen).	El reglamento, por ejemplo, ocupa un lugar muy secundario (salvo excepciones, como en la LPA norteamericana).
El procedimiento constituye un instrumento para la correcta <i>aplicación</i> del Derecho material. El procedimiento administrativo posee una función secundaria respecto del Derecho sustantivo. Si la resolución final es conforme con la legalidad, la infracción de procedimiento carece de relevancia en muchos casos.	No tiene en cuenta, por ejemplo, el procedimiento como foro para la <i>creación</i> o búsqueda de la mejor solución no predeterminada por la ley (plan urbanístico; evaluación estratégica ambiental; etc.).
La única actividad de ejecución o de aplicación del Derecho que se recoge es la <i>ejecución forzosa</i> . Se parte de la premisa de que las fases de creación y de aplicación se hallan rígidamente separadas.	No se hace referencia a la búsqueda del consenso o a la cooperación público-privado, en la ejecución y desarrollo de la norma; no se regula, ni parece formar parte del procedimiento, la supervisión o control de las decisiones adoptadas (por ejemplo, autorizaciones provisionales; los

* Se toma como ejemplo la Ley española de procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

	efectos indeseados o no previstos de una evaluación medioambiental, etc.).
La legislación de procedimiento mira "hacia adentro".	Descuida las relaciones interadministrativas en el plano europeo e internacional.
La <i>comunicación</i> entre la Administración y el ciudadano se encuentra definida en términos muy estrechos. La posición de los interesados y de sus derechos e intereses, amparada por la seguridad jurídica, de un lado, y la de la Administración, defensora en exclusiva de los intereses generales, de otro, están definidas de un modo rígido y distante. En consecuencia, la instrucción del procedimiento se realiza de oficio, con un carácter un tanto paternalista.	No se regula la instrucción practicada por el sujeto privado (como sucede, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente).
Comprensión del <i>principio de separación de poderes</i> , como sinónimo de funciones rivales. Desde la estrecha comprensión tradicional del principio de división de poderes, el ejecutivo (un término que en tantos sistemas jurídicos sirve para designar al Gobierno y a la Administración) se limita a "ejecutar" y a "administrar", y, en consecuencia, no formula políticas públicas. Como se trata tan sólo de eso, de aplicar, el procedimiento adquiere una estructura a imagen y semejanza del proceso, bien sea con la rúbrica norteamericana del "due process", de la británica "natural justice" o francesa de los "derechos de defensa".	Las tres funciones son <i>complementarias</i> y aliadas: Las nuevas formas de dirección y gobernanza se alejan de ese reduccionismo y reclaman una comprensión del procedimiento que no responda a una estructura procesal para abarcar el ciclo completo de la política pública.
El procedimiento presenta un carácter <i>negativo</i> o defensivo frente a la arbitrariedad y abuso de poder de la Administración. Por ello, el procedimiento decisorio pretende garantizar: - que las decisiones sean imparciales; - que sean adoptadas por el órgano competente; - que se respeten los derechos de los ciudadanos. - Etc. El procedimiento opera como un mecanismo de <i>control</i> del poder	El procedimiento administrativo en <i>positivo</i> : como instrumento que garantice un correcto y eficaz ejercicio de la discrecionalidad: - que las decisiones discrecionales sean razonables y eficaces, las mejores posibles; - que se condicionen y enmarquen dentro de una sólida participación y transparencia; - que ponderen todos los bienes, derechos e intereses en presencia. - Etc. El procedimiento representa un instrumento de <i>dirección</i> del poder.
Los procedimientos son "duros" y rígidos. Se establecen requisitos muy poco flexibles, por ejemplo, sobre: - el alcance de la participación y momento en que se produce; - los canales de participación y la forma de intercambio de información; - el modo y la forma en que ha de tomarse la decisión	Resultan escasos los requisitos procedimentales de carácter "blando" y flexible. Por ejemplo, para conseguir una: - comunicación abierta; - participación fluida; - deliberación basada en la búsqueda del consenso.
El procedimiento, inserto en la clásica división entre la <i>creación</i> del Derecho y su <i>aplicación</i> , se concibe esencialmente como un instrumento al servicio de la segunda.	El procedimiento no acompaña el ciclo completo de las políticas públicas. En la legislación tradicional, no se contempla el procedimiento como un mecanismo que se extiende a todas las fases: preparación de la política pública; establecimiento de prioridades; toma de decisiones;

	desarrollo; aplicación; revisiones y modificación; control; etc.
--	--

CUADRO 2: MODELO DE ADMINISTRACIÓN QUE SUBYACE A LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL *

MODELO DE ADMINISTRACIÓN DE LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL DE PROCEDIMIENTO	MODELOS O FORMAS DE ADMINISTRACIÓN NO CONSIDERADOS EN LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL. ALGUNOS EJEMPLOS
La Administración característica de la LPA es la propia de la <u>actividad administrativa de policía</u> (orden y seguridad públicas), o, más ampliamente, la de una Administración que actúa con "imperium".	Otras formas y modalidades de Administración son ignoradas: por ejemplo, la Administración que garantiza la prestación en el ámbito de la autorregulación regulada; la Administración que coopera con los sujetos privados; la Administración que trabaja en común con otras Administraciones en el espacio europeo e internacional; la Administración prestacional; la Administración mediadora; etc.
Es una Administración jerárquica, cerrada y piramidal. Está diseñada para transmitir órdenes e información de arriba hacia abajo.	No contempla la Administración en red que coopera horizontal y verticalmente con otras Administraciones; los organismos reguladores de los sectores regulados; etc.
La legislación de procedimiento concibe a la Administración como una organización que dicta resoluciones unilaterales y obligatorias, acompañadas de técnicas coercitivas.	La Administración que informa, la Administración que elabora instrumentos de Derecho blando (recomendaciones, guías, etc.); la Administración que realiza actividades materiales, etc. no tiene espacio en la legislación general de procedimiento.
El flujo de información dentro de la estructura interna de la Administración carece de interés para la Ley. Las técnicas de colaboración que se siguen en los procedimientos que se utilizan en el marco del método tradicional (por ejemplo, la evacuación de informes de una Administración a otra en los procedimientos de elaboración del planeamiento territorial) resultan pobres e insuficientes en muchos casos.	Por ejemplo, obtención, procesamiento e intercambio de información que requiere la Administración en el marco de la autorregulación regulada, y, más aún, de las Administraciones del espacio comunitario no son objeto de atención.
La participación de otros órganos u Administraciones en el curso del procedimiento clásico ocupa un lugar secundario. El procedimiento no está concebido como un instrumento de colaboración interadministrativa: se trata de una Administración encerrada en sí misma.	En consecuencia, quedan fuera de la legislación tradicional, por ejemplo, la Administración "compuesta" o conjunto de Administraciones que actúan en conjunto dentro del espacio europeo, y más ampliamente, todos los supuestos en los que la colaboración no se basa en un encuentro puntual y en una relación jerárquica; o no se asienta sobre las premisas de una posición fragmentada o sectorial (por ejemplo, en el caso del gobierno electrónico).
Es una Administración "estado-céntrica", que no opera más allá de las fronteras nacionales.	No contempla a la Administración nacional en su condición de Administración comunitaria, menos aún la acción administrativa internacional.

* Se toma como ejemplo la Ley española de procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

En síntesis, la legislación tradicional de procedimiento deja fuera *procedimientos y formas de Administración* de enorme trascendencia. Señaladamente:

- a. La acción administrativa europea e internacional.
- b. La acción administrativa sujeta al Derecho privado y los fenómenos de privatización del procedimiento.
- c. Las acciones administrativas no formalizadas y los instrumentos no normativos o de carácter no vinculante ("soft law").

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

CUADRO 3 : DE LA REGULACIÓN TRADICIONAL A LA GOBERNANZA

	MODELO CLÁSICO DE REGULACIÓN	NUEVAS FORMAS DE DIRECCIÓN Y GOBERNANZA
NATURLEZA DEL DERECHO	- Predominio de normas de carácter material o sustantivo. - Derecho emanado desde un único centro. - Derecho imperativo (prohibiciones y mandatos). - Normas abstractas, generales y rígidas.	- Elevado número de normas de procedimiento. - Derecho emanado de forma descentralizada. - Pluralidad de centros de producción normativa. - Normas flexibles y adaptadas al contexto y a las variables. - Coordinación descentralizada y en red. - Autorregulación (Derecho reflexivo)
ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL	Organización jerárquica, piramidal y formal (estructurada de arriba hacia abajo)	Organización horizontal estructurada en forma de red.
ACTORES FUNDAMENTALES	Estado centralizado, como sujeto protagonista.	- Cooperación entre los múltiples niveles de gobierno (local, regional, transnacional, internacional). - Participación de múltiples agentes públicos y privados. - Descentralización y principio de subsidiariedad
PROCESO DE CREACIÓN DEL DERECHO	- El Derecho es estático y estable, permanece "petrificado" hasta su derogación. - Regulación es dictar órdenes, mandatos y prohibiciones.	- El Derecho es un proceso abierto, dinámico, y en constante adaptación - Gobernar es un proceso de aprendizaje y de innovación. - Los nuevos modelos están mejor posicionados para aceptar la incertidumbre y la diversidad, para ensayar y avanzar de forma repetitiva la búsqueda de soluciones eficaces. - El Derecho tiene por objeto promover prácticas que permitan la revisión y la mejora constantes.
MODOS DE ACCIÓN	Canales formales de actuación Actividad administrativa de policía	Pluralidad de canales de actuación.
FUNCIÓN DE LOS AGENTES PRIVADOS	- El individuo es objeto de la regulación. - El individuo es un sujeto que puede o no cumplir la norma	- El individuo participa activamente en la producción normativa. - Ciudadano activo
COACTIVIDAD DEL DERECHO	Derecho "duro" o imperativo, acompañado de técnicas coercitivas	- Derecho indicativo o "blando". - Cooperación voluntaria
USO DEL CONOCIMIENTO Y DE LA INFORMACIÓN	La información que ofrece el ciudadano es selectiva por miedo a incurrir en responsabilidad.	La información es compartida y el flujo permanente.

MARCO PROCEDIMENTAL	El procedimiento tiene carácter defensivo y se centra en el resultado final. El control se produce "ex post"	El procedimiento se centra en el proceso mismo. El control se produce "ex ante".
--------------------------------	--	--

FUENTE: ORLY LOBEL , THE RENEW DEAL: THE FALL OF REGULATION AND THE RISE OF GOVERNANCE IN CONTEMPORARY LEGAL THOUGHT, 2004 MINNESOTA LAW REVIEW FOUNDATION (89 MINN. L. REV. 342) Y ELABORACIÓN PROPIA

CUADRO 4. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS TRES GENERACIONES PROCEDIMIENTOS

1ª GENERACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS	2ª GENERACION DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS	3ª GENERACION DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS
Legislación tradicional de procedimiento administrativo	Legislación tradicional de elaboración de disposiciones reglamentarias	Normativa sectorial (por ejemplo, USA, UE): Medio Ambiente Política Social Autorregulación Gobernanza internacional Colaboración público-privado
MODELO JUDICIAL (actos administrativos puramente aplicativos) El procedimiento es una secuencia de actos de autoridad orientada al dictado de una resolución singular. Rígida separación entre la creación del Derecho y la aplicación al caso.	MODELO LEGISLATIVO (reglamentos ejecutivos tradicionales) El procedimiento tiene por objeto elaborar una norma infralegal	MODELO ADMINISTRATIVO (nuevas formas de regulación y gobernanza) El procedimiento acompaña el ciclo completo de la política pública: el procedimiento se extiende a la formulación de las políticas públicas y sus prioridades, al desarrollo y diseño, y a su aplicación efectiva. Mayor integración entre las distintas fases del proceso legal: normación, desarrollo, aplicación, ejecución forzosa, resolución de conflictos.
Procedimiento como <u>control</u> de la discrecionalidad administrativa		Procedimiento como <u>dirección</u> de la discrecionalidad administrativa

Procedimiento decisorio (actos administrativos)	Procedimiento decisorio (normas reglamentarias)	- Procedimiento decisorio - Procedimiento no decisorio: cubre actuaciones que no están orientadas a una situación concreta (procedimientos de control; de intercambio de información; etc.).
APLICACIÓN DE LA LEY MATERIAL Instrumento para la correcta aplicación del Derecho material (acto administrativo singular)	DESARROLLO NORMATIVO Instrumento para dictar una norma de desarrollo (reglamento ejecutivo) o para la aprobación de un plan territorial o urbanístico)	CREACION Y APLICACIÓN DEL DERECHO Instrumento para hallar la mejor solución posible no predeterminada por la Ley material (Disolución de las fases “creación del Derecho – aplicación”)
El procedimiento no se preocupa de la aplicación, más allá de la ejecución forzosa	La aplicación de la norma queda fuera del procedimiento, más allá de las situaciones conflictivas	La aplicación forma parte esencial del procedimiento y acompaña toda la vida de la resolución, incluye el control y la supervisión
Obtención de la información: principio de instrucción de oficio	Obtención de la información: información pública	Obtención de la información: cooperación público-privada; cooperación interadministrativa

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y DOCUMENTALES INTRODUCTORIAS

- [Innovación y reforma en el Derecho Administrativo](#)
Javier Barnes (editor)
Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006
- [La Transformación del Procedimiento Administrativo](#)
Javier Barnes (editor)
Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008.
- Achieving the Potencial The Future of Federal e-Rulemaking. A Report to Congress and the President Committee on the Status and Future of Federal e-Rulemaking
Fuente: <http://www.epa.gov/OEI/cpic/by2008/eRulemaking.pdf>.
www.abanet.org/.../E-Rulemaking%20Report%20Web%20Version.pdf (última visita: enero de 2010)
- Citizen-centered E-Government Services: Benefits, Costs, and Research Needs. Bertot, J.C., Jaeger, P.T., & McClure, C.R. (2008). Citizen-Centered E-Government Services: Benefits, Costs, and Research Needs. *The Proceedings of the 9th Annual International Digital Government Research Conference*: 137-142. Montreal, Canada, May 18-21, 2008.
Véase en mcclure.ii.fsu.edu/.../Citizen-centered%20E-government%20services.pdf (última visita: enero 2010)
- Legal Frameworks and Institucional Contexts for Public Consultation Regarding Administrative Action: The United States Peter L. Strauss Columbia University School of Law, strauss@law.columbia.edu
Columbia Law School, Columbia Public Law & Legal Theory, Working Papers
NELLCO Year 2009
Se puede consultar en Legal Scholarship Repository: <http://lsr.nellco.org/>

SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA INFORMACION

Javier Barnes

La gran obra que ha de acometerse en nuestro tiempo no es “El capital”, sino “La información”¹

I. LA “SOCIEDAD DE LA INFORMACION” Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

¿Podría hablarse de un “Derecho Administrativo de la Información y de la Comunicación” en cuanto Derecho Administrativo característico *de* la sociedad de la información? ¿Cuáles serían en tal caso sus propiedades?

Para explorar esta cuestión, siquiera sea con el propósito de aventurar alguna hipótesis razonable, preciso es determinar con carácter preliminar qué entendemos por esa clase de sociedad.

La primera consideración que ha de hacerse se refiere, pues, a la idea de “sociedad de la información” (1). La segunda, a la naturaleza misma de esta reflexión y, en última instancia, a la función del cultivador del Derecho Administrativo (2).

1. Sobre la sociedad de la información

¹ Vid. K. Anér, *Privacy and Data Protection Legislation*, en A. Mowshowitz (editor), *Human Choice and Computers II*, Amsterdam 1980, pp. 151-165. Apud K. LENK, *Ausserrechtliche Grundlagen für das Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft. Zur Bedeutung von Information und Kommunikation in der Verwaltung* en Hoffman-Rien & Schmidt-Aßmann (editores), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2000. p. 68.

a) La sociedad de la información y del conocimiento y la economía global.

La “sociedad de la información” no es un concepto jurídico, como tampoco lo es la “sociedad industrial”. Su análisis conecta de inmediato con otras ciencias. De ordinario se utiliza en sentido descriptivo como sinónimo de “era de la información”. Sin pretensión alguna de introducirnos en el rico debate de las ciencias sociales y políticas, puede ser suficiente, a nuestro limitado propósito, con notar provisionalmente que representa una forma de economía y un tipo de sociedad postindustrial en el que el protagonismo de la producción y de la distribución de bienes se desplaza hacia la obtención, el procesamiento y la distribución de información. La información y el conocimiento se incorporan en todos los procesos materiales de producción y distribución.

La posición central de la información no es nueva, sin embargo. En la sociedad y economía industriales, como en la sociedad de la información, el conocimiento y el procesamiento de la información constituyen elementos fundamentales para el crecimiento económico, como acredita el ejemplo de la industria química basada en la ciencia². Lo que caracteriza a la revolución tecnológica actual no es el carácter central del conocimiento y de la información, sino la aplicación de esos conocimientos e información a aparatos de generación de conocimiento y procesamiento de la información y comunicación, en un círculo de retroalimentación acumulativo entre la innovación y sus usos. Las nuevas tecnologías de la información no son sólo herramientas que aplicar, sino procesos que desarrollar.³ Sostiene M. Castells que lo específico y singular de la denominada “economía informacional” reside en los cambios producidos por el nuevo paradigma tecnológico, como consecuencia de la *convergencia* de tecnologías (microelectrónica, informática, telecomunicaciones, ingeniería genética y biotecnología, etc.) capaces de crear un interfaz entre los distintos campos mediante un lenguaje digital común en el que la información se genera, se almacena, se recobra, se procesa y reutiliza, se transmite.⁴ Y esa especificidad consiste a la postre, a

² Cfr. M. Castells, *La era de la información*, vol. 1 *La sociedad red*, Alianza Editorial, se utiliza a estos efectos la segunda edición, Madrid, 2000, p. 134.

³ M. Castells, ob. cit. p. 62.

⁴ M. Castells, ob. cit. p. 60, 105–106, etc.

La primera característica del nuevo paradigma de la tecnología de la información consiste en que la información es su materia prima: son tecnologías para actuar sobre la información, no sólo información para actuar sobre la tecnología, como en las revoluciones tecnológicas previas (p. 103).

El segundo rasgo –y ello es esencial, añadimos nosotros, para el Derecho– reside en la capacidad de penetración de los efectos de las nuevas tecnologías: puesto que la información es una parte que

juicio del citado autor, en que la generalización de la producción y gestión basada en el conocimiento a todo el ámbito de los procesos económicos a escala global requerirá todo un conjunto de transformaciones sociales, culturales e institucionales de largo alcance. Las señas de identidad cultural e institucional del entero sistema social habrán de incluirse en la aplicación y difusión del nuevo paradigma tecnológico, del mismo modo que la economía industrial no se sustentó exclusivamente en el uso de nuevas fuentes de energía para la fabricación, sino en el surgimiento de una nueva división social y técnica del trabajo. Lo que ha cambiado, en suma, no es el tipo de actividades en las que participa la humanidad (agricultura, industria, servicios), sino su capacidad tecnológica de utilizar como una fuerza productiva directa la información en una economía globalizada.⁵

Algo análogo sucede con el Estado y la Administración pública: la información y la comunicación entre el Estado y la sociedad ha sido siempre un elemento esencial. Cuál sea el modelo de comunicación de nuestro tiempo, es lo que ha de indagarse.⁶

b) La sociedad de la información, parte de un proyecto político.

La sociedad de la información, así concebida, no se reduce ni circunscribe a un paradigma tecnológico. No es sinónimo de nuevas tecnologías de la información y del conocimiento. Ni es fruto tampoco de sí misma, esto es, el resultado inexorable de una simple evolución tecnológica, pretendidamente dissociada de la sociedad, de la economía y de la política. La sociedad de la información, por el contrario, nace indisolublemente interrelacionada con el proyecto político que recorre el mundo occidental. Piénsese, en efecto, en la estrecha relación que guarda con otras conocidas caracterizaciones de la sociedad actual (como sociedad red; sociedad del riesgo; etc.) o movimientos o tendencias como las siguientes:

– la *economía global*, entendida como una economía cuyos componentes nucleares poseen la capacidad institucional, organizativa y tecnológica de funcionar como una unidad en

acompaña a toda actividad humana, todos los procesos de nuestra existencia individual y colectiva están directamente moldeados por el nuevo paradigma tecnológico (*ibidem*).

Su cualidad más decisiva se localiza en su carácter integrador de tecnologías específicas, en su compleja morfología de red y en la interconexión de todos los sistemas (pp. 109 y 104 y ss.).

⁵ M. Castells, ob. cit. pp. 134–136. La economía global incluye los mercados financieros, el comercio internacional, la producción transnacional, la ciencia y la tecnología, el trabajo especializado (p. 137).

⁶ Véase más abajo III.4.

tiempo real o en tiempo establecido a escala planetaria⁷. Una globalización que se ha constituido políticamente por la acción de no pocos Estados y de ciertas organizaciones internacionales (FMI, OMC, BM, etc.) y no sólo como consecuencia del mercado, de la reestructuración de las empresas y de las nuevas tecnologías de la información;⁸

- La *desregulación* de la actividad económica interna (mercados financieros; etc.).
- La *liberalización* del comercio y la inversión internacional;
- la *privatización* de relevantes actividades económicas (telecomunicaciones, energía, correos, etc.);
- La colaboración entre el sector privado y la Administración;

Las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento han contribuido a la expansión de esos movimientos, al tiempo que se han adaptado a sus necesidades. Las nuevas tecnologías no habrían podido desarrollar por sí mismas esa globalización, si no es con la interconexión de ésta con las políticas de desregulación, privatización y liberalización del comercio y la inversión. Se trata, dicho de otro modo, de una sociedad de la información que va ligada a un conglomerado de movimientos y tendencias. Y a sus múltiples consecuencias y efectos.

La profunda interdependencia de estos y otros factores permite advertir que la locución “sociedad de la información”, en cuanto expresiva fórmula que sintetiza los colosales cambios sociales y económicos –y, desde luego, legislativos– que se inician en la década de los setenta, no es sino una abreviatura o simplificación, legítima desde luego, aunque, por simbólica, alusiva a una parte del todo.

La sociedad de la información podría conocer por hipótesis diversas fases, con el correr del tiempo, en su interrelación con los restantes elementos de cambio. Y, en tal caso, los historiadores podrían establecer su periodificación, como ha ocurrido con la economía y sociedad industriales. Lo que no cabe esperar, sin embargo, es que esa evolución de las tecnologías de la información y del conocimiento pueda concebirse aisladamente, si no es inserta en un modelo de economía y de sociedad, como ha sucedido igualmente con la imprenta y la máquina de vapor. Podrían sucederse, pues, distintos períodos o tipos de “sociedad de la información”, pero no serán sino imagen o trasunto de un proyecto político, de la convergencia e interacción de diversas fuerzas transformadoras económicas, sociales, etc.

Cómo se organice el trabajo, la empresa o la Administración pública no es el *resultado directo* de la tecnología disponible, sino de un conjunto de movimientos y, en definitiva, del modelo que queramos darnos. Como tampoco lo es la organización del gobierno electrónico, del

⁷ M. Castells, ob. cit. pp. 137; 136 y ss.; etc.

⁸ *Ibidem*, p. 184. 174, 172.

acceso a la información administrativa o de la protección de datos en el ámbito público.

Por consecuencia, la sociedad de la información tampoco puede resolverse para el Derecho Administrativo en un mero paradigma tecnológico, por más que de éste puedan derivarse o inducirse efectos multiplicadores sobre la cultura y la forma de concebirse a sí misma la Administración. Es mucho más que eso. O, por mejor decir, todo ello requiere un modelo, un concepto de Administración y, por consecuencia, una idea de Derecho Administrativo.

c) Hacia una comprensión amplia del “Derecho Administrativo de la Información”.

Así las cosas, si admitimos que la sociedad de la información representa mucho más que una sociedad dotada de las nuevas tecnologías de la información, no parece que el “Derecho Administrativo de la Información y de la Comunicación” (en adelante, abreviadamente, “de la Información”), como Derecho característico de esa sociedad, pueda reducirse o identificarse con un sector especial o una política pública o, si se prefiere, con el Derecho de las nuevas tecnologías en el ámbito de la Administración pública.

Sin embargo, el legislador y la Administración pública incurren con frecuencia en un cierto –y natural– reduccionismo conceptual cuando califican de “sociedad de la información” a las políticas que impulsan por su “contacto” con las nuevas tecnologías, en sintonía con la noción vulgar que de la sociedad de la información parece sostenerse.

Las políticas públicas relativas a la implantación de la sociedad de la información (comercio electrónico, firma electrónica, etc.), o las concernientes a la Administración electrónica utilizan sesgadamente la expresión para hacer referencia, bien al acceso o difusión de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento en las relaciones económicas, bien a la mera incorporación de aquéllas en el trabajo cotidiano de la Administración, o bien a las relaciones electrónicas Administración-ciudadano y a la prestación de servicios administrativos en red. A esta simplificación –que toma la parte por el todo–, se le añade, como en un segundo escalón, un segundo sesgo: el que trae causa de la aproximación, necesariamente fragmentada, de las políticas atinentes a la “sociedad de la información en versión reducida” a resultas del complejo reparto de competencias en el escenario interno, supranacional e internacional. Las políticas públicas que en esta materia emprenda un Ente local, la Comunidad Autónoma o instancia equivalente funcional a estos efectos, los órganos centrales del Estado, las autoridades comunitarias y tantas instituciones internacionales terminan por entenderse, a su vez, como “sociedad de la información”. Esa pérdida de perspectiva y la disolución de los contornos que ello entraña podría, dicho sea colateralmente, resultar pernicioso en el plano político, en particular y en lo que ahora interesa, en la escala europea, en la medida en que pueda inducir al error a los actores internos de identificar “sociedad de la información” con las actividades promovidas por las autoridades comunitarias, señaladamente con las que desempeña la Dirección General de Sociedad de la Información y Medios de Comunicación de la Comisión Europea, obviando

que las competencias comunitarias son ciertamente limitadas y se contraen sustancialmente al mundo que gira en derredor de la libre prestación de servicios de la sociedad de la información, esto es, en la justa proporción en que el Estado en su conjunto se limitara a secundar las directrices emanadas de la Unión Europea con olvido de otras dimensiones más ricas que a aquél corresponde desarrollar.

El “Derecho Administrativo de la Información”, en coherencia con cuanto ha quedado dicho, podrá ser una fórmula que se reserve para designar a aquel Derecho Administrativo que corra paralelo a la sociedad de la información, como sociedad postindustrial asociada a una economía globalizada, con sus respectivos fundamentos y efectos.

Del mismo modo que podría hablarse de un primer Derecho Administrativo –el propio del Estado liberal de Derecho del siglo XIX– y de un Derecho Administrativo del Estado social de Derecho, generado a lo largo del siglo XX, cada uno con su instrumental e instituciones característicos (“laissez-faire” vs. Intervencionismo), también podríamos hablar, y con mayor razón si nos atenemos a las consecuencias de este nuevo estadio, de un “Derecho Administrativo de la Información”. En esta evolución, conscientemente simplificada, cada fase ulterior absorbe y modula lo que la anterior ha establecido. Así, una misma herramienta ha podido adquirir un color y sentido distintos en una y otra época, en función del papel atribuido en cada caso al Estado y al Derecho Administrativo.

Por ejemplo, en el esquema (teóricamente) abstencionista del siglo XIX, en el que la Administración juega un papel limitado y negativo, el procedimiento administrativo se utilizará para maximizar la protección del individuo frente a la injerencia o intervención y adopta en consecuencia el modelo del proceso judicial (derechos de defensa, contradicción)⁹. En el siglo XX, el procedimiento incorpora una dimensión funcional al objeto de que la Administración pueda intervenir de forma activa en la sociedad, incrementar la legitimidad de sus decisiones como consecuencia de la participación y fijar los programas y políticas públicas; para ello se inspira en el modelo de producción normativa¹⁰. En nuestro tiempo, el procedimiento busca no ya sólo racionalizar el ejercicio del poder, sino la obtención y el procesamiento de información. El procedimiento pretende convertirse en un sistema de intercambio de información entre la Administración, el ciudadano y el mundo económico (modelo de comunicación)¹¹; se utiliza como instrumento para regular la autorregulación y asegurar que el poder privado satisfaga el interés general asociado a la actividad económica privatizada (procedimiento privado); o se trasvasan sus esquemas de control y transparencia a tantas instituciones y redes reguladoras que operan en el espacio administrativo internacional (“Derecho Administrativo Global”) ¹².

⁹ Por ejemplo, los primeros procedimientos de reclamaciones económico-administrativas, como atestiguan la Ley de 31 de diciembre de 1881, de bases, y su Reglamento, de la misma fecha.

¹⁰ Por ejemplo, los procedimientos de elaboración del planeamiento urbanístico.

¹¹ Así puede verse por ejemplo el procedimiento de elaboración del informe de evaluación estratégica ambiental.

¹² Para justificar este ejemplo, me remito a mi trabajo “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en J. Barnes (editor), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.

En otras palabras, la primera hipótesis puede formularse así: cabe sostener una noción amplia de Derecho Administrativo de la Información o, lo que es lo mismo, de un Derecho Administrativo de la Sociedad de la Información, en un doble sentido. Primero, para sustraernos de la concepción más simple que equipara el Derecho Administrativo de la Información con la implantación de las nuevas tecnologías en el ámbito administrativo; y, segundo y no menos trascendente, para enfatizar el entorno en el que se desenvuelven el conocimiento, la información y la comunicación (economía global, sociedad del riesgo, etc.) y sus efectos o consecuencias (nuevos métodos regulatorios y formas de Administración, etc.), esto es, para destacar el “modo de ser” de esa información. Desde este planteamiento, es rechazable la idea de que la ordenación jurídico-administrativa de la información constituiría un simple sector de la Parte Especial, así como la más sutil hipótesis de que la información y la comunicación, aun erigiéndose en los ejes del sistema, podrían concebirse en forma disociada o aislada de ese hábitat.¹³

Sostenemos, por tanto, una misma hipótesis a dos niveles: a) que la información representa la columna que recorre y vertebrata transversalmente el cuerpo, el elemento capaz de fermentar una nueva sistemática del Derecho Administrativo; y b) que el fenómeno de la información ha de abordarse dentro del contexto en el que ha nacido, esto es, en el esquema de un “modelo de comunicación” del Estado y de la Administración contemporáneas.

2. La perspectiva científica del Derecho Administrativo

Es obvio que la función del jurista excede en mucho de la glosa o comentario de las leyes (de acceso a la información, de protección de datos, de prestación de servicios en red, etc.) o de la jurisprudencia recaída (sobre la libertad de expresión en el seno de Internet, el derecho a la información y a la intimidad, por ejemplo). Su labor más

¹³ En cierto modo, en contra, R. Pitschas, “Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung”, en W. Hoffmann-Reim/E. Schmidt-Aßmann/G.F.Schuppert (Hrsg.): *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, pp. 219 y ss. Es el primer autor que, en la literatura alemana, hace uso de la expresión “Derecho Administrativo de la Información” en el citado artículo. En ese sentido, más restringido que el que aquí se sugiere, ha sido secundado por la doctrina de aquél país. Véase en español su trabajo “El Derecho Administrativo de la Información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico” en la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, cit. (nota 12), pp. 205 y ss.

genuina consiste en la investigación, esto es, en el estudio, análisis y construcción sistemáticos de las instituciones, la observación atenta del estado de cosas y la reflexión sobre la evolución de futuro..., con la ayuda de los conocimientos provenientes de otras ciencias auxiliares.¹⁴

A ese propósito, a partir de los datos normativos y jurisprudenciales, se hace necesario revisar las instituciones, principios y categorías clásicos para identificar los ajustes, cambios, ampliaciones o rehabilitaciones que, a resultas de los profundos cambios legislativos en el panorama comparado e internacional, sea preciso acometer. Obligado es igualmente analizar otras técnicas, incorporar nuevos modelos, atender a fenómenos que, aunque conocidos, presentan hoy un relieve más acusado. El estudio del sistema pasa inexcusablemente por la reconstrucción de la constelación que antes integraban las distintas instituciones clásicas, de la órbita gravitatoria que describían, en definitiva, por un análisis del nuevo peso específico adquirido y de las nuevas relaciones que esas instituciones traban entre sí como consecuencia de la reordenación de las piezas, viejas y nuevas, que componen el conjunto.

3. Recapitulación

a) la sociedad de la información como expresión de la sociedad y economía contemporáneas

La evolución hacia un sistema de comunicación Estado-ciudadano más abierto, interactivo y fluido constituye un proceso y un proyecto de nuestro tiempo, que en rigor está por encima de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento, aunque, sin duda, se vea fortalecido y facilitado por éstas. En la sociedad contemporánea, la información y la comunicación se convierten, sea en el mundo corporal del papel o en el mundo incorporal de los *bits* y *bytes*, en el eje de las relaciones entre la Administración y el ciudadano. El primer dato que

¹⁴ Véase E. Schmidt-Aßmann, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", en la obra colectiva cit. (nota 12) pp. 24 y s. Sobre el método apropiado para incorporar conocimientos de otras ciencias, con carácter general, véase, del mismo autor, el segundo capítulo de la obra citada. Por lo demás, como ejemplo paradigmático de la utilización de "ciencias auxiliares", en este caso de conocimientos derivados de las tecnologías de la información, puede verse la conocida obra de L. Lessig *Code and other laws of cyberspace* New York, NY Basic Books, 1999, que, aunque divulgativa, resulta elocuente a los efectos que aquí interesan.

Para un tratamiento específico de las "ciencias auxiliares" del Derecho Administrativo de la Información, véase T. Vestling, "Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungswissenschaft – Verkehrsregeln und Verkehrsströme", en Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004, pp. 282 y ss.

merece retener y no difuminar reside en el hecho de que la sociedad de la información contemporánea guarda una relación de dependencia e interacción con otros fenómenos políticos, económicos y sociales, como se ha notado. La europeización y globalización del Derecho Administrativo o, visto desde otra perspectiva, el colapso de la clásica distinción entre el plano interno y el global, de un lado, o la permeabilidad entre lo público y lo privado, entre la esfera de responsabilidades administrativas y ciudadanas, de otro, parecen formar parte del hábitat en el que crece y se desarrolla la sociedad de la información de nuestro tiempo.

b) La emergencia de un Derecho Administrativo de la Información

En suma, al interrogante de partida podría responderse en términos afirmativos. Si esa nueva sociedad y economía que, en términos sintéticos, hemos venido en llamar “de la información”, presenta rasgos singulares como comúnmente se admite, cabe esperar, desde luego, que el Derecho Administrativo termine por registrar esos cambios. Es posible hablar de un Derecho Administrativo de la Información siempre que entendamos que con la identificación de uno de los símbolos más significativos de nuestro tiempo –la información– pretendemos hacer referencia al “moderno Derecho Administrativo” que emerge a finales del siglo XX como consecuencia de la interacción de factores económicos, políticos, sociales, ambientales y tecnológicos, de enorme trascendencia.

Es más, y por decirlo en forma gráfica: si el Código Civil es a la sociedad y economía agrarias, lo que el Código de Comercio representa para la industrial, el Derecho Administrativo de la Información (que es Derecho Público y Derecho Privado pues de ambos se sirve la Administración)¹⁵ podrá convertirse en el sistema jurídico más simbólico de la nueva era. Ciertamente, los historiadores y el futuro podrán impugnar este paralelismo, pero la imagen ilustra vigorosamente acerca del significado del Derecho Administrativo en el siglo XXI.

En otro orden de consideraciones, podría hablarse por justa convención de un “Derecho Público de la Información”. Con ello puede aludirse a cosas diversas. En primer término y con un propósito pedagógico o de división del trabajo docente, puede tener pleno sentido acotar el ordenamiento jurídico de la información (o de algunas de sus partes,

¹⁵ Véase *infra* notas 27 y 28.

como Internet) bajo el perfil del Derecho Público. En segundo lugar, ya en el plano de la investigación científica y de la construcción de un sistema, puede igualmente resultar útil la visión de conjunto que ofrece el agrupamiento de las distintas disciplinas que lo integran, para aprehender mejor su profunda interacción¹⁶ y fomentar el inexcusable diálogo científico. Ahora bien, ello no puede significar, a nuestro juicio, que se disuelvan en un único sistema, esto es, que la información sea susceptible por sí misma de generar una nueva disciplina jurídica, con sus propios principios, objeto y método. Por su parte, el Derecho Constitucional “de la información y de la comunicación” o, si se prefiere, la “Constitución de la información”, como acontece con la “Constitución económica”, no representa un sistema científico propio y diferente del tronco común, una disciplina científica diversa. Identificar los elementos del subsistema (economía; información y comunicación; etc.) aporta perspectiva y coherencia al tiempo que permite extraer todas las virtualidades del conjunto. Pero la “materia” no posee fuerza transformadora para dotarle de autonomía científica¹⁷. El Derecho Administrativo, por otro lado, mantiene su distancia relativa y su autonomía respecto del Derecho Constitucional, como luego habrá ocasión de abundar. Cuestión distinta es que, como aquí se sugiere, habida cuenta la mayor flexibilidad del sistema científico del Derecho Administrativo, la información (con las adhéncias de su entorno) se convierta en hilo conductor para su reelaboración futura.

II. SOBRE LAS BASES CONCEPTUALES Y LA ORDENACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA INFORMACION

Aun sin olvidar, como ha quedado dicho, la inescindible relación que la sociedad de la información guarda con su entorno natural, es oportuno, siquiera sea a efectos metodológicos, hacer aquí abstracción de éste, en una disección ideal, y aislar el núcleo duro del sistema del Derecho Administrativo basado en la información, en la comunicación y en el conocimiento¹⁸. La exploración de los distintos enfoques no tiene

¹⁶ De entrada, a esta perspectiva le interesaría el conjunto de normas jurídico-públicas relativas a la información y a la comunicación de *todos* los poderes públicos, de éstos entre sí y con el ciudadano.

¹⁷ La “información” y la “comunicación” no constituyen magnitudes abstractas y disociadas de la acción del Estado y de la Administración pública. Es el “Estado que informa”, una “Administración en comunicación con el ciudadano”, un instrumento de dirección, algo que acompaña y ahorma las distintas técnicas y actividades, a la organización estatal, etc. Pero una y otra no viven en sí.

¹⁸ Sobre ese “entorno”, en rigor elementos connaturales en el momento presente, habremos de volver (cfr. III.4).

ahora otra finalidad que dejar anotada la necesidad de acometer la sistematización de la actividad informativa.

Aquí caben, desde luego, múltiples aproximaciones y análisis. La estructura básica y la ordenación de los elementos arquitecturales del Derecho Administrativo de la Información dependen, en última instancia, no ya sólo del criterio de clasificación que pueda barajarse, sino también del concepto amplio o estrecho que de la sociedad de la información pueda sostenerse.

1. El Derecho Administrativo de la sociedad de la información como el conjunto de normas que regulan las nuevas tecnologías.

Así, y por comenzar por este último extremo, si se postula una concepción reduccionista de la sociedad de la información, como sinónimo de nuevas tecnologías, posición ésta que, como se ha anotado, resulta rechazable por más de un concepto, el Derecho Administrativo de la Información será, sencillamente, el Derecho de las nuevas tecnologías en el ámbito administrativo. En esencia, le interesarán las relaciones electrónicas de las Administraciones entre sí y de éstas con el ciudadano y otros problemas asociados (software, acceso, protección, firma, notificación, seguridad, etc.); ya se trate de relaciones formalizadas en el marco de procedimientos para la toma de decisiones (unilaterales y contractuales), con las lógicas adaptaciones propias del medio; ya sean relaciones informales (de obtención o intercambio de información); o ya se trate, en fin, de prestación de servicios en red (obtención de documentos administrativos; declaraciones tributarias; etc.). Tal es la perspectiva que suelen adoptar –desde luego con toda legitimidad– las primeras normas de implantación de las nuevas tecnologías en la esfera externa de la Administración pública. Cuestión distinta es que el jurista deba elevarse más allá de esas concretas previsiones para ponerlas en su debido contexto y situarlas en el mapa más amplio de la sociedad de la información.

La Ley española 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, resulta ilustrativa de esta visión estrecha de la sociedad de la información (y de las consecuencias negativas que derivan de la falta de reflexión acerca de lo que las nuevas tecnologías implican para el modelo de Administración). En la Exposición de Motivos de esta Ley, antes denominada de “acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones Públicas”; y aun antes, en cuanto anteproyecto, de “Ley de Administración electrónica”, luce con meridiana claridad que la sociedad de la información que la Administración ha de procurar a los ciudadanos no es otra que la del paradigma tecnológico que ésta representa, esto es, el conjunto de tecnologías disponibles¹⁹.

¹⁹ Cfr. núms. I, II, III y IV.

El tema objeto de regulación es en rigor el procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración en el plano digital. Y así podría haberse denominado. Es el “negativo electrónico”, podríamos decir, de la Ley 30/1992. Es una Ley que corre paralela a la del procedimiento administrativo “en papel”. La propia estructura interna del texto (derechos y deberes procedimentales; régimen jurídico de la Administración; y gestión de los procedimientos) y la invocación de los títulos competenciales (Disposición Final Primera) así lo acreditan.

Ahora bien, la Ley carece de un concepto propio o innovador de procedimiento y, por consecuencia, de un modelo de Administración moderna (Administraciones en red; nuevas forma de trabajo en común; etc.) o de gobernanza (coordinación interadministrativa interna y más allá de las fronteras; colaboración público-privado; etc.)²⁰. En ese sentido, se asemeja más a una “ley de medidas” para la informatización o digitalización de las relaciones procedimentales, que a una norma con un proyecto sustantivo y con una noción de procedimiento como han podido soportar las leyes de procedimiento “de papel”, en las que se contenían la teoría general del acto administrativo y de los vicios; la teoría o sistema de la organización; la apuesta por un procedimiento como instrumento auxiliar al servicio de la mejor aplicación de la legalidad material o por un procedimiento que sirviera también como instrumento de dirección política para hallar la solución más adecuada (como sucede en el caso del planeamiento territorial; en la evaluación estratégica ambiental, etc.); la selección de algunos procedimientos tipo (de elaboración de normas reglamentarias en sus diversas especies; de prestación de actividades materiales); etc. Así las cosas, habida cuenta la falta de sustancia (a lo que no debe ser ajeno la sucesión de títulos de la Ley), resulta cuestionable su misma autonomía normativa y su convivencia en paralelo con la Ley 30/1992 o de “procedimiento en papel” (por ejemplo, el derecho a comunicarse electrónicamente, eje del proyecto y vía para impulsar indirectamente el equipamiento adecuado por parte de la Administración, bien podría haberse incluido en un art. “35 bis” de la citada Ley; etc.).

Podría afirmarse, pues, que se trata de una norma que pretende la transformación del papel en “bits” y “bytes”, mediante la “canalización”, eso sí, electrónica. No entraña innovación alguna del tradicional concepto de procedimiento, tal y como, nótese bien, la sociedad de la información paradójicamente demanda.²¹ Desde ese planteamiento, en fin, no se hace cuestión alguna acerca de si el escenario de la “Administración electrónica”, junto a otros movimientos y revoluciones, exige, más que una mera adición de normas, una integración, esto es, la construcción de una nueva comprensión o teoría general del procedimiento que cristalice en la legislación de procedimiento²².

Supone, desde otro ángulo, una casi mimética transposición, poco meditada, de la cultura de la imprenta, en la que han crecido el acto, el procedimiento, la organización o el modo de trabajo, etc. a la cultura o entorno digital. Es en ese sentido una Ley en exceso apegada a la idea de la “Administración en papel” (ni tan siquiera extrae las consecuencias que la misma tecnología proporciona para concebir el registro como base de datos accesible; o las potencialidades que la “información pública”, por expresarlo en la fórmula conocida aunque pobre en términos digitales, encierra para un salto cualitativo desde el punto de vista de un nuevo modelo de comunicación Administración-ciudadano). Uno de los retos de la teoría del procedimiento en la sociedad actual consiste en la transferencia y adaptación de determinados valores y principios (transparencia, control, etc.) en los procedimientos privados. Nada de ello ha sido, sin embargo, advertido por la Ley, que no sólo no extiende sus previsiones a los sectores privatizados (energía, telecomunicaciones, etc.), sino que,

²⁰ La referencia en el terreno de los principios, a la cooperación se circunscribe a los aspectos técnicos o de infraestructura de la comunicación (por ejemplo, art. 4.e del Proyecto de Ley o el mismo Título Cuarto, intitulado “Cooperación entre Administraciones para el impulso de la Administración electrónica”). Nada se establece sobre las formas de trabajo en común.

²¹ Sobre el tema, me remito a las más amplias consideraciones que se contienen en mi trabajo “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, cit. (nota 12) pp. 263 y ss., y 301 y ss.

²² *Ibidem*.

sorprendentemente, excluye su aplicación a las mismas Administraciones públicas cuando se someten al Derecho privado (art. 2.2).

Y se trata además, en cuanto al procedimiento se refiere, de relaciones esencialmente bilaterales (Administración-ciudadano), no multilaterales (Administración-multiplicidad de ciudadanos), ni entre las Administraciones entre sí. Nada dice tampoco sobre los contenidos: ni se establece una obligación general, o sectorial, de publicación electrónica. El canal puede abrirse y carecer, sin embargo, de contenido. La publicación de normas en diarios o la de actos y resoluciones en tabloneros podrá –potestativamente– ser publicada en sede electrónica.²³

Cuanto ha quedado dicho no significa que el texto merezca una valoración negativa, bien por lo que dice representar en punto a la sociedad de la información, bien por lo que no dice y omite (ausencia de un concepto de procedimiento, etc.). Cuestión distinta es que no deba llamarse “sociedad de la información” a todo lo que toque el legislador en este terreno y que resulte superficial mimetizar el modelo del procedimiento en papel. La extensión de las nuevas tecnologías a tantos ámbitos de la vida pública, al margen de los afirmaciones propagandísticas de la última década, constituye un paso necesario y obligado. Tan sólo se pretende aquí destacar que, desde un punto de vista científico, no representa más que una pequeña pieza, la apertura de un nuevo soporte tecnológico en las relaciones con la Administración, en absoluto equiparable a lo que sociedad de la información supone y significa. No es suficiente con reformar la legislación de procedimiento para autorizar la comunicación electrónica. La reflexión académica no debe dejarse atrapar por este plano.

En un nivel intermedio, que trasciende en algo esa dimensión plana de mera interiorización de las nuevas tecnologías que luce en las normas de primera generación, se sitúan otras iniciativas públicas, como las relativas a la Administración electrónica o “eGovernment” promovidas por la Unión Europea y, más aún, por tantas otras instituciones internacionales o Estados²⁴, y desde los que se postula una utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en el seno de las Administraciones públicas asociada a ciertas reformas de la organización administrativa y del modo de trabajo para alcanzar una mejor prestación de los servicios públicos y una más intensa participación ciudadana y colaboración del sector privado en las políticas públicas; así como la inclusión de todas las capas de la población y de todos los territorios; etc. Se trata, no obstante ello, de acciones, programas o propuestas que no agotan ni definen, como es natural, las bases conceptuales del Derecho Administrativo de la Información, aunque encierran, eso sí, un importante debate acerca de la Administración que deseamos darnos en la nueva sociedad y economía de la información.

²³ Más ambiciosa resultan otros referentes cercanos en el espacio y en el tiempo, como el “Codice dell’amministrazione digitale” italiana, aprobado por Decreto Legislativo de 7 de marzo de 2005, n. 82.

²⁴ Baste la remisión, dentro del sistema de las Naciones Unidas, a la UNPAN (“United Nations Online Network in Public Administration and Finance”) y sus divisiones y programas, en particular UN Public Administration Programme (“Global Forum on Reinventing Government”) o los estudios e informes sobre “e-Government” (véase <http://www.unpan.org/egovgovernment.asp>).

2. La comprensión científica del Derecho Administrativo de la Información.

El hallazgo y construcción de las bases conceptuales del Derecho Administrativo de la Información es obra preferente de la doctrina, a partir desde luego de los datos normativos y jurisprudenciales y del diálogo científico metodológicamente apropiado con las ciencias auxiliares, en el campo de la teoría de la ciencia y de la información²⁵. Es necesario situarse en un escalón superior.

Desde esta perspectiva, que incorpora una tercera dimensión, son múltiples también los intentos que se pueden ensayar para aprehender su contenido. No se trata, sin embargo, de un problema cognoscitivo o de ordenación de un conjunto a los solos efectos de su comprensión, sino de identificar la estructura interna, las bases que den luz y sentido a los distintos elementos, de construir en definitiva un sistema coherente sobre las claves y premisas jurídicas adecuadas, al objeto, nótese bien, de extraer la máxima virtualidad de los valores y de los principios que han de presidir esta disciplina jurídica. Dado además el cambio vertiginoso del paradigma tecnológico y de la economía global, cualquier aproximación habrá de someterse a una constante revisión.²⁶

A título de ejemplo, cabría esbozar de entrada tres esquemas o “modelos”:

- a) El primero y más simple se resolvería en concebir el Derecho Administrativo de la Información como un sector más del Derecho Administrativo Especial, en el que se incluirían las normas relativas a las nuevas tecnologías en el ámbito de la Administración pública; la ordenación jurídica de las telecomunicaciones; el régimen jurídico-público de Internet; las actividades administrativas de acreditación; las funciones de la Administración en relación con el comercio electrónico; la ordenación jurídica de la ciencia; etc. Las deficiencias de esta aproximación saltan a la vista: sitúa artificialmente en un solo campo o sector un conjunto muy heterogéneo de actividades, potestades y técnicas, cuyo único punto en común radicaría en su relación próxima con las tecnologías de la información y del

²⁵ Véase nota núm. 14.

²⁶ Por ejemplo, las tendencias tecnológicas emergentes, tales como la migración hacia redes de muy alta velocidad, tecnologías inalámbricas omnipresentes, web 2.0, la Internet de los objetos, Grids, nuevas arquitecturas de redes, servicios basados en Internet, interfaces de usuario, contenidos creados por los usuarios y redes sociales en línea, etc., así como otras muchas aplicaciones de la nanotecnología o de la identificación por radio frecuencia (RFIT), plantean nuevos retos y necesidades a las relaciones entre la Administración y el ciudadano. La técnica revoluciona, el Derecho evoluciona. La cuestión fundamental –a nuestro propósito– no es, sin embargo, si tal evolución requiere una nueva norma, sino un cambio de concepto.

conocimiento. Por excesivamente descriptiva y “aislacionista”, dificulta la inducción hacia categorías más elevadas (autorregulación regulada, servicio universal, gobernanza, libertades informativas...) y minusvalora los efectos de largo alcance que la sociedad de la información es susceptible de irradiar sobre el entero sistema del Derecho Administrativo. Es un modelo de “exclusión”, por lo demás ingenuo, como lo habría sido cualquier intento de categorización de variados instrumentos jurídicos en función exclusivamente de su “contacto” o cercanía con la tecnología de la imprenta.

- b) El enfoque contrario –de inclusión– consistiría en volcar sobre el molde tradicional en el que se estructura el sistema del Derecho Administrativo nacional (o supranacional) los elementos característicos del ordenamiento de la información. Así, por ejemplo, en el estudio del procedimiento administrativo se abordaría el procedimiento electrónico; en la contratación, la subasta electrónica; en el análisis del servicio público “a la francesa”, el servicio universal o servicio público de origen norteamericano; en la organización administrativa piramidal clásica, la inclusión de otras fórmulas organizativas en red y de trabajo en común; en la coordinación y cooperación administrativas, se reflexionaría sobre la colaboración de carácter informativo entre todas las Administraciones; etc., y donde sólo algunos “elementos”, como la ordenación de las telecomunicaciones, de la ciencia, del sector audiovisual, etc., quedarían comprendidos como sectores especiales.

La debilidad de este modelo de integración radica en su mismo punto de partida: en la conservación del molde clásico de la disciplina y la consiguiente renuncia a introducir nuevas categorías y una nueva sistemática como parece demandar la confluencia de la sociedad de la información con otros fenómenos, como ya notábamos.

Este modelo de mera yuxtaposición, aunque permite la adición de muchos elementos de la ordenación jurídica de la información en el esquema clásico, no sólo deja fuera de la consideración del sistema, como se ha dicho, esos otros fenómenos que esconden una estrecha relación con la información o instituciones que hasta ahora han podido ser marginales dentro de la disciplina, sino que además resulta incapaz de dar cuenta de la relación de proporcionalidad que las nuevas categorías en la realidad guardan con las clásicas: si la Administración en red representa una modalidad menor y excepcional, como un mero apéndice, o constituye, por el contrario, el modelo de normalidad; si la colaboración de carácter informativo es una manifestación simplemente de la coordinación y cooperación

o su expresión más sustantiva; cuál sea el impacto y significado reales del modelo negociado y de colaboración público-privado frente al regulatorio en determinados sectores; etc.

- c) Un tercer esquema, de mayor elaboración y fertilidad, descansaría en los derechos fundamentales relacionados con la información, con todo lo que ello entraña. Desde esa perspectiva, las bases del sistema se situarían en las libertades informativas (de informar y a ser informado; libertad de expresión) y en la protección de la intimidad y de los datos personales. Esas premisas constitucionales se convertirían en los pilares capaces de polarizar en su derredor vastas extensiones del Derecho Administrativo de la Información. Esta aproximación se defiende por sí misma y se encuentra, al menos latente, en numerosos estudios, reformas legislativas y jurisprudencias a escala nacional, regional y global. Posee la evidente virtualidad de enfatizar que el ciudadano y sus libertades informativas se erigen en el centro del sistema de la sociedad de la información y del conocimiento y la razón de ser última de tantas políticas instrumentales, como las relativas a las telecomunicaciones, la defensa de la competencia, la Administración electrónica, el acceso a la información administrativa, etc. Ha de ser completada, sin embargo, por otros bienes y derechos constitucionales: la igualdad de todos en el acceso a los bienes de la información y del conocimiento y a las nuevas tecnologías que les sirven de soporte (arts. 9.2 y 14 en relación con el art. 20 CE); la propiedad privada (derechos de autor en el mundo digital) y su frontera con el “dominio público” o disfrute colectivo de los bienes de la información; también, la libertad de asociación y reunión (comunidades virtuales en Internet; reuniones a través de la red; etc.); libertad de empresa (libre comercio electrónico); etc. En su conjunto y por lo que hace al Derecho Administrativo, el anclaje en los derechos fundamentales permite fundamentar con mayor hondura la dimensión individual y subjetiva que ha de presidir la ordenación de la información.

La constitucionalización del Derecho Administrativo de la Información es, sin duda, un elemento obligado del sistema. Recuerda además la necesidad de transponer al Derecho Privado los valores que estos derechos encarnan, ante un escenario de privatización y de desregulación, en el que no pocas injerencias o insuficiencias prestacionales traen su origen, no del poder público, sino de los agentes privados. Al fin y al cabo, el Derecho Administrativo es Derecho Público y, en medida nada despreciable,

Derecho Privado²⁷. El Derecho Administrativo del siglo XXI ha de racionalizar una nueva relación y reparto entre el poder público y el sector (y poder) privado.²⁸

Esta aproximación, en fin, no proporciona sino el marco a modo de premisa, enriquecido por otra parte por no pocos referentes básicos del Derecho Europeo, del Convenio²⁹ y de la Unión³⁰, y de tantas instituciones internacionales³¹, pues –sean o no siempre reconducibles de forma inmediata y directa hacia esos derechos– constituyen elementos dados que han de ser incorporados al sistema.

Preciso es, sin embargo, estructurar –y concretar– otros elementos que no se resuelven sin más, ni de forma unívoca, con esas bases constitucionales³². El Derecho Administrativo como disciplina jurídica de la información y de la comunicación ha de comenzar por el estudio de la información y la comunicación en sí mismas consideradas a fin de discernir el impacto que éstas producen en su propia sistemática, en la línea de lo que se ha apuntado en las páginas precedentes. Las infraestructuras de la comunicación; el tratamiento de la información relativa a las personas; las relaciones de carácter informativo entre la Administración y el ciudadano, y de las Administraciones entre sí, señaladamente en el espacio europeo; o la Administración electrónica, constituyen pasos obligados del análisis. Sin embargo, como luego se insistirá, el Derecho

²⁷ Cfr. E. Schmidt-Aßmann, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, cit. (nota 12), p. 32.

²⁸ Véase Aman, Alfred C., “Administrative Law for a New Century”. Province of Administrative Law, M. Taggart, (ed.), Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 90 y ss., 98 y s., 105, 117.

²⁹ “Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data”, de 28 de enero de 1981, con su enmienda de 1999 y Protocolo Adicional de 2001; “Declaration on Freedom of Communication on the Internet”, de 28 de mayo de 2003; etc.

³⁰ Dejando al margen las normas relativas a la propia Administración comunitaria (por ejemplo, arts. 255, 285 ó 286 del TCE), el Derecho derivado ha multiplicado sus impulsos (medio ambiente, protección de datos; liberalización del tráfico de datos, etc.). La estructura asociativa que para el trabajo en común conforman las Administraciones del espacio europeo es ante todo una estructura de carácter y contenido informativo. A tal efecto, se destaca la importancia de garantizar la calidad y fiabilidad de la información. Véase en tal sentido, E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2º edición, Berlin Heidelberg, 2004. p. 280.

³¹ Por ejemplo, “International Programme for the Development of Communication” (IPDC), de la UNESCO, que tiene por objeto promover la libertad y el pluralismo de los medios en los países en desarrollo y en transición; el documento “Electronic Commerce Taxation Framework Conditions”, de la OCDE, de 8 de octubre de 1998, por el que los países de la OCDE se comprometen a actuar de consuno en la materia; la “Geneva Ministerial Declaration on Global Electronic Commerce” de la Organización Mundial del Comercio, de 1998; etc.

³² Por ejemplo, la síntesis dialéctica entre la “protección de datos” y el “acceso a la información”. Cuáles sean los términos de ese equilibrio, la concreta proporción entre ambos elementos, es algo que habrá de remitirse, en cada tiempo y lugar, a un complejo conjunto de reglas o principios *generales* y de criterios *específicos* de carácter sectorial. De ello ha de ocuparse el Derecho Administrativo. Cfr. *Prólogo* a la obra de E. Guichot, Datos personales y Administración pública, Thomson-Civitas, 2005, p. 15.

Administrativo de Información no puede sustraerse del estudio de los factores que determinan el modelo actual de comunicación.

Dicho de otro modo: este enfoque, aunque irrenunciable y pleno de virtualidades, no constituye sino el primer estadio. Esos son los pilares, pero el edificio ha de ser levantado.

La Constitución representa la base (limita, impone e impregna), pero no resuelve por sí misma los clásicos problemas de organización y de toma de decisiones de la Administración pública, ni el flujo de información que a estos procesos subyace. Tal reconstrucción corresponde al Derecho Administrativo, como seguidamente se apunta.

3. Conclusión

En realidad, la sistematización más profunda, en coherencia con la hipótesis planteada –el Derecho Administrativo de la Información como columna que recorre transversalmente la disciplina– pasa por una sabia conjugación de lo positivo que cada perspectiva ofrece: los fundamentos constitucionales como nutriente básico; la instalación de la información, de la comunicación y del conocimiento en el interior de cada una de las instituciones del Derecho Administrativo; la elaboración de nuevas categorías; la identificación de las nuevas relaciones recíprocas que, a resultas de esas operaciones, guarden entre sí las distintas instituciones, con la consiguiente reordenación de la Parte General.

No quiere ello decir, sin embargo, que la reflexión sobre los desafíos actuales del Derecho Administrativo pueda circunscribirse a una tarea de mera sistematización –y reconstrucción– de sus dogmas, por relevante que ello sea. En momentos de cambio profundo, el estudio sistemático de las normas positivas y la comprensión científica (“dogmática”) que de ahí pueda derivarse requiere además una cierta apertura y colaboración con otras ciencias. Frente a una ciencia dogmática, exclusivamente dedicada a la interpretación de textos jurídicos y al estudio de las instituciones legales, cabría oponer, por decirlo en términos muy simples, una ciencia del Derecho Administrativo más interdisciplinar.³³

³³ Véanse notas 14 y 25.

El futuro desvelará la conveniencia, la forma y la intensidad con que deban de revisarse los fundamentos del Derecho Administrativo, como consecuencia de los cambios que la información y la comunicación puedan demandar. La construcción de un Derecho Administrativo de la Información no consiste en la mera adición de nuevos contenidos; parece exigir una transformación inmanente³⁴. El Derecho Administrativo del futuro será un Derecho Administrativo de la Información³⁵. Al fin y al cabo, la información, la comunicación y el conocimiento se encuentran en la base de toda forma de actuación administrativa (y privada), cualquiera que sea ésta (acto, contrato, norma, plan, actuaciones materiales, actuaciones consensuadas, mecanismos de autorregulación regulada, prestación de servicios públicos, etc.). Todas estas técnicas presuponen y requieren información para ser eficaces.³⁶

Cómo se construya la comunicación entre el ciudadano y la Administración; cómo se organice ésta internamente para la mejor obtención, procesamiento y uso de la información; cómo se regule la colaboración con el sector privado; o se protejan los datos personales en los distintos escenarios y sectores, es algo que importa y compete al sistema científico del Derecho Administrativo. Y, más en concreto, cómo se interiorice en el corazón de las instituciones clásicas la información y la comunicación de las Administraciones entre sí y de éstas con el ciudadano³⁷ o se actualicen o perfilen nuevas figuras y técnicas.³⁸

³⁴ E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), p. 284. También en la primera edición española (*La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, INAP – Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 293).

³⁵ Cfr. T. Vestling, “Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungswissenschaft – Verkehrsregeln und Verkehrsströme”, cit. (nota 14) p. 253 (284); en sentido análogo, Albers, *Information als neue Dimension im Recht. Rechts-theorie* 2002, pp. 61 y ss. E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), p. 279.

³⁶ E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), p. 278; también en *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, cit. (nota 34) 288.

³⁷ Por ejemplo, el acto administrativo como declaración de información o de conocimiento; el procedimiento como mecanismo de intercambio de información entre la Administración y el ciudadano; la organización administrativa entendida como sistema de generación y procesamiento de información; las fórmulas de consenso y colaboración público-privado basadas en la comunicación; la configuración del planeamiento territorial como “imagen en movimiento”, más que como una “foto fija”, adaptable con flexibilidad a las nuevas circunstancias advertidas por medio de controles adecuados (esto es, de una información precisa sobre los efectos negativos o indeseados sobrevenidos); etc., etc.

³⁸ Por ejemplo, el análisis de la creciente actividad administrativa no formalizada; de las nuevas competencias administrativas de acreditación, seguridad y control, de garantía de una información de calidad; la sistematización de la comunicación administrativa de carácter no vinculante; el estudio de las renovadas perspectivas de la vinculación y programación de la Administración a través de otras estructuras o métodos de dirección, como la organización y el procedimiento; nuevos modelos de regulación basados en el consenso y la colaboración, en la información; etc. Sobre estos y otros supuestos, *vid.* E. Schmidt-Aßmann, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, cit. (nota 12) *in totum*.

La sociedad de la información no puede implantarse sin la mediación de un Derecho Administrativo renovado que haga realidad los derechos constitucionales implicados (el derecho a ser informado, a la protección de la intimidad y de los datos personales, etc.); que establezca nuevos mecanismos de responsabilidad extracontractual y de control; que garantice las infraestructuras de la comunicación y el acceso de todos a los bienes de la cultura, de la ciencia y de la información; etc. Ha de estructurar todo su instrumental (procedimientos, organización, métodos de regulación basados en la información, etc.) para asegurar su plena efectividad.

Un Estado y una Administración que informan, en el contexto de la sociedad de la información y del conocimiento, de la economía globalizada y de la sociedad del riesgo, no representan desde luego un fenómeno secundario. Desde la Parte Especial del Derecho Administrativo (medio ambiente; economía; investigación científica y técnica; etc.) saltan a la vista los efectos multiplicadores de la información y el conocimiento de cara a la dirección de cada una de las políticas públicas y a la elección de los instrumentos y técnicas a su servicio.³⁹ No es ya que la información y la comunicación hayan de tener un sitio en la teoría general del Derecho Administrativo, es que *son* “Parte General”.

III. ELEMENTOS, MATERIALES Y PERSPECTIVAS

Es prematuro avanzar el mapa de lo que pueda ser el Derecho Administrativo de la Información. Más allá de los enfoques que quepa ensayar, en la línea de cuanto ha quedado anotado, acaso puedan añadirse finalmente algunos elementos o perspectivas, a modo de materiales para la reflexión. En el limitado espacio de estas páginas,

³⁹ Aunque en un sentido y contexto diferente, conviene recordar las palabras de Karl W. Deutsch: “It might be profitable to look upon government somewhat less as a problem of power and somewhat more as a problem of steering. Steering is a matter of communication, and information is absolutely essential for communication.” (cfr. *The Nerves of Government: Models of Political Communication and Control*, 2ª ed., New York, Free Press, p.XXVII). Desde ese esquema, Deutsch destaca, de un lado, que el Ejecutivo y la Administración han de cumplir nuevas funciones en la medida en que tienen en sus manos el mayor almacén de datos públicos; y, de otro, que han de ser conscientes de que las causas de los fracasos de la políticas públicas pueden obedecer a una inadecuada o incorrecta información: “the overvaluation of the near over the far, the familiar over the new, the past over the present, and the present over the future.” (*ibidem*).

“This greater emphasis upon information means that governments must become increasingly sophisticated, especially more dependent upon outside knowledge-producing sources, such as “think tanks” whose definitions of new realities and speculative ideas inform the policy alternatives available to administrators; and this change in particular is the essence of political “modernization” within Western industrial societies” (*ibidem*).

baste con recordar algunas breves consideraciones en torno a cuatro puntos seleccionados

1. Las cláusulas del Estado de Derecho, el principio democrático y los derechos fundamentales. La Constitución de la información y de la comunicación.

Entre los elementos constitucionales que sirven de base y fundamento del Derecho Administrativo han de destacarse los siguientes: a) los principios democrático y de Estado de Derecho; b) la información y la comunicación como objetivos y fines esenciales del Estado (procura de información; remoción de obstáculos para que el acceso a la información en condiciones de igualdad sea real y efectivo; establecimiento de las infraestructuras y de un marco jurídico de comunicación en libertad; etc.); c) los derechos y libertades en su dimensión informativa, a los que antes se ha hecho referencia; d) las competencias de la Administración de la información y del conocimiento; e) los servicios públicos en el ámbito de la Administración.⁴⁰

Los referentes estructurales no se agotan en el ámbito interno, menos aún en una sociedad globalizada. De entrada, en nuestro ámbito regional (Derecho de la Unión y del Convenio), el sistema de gobierno en diferentes niveles, que caracteriza a Europa, remite a una suerte de entrelazamiento de las Constituciones nacionales y europea y de sus respectivas fuentes del Derecho⁴¹. A la interacción y colaboración de las Administraciones del espacio europeo le sigue un entrelazamiento de Constituciones.⁴² En ese contexto, los sistemas de Derecho

⁴⁰ Nuestra Constitución no se ha actualizado, por ejemplo, para consagrar el servicio universal en el ámbito de las telecomunicaciones o de correos, como han hecho otras, aunque, eso sí, ofrece una estructura mucho más moderna y capaz que nuestras tradicionales Constituciones de referencia. Construcciones como la jurisprudencial alemana en torno a la “autodeterminación informativa”, más allá de su simbolismo, pueden no ser necesarias en nuestro caso.

⁴¹ El carácter vocacionalmente relacional del Derecho estatal y del Derecho de la Unión Europea adquiere notas singulares cuando se proyecta sobre las respectivas *Constituciones*, las nacionales y la de la Unión, puesto que a ellas se les ha de confiar la *dirección* o *impulso* positivos de ese flujo o relación, así como la definición de los límites recíprocos. Las tradicionales relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros comienzan a concebirse como una cuestión de relación entre Constituciones. Y, aun cuando sea cierto que las Constituciones no fueron pensadas para entenderse las unas con las otras, ahora tienen planteado el reto de la convivencia, no ya sólo entre sí, sino con la europea.

Sobre el tema, véase P. Cruz, *Constitución nacional y Constitución europea*, en del mismo autor *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 148, 134 y s.

⁴² *Vid.* E. Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee*, cit. (nota 30) p. 393. El “espacio constitucional europeo”, base del espacio administrativo europeo, no se circunscribe a la garantía de la primacía y supremacías, sino que, en un sentido positivo e integrador, tiende a despejar disfunciones y a establecer puntos de encuentro.

Administrativo, nacional y europeo, conforman tendencialmente una suerte de red cuyo objeto reside en facilitar la “infraestructura jurídica” por la que pueda circular la información y la comunicación administrativas. A escala internacional y global, los referentes estructurales, en cuanto mínimo común denominador, pueden presentarse más difusos. En este plano se asiste a un complejo proceso de dirección en continuo cambio e interacción –la gobernanza– que afecta a los elementos más relevantes (Internet, telecomunicaciones, e-government, etc.).

La cláusula del Estado de Derecho y el principio democrático constituyen las premisas que habrán de proyectarse sobre la “actividad administrativa de la información” a nivel nacional, regional y global, en primer término por su impacto sobre los derechos fundamentales. El muro defensivo que éstos levantan ha de extenderse a la información que almacena, procesa, utiliza y emite la Administración, a fin de conjurar los peligros que para la libertad individual puedan derivarse de aquélla, mediante el recurso a las técnicas clásicas (límites frente a la actividad limitadora)⁴³. Con todo, las singularidades y potenciales efectos que la información en el marco de las nuevas tecnologías pueden representar para la posición jurídica del ciudadano obligan, bien a fortalecer algunas de estas técnicas, bien a establecer nuevos mecanismos de control. El examen de la legitimidad del fin y el test de proporcionalidad (de los medios); la estricta observancia del ejercicio de las potestades administrativas a los fines que las justifican; la transparencia y el control de la Administración mediante una opinión pública bien informada; el establecimiento de prohibiciones específicas sobre el uso de la información en algunos sectores y nuevos derechos de cancelación; la creación de organizaciones públicas, privadas y mixtas; la introducción de nuevas reglas de procedimiento; la

⁴³ A efectos ilustrativos podrían clasificarse como sigue. Como presupuesto, ha de analizarse si la intervención pública cae dentro del ámbito materialmente protegido por el derecho de que se trate y, en su caso, si incide sobre el contenido constitucionalmente garantizado.

En segundo lugar, si la intervención pública supera los controles que podríamos llamar *externos* (por ajenos, en rigor, al contenido del derecho): en particular, si respeta la reserva de ley para la regulación de su ejercicio (reserva de ley genera ex art. 53.1 CE, en nuestro caso, y las específicas que hayan podido establecerse respecto de cada derecho); si la finalidad de la injerencia resulta legítima en sí misma y no es arbitraria; si la intervención es proporcionada en relación con el fin (art. 1.1 C.E.); si no vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 14 C.E.); si es respetuosa con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.); si se han seguido las normas de procedimiento en su caso establecidas.

Ha de indagarse si la intervención pública sobre el dominio aprueba el *test* más importante, el interno, que mira al contenido mismo del derecho: si la ley delimitadora no desborda el contenido esencial; y, en caso contrario, si ha previsto la correspondiente indemnización; y, cualquiera que sea la forma de privación, material o formal, si el justiprecio constituye un equivalente económico por guardar el adecuado equilibrio entre el perjuicio producido y el interés general. Sobre este tema y para su ejemplificación respecto del derecho de propiedad, puede verse mi trabajo sobre la propiedad en la Constitución española de 1978, en la obra colectiva por mi coordinada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, Tecnos, Madrid, 1996.

extensión de la reserva de ley a nuevos ámbitos ; etc. son algunas de los elementos susceptibles de un mayor desarrollo y adaptación.⁴⁴

En realidad, el paso de la cultura de la imprenta a la cultura digital y su convergencia con los movimientos, revoluciones y tendencias a que aquí se han hecho alusión habrá de generar profundas transformaciones en el Derecho Público. En lo que a los derechos y libertades concierne, no pocos contenidos, límites, ponderaciones, vertientes o dimensiones habrán de reelaborarse.

En este contexto, conviene recordar el principio más básico del sistema. Por expresarlo en nuestros términos: el derecho de todos a acceder a los bienes de la cultura, de la ciencia, del conocimiento y de la información en condiciones de igualdad real y efectiva, y a las tecnologías que les sirven de soporte, y que podríamos simbolizar en los arts. 9.2, 14 y 20, entre otros, de la Constitución de 1978. Esta especie de supraprincipio que pone en conexión todo un conjunto de derechos y principios fundamentales sirve para expresar, entre otras cosas, no ya la obligada acción positiva de los poderes públicos y la función negativa o de límite frente a la actividad limitadora, sino, nótese bien, que los derechos y libertades, y las condiciones reales y efectivas para su ejercicio, resultan hoy inescindibles de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, en la medida en que vivan y se desarrollen a su través. Son múltiples las consecuencias y directrices que cabría derivar para el sistema. Desde la fijación de cuantía de las tasas radioeléctricas que la Administración exige a las operadoras –y que éstas inevitablemente terminan por repercutir en el “usuario” de la telefonía móvil (léase, ciudadano de la sociedad de la información)–, hasta las iniciativas de digitalización de la información pública, todo ha de ser enjuiciado a la luz de ese principio vertebrador.⁴⁵

⁴⁴ En sentido análogo, E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), p. 281; también en *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, cit. (nota 34) 291.

⁴⁵ Por ejemplo, la decisión de la Ley 2/2007, de 5 de junio, sobre el “Diari Oficial” de la Generalitat de Cataluña, y el Acuerdo GOV/87/2007, de 19 de junio, de publicar el diario oficial en una versión exclusivamente digital, sin perjuicio de otros méritos, podría resultar criticable desde la perspectiva que arroja el referido principio constitucional. Como ya advertían los planteamientos más “clásicos” (en términos de velocidad de la sociedad de la información), no basta con garantizar que los ciudadanos tengan acceso a la infraestructura técnica que da entrada y soporte a la información o a los servicios públicos, en este caso al Diario Oficial, sino que es preciso, entre otras cosas, garantizar la alfabetización de todos. De ahí que mientras no se alcancen elevadas cotas de alfabetización digital, en particular de las capas, segmentos y edades más desfavorecidas, resulta obligado mantener la dualidad de tecnologías, la de la imprenta y la digital, aunque ésta pueda tener la “primacía”. De lo contrario, no es difícil obtener un resultado contrario al apetecido y elevar el muro digital. No se trata ya sólo de un argumento “formal” (toda presunción legal ha de aproximarse a la realidad; y la presunción de conocimiento de las normas, actos y disposiciones anudada a la publicidad oficial puede alejarse de esa realidad cuando un porcentaje significativo no sabe leer en el entorno digital), sino también de un criterio sustantivo: la universalidad, neutralidad e igualdad en el acceso a la información, derivables del Estado social y democrático de Derecho.

La vertiente participativa y prestacional de los derechos y libertades constitucionales, por otra parte, exige potenciar el derecho de acceso a la información (administrativa), en todos sus especies y ámbitos, no sólo en el seno del procedimiento. Lo que haga el poder público –en particular, el ejecutivo y su Administración– con la información de que dispone es, sin duda, una las cuestiones capitales de nuestro tiempo.⁴⁶ El acceso a la información administrativa representa el principio general.⁴⁷

2. Sobre la regulación de las nuevas tecnologías

En términos muy simples, puede decirse que la dirección y regulación de las nuevas tecnologías –simbólicamente, Internet– se lleva a efecto a través de medios técnicos y jurídicos. El hardware y el software determinan el modo de ser de la red; su funcionamiento y fisiología; lo que sucede con la información (imagen, texto o sonido); el grado de protección de los datos personales; la integridad y autenticidad del mensaje; el concreto equilibrio entre la libertad de expresión, la protección de la intimidad y el anonimato; la propiedad intelectual y el uso inocuo y no comercial de la información; cómo operan los motores de búsqueda; etc.⁴⁸ El código técnico o arquitectura de la red resulta decisivo; su poder regulador indirecto alcanza a todo: el control de Internet es control sobre su arquitectura técnica. La naturaleza de la

Aunque no pueda hablarse de “un derecho fundamental al papel”, lo cierto es que la apertura de un nuevo canal de información no ha de suponer el cierre del tradicional, sino más bien la identificación del valor añadido que la nueva tecnología permita, evitando toda mimetización simplificadora (por ejemplo, la publicidad de la información del diario oficial en la tecnología digital no ha de ser plana: la presentación de los planes territoriales puede hacerse en tres dimensiones y en sus diversas fases; puede expresarse en bases de datos; portales; etc.).

Véase para un planteamiento introductorio, J. Barnes, “Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40 (2000), pp. 25–76, y la bibliografía allí citada.

⁴⁶ Las cláusulas del Estado democrático y de Derecho constituyen el fundamento de una cultura administrativa basada en la *información*, en cuanto presupuesto de la *comunicación* entre el ciudadano y la Administración. Ello no significa que de ellas quepa derivar soluciones unívocas o maximalistas, sin la mediación legislativa: ni el principio democrático exige una incondicionada transparencia o un ilimitado derecho a la información, esto es, una estricta o completa publicidad; ni el Estado de Derecho garantiza un absoluto secreto. En tal sentido, E. Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30) p. 282 y 108.

⁴⁷ Cfr. Prólogo a la obra de E. Guichot, ob. cit. (nota 32).

⁴⁸ Es ésta una observación ya clásica. Baste la lectura de MITCHELL, William J., *City of Bits Space, Place, and the Infobahn*. MIT Press, 1995; M. Ethan KATSH, utiliza el concepto de “mundos del software”, en *Software Worlds and the First Amendment: Virtual Doorkeepers in Cyberspace*, University of Chicago Legal Forum, 335 (1996); Reidenberg, *Governing networks and rule-making in cyberspace*. Emory Law Journal v. 45 (Summer '96) p. 911–30; L. Lessig, ob. cit. (nota 14); etc.

red de redes y de las tecnologías de la información y del conocimiento es mudable y cambiante por definición. La estructura abierta, libre, descentralizada y participativa que ha caracterizado a la “Internet 1.0” no es la única posible.⁴⁹

Con todo, y de acuerdo con el principio del *rule of law*, el Derecho habrá de pronunciarse por el modelo de sociedad que desea diseñar en virtud de lo que sus representantes decidan. Las opciones políticas no han de quedar en manos de los técnicos. Es necesario un diálogo que reconozca que la tecnología crea y establece algunas de las bases para la política y que la política determina algunos de los requerimientos para la tecnología. Ambas esferas interactúan constantemente y resultan esencialmente inescindibles.

En ciertos casos, los aspectos tecnológicos, como el diseño y estandarización del software adecuado, pueden constituir el factor decisivo para la resolución del problema, como sucede en relación con el control del correo no deseado o *spam*; la seguridad de la red y de los sistemas de información; la protección de la infraestructura más sensible; la lucha contra el crimen organizado o la seguridad en el ciberespacio. En otros, por el contrario, es en la armonización de la regulación legal o en la coordinación de las instancias reguladoras donde reside la clave para un análisis comprensivo de la cuestión, como cuando se trata de resolver, entre otros, algunos de los problemas relativos a la jurisdicción aplicable y a la coordinación internacional; los derechos de los consumidores y usuarios; el derecho a la intimidad y a la protección de datos; la libertad de expresión; los servidores y la responsabilidad de terceros, por ejemplo.⁵⁰

Sea cual fuere la proporción que, en cada caso concreto y nivel, pueda darse entre el instrumental tecnológico y las herramientas jurídicas, lo cierto es que resultan inseparables en su actuación⁵¹, aun en los supuestos en los que parece que todo queda a la regulación legal, a lo que libremente decida el legislador. La constante interacción entre la tecnología y el Derecho (y la política) se hace necesaria igualmente ante otros grandes temas que desbordan los límites de Internet aun cuando constituyan el presupuesto mismo de su actual diseño o produzcan un enorme impacto sobre la red de redes, como los fenómenos de liberalización y privatización, entre otros sectores, de las telecomunicaciones y la consiguiente competencia regulada; la globalización del comercio electrónico y la firma digital; o la redefinición de la propiedad intelectual (en particular, de los derechos de autor) en la nueva sociedad de la información. El Derecho en todo caso ha de conocer lo que la tecnología permite a fin de optar entre las diversas alternativas, tanto para expresar esas opciones a través de las normas adecuadas, al modo clásico (regulación directa), como para servirse de la arquitectura técnica o del software que mejor responda a los valores y criterios por los que apueste (regulación indirecta). Y, en lo que aquí importa, ello obliga a que el jurista conozca la naturaleza tecnológica de la sociedad de la información.⁵²

⁴⁹ Internet se desarrolla a partir de una arquitectura informática abierta y de libre acceso desde el principio. Los protocolos centrales de Internet TCP/IP, creados en 1973–78, son protocolos que, se distribuyen gratuitamente y a cuya fuente de código tiene acceso cualquier tipo de investigador o tecnólogo. *Vid.* M. Castells, *Internet y la Sociedad Red*, 1999.

⁵⁰ En tal sentido, la (convencional) clasificación que hace el *Background Report*, del *World Group on Internet Governance* (WGIG), auspiciado por las Naciones Unidas, núms. 155 y ss. (<http://www.wgig.org/>), núms. 108 y ss.

⁵¹ Para comprender tal aserto, sin perjuicio de cuanto luego se dirá y a mero título de ejemplo, puede verse de nuevo el *Background Report*, cit. (nota 50), núms. 131 y ss.

⁵² Derecho y tecnología interactúan en la regulación de la red. Ambos factores –en continuo diálogo– han de encarnar los valores de las sociedades democráticas, la división y el contrapeso de poderes, la

A tal propósito, la sistematización del Derecho Administrativo ha de comprender el inmenso poder regulador de la técnica en un mundo en red, por las múltiples consecuencias que ello depara. Es necesario garantizar la elección entre las distintas opciones y modelos tecnológicos; asegurar la asunción de los valores constitucionales; e impulsar la innovación, cuando la traducción, la analogía o la versatilidad de las clásicas categorías jurídicas no sea suficiente.

3. La gobernanza en la sociedad de la información. La gobernanza de Internet

La globalización de las principales actividades económicas, de los medios de comunicación, o de la criminalidad organizada, de un lado y, de otro, el multilateralismo en materias como la defensa, la política exterior o el medio ambiente, etc., parecen debilitar la capacidad instrumental del Estado.⁵³

Por su parte, la regulación y el control nacionales de los medios y redes de comunicación se han visto considerablemente mermados en las últimas décadas, merced al impulso de las nuevas tecnologías (diversificación de los modos de comunicación; enlace de todos los medios en un hipertexto digital; aparición del multimedia interactivo; emisiones vía satélite; descentralización; etc.).⁵⁴

La Administración en red –y no sólo el “Estado red”⁵⁵– constituye una respuesta fundamental del moderno Derecho Administrativo a los retos

garantía de los derechos, el imperio de la ley, la igualdad de todos en el acceso a los bienes de la sociedad de la información, la transparencia y el control, entre otros principios. El citado Compromiso de Túnez, en su integridad, no es sino expresión de los valores que han de presidir la sociedad de la información. Así, y a mero título de ejemplo, en sus números 2 y 3, establece lo siguiente:

“Reafirmamos nuestra voluntad y nuestro compromiso de construir una sociedad de la información centrada en la persona, abierta a todos y orientada al desarrollo, con arreglo a los objetivos y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional y el multilateralismo y respetando plenamente y apoyando la Declaración Universal de los Derechos humanos, a fin de que todos los pueblos del mundo puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento para desarrollar su pleno potencial y alcanzar las metas y los objetivos de desarrollo acordados internacionalmente, entre ellos los Objetivos de Desarrollo del Milenio.”

“Reafirmamos la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, enunciados en la Declaración de Viena. También reafirmamos que la democracia, el desarrollo sostenible y el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales, así como el buen gobierno a todos los niveles, son interdependientes y se refuerzan entre sí. Estamos además determinados a reforzar el respeto al Estado de derecho en los asuntos internacionales y nacionales.”

⁵³ Véase M. Castells, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. El poder de la identidad*. Vol. 2. Alianza Editorial, 1ª edición, 4ª reimpresión, Madrid, 2000, pp. 272 y ss, 290 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 282 y ss.

⁵⁵ Cfr. M. Castells, *La era de la información. Fin del milenio*. Vol. 3, Alianza Editorial, 3ª edición, 2001, p. 401.

de la globalización. Es reacción a la globalización al tiempo que su expresión más avanzada⁵⁶.

En ese contexto de interdependencia económica, tecnológica y de lucha contra la criminalidad⁵⁷, las nuevas tecnologías facilitan la comunicación en forma de red y por encima de las fronteras nacionales. La naturaleza global de la red de redes desborda la soberanía nacional –lo que desemboca en la necesidad de alcanzar acuerdos entre Estados que permitan una distribución o reparto de competencias y funciones, a mitad de camino en ocasiones entre la gobernanza supranacional y el ejercicio de la soberanía nacional sobre determinadas “zonas” o aspectos de Internet. La estructura o carácter descentralizado y abierto de Internet impide planteamientos unidimensionales o autosuficientes y obliga a una intensa interacción y colaboración entre el sector público y el privado; el Estado, la comunidad internacional y la sociedad civil; la comunidad académica y científica. Ello remite, en otras palabras, a la cuestión recurrente desde el nacimiento de la red de redes: el gobierno y regulación de Internet.

La Segunda Fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información⁵⁸, auspiciada por las Naciones Unidas⁵⁹, ha venido a materializar un proceso de internacionalización iniciado tiempo atrás con el propósito de reflexionar sobre los retos y oportunidades que Internet y las nuevas tecnologías plantean. La Cumbre, con los documentos finales (Compromiso y Programa de Acciones)⁶⁰, ha pretendido sentar las bases de un nuevo orden o marco internacional capaz de gobernar un mundo en red⁶¹, una *sociedad mundial de la información*⁶². De hecho, son numerosas las organizaciones internacionales que negocian en la actualidad reglas, estándares y normas que afectan a Internet, sea en materia de seguridad, infraestructura, ciudadanía, pagos, propiedad o contratos⁶³.

En este contexto, la idea de gobernanza ha adquirido un protagonismo indiscutible, en los últimos años, cuando se habla de regulación jurídica y gobierno de Internet. Con el término “gobernanza” no se hace referencia al gobierno, sino más bien al acto, o al modo o método de dirigir algo. Por gobernanza de Internet, cabe entender, de acuerdo

⁵⁶ Sobre esta última consideración, véase M. Castells, *ibídem*, p. 384.

⁵⁷ A nuestros efectos, de nuevo baste la remisión a M. Castells, *ibídem*, pp. 385 y ss., 386, 388 y ss.

⁵⁸ Celebrada en Túnez el 16–18 de noviembre de 2005. Cfr. <http://www.itu.int/wsis/index-es.html>

⁵⁹ Resolución 56/183 (21 de diciembre de 2001), de la Asamblea General.

⁶⁰ Cfr. http://www.itu.int/wsis/documents/doc_multi.asp?lang=es&id=2266|2267.

⁶¹ Sobre el tema, puede verse Mary Rundle: *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*, Research Publication No. 2005–16, Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870059)

⁶² Cfr., entre otros, núms. 38 y 39 del Compromiso de Túnez.

⁶³ Vid. Mary Rundle, *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*, cit. (nota 61).

Una descripción sin pretensiones de exhaustividad, pero suficientemente ilustrativa, puede verse en el *Background Report*, (nota 50) núms. 155 y ss.

con una consensuada e integradora definición⁶⁴, el *proceso de dirección* consistente en el establecimiento y ejecución por parte de los Gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, desde sus respectivas esferas de responsabilidades, de principios compartidos, normas, reglas, procedimientos de toma de decisiones y de programas, con el objeto de determinar la evolución y el uso de Internet. Gobernanza es, pues, mucho más que la gestión de los recursos esenciales o de las infraestructuras (sistemas de servidores, nombres de dominio, protocolo de Internet o IP, direcciones y, más tarde, por extensión, las actividades de ICANN), como se entendía en la década de los noventa, para convertirse en un concepto que comprenda todos los mecanismos compartidos, sean éstos públicos o privados, que modelan el modo de ser de Internet y su utilización.⁶⁵

La gobernanza de Internet se extiende a terrenos de indudable trascendencia e interés para el Derecho Administrativo nacional, regional y global, a través de un elevado número de organizaciones internacionales: relaciones Estado-sociedad; relaciones entre particulares; jurisdicción; infraestructura; seguridad; comercio internacional; propiedad; y autoridad monetaria.⁶⁶ El grueso de las políticas relacionadas con Internet se deciden a nivel supraestatal. La transparencia y el control, el equilibrio de poderes, la protección de los derechos y libertades, o la subsidiariedad, son valores y criterios que han de presidir el proceso de toma de decisiones en la esfera internacional. Tal es uno de los retos más colosales a los que ha de enfrentarse el Derecho Administrativo contemporáneo⁶⁷: la inserción del Derecho Administrativo nacional en una red de Derechos Administrativos nacionales, regionales (europeo) y transnacionales.

4. Modelos de comunicación entre el Estado y la sociedad. El hábitat del Derecho Administrativo de la Información.

⁶⁴ Cfr. *Reforming Internet Governance: Perspectives from the Working Group on Internet Governance* (WGIG), Editado por William J. Drake, pp. 254 y ss. Fuente: *The WGIG Book*, <http://www.wgig.org/>. Para mayor detalle, *vid.* el *Background Report*, cit. (nota 50) señaladamente núms. 45 y ss., asimismo en <http://www.wgig.org/>.

⁶⁵ *Reforming Internet Governance*, cit. (nota 64), *ibídem*. En particular, sobre la gobernanza entendida como proceso, véase el *Background Report*, cit. (nota 50), núms. 39-43.

⁶⁶ Por todos, véase la valiosa síntesis que ofrece el proyecto académico "Net Dialogue" en <http://www.netdialogue.org/>, ideado precisamente para ayudar a las citadas Cumbres auspiciadas por Naciones Unidas. Sobre su contenido, Mary Rundle: *Beyond Internet Governance*, cit. (nota 61).

⁶⁷ El denominado "Derecho Administrativo Global" constituye una de las respuestas más significativas en este momento (*vid.* http://www.iilj.org/global_adlaw/).

La información y la comunicación han constituido siempre un elemento fundamental en la dirección del Estado y en la acción de la Administración. Desde el nacimiento del Estado de Derecho, puede decirse que el *Derecho* ha constituido una forma de comunicación entre el Estado y la sociedad. El Estado se comunica a través del Derecho. Los distintos productos normativos (ley, reglamento, planes, etc.) constituyen formas de comunicación de la política con la sociedad.⁶⁸

La posición central de la información en el seno del Estado y de la Administración contemporáneas no es nueva. En realidad, se han sucedido distintos modelos de comunicación entre la esfera estatal y la social. La comunicación no es un modelo o paradigma “a secas”, aséptico o vacío de contenido; tiene un “modo de ser” en cada tiempo y lugar. El intercambio de información –comunicación– puede producirse, por ejemplo, en un entorno de colaboración público–privado y de búsqueda del consenso y de la adhesión del sector o, por el contrario, en el marco de un modelo regulatorio marcado por la idea de autoridad y de separación entre el Estado y la sociedad. En uno y otro caso, el modelo de comunicación es diferente⁶⁹. Esa convergencia de coordenadas políticas, económicas, sociales, tecnológicas o ambientales en las que se inscriban en cada caso el Estado y la Administración resulta decisiva. Cada modelo de comunicación propicia unas técnicas y excluye otras. Y a la inversa. Por ejemplo, si la política pública y el gobierno del sector se articulan sobre programaciones legales detalladas y de carácter condicional, en donde la Administración no tiene otra teórica función que la de “ejecutar” mecánicamente lo preestablecido por la norma, la comunicación entre la Administración y el ciudadano, la comunicación será de baja intensidad y, en todo caso, de muy distinta naturaleza a los supuestos en que la programación legal de la Administración es de carácter finalista –normas abiertas– y su articulación práctica reclama un modelo de comunicación más complejo y avanzado, una colaboración informativa entre el sector privado y la Administración en diálogo real, en definitiva un modelo de regulación basado en el consenso y la aceptación.⁷⁰

⁶⁸ Véase R. Pitschas, “Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung”, cit. (nota 13), p. 228.

⁶⁹ Por ejemplo, el esquema de comunicación es distinto en sectores como el medio ambiente, la investigación científica y técnica, la seguridad, etc., más próximos a un modelo de comunicación intersubjetiva, donde la Administración y el sector privado actúan como socios que se necesitan mutuamente.

⁷⁰ Por decirlo en forma más simplificada aún a efectos dialécticos: el acto administrativo de contenido informativo encajaría más en el primer entorno, mientras que la realización del informe de sostenibilidad para la evaluación estratégica ambiental requeriría un clima más próximo al segundo ejemplo.

Si es simplista reducir el “Derecho de la sociedad de la información” al “Derecho de las nuevas tecnologías”, también lo es la creencia de que éstas no son capaces de arrojar más que un único modelo de comunicación, en una suerte de determinismo, por cuya virtud el técnico se erigiría en “constituyente”, como si la “naturaleza de las cosas” (de esas tecnologías) no fuera en modo alguno moldeable. Por lo mismo, el modelo de comunicación entre la Administración y la sociedad que ha de interiorizar, racionalizar y establecer el Derecho Administrativo tampoco se infiere sin más del flujo de información disponible o en curso, sino de un proyecto político. Es obvio que, con la misma tecnología, el modelo de comunicación puede ser diverso en cada sociedad, en función de las directrices o criterios que se establezcan, como acredita el simple ejemplo del uso de Internet en el seno de los Estados autoritarios frente a los democráticos. Dicho en positivo: la investigación en torno a la ordenación jurídico-administrativa de la información está indefectiblemente asociada al modelo de Administración que decida instaurarse.

Al Derecho Administrativo no le corresponde el estudio y el análisis de los fenómenos políticos, económicos, sociales, tecnológicos o ambientales, en sí mismos considerados (globalización de la economía; liberalización del comercio; desregulación; sociedad del riesgo; etc.), que integran ese entorno y que, en consecuencia, impregnan o conforman un concreto modelo de comunicación, pero sí le incumbe estructurar sus consecuencias o efectos para la Administración pública, la emergencia de nuevos instrumentos y técnicas. Requiere en todo caso del auxilio de otras ciencias. La misma identificación de los “nervios” de la sociedad y economía contemporáneas, a ese limitado propósito, está urgida a la colaboración científica. El Derecho Administrativo de la Información, en el sentido y a los efectos que aquí interesan, no puede reelaborarse sin la “comunicación” científica.

Todo ello entronca con los estudios que, desde tantas perspectivas y países, se ocupan de la innovación y modernización del Derecho Administrativo, en paralelo a las trascendentes reformas legislativas y cambios de los escenarios tradicionales.

LA POLÍTICA LOCAL DE CONVIVENCIA CIUDADANA: LUCES Y SOMBRAS. LA EXPERIENCIA DE BARCELONA.

Rafael Jiménez Asensio

Professor de dret constitucional de la UPF i
soci director del despatx Estudi Consultoria Sector Públic.

PRESENTACIÓN: ENCUADRE DEL PROBLEMA

- **Análisis del contexto: ¿por qué emerge la necesidad de construir una política de convivencia?**
- **La convivencia alterada**
 - o Globalización: el papel de las ciudades.
 - o Déficit de valores públicos y de valores “cívicos”
 - o Incremento de la pobreza: marginalidad. Las consecuencias de la crisis económica.
 - o Inmigración y multiculturalidad: consecuencias
 - o Las deficiencias del sistema educativo
 - o Individualismo y consumismo
 - o Turismo de masas
 - o El deterioro permanente del espacio público
 - o Indiferencia ciudadana ante la degradación de la ciudad
- **¿Qué deben hacer las ciudades?**
 - o La paradoja actual: la convivencia no es un “competencia municipal”. La transversalidad de la noción de convivencia ciudadana.
 - o La construcción de la política de convivencia ciudadana a partir de los presupuestos del Derecho sancionador. Un punto de partida “legal”, pero erróneo.
 - o Convivencia y seguridad: Percepciones de inseguridad ciudadana y responsabilidades municipales. La teoría de las “ventanas rotas” (la falsa relación entre incivilidad e inseguridad).
 - o El fracaso de la educación familiar y la impotencia del sistema escolar. El declive (constante) de valores cívicos, La huida de las responsabilidades ciudadanas.
 - o La política de convivencia y la proximidad: las respuestas municipales deberían ser las más adecuadas para afrontar esa política. Problema: las regulaciones heterogéneas pueden provocar desconcierto e inseguridad jurídica en los ciudadanos: ¿qué está prohibido en un municipio y permitido en otro? El Área metropolitana de Barcelona como continuo urbano: ¿cabe una política común a partir de ese presupuesto fáctico?
 - o La regulación por “leyes autonómicas” de este tipo de cuestiones ligadas a la convivencia no son completamente acertadas. Las (escasas) experiencias.

- o La “ausencia” de la potestad normativa municipal en este terreno se ha debido principalmente a que la dimensión sancionadora del problema ya no se podía regular “ex novo” por las entidades locales tras la CE 1978: principio de legalidad sancionadora (predeterminación legal de las infracciones y sanciones: dimensión material y formal del principio de legalidad).
- o La experiencia de Barcelona y su proyección exterior.
- o Convivir en las ciudades: la cultura de las responsabilidades ciudadanas y el respeto por el otro y por los espacios públicos. Derechos, sí, pero antes deberes cívicos y responsabilidades ciudadanas.

LA POLÍTICA DE CONVIVENCIA CIUDADANA. LA EXPERIENCIA DE BARCELONA.

- **Convivencia y espacio público: dos nociones complejas. Espacio público y espacios públicos dos nociones (aparentemente) diferentes.**
 - o Espacio público y espacios públicos. Diferencias conceptuales.
 - o Civismo y convivencia. Diferencias conceptuales. Una aproximación a la noción de convivencia.
 - o Los problemas de convivencia en las ciudades del siglo XXI: factores desencadenantes.
 - o La tensión derechos y deberes como presupuesto de la convivencia. La cultura del respeto.
 - o La transversalidad de los problemas de convivencia: la compleja identificación de conductas que la perturban.
- **Algunas respuestas comparadas a los problemas de la convivencia ciudadana:**
 - o Las políticas de cultura del respeto y de erradicación de las “conductas antisociales”.
 - o Las Cartas de derechos y responsabilidades de los ciudadanos. La Carta de Montreal. La Carta de Bolonia. La revalorización de los deberes ciudadanos.
 - o Políticas de integración de inmigrantes.
 - o El Consejo de Europa (la Conferencia de Poderes regionales y Locales) frente al fenómeno de la convivencia en las ciudades.
 - o Reflexiones y documentos que se enfrentan al problema de la convivencia en las ciudades. Breve referencia.
- **Las bases constitucionales del problema: la tensión entre derechos y deberes. La débil regulación de los deberes en el constitucionalismo contemporáneo. El ejemplo español.**
 - Las primeras declaraciones de derechos del siglo XVIII: el residual tratamiento de los deberes. Su justificación. La “empatía” por los otros como origen de los derechos humanos.
 - La libertad consiste en poder hacer lo que no perjudique a los demás (la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano).
 - ¿Son los deberes y responsabilidades ‘materia constitucional’? Deberes de defensa y prestaciones personales; deberes contributivos; deberes de “ejercer el derecho de voto”, etc.
 - La situación de los deberes en la Constitución española de 1978:
 - El artículo 10.1 CE: respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamentos del orden político y de la paz social.

- El artículo 27 CE: la educación como vehículo para garantizar la convivencia democrática.
- El artículo 30: los deberes de prestación del servicio militar, servicio civil y protección civil.
- El artículo 31: deber de contribución a los gastos públicos.
- El artículo 43: deber de conservación del medio ambiente.
- La descompensación entre derechos y deberes como fruto de un contexto. La construcción del concepto de ciudadanía y las responsabilidades derivadas de la misma.
- La regulación de los derechos en los Estatutos de Autonomía de nueva generación: la práctica omisión de los deberes ciudadanos.
- **La regulación local en España: la paradójica inexistencia de una competencia específica municipal en materia de “convivencia ciudadana” y sus (perversas) consecuencias:**
 - o El “buen gobierno y la “tranquilidad pública” como competencias tradicionales y consustanciales del municipio. Las primeras Ordenanzas de “policía y buen gobierno”.
 - o El desconocimiento inicial del problema por la Ley de Bases de Régimen Local.
 - o El reconocimiento implícito (y pionero) en la Carta Municipal de Barcelona de 1998 de competencias en materia de convivencia en el marco las competencias de seguridad ciudadana: ¿La convivencia ciudadana debe enmarcarse en una política de seguridad pública? Su enfoque “reactivo”.
 - o La reforma de la LBRL de 2003: la configuración de una política “reactiva” o “represiva” de la convivencia ciudadana. Su inserción en el régimen sancionador (Título XI de la LBRL). Problemas que acarrea. No existe “materia de convivencia ciudadana” como competencia específicamente municipal en los listados competenciales y sí se inserta en la regulación de la potestad sancionadora y a la hora de definir “los criterios” a través de los cuales las ordenanzas locales podrán “tipificar” infracciones y sanciones.
 - o Los fundamentos de la política de convivencia ciudadana (recordatorio)
 - La convivencia ciudadana: garantía de valores cívicos y de convivencia.
 - La idea de “respeto” como presupuesto esencial o base de las relaciones de convivencia
 - Fundamentos constitucionales y valores en los que se debe asentar la convivencia ciudadana.
 - La descompensación entre derechos y deberes (recordatorio).
 - o Las “nuevas respuestas” normativas: la configuración “en positivo” de las políticas de convivencia ciudadana.
 - o El anteproyecto de Ley de Bases del Gobierno y de la Administración Local del Estado de 2010.
 - o Las “respuestas municipales”: su encuadre en un marco normativo inadecuado. Su enfoque “garantista”, pero su trasfondo “sancionador” como hipotecas de la legislación básica.
 - Las primeras Ordenanzas de Civismo y Convivencia.
 - La Ordenanza de Convivencia de Barcelona: contenido y efecto multiplicador. Su traslación a otros contextos: la fuerte presión mediática.

- Las Ordenanzas de Convivencia de otros municipios (Zaragoza, Sevilla, Granada, Lleida, Ibiza, Lugo, etc.). La propuesta de la FEMP de Ordenanza Tipo de Convivencia Ciudadana y Seguridad Pública. La extensión del “modelo Barcelona”.
- o Contenido de la Ordenanza de Convivencia de Barcelona:
 - Ordenanza de “medidas”
 - Fomento y Garantía de la Convivencia. Instrumentos.
 - La estructura de la regulación: Fundamentos de la regulación; Normas de conducta; régimen de sanciones; e intervenciones específicas.
 - Conductas objeto de regulación:
 - Atentados contra la dignidad de las personas (prácticas discriminatorias, xenófobas, etc.).
 - Degradación visual del entorno urbano (grafitos, pintadas etc.).
 - Apuestas (el fenómeno de los “trileros”)
 - Uso inadecuado del espacio público para juegos (monopatines, juegos de pelota, etc.)
 - Ocupación del espacio público por conductas que adoptan formas de mendicidad.
 - Ofrecimiento y demanda de servicios sexuales en el espacio público.
 - Necesidades fisiológicas en el espacio público.
 - Consumo de bebidas alcohólicas en el espacio público (botellón, etc.).
 - Comercio ambulante no autorizado (“Top manta”).
 - Prestación de servicios no autorizada (masajes, tarot, , etc.)
 - Uso impropio del espacio público
 - Actitudes vandálicas. Deterioro del mobiliario y del espacio urbano.
 - Otras conductas (contaminación acústica, playas, actos que perturban la tranquilidad y descanso de los vecinos, etc.).
 - Medidas comunes.
 - La redefinición del papel de la Policía Local
 - El deber de colaboración ciudadana.
 - La responsabilidad de los menores. Sustitución de las sanciones pecuniarias.
 - La mediación (impropia)
 - El régimen sancionador y el procedimiento.
 - Reparación de daños.
 - Valoración general de cuatro años de vigencia de la Ordenanza de Convivencia: ¿qué ha resuelto y qué queda por resolver?.
- o Conclusión: las limitaciones del enfoque. El derecho administrativo sancionador y el traslado de las categorías y enfoques del derecho penal: problemas. La pretendida limitación a la potestad sancionadora a través de Ordenanza. Las primeras tesis. ¿Una concepción mutilada del poder de Ordenanza?
- o Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre la Ordenanza de Convivencia Ciudadana. La legalidad de las (innovadoras) propuestas de la Ordenanza y de sus diferentes instrumentos.

- Los fundamentos constitucionales: el artículo 25 CE. La interpretación (inicialmente) extensiva del principio de legalidad. Su reflejo en la primera jurisprudencia constitucional.
- Los fundamentos legales: la Ley 30/1992, en su primera formulación. Configuración de la reserva de ley y su alcance material.
- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en la materia (SSTC 233/1999 y 132/2001; STS de 29 de septiembre de 2003, entre otras).
- La modificación normativa a través de la Ley 57/2003: el Título XI de la LBRL y la modificación de la Ley 30/1992.
- La ampliación de los márgenes de configuración de la potestad normativa local en materia sancionadora.
- Las Ordenanzas locales como manifestaciones normativas del principio democrático: consecuencias. Las relaciones entre Ley y Ordenanza no son equiparables a las relaciones entre Ley y Reglamento: la distinción entre actuar “en el marco de la Ley” y “en desarrollo de la Ley”. La CEAL.

- **LA (RE)CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA DE CONVIVENCIA CIUDADANA**

- **Hacia un cambio de paradigma: la construcción “en positivo” de una Política de Convivencia Ciudadana. Elementos conceptuales.**

- o Apostar por un reconocimiento expreso de la materia “ordenación de las relaciones de convivencia en el espacio público” como competencia municipal de naturaleza transversal, pero con identidad propia: no se ha de subsumir ni en las competencias de seguridad, ni en las de espacio público ni en las de urbanismo. Afecta a estas materias y a otras muchas.
- o Reivindicar la convivencia en la ciudad como la competencia nuclear de la política municipal: no hay ciudad, cohesión social ni desarrollo económico sin una política de convivencia.
- o Construir “en positivo” la Política de convivencia y “alejarse” en el tratamiento de algunas conductas (y, sobre todo, de determinados colectivos) de su parentesco actual “represivo” o de “reacción”.
- o Ello no es óbice para seguir reconociendo que los poderes públicos municipales deben adoptar posturas de firmeza frente a aquellas conductas que erosionen los estándares básicos de convivencia en las ciudades.
- o Llevar a cabo una labor “preventiva” exige apostar por determinados instrumentos que palién (cunado no eviten) la comisión de infracciones.
- o La apuesta por la educación, la prevención, el fomento y la garantía. La modulación (y rebaja) de las cuantías de las sanciones pecuniarias: se deben impulsar las sanciones leves y agilizar los procedimientos sancionadores en estos caso, sin perjuicio del respeto mínimo a las garantías en el procedimiento sancionador. La sustitución de las “sanciones pecuniarias” por medidas comunitarias. Batería de instrumentos. El recurso a la mediación: sus límites en el ámbito de las relaciones ciudadanos/poderes públicos.
- o La cultura de convivencia es un presupuesto democrático para el correcto ejercicio de las responsabilidades ciudadanas.
- o Políticas de reacción frente al menoscabo o deterioro de las políticas de convivencia ciudadana: ¿Qué respuestas ha de dar la sociedad?
 - El carácter (relativamente) inservible de la sanción pecuniaria como medio de atajar las infracciones a las conductas socialmente inadecuadas en las

ciudades. La fractura ricos/pobres y sus consecuencias en el procedimiento sancionador. La desigualdad de las respuestas y la inutilidad de algunas sanciones en función de las personas o colectivos a los que se dirijan.

- Apostar por las medidas reeducadoras, se denominen o no “sanciones”. Las medidas alternativas o “las sanciones alternativas” a las sanciones pecuniarias.
- La problemática de la cobertura legal de las medidas alternativas a las sanciones: ¿se puede hablar de “sanciones comunitarias”? La voluntad del infractor como presupuesto: ¿cabe extender cabalmente a estos casos, sin las matizaciones pertinentes, las exigencias del artículo 25 de la CE (la reserva de ley y la interdicción de consistir “en trabajos forzados”)?.
- El reto de construir un sistema de medidas y, en su caso, de sanciones alternativas a las sanciones pecuniarias como uno de los elementos centrales de la “nueva política de convivencia”, así como el importante reto de gestionar el sistema de forma adecuada.
- La gestión de este sistema alternativo se transforma en la clave del nuevo modelo: no se puede trasladar en deficiente funcionamiento del sistema de ejecución penal en estos casos. La competencia es propia de los municipios y éstos deben priorizar su propia gestión del sistema de medidas alternativas a la necesaria colaboración interinstitucional con la Administración de Justicia para la ejecución de penas alternativas, dado que esta materia no es competencia propia y, por lo común, no tiene financiación alguna.
- Construir una Política de Convivencia y darle la importancia debida en la ciudad supone priorizar esa opción frente a otras, más aún en período de crisis fiscal.
- Invertir en la Política de Convivencia Ciudadana es apostar por construir una ciudad sostenible, cohesionada, justa, tolerante, madura democráticamente, segura y civilizada.
- La Convivencia Ciudadana está al servicio exclusivo de las personas, de los vecinos, de los que visitan la ciudad o trabajan en ella, del medio ambiente y de la construcción de entornos amables en los que los ciudadanos desarrollan sus actividades cotidianas.

Barcelona, febrero de 2010

EL RÉGIMEN DE VALORACIONES EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SUELO. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO.

SUMARIO:

1. El régimen de valoraciones en la legislación anterior.
2. El régimen de valoraciones en Texto Refundido de la Ley de Suelo.
 - 2.1. Algunas reflexiones previas.
 - 2.2. Las Normas Internacionales de Valuación de Activos.
 - 2.3. Los criterios de valoración en la nueva Ley de Suelo.
 - 2.4. Análisis de los artículos referentes a valoraciones.
 - 2.5. El régimen transitorio.

1. El régimen de valoraciones en la legislación anterior.

En todas las legislaciones estatales sobre régimen de suelo, los criterios de valoración han sido considerados parte “nuclear” del texto y en cada modificación, una de las razones fundamentales para proceder a la misma. Por ello, en las Exposiciones de Motivos se ha dedicado un importante espacio a los “nuevos” criterios de valoración, incluyendo, en ocasiones, un intento de explicación de las razones del fracaso en la aplicación de los criterios anteriores.

Para no hacer excesivamente largo el análisis, nos centraremos en analizar únicamente los objetivos y criterios de valoración recogidos en la legislación anterior, la Ley 6/1998 y comenzaremos por la Exposición de Motivos:

En lo que concierne a los criterios de valoración del suelo, la Ley ha optado por establecer un sistema que trata de reflejar con la mayor exactitud posible el valor real que el mercado asigna a cada tipo de suelo, renunciando así formalmente a toda clase de fórmulas artificiosas que, con mayor o menor fundamento aparente, contradicen esa realidad y constituyen una fuente interminable de conflictos, proyectando una sombra de injusticia que resta credibilidad a la Administración y contribuye a deslegitimar su actuación.

*Se elimina así la actual dualidad de valores, inicial y urbanístico, a la que habían quedado ya reducidos los cuatro valores diferentes que estableció en su día la versión primera de la Ley del Suelo, de forma que, a partir de ahora, no habrá ya sino **un solo valor**, el valor que el bien tenga realmente en el **mercado del suelo, único valor** que puede reclamar para sí el calificativo de **justo** que exige inexcusablemente toda operación expropiatoria. A partir de este principio básico, la Ley se limita a establecer el método aplicable para la determinación de ese valor, en función, claro está, de la clase de suelo y, en consecuencia, del régimen jurídico aplicable al mismo y de sus características concretas.*

*Este método es, tanto en el **suelo no urbanizable como en el urbanizable aún no incluido en un concreto ámbito para su desarrollo** o para el que no se hayan establecido las condiciones de dicho desarrollo, el de comparación con los valores comprobados de otras fincas análogas, habida cuenta de su régimen urbanístico, situación, tamaño y naturaleza, así como de los usos y aprovechamientos permitidos por el planeamiento. Para los casos en que **esa comparación no sea posible**, en los citados suelos -sin desarrollo previsible a corto plazo- el método alternativo será el de **capitalización de las rentas reales o potenciales** del suelo de acuerdo con su estado y naturaleza, que **es el método tradicional**.*

*En el **suelo urbano y en el urbanizable incluido en ámbitos delimitados** por el propio planeamiento general o con posterioridad al mismo, para los que se hayan establecido las condiciones de desarrollo, el método de cálculo consistirá en la aplicación al aprovechamiento correspondiente del valor básico de repercusión recogido en las ponencias catastrales para el terreno de que se trate, valor que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, refleja los valores de mercado, puesto que las valoraciones catastrales se fijan a partir de un estudio previo de dichos valores. Finalmente y para el caso de que no existan o no sean aplicables los valores de las ponencias catastrales por haber perdido vigencia o haberse modificado el planeamiento, el valor básico de repercusión se calculará por el **método residual**, comúnmente utilizado en el ámbito inmobiliario, en sus distintas modalidades, tanto por el sector público como por el privado.*

El estricto realismo al que la Ley ha querido ajustarse en este punto contribuirá, sin duda, a aumentar la seguridad del tráfico jurídico y a reducir la conflictividad, lo que redundará también en una agilización de la gestión urbanística y en una reducción en los costes innecesarios que su prolongación en el tiempo inevitablemente añade.

Este texto produce en una primera lectura, cierta perplejidad: al parecer llevamos años incluyendo en las leyes de suelo criterios de valoración “*injustos*”, y siendo esto bastante grave, el texto no acaba con ello porque, también parece que nos vamos a ver obligados a seguir utilizándolos ya que cuando no sea posible utilizar el único método “justo” (comparación) deberemos utilizar el método tradicional de capitalización de rendimientos (¿injusto?).

Cabe señalar que del texto se deduce que el legislador estatal está entendiendo que el mercado inmobiliario funciona con las mismas reglas que cualquier otro mercado, olvidando que los economistas lo ponen como ejemplo de mercado ineficiente, extremo que más adelante comentaremos con mayor detenimiento, ya que, al menos, existe actualmente una práctica coincidencia en las dificultades para analizar debidamente este mercado: ausencia de series estadísticas, de información sobre inmuebles que no sean viviendas, por la fuerte opacidad en las transacciones de suelo, etc.

Si analizamos el contenido de los artículos referentes a las valoraciones surgirán más problemas a añadir:

En el **apartado 1 del artículo 26. Valor del suelo no urbanizable** encontramos:

*1. El valor de este suelo se determinará por el método de comparación a partir de valores de **fincas análogas**¹. A estos efectos, la identidad de razón que justifique la analogía deberá tener en cuenta el régimen urbanístico, la situación, tamaño y naturaleza de las citadas fincas en relación con la que se valora, así como, en su caso, los usos y aprovechamientos de que sean susceptibles.*

Cualquier técnico valorador conoce las dificultades prácticamente insalvables de encontrar comparables que cumplan estas condiciones de analogía, dificultades previstas por el legislador, ya que, a continuación, en el **apartado 2**, se admite la posibilidad de no encontrar el “valor real”:

*2. Cuando por la inexistencia de valores comparables no sea posible la aplicación del método indicado en el punto anterior, el valor del suelo no urbanizable se determinará mediante la **capitalización de las rentas reales o potenciales** del suelo, y conforme a su estado en el momento de la valoración.*

Como puede observarse, el texto deja en manos del valorador optar por la renta real o la potencial y una vez tomada la opción no se contempla ninguna posibilidad de corrección del resultado. Si además, el valorador, en el cálculo de la renta neta no se atreve a incluir como ingreso las ayudas de la Política Agraria Común por entender que puede cuestionarse la inclusión de una subvención como un ingreso “normal”, obtendría, en numerosos casos, valores despreciables cuando no, negativos.

En el **artículo 27. Valor del suelo urbanizable**, varios son los problemas. Vamos a detenernos en los párrafos que generan interrogantes al técnico que debe aplicarlos:

*El valor del suelo urbanizable incluido en ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su desarrollo, se obtendrá por aplicación al aprovechamiento que le corresponda del valor básico de repercusión en polígono, que será el **deducido de las ponencias de valores catastrales**.*

¿Cómo hemos de deducirlo? ¿Cómo estaremos seguros de haberlo deducido correctamente? ¿Deberemos preguntar al Catastro si hemos acertado?

En los supuestos de inexistencia, pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales o inaplicabilidad de estos por modificación de las condiciones urbanísticas tenidas en cuenta al tiempo de su fijación, el valor del suelo se determinará de conformidad con el método residual dinámico definido en la normativa hipotecaria, considerando en todo caso los gastos que establece el artículo 30 de esta ley.

¿Cuándo debemos entender que los valores de la Ponencia han perdido vigencia? ¿Cuando haya transcurrido el plazo establecido en la normativa catastral para que los valores sean revisados o es cuando en el mercado se hayan

¹ Véase el Cuadro de Tasaciones Hipotecarias 2000-2007. En ningún ejercicio las tasaciones de fincas rústicas han alcanzado el 2% de las totales, siendo el suelo rústico más del 90% del territorio.

detectado variaciones en relación con los que figuran en la Ponencia?. En este último caso ¿Cómo de importantes o sustanciales deben ser esas variaciones?

Finalmente, cuando se den los supuestos citados, la Ley establece la aplicación del **método residual dinámico** definido en la normativa hipotecaria, apartándose en este punto de la normativa catastral que también utiliza el método residual dinámico, si bien simplificado por tratarse de “valoración masiva”. La diferencia entre las dos fórmulas de cálculo es la siguiente:

NORMATIVA HIPOTECARIA

$$F = \sum \frac{E_j}{(1+i)^{t_j}} - \sum \frac{S_k}{(1+i)^{t_k}}$$

Donde:

F = Valor del terreno o inmueble a rehabilitar.

E_j = Importe de los cobros previstos en el momento j.

S_k = Importe de los pagos previstos en el momento k.

T_j = Número de periodos de tiempo previsto desde el momento de la valoración hasta que se produce cada uno de los cobros.

T_k = Número de periodos de tiempo previsto desde el momento de la valoración hasta que se produce cada uno de los pagos.

I = Tipo de actuación elegido correspondiente a la duración de cada uno de los periodos de tiempo considerados.

NORMATIVA CATASTRAL

$$V_{ss} = \frac{V_{su} * E}{(1+i)^n} - \frac{C_{urb}}{(1+i)^n}$$

Donde:

V_{ss} = Valor del suelo sin urbanizar €/m² de suelo.

V_{su} = Valor del suelo urbanizado €/m² de suelo.

Para la determinación del valor del suelo urbanizado y como paso intermedio para la obtención del valor unitario de suelo urbanizable se ha empleado el método residual estático utilizado en la normativa de valoración catastral.

E = Edificabilidad en m²/m², resultado de aplicar a la edificabilidad bruta de planeamiento el porcentaje de cesiones obligatorias.

I = Tasa de capitalización.

C_{urb} = Coste de urbanización €/m² de suelo.

N = N° de años estimados como tiempo de transformación.

La modificación introducida en este artículo por la Ley 10/2003, añadía el siguiente párrafo de cierre:

En cualquier caso, se descartarán los elementos especulativos del cálculo y aquellas expectativas cuya presencia no esté asegurada.

Ahora bien, dado que el mercado incorpora factores especulativos y expectativas y en esto existe acuerdo entre todos los valoradores, ¿cómo se logra descartar los elementos especulativos aplicando el método de comparación

con mercado, en cuanto los cuantificamos? Varios críticos del actual régimen de valoraciones parecen haber olvidado la inclusión de este párrafo.

Si nos detenemos en el **artículo 28. Valor del suelo urbano**, prácticamente todo lo comentado para el artículo 27 podría repetirse, ya que la expresión *valor básico de repercusión más específico recogido en las ponencias de valores catastrales para el terreno a valorar*, suscita, al igual que “*deducido*” dudas de interpretación y el apartado 4 reproduce casi en su totalidad, el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 27, con una pequeña variación: sólo se menciona la aplicación del método residual, por lo que debe suponerse que al no especificar que es el “definido en la normativa hipotecaria”, debe aplicarse en la formulación de la normativa catastral.

Únicamente el procedimiento de cálculo contenido del apartado 3 de este artículo no suscita ninguna duda, siempre, naturalmente, que exista Ponencia aplicable.

En resumen, la situación generada por los criterios de valoración de la Ley 6/1998 puede definirse en la siguiente forma:

- Indefinición en varios supuestos.
- Incomprensión de algunos extremos de la metodología de valoración catastral.
- Valoraciones heterogéneas y frecuentemente incorrectas.
- Fuerte litigiosidad.
- Graves problemas para presupuestar la obra pública.
- La permanencia de la utilización de la libertad estimativa del artículo 43 de la LEF.

2. El régimen de valoraciones en el TRLS.

2.1. Algunas reflexiones previas.

Si no todas las voces estuvieron de acuerdo en la necesidad de una nueva Ley de Suelo, prácticamente existía un acuerdo unánime en la necesidad de modificar los criterios de valoración de la Ley 6/1998 y, especialmente, los aplicables a suelos no urbanizables y urbanizables no incluidos en ámbitos no delimitados o sectores.

En cuanto a la necesidad de un nuevo texto legal, la Exposición de Motivos menciona las ocho innovaciones realizadas en doce años, desde la promulgación del TR92 y la inconveniencia de añadir nuevos retoques y correcciones². Lógicamente, de nuevo, a la hora de elaborar un nuevo texto, las valoraciones suponían una parte importante del mismo.

Los críticos con el régimen de valoraciones han empezado a “difundir” que uno de los objetivos del nuevo texto es “abaratar las expropiaciones” y que los nuevos criterios, dañan, fundamentalmente a los agricultores. También, entre las primeras críticas se escucharon estaba la afirmación de que suponía “revivir” la dualidad de valores: existirá un valor para expropiaciones y un valor de mercado. Todo ello sin aportar ejemplos para sostener los argumentos, sin realizar un análisis riguroso del articulado...

En estos momentos no ocurre como en los años cincuenta, que no existía prácticamente ninguna bibliografía sobre valoración inmobiliaria, por lo que los legisladores de la LEF y de la LS56 no lo tuvieron fácil a la hora de establecer criterios objetivos contrastados por la “práctica evaluadora”. Lo cierto es que, las diferentes metodologías y los problemas que, en ocasiones, plantea su aplicación parecen interesar únicamente a unos pocos. Indudablemente dentro de estos “pocos” están los valuadores o tasadores. Ya hemos señalado la ausencia de información, series estadísticas, etc., en el mercado inmobiliario. Las únicas fuentes disponibles con un cierto carácter oficial son las estadísticas del Banco de España y las que recientemente ha comenzado a publicar el Ministerio de Vivienda, una parte de las mismas, herencia de las que se publicaban por el Ministerio de Fomento en las que se han introducido modificaciones metodológicas y también, nuevas series como son las de demanda y las de precios de suelo.

Examinando la información disponible se observa la fuerte importancia que tiene la vivienda y la escasa disponibilidad de datos referentes a otros inmuebles.

² Ver artículo de Marcos Vaquer Caballería en Claves de Razón Práctica (Nº 168) “La nueva Ley de Suelo y la especulación urbanística”. En la introducción, la necesidad de la reforma está perfectamente explicada.

En la tabla siguiente se observa la evolución de las tasaciones desde el año 2000 hasta el año 2007 en el que se aprueba la Ley de Suelo.

TASACIONES HIPOTECARIAS	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
TOTAL BIENES INMUEBLES	920.100	983.100	1.179.500	1.389.200	1.610.500	1.798.100	1.779.100	1.510.800
Edificios residenciales	31.200	31.800	37.200	38.200	41.400	46.900	52.600	48.500
viviendas	716.700	782.300	949.200	1.146.300	1.282.300	1.424.000	1.400.300	1.153.800
TOTAL USO RESIDENCIAL	747.900	814.100	986.400	1.184.500	1.323.700	1.470.900	1.452.900	1.202.300
Fincas rusticas	16.300	15.800	18.300	19.600	23.400	21.400	21.800	21.700
terrenos urbanos	21.100	22.800	25.700	31.400	41.800	53.600	61.100	50.800
TOTAL SUELOS	37.400	38.600	44.000	51.000	65.200	75.000	82.900	72.500
% residencial sobre total	81,3%	82,8%	83,6%	85,3%	82,2%	81,8%	81,7%	79,6%
% fincas rusticas sobre total	1,8%	1,6%	1,6%	1,4%	1,5%	1,2%	1,2%	1,4%
% suelos sobre total	4,1%	3,9%	3,7%	3,7%	4,0%	4,2%	4,7%	4,8%

Fuente: Banco de España y elaboración propia

En el mundo rural, la mejor fuente de información es la Encuesta de Precios de la Tierra que elaboraba y publicaba el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y mantiene el Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino. El objetivo de la Encuesta es el seguimiento de la evolución de los precios de la tierra y, por ello, se desechan todas las muestras que pudieran tener incorporadas en el valor expectativas urbanísticas. No se publican datos referentes a cultivos con escasa superficie y tampoco se publica información si no se alcanza un determinado número de muestras.

Si gran parte de la información que se menciona y maneja procede de las tasaciones hipotecarias parece conveniente detenerse en las normas a las que deben sujetarse que son las contenidas en la Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas entidades financieras, modificada por la Orden EHA/3011/2007 de 4 de octubre, (aunque esta modificación no está relacionada con la aprobación de la Ley 8/2007) y, también modificada por la Orden EHA/564/2008, de 28 de febrero a la que nos referiremos al tratar en contenido de la Disposición transitoria tercera. Cabe señalar que deben también respetarse las Normas Internacionales de Valuación de Activos.

2.2. Las Normas Internacionales de Valuación de Activos.

En 1981 se crea el Comité de las Normas Internacionales de Valuación de Activos, que a partir de 1994 pasa a denominarse Comité de Normas Internacionales de Valuación y desde 2003 es una asociación inscrita compuesta por asociaciones profesionales de valuación³ en todo el mundo, regida por sus propios estatutos y que tiene como objetivos:

- Formular y publicar, en pro del interés público, normas de valuación de bienes y fomentar su aplicación mundial.
- Armonizar las Normas entre los Estados, identificar y manifestar las diferencias en las declaraciones y/o aplicaciones de las Normas cuando éstas se presentan.

Según estas Normas, que han tenido su última actualización en 2007, la valoración, a diferencia del precio pagado en un mercado, no es un hecho *sino* “una estimación de la valía de los bienes y servicios en un tiempo dado conforme a una definición específica de valor”.

Las Normas Internacionales de Valuación (IVS) tienen un apartado dedicado a Conceptos y principios generales en el que se distingue entre Precio, Coste, Mercado y Valor. Las Normas establecen diferentes “valores”. A los efectos que aquí interesan, señalaremos que se establecen diferencias entre *Valor Gravable o a Efectos Fiscales o Catastrales* y *Valor Hipotecario*.

³ Se utilizará la misma terminología que utilizan las normas, por ello, hablaremos de valuación y valuador o valorador.

2.3. Los Métodos de Valoración Inmobiliaria.

Los métodos generales de valoración inmobiliaria pueden resumirse en el método de comparación con mercado y el método de capitalización o actualización de rentas para valorar edificios (suelo y construcción), método del coste o de reposición para valorar construcciones y el método residual para valorar el suelo, pero todos los autores están de acuerdo en la importancia del OBJETIVO o FINALIDAD de la valoración: a efectos fiscales o tributarios, a efectos hipotecarios, a efectos contables, etc., de tal manera que la finalidad determinará la metodología más adecuada para conseguir un mejor resultado.

También existe acuerdo en que el método más adecuado para conseguir hallar un valor que represente el teórico valor de mercado o precio más probable por el que se produciría la transacción del bien entre partes independientes, es el método de comparación. Pero, excepto en supuestos muy concretos (venta en el mismo momento de pisos o locales iguales de una misma promoción), es difícil encontrar muestras de mercado que permitan conocer a que precio se ha producido la compra-venta entre partes independientes. La *filosofía* del método de comparación es, hallar o estimar un valor o precio desconocido, tomando como base valores o precios conocidos para inmuebles similares y la similitud debe abarcar a todas las características del bien. Por ello, este método, aún en el supuesto de que pueda utilizarse porque existe abundante o suficiente información de “comparables”, requiere de la ayuda de diversas técnicas estadísticas y modelos matemáticos que permitan y aseguren una correcta utilización de la información disponible.

Cuando no se puede utilizar el método porque no existe información o la que existe es insuficiente para fundamentar la valoración, hay que acudir a otro método general. Si existe suficiente información sobre precios de alquileres, utilizaremos el método de capitalización de rendimientos, y esto debe entenderse tanto para inmuebles urbanos como rústicos, ya que si en una zona hay poca información sobre compra-venta de oficinas o de plazas de garaje y es más abundante la existente sobre alquileres, utilizar *capitalización* es más adecuado que utilizar *comparación*.

El mercado de suelo sin edificar es, claramente, un mercado en el que no es de aplicación el método de comparación. Cuando se conoce lo que se puede edificar sobre ese suelo el método que ofrece mejores resultados es el método residual.

ESPECIAL REFERENCIA AL MÉTODO RESIDUAL.

Ya hemos hecho referencia a la ausencia de estadísticas y de información sobre precios inmobiliarios, citando a Julio Rodríguez López⁴: *“La falta de información armonizada en la UE sobre dichos precios dificulta su control a efectos de política monetaria y no facilita el análisis de factores explicativos de su evolución. La recogida y elaboración de estadísticas de precios de vivienda no está cubierta por ninguna legislación en el ámbito de la eurozona”.*

Así nos encontramos con que:

- En seis países, la información la elabora y publica el banco central.
- En tres países, la oficina estatal de estadística.
- En tres países, el propio sector inmobiliario.
- En Finlandia, el Ministerio de Medio Ambiente.
- En Reino Unido, la oficina del viceprimer ministro a partir de datos de entidades de crédito.
- En España, ahora el Ministerio de Vivienda.

En ninguno hay estadística “oficiales” de precios de suelo, en España, el Ministerio de Vivienda ha comenzado a formar una con la información suministrada por los Registradores de la Propiedad.

Los economistas ponen como ejemplo de mercado ineficiente (versus mercado eficiente, el bursátil) el mercado inmobiliario porque:

- El incremento de la oferta no supone disminución de precios.
- Es un mercado caracterizado por la localización (no existe la “globalización”).
- El suelo no es plenamente comercializable, no es transportable y si hablamos de suelo urbanizado, sólo es consumible allí donde se ha producido.

⁴ “El fructífero otoño de las estadísticas” artículo publicado en noviembre de 2004.

- No existe información actualizada y directa. No es flexible. Parte de su rigidez se suele imputar a una excesiva regulación.
- Las finalidades económicas del suelo son variadas y no se conoce su influencia en la variación del precio.

El Método Residual, consistente en estimar el valor del suelo a partir del valor en venta que se supone alcanzará el producto inmobiliario que sobre el mismo se permite construir, es de utilización general y, con pequeñas diferencias en su formulación, es utilizado por promotores inmobiliarios, por las normativas fiscales e hipotecarias y, como ya hemos señalado, para valoraciones urbanísticas dentro del ámbito de la legislación estatal.

Normalmente se utiliza el método residual estático para el suelo urbanizado y el método residual dinámico para el suelo urbanizable. Ya hemos indicado las diferencias de formulación entre la normativa hipotecaria y la catastral en el dinámico. En el estático son las siguientes:

NORMATIVA HIPOTECARIA

$$F = VM \times (1-b) - \sum Ci$$

Siendo:

F Valor del terreno o inmueble a rehabilitar

VM Valor del inmueble en la hipótesis de edificio terminado.

b Margen o beneficio neto del promotor en tanto por uno.

Ci cada uno de los pagos necesarios considerados.

NORMATIVA CATASTRAL

$$Vv = G+B+Vs+Vc = K(Vs+Vc)$$

$$Vs = Vv/K - Vc$$

Siendo:

Vv Valor en venta o de mercado

Vs Valor del suelo

Vc Valor de la construcción

K Factor que engloba los gastos y beneficios, con carácter general **K=1.40**.

2.3 Los criterios de valoración en el TRLS.

Conviene precisar, en primer lugar, una cuestión fundamental: el legislador estatal es el único competente de acuerdo con reiterada y consolidada doctrina del TC (SSTC 61/1997 y 164/2001) para establecer los criterios y métodos de valoración. En la determinación de dichos métodos y criterios, a tenor de la STC 166/1986, de 19 de diciembre, *“una vez que la Constitución no utiliza el término de «justo precio», [la] indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable”*. De acuerdo con dicha sentencia, *“la garantía constitucional de la «correspondiente indemnización» concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación”*. Es decir, el TC atribuye al legislador estatal un amplio margen para fijar distintas modalidades de valoración -dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados-, a las que sólo se exige, desde la perspectiva constitucional, que no se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable.

Veamos a continuación cómo se enfrenta el TRLS al controvertido tema de las valoraciones. Como no podría ser de otra manera, se pretende dar solución a los problemas que había planteado el régimen de la Ley 6/1998, pero, insistimos, debe desecharse como uno de los objetivos “abaratando las expropiaciones”.

Si nos detenemos de nuevo en la Exposición de Motivos encontramos lo siguiente:

Desde la Ley de 1956, la legislación del suelo ha establecido ininterrumpidamente un régimen de valoraciones especial que desplaza la aplicación de los criterios generales de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Lo ha hecho recurriendo a criterios que han tenido sin excepción un denominador común: el de valorar el suelo a partir de cuál fuera su clasificación y categorización urbanísticas, esto es, partiendo de cuál fuera su destino y no su situación real. Unas veces se ha pretendido con ello aproximar las valoraciones al mercado, presumiendo que en el mercado del suelo no se producen fallos ni tensiones especulativas, contra las que los poderes públicos deben luchar por imperativo constitucional. Se llegaba así a la paradoja de pretender que el valor real no consistía en tasar la realidad, sino también las meras expectativas generadas por la acción de los poderes públicos. Y aun en las ocasiones en que con los criterios mencionados se pretendía contener los justiprecios, se contribuyó más bien a todo lo contrario y, lo que es más importante, a enterrar el viejo principio de justicia y de sentido común contenido en el artículo 36 de la vieja pero todavía vigente Ley de Expropiación Forzosa: que las tasaciones expropiatorias no han de tener en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación ni las previsibles para el futuro.

...

Esto supuesto, los criterios de valoración establecidos persiguen determinar con la necesaria objetividad y seguridad jurídica el valor de sustitución del inmueble en el mercado por otro similar en su misma situación.

Se ha dicho que se “revivía” la dualidad de valores, existiendo un valor para expropiaciones y un valor de mercado. Esta afirmación se hace con sentido crítico negativo, cuando, de ser ciertas las afirmaciones de la sobrevaloración de los inmuebles detectada en el mercado que algunos estudios cifran hasta un 40%⁵, no sería muy razonable pagar con el dinero de todos los ciudadanos este sobreprecio. Además, el TRLS fija con claridad el ámbito de aplicación de los criterios de valoración, fuera del cuál, o bien regirán otras normas (por ejemplo, a efectos tributarios), o bien regirá la libertad de pacto (compra-venta de inmuebles que no tengan fijado un precio máximo administrativo)

Asimismo, conviene recordar que otro de los “fallos” que se achacan al texto como es la ruptura entre la vinculación del régimen de valoración con la clase de suelo, tampoco puede aceptarse ya que la vinculación era más formal que real (como se observa con claridad en el artículo 27 de la Ley 6/1998) y que el mandato de no incorporar expectativas ni elementos especulativos (que es indudable que **sí** incorpora el mercado) ya estaba en la Ley 6/1998.

Lo que persigue el nuevo texto en todos y cada uno de sus artículos es, fijar los criterios más objetivos para garantizar la indemnidad, utilizando la metodología más adecuada para intentar encontrar, precisamente, el valor “más real” del bien. Por tanto, el objetivo fundamental perseguido va a ser la aplicación de la metodología más adecuada para cumplir la *garantía constitucional de la “correspondiente indemnización”*, impidiendo la especulación, como manda el art. 47.

Como todo el régimen de valoraciones se estructura en torno a las situaciones fácticas en que puede encontrarse el suelo, antes de recorrer los artículos referentes a valoraciones nos detendremos en el

Artículo 12:

Artículo 12. Situaciones básicas del suelo.

1. Todo el suelo se encuentra, a los efectos de esta Ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado.

2. Está en la situación de suelo rural:

a) En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.

b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente.

3. Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento.

Al establecer las dotaciones y los servicios a que se refiere el párrafo anterior, la legislación urbanística podrá considerar las peculiaridades de los núcleos tradicionales legalmente asentados en el medio rural.

⁵ Diferentes estudios y artículos sobre “la burbuja inmobiliaria” han venido cifrando la sobrevaloración entre un 20% y un 50%

En definitiva: el suelo rural puede estar preservado del proceso urbanizador, o por el contrario, sujeto a transformación urbanística, convirtiéndose en suelo urbanizado cuando se haya finalizado la urbanización. Una vez urbanizado, puede estar sujeto a una mejora o renovación de la urbanización existente por no entenderse adecuada a los usos reales o previstos. A su vez, el suelo urbanizado puede estar: sin edificar, en proceso de edificación o edificado.

En principio, parecía que la redacción del Art. 12, además de ser suficientemente clara, no tenía ningún problema de “acomodo” con el contenido de las legislaciones autonómicas ya que, una vez analizadas las definiciones y requisitos exigibles al suelo urbano se observó que existía una “buena coordinación”. Sin embargo, nada más aprobarse la Ley surgieron interpretaciones variopintas y, lo más preocupante, se detectaron Planes Generales que contemplaban clasificaciones de suelo que, en puridad, no cumplían los requisitos establecidos en la legislación autonómica.

Veamos algunos ejemplos en los siguientes gráficos:

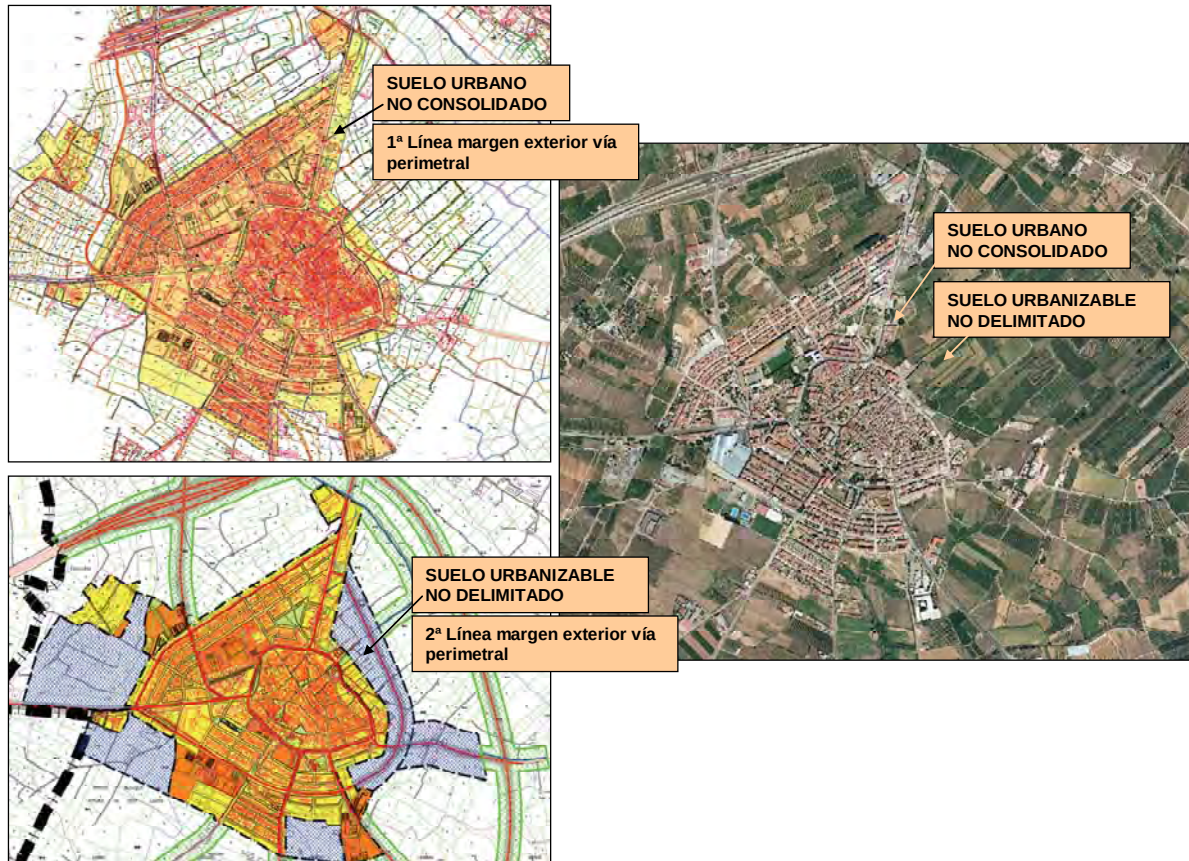


Parece muy difícil aceptar que el Suelo Urbano no consolidado situado a la izquierda de la imagen sea “urbano” especialmente cuando la legislación autonómica establece:

Tendrán la condición de suelo urbano:

- Los terrenos ya transformados por contar con acceso rodado integrado en la malla urbana y servicios de abastecimiento y evacuación de agua, así como suministro de energía eléctrica, de características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir.*
- Los terrenos que el Plan General incluya en áreas consolidadas por la edificación, al menos, en las dos terceras partes de su superficie edificable, siempre que la parte edificada reúna o vaya a reunir, en ejecución del Plan, los requisitos establecidos en el apartado anterior.*
- Los terrenos que, en ejecución del planeamiento, hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo.*

Tendrán la consideración de suelo urbano no consolidado los terrenos de suelo urbano que el Plan General defina expresamente como tales por estar sometidos a procesos de urbanización, renovación o reforma interior y, en todo caso, los sometidos a actuaciones de dotación conforme a lo establecido en la normativa estatal. Todo el suelo urbano que el Plan General no defina expresamente como no consolidado se considerará suelo urbano consolidado.



Esta imagen pertenece a la misma Comunidad Autónoma y se podrían suscitar problemas de interpretación en el Urbano no consolidado del gráfico superior si lo que estuviera delimitando fuera una estrecha franja perimetral de una calle, carretera, etc., al otro lado de la cual el planeamiento permite construir una hilera de adosados.

Veamos a continuación otro ejemplo de lo que podría denominarse “clasificación en fraude de ley”. La legislación autonómica establece:

*Integran el suelo urbano los terrenos que **el Plan General de Ordenación Urbanística, y en su caso el Plan de Ordenación Intermunicipal, adscriba a esta clase de suelo por encontrarse en alguna de las siguientes circunstancias:***

- Formar parte de un núcleo de población existente o ser susceptible de incorporarse en él en ejecución del Plan, y estar dotados, como mínimo, de los servicios urbanísticos de acceso rodado por vía urbana, abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía eléctrica en baja tensión.***
- Estar ya consolidados al menos en las dos terceras partes del espacio apto para la edificación según la ordenación que el planeamiento general proponga e integrados en la malla urbana en condiciones de conectar a los servicios urbanísticos básicos reseñados en el apartado anterior.***
- Haber sido transformados y urbanizados en ejecución del correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico y de conformidad con sus determinaciones.***

Y veamos una imagen de un Plan General de un municipio de esta Comunidad. AP- 46 es “Urbano no consolidado” y SEN- 4 es “Urbanizable delimitado”.



Evidentemente, el desarrollo reglamentario debe aclarar que tratamiento “valorativo” ha de aplicarse en estos supuestos.

No parece que exista ninguna dificultad para vincular el suelo rural con el no urbanizable y con el urbanizable no delimitado.

A continuación realizaremos un recorrido por los artículos del título de Valoraciones comentando su contenido.

2.4. Análisis de los artículos referentes a valoraciones.

Artículo 21. *Ámbito del régimen de valoraciones.*

1. Las valoraciones del suelo, las instalaciones, construcciones y edificaciones, y los derechos constituidos sobre o en relación con ellos, se rigen por lo dispuesto en esta Ley cuando tengan por objeto:
 - a) La verificación de las operaciones de reparto de beneficios y cargas u otras precisas para la ejecución de la ordenación territorial y urbanística en las que la valoración determine el contenido patrimonial de facultades o deberes propios del derecho de propiedad, en defecto de acuerdo entre todos los sujetos afectados.
 - b) La fijación del justiprecio en la expropiación, cualquiera que sea la finalidad de ésta y la legislación que la motive.
 - c) La fijación del precio a pagar al propietario en la venta o sustitución forzosas.
 - d) La determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.
2. Las valoraciones se entienden referidas:
 - a) Cuando se trate de las operaciones contempladas en la letra a) del apartado anterior, a la fecha de iniciación del procedimiento de aprobación del instrumento que las motive.
 - b) Cuando se aplique la expropiación forzosa, al momento de iniciación del expediente de justiprecio individualizado o de exposición al público del proyecto de expropiación si se sigue el procedimiento de tasación conjunta.
 - c) Cuando se trate de la venta o sustitución forzosas, al momento de la iniciación del procedimiento de declaración del incumplimiento del deber que la motive.
 - d) Cuando la valoración sea necesaria a los efectos de determinar la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración pública, al momento de la entrada en vigor de la disposición o del comienzo de la eficacia del acto causante de la lesión.

El artículo 21 se estructura en dos apartados: el primero de ellos **precisa** las situaciones en las que resultará obligado aplicar los criterios de valoración. Pero obsérvese que la precisión se extiende más allá: no es sólo el suelo, son también las “accesiones” y los derechos sobre los mismos. El segundo apartado precisa el momento de referencia que debe considerarse a los efectos de inicio del procedimiento de valoración. Se refunden, pues, en un único artículo determinaciones que se encontraban comprendidas en los artículos 23 y 24 de la LS 98. Detengámonos en el contenido del apartado 1. En la letra a) se extiende la aplicación del régimen de valoraciones, no sólo a las operaciones de reparto de beneficios y cargas, sino a todas aquellas que sean “precisas para la ejecución de la ordenación territorial y urbanística ...” siempre que no exista acuerdo entre los sujetos afectados.

Esta extensión es perfectamente conforme con la interpretación competencial del TC (Ver STC 164/2001) en materia de valoraciones, que ha justificado la competencia del legislador estatal para fijar reglas de valoración en todos los supuestos de expropiación o determinación imperativa del valor de un bien o derecho. La falta de acuerdo puede producirse no sólo en los procedimientos de equidistribución, sino en otros procedimientos urbanísticos como la declaración de ruina, la ocupación directa y, como veremos al comentar la letra c), en supuesto de venta o sustitución forzosa, pudiendo en todos producirse valoraciones imperativas. El contenido de la letra b) no supone ninguna alteración o modificación a la situación anterior. No ocurre así con lo establecido en la letra c). Si bien las legislaciones anteriores se han venido ocupando, lógicamente, de los deberes de edificar y rehabilitar, y el incumplimiento de dichos deberes llevaban aparejadas las correspondientes medidas sancionadoras a establecer por las administraciones autonómicas y, finalmente, locales, el final del camino del incumplimiento consistía en la expropiación del inmueble. Pero es de todos conocido la escasa o, nos atreveríamos a decir, prácticamente nula aplicación de esta medida y no solamente por el rechazo social que suscita la expropiación, también porque en muchos casos, especialmente en situaciones de rehabilitación, el propietario se veía en fuertes dificultades para afrontar la inversión económica necesaria para cumplir los deberes establecidos. El sistema contemplado ahora ofrece una alternativa menos drástica y, por tanto, seguramente más eficaz. A ello se hace referencia en la Exposición de Motivos:

Toda capacidad conlleva una responsabilidad, que esta Ley se ocupa de articular al servicio del interés general a lo largo de todo su cuerpo: desde la responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de los plazos máximos en los procedimientos de ordenación urbanística, a la posibilidad de sustituir forzosamente al propietario incumplidor de los plazos de ejecución ...

Finalmente, en la letra d) se establece que las mismas reglas y criterios de valoración se aplicarán para las eventuales indemnizaciones que deba asumir la Administración y es importante comentar aunque sea de forma muy resumida que, por primera vez, se trata la expropiación y la responsabilidad patrimonial como “dos caras de la misma moneda” que es lo que habían venido estableciendo varios pronunciamientos de los tribunales, observando una falta de coherencia al considerar plusvalías urbanísticas en las expropiaciones y olvidarse de las mismas en los supuestos de “*ius variandi*” con el argumento de que toda alteración de planeamiento entra dentro de las competencias de la administración urbanística. El artículo 35 introduce novedades fijando las reglas para un tratamiento coherente.

El apartado 2 fija, de forma sistemática, la referencia temporal o momento al que deben entenderse referidas las valoraciones y únicamente en lo referente al contenido de la letra a) será necesario acudir a la concreción que deberá incluir la legislación autonómica para conocer “la fecha de iniciación del procedimiento de aprobación del instrumento que las motive”.

De nuevo, una redacción que parece contar con una gran claridad y precisión, ha generado numerosas consultas y aunque pudiera considerarse innecesario introducir mayor desarrollo en el Reglamento toda vez que, en diciembre de 2008 la Dirección del Servicio Jurídico del Estado del Ministerio de Justicia, remitió a todos los Servicios Jurídicos Periféricos un extenso informe en el que se precisaban varias cuestiones, en principio, se ha decidido tratar con la mayor amplitud posible lo relativo a las “situaciones básicas”. Recogemos a continuación las **CONCLUSIONES** del Informe:

Primera.- El término “expedientes” que utiliza la disposición transitoria tercera, apartado 1, de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo y la disposición transitoria tercera, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, se asocia no a los procedimientos expropiatorios, sino a los expedientes de justiprecio. En consecuencia, los criterios de valoración establecidos por dichos textos legales se aplicarán a los expedientes de justiprecio iniciados tras su entrada en vigor, independientemente de la fecha de inicio de los expedientes de expropiación de los que traigan su causa los expedientes de justiprecio.

Segunda.- Partiendo de la subsunción del concepto de suelo urbano no consolidado que proporciona tanto la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas como la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la categoría de suelo urbanizado del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo, su valoración debe hacerse de acuerdo con las reglas de valoración que a este suelo es aplicable en el artículo 24 del citado texto legal.

Excepcionalmente, si el instrumento de planeamiento, aun delimitando un suelo determinado como urbano no consolidado, no prevé para esta clase de suelo las condiciones de desarrollo urbanístico, de modo que su realidad física no responda a las características que para este tipo de suelo establece la legislación urbanística de la respectiva Comunidad Autónoma, este suelo deberá tasarse con arreglo a los criterios de valoración del suelo rural que establece el artículo 23 del Texto Refundido de la Ley de Suelo.

Tercera.- Por todo lo anterior, no resulta aplicable para el suelo urbano no consolidado la previsión contenida en la disposición transitoria tercera, apartado 2, del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

El Artículo 22. *Criterios generales para la valoración de inmuebles*, en su apartado 1 viene a fijar un principio general relativo a la valoración del suelo, evitando cualquier mención a la clasificación urbanística y en el apartado 2 se pretende introducir la mayor claridad posible en la determinación de las reglas de valoración que incluirán los artículos siguientes, en función de la “situación básica” del suelo a valorar, con el objetivo de acabar con la controversia suscitada en los denominados “sistemas generales de ámbito supramunicipal”.

La STS de 29 de enero de 1994, a la que siguieron varias en el mismo sentido, deben ser entendidas como una solución (en muchos casos no muy acertada, en términos valorativos) a una situación anómala por falta de precisión, o bien claramente fraudulenta, cuando un suelo incluido de forma clara en la trama urbana se calificaba como sistema general y no se le adscribía a suelo urbano o urbanizable, burlando, en este caso, el principio de equidistribución de beneficios y cargas. Pero las expropiaciones para la realización de las grandes infraestructuras, no traen causa de los planes urbanísticos y, por tanto, el principio de equidistribución no tiene sentido y lo que debe cumplirse es el principio de indemnidad propio de toda expropiación (véase STS de 19 de enero de 2002 y STS de 13 de febrero de 2004). La claridad con que el segundo párrafo del apartado 2 expresa “tanto si estuvieran previstos por la ordenación territorial y urbanística como si fueran de nueva creación, cuya valoración se determinará según la **situación básica** ...”.

El apartado 3 fija los criterios para la valoración de edificaciones, construcciones, sembrados, etc., siendo el criterio general la valoración independiente del suelo cuando éste se encuentra en la situación de rural (excepción hecha de los que se hayan tenido en cuenta en la valoración del suelo por su carácter de mejora permanente) y la tasación conjunta en el suelo en situación de urbanizado.

La lógica de esta diferencia de criterio se verá con toda claridad en el análisis de los artículos 23 y 24 en los que se describe la metodología concreta a utilizar en cada una de las dos situaciones básicas, pero en este apartado ya se precisa la necesidad de que las edificaciones estén ajustadas a la legalidad y qué se entiende por tal queda perfectamente precisado en el párrafo tercero.

El último párrafo viene a recordar la necesidad de depreciar el valor obtenido por el método de reposición en razón de la antigüedad y estado de conservación, así como en aquellas situaciones de fuera de ordenación, reducir el valor en proporción al tiempo transcurrido de su vida útil.

El apartado 4 no presenta novedades, recogiendo prácticamente de forma literal, el contenido del artículo 32 de la LS 98.

Artículo 23. Valoración en el suelo rural.

1. Cuando el suelo sea rural a los efectos de esta Ley:

- a) Los terrenos se tasarán mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración.
La renta potencial se calculará atendiendo al rendimiento del uso, disfrute o explotación de que sean susceptibles los terrenos conforme a la legislación que les sea aplicable, utilizando los medios técnicos normales para su producción. Incluirá, en su caso, como ingresos las subvenciones que, con carácter estable, se otorguen a los cultivos y aprovechamientos considerados para su cálculo y se descontarán los costes necesarios para la

explotación considerada.

El valor del suelo rural así obtenido podrá ser corregido al alza hasta un máximo del doble en función de factores objetivos de localización, como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica o a la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico, cuya aplicación y ponderación habrá de ser justificada en el correspondiente expediente de valoración, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan.

- b) Las edificaciones, construcciones e instalaciones, cuando deban valorarse con independencia del suelo, se tasarán por el método de coste de reposición según su estado y antigüedad en el momento al que deba entenderse referida la valoración.
- c) Las plantaciones y los sembrados preexistentes, así como las indemnizaciones por razón de arrendamientos rústicos u otros derechos, se tasarán con arreglo a los criterios de las Leyes de Expropiación Forzosa y de Arrendamientos Rústicos.

2. En ninguno de los casos previstos en el apartado anterior podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aún plenamente realizados.

Claramente es en la valoración del suelo definido en la situación de rural donde el nuevo texto introduce las mayores novedades. Si vamos recorriendo el artículo nos encontramos con que el contenido del apartado 1 a) no adolece de las imprecisiones del 26.2 de la LS 98. Se establece que la tasación vendrá determinada por la **mayor** de las rentas de explotación y también se precisa que esa renta a considerar es **anual**. Precisión esta última de gran importancia para la correcta aplicación de lo establecido en el régimen transitorio que es la ORDEN ECO/805/2003.

En el segundo párrafo encontramos las indicaciones para el cálculo de la renta potencial, indicaciones que tienen un alto de grado de precisión y que con la ayuda de cualquier manual de valoración de inmuebles rústicos, nos permitiría una correcta valoración mientras llega el desarrollo reglamentario.

Podemos avanzar que para el desarrollo reglamentario hemos trabajado estableciendo, en primer lugar, tipos de explotaciones:

- ☐ Agropecuarias.
- ☐ Forestales.
- ☐ Extractivas.
- ☐ Comerciales, industriales y de servicios.

También se establecen reglas para la valoración en ausencia de explotación en el caso de que no exista ni pueda existir por causa de las características físicas o de las determinaciones jurídico urbanísticas.

En cuanto a la comparación ente Renta real y Renta potencial, el enfoque en el reglamento es que siempre se compara, es decir, el desconocimiento por parte del valorador de la Renta real no impide la comparación ya que, se calculará aplicando la misma metodología que para el cálculo de la renta potencial pero, con la explotación realmente existente. Si lo real coincide con lo potencial, las dos rentas serán iguales. Si está explotada utilizando medios superiores a los normales la real será superior a la potencial y si está infrautilizada, será inferior a la potencial.

El tercer párrafo permite corregir al alza el resultado obtenido en función de **factores objetivos** de localización porque la localización es un factor que influye en el valor de los bienes y no sólo de los bienes urbanos. Pero, el texto se cuida de señalar que su aplicación y ponderación deberán estar **justificadas** en el expediente, todo lo cual debería impedir que una corrección al alza que tiene toda su lógica si se pretende obtener un valor correcto para un concreto inmueble, se convirtiera en un instrumento para conseguir valores expectantes y especulativos. El desarrollo reglamentario deberá incluir determinaciones precisas para la aplicación de este factor y se ha trabajado con modelos gravitacionales.

El camino a recorrer para calcular el valor de una finca en “situación rural” sería:

- Si la finca está en explotación, investigación de la renta real.
- Cálculo de la renta potencial. Al precisar que el periodo es **anual**, la fórmula de cálculo del valor por actualización de rentas esperadas de la ORDEN ECO/805/2003

$$V_A = \sum \frac{E_j}{(1+i)^j} - \sum \frac{SK}{(1+i)^k} + \frac{\text{Valordereversión}}{(1+i)^n}$$

se simplifica, debiendo utilizar la expresión

$$V = \frac{R}{i}$$

Si bien, un tasador experimentado, para no correr el riesgo de actuar con unos valores de un año agrícolamente excelente o, por el contrario, adverso, para el cultivo en cuestión, podría asegurar aún más su valoración calculando el valor, por ejemplo, en los tres o cinco últimos años y despreciando el más bajo y el más alto.

Utilizando la ecuación clásica:

$$R = I - G - B$$

Donde:

R = Renta potencial

I = Producción final o ingresos

G = Gastos totales: materias primas, mano de obra, impuestos, etc.

B = Beneficio empresarial

Si el inmueble a valorar tiene diferentes cultivos o dentro del mismo cultivo diferentes intensidades productivas, se procederá de la forma siguiente:

- División en subparcelas de cultivo y asignación de intensidad productiva o “clase” a cada cultivo.
- Cálculo del rendimiento teórico de cada subparcela, obtenido a través de las cuentas realizadas para explotaciones ideales o “tipo”, pudiendo utilizar los precios de productos, mano de obra, semillas, abono, etc. oficialmente publicados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
- Estimación del beneficio empresarial que dependerá del tipo de cultivo y de la explotación y que, según algunos autores, puede cifrarse en un 60% de I – G. También hay autores que defienden que como máximo puede utilizarse un 50% del rendimiento bruto y como mínimo un 15%.

A continuación se comparará la renta real con el resultado del cálculo de la renta potencial y se estudiará la procedencia de aplicar al menor de los dos valores una corrección al alza. La Encuesta de Precios de la Tierra, que publica el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, será un instrumento de gran ayuda en todo el proceso, especialmente porque en la metodología utilizada para su confección, se desprecian todas las muestras o transacciones sobre las que exista alguna duda en relación con la influencia en el precio de “expectativas urbanísticas”.

No consideramos necesario detenerse en el método de reposición para la valoración de las construcciones porque es el que siempre han mencionado todas las legislaciones.

Pero, la valoración en rural no puede contemplarse sin incluir referencias precisas a la aplicación del tipo de capitalización y, recordando lo dispuesto en la Disposición adicional séptima.

1. Para la capitalización de la renta anual real o potencial de la explotación a que se refiere el apartado 1 del artículo 23, se utilizará como tipo de capitalización la última referencia publicada por el Banco de España del rendimiento de la deuda pública del Estado en mercados secundarios a tres años.

2. En la Ley de Presupuestos Generales del Estado se podrá modificar el tipo de capitalización establecido en el apartado anterior y fijar valores mínimos según tipos de cultivos y aprovechamientos de la tierra, cuando la evolución observada en los precios del suelo o en los tipos de interés arriesgue alejar de forma significativa el resultado de las valoraciones respecto de los precios de mercado del suelo rural sin consideración de expectativas urbanísticas.

Es obvio que el legislador estatal conoce la fuerte influencia en los resultados que tiene una pequeña modificación en el tipo de capitalización y establece la posibilidad, no sólo de su modificación anual a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, si no, también abre la vía, técnicamente más adecuada, para aplicar tipos diferentes para explotaciones y cultivos diferentes.

El reglamento sigue esta vía y, aunque será necesario contar con una nueva redacción de la mencionada disposición, se ha trabajado en una tabla del siguiente tipo:

Agropecuarias y forestales	r %
Tierras labor secano	
Tierras labor regadío	
Hortalizas aire libre	
Cultivos protegidos regadío	
Frutales cítricos	
Frutales no cítricos	
Viñedo	
Olivar	
Platanera	
Prados naturales secano	
Prados naturales regadío	
Pastizales	
Otras explotaciones agropecuarias	
Explotaciones forestales	

La valoración en suelo urbanizado introduce mayores precisiones pero no un cambio metodológico. Con todo, el artículo 24 tiene varias cuestiones que se ha considerado necesario tengan un estudio pormenorizado. En **primer lugar**, definir el ámbito espacial homogéneo ya que Cataluña había incorporado el texto del art. 29 de la LS98, es decir, se volvía al “polígono fiscal”. En **segundo lugar**, determinar como se calcularía la edificabilidad media, precisando que debe **ponderada**. En **tercer lugar**, definir qué debe entenderse por “situación de origen”.

Artículo 24. Valoración en el suelo urbanizado

1. Para la valoración del suelo urbanizado que no está edificado, o en que la edificación existente o en curso de ejecución es ilegal o se encuentra en situación de ruina física:

- a) Se considerarán como uso y edificabilidad de referencia los atribuidos a la parcela por la ordenación urbanística, incluido en su caso el de vivienda sujeta a algún régimen de protección que permita tasar su precio máximo en venta o alquiler.

Si los terrenos no tienen asignada edificabilidad o uso privado por la ordenación urbanística, se les atribuirá la edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo en que por usos y tipologías la ordenación urbanística los haya incluido.

- b) Se aplicará a dicha edificabilidad el valor de repercusión del suelo según el uso correspondiente, determinado por el método residual estático.
- c) De la cantidad resultante de la letra anterior se descontará, en su caso, el valor de los deberes y cargas pendientes para poder realizar la edificabilidad prevista.

2. Cuando se trate de suelo edificado o en curso de edificación, el valor de la tasación será el superior de los siguientes:

- a) El determinado por la tasación conjunta del suelo y de la edificación existente que se ajuste a la legalidad, por el método de comparación, aplicado exclusivamente a los usos de la edificación existente o la construcción ya realizada.

- b) El determinado por el método residual del apartado 1 de este artículo, aplicado exclusivamente al suelo, sin consideración de la edificación existente o la construcción ya realizada.

3. Cuando se trate de suelo urbanizado sometido a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización, el método residual a que se refieren los apartados anteriores considerará los usos y edificabilidades atribuidos por la ordenación en su situación de origen.

El artículo 12.3 ha definido qué suelo se encuentra en la situación de urbanizado, definición que, indudablemente, deberá completarse con lo que establezca la legislación autonómica, ya que, como en el propio artículo se señala, deberán contar con “las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento”.

Estos suelos pueden ser, por tanto, solares edificados o sin edificar, o bien parcelas situadas dentro de la trama urbana, pero que, aún contando con los tradicionales servicios urbanísticos, requieren reformar, renovar, completar la urbanización.

El artículo se estructura en tres apartados que recogen los criterios para cada una de las situaciones o circunstancias en que puede encontrarse una parcela en “suelo urbanizado”.

- Solar sin edificar, o bien edificado, pero que la construcción existente, bien por ilegal, bien por estar en situación de ruina, no daba valorarse. Aún siendo solar puede estar pendiente algún deber que sea necesario cumplir o alguna carga que sea preciso levantar, para poder realizar la nueva construcción.
- Solar edificado o en curso de edificación, en el que por estar afectado por alguno de los supuestos previstos en el apartado 20, sea necesario proceder a su tasación.
- Parcela situada en un ámbito afectado por operaciones de reforma interior o renovación urbana.

En el primer supuesto, cuando el planeamiento haya atribuido un uso y una edificabilidad a la parcela (situación que debe ser la habitual, ya que la atribución de usos y edificabilidades es función propia de la ordenación urbanística), se multiplicará la edificabilidad por el valor de repercusión correspondiente al uso atribuido, obtenido este valor por aplicación del método residual estático, que hasta que no se produzca al correspondiente desarrollo reglamentario, tendrá la formulación de la ORDEN ECO/805/2003.

Si la parcela no tiene asignada edificabilidad o uso por el planeamiento, se calculará la edificabilidad media existente en el “ámbito espacial homogéneo” en que la ordenación urbanística la haya incluido. El uso será el mayoritario en ese ámbito. La asignación de uso no va a revestir mayor problema porque existen varias fuentes de información de los usos mayoritarios por polígonos, zonas, etc., pero el cálculo de la edificabilidad media sí puede plantear algún problema si la ordenación urbanística no proporciona “orientaciones” precisas para delimitar el ámbito.

Como ya hemos señalado, al resultado se descontarán, si así procede, el valor de los deberes y cargas pendientes.

Si pasamos al segundo supuesto, la redacción es precisa y clara: el valor será el mayor de entre los dos siguientes:

- Si existen comparables, el determinado por aplicación del método de comparación pero, si no existe una información fiable, el reglamento debe proporcionar una vía de actuación.
- El determinado por el método residual tal y como se ha descrito para el supuesto anterior.

Los artículos 25 y 26 no tratan de “valoración de inmuebles”, tratan de indemnizaciones. No hay, en esta Ley un Título dedicado a supuestos indemnizatorios como sí existía en la Ley 6/1998, hay un artículo, el 35 con esta rúbrica en el Título IV. Podríamos preguntarnos porqué no se ha agrupado en un mismo lugar toda la materia referente a indemnizaciones, lo que, sistemáticamente hubiera sido más lógico, sin embargo, lo cierto es que, la situación de los artículos 25 y 26 aporta una mayor claridad a la hora de conocer cuál será la cantidad que percibirá el interesado en una actuación expropiatoria, por lo que, bienvenida sea esta pequeña “infidelidad” a la sistemática en aras de una mayor claridad en las valoraciones.

Artículo 25. Indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización.

1. Procederá valorar la facultad de participar en la ejecución de una actuación de nueva urbanización cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Que los terrenos hayan sido incluidos en la delimitación del ámbito de la actuación y se den los requisitos exigidos para iniciarla o para expropiar el suelo correspondiente, de conformidad con la legislación en la materia.
- b) Que la disposición, el acto o el hecho que motiva la valoración impida el ejercicio de dicha facultad o altere las condiciones de su ejercicio modificando los usos del suelo o reduciendo su edificabilidad.
- c) Que la disposición, el acto o el hecho a que se refiere la letra anterior surtan efectos antes del inicio de la actuación y del vencimiento de los plazos establecidos para dicho ejercicio, o después si la ejecución no se hubiera llevado a cabo por causas imputables a la Administración.
- d) Que la valoración no traiga causa del incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la facultad.

2. La indemnización por impedir el ejercicio de la facultad de participar en la actuación o alterar sus condiciones será el resultado de aplicar el mismo porcentaje que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para la participación de la comunidad en las plusvalías de conformidad con lo previsto en la letra b) del apartado primero del artículo 16 de esta Ley:

- a) A la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando se impida el ejercicio de esta facultad.
- b) A la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando se alteren las condiciones de ejercicio de la facultad.

Artículo 26. Indemnización de la iniciativa y la promoción de actuaciones de urbanización o de edificación.

1. Cuando devengan inútiles para quien haya incurrido en ellos por efecto de la disposición, del acto o del hecho que motive la valoración, los siguientes gastos y costes se tasarán por su importe incrementado por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo:

a) Aquéllos en que se haya incurrido para la elaboración del proyecto o proyectos técnicos de los instrumentos de ordenación y ejecución que, conforme a la legislación de la ordenación territorial y urbanística, sean necesarios para legitimar una actuación de urbanización, de edificación, o de conservación o rehabilitación de la edificación.

b) Los de las obras acometidas y los de financiación, gestión y promoción precisos para la ejecución de la actuación.

c) Las indemnizaciones pagadas.

2. Una vez iniciadas, las actuaciones de urbanización se valorarán en la forma prevista en el apartado anterior o en proporción al grado alcanzado en su ejecución, lo que sea superior, siempre que dicha ejecución se desarrolle de conformidad con los instrumentos que la legitimen y no se hayan incumplido los plazos en ellos establecidos. Para ello, al grado de ejecución se le asignará un valor entre 0 y 1, que se multiplicará:

a) Por la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando la disposición, el acto o hecho que motiva la valoración impida su terminación.

b) Por la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando sólo se alteren las condiciones de su ejecución, sin impedir su terminación.

La indemnización obtenida por el método establecido en este apartado nunca será inferior a la establecida en el artículo anterior y se distribuirá proporcionalmente entre los adjudicatarios de parcelas resultantes de la actuación.

3. Cuando el promotor de la actuación no sea retribuido mediante adjudicación de parcelas resultantes, su indemnización se descontará de la de los propietarios y se calculará aplicando la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo a la parte dejada de percibir de la retribución que tuviere establecida.

4. Los propietarios del suelo que no estuviesen al día en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, serán indemnizados por los gastos y costes a que se refiere el apartado 1, que se tasarán en el importe efectivamente incurrido.

Como ya hemos señalado anteriormente, en el artículo 8, concretamente en el 1.c) se le reconoce al propietario la facultad de participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas. Continúa el texto incluyendo determinadas garantías para el ejercicio de la facultad:

Para ejercer esta facultad, o para ratificarse en ella, si la hubiera ejercido antes, el propietario dispondrá del plazo que fije la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, que no podrá ser inferior a un mes ni contarse desde un momento anterior a aquél en que pueda conocer el alcance de las cargas de la actuación y los criterios de su distribución entre los afectados.

La privación o alteración de las condiciones del ejercicio de esa facultad serán indemnizables.

Cuando hemos tratado el ámbito de aplicación del régimen de valoraciones hemos hecho referencia a la aplicación del mismo en las actuaciones precisas para la ejecución de la ordenación territorial y urbanística cuando no exista acuerdo entre los sujetos afectados. El artículo 27 trata la valoración del suelo en régimen de equidistribución de beneficios y cargas en este supuesto, es decir, cuando el propietario decida no participar por estar en desacuerdo y, también cuando no pueda participar por la insuficiencia de su aportación

Artículo 27. Valoración del suelo en régimen de equidistribución de beneficios y cargas.

1. Cuando, en defecto de acuerdo entre todos los sujetos afectados, deban valorarse las aportaciones de suelo de los propietarios partícipes en una actuación de urbanización en ejercicio de la facultad establecida en la letra c) del apartado 1 del artículo 8, para ponderarlas entre sí o con las aportaciones del promotor o de la Administración, a los efectos del reparto de los beneficios y cargas y la adjudicación de parcelas resultantes, el suelo se tasará por el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación.

2. En el caso de propietarios que no puedan participar en la adjudicación de parcelas resultantes de una actuación de urbanización por causa de la insuficiencia de su aportación, el suelo se tasará por el valor que le correspondería

si estuviera terminada la actuación, descontados los gastos de urbanización correspondientes incrementados por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo.

El contenido se refiere sólo al suelo, porque, como ha venido siendo tradicional, se entiende que las edificaciones, obras, instalaciones, etc., no se consideran valores aportados, pero, si fuera necesaria la demolición, serán “elementos indemnizables”.

Puede observarse en el apartado 1 que, el *desacuerdo* puede surgir entre propietarios partícipes o bien con promotor y/o Administración. Efectivamente, estamos ante una actuación que no se desarrolla por el sistema de expropiación, por tanto, el acuerdo referente a la adjudicación de las parcelas resultantes en aplicación del principio de justa distribución de beneficios y cargas, debe contar con el beneplácito de todos los agentes implicados.

En el apartado 2 no se está tratando el caso de varios propietarios con una pequeña aportación que no les da derecho a la adjudicación de una parcela, si no, a un porcentaje de participación en una parcela resultante, con lo que su aportación resultaría pequeña pero no insuficiente. Se está refiriendo con gran precisión al supuesto en el que la insuficiencia de la aportación impida participar en la adjudicación de todo o parte de una parcela resultante. y es de agradecer que no se haya quedado en la simple mención de una situación que es, exactamente, lo que ocurría en el segundo párrafo del artículo 23 apartado 2 de la Ley 6/1998⁶, incluyendo el nuevo texto una precisión *cuasi* reglamentaria.

No parece muy necesario extenderse en comentar el porqué, en ambos supuestos, el suelo se tasaré por el valor que le correspondiera si estuviera terminada la actuación ya que en el primero de los supuestos haber considerado la situación de origen, además de injusto no sería coherente. Se ha acordado la transformación, se han acordado los parámetros urbanísticos de esa transformación y se ha acordado un sistema de ejecución. Los propietarios que deciden participar conocen que en el proceso de “reparcelación” se deben considerar en los cálculos la superficie de las parcelas aportadas pero, la valoración será de las parcelas finales o resultantes, ponderada en función de los diferentes usos lucrativos, sólo así se conocen las cargas y los posibles beneficios. En lo que no existe acuerdo es en la adjudicación de las parcelas resultantes sobre las que se construirá lo que estuviera previsto en el instrumento urbanístico que desarrolla la actuación, por tanto, la opción razonable para el reparto equitativo de beneficios y cargas es la consideración de la *situación final*.

En el supuesto del apartado 2, el interesado, además, no puede decidir si participa o no. Si su aportación se valorara conforme a la situación de origen se le estaría privando de su parte en los beneficios de la actuación, beneficios que, indudablemente, se trasladarían a algún otro agente (propietarios, promotor, urbanizador...). Lógicamente, se especifica que se descontarán los gastos de urbanización (carga que tendría que asumir el interesado en caso de poder participar) y se precisa que los costes de urbanización se incrementarán con la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo.

Con el artículo 27 finalizan las reglas de aplicación de los criterios de valoración “conforme a lo dispuesto en esta Ley” en las que se observa una mayor precisión y claridad que en las establecidas en la legislación anterior y, ello a pesar de la previsión de desarrollo reglamentario que incluye el nuevo texto y que no preveía el anterior. El Título se cierra con el artículo 28 en el que se recuerdan los criterios a considerar en todo lo no dispuesto.

Artículo 28. Régimen de la valoración.

La valoración se realiza, en todo lo no dispuesto en esta Ley:

- a) Conforme a los criterios que determinen las Leyes de la ordenación territorial y urbanística, cuando tenga por objeto la verificación de las operaciones precisas para la ejecución de la ordenación urbanística y, en especial, la distribución de los beneficios y las cargas de ella derivadas.
- b) Con arreglo a los criterios de la legislación general de expropiación forzosa y de responsabilidad de las Administraciones Públicas, según proceda, en los restantes casos.

Si bien, con la mención a las legislaciones que se citan puede considerarse que queda “cerrado”, sin flecos ni imprecisiones el régimen de valoraciones, no hubiera estado de más que, al igual que ocurre en el apartado c) del

⁶ En defecto de acuerdo entre los propietarios afectados, dichos criterios se aplicarán igualmente en los procedimientos de distribución de beneficios y cargas de conformidad con lo que establezca la legislación urbanística.

artículo 23.1, en el que se menciona no sólo la Ley de Expropiación Forzosa, si no también, la de Arrendamientos Rústicos, en éste artículo de cierre se hubiera incluido asimismo la referencia a esta Ley.

2.5. El régimen transitorio.

Las actuaciones de dotación constituyen una de las novedades más reseñables de lo incluido en las actuaciones de transformación urbanística, ya que no estaban contempladas en la Ley anterior, si bien sí se preveían actuaciones urbanísticas similares o equivalentes en un buen número de Leyes autonómicas.

Su objeto estriba en reajustar las proporciones entre las posibles nuevas dotaciones previstas por el Plan, con los posibles nuevos usos, edificabilidades o densidades permitidas por el mismo en ámbitos de suelo ya urbanizado. Con la nueva regulación se permite que los propietarios asuman los deberes y cargas urbanísticas aún pendientes de cumplir de entre los establecidos por el artículo 16.

En este caso, dado que la plusvalía no procede de la atribución de un aprovechamiento, sino de su incremento, se cifra asimismo en un porcentaje de dicho incremento.

No obstante, es preciso tener en cuenta que existen Leyes urbanísticas autonómicas, que incorporando figuras similares, no incorporan el efecto automático de exigencia de la mayor parte de los deberes citados.

La Disposición transitoria segunda regula el régimen transitorio de los deberes de las actuaciones de dotación.

Disposición transitoria segunda. Deberes de las actuaciones de dotación.

Los deberes previstos en esta Ley para las actuaciones de dotación serán de aplicación, en la forma prevista en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, a los cambios de la ordenación que prevean el incremento de edificabilidad o de densidad o el cambio de usos cuyo procedimiento de aprobación se inicie a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. Si, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la misma, dicha legislación no tiene establecidas las reglas precisas para su aplicación, desde dicho momento y hasta su adaptación a esta Ley serán aplicables las siguientes:

- a) El instrumento de ordenación delimitará el ámbito de la actuación, ya sea continuo o discontinuo, en que se incluyen los incrementos de edificabilidad o densidad o los cambios de uso y las nuevas dotaciones a ellos correspondientes y calculará el valor total de las cargas imputables a la actuación que corresponde a cada nuevo metro cuadrado de techo o a cada nueva vivienda, según corresponda.
- b) Los propietarios podrán cumplir los deberes que consistan en la entrega de suelo, cuando no dispongan del necesario para ello, pagando su equivalente en dinero.
- c) Los deberes se cumplirán en el momento del otorgamiento de la licencia o el acto administrativo de intervención que se requiera para la materialización de la mayor edificabilidad o densidad o el inicio del uso atribuido por la nueva ordenación.

Disposición transitoria tercera. Valoraciones.

1. Las reglas de valoración contenidas en esta Ley serán aplicables en todos los expedientes incluidos en su ámbito material de aplicación que se inicien a partir de su entrada en vigor.
2. Los terrenos que, a la entrada en vigor de esta Ley, formen parte del suelo urbanizable incluido en ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su desarrollo, se valorarán conforme a las reglas establecidas en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, tal y como quedaron redactadas por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, siempre y cuando en el momento a que deba entenderse referida la valoración no hayan vencido los plazos para la ejecución del planeamiento o, si han vencido, sea por causa imputable a la Administración o a terceros.

De no existir previsión expresa sobre plazos de ejecución en el planeamiento ni en la legislación de ordenación territorial y urbanística, se aplicará el de tres años contados desde la entrada en vigor de esta Ley.

3. Mientras no se desarrolle reglamentariamente lo dispuesto en esta Ley sobre criterios y método de cálculo de la valoración y en lo que sea compatible con ella, se estará a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 137 del Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, y a las normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos contenidas en la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, o disposición que la

sustituya.

El principio general que rige el régimen transitorio en relación con los criterios de valoración es que los mismos son de aplicación a todos los expedientes incluidos en su ámbito material de aplicación, siempre que éstos se inicien a partir de su entrada en vigor. No obstante, se establece una excepción a esta regla general en relación con el suelo urbanizable delimitado o sectorizado, para introducir las cautelas necesarias que impidan dañar la confianza legítima de los inversores y facilitar así una transición no traumática al nuevo régimen legal.

Por último, la disposición que se analiza establece dos reglas más, de aplicación transitoria, hasta tanto se produzca el desarrollo reglamentario previsto. Dichas reglas se refieren, en primer lugar a los criterios y método de cálculo de la valoración, y en segundo lugar, a la corrección al alza que corresponda en los suelos no urbanizables a consecuencia de determinados factores explicitados en el texto.

Pero, el contenido de la Disposición, como ya se ha señalado, a pesar de su precisión, ha sido objeto de varias interpretaciones lo que dio lugar al informe del servicio Jurídico del Estado que ya hemos mencionado, incluyendo sus conclusiones y que, probablemente haya motivado la ORDEN EHA/564/2008, de 28 de febrero, que modifica la ORDEN ECO/805/2003 añadiendo una Disposición adicional séptima de título *Aplicación del principio de prudencia en relación con la posibilidad expropiatoria* y cuyo contenido es el siguiente:

1. A los efectos de la aplicación del principio de prudencia a que se refiere el artículo 3.1.f), la posibilidad de expropiación forzosa de un inmueble sólo se considerará como uno de los escenarios o posibilidades de elección igualmente probables en los siguientes casos:

- a) Cuando se haya iniciado el procedimiento de expropiación del inmueble.*
- b) Cuando se haya aprobado un instrumento de ordenación territorial o urbanística, plan o proyecto de cualquier tipo, que conlleve la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes, cuando dichos instrumentos planes o proyectos habiliten para su ejecución y ésta deba producirse por expropiación.*
- c) Cuando se haya declarado por la Administración competente, mediante resolución administrativa con audiencia de los interesados, el incumplimiento de los plazos o demás deberes inherentes al proceso de urbanización o de edificación del suelo y, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, ello pueda dar lugar a la expropiación del bien correspondiente.*
- d) Cuando a la fecha de la valoración se hubiese incoado expediente de incumplimiento de los plazos o demás deberes inherentes al proceso de urbanización o de edificación y, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, ello pueda dar lugar a la expropiación del bien correspondiente, pero no se hubiese dictado aún resolución administrativa.*

2. En los supuestos previstos en el apartado anterior, la valoración corresponderá a la menor entre la resultante de aplicar los criterios establecidos en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo y los de esta Orden. En estos casos, se considerará que existe un supuesto de advertencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.c) de la presente Orden.

3. Cuando hayan vencido los plazos para el cumplimiento de los deberes de urbanización o de edificación del suelo:

- a) Si no se ha incoado el procedimiento de declaración de incumplimiento de dichos deberes, la valoración conforme a los criterios de esta Orden incluirá una advertencia que indique que, en caso de declaración administrativa de incumplimiento y posterior expropiación de los terrenos, éstos se justipreciarán de conformidad con los criterios establecidos en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.*
- b) Si no se ha podido comprobar la existencia de procedimiento de declaración de incumplimiento de los deberes, la valoración quedará condicionada a que se acredite la inexistencia de dicho procedimiento, además de formular la advertencia a que se refiere la letra anterior.*

De acuerdo con la Disposición final primera, la Disposición transitoria tercera tiene el carácter de disposición establecida en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el artículo 149.1.18ª sobre expropiación forzosa. Esta atribución no tiene fisuras en la interpretación ya consolidada del Tribunal Constitucional pero, debe señalarse que, el cambio de tendencia que comenzó en el mercado inmobiliario en el segundo semestre de 2007 y se acentuó en 2008 y 2009 ha motivado que se solicite de forma reiterada una ampliación del plazo de tres años.

Líneas básicas del anteproyecto de reglamento del Texto Refundido de la Ley de Suelo.

***Dolores Aguado Fernández
Barcelona, febrero 2010***

Desarrollo reglamentario TRLS. (I)

- **Disposición final segunda.**
 - *Se autoriza al Gobierno para proceder, en el marco de sus atribuciones, al desarrollo de esta Ley.*
- Habilitación necesaria, varios artículos del Título de Valoraciones hace referencia a un futuro reglamento.
- Habilitación que no figuraba en las dos últimas legislaciones (TR92 y LS98).

Desarrollo reglamentario TRLS. (II)

- **La diferencia:**
 - En 1992 se inició el trabajo para hacer un desarrollo reglamentario. Por razones obvias, se paralizó cuando estaba bastante adelantado.
 - En 1998 no se pensó en ningún momento en hacer un desarrollo reglamentario.

Desarrollo reglamentario TRLS. (III)

- **Necesidad:**
 - Es necesario desarrollar el TRLS para poder regular y concretar una serie de conceptos y precisiones en los métodos de valoración que no son materia de TRLS.
- **Conveniencia:**
 - Hay otra serie de conceptos que, aunque no se establezca expresamente la necesidad de desarrollo reglamentario, se considera oportuno para poder obtener una mejor regulación y que pueda ser más clara la interpretación y aplicación del citado TRLS.
 - Hay que deshacer equívocos, errores de interpretación.

Desarrollo reglamentario TRLS. (IV)

- **Borrador de Anteproyecto. Estructura:**
 - **Título Preliminar.**
 - Disposiciones generales.
 - **Título I. Valoración Inmobiliaria.**
 - Conceptos generales para la realización de valoraciones, Valoración en situación de rural, Valoración en situación de urbanizado.
 - **Título II. Registro de la Propiedad.**
 - Normas generales, Normas especiales.
 - **¿Título III. Sostenibilidad económica y seguimiento?**

Desarrollo reglamentario TRLS. (V)

- **La competencia. (I)**
- No genera ninguna duda, que la materia es de competencia exclusiva del Estado, como ya señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia 6/1997, “la valoración urbanística entronca con el artículo 149.1.18º de la Constitución Española que (...) es el Estado al que compete determinar, pues caen dentro del artículo 149.1.18ª la fijación de los criterios de determinación del justiprecio para impedir que los bienes puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional”.
- En la misma sentencia se afirma también que “la valoración se halla estrechamente emparentada, desde un punto de vista material, con el contenido del derecho de propiedad, cuyas condiciones básicas corresponde regular al Estado en los términos del art. 149.1.1º CE (...)”.

Desarrollo reglamentario TRLS. (VI)

- **La competencia. (II)**

- Este parentesco constitucional de la valoración urbanística con el contenido del derecho de propiedad constituye la base del vínculo existente entre los criterios de valoración y el régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Así, entre las medidas que el TRLS incorpora con el objetivo de mejorar el funcionamiento de los mercados de suelo, para hacerlos más transparentes y eficientes y combatir la especulación, se encuentran todas aquéllas que refuerzan las funciones públicas notarial y registral y la colaboración activa entre notarios y registradores en diversos aspectos de la gestión urbanística. Por ende, tanto la materia de valoración como la materia registral están estrechamente ligadas y siendo de competencia estatal su regulación. La Constitución Española atribuye expresamente dichas competencias al Estado en virtud de lo establecido en los artículos 149.1.1ª, 4ª, 8ª, 13ª, 18ª, 23ª.

Las Situaciones básicas.

Las situaciones básicas de suelo en la legislación estatal.

- Exposición de Motivos :
 - *En lo que se refiere al régimen urbanístico del suelo, la Ley opta por diferenciar **situación y actividad, estado y proceso**. En cuanto a lo primero, define los dos estados básicos en que puede encontrarse el suelo según sea su situación actual –**rural o urbana**-, estados que agotan el objeto de la ordenación del uso asimismo actual del suelo y son por ello los determinantes para el contenido del derecho de propiedad, otorgando así carácter estatutario al régimen de éste. En cuanto a lo segundo, sienta el **régimen de las actuaciones urbanísticas de transformación del suelo**, que son las que generan las plusvalías en las que debe participar la comunidad por exigencia de la Constitución. La Ley establece, conforme a la doctrina constitucional, la horquilla en la que puede moverse la fijación de dicha participación. Lo hace posibilitando una mayor y más flexible adecuación a la realidad y, en particular, al rendimiento neto de la actuación de que se trate o del ámbito de referencia en que se inserte, aspecto éste que hasta ahora no era tenido en cuenta.*

Las situaciones básicas de suelo en la legislación estatal.

- *Está en la situación de suelo **rural**:*
 - a) *En todo caso, el suelo **preservado** por la ordenación territorial y urbanística de su **transformación** mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con **riesgos naturales o tecnológicos**, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.*
 - b) *El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística **prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado**, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente.*

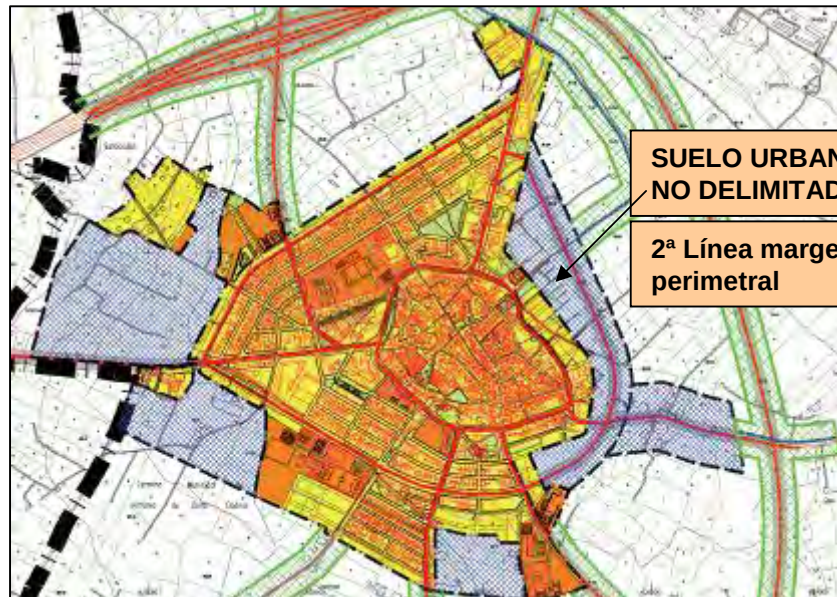
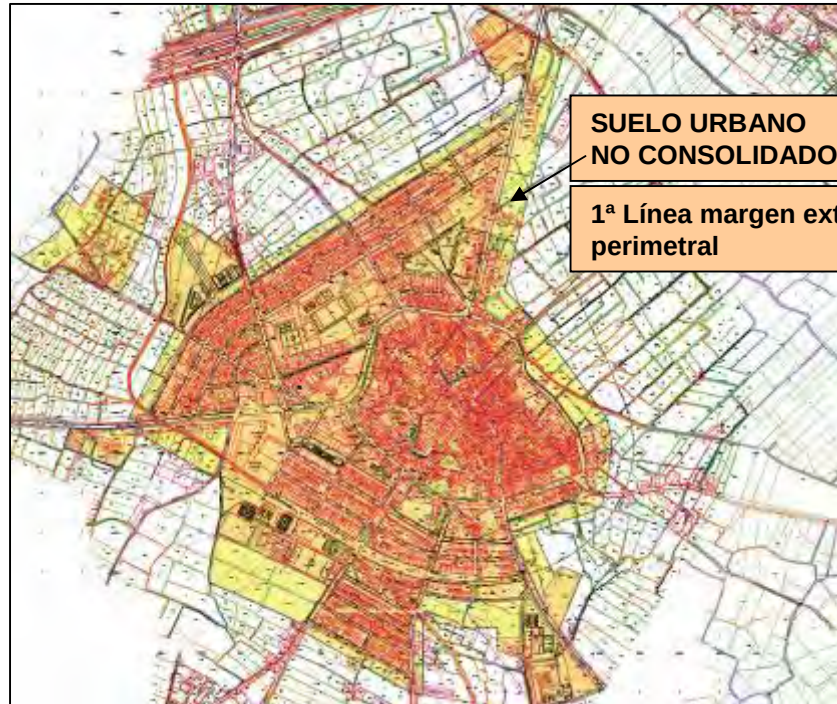
Las situaciones básicas de suelo en la legislación estatal.

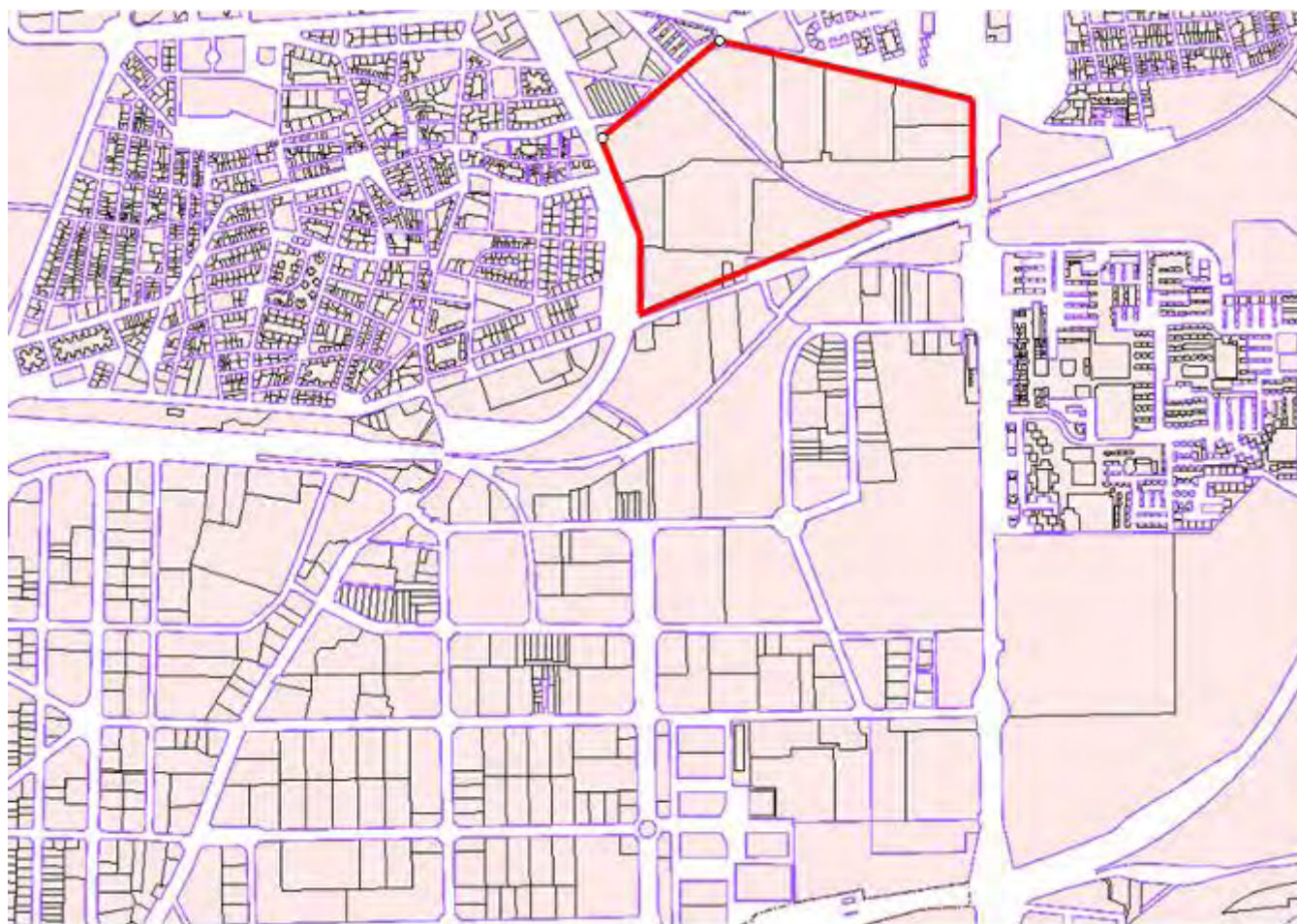
- *Se encuentra en la situación de suelo **urbanizado** el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento.*
- *Al establecer las dotaciones y los servicios a que se refiere el párrafo anterior, la legislación urbanística podrá considerar las peculiaridades de los **núcleos tradicionales** legalmente asentados en el medio rural.*

La definición de suelo urbano en las legislaciones autonómicas.









Conceptos, definiciones...

- **artículo 14**, actuaciones de transformación urbanística. Las Actuaciones de dotación.

ACTUACIÓN DE DOTACIÓN. (Art. 14.1.b)) *“las que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación integral de la urbanización de éste.”*

Conceptos, definiciones...

- **Conceptos inmobiliarios:**
 - Finca, finca registral, parcela.
 - Explotación en suelo rural.
 - Construcción, edificación, instalación.
 - Obra nueva, declaración de obra nueva en construcción, recién finalizada, finalizada hace tiempo.
 - Complejo inmobiliario.(más allá de la definición de la Ley 49/1960, sobre Propiedad Horizontal)
 - Adaptación terminología (p.e. no se habla de proyectos de equidistribución, si no de expedientes de distribución de beneficios y cargas.

El nuevo régimen de valoraciones en el futuro desarrollo reglamentario.

La CE y el desarrollo reglamentario.

- **La conciliación entre el art. 33 y el art. 47.**
 - El desarrollo reglamentario, conforme al contenido de la Ley, pretende avanzar en el camino de armonización de dos principios constitucionales: el artículo 33 de la Constitución Española que reconoce el derecho a la propiedad privada y a recibir una indemnización de conformidad con lo dispuesto por las leyes en caso de ser privado de bienes y derechos por causa justificada de utilidad pública o interés social, y por otra, el imperativo de combatir la especulación del suelo en virtud de lo establecido en el artículo 47.
 - La doctrina del Tribunal Supremo sobre la interpretación de estos dos artículos de nuestra Constitución Española, consiste en entender como “correspondiente indemnización” el valor de reposición o valor de sustitución del bien expropiado. Es decir, valor que permite entender que el patrimonio no ha sufrido daño.

La CE y el desarrollo reglamentario.

- **La conciliación entre el art. 33 y el art. 47.**
- Si mercado es el cruce entre oferta y demanda y precio de mercado de un inmueble libre de cargas es el valor más probable por el cual podría producirse una transacción entre partes independientes, la armonización de los dos preceptos constitucionales se enfrenta a las siguientes dificultades:
 - En el mercado siempre se contemplan las expectativas, algunos autores hablan del “componente especulativo propio de los mercados en crecimiento”.
 - En ninguno de los supuestos de aplicación de la LS se produce la “independencia” de las partes.
 - El mercado inmobiliario no se caracteriza por su equilibrio y su transparencia. Escasa información estadística.

La CE y el desarrollo reglamentario.

- **Las dificultades se incrementan en el mundo rural.**
- *“El valor de mercado en su papel de valor neutral, existe en la práctica para numerosos bienes, aunque el precio se fije en régimen de monopolio o haya un precio político, con tal de que se cumplan las condiciones anteriores y, en particular, la posibilidad de compraventa libre y sin restricción alguna. Por desgracia, sabemos que no pasa exactamente igual con las fincas rústicas, ya que su mercado no reúne las condiciones de homogeneidad y transparencia, ni tampoco otra condición muy importante sobre la elección libre del bien a comprar.”*

-

La CE y el desarrollo reglamentario.

- **Las críticas al método de capitalización.**
 - La afirmación de la inadecuación del método de capitalización de rendimientos para obtener valores de suelo adaptados a los de mercado parece estar basada en la identificación valor real = valor resultante del método de comparación con mercado, o lo que es lo mismo, “valor real” como resultado de aplicar método de comparación *versus* “valor ficticio o artificial”.
 - Las Normas Internacionales de Valoración mencionan de forma reiterada el “*principio de finalidad*” como determinante de la metodología a aplicar, principio que supone la aplicación del método más adecuado en función del objetivo de la valoración y de la situación observada.

Valoración en suelo rural.

- Los dos métodos que tratan de reproducir con la mayor fiabilidad posible el teórico valor de mercado o *valor en venta* son, el de comparación con mercado y el de capitalización, bien mediante la modalidad de actualización de rentas presentes o la de rentas esperadas. De hecho, en función del principio de anticipación, el valor de un inmueble que se encuentre en explotación económica es función de las expectativas de renta que previsiblemente proporcionará en el futuro esa explotación y no otros usos o actividades.
- En la propuesta normativa no se ha utilizado una visión que hoy resultaría simplista y desactualizada de la “renta de la tierra” como fue concebida y desarrollada por Adam Smith y David Ricard. En el siglo XXI sobre el suelo rural encontramos centros de producción de energía, tanto eólica como eléctrica e hidroeléctrica, parques temáticos o de ocio, ect. Y todas estas actividades son explotaciones.

Valoración en suelo rural.

- **Artículo 23 TRLS.**
- Los terrenos se tasarán mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración.
- La renta potencial se calculará atendiendo al rendimiento del uso, disfrute o explotación de que sean susceptibles los terrenos conforme a la legislación que les sea aplicable, utilizando los medios técnicos normales para su producción. Incluirá, en su caso, como ingresos las subvenciones que, con carácter estable, se otorguen a los cultivos y aprovechamientos considerados para su cálculo y se descontarán los costes necesarios para la explotación considerada.

Valoración en suelo rural.

- **Renta de la explotación.**
 - **Tipos de explotación:**
 - Agropecuarias.
 - Forestales.
 - Extractivas.
 - Comerciales, industriales y de servicios.
 - **Valoración en ausencia de explotación:**
 - Cuando no exista ni pueda existir por causa de las características físicas o de las determinaciones jurídico urbanísticas.

Valoración en suelo rural.

- **Renta real y Renta potencial.**
 - **Enfoque en el reglamento: siempre se compara.**
 - Se conoce la renta real $\Rightarrow$ Se calcula la potencial y se compara
 - No se conoce. Se calcula la renta real. Se utiliza la misma metodología que para el cálculo de la renta potencial con la explotación real.
 - Si lo real coincide con lo potencial $\Rightarrow$ Real = Potencial
 - Si está explotada con medios superiores a los normales: Real $>$ Potencial
 - Si está infrautilizada: Real $<$ Potencial.

Valoración en suelo rural.

Agropecuarias y forestales	r ‰
Tierras labor secano	
Tierras labor regadío	
Hortalizas aire libre	
Cultivos protegidos regadío	
Frutales cítricos	
Frutales no cítricos	
Viñedo	
Olivar	
Platanera	
Prados naturales secano	
Prados naturales regadío	
Pastizales	
Otras explotaciones agropecuarias	
Explotaciones forestales	

Valoración en suelo rural.

- **Factor de corrección por localización.**
 - **No incorpora expectativas urbanísticas.**
 - El factor global no podrá ser superior a dos y podrá obtenerse como producto de tres factores que recogen lo mencionado en el texto legal: accesibilidad a núcleos de población, a centros de actividad económica, ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico.
 - Se ha trabajado con modelos gravitacionales.

Valoración en suelo rural.

- **Las construcciones en suelo rural.**
 - *Las edificaciones, construcciones e instalaciones, cuando deban valorarse con independencia del suelo, se tasarán por el método de coste de reposición según su estado y antigüedad en el momento al que deba entenderse referida la valoración.*
 - *Las plantaciones y los sembrados preexistentes, así como las indemnizaciones por razón de arrendamientos rústicos u otros derechos, se tasarán con arreglo a los criterios de las Leyes de Expropiación Forzosa y de Arrendamientos Rústicos.*
- **Valoración de las construcciones ajustadas a la legalidad susceptibles de desvinculación de la explotación valorada**

Valoración en suelo urbanizado.

- Suelo sin edificar, o en que la edificación existente o en curso de ejecución es ilegal o se encuentra en situación de ruina física:
 - Se considerarán como uso y edificabilidad de referencia los atribuidos a la parcela por la ordenación urbanística, incluido en su caso el de vivienda sujeta a algún régimen de protección que permita tasar su precio máximo en venta o alquiler.
 - Si los terrenos no tienen asignada edificabilidad o uso privado por la ordenación urbanística, se les atribuirá la **edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo** en que por usos y tipologías la ordenación urbanística los haya incluido.
 - Se aplicará a dicha edificabilidad el valor de repercusión del suelo según el uso correspondiente, determinado por el método residual estático.
 - De la cantidad resultante de la letra anterior se descontará, en su caso, el valor de los deberes y cargas pendientes para poder realizar la edificabilidad prevista.

Valoración en suelo urbanizado.

- **Suelo edificado o en curso de edificación.**
 - El valor de la tasación será el superior de los siguientes:
 - El determinado por la tasación conjunta del suelo y de la edificación existente que se ajuste a la legalidad, por el método de comparación, aplicado exclusivamente a los usos de la edificación existente o la construcción ya realizada.
 - El determinado por el método residual estático, aplicado exclusivamente al suelo, sin consideración de la edificación existente o la construcción ya realizada.

Valoración en suelo urbanizado.

- **Tasación conjunta – Método de comparación.**
 - **Reglas de aplicación cuando existe información estadística significativa.**
 - **Condiciones de las muestras comparables.**
 - **Reglas de aplicación cuando no existe información estadística significativa.**
 - **Inmuebles arrendados.**
 - **Inmuebles sometidos a explotación económica.**

El Registro de la Propiedad.

La reversión.

- En las inscripciones que se practiquen como consecuencia de expedientes expropiatorios se hará constar en el acta de inscripción el derecho preferente del titular expropiado a que hace referencia el apartado 5 del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa. Sin dicha constancia registral, el derecho de reversión no podrá perjudicar a titulares de derechos inscritos con posterioridad al del expropiante o beneficiario en los que concurren los requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La reversión.

- La demanda presentada ante la jurisdicción contencioso-administrativa para que se declare la existencia del derecho de reversión, podrá ser objeto de anotación preventiva en el folio de la finca expropiada, en virtud de los títulos y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria.
- La inscripción del derecho preferente podrá cancelarse en virtud de escritura pública, o de instancia con firma legitimada, en la que se solicite dicha cancelación por los beneficiados por el asiento registral o por sus causahabientes. También podrá cancelarse en virtud de acuerdo firme, en vía administrativa y jurisdiccional, de la Administración expropiante en el que se declare la improcedencia de la reversión.

La retasación.

- Cuando en virtud de acto administrativo se declare la aplicación de la retasación del inmueble expropiado, por haber tenido lugar alguno de los supuestos a que se refiere la letra b) del apartado 2 del artículo 34 de la Ley de Suelo, tal circunstancia se hará constar al margen de la inscripción de dominio de la finca expropiada, mediante nota en la que se reproduzca el contenido literal del acto administrativo de reconocimiento de la retasación. La nota marginal producirá los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 53 de la Ley de Suelo y se cancelará en virtud de los documentos que acrediten el pago del importe correspondiente a la actualización del justiprecio o por el transcurso de ocho años a partir de su fecha.

La Inscripción registral de la obra nueva.

- **Documentos:**

- Certificación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa necesario para realizar la edificación. (tratamiento de silencio administrativo).
- Escritura pública o instancia privada suscrita por el titular registral de la finca, con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el registrador.
- Las obras nuevas que resulten de expedientes de distribución de beneficios y cargas se inscribirán en virtud de la certificación del acto de aprobación de dicho expediente, sin necesidad de ningún otro requisito.

La Inscripción registral de la obra nueva.

- **En obra nueva terminada, además:**
 - Que se acredite, por técnico que corresponda que la obra ha finalizado, que se ajusta, en cuanto a los extremos aludidos en este numero, al proyecto aprobado y que la edificación cumple los requisitos establecidos por la legislación reguladora de la edificación para su entrega a los usuarios.
 - Que se acredite por los Servicios técnicos municipales correspondientes que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable.
 - Que se acredite la contratación de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios o defectos de la construcción, cuando la constitución de tales garantías se configure como requisito previo para la inscripción por la legislación reguladora de la edificación.

La inscripción de la adjudicación en régimen de sustitución forzosa.

- **En el REAL DECRETO 1093/1997, 4 julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, el CAPÍTULO XII está dedicado al Régimen de venta forzosa, es necesario contemplar la sustitución forzosa y fijar los requisitos para la inscripción de la adjudicación en régimen de sustitución forzosa.**

Las Transmisiones de fincas integrantes del patrimonio público de suelo.

- El artículo 38.2 y el 39.4 del TRLS incorporan determinadas precisiones, limitaciones y condiciones relativas a los patrimonios públicos de suelo.
- En el borrador de anteproyecto se incorpora un artículo relativo a “Condiciones impuestas a las transmisiones de fincas integrantes de patrimonios públicos de suelo”

Otras cuestiones.

- **La expropiación parcial.**
- **Momento al que debe entenderse referida la valoración.**
- **La expropiación por ministerio de ley.**
- **El régimen transitorio.**

El desarrollo reglamentario del TRLS.

6^a

sessió

12/03/10

Execució i inexecució de sentències urbanístiques

Carles Pareja, advocat i professor de dret administratiu de la Universitat Pompeu Fabra.

L'àmbit d'aplicació material de la normativa sobre subvencions

Germán Fernández Farreres, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Complutense de Madrid.

Personal de les fundacions i societats públiques

Joan Mauri i Majós, professor Titular de Dret Administratiu de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona.

EXECUCIÓ DE SENTÈNCIES URBANÍSTIQUES

SUMARI

I. L'EXECUCIÓ DE SENTÈNCIES A LA JURISDICCIO CONTENCIÓS ADMINISTRATIVA

- El principi constitucional de tutela judicial efectiva
- L'execució de sentències a la LJCA
- Els efectes de les sentències

II. L'EXECUCIÓ DE SENTÈNCIES EN L'ÀMBIT URBANÍSTIC

- II.1 L'anul·lació d'instruments de planejament**
- II.2 L'anul·lació dels instruments de gestió urbanística**
- II.3 L'anul·lació de llicències**

I. L'EXECUCIÓ DE SENTÈNCIES A LA JURISDICCIO CONTENCIÓS ADMINISTRATIVA

- **El principi constitucional de tutela judicial efectiva (arts. 24.1 i 117.3 CE)**
- **L'execució de sentències a la LJCA**
 - L'execució com funció jurisdiccional (arts. 103.1, 2 i 3 LJCA)
 - Les causes d'impossibilitat legal o material (art. 105.2 LJCA). Termini: (art. 105.3 LJCA darrer paràgraf)
 - La prohibició d'actes elusius i el seu control (arts. 103.4 i 5 LJCA)
 - L'accés de la sentència als registres públics (art. 107.1 LJCA)
 - La funció jurisdiccional en cas d'incompliment (art. 108 LJCA)
 - L'incident d'execució (art. 109.1 LJCA). Participació d'interessats i *afectats* en l'incident d'execució
- **Els efectes de les sentències**
 - Sentències declaratives i sentències de condemna (art. 71 LJCA)
 - Modalitats d'execució: pròpia (sentències de condemna) i impròpia (sentències declaratives)
 - Nul·litat i anul·labilitat
 - Mesures cautelars i execució de sentències

II. L'EXECUCIÓ DE SENTÈNCIES EN L'ÀMBIT URBANÍSTIC

II.1 L'anul·lació d'instruments de planejament

- El *renaixement* del planejament anterior
- Efectes sobre els actes fermes i consentits
- Efectes de les Sentències relatives a la tramitació dels instruments de planejament d'iniciativa privada
- Els supòsits d'impossibilitat legal i els seus efectes indemnitzatoris

II. L'EXECUCIÓ DE SENTÈNCIES EN L'ÀMBIT URBANÍSTIC

II.2 L'anul·lació dels instruments de gestió urbanística

- Efectes de caràcter general: impossibilitat de continuar l'execució i aplicació del planejament
- Efectes sobre els actes fermes i consentits; els supòsits d'impossibilitat legal d'execució
- Efectes sobre les inscripcions en registres públics: (art.107.1 LJCA)
- Efectes condemnatoris: responsabilitat de la comunitat reparcel·latòria (art. 163 RLU)
- Principi de legalitat i efectes envers tercers *afectats*
- L'anul·lació de la causa expropiandi: impossibilitat legal i indemnització substitutòria

II. L'EXECUCIÓ DE SENTÈNCIES EN L'ÀMBIT URBANÍSTIC

II.3 L'anul·lació de llicències

- Efectes de l'anul·lació de llicències: l'enderroc. Infraccions materials i infraccions formals. El principi de proporcionalitat. Les dificultats tècniques.
- Els actes i disposicions elusives en l'àmbit de l'anul·lació de llicències: modificacions i revisions de planejament; factor temporal i factor competencial
- Principi de legalitat urbanística, acords transaccionals i la participació de tercers *afectats*
- Els tercers de bona fe: emplaçament en el procés i nul·litat d'actuacions
- La responsabilitat patrimonial per anul·lació de llicències

EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE SUBVENCIONES

Germán Fernández Farreres
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

1. CONSIDERACIONES PREVIAS	1
2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL CONCEPTO.....	3
2.1. Delimitación positiva.....	3
A) Disposición dineraria	3
B) Afectación	3
C) Ausencia de contraprestación	4
D) Finalidad	4
2.2. Delimitación negativa.....	4
A) Supuestos que no tienen el carácter de subvención	5
a) Prestaciones de carácter social y otros supuestos similares.....	5
b) Beneficios fiscales y supuestos similares	5
c) El crédito oficial	5
B) Aportaciones dinerarias no comprendidas en el ámbito de aplicación de la LGS	6
a) Las aportaciones dinerarias entre los distintos “agentes” de una misma Administración.....	7
b) Las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones Públicas. En particular, entre las Administraciones estatal y autonómicas y las Entidades Locales.....	7
c) La exclusión de las cuotas a favor de las asociaciones a las que pertenecen las Entidades Locales.....	10
C) Supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la LGS	10
a) Los premios	10
b) Las “subvenciones” a partidos políticos y a grupos parlamentarios	11
E) Otros supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la LGS	11
F) Supuestos que el RGS ha incluido en el ámbito de aplicación de la LGS.....	12
G) Conclusión.....	13
3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL CONCEPTO	13
3.1. Delimitación positiva.....	13
3.2. Delimitación negativa.....	14
4. CONSIDERACIÓN FINAL	16
5. SUCINTA REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	17

1. Consideraciones previas

Tradicionalmente, bajo el término subvención se han englobado una gran variedad de figuras al servicio de la llamada acción de fomento. Una tradición de la que, sin embargo, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, ha venido a separarse. A los efectos de concretar su ámbito de aplicación, la Ley ha optado por establecer un concepto estricto de subvención. Se trata de una opción que no ha dejado de ser cuestionada. Algún sector de la doctrina considera que habría sido más adecuado atender a un concepto unitario de ayudas o “subvenciones a la economía” (en un sentido amplio), en el que el dato o criterio delimitador no debería haber sido

otro que la finalidad perseguida con su establecimiento y otorgamiento, es decir, “el fomento y promoción de la economía”.

Ahora bien, más allá de las concretas exigencias que impone el Derecho Comunitario Europeo desde la perspectiva del control de las ayudas públicas estatales, lo que se explica por sus propias características, no resulta posible extender las mismas reglas a la pluralidad de figuras que, en principio, quedan englobadas en ese concepto amplio de subvención como equivalente a ayuda pública. Algunas de esas reglas, es cierto, pueden serlo y hasta deben serlo. No lo es menos que otras no, dadas sencillamente la distinta naturaleza y características jurídicas que presentan esas figuras.

Baste decir, a este respecto, que, tanto el juego del principio de legalidad, como la articulación concreta de la relación que surge del otorgamiento de la ayuda y, consiguientemente, los mecanismos de control jurisdiccional de la actividad administrativa, por poner ahora dos ejemplos destacados, no operan de la misma forma por relación a todas y cada una de las figuras funcionalmente reconducibles al concepto de subvención identificado como ayuda pública. Incluso desde la consideración del reparto o distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, es preciso también diferenciar con nitidez entre unas y otras, por cuanto ese reparto, si a la jurisprudencia constitucional nos atenemos, se efectúa de forma distinta. Tal es el caso de las subvenciones en sentido estricto respecto de los beneficios tributarios otorgados con fines extrafiscales de incentivo y promoción de actividades económicas. Si cuando el Estado pone en práctica una acción de fomento a través de subvenciones que quedan referidas a actividades sobre las que las Comunidades Autónomas ostentan competencias ejecutivas o, incluso, normativas, las Comunidades Autónomas han de poder intervenir en la regulación de esas subvenciones -concretando las condiciones y requisitos que deben reunir los beneficiarios, o las cargas que han de asumir, etc.- o, en todo caso, han de gestionar, como regla general, tales ayudas, bastará que esa misma acción de fomento se articule a través de beneficios fiscales en un sentido amplio -es decir, a través de lo que se ha dado en llamar "subvenciones por ahorro de gasto"- para que esas competencias autonómicas queden negadas (STC 146/1992, de 16 de octubre)

En definitiva, la utilización de unos u otros instrumentos o técnicas, a pesar de desplegar similares consecuencias atendiendo a la actividad beneficiaria, conlleva diferentes efectos jurídicos, razón por la cual es preciso deslindar sus características y perfiles desde una dimensión estructural y no teleológica o finalista. Este fue, por lo demás, el planteamiento que asumieron las primeras normas autonómicas en la materia (caso, por ejemplo, entre otras, de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid, o del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprobó el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña), lo que dio paso a su generalización en la normativa autonómica y finalmente a que la propia LGS de 2003 terminase sancionándolo con carácter general.

Bien puede afirmarse, por tanto, que, dentro de ese cúmulo de figuras, la subvención definida como atribución patrimonial dineraria de carácter no devolutivo que otorga un ente jurídico-administrativo a favor de un particular -o también, aunque excepcionalmente, a favor de otro ente jurídico-administrativo- de manera afectada o vinculada al cumplimiento de una actividad propia del beneficiario y por razones de interés público, presenta unas características definidas, lo que justifica que deba quedar sujeta a un específico y privativo régimen jurídico.

En todo caso, lo relevante ahora es que la LGS fija un concepto estricto de subvención al que vincula directamente el ámbito material de aplicación de la regulación que establece. Aunque, como de inmediato se verá, tampoco faltan excepciones, no otra es la regla general, razón por la cual, para fijar ese ámbito material, resulta preciso examinar los elementos definidores del concepto y, con ello, los aspectos diferenciales respecto de otras figuras próximas que, aun desplegando similares efectos funcionales, quedan al margen del mismo, rigiéndose, en consecuencia, por su normativa propia.

2. Elementos objetivos del concepto

2.1. Delimitación positiva

A) Disposición dineraria

Según el artículo 2 LGS, la subvención consiste en una "disposición dineraria", identificándose, pues, con entrega de una suma de dinero. Por tanto, no son calificables como subvención aquéllos supuestos en los que se produce una atribución en "equivalente" dinerario (es decir, los beneficios fiscales otorgados con finalidad extrafiscal, también denominados por algunos "subvención por ahorro de gasto"), ni tampoco a aquellos otros en los que la aportación patrimonial lo es "en especie". Ni a unos ni a otros les son aplicables las previsiones de la LGS, si bien por relación a las entregas "en especie" se haya previsto, para determinados casos, una excepción (disposición adicional 5ª LGS y artículo 3 RGS)

En todo caso, conviene tener presente que, tal como dispone el artículo 2.1 del RGS, toda disposición dineraria que reúna los requisitos legales y reglamentarios para ser calificadas como subvención, así deberá serlo, "cualquiera que sea la denominación dada al acto o negocio jurídico del que se derive dicha disposición".

B) Afectación

La entrega dineraria se vincula al cumplimiento de un determinado fin (la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, "ya realizados o por realizar", o la concurrencia de una situación), con lo que la causa que legitima el otorgamiento dinerario es la concreta afectación de la subvención que obliga al beneficiario a dar cumplido destino a lo otorgado.

El carácter afectado vincula jurídicamente el destino de la atribución dineraria al fin u objetivo que la justifica, lo que se traduce en una carga jurídica que, para su plena efectividad, debe cumplir el beneficiario de la misma. Se trata de un requisito esencial, tal como se ha destacado expresamente en algunas normas.

No obstante, la redacción del artículo 2.1.b) LGS introduce un elemento de confusión al afirmar que la ejecución del proyecto, o la realización de la actividad, o la adopción de un comportamiento singular, a cuyo cumplimiento se vincula la entrega, pueden haberse ya realizado (concretamente, "ya realizados o por desarrollar", dice el precepto legal) Y es que si la actividad o el comportamiento ya han sido realizados con antelación al propio ofrecimiento de la subvención, sería más propio calificar a la entrega como premio, sin haber lugar a establecer esa distinción entre lo que se califican como "subvenciones *ex post*" (por referirse a actuaciones ya realizadas) y los premios, tal como se ha llegado a proponer de manera forzada por razón de la imprecisión legal.

En definitiva, el requisito de la afectación quiebra en aquellos supuestos en los que la acción objeto de la subvención ya se ha realizado. Cuestión distinta es que el pago pueda anticiparse a la realización de la acción, aunque siempre precedido del otorgamiento de la subvención, lo que así aparece previsto en la LGS. Pero difícilmente puede reconocerse la existencia de afectación cuando la acción a la que se vincula la entrega dineraria ya se ha materializado.

Aún debe añadirse que también resulta equívoca la misma previsión legal cuando vincula la entrega "a la concurrencia de una situación", por cuanto la mera concurrencia de una situación que no conlleve la carga de dar cumplido destino a lo entregado (vinculada, pues, al cumplimiento de la acción o proyecto que justifica el otorgamiento) descarta que la entrega dineraria sea calificable como subvención. No obstante, más adelante se volverá sobre este extremo.

C) Ausencia de contraprestación

La delimitación del concepto de subvención se completa con el requisito de que la entrega dineraria se realice sin contraprestación directa del beneficiario, de manera que el cumplimiento de las obligaciones o cargas que asume como consecuencia de la afectación no se traduce en "contraprestaciones" a favor del otorgante. La actividad que el beneficiario desarrolla no deja de ser una actividad que le es propia y que a él le beneficia, sin que la Administración obtenga nada a cambio. Se explica así que la relación jurídico-subvencional no se configure como una relación contractual sinalagmática, aunque, por otra parte, tampoco ello quiere decir que sea calificable como una donación (pública) de carácter modal, dada la ausencia de todo ánimo de liberalidad en su otorgamiento.

En consecuencia, este requisito de la ausencia de contraprestación debe llevar a excluir del concepto de subvención a los préstamos (y créditos en sus variadas modalidades), por cuanto falta en los mismos el requisito de la entrega no devolutiva, total o parcial, es decir la entrega a fondo perdido.

D) Finalidad

La LGS aún añade un cuarto rasgo, que, sin embargo, además de mal redactado, nada nuevo añade. En concreto, "que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública".

Ahora bien, es evidente que el proyecto o acción financiada no tiene por objeto fomentar ninguna actividad de utilidad pública o interés social. Por el contrario, se trata de una actividad estrictamente privada, sin perjuicio de que convenga al interés general favorecer la realización de esas actividades, que es lo que justifica el establecimiento y otorgamiento de la subvención. Justamente no otra cosa ha querido decirse: que la subvención ha de tener por finalidad promover la realización de determinadas actividades, por considerar que favorecerlas es cuestión de interés general.

2.2. Delimitación negativa

Con arreglo a la referida configuración legal es claro que no podrán ser conceptuados como subvención aquellos supuestos que no reúnan todos y cada uno de los señalados requisitos. Habría bastado, por tanto, con esa delimitación del concepto.

Ahora bien, aunque de manera equívoca, la LGS ha estimado conveniente precisar ese concepto desde una perspectiva negativa. De este modo, ha procedido a enumerar tres grupos de supuestos bajo las rúbricas "aportaciones dinerarias que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley" (artículo 2.2 y 3), prestaciones que "no tienen carácter de subvenciones" (artículo 2.4) y otros supuestos que "quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley" (artículo 4) Variada tipología, por tanto, que, como vamos a ver, no encuentra justificación dados los términos en que ha sido formulada.

Sin perjuicio de que difícilmente puede diferenciarse entre supuestos "no comprendidos" y supuestos "excluidos" del ámbito de aplicación de la Ley, aun en el caso de que los excluidos fueran verdaderas subvenciones, mientras que los no comprendidos no lo fueran, la imprecisión legal seguiría presente, dado que entonces éstos últimos deberían haberse incorporado a los supuestos que "no tienen carácter de subvención". De manera que estas imprecisiones -que, por lo demás, tal como más adelante se explica, traen causa del dictamen del Consejo de Estado 1756/2003 sobre el anteproyecto de ley- introducen confusión a la hora de precisar si esos supuestos quedan al margen de la aplicación de la LGS por no ser calificables como subvención o si, por el contrario, la inaplicación se debe al establecimiento de una excepción. Todo ello con independencia, por otra parte, de aquellas otras excepciones o modulaciones a esa aplicación que, por relación a concretos tipos de subvenciones, también se prevén en las disposiciones adicionales de la misma LGS.

A) Supuestos que no tienen el carácter de subvención

a) Prestaciones de carácter social y otros supuestos similares

A las prestaciones y otros supuestos que "no tienen carácter de subvenciones" y a los que, por tanto, no se les aplica la Ley, se refiere el artículo 2.4, letras a) a f). Son los siguientes:

- "Las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de la Seguridad Social" [artículo 2.4.a)]
- "Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España, en los términos establecidos en su normativa reguladora" [artículo 2.4.b)]
- "En la medida en que resulten asimilables al régimen de prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos" [artículo 2.4. c)]
- "Las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C reguladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio" [artículo 2.4.d)];
- "Las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, pensiones de guerra y otras pensiones y prestaciones por razón de actos de terrorismo" [artículo 2.4.e)]; y
- "Las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial [artículo 2.4.f)]

En todos los casos, las exclusiones se justifican fácilmente. Esas aportaciones dinerarias no tienen carácter afectado, por lo que no pueden ser calificadas como subvenciones. Se trata, obviamente, de prestaciones económicas directamente vinculadas a circunstancias personales de los beneficiarios que no se otorgan afectadamente y que cuentan, además, con una regulación propia, por lo que nada tienen que ver con la configuración legal del concepto de subvención. La mención, por tanto, del artículo 2.1.b) "a la concurrencia de una situación" debe ser interpretada restrictivamente, excluyendo del concepto de subvención a supuestos que, como los referidos, no conllevan carga alguna para el beneficiario.

b) Beneficios fiscales y supuestos similares

En la letra g) del mismo artículo 2.4 también se niega que tengan carácter de subvención los beneficios fiscales (otorgados con fines extrafiscales) y los beneficios en la cotización a la Seguridad Social.

Dada la inexistencia de una entrega dineraria, la "subvención por ahorro de gasto" no es una subvención propiamente dicha, aun cuando los efectos económicos para el beneficiario sean los mismos (lo que explica que, desde la perspectiva del régimen jurídico de las ayudas de Estado y la garantía de la competencia y los libres intercambios comerciales, el tratamiento de las subvenciones y de los beneficios fiscales con fines extrafiscales sea idéntico) La naturaleza y régimen jurídico de esas figuras no puede asimilarse, apreciándose con facilidad significativas diferencias que justifican plenamente la separación y exclusión de los beneficios fiscales por la que se ha optado.

c) El crédito oficial

Por último, según el artículo 2.4.h) LGS tampoco tiene carácter de subvención "el crédito oficial, salvo los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito".

También en este caso la exclusión resulta directamente del propio concepto de subvención como entrega dineraria que se realiza sin contraprestación directa del beneficiario. El carácter no devolutivo de la subvención justifica, en efecto, la separación y la sujeción de las variadas figuras o modalidades crediticias o préstamos públicos a su propia normativa específica, lo cual no es

óbice para que en determinados aspectos la LGS sea de aplicación supletoria. Así lo establece, por lo demás, la disposición adicional 6ª LGS: "Los créditos sin interés, o con interés inferior al de mercado, concedidos por los entes contemplados en el artículo 3 de esta Ley a particulares se regirán por su normativa específica y, en su defecto, por las prescripciones de esta ley que resulten adecuadas a la naturaleza de estas operaciones, en particular, los principios generales, requisitos y obligaciones de beneficiarios y entidades colaboradoras, y procedimiento de concesión".

Hasta aquí la enumeración legal de supuestos que no tienen carácter de subvención. Se trata, obviamente, de una enumeración de la que podría haberse prescindido, ya que ninguno de esos supuestos es susceptible de englobarse en el concepto de subvención, tal como se define por el artículo 2.1 de la Ley. Por eso mismo, no pasa de ser una relación meramente ejemplificativa, que podría haber incorporado otros supuestos. Cuestión ésta de la mayor importancia a la vista de los supuestos calificados por la propia LGS como "aportaciones dinerarias no comprendidas" y supuestos que "quedan excluidos" de su ámbito de aplicación.

B) Aportaciones dinerarias no comprendidas en el ámbito de aplicación de la LGS

En el artículo 2, apartados 2 y 3, bajo la expresión "no están (y "tampoco estarán") comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley", se enumeran dos tipos de aportaciones dinerarias. En concreto:

- "[...] las aportaciones dinerarias entre las diferentes Administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tengan atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública" (según la nueva redacción dada por la disposición final 8ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007); y
- "Las aportaciones dinerarias que en concepto de cuotas, tanto ordinarias como extraordinarias, realicen las entidades que integran la Administración Local a favor de las asociaciones a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local" (artículo 2.3).

Con carácter general, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que si estas exclusiones fuesen coherentes con el concepto legal de subvención, habría que presuponer que dichas aportaciones son subvenciones que, sin embargo, por concurrir en ellas la singularidad de que el destinatario es otra Administración pública o un ente público con personalidad jurídica propia y diferenciada de la Administración otorgante, la Ley ha optado por excluirlas de su ámbito de aplicación.

Téngase en cuenta, además, que el hecho de que el beneficiario sea una Administración Pública, desde la propia caracterización legal de la subvención no impide que la disposición o aportación dineraria pueda ser calificada o conceptuada como tal. De la normativa vigente se deduce, en efecto, que beneficiario de una subvención pueden serlo también las Administraciones y entidades públicas. El artículo 2.1 LGS refiere la entrega dineraria a favor de "*personas públicas o privadas*"; también el artículo 11.3, al tratar de los beneficiarios, vuelve a reiterar la expresión "*personas físicas o jurídicas, públicas o privadas*". Que las Administraciones Públicas pueden ser beneficiarias de subvenciones propiamente dichas se desprende inequívocamente, en fin, de la propia previsión contenida en el artículo 2.2 de la misma Ley, ya que las exclusiones que establece sólo encuentran sentido desde la premisa de que las Administraciones públicas también pueden ser beneficiarias de subvenciones establecidas por otras Administraciones.

Ahora bien, tampoco cabe descartar que, al igual que en otros casos, se esté excluyendo lo que por definición no está sujeto a la Ley, sin añadir nada nuevo a lo que ya resulta del propio

concepto legal de subvención. Por consiguiente, es preciso analizar esta cuestión con algún detalle, diferenciando los diversos supuestos que quedan excluidos o no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley.

a) Las aportaciones dinerarias entre los distintos “agentes” de una misma Administración

Admitiendo que beneficiario de la subvención puede serlo un ente público, lo cierto es que resulta obligado determinar si las aportaciones dinerarias entre las Administraciones Públicas y sus entes instrumentales son propiamente subvenciones o si, por el contrario, esas aportaciones no pasan de ser simples dotaciones presupuestarias para el propio funcionamiento de dichos entes. La STC 13/1992, de 6 de febrero, f.j. 6, no ha dejado de llamar la atención sobre esta cuestión, al afirmar que de las subvenciones propiamente dichas hay que separar las “... llamadas subvenciones-dotación frecuentemente incluidas en los Presupuestos Generales del Estado”, ya que, “... si bien formalmente caracterizadas como subvenciones, en realidad encubren meras dotaciones presupuestarias destinadas a cubrir las necesidades de financiación de un determinado ente o servicio público y que sólo impropia o en una acepción muy genérica pueden asimilarse a las subvenciones en sentido estricto, constituyendo en realidad transferencias presupuestarias para asegurar la suficiencia financiera del ente público receptor [...] o sencillamente, una forma de financiación del mismo”.

Pues bien, con arreglo a la nueva redacción dada al artículo 2.2 LGS por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, no parece que sea posible la calificación de subvención para las entregas dinerarias interadministrativas realizadas entre Administraciones territoriales (la Administración General del Estado, la de las Comunidades Autónomas, y los Municipios y Provincias) y las entidades instrumentales dependientes de ellas, al menos en los supuestos en los que los Presupuestos de tales entidades se integran en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenecen y siempre que esas entregas no resulten de una convocatoria pública. Como regla general, esas aportaciones dinerarias a favor de los entes instrumentales de los que se sirve la propia Administración otorgante, no pueden calificarse como subvenciones (por más que presupuestariamente se adopte en ocasiones ese término), dado que no son sino transferencias presupuestarias o dotaciones financieras para posibilitar su actuación. En este sentido, no deja de ser significativo que la disposición adicional 1ª RGS obvie esa calificación de subvención al referirse a los convenios de financiación celebrados entre la Administración General del Estado y las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público estatal para su financiación previstos por el artículo 68 de la LGS.

No obstante, de no concurrir los dos presupuestos indicados (integración de Presupuestos e inexistencia de convocatoria pública), parece quedar abierta la posibilidad de que las entregas dinerarias puedan ser calificadas como subvenciones sujetas a la LGS (siempre, claro es, que reúnan los demás requisitos que caracterizan al concepto legal de subvención), lo que explica que el artículo 95 del RGS se refiera específicamente al reintegro en tales casos.

b) Las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones Públicas. En particular, entre las Administraciones estatal y autonómicas y las Entidades Locales

El artículo 2.2 LGS también declara “no comprendidas” en su ámbito de aplicación a “las aportaciones dinerarias entre las diferentes Administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a las que vayan destinadas”. Una exclusión que ha sido precisada por el RGS de la siguiente forma: “Se entenderá por financiación global las aportaciones destinadas a financiar total o parcialmente, con carácter indiferenciado, la totalidad o un sector de la actividad de una Administración Pública o de un organismo o entidad pública dependiente de ésta” (artículo 2.2).

El criterio, en su formulación misma, es claro: traducido a otros términos, si la aportación dineraria lo es para financiar no condicionadamente (es decir, “con carácter indiferenciado”) la gestión de las competencias propias de la Administración perceptora, no se estará ante una subvención, ni, por tanto, la aportación quedará sujeta a la LGS. Claro es que, si esto es así, más que ante una

exclusión estamos ante el reconocimiento de que tales aportaciones son transferencias para la financiación de las Entidades receptoras y no subvenciones, por lo que más adecuado hubiera sido su inclusión en el grupo de los supuestos que no tienen carácter de subvención.

Debe señalarse, de todas formas, que el hecho de que las aportaciones dinerarias para financiar “indiferenciadamente” el ejercicio de las competencias propias de la entidad receptora no sean subvenciones, no excluye que cuando esas aportaciones se realicen “afectadamente” (de manera condicionada o vinculada a dar un concreto y específico destino a las mismas) se trate de subvenciones propiamente dichas, las cuales, en principio, habrán de quedar sujetas a la LGS, a no ser que la propia Ley establezca lo contrario. De este modo, la cuestión verdaderamente problemática es si, dadas las consecuencias y efectos anudados a la subvención (la sujeción del beneficiario al cumplimiento de específicas cargas derivadas del carácter afectado de la entrega dineraria), resulta admisible y, en su caso, bajo que condiciones, el otorgamiento de subvenciones de unas Administraciones a favor de otras, máxime cuando esas subvenciones inciden en el ámbito de las competencias propias de las Administraciones beneficiarias.

El problema se plantea con toda crudeza en relación con la financiación de las Entidades Locales, dado que las transferencias dinerarias afectadas (subvenciones en sentido estricto) no pueden referirse a cualquier actividad que desarrollen. El fundamental principio de autonomía financiera, en conjunción con el de suficiencia financiera de las Haciendas locales, lo impide, tal como se desprende inequívocamente de lo dispuesto por la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988 (en adelante, CEAL)

Que la financiación de las Entidades locales no deba tener carácter finalista, dado que, como regla, han de poder disponer libremente de los recursos necesarios para el desempeño de sus competencias, no supone, sin embargo, que quede radicalmente excluida la posibilidad de que se les puedan conceder subvenciones destinadas a una finalidad concreta. Diversas normas, incluida la CEAL, lo admiten, si bien, lo relevante es que esas subvenciones sólo se pueden concebir como un mecanismo de financiación de carácter excepcional, del que, además, se requiere que no constriña en demasía el margen de maniobra del ente beneficiario.

Así pues, la fórmula que debe seguirse para la financiación de las competencias locales pasa por el carácter incondicionado de los ingresos locales, garantizándose su libre disposición. El principio de autonomía local reclama, en efecto, la dotación de ingresos incondicionados. O dicho en otros términos: dado que las competencias propias de las Entidades locales están directamente conectadas con la garantía constitucional de la autonomía local, para que su ejercicio sea verdaderamente autorresponsable es preciso que dispongan libremente de los recursos necesarios para su financiación. Una regla que obliga a que la específica cantidad en la que se valoren las concretas competencias transferidas, deba sumarse indistintamente al bloque de ingresos de libre disposición, al objeto de que el ente local pueda determinar según sus propios criterios la estructura del gasto respecto de tales competencias. No otra es la exigencia resultante de la autonomía financiera local en su vertiente de gasto (por todas, STC 13/1992, de 6 de febrero, f.j. 7)

Sólo cuando se trate de competencias locales delegadas y de encomiendas de gestión resultará admisible la financiación a través de dotaciones o transferencias finalistas, dado que el ente delegante está habilitado para articular “técnicas de dirección y control de oportunidad” (artículo 7.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local), pudiendo incluirse entre esas técnicas recursos o transferencias finalistas. Más allá de esos casos, la financiación de las competencias locales propias no puede descansar subvenciones propiamente dichas o, como se han dado en denominar, subvenciones condicionadas. Más aún: en la valoración de los costes efectivos de las competencias que se transfieren o asignan a las entidades locales deben tenerse también en cuenta las subvenciones dirigidas a particulares si las hubiere.

En definitiva, nuestro sistema constitucional y estatutario proscribire el establecimiento y otorgamiento de subvenciones autonómicas a favor de las Entidades locales cuya finalidad sea la financiación de servicios y actividades de los que ellas son responsables, dado que tales entregas

vulneran el principio de autonomía financiera local en su vertiente de gasto; un principio, por lo demás, que algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía no han dudado en sancionar con absoluta claridad, de manera mucho más decidida a como lo hacían con anterioridad. Tanto es así que la aceptación de la subvención en nada cambia la cuestión. Las transferencias de recursos para la prestación de los servicios que incumben a las Entidades locales han de tener carácter incondicionado (y, por tanto, no pueden ser subvenciones propiamente dichas), so pena de desconocer (y vulnerar) la garantía constitucional y estatutaria que les asiste.

Ahora bien, a la vista del marco general expuesto, ¿cuándo, en qué supuestos y bajo qué condiciones y requisitos, podrán las Comunidades Autónomas canalizar subvenciones a favor de las Entidades locales?

La LGS no suministra un criterio que lo determine positivamente. Lo que establece, sencillamente, es en qué casos y supuestos (y no de manera exhaustiva) las entregas dinerarias reconducibles al concepto estricto de subvención (entrega dineraria afectada) a favor de las Entidades locales quedan sujetas a la misma y en qué otros no. Tal sucede con las subvenciones canalizadas a través de los Planes Provinciales de Obras y Servicios, a los que se refiere específicamente la disposición adicional 8ª LGS en estos términos: “Las subvenciones que integran el Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales se regirán por su normativa específica, resultando de aplicación supletoria las disposiciones de esta ley”. Y lo mismo cabe decir de las subvenciones que integran otros planes o instrumentos similares para la asistencia y cooperación municipal. La misma disposición adicional 8ª, tras la redacción dada por el artículo 35 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, lo afirma expresamente: “... las subvenciones que integran planes o instrumentos similares que tengan por objeto llevar a cabo funciones de asistencia y cooperación municipal se regirán por su normativa específica, resultando de aplicación supletoria las disposiciones de esta Ley”.

Sin embargo, más allá de ese concreto supuesto (subvenciones canalizadas a través del Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las Entidades locales y a través de los Planes Provinciales de Obras y Servicios u otros planes e instrumentos similares), de la LGS no cabe deducir ninguna otra regla.

No obstante, dado el carácter excepcional de las subvenciones como medio añadido de financiación de los servicios y competencias locales (por así resultar de los principios de suficiencia financiera y de autonomía de gasto), bien puede mantenerse que esas subvenciones sólo deberán considerarse ajustadas a Derecho cuando vengan a facilitar la realización de acciones conjuntas entre la Comunidad Autónoma y las Entidades locales que respondan a un interés común, es decir, tanto a un interés local como a un interés autonómico. Consecuentemente, en asuntos que, de manera compartida, entren en el círculo respectivo de competencias (en cada caso con el alcance que sea) de una y otras.

Algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía, aunque no lo digan expresamente, parecen presuponerlo. Así, tanto el artículo 219.1 del Estatuto catalán, como el artículo 192.2 del Estatuto andaluz, en formulación idéntica, establecen que “adicionalmente la Generalitat [la Comunidad Autónoma] puede establecer programas de colaboración financiera específica para materias concretas”. Esos programas de colaboración financiera se configuran, pues, como complementarios (adicionales) de los correspondientes fondos de cooperación local o de nivelación municipal de carácter “incondicionado” (artículos 219.1 y 192.1, respectivamente). Un carácter adicional o complementario de los programas de colaboración que apunta, aunque no se diga expresamente, a su excepcionalidad, lo que, por otra parte, no puede ser de otra forma, dada ahora la vinculación o sujeción de los recursos a la realización de un determinada inversión, una determinada actividad, etc.

Con todo, a partir de esas previsiones estatutarias será necesario que, al igual que expresamente se ha previsto para los fondos de cooperación y de nivelación municipal, los legisladores autonómicos (y, en su caso, la LBRL) procedan a fijar el marco general con arreglo al cual se deban desarrollar y ejecutar esos programas de colaboración financiera.

En definitiva, desde la consideración del ámbito objetivo de aplicación de la LGS, puede concluirse que las subvenciones otorgadas por cualesquiera Administraciones Públicas a favor de otras Administraciones, siempre que se trate de efectivas subvenciones, quedan, en principio, sujetas a la aplicación de dicha Ley. Y al respecto han de considerarse como tales todas las aportaciones dinerarias otorgadas afectadamente, es decir, vinculadas al cumplimiento de una determinada actividad, que es lo que justifica precisamente su otorgamiento.

Ahora bien, no menos destacable es que esas subvenciones no pueden considerarse un medio de financiación global de la entidad perceptora, sino, a lo sumo, ingresos no estables o coyunturales, que coadyuvan, ciertamente, a la financiación de concretas y determinadas obras y servicios de la competencia del beneficiario, pero que, por su propia naturaleza, no son equiparables a las otras fuentes básicas y permanentes de financiación, concretamente a las que descansan en los tributos propios y en las participaciones (no afectadas, por tanto) en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas. De ahí que las subvenciones en sentido estricto no puedan tener un papel destacado en el capítulo de ingresos de las Corporaciones Locales, ni deban ser, desde luego, el medio normal de financiación para el ejercicio de las competencias, dado que su carácter afectado necesariamente limita la autonomía del gasto.

c) La exclusión de las cuotas a favor de las asociaciones a las que pertenecen las Entidades Locales

Por lo que respecta a la exclusión de las cuotas, tanto ordinarias como extraordinarias, que realicen las entidades que integran la Administración Local a favor de las asociaciones a las que se refiere la disposición adicional 5ª LBRL, baste decir que, de acuerdo con la definición de subvención adoptada, esas cuotas en ningún caso pueden calificarse como subvenciones. En suma, a las referidas cuotas no se les aplica la LGS porque el legislador haya decidido excluirlas de su ámbito de ampliación, sino sencillamente porque no son subvenciones.

C) Supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la LGS

En el artículo 4 LGS aún se enumeran otros supuestos que, expresamente se dice ahora, "quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley".

a) Los premios

Quedan excluidos, en primer lugar, "los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario". La exclusión presupone un concepto de premio equiparable al de subvención, aunque es lo cierto que ese concepto no se define en ningún momento.

Además, debe tenerse en cuenta que la disposición adicional 10ª de la misma LGS se refiere a unos determinados tipos de premios que, dada su descripción, termina englobando o alcanzando a cualesquiera premios. Dice así, bajo la rúbrica "Premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza": "Reglamentariamente se establecerá el régimen especial aplicable al otorgamiento de los premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza, que deberá ajustarse al contenido de esta ley, salvo en aquellos aspectos en los que, por la especial naturaleza de las subvenciones, no resulte aplicable".

Con todo, la falta de precisión del legislador resulta evidente. Obsérvese, a este respecto, que la citada disposición adicional 10ª, al prever que el correspondiente desarrollo reglamentario pueda no ajustarse a la LGS, vincula tal posibilidad a que dicha Ley no resulte aplicable "por la especial naturaleza de las subvenciones", lo que puede hacer pensar que los premios son subvenciones, aunque de especial naturaleza (y, por ello, sujetos a la LGS aunque sólo parcialmente). Además, el artículo 4.a) LGS "excluye" de su ámbito de aplicación a los premios (no afirma, pues, que no tengan carácter de subvención) e, incluso, esa exclusión queda ceñida a aquellos que se otorguen sin previa solicitud del beneficiario. Pudiera verse ratificado de este modo que los premios -y de manera indubitada, los premios que se otorgan mediando solicitud- son verdaderas y efectivas subvenciones, quedando sujetos, por tanto, a la LGS, sin perjuicio, no obstante, de las

especialidades que en su régimen jurídico, y al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional 10ª LGS, puedan establecerse reglamentariamente.

No obstante, esa equiparación conceptual entre premio y subvención implícita en la exclusión establecida, no deja de ser discutible, por cuanto son apreciables algunas diferencias que, con algún fundamento, bien podían haber justificado la separación entre una y otra figura o, si se quiere, la inclusión de los premios entre los supuestos que no tienen carácter de subvención.

Que la equiparación no puede ser plena termina al final reflejándose en la propia LGS, al excluir, de una parte, a los premios otorgados sin mediar solicitud del beneficiario, y, a la vez, al habilitar al Gobierno para que establezca el régimen jurídico de los demás observando todas las singularidades y especificidades que sean precisas.

En definitiva, hubiera sido más lógico establecer que a los premios no se les aplicarán las previsiones de la LGS porque no son calificables o reconducibles al concepto legal de subvención, y ello con independencia de que medie o no solicitud del premiado. Todo lo cual no quiere decir que en su regulación específica pudieran –incluso, debieran– seguirse no pocas de las reglas previstas por la LGS.

b) Las “subvenciones” a partidos políticos y a grupos parlamentarios

También quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LGS estos otros supuestos:

- "Las subvenciones previstas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General";
- "Las subvenciones reguladas en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos"; y
- "Las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, en los términos previstos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, así como las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Asambleas autonómicas y a los grupos políticos de las corporaciones locales, según establezca su propia normativa" [artículo 4.d)].

Una vez más hay que decir que esas llamadas subvenciones tampoco son reconducibles en puridad de términos al concepto de subvención que establece la LGS, dado que en las mismas no concurre el requisito de la afectación. De manera que, aun cuando esa exclusión no se hubiera previsto, no por ello habrían quedado sujetas al régimen jurídico general de las subvenciones. En realidad, se trata de aportaciones dinerarias que cuentan con una regulación específica en la legislación electoral y en la de financiación de partidos políticos, por lo demás modificadas en este particular extremo por la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales.

Hasta aquí, pues, los supuestos excluidos. Unos supuestos que, tan injustificada como equívocamente, aparecen referidos como una categoría distinta a la de los supuestos "no comprendidos en el ámbito de aplicación". Pero "excluidos" es lo mismo que "no comprendidos", por lo que, como ya he dicho, más correcto hubiera sido que unos y otros se hubieran agrupado sistemáticamente en un mismo artículo y bajo una misma expresión. Todo ello sin olvidar que, en la mayoría de los casos, son en realidad supuestos no reconducibles al concepto de subvención, por lo que ni siquiera debieran haberse considerado como supuestos "excluidos" o "no comprendidos".

E) Otros supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la LGS

En las disposiciones adicionales de la LGS se refieren, asimismo, una serie de supuestos que quedan excluidas de su ámbito de aplicación.

Tal es el caso de las ayudas que se establezcan en las declaraciones de impacto ambiental, las cuales, de acuerdo con la disposición adicional 12ª, "se aplicarán conforme a los requisitos,

exigencias y condiciones que se establezcan en dicha declaración, de acuerdo con su propia normativa". Esas ayudas, de carácter más bien indemnizatorio, se otorgan, por tanto, con arreglo a lo dispuesto en las disposiciones adicionales 2ª y 3ª de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, y la disposición adicional única de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, por lo que en estrictos términos puede considerarse que no son subvenciones propiamente dichas.

Algo parecido puede decirse respecto de las subvenciones de cooperación internacional, en los términos previstos por la disposición adicional 18ª LGS, pues las especiales características de estas "subvenciones", dado que los beneficiarios de las mismas son otros Estados, explican la imposibilidad de sujetarlas plenamente a la LGS, razón por la cual se ajustan a su normativa propia (Real Decreto 259/1998, de 20 de febrero, por el que se establecen las normas especiales sobre ayudas y subvenciones de cooperación internacional) Y lo mismo cabe decir de los incentivos regionales, ayudas a la minería y de las ayudas del Plan PYME (que contiene subvenciones en sentido jurídico estricto), a la vista de la disposición adicional 9ª.2 y 3 LGS.

Quizá sólo sea posible mantener la existencia de una exclusión propiamente dicha en el supuesto de los incentivos regionales a los que se refiere la disposición adicional 9ª LGS. Y es que, como ya se ha visto, tales incentivos regionales, que comprenden subvenciones tal como se definen en la LGS, "[...] se regularán por la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales, excepto en lo referido al régimen de control financiero y a las infracciones y sanciones administrativas en materia de subvenciones que se regirán, respectivamente, por lo establecido en los títulos III y IV de esta ley", siendo la LGS de aplicación supletoria.

Por lo demás, el RGS (artículo 2.4) enumera una serie de supuestos que tampoco se entenderán comprendidos en el ámbito de aplicación de la LGS. Son los siguientes:

- los convenios celebrados entre Administraciones Públicas que conlleven una contraprestación a cargo del beneficiario (una precisión ésta, de todas formas, innecesaria, por cuanto del concepto de subvención quedan excluidos los supuestos en los que existe contraprestación por parte del beneficiario);
- los convenios y conciertos celebrados entre Administraciones Públicas que tengan por objeto la realización de los planes y programas conjuntos a que se refiere el artículo 7 de la LRJPAC o la canalización de las subvenciones a que se refiere el artículo 86 de la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre), así como los convenios en que las Administraciones Públicas que los suscriban ostenten competencias compartidas de ejecución; y
- las aportaciones dinerarias que en concepto de cuotas ordinarias o extraordinarias satisfaga una Administración Pública española a organismos internacionales para financiarla total o parcialmente, con carácter indiferenciado, la totalidad o un sector de la actividad del mismo.

Además, el artículo 2.5 del Reglamento recuerda que las subvenciones que integran el Programa de Cooperación económica del Estado a las inversiones de las Entidades locales, así como las subvenciones que integran planes o instrumentos similares que tengan por objeto llevar a cabo funciones de asistencia y cooperación municipal, se regirán conforme a lo establecido en la disposición adicional 8ª LGS, ya comentada.

F) Supuestos que el RGS ha incluido en el ámbito de aplicación de la LGS

El artículo 2.3 del Reglamento se refiere a otros dos supuestos a los que, en este caso, sí será de aplicación la LGS, si bien, en relación con uno de ellos, no deja de establecerse una excepción. En concreto, se trata de los dos siguientes:

- los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones Públicas en los que únicamente la Administración beneficiaria ostenta competencias propias de ejecución

sobre la materia, consistiendo la obligación de la Administración concedente de la subvención en la realización de una aportación dineraria a favor de la otra con la finalidad de financiar el ejercicio de tareas, inversiones, programas o cualquier actividad que entre dentro del ámbito de las competencias propias de la Administración destinataria de los fondos. No obstante, quedan al margen de la aplicación de la LGS las aportaciones dinerarias que tengan por objeto financiar actividades cuya realización por la Administración beneficiaria venga impuesta por una ley estatal o autonómica, según cual sea la Administración concedente; y

- los convenios de colaboración por los que las Administraciones Públicas y demás entidades de derecho público a las que se refiere el artículo 3 de la LGS, asumen la obligación de financiar, en todo o en parte, una actividad ya realizada o a realizar por personas sujetas a derecho privado y cuyo resultado, material o inmaterial, resulte de propiedad y utilización exclusiva del sujeto de derecho privado.

G) Conclusión

Es claro que, en términos generales, la distinción entre supuestos que no tienen carácter de subvención, supuestos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley y supuestos excluidos del mismo, resulta equívoca. Una equivocidad, de todas formas, que trae causa de una de las observaciones formulada por el Consejo de Estado al anteproyecto de Ley en su dictamen de 26 de junio de 2003 (exp. 1756/2003)

3. Elementos subjetivos del concepto

El concepto de subvención se completa atendiendo a la condición y naturaleza jurídica del otorgante de la misma.

3.1. Delimitación positiva

De acuerdo con el artículo 3 LGS, para que la entrega dineraria sea calificable como subvención y quede, por tanto, sujeta a la misma, el otorgante ha de ser, por de pronto, una Administración Pública. Lo que sucede es que la propia LGS, al igual que otras leyes (como es el caso de la LRJPAC o la LCAP, ahora LCSP), fija un determinado concepto de Administración Pública, del cual quedan excluidos no pocas entidades jurídico-administrativas. El artículo 3.1 establece al respecto lo siguiente:

“Se entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta ley:

- a) La Administración General del Estado
- b) Las entidades que integran la Administración local.
- c) La Administración de las comunidades autónomas”.

El concepto de subvención queda circunscrito, en consecuencia, a aquellas entregas dinerarias afectadas y sin contraprestación del receptor que otorguen alguna de las Administraciones Públicas mencionadas. Es decir, que realicen las llamadas Administraciones territoriales, tanto la General del Estado, como las de las Comunidades Autónomas, además de las que integran la Administración local [expresión ésta que engloba no sólo a las entidades locales territoriales (municipio, provincia o isla), sino también a las entidades locales menores, a las comarcas, a las áreas metropolitanas y a las mancomunidades de municipios, que, como establece el artículo 3.2 de la LRRL, gozan asimismo de la condición de Entidades locales].

Delimitado en estos términos el concepto de subvención, la restricción del ámbito de aplicación de la LGS que de ello se deriva queda en parte atenuado al establecerse, en segundo lugar, que también se aplicará dicha Ley a las entregas que realicen “los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las

Administraciones Públicas”, si bien no en todos los casos. Y es que, para que así sea, el artículo 3.2 exige que esas entregas (calificadas como subvenciones) “sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas”.

En definitiva, el concepto de subvención se vincula a que el otorgante sea la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas o las Administraciones locales, en los términos más arriba indicados, así como los organismos y demás entidades de derecho público siempre que el otorgamiento sea consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa.

3.2. Delimitación negativa

Si no cabe calificar como subvención sujeta a la LGS a las entregas dinerarias que realicen los organismos y entidades de derecho público cuando las mismas no sean consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa, tampoco cuadrará esa calificación cuando dichos organismos y entidades se rijan por el derecho privado. En tal caso, la LGS tampoco será de aplicación, a excepción de los principios de gestión y de información previstos por la propia Ley. El artículo 3.2, párrafo 2º, de la LGS lo establece en los siguientes términos: “Serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta ley y los de información a que se hace referencia en el artículo 20 al resto de las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen los entes del párrafo anterior que se rijan por el derecho privado. En todo caso, las aportaciones gratuitas habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos”.

Por consiguiente, puede afirmarse que, como regla general, las entidades de derecho público instrumentales de las Administraciones Públicas que actúen con arreglo al Derecho Público no otorgan subvenciones, aunque ello no les impida otorgar sumas dinerarias que, sin embargo, a pesar de ser en todo equiparables a aquéllas, al no ser calificables como subvenciones, escapan de la aplicación íntegra de la LGS.

Si un buen número de entidades de derecho público escapan de la aplicación de la LGS, fácilmente se comprende que lo mismo suceda con otras entidades instrumentales de las Administraciones Públicas que adoptan formas de personificación jurídico-privada. Tal es el caso de las sociedades mercantiles de titularidad pública, que en el caso del Estado quedan integradas en el sector público estatal [artículo 2.1.e) de la Ley 47/2003, de 28 de noviembre, General Presupuestaria], las cuales ni siquiera son mencionadas por la LGS.

Algo parecido debe decirse de las fundaciones privadas de iniciativa pública, ahora denominadas fundaciones del sector público, si bien, en este supuesto, la disposición adicional 16ª de la LGS, reiterando lo ya previsto por el artículo 46 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, tras afirmar que las entregas dinerarias sin contraprestación se regirán por el derecho privado, establece que, no obstante, serán de aplicación los principios de gestión y de información que sanciona la LGS.

El artículo 5 RGS ha concretado, en fin, el alcance de la exigencia legal de que, cuando la entrega dineraria sin contraprestación no suponga el ejercicio de una potestad administrativa, así como cuando la efectúen fundaciones del sector público y entes de derecho público dependientes de la Administración General del Estado que se rijan por el derecho privado, habrán de observarse los principios de gestión y de información previstos en los artículos 8.3 y 20 de la LGS, añadiéndose que la concesión de tales entregas “se ajustará al procedimiento elaborado por la entidad”, cuto contenido mínimo también queda especificado. Por lo demás, estas entidades “sólo podrán realizar entregas dinerarias sin contraprestación de forma directa en los supuestos a que se refiere el artículo 22.2 de la Ley”.

Nada se dice, por lo demás, ni en la LGS, ni en el RGS, sobre las entregas que puedan realizar los entes corporativos como posibles otorgantes de subvenciones [de manera relevante, piénsese en las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (COCIN)] o, incluso, sobre aquellos entes

privados que distribuyen fondos por delegación de las Administraciones o por atribución directa de la Ley (fenómeno de las llamadas "cajas o fondos de perecuación")

Por lo que se refiere a la aplicabilidad de la LGS a las COCIN debe señalarse, ante todo, que muy conveniente habría sido que se hubiera incorporado alguna previsión relativa a la "actividad subvencional" que dichas entidades desarrollan. Sin embargo, el silencio de la LGS resulta evidente, lo que pone de manifiesto una clamorosa laguna y, consecuentemente, suscita algunos problemas interpretativos que bien pudieran haberse evitado.

Cuestión distinta es en qué términos debiera haberse contemplado por la referida Ley básica estatal de subvenciones esa actividad de las COCIN; una cuestión, de todas formas, que en este momento excede con creces de lo que prioritariamente interesa. Baste decir que seguramente resultaría excesivo proyectar en su integridad el régimen jurídico general que la Ley prevé al otorgamiento por las COCIN de subvenciones. En este sentido, como ya hemos visto, no es insólito que la LGS, para determinados supuestos, expresamente remita a una regulación específica y singular, al margen, por tanto, de la general (baste recordar el caso de las subvenciones que integran el Programa de Cooperación Económica del Estado a las Inversiones de las Entidades Locales y los Planes Provinciales de Obras y Servicios) Acertado hubiera sido, por tanto, que alguna previsión sobre este particular extremo se hubiera incorporado al texto de la Ley, bien para remitir a un régimen propio y específico (inexistente en este momento, tal como resulta de la regulación legal de las COCIN, pero que debería adoptarse de inmediato), bien para establecer, al menos, una regla similar a la que se ha previsto para las "subvenciones" que otorgan, por ejemplo, las fundaciones del sector público (disposición adicional 16ª) o, incluso, para las "subvenciones" que otorgan los organismos y demás entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que se rijan por el derecho privado (artículo 3.2, párrafo 2º) (por tanto, otorgadas, como caso paradigmático, por las entidades públicas empresariales) O, en todo caso, incluyéndolas en la previsión del artículo 5 RGS.

Téngase en cuenta que si la LGS nada dice expresamente (tampoco el RGS) sobre las subvenciones o "entregas dinerarias sin contraprestación" que otorgan las COCIN, tampoco puede afirmarse que estas entidades, no siendo estrictamente Administraciones públicas territoriales, estén incluidas implícitamente en la expresión "organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas" (artículo 3.2 LGS, con el carácter de norma básica) Y ello, evidentemente, porque esos organismos y demás entidades de derecho público a los que se refiere la Ley son organismos y entidades de carácter institucional (quedando al margen, pues, las Corporaciones de Derecho público de carácter sectorial, sin que, por lo demás, ni tan siquiera pueda decirse que, en estrictos términos, se encuentren vinculadas o dependientes de las Administraciones territoriales: otra cosa es que éstas ostenten determinadas potestades de tutela) De este modo, queda confirmado, por criticable que pueda ser, que la actividad de fomento desarrollada por las COCIN por medio del otorgamiento gratuito de sumas dinerarias o a fondo perdido no queda sujeta, ni total ni parcialmente, a la regulación de las subvenciones prevista por la LGS y el RGS. Sencillamente, estas normas no prevén su aplicación a las COCIN, por lo que quedan al margen por completo de su ámbito de aplicación. La expuesta es conclusión de la que otros especialistas en la materia también participan, sin que, por otra parte, la jurisprudencia haya mantenido lo contrario.

Llegados a este punto, la constatación de una situación tan insatisfactoria, no encuentra otra alternativa que la de propugnar la reforma legislativa para que, tomándose también en consideración a las COCIN (y demás Corporaciones sectoriales que desarrollen actividades similares), se establezcan algunas reglas específicas que enmarquen el otorgamiento y régimen de las ayudas económicas que dichas entidades otorguen en el ejercicio de las funciones que les son atribuidas. Sobre este particular, no puede pasarse por alto que, si bien sería conveniente que fuera el propio legislador estatal el que adoptase al respecto alguna medida, en tanto no lo haga parece estar abierta la posibilidad de que las Comunidades Autónomas (y entre ellas la Generalidad de Cataluña) puedan hacerlo, cubriendo así, siquiera sea para las entidades sujetas

a su tutela, esa indeseable laguna. En la medida que el legislador estatal básico (tanto el que regula el régimen jurídico de las COCIN, como el que regula las subvenciones) guarda silencio, nada impide que las Comunidades Autónomas con competencia tanto en una como en otra materia, puedan adentrarse en esta cuestión para fijar, al menos, algunas reglas que garanticen determinados principios básicos (competencia, objetividad, publicidad y transparencia en el otorgamiento, procedimiento y control del destino de lo percibido, etc.)

En concreto, si el legislador autonómico, por razón de competencia, puede ir más allá de lo que ha ido el legislador básico estatal a la hora de fijar el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa pública en materia de subvenciones (como así ya ha sucedido, sin que ningún recurso ni conflicto competencial se haya planteado por el Estado), no parece que hubiera inconveniente alguno (siempre desde esa perspectiva competencial) para que también pudiera tomar en consideración a las COCIN (e, incluso, otras Corporaciones sectoriales de su ámbito territorial), adoptando respecto de las mismas algunas previsiones que, al menos, se orientaran en los términos que con carácter general se han señalado más arriba. En definitiva, en el plano del ser, la respuesta parece clara. Ni la LGS (y RGS) en sus preceptos básicos son aplicables a las COCIN. En el plano del deber ser, también mi criterio es claro. Debería remediarse esa situación sin dilación, pudiendo hacerlo, en caso de que el Estado no actúe, el legislador autonómico mediante, entre otras posibles opciones, la modificación de su propia normativa general de subvenciones, a fin de incluir en su ámbito de aplicación (con todos los matices y peculiaridades que fueran precisos) a las entregas dinerarias gratuitas o a fondo perdido que puedan otorgar en desarrollo de la actividad de fomento que les cumple.

4. Consideración final

Acotado en los términos vistos el concepto de subvención, ese concepto sirve para determinar el ámbito material de aplicación de la LGS. No obstante, el ámbito material de aplicación (que, de todas formas, debe ser complementado con los criterios determinantes de su aplicación territorial) queda modulado en casos concretos.

En efecto, hay supuestos calificables como subvenciones atendiendo al concepto legal de subvención, a los que, sin embargo, no se les aplica la LGS o, en todo caso, sólo se les aplica parcialmente, sin perjuicio de su carácter supletorio (baste recordar las previstas en la Ley de Incentivos Regionales), mientras que tampoco dejan de preverse supuestos que, no siendo calificables como subvenciones, quedan total o parcialmente sujetos a la LGS (recuérdese el caso de las ayudas en especie, o el caso de los créditos oficiales o el de los premios, siempre en función de que concurran determinadas circunstancias)

Esas discordancias entre el concepto legal de subvención y la aplicación íntegra de la LGS a los supuestos así calificables ponen de manifiesto una cierta flexibilidad en la opción a la que se ha acogido la LGS. Flexibilidad que, siendo razonable, refuerza el acierto de haber procedido a una depuración del concepto de subvención en los términos en que se ha hecho, ciñendo al mismo, como regla, la aplicación de las reglas previstas.

Más criticable resulta, sin embargo, que del concepto de subvención (y, por tanto, de la aplicación de la LGS) hayan quedado excluidos algunos supuestos que, siendo calificables como tales si a sus elementos objetivos se atiende, dejan de serlo por razón sencillamente de la configuración jurídica del ente otorgante (caso de las entidades públicas cuando la entrega dineraria que realicen no suponga el ejercicio de una potestad administrativa y de las demás entidades de titularidad pública configuradas como personas jurídico-privadas, además de las entidades de carácter corporativo que ejercitan funciones públicas)

La LGS, que tan importante avance representa en el proceso de juridificación de la actividad subvencional de las Administraciones Públicas, ha dejado así abierto un portillo, una vía de escape, ciertamente criticable, que, a no tardar, mucho convendría corregir.

5. Sucinta referencia bibliográfica

- P.J. Collado Beneyto, Comentario a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento, tirant lo blanch, Valencia, 2009
- J.M. Díaz Lema (en Concepto de subvención y ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, Justicia Administrativa. Lex Nova, núm. 27, 2005, pp. 5 ss.
- G. Fernández Farreres, La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las Entidades Locales y, en particular, a las Diputaciones Provinciales en el ejercicio de sus competencias de cooperación económica a los Municipios, en Cuadernos de Derecho Local, Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. 5 (2004), pp. 7 ss.
- G. Fernández Farreres, “Las Entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las Comunidades Autónomas”, en Cuadernos de Derecho Local núm. 21 (octubre 2009), Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 28 ss.
- Vol. Col. (J. del Barco y otros): Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- Vol. Col. (dir. F. López Ramón): Comentarios a la Ley General de Subvenciones, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.
- Vol. Col. (dir. G. Fernández Farreres) Comentario a la Ley General de Subvenciones, Thomson/Civitas, Madrid, 2005

El règim jurídic del personal al servei de les entitats del sector públic

Joan Mauri Majós

Professor de dret administratiu
Universitat de Barcelona

Índex

I.- Introducció	1
II.- La delimitació de les entitats del sector públic a la legislació de l'empleat públic	2
III. Els deures i els principis ètics i de conducta dels empleats públics en la seva aplicació a les entitats del sector públic.....	9
IV. El principi d'igualtat i mèrit a les entitats del sector públic.....	14
V. Promoció de l'accés de persones amb discapacitat.....	18

I.- Introducció

Les relacions de treball que tenen per objecte la prestació d'un servei d'interès general no han de coincidir necessàriament amb una determinada matriu orgànica de naturalesa pública. L'execució d'activitats d'interès general es pot encarregar a ens diversos, com poden ser organismes, agències i altres entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculades o dependents de qualsevol de les administracions públiques, però també a altres entitats del sector públic de base privada, com poden ser les societats i les fundacions participades o dotades majoritàriament amb fons públics.

En el primer supòsit resulta d'aplicació la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (en endavant EBEP) al personal funcionari i, en el que sigui procedent, al personal laboral d'aquestes entitats, sense que hi hagi una diversitat de tractament entre el règim jurídic del personal laboral al servei de les administracions públiques i el règim jurídic d'aquest tipus de personal al servei dels organismes públics.

En el segons supòsit, la consideració de l'interès general es trasllada a les formes d'organització i ocupació privades implicant deures i subjeccions particulars pels empresaris i els treballadors del sector públic en el desenvolupament de la seva activitat que no tenen cap referent en l'ordenament jurídic del treball privat. Més senzillament, determinats principis i regles de dret públic passen a formar part del règim jurídic del treball dels organismes privats que conformen el sector públic. Es desenvolupen d'aquesta manera relacions de treball de "tercer tipus", entre el contracte de treball de dret privat i el règim jurídic del personal laboral al servei de les administracions públiques, que tendeixen a configurar un ordenament jurídic particular de la prestació laboral al servei de l'interès general amb independència de la seva forma jurídica d'organització.

L'objecte del nostre treball és l'estudi de les particularitats que cal incorporar a la relació d'ocupació del personal al servei de entitats del sector públics després de l'aprovació de l'EBEP. Més concretament pretenen esbrinar les conseqüències que pot tenir sobre el règim jurídic del personal al servei de les entitats del sector públic la vigència de la disposició addicional primera de l'EBEP, en la qual es preveu que els principis que contenen els articles 52 (deures dels empleats públics i codi de conducta), 53 (principis ètics), 54 (principis de conducta), 55 (principis rectors de

l'accés a l'ocupació pública i adquisició de la relació de servei) i 59 (persones amb discapacitat), resulten d'aplicació a les entitats del sector públic estatal, autonòmic i local.

II.- La delimitació de les entitats del sector públic a la legislació de l'empleat públic

La precisió del concepte "entitats del sector públic" a les que resulta d'aplicació la disposició addicional primera citada més amunt no està exempta de complexitat. D'entrada cal tenir present que aquesta norma és fruit d'una transacció entre les propostes contingudes a l'Informe de la Comissió per a l'estudi i preparació de l'estatut bàsic de l'empleat públic, que optava clarament per l'aplicació de les normes comuns de l'estatut a les relacions de personal de totes les administracions, organismes i entitats públiques, incloses les fundacions del sector públic i les societats mercantils dependents d'una administració o ens públics creades per aquestes per satisfer necessitats d'interès general que no tinguessin caràcter industrial o mercantil i que es financessin majoritàriament amb fons públics, així com també a entitats u organismes públics dotades d'autonomia o independència funcional, i les pressions que sobre el Ministeri d'Administracions Públiques van produir les diferents institucions per seguir gaudir d'un règim propi i específic en matèria de personal de naturalesa autònoma¹.

En base a aquesta circumstància es va redactar l'article 2.1 EBEP, referit al seu àmbit d'aplicació, en el què resulta evident que l'estatut s'aplica al personal funcionari i, en el que sigui procedent, al personal laboral al servei dels organismes públics, agències i altres entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculades o dependents de les administracions públiques. Això vol dir, que l'estatut esmentat és d'aplicació a les entitats públiques empresarials estatals, autonòmiques i locals i a totes aquelles entitats de dret públic que no resultin exceptuades per aquesta mateixa llei. Precisament, l'article 4 de l'estatut bàsic preveu que les seves disposicions només s'apliquin directament quan ho disposi la seva legislació específica al personal del Centre Nacional d'Intel·ligència i al personal del Banc d'Espanya i Fons de Garantia de Dipòsits en Entitats de Crèdit. En la mateixa direcció, l'article 5 EBEP, preveu que el personal funcionari de la Societat Estatal de Correus i Telègrafs es regeix per les seves normes específiques i supletòriament pel que disposa l'estatut, mentre que el personal laboral d'aquesta societat es regeix per la legislació laboral i altres normes convencionalment aplicables. La fugida de la nova legislació estatutària es completa amb la previsió de la disposició addicional cinquena sobre la seva aplicació a l'àmbit dels organismes reguladors. Aquesta norma detalla que el que estableix l'estatut s'aplica als organismes reguladors de la disposició addicional desena, 1 de la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat (en endavant, LOFAGE), en la forma que preveuen les seves lleis de creació. Precisament, la interpretació d'aquest precepte no està exempta de complexitat. La disposició addicional desena, 1 de la Llei precitada preveu explícitament que la Comissió Nacional del Mercat de Valors, el Consell de Seguretat Nuclear, l'Ens Públic RTVE, les Universitats no transferides, l'Agència de Protecció de Dades, l'Institut Espanyol de Comerç Exterior (ICEX), el Consorci de la Zona Especial Canària, la Comissió Nacional d'Energia y la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions, la Comissió Nacional de la Competència i la Comissió Nacional del Sector Postal és regiran per la seva legislació específica.

Tanmateix, d'acord amb la disposició addicional cinquena EBEP la remissió a la legislació específica en matèria de personal es fa única i exclusivament pels "organismes reguladors" de la disposició addicional desena, 1 LOFAGE, això vol dir que l'afirmació del règim jurídic propi per sobre del general de cada tipus de entitat, en funció del seu caràcter públic o privat, solament és pot fer en funció de la naturalesa reguladora del corresponent organisme².

¹ Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, Madrid, INAP, p. 35.

² Sobre el concepte de regulació com un tipus específic d'intervenció pública adreçat a conciliar les exigències de funcionament eficient dels mercats amb les exigències pròpies de la satisfacció de necessitats col·lectives que s'instrumenta mitjançant distintes formes de reglamentació, control, inspecció, sanció i resolució de conflictes, ens remetem al treball de Malaret, Elisenda, "Administración Pública y regulación económica", II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santander, 2

Des d'aquesta perspectiva és evident que organismes com la Comissió Nacional del Mercat de Valors, entitat de dret públic a la que s'encomana la supervisió i inspecció del mercat de valors (art. 14 de la Llei 24, de 28 de juny, del mercat de valors), el Consell de Seguretat Nuclear, ens de dret públic amb capacitat de reglamentació, inspecció i control en matèria de seguretat nuclear i protecció radiològica (art. 1 de la Llei 15/1980, de 22 d'abril, de creació del Consell de Seguretat Nuclear), l'Agència de Protecció de Dades de Caràcter Personal, creada com un ens públic que actua amb plena independència de les administracions públiques amb capacitat per controlar l'aplicació de la legislació de protecció de dades (art. 35 de la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal), la Comissió Nacional de l'Energia, que es configura com a un organisme públic regulador del funcionament dels sistemes energètics, tenint per objecte velar per la competència efectiva en els mateixos i per l'objectivitat i transparència del seu funcionament (disposició addicional onzena de la Llei 34/1998, de 7 d'octubre, del sector de hidrocarburs), i, finalment, la Comissió del Mercat de Telecomunicacions, estructurada com un organisme públic encarregat de l'establiment i supervisió de les obligacions específiques que hagin de complir els operadors dels mercats de telecomunicacions i del foment de la competència en els mercats dels serveis audiovisuals, fent-se càrrec de la resolució de conflictes entre operadors i, si s'escau, assumint una funció arbitral de les controvèrsies entre els mateixos poden ser considerats com a organismes reguladors (art. 48 de la Llei 32/2003, de 3 de novembre, general de telecomunicacions).

Qüestió distinta han d'esser l'Ens Públic RTVE, considerat com una societat mercantil estatal dotada d'una especial autonomia i que gestiona el servei públic de radio i televisió amb independència funcional respecte del Govern i de l'administració general de l'Estat, sense perjudici de l'existència d'una autoritat audiovisual independent (arts 3 i 5 de la Llei 17/2006, de 5 de juny, de la radio i televisió de titularitat estatal), les Universitats no transferides, bàsicament la UNED, dotada de personalitat jurídica i patrimoni propi, entesa com un mitjà per a facilitar l'accés a l'educació superior de tots els ciutadans que no puguin freqüentar les aules universitàries (art. 1 del Decret 2310/1972, de 18 d'agost, pel qual es crea la Universitat Nacional d'Educació a Distància), l'Institut Espanyol de Comerç Exterior, entitat de dret públic encarregada de l'execució d'accions de promoció comercial exterior i de foment de l'exportació (arts. 1 i 4 del Reial Decret 123/1985, de 23 de gener, pel qual s'aprova el reglament de l'Institut Nacional de Foment a l'Exportació), i el Consorci de la Zona Especial Canària, entitat de dret públic que té per objecte l'establiment i explotació d'aquesta zona franca amb la finalitat de promoure i impulsar el desenvolupament d'activitats de caràcter industrial, comercial i mercantil, satisfent els interessos generals inherents a la dinamització econòmica i social de la seva àrea d'influència (arts. 2 i 4 de la Resolució de 30 de novembre de 1998, del departament de duanes i impostos especials de l'Agència Estatal de l'Administració Tributària, d'entrada en funcionament de la Zona Franca de Gran Canaria), en aquests supòsits s'ha d'afirmar amb claredat l'aplicació a aquestes entitats del règim de l'EBEP en funció de la naturalesa jurídica d'aquests organismes, la qual cosa vol dir que a les entitats públiques (Universitat Nacional d'Educació a Distància, Institut Espanyol de Comerç Exterior i Consorci de la Zona Especial Canària) els serà d'aplicació la previsió de l'article 2.1 EBEP, mentre que en el cas específic de la societat mercantil estatal Ens Públic RTVE, s'hauran de considerar aplicables al règim jurídic del seu personal els principis que es contenen als articles 52, 53, 54, 55 i 59 de l'EBEP³.

Més enllà d'aquesta qüestió queda per aclarir quines poden ser aquestes entitats del sector públic als que resultarien d'aplicació els principis continguts als preceptes esmentats a la

de febrer de 2007. Més concretament, l'article 3.1.c) de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, encabeix dintre del sector públic a les entitats de dret públic amb independència funcional o amb una especial autonomia reconeguda per la Llei, que tinguin atribuïdes funcions de regulació o control de caràcter extern sobre un determinat sector o activitat, el que sens dubte és una bona definició d'organisme regulador

³ En aquesta direcció Quesada Lumbreras, Javier E., "Disposición adicional primera. Ámbito específico de aplicación", en Monereo Pérez, José Luís; Molina Navarrete, Cristóbal; Olarte Encabo, Sofía; Rivas Vallejo, Pilar (Dirección y coordinación), *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Comares, Granada, 2008.

disposició addicional primera. En aquesta direcció l'article 2.1 de la Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostària, conté una delimitació del que pot ser el sector públic estatal que incorporà a:

- a) L'administració general de l'Estat.
- b) Els organismes autònoms dependents de l'administració de l'Estat.
- c) Les entitats públiques empresarials, dependents de l'administració general de l'Estat, o de qualsevol altres organismes públics vinculats o dependents d'aquesta
- d) Les entitats gestores, serveis comuns i les mútues d'accidents de treball i malalties professionals de la seguretat social en la seva funció pública de col·laboració en la gestió de la seguretat social, així com els seus centres i entitats mancomunades.
- e) Les societats mercantils estatals, definides en la Llei de Patrimoni de les Administracions Públiques.
- f) Les fundacions del sector públic estatal, definides en la Llei de Fundacions.
- g) Les entitats estatals de dret públic distintes a les esmentades en els paràgrafs b i c d'aquest apartat.
- h) Els consorcis dotats de personalitat jurídica pròpia quan un o varis dels subjectes enumerats en aquest article hagin aportat majoritàriament als mateixos diners, bens o indústria, o s'hagi compromès, en el moment de la seva constitució, a finançar majoritàriament aquest ens i sempre que els seus actes estiguin subjectes directa o indirectament al poder de decisió de l'Estat.

Sobre aquesta definició del sector públic hem de tenir present que el personal adscrit a l'administració general de l'Estat i als seus organismes públics, agències i altres entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculades o dependents de qualsevol administració pública els ha d'esser d'aplicació el règim jurídic previst a l'article 2.1 EBEP. També s'han de considerar inclosos dintre d'aquest precepte els ens públics de naturalesa o règim especial entre ells les entitats gestores i serveis comuns de la seguretat social i, igualment, l'EBEP s'aplica al personal dels consorcis públics, llevat que, segons els seus estatuts, tinguin forma jurídica de societat, ja que el criteri dominant en aquests supòsits es la seva naturalesa pública i la dependència o vinculació amb l'entitat matriu⁴. Si deixem de banda el supòsit concret de les entitats estatals de dret públic que preveu la disposició addicional desena, 1, de la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'administració general de l'Estat, crec que podrem arribar a la conclusió que les entitats del sector públic a les que es refereix la disposició addicional primera de l'EBEP, són essencialment les societats mercantils i les fundacions del sector públic estatal, autonòmic i local⁵.

Tanmateix, aquesta conceptualització pot no ser suficient, ja que caldrà determinar quines societats mercantils i fundacions és poden considerar públiques per la seva connexió amb una administració pública⁶.

En aquesta direcció no estarà de més tenir en compte que a la legislació pressupostària la inclusió d'una societat mercantil en el sector públic es fa dependre dels criteris establerts a la legislació de

⁴ Tal com es diu a Sánchez Morón, Miguel, "Objeto y ámbito de aplicación", *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, en Sánchez Morón, Miguel (Director), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 57.

⁵ A aquesta conclusió s'arriba també al treball de Cordero González, Julio, "Los Olvidados: régimen aplicable al personal de las entidades del sector público no incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, en *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

⁶ És tractaria d'aprofundir en el concepte de dependència per a la societats mercantils i les fundacions en funció de la legislació i la jurisprudència tal com es fa al treball de Ortiz Mallo, José, "La relación de dependencia de las entidades instrumentales de las administraciones públicas: Algunas notas", *Revista de Administración Pública*, 163, 2004.

patrimoni. Més concretament, l'article 166.1. de Llei 33/2003, de 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques, preveu expressament que:

a) Les societats mercantils estatals són aquelles en les que la participació, directa o indirecta, en els seus capitals social de les entitats que integren el sector públic estatal, sigui superior al 50%. Per a la determinació d'aquest percentatge, es sumaran les participacions corresponents a les entitats integrades en el sector públic estatal, en el cas de que en el capital social participin varies d'aquestes.

b) Les societats mercantils que, sense tenir la naturalesa de societats mercantils estatals es trobin en el supòsit previst en l'article 4 de la Llei 24/1988, de 28 de juliol, del mercat de valors respecte de la administració general de l'Estat o dels seus organismes públics. Precisament, el precepte citat preveu que es consideren pertanyents a un mateix grup les entitats que constitueixen una unitat de decisió, perquè qualsevol d'elles controli o pugui controlar, directa o indirectament, les decisions de les demés. En tot cas, s'entendrà que existeix control d'una entitat dominada per un altra dominant quan concorren alguna de les següents circumstàncies: a') Que l'entitat dominant disposi de la majoria dels drets de vot de l'entitat dominada, bé directament, bé mitjançant acords amb altres socis d'aquesta última; b') Que l'entitat dominant tingui dret a nomenar o a destituir a la majoria dels membres dels òrgans de govern de l'entitat dominada, bé directament, bé a través d'acords amb altres socis d'aquesta última; c') Que al menys la meitat més un dels consellers de l'entitat dominada siguin consellers o alts directius de l'entitat dominant o d'altra entitat per ella dominada.

Pel que fa a les fundacions públiques, la Llei 50/2002, de 26 de desembre, de fundacions, considera fundacions públiques estatals aquelles en les que concorrin alguna de les circumstàncies següents:

a) Que es constitueixen amb alguna aportació majoritària, directa o indirecta, de l'administració general de l'Estat, els seus organismes públiques o demés entitats del sector públic estatal.

b) Que el seu patrimoni fundacional, amb un caràcter de permanència, estigui format en més d'un 50 % per bens o drets aportats o cedits per les referides entitats.

En aquesta direcció no estarà de més recordar que la Llei 3072007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, considera que formen part del sector públic:

a) Les societats mercantils amb un capital social en el que participin directa o indirectament les administracions públiques territorials, les entitats gestores i els serveis comuns de la seguretat social, els organismes autònoms, les entitats públiques empresarials, les universitats públiques, les agències estatals i les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia.

b) Les fundacions que es constitueixin amb una aportació majoritària, directa o indirecta, d'una o varies de les entitats del sector públic, o amb un patrimoni fundacional, amb una caràcter de permanència, estigui format en més d'un 50% per bens o drets aportats o cedits per les referides entitats

c) Qualsevol ens, organismes o entitats amb personalitat jurídica pròpia, que hagin estat creats específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil, sempre que un o varis subjectes que pertanyin al sector públic financin majoritàriament la seva activitat, controlin la seva gestió o nomenin a més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància⁷.

Finalment, el mateix EBEP ens dota d'un criteri per determinar el nomenat àmbit d'aplicació específica, quan en la seva modificació de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques determina l'àmbit d'aplicació d'aquesta

⁷ Encara que la definició de sector públic es fa als exclusius efectes de la llei de contractes del sector públic, el cert és que en el si d'aquesta norma jurídica està present la lògica i el criteri de la legislació pressupostària per a la definició del sector públic estatal, tal com s'ha fet notar per Parejo Alfonso, Luciano, "El ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratación del sector público", *Documentación Administrativa*, 274-275 (2006), pág. 37.

legislació incloent el personal al servei d'entitats, corporacions de dret públic, fundacions i consorcis els pressupostos dels quals es dotin ordinàriament en més d'un 50 per cent amb subvencions o altres ingressos procedents de les administracions públiques, criteri que completa la inclusió ja prevista en el text inicial del personal que presti serveis en empreses en què la participació del capital, directa o indirectament, de les administracions públiques sigui superior al 50 per 100.

Des d'aquesta perspectiva sembla que la pertinència al sector públic s'articula en base a un criteri basat en el mode de finançament, és a dir, en el fet que l'activitat de l'entitat estigui majoritàriament suportada pels recursos de l'administració de l'Estat, de les Comunitats Autònomes i de les Entitats Locals, criteri que s'ha de complementar amb el de control, ambdós propis del dret comunitari, en funció dels quals és consideren entitats públiques aquelles sobre les quals els poders públics poden exercir, directa o indirectament, una influència dominant pel fet de tenir la propietat o una participació financera de les mateixes, o en virtut de les normes que les regeixen, tenint en compte que es considerarà que els poders públics exerceixen una influència dominant, directa o indirectament, sobre una empresa, quan tinguin la majoria del capital subscrit de l'empresa, disposin de la majoria dels vots corresponents a les participacions emeses per l'empresa, o puguin nomenar a més de la meitat dels membres de l'òrgan de l'administració, direcció o supervisió de l'empresa⁸.

En l'àmbit autonòmic pot resultar d'interès un breu repàs a les normes que es preparen pel desenvolupament de l'EBEP. En els projectes presentats fins al moment de les Comunitats Autònomes de Catalunya, Comunitat Valenciana, Illes Balear i País Basc, el que puguin ser el sector públic autonòmic té diferents nivells de concreció dintre dels paràmetres bàsics de finançament majoritari i control dominant ja esmentats, que s'estableix de la manera següent:

a) El "Projecte de Llei de mesures en matèria d'ocupació pública" de la Generalitat de Catalunya (BOPC 615.20.1.2010), al seu article 2.5 ens diu que els principis d'accés a l'ocupació pública catalana del capítol I del títol III del projecte són d'aplicació a les entitats del sector públic de la Generalitat de Catalunya, de les entitats locals i, si escau, de les universitats públiques catalanes, sempre que els seus pressupostos es dotin ordinàriament en més d'un cinquanta per cent amb ingressos procedents d'aquestes o disposin de la majoria dels drets de vot en els seus òrgans de govern o patronats⁹. Tanmateix aquest precepte especifica que el conjunt de preceptes del capítol I del títol III del projecte, que fa referència als principis i requisits d'accés a l'ocupació pública són aplicables a les entitats del sector públic de la Generalitat de Catalunya i de les universitats públiques de Catalunya, deixant fora incomprensiblement de l'aplicació dels requisits generals d'accés a les entitats del sector públic local, que d'aquesta manera aconseguen escapar-se d'una major vigència dels requisits de la selecció pública, exempció que sembla produir-se també sobre les mesures d'integració de les persones amb discapacitat a que fa referència l'article 59 EBEP, el que sens dubte és una fugida de la legislació bàsica estatal.

b) El nomenat "Document Tècnic per a l'elaboració de l'avantprojecte de Llei d'ocupació pública d'Euskadi"¹⁰, adopta una posició més neutra al preveure en el seu article 3.1. que la norma prevista haurà d'ésser d'aplicació als organismes autònoms, ens de dret públic amb personalitat

⁸ Sobre el criteri d'influència dominant per una correcta definició del sector públic en l'àmbit de la relacions laborals, ens remetem al treball de Molina Gracia, Mónica, *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, Granada, 2000, p. 82-87.

⁹ Més concretament l'article 331.2 de la Llei 4/2008, del 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a persones jurídiques, considera fundacions públiques: a) Les que s'hagin constituït amb una aportació majoritària directa o indirecta de l'administració pública; b) Les que més del 50% de llur patrimoni fundacional estigui format, amb caràcter permanent, per bens o drets aportats o cedits per entitats públiques; d) Les que més de la meitat dels membres de l'òrgan de govern siguin nomenats per l'administració pública.

¹⁰ "Document tècnic per a l'elaboració de l'avantprojecte de Llei d'ocupació pública d'Euskadi", Març 2009, exemplar fotocopiats. Aquest document ha estat elaborat sota la direcció de Pablo Ruiz de Gordejuela i coordinat per Fernando Toña Guenaga, comptant amb la participació de Javier Garayalde Velaz, Mikel Gorriti Bontigi, Iñaki Calonge Crespo i Agustín Pérez Barrio, amb l'assessorament de Rafael Jiménez Asensio.

jurídica pròpia, ens públics sotmesos a dret privat, entitats públiques empresarials, vinculades o dependents de qualsevol de les administracions públiques de la Comunitat Autònoma del País Basc, Forals i de les entitats locals, amb inclusió dels consorcis interadministratius, llevat dels configurats amb forma de societat mercantil, redacció que no deixa de resultar ambigua atès que a la legislació del País Basc el sector públic de la Comunitat s'integra pels ens institucionals que es regeixen pel dret públic, pels ens públic de dret privat, per les societats públiques i per les fundacions del sector públic de la Comunitat Autònoma d'Euskadi, tenint en compte que són societats públiques les societats mercantils amb capital en què sigui majoritària la participació de les entitats que integren el sector públic de la Comunitat Autònoma i que són fundacions del sector públic d'aquesta Comunitat aquelles en les que la majoria dels membres del seu patronat es designin per entitats components del sector públic, sempre que es constitueixen amb una aportació majoritària, directa o indirecta de l'administració general de la Comunitat Autònoma d'Euskadi o demés entitats del sector públic de la Comunitat Autònoma, o, alternativament, el seu patrimoni fundacional, amb un caràcter de permanència, estigui format en més d'un cinquanta per cent per bens o drets aportats o cedits per les referides entitats (art. 7 del Decret legislatiu 1/1997, de 11 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de principis ordenadors de la hisenda general del País Basc i disposició final sexta de la del Decret legislatiu 2/2007, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de patrimoni d'Euskadi). A partir d'aquí, fent un esforç interpretatiu, es podria entendre que dintre de la rubrica "entitats públiques empresarials" que utilitza l'avantprojecte de llei d'ocupació pública d'Euskadi s'haurien de considerar incloses les entitats del sector públic d'Euskadi, és a dir, les societats públiques i les fundacions del sector públic d'aquesta Comunitat; en qualsevol cas no deixa de ser incoherent que la legislació d'ocupació pública d'una Comunitat Autònoma prescindi del seu sistema de classificació institucional i utilitzi una terminologia pròpia per determinar el seu àmbit d'aplicació subjectiu¹¹.

c) L'avantprojecte de Llei per a l'ordenació i gestió de la funció pública valenciana¹², conserva la referència al àmbit específic d'aplicació de la llei en la seva disposició addicional octava establint que les previsions d'aquesta llei referent al codi de conducta, els principis de selecció i l'accés a l'ocupació pública de les persones amb discapacitat, seran d'aplicació en qualsevol cas al personal de les entitats del sector públic autonòmic i local. Més concretament pel que fa a l'administració de la Generalitat valenciana, l'article 4 de l'avantprojecte citat preveu que el concepte administració de la Generalitat, al personal de la qual resulta d'aplicació aquest text normatiu, es considera comprensiu del conjunt d'òrgans i unitats administratives en què s'estructuren els serveis centrals i perifèrics de la Presidència de la Generalitat i de cadascuna de les seves conselleries, així com les entitats autònomes i empreses de la Generalitat a que fa referència l'article 5.2. del Decret legislatiu de 26 de juny de 1991, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Hisenda Pública de la Generalitat Valenciana, que integra dintre del concepte d'empreses públiques les societats mercantils en què existeixi participació majoritària de la Generalitat Valenciana i de les seves entitats autònomes i fundacions públiques les què comptin amb una participació en la que participin majoritàriament, directa o indirectament, la Generalitat Valenciana, les seves entitats autònomes, o demés entitats que conformen el sector públic.

d) L'article 3.8 de l'esborrany d'avantprojecte de llei de la funció pública de les administracions de les illes balears¹³, preveu que el personal que presta servei en les entitats del sector públic de la Comunitat Autònoma de les illes Balears, dels Consells Insulars i de la resta d'entitats locals

¹¹ Avala aquesta conclusió el treball de Toña Güenaga, Fernando, Calonge Crespo, Iñaki, González de Heredia Maruri, César, Gorriti Bontigui, Mikel, Pérez Barrio, Agustín, Jiménez Asensio, Rafael, *Estatuto Básico del Empleado Público y márgenes de configuración del legislador vasco para su desarrollo*, IVAP, Bilbao, 2007, pág. 48. En aquest informe els autors plantegen que, amb les pertinents matisacions, la legislació d'ocupació pública s'hauria d'aplicar a societats i fundacions que depenguin de l'administració i que es financin majoritàriament amb fons públics.

¹² Es pren com a base del nostre discurs el document "Ley para la ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana", Borrador V.7.01, Valencia, 28 de julio de 2009, exemplar fotocopiado.

¹³ Es cita pel document "Esborrany d'avantprojecte de llei de la funció pública de les administracions de les Illes Balears", Conselleria d'Innovació, Interior i Justícia, Govern de les Illes Balears, sense data, exemplar fotocopiado.

situades en el territori de les Illes Balears, com ara societats mercantils o fundacions del sector públic, tal com es diu literalment, es regirà per la normativa laboral, però li seran d'aplicació, com a mínim, els principis continguts en els articles 52, 53, 54, 55 i 59 de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, advertint que, a més, que al personal que presti serveis en entitats integrants del sector públic autonòmic, li seran d'aplicació les normes que desenvolupen aquests principis en el capítol I del títol V d'aquesta Llei, capítol que regula els principis d'accés a l'ocupació pública però també el procés i els sistemes de selecció del personal laboral dels ens del sector públic autonòmic.

A l'àmbit local la tradicional distinció entre formes de gestió directa i formes de gestió indirecta dificulta la identificació de les entitats d'aquest sector públic. Sens dubte es pot admetre que les societats mercantils locals, amb capital social que pertanyi integrament a una entitat local o a un ens públic depenen de la mateixa (art. 85.2 LRBRL), són una forma de gestió directa dels serveis públics locals que s'ha de considerar inclosa en sector públic local. Tanmateix, aquest precepte també preveu la gestió indirecta d'aquests serveis, mitjançant les distintes formes previstes per al contracte de gestió de serveis públics en la Llei 30/2007, de contractes del sector públic. Les normes sobre el contracte de gestió dels serveis preveuen expressament les modalitats de concessió, gestió interessada, concert i societat d'economia mixta en la qual l'administració participi, per si mateixa o per mitjà d'una entitat pública, en concurrència amb persones naturals o jurídiques (art. 253 LCSP). Per tant, les entitats locals poden gestionar serveis públics que no impliquin exercici d'autoritat mitjançant societats d'economia mixta, sense que de l'afirmació d'aquesta possibilitat es pugui deduir la seva integració al sector públic local.

Les societats mercantils en les quals participin de forma majoritària les entitats locals són contemplades per la normativa sobre hisendes locals, fonamentalment pel Reial Decret legislatiu 2/2004, de 5 de març, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei reguladora de les Hisendes locals (en endavant TRLHL) i pel Reial Decret 500/1990, de 20 d'abril, que desenvolupa el capítol I del Títol VI del TRLHL. Precisament, aquestes normes es refereixen normalment a les societats mercantils de capital integrament local, però contenen també previsions explícites aplicables a les societats mercantils en les quals la participació local es majoritària¹⁴. Així en el TRLHL, als pressupostos de l'entitat local s'han d'unir, com annexes, els programes anuals d'actuació, inversions i finançament de les societats mercantils en les quals sigui titular únic o participi majoritàriament l'entitat local (art. 166.1. b. TRLHL), i aitals efectes, les societats mercantils, amb inclusió d'aquelles en les quals sigui majoritària la participació de l'entitat local, remetran a aquesta, abans del dia 15 de setembre de cada any, les seves previsions de despeses i ingressos, així com els programes anuals d'actuació, inversions i finançament per a l'exercici següent¹⁵.

Precisament no estarà de més recordar que tal com hem vist més amunt, els projectes legislatius que les Comunitats Autònomes estan preparant pel desplegament de l'EBEP, incorporen al seu àmbit d'aplicació les entitats locals i a les entitats del sector públic local, sempre que el seus pressupostos es dotin ordinàriament en més d'un cinquanta per cent amb ingressos procedents d'aquestes o disposin de la majoria dels drets de vot en el seus òrgans de govern o patronats¹⁶.

¹⁴ Sobre aquesta situació i la qualificació d'aquestes entitats com a societats dependents de l'entitat local de referència ens remetem al treball de Guayo Castiella, Iñigo del, "La gestión de servicios públicos locales", *Revista de Administración Pública*, 165 (2004), págs. 117-124.

¹⁵ D'interès en aquest procés de determinació resulta l'Acord de 4 de desembre de 2008, de la Junta de Govern de la Ciutat de Madrid, pel qual s'aprova el Codi de Bones Pràctiques Administratives de l'Ajuntament de Madrid, en el qual al dibuixa el seu àmbit d'aplicació inclou: a) A l'administració de l'Ajuntament de Madrid; b) Als organismes públics de l'Ajuntament de Madrid; c) A les societats mercantils de l'Ajuntament de Madrid o dels seus organismes públics amb capital social integrament municipal, afegint que, sense perjudici del disposat en la normativa de general aplicació, l'Ajuntament de Madrid adoptarà les mesures oportunes per a què les entitats que no pertanyent al seu sector públic que gestionin serveis de titularitat de l'Ajuntament de Madrid sotmetin la seva actuació als principis recollits en aquest Codi, en tot allò que els resulti d'aplicació, plantejament que sens dubte resulta d'una conceptualització errònia del que pugui ésser el sector públic local.

¹⁶ La configuració del què pugui ésser el sector local a efectes de l'aplicació de les normes d'ocupació pública no és una qüestió pacífica, tal com és pot veure a la STSJ d'Andalusia de 15 d'octubre de 2009, JUR/2009/371955, en la qual, sota la base d'una lectura al meu entendre errònia, de la legislació de

Pel que fa a les fundacions del sector públic local, malgrat que la legislació de règim local no esmenta la figura de la fundació com a forma de gestió dels serveis públics, tampoc existeix cap disposició que ho prohibeixi. Senzillament, les entitats locals com a persones jurídiques tenen capacitat per constituir fundacions de conformitat amb les previsions de la Llei 50/2002, de 26 de desembre, de fundacions, tenint en compte que, de conformitat amb la disposició addicional setzena, es consideren fundacions del sector públic aquelles en les que concorrin alguna de les circumstàncies següents: a) Que es constitueixen amb una aportació majoritària, directa o indirecta, de les administracions públiques, els seus organismes públics o demés entitats del sector públic; b) Que el seu patrimoni fundacional, amb un caràcter de permanència, estigui format en més d'un 50 per cent per bens o drets aportats o cedits per les referides entitats", tenint en compte que l'àmbit d'aquesta llei incorporà a les administracions locals i que la disposició transitòria esmentada té caràcter bàsic¹⁷.

A partir d'aquí sembla que la referència feta per la disposició addicional primera de l'EBEP a les entitats del sector públic estatal, autonòmic i local s'ha d'entendre feta a les societats mercantils i fundacions d'aquestes entitats territorials que compleixen algun dels dos criteris següents:

a) Criteri de participació única o majoritària en el capital social, en la dotació fundacional inicial o en el patrimoni fundacional.

b) Criteri de control de la gestió de l'entitat en base a la disposició de la majoria dels drets de vot o del dret a nomenar o a destituir a la majoria dels membres dels corresponents òrgans de govern, representació o direcció de l'entitat.

III. Els deures i els principis ètics i de conducta dels empleats públics en la seva aplicació a les entitats del sector públic

El Capítol VI, del Títol III EBEP, intitulat "Deures dels empleats públics. Codi de conducta", s'integra per una estructura peculiar, indicant successivament els "Deures dels empleats públics: codi de conducta" (art. 52), els "principis ètics" (art.53) i els "principis de conducta". Precisament, segons la disposició addicional primera EBEP, els principis que contenen els articles 52, 53 i 54 EBEP, són aplicables en les entitats del sector públic estatal, autonòmic i local, per tant, els principis del Capítol VI, de Títol III de l'EBEP resulta d'aplicació també a les societats i fundacions del sector públic estatal, autonòmic i local.

L'article 52 EBEP concreta els deures principals dels empleats públics assenyalant que:

a) Han de desenvolupar amb diligència les tasques que tinguin assignades.

b) Vetllar pels interessos generals.

c) Actuar amb subjecció i observança de la Constitució i de la resta de l'ordenament jurídic.

Amb aquesta finalitat els empleats públics s'han de regir pels principis següents: objectivitat, integritat, neutralitat, responsabilitat, imparcialitat, confidencialitat, dedicació al servei públic, transparència, exemplaritat, austeritat, accessibilitat, eficàcia, honradesa, promoció de l'entorn cultural i mediambiental, i respecte a la igualtat entre dones i homes.

Precisament, l'afirmació d'aquests principis té dos conseqüències:

a) Inspiren el codi de conducta configurat pels principis ètics i de conducta que regulen els articles 53 i 54 EBEP.

contractes del sector públic, s'arriba a la conclusió que l'empresa de radio local, constituïda com a societat mercantil de capital íntegrament local, per no constituir la prestació de serveis de radio i televisió una competència obligatòria dels ajuntaments, no està integrada en el sector públic local, encara que es reconeix que presta un servei públic local de naturalesa voluntària.

¹⁷ Per a la qualificació de les fundacions del sector públic local ens remetem a Rodrigo Molí, Josep, "Altres ens instrumentals: organismes autònoms, fundacions i altres", *Ens instrumentals a Catalunya*, Diputació de Barcelona, Barcelona, 2003, pàg. 2-8

b) Aquests principis i la seva concreció en principis ètics i de conducta informen la interpretació i l'aplicació del règim disciplinari dels empleats públics.

Per tant, de la primera de les conseqüències afirmades es pot deduir sense un particular esforç interpretatiu que els articles 52,53 i 54 EBEP configuren per ells mateixos un autèntic codi de conducta materialitzat directament per la llei, susceptible d'aplicació immediata, sens perjudici d'actuar, també, como un codi marc amb capacitat d'adaptació i concreció en el si d'una particular institució¹⁸.

Així, l'exposició de motius de l'EBEP, en el seu paràgraf quinzè, ens diu que: "Per primera vegada s'estableix en la nostra legislació una regulació general dels deures bàsics dels empleats públics, fundada en principis ètics i regles de comportament, que constitueix un codi de conducta", codi de conducta que s'inclou en l'Estatut: "amb una finalitat pedagògica i orientadora, però també com a límit a les activitats lícites, la infracció de les quals pot tenir conseqüències disciplinàries". Per tant, el capítol VI EBEP estableix legalment un veritable codi de conducta, amb la seva missió – desenvolupar amb diligència les tasques assignades i vetllar pels interessos generals amb subjecció i observança de la Constitució i de la resta de l'ordenament- els seus principis, i els seus postulats d'ètica personal i conducta professional, que són susceptibles d'aplicació immediata per les autoritats administratives i els tribunals amb una especial projecció sobre el sistema de deures i el règim disciplinari dels empleats públics¹⁹.

Tanmateix, el codi de conducta establert a l'EBEP està dotat, sens dubte, d'eficàcia jurídica pròpia però alhora es un model que permet el seu desenvolupament i aplicació a les necessitats específiques d'una determinada organització i a la seva pròpia "cultura d'empresa", entesa com homogeneïtat de valors transmesos per la direcció amb capacitat d'actuar com a mecanisme de regulació de les interaccions humanes que es donin en el sí d'una organització²⁰. Precisament, l'aplicació del codi de conducta establert al capítol VI EBEP a les entitats del sector pública estatal ha tingut un complement inesperat a l'article 138 del Reial Decret 1373/2009, de 28 d'agost, pel qual s'aprova el reglament general de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques, en el qual s'assenyala que l'administració general de l'Estat i els

¹⁸ Els articles 52,53 i 54 EBEP són directament aplicables des de l'entrada en vigor de l'EBEP i no requereixen un desplegament per les lleis de funció pública de l'Estat o de les Comunitats Autònomes, tal com es diu a Aguado i Cudolà, Vicenç i Camino Pons, Pere J., "El codi de conducta i el règim disciplinari a l'estatut bàsic de l'empleat públic i el seu desplegament a la legislació catalana de funció pública", en *Comentaris al règim estatutari dels empleats públics*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009, p. 206. S'ha dit que hi ha una gran varietat de models del que pugui ser un codi de conducta, inclosos aquells que, amb independència de la seva eficàcia directa, actuen com elements de referència o models per a posteriors instruments adaptats a una particular realitat organitzativa, sobre aquesta qüestió, Morato García, Rosa M^a, "La intervención de los códigos de comportamiento ético en el régimen disciplinario empresarial", *XVI Congreso Iberoamericano de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Lisboa, 2006. Més concretament, Calvo Gallego, Francisco Javier, *Códigos éticos y derechos de los trabajadores*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 16-17, parla de codis models o de subscripció, per referir-se a codis que actuen com a referents per orientar l'elaboració de codis empresarials concrets.

¹⁹ Estem davant d'un codi de conducta configurat unilateralment per llei bàsica de l'Estat que desplega la seva eficàcia jurídica directa sobre totes les relacions de treball existents en el sector públic, tal com és diu a Elorza Guerrero, Fernando, "El código de conducta como fuente ordenadora de la prestación de trabajo del empleado público", en *El estatuto básico del empleado público. Actas del XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009. La STSJ de Catalunya de 18 d'octubre de 2007, JUR/2008/11073, entén que les regles deontològiques que s'inclouen en el codi de conducta dels empleats públics és constitueixen legalment com un límit de les activitats lícites que no poden quedar emparades per l'exercici dels drets dels funcionaris – en aquest cas la llibertat d'informació i el dret a la pròpia imatge- la qual cosa legitima les mesures admonitòries empreses per salvaguardar la imatge de l'administració pública i la defensa del interès públic. En la mateixa direcció és pot veure, la SAN de 10 de desembre de 2008, JUR/2009/34904.

²⁰ Sobre el concepte de cultura d'empresa i la seva capacitat per actuar com a sistema regulador de la gestió de recursos humans en una organització, Alonso Ramos, Emilio, "Límites de la cultura de empresa", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 76 (2008), págs. 95-109.

seus organismes públics –sense establir cap distinció- promouran la fixació d'estàndards de bones pràctiques i codis de conducta “adequats a la naturalesa de cada entitat”, codis de conducta i manuals de bones pràctiques que es difondran a través d'internet, tal com preveu l'article 143 de la mateixa norma reglamentària.

En tot cas, el codi de conducta és en essència un codi de conducta professional que assenyala i estableix els principis ètics, com a principis individuals o personals que guien el judici sobre allò que es considera correcte i adient en un determinat moment dins d'una cultura global de servei públics, i els principis de conducta, com a valors que configuren una deontologia professional determinada, és a dir, com a valors que configuren les conductes professionals en els treball al servei de l'interès general²¹. Com a tal codi de conducta professional projecten sobre tots els empleats que presten serveis d'interès general un conjunt d'imposicions i limitacions en la seva conducta que en la pràctica pressuposen una extensió i concreció del deure de diligència en la prestació d'activitats d'interès general²².

Pel que fa al contingut del codi de conducta establerta al capítol VI EBEP, hem dit ja que el codi de conducta s'estructura en tres preceptes.

a) Un primer article que descriu com a missió essencial de l'empleat públic el desenvolupament amb diligència de les tasques assignades al servei de l'interès general amb observança de la Constitució i de l'ordenament jurídic, missió que s'ha d'actuar d'acord amb els principis generals d'objectivitat, integritat, neutralitat, responsabilitat, imparcialitat, confidencialitat, dedicació al servei públic, transparència, exemplaritat, austeritat, accessibilitat, eficàcia, honradesa, promoció de l'entorn cultural i mediambiental, i respecte a la igualtat entre dones i homes.

b) Un segon article configuratiu dels principis ètics que els empleats públics han de respectar en una societat democràtica, entre els que s'afirmen els de legalitat (respecte a la Constitució i a l'ordenament jurídic), servei al interès general (actuació orientada a la persecució dels interessos generals i de l'interès comú), lleialtat i bona fe (ajust de l'actuació als principis de lleialtat i bona fe amb l'administració en la que prestin els seus serveis, i amb els seus superiors, companys, subordinats i amb els ciutadans), promoció dels drets fonamentals i de les llibertats públics (respectes dels drets i llibertats i prohibició de discriminació), imparcialitat (abstenció en els assumptes que tinguin interès personal, en les activitats privades que puguin plantejar conflictes d'interessos i prohibició de tractes de favor), eficàcia (actuació de conformitat amb els principis d'eficàcia, economia i eficiència, complint amb diligència les tasques assignades), neutralitat (dedicació i compromís amb el servei públic i confidencialitat i discreció en els assumptes que coneguin per raó del seu càrrec).

c) Un tercer precepte dedicat als principis de conducta en l'exercici de les seves funcions professionals que fan referència a valors relacionats amb el servei als ciutadans (tracte atent i respectuós, atenció en la llengua oficial que sol·liciti), la diligència en l'exercici de les funcions professionals (acompliment de tasques de forma diligent i compliment degut de la jornada i l'horari de treball), la jerarquia (obeir les instruccions i ordres professionals), la fidelitat a la confiança del públic (informar als ciutadans sobre les matèries o assumptes que tinguin dret a conèixer i facilitar l'exercici dels seus drets i el compliment de les seves obligacions), l'economia (administració dels recursos i bens públics amb austeritat i deure de vetllar per la seva conservació), la integritat i

²¹ La diferencia entre principis ètics i principis de conducta és fa als texts fonamentals de l'OCDE sobre ètica en el servei públic, on s'assenyala que els principis ètics són aquells principis individuals o estàndards que guien el judici sobre allò que es considera bo o escaient en el servei públic, per contra, els principis de conducta ens parlen de l'actuació concreta de l'empleat públic, sobre aquesta distinció amb referència als texts de l'OCDE, Aguado i Cudolà, Vicenç i Camino Pons, Pere J., “ El codi de conducta i el règim disciplinari a l'estatut bàsic de l'empleat públic i el seu desplegament a la legislació catalana de funció pública”, en *Comentaris al règim estatutari dels empleats públics*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009, p. 207.

²² Sobre aquesta funció dels codis de conducta o dels codis de comportament professional és pot veure el treball de Merino Segovia, Amparo, “La definición de las cualidades morales y éticas de los trabajadores de la empresa de dimensión transnacional: los códigos de comportamiento ético y profesional”, *Revista de Derecho Social*, 31 (2005), págs. 88-91.

probitat (rebuig de regals, favor o serveis), la confiança (s'ha de garantir la constància i permanència dels documents), la qualitat (mantenir actualitzada la seva formació i qualificació), la prudència (observació de les normes sobre seguretat i salut laboral), i l'iniciativa i innovació (capacitat de proposta i millora en el desenvolupament del servei)²³.

Tanmateix, el fil del codi de conducta articulat en els articles 52, 53 i 54 EBEP no deixa de ser repetitiu i confús. En el millor dels supòsits es pot esbrinar una missió, uns principis generals, uns principis ètics i uns principis de conducta professionals, però el cert és que alguns principis es repeteixen en els diferents apartats que, a més, semblen obeir a un procés de progressiva determinació, des dels principis generals a les conductes concretes en el desenvolupament de les activitats d'interès general, en el si de l'articulat.

Més enllà, dels continguts, als nostres efectes resulta d'un extraordinari interès plantejar-nos quina és la funcionalitat dels codis en relació amb la prestació de treball en l'administració pública i en els organismes del sector públic.

Si repassem el text de l'EBEP, fonamentalment la seva exposició de motius i les previsions establertes a l'article 52, el codi de conducta hauria de servir els següents propòsits:

- a) Complir una finalitat pedagògica i orientadora.
- b) Constituir un límit de les activitats lícites.
- c) Mantenir i tutelar una específica "cultura" del públic.

La primera finalitat, la pedagògica i orientadora es projecta sobre els propis empleats públics. El codi de conducta guia i ajuda als treballadors del sector públic en totes les seves activitats professionals determinant la seva conducta a través de la inclusió de pautes d'acció positives i d'un sistema de prohibicions, però també ha d'orientar a la mateixa administració pública i als òrgans de govern dels diferents organismes públics en la seva capacitat de configuració de la prestació laboral mitjançant l'exercici de les seves potestats de direcció i control que es projecten d'una manera directa sobre els requisits i les condicions de l'exercici de la funció professional.

Tanmateix, aquesta finalitat orientadora té una plasmació d'un extraordinari interès si tenim en compte que els principis ètics i de conducta constitueixen un límit efectiu de les activitats lícites, informant la interpretació i aplicació del règim disciplinari dels empleats públics també en les societats i les fundacions del sector públic.

Això vol dir que els principis ètics i de conducta han d'orientar la tipificació de les infraccions disciplinàries que es puguin establir en el corresponent conveni col·lectiu de conformitat amb la previsió de l'article 58.1 ET, de tal manera que el desconeixement del límit efectiu que un principi ètic o de conducta pot suposar per un treballador del sector públic hauria d'ésser considerat un incompliment laboral d'acord amb un sistema de faltes coherent amb els principis generals del desenvolupament de l'activitat d'un empleat públic. De fet hi hauria d'existir una certa correspondència entre l'estructura de faltes laborals i la transgressió dels principis ètics i de conducta establerts a l'EBEP²⁴. El codi de conducta defineix els deures dels empleats públics i enuncia les conductes que és desprenen dels mateixos però no preveu un sistema d'infraccions, de manera que la inobservança de les directrius contingudes en els codis per ella mateixa no resulta suficient per a determinar la responsabilitat disciplinària de l'empleat públic, perquè la llei laboral reserva a la negociació col·lectiva la funció de definir la tipologia de les infraccions i les corresponents sancions. Però, també és evident, que els deures i les conductes definides en els

²³ La distinció entre principis ètics relacionats amb els valors d'una societat democràtica i els principis relacionats amb els valors professionals, es fa a Termes i Anglès, Ferran, *El codi d'ètica. Normes bàsiques per al seu disseny a l'administració pública*, Gestió 2000, Barcelona, 2005, pàg. 40-41.

²⁴ A l'experiència comparada, en el codi de comportament dels empleats públics italians, les disposicions del mateix codi preveuen expressament la necessitat de coordinar les conductes que han d'ésser observades pels empleats públics amb les previsions en matèria disciplinària que hauran d'incorporar els corresponents convenis col·lectius, tal com s'explica a Blasco Díaz, José Luís, "El código de comportamiento de los empleados públicos italianos de 28 de noviembre de 2000", *Revista de Administración Pública*, 158 (2002), pág. 439.

codis si no es vol que tinguin única i exclusivament una transcendència ètica s'han de coordinar amb les previsions dels convenis col·lectius en matèria de responsabilitat disciplinària. Precisament, aquesta relació es dona d'una forma més o menys exacta entre les conductes fixades pel codi de l'EBEP i les faltes establertes en el seu règim disciplinari.

Així, per exemple és evident que el principi ètic que demanda el respecte a la Constitució i a la resta de l'ordenament jurídic previst a l'article 53.1 EBEP, té com a contrapartida la falta molt greu establerta a l'article 95.2 a) EBEP, relativa a l'incompliment del deure de respecte a la Constitució en l'exercici de la funció pública; semblantment, el respecte als drets fonaments i la prohibició de discriminació establerts com a principis ètics a l'article 53.4 EBEP, troba el seu correlat en l'article 95.2 b) EBEP que tipifica com a falta molt greu, tota actuació que suposi discriminació per raó d'origen racial o ètnic, religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual, llengua, opinió, lloc de naixement o veïnatge, sexe o qualsevol altra condició o circumstància personal o social; en la mateixa direcció, l'obligació d'abstenció en els assumptes en què tinguin un interès personal, així com de tota activitat privada o interès que pugui suposar un risc de plantejar conflictes d'interessos amb el seu lloc de treball, pot trobar correspondència a les faltes relatives a l'article 95.2 lletres j) i n) EBEP, relativa la primera a la prevalença de la condició d'empleat públic per obtenir un benefici indegut per a si mateix o per a un altre i comprensiva la segona de tot incompliment de les normes sobre incompatibilitats quan això doni lloc a una situació d'incompatibilitat, o, per acabar, el deure de guardar secret de les matèries classificades o altres la difusió de les quals estigui prohibida legalment, es evident que troba la seva projecció disciplinària en la falta establerta a l'article 95.2 f) EBEP que fa referència a la negligència en la custòdia de secrets oficials, declarats per llei o classificats com a tals, que sigui causa de la seva publicació o que provoqui la difusió o coneixement indegut.

Cal aclarir que no defensem una assimilació absoluta entre l'incompliment dels deures dels empleats públics i la configuració del sistema de faltes disciplinàries pròpia dels treballadors laborals al servei de l'administració pública. De fet, s'ha d'ésser conscient que sovint els principis ètics i de conducta estan formulats d'una forma genèrica impròpia del principi de tipificació de les faltes a que ens obliga la seguretat jurídica²⁵. Però, també cal tenir present que els principis ètics i de conducta que resulten d'aplicació al personal laboral al servei de empreses i fundacions del sector públic actuen com a criteris orientadors d'un sistema d'infraccions en què no està assegurada la vigència absoluta del principi de tipicitat i en el que és reconeix que, per la seva pròpia naturalesa, el poder disciplinari empresarial, requereix d'uns elementals marges de flexibilitat perquè l'empresari pugui valorar quan una conducta atempta contra l'ordre de l'empresa²⁶. D'aquí que no resulti infreqüent que en molts convenis col·lectius es pugui obviar el concepte de falta laboral o s'acudeixi a una fórmula genèrica en funció de la qual es consideren faltes les accions u omissions que suposin un incompliment dels deures de qualsevol tipus imposats per les disposicions legals vigents i, en especial, pel mateix conveni²⁷. En tot cas, és evident que els principis ètics i de conducta han d'inspirar el sistema d'incompliments laborals que es consideren susceptible de sanció i orientar l'exercici del poder disciplinari per part de l'empresari públic, de la mateixa manera que la virtualitat orientadora del codi de conducta establert a l'EBEP s'haurà de projectar sobre l'estructura de faltes que es pugui establir en el corresponent conveni col·lectiu quan aquest opti per una tipificació expressa de les conductes que tinguin la consideració d'incompliment d'una obligació professional.

Finalment, no estarà de més subratllar la vigència dels principis ètics i de conducta en el moment de l'aplicació dels règim d'infraccions laborals que s'hagi pogut establir. Tal com ens diu l'article 52

²⁵ Tal com es diu a Elorza Guerrero, Fernando, "El código de conducta como fuente ordenadora de la prestación de trabajo del empleado público", a *El estatuto básico del empleado público. Actas del XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio del Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

²⁶ Sobre l'aplicació del principi de legalitat en el sistema d'empresa ens remetem al treball de Fernández López, M^a Fernanda, *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 155-157.

²⁷ Sobre el sistema de configuració de les infraccions disciplinàries a la negociació col·lectiva laboral ens basem en Rodríguez Rodríguez, Emma, *El poder disciplinario en la empresa*, Comares, Granada, 2008, pág. 81-85.

EBEP, els principis i les regles establerts en el codi de conducta informes la interpretació i aplicació del règim disciplinari dels empleats públics. Lògicament, això vol dir que amb independència de la funció orientador que els esmentats principis puguin tenir en el moment de la configuració de l'estructura de faltes molt greus, greus i lleus que s'hagin d'incorporar al corresponent conveni col·lectiu, aquests mateixos principis és constitueixen en regles d'interpretació per a determinar les conductes que han d'ésser objecte de sanció i en regles d'aplicació per concretar efectivament la imposició d'una sanció. De fet podríem dir que els principis i les regles de conductes establertes a l'EBEP ajuden a objectivar l'exercici de poder disciplinari en un context d'exercici privat de funcions d'interès públics en el què el principi de legalitat i el de tipicitat quedem molt difuminats per la inexistència d'un veritable esforç de concreció de les conductes punibles o per la proliferació de catàlegs de sancions amb una relativa abundància de veritables normes en blanc, clàusules generals, remissions a l'analogia, establiment de tipus amb contorns molt febles que permeten un ampli marge de discrecionalitat en l'execució que, sovint resten tota eficàcia a l'esforç de tipificació normativa que s'ha fet a través de la negociació col·lectiva.

Finalment, està per veure si el sistema de principis ètics i valors professionals que estructura el codi de conducta de l'EBEP té capacitat per contribuir a mantenir i tutelar una cultura de servei públic en el si de les nostres estructures administratives. Tanmateix, és evident que en el cas de les empreses i fundacions del sector públic l'elaboració d'un codi de conducta és una oportunitat evident per recuperar un sistema de valors públics en un context de cultura d'empresa que sovint oblida el caràcter instrumental d'aquest tipus d'entitat per l'assoliment de les funcions d'interès generals que l'hi ha confiat la seva administració matriu. Solament aquest fet ens sembla extraordinàriament positiu per contrarestar l'influència d'una cultura gerencial que sovint ha estat privada de valors públics en la resolució dels seus conflictes d'interessos.

IV. El principi d'igualtat i mèrit a les entitats del sector públic

La disposició addicional primera EBEP preveu que els articles 55 i 59 d'aquesta Llei són aplicables a les entitats del sector públic. L'article 55 EBEP conté els principis rectors de l'accés a l'ocupació pública, afirmant el primer dels seus paràgrafs que tots els ciutadans tenen dret a accedir a l'ocupació pública d'acord amb els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat d'acord amb el que preveu l'Estatut i la resta de l'ordenament jurídic. D'aquesta manera s'aplica el principi d'igualtat i mèrit a l'accés a l'ocupació pública de les societats, el que es una novetat parcial, i de les fundacions del sector públic, el que no es cap novetat²⁸. Tanmateix, l'article 55 de l'EBEP va més enllà d'una afirmació del principi d'igualtat i mèrit en la selecció del personal al servei de les entitats públiques. El segon paràgraf de l'article 55 EBEP preveu també que les entitats públiques han de seleccionar el seu personal mitjançant procediments en que es garanteixen els principis constitucionals abans expressats, així com els establerts a continuació: a) Publicitat de les convocatòries i de les seves bases; b) Transparència; c) Imparcialitat i professionalitat dels membres dels òrgans de selecció; d) Independència i discrecionalitat tècnica en l'actuació dels òrgans de selecció; e) Adequació entre el contingut dels processos selectius i les funcions o tasques a desenvolupar; f) Agilitat, sense perjudici de l'objectivitat, en els processos de selecció.

La projecció d'aquests principis sobre la selecció del personal laboral al servei de les entitats del sector públic, al nostre entendre, comporta els efectes següents:

²⁸ A la legislació local l'article 222.2 del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, ja establia que per a la selecció del personal de les societats mercantils amb capital íntegrament públic regeixen els principis d'igualtat, publicitat, capacitat i mèrit. Així mateix, l'article 46.4 de la Llei 50/2002, de 26 de desembre, de Fundacions, preveu que la selecció de personal haurà de realitzar-se amb subjecció als principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat de la corresponent convocatòria. La novetat resideix, doncs, en l'extensió dels principis d'igualtat i mèrit a la resta de societats del sector públic estatal, autonòmic i local que es puguin considerar integrants del corresponent sector públic.

a) L'afirmació dels principis d'igualtat i mèrit en l'accés a aquest específic àmbit de l'ocupació pública implica una determinació prèvia dels requisits que han d'estar orientats a la consecució de la igualtat, de manera que l'òrgan encarregat de valorar els candidats no pugui actuar amb un excessiu arbitri, sinó sota els paràmetres d'una decisió prudent i raonable²⁹.

c) El dret a la igualtat en l'accés a l'ocupació pública comporta que els requisits i les condicions d'accés s'hagin d'establir en termes abstractes i generals i no mitjançant referències concretes i individualitzades encaminades a la selecció d'una persona o d'un grup de persones determinades, atès que és considera inacceptable l'establiment de accepcions o pretericions ad personam³⁰. També, com a garantia d'igualtat, s'exigeix que els requisits i les condicions d'accés responguin exclusivament als principis de mèrit i capacitat, per entendre que una interpretació sistemàtica dels principis constitucionals ens ha de portar a concloure que del article 23.2 CE es deriva l'obligació de no exigir per a l'accés a l'ocupació pública requisits o condicions que no es puguin referir als conceptes de mèrit i capacitat³¹. En tot cas, el mèrit i la capacitat són condicions necessàries però no suficients per a fonamentar el caràcter objectiu dels requisits d'accés. El Tribunal Constitucional exigeix dos notes essencials més com poden ser la raonabilitat i la proporcionalitat: la raonabilitat suposa l'eliminació de tota arbitrarietat, la qual cosa ens remet a la necessitat d'acreditar una relació de congruència entre les condicions i els requisits d'accés i l'acompliment de la funció o del lloc de treball a desenvolupar; la proporcionalitat suposa sempre una adequada ponderació de cada requisit en relació a la valoració del conjunt d'ells, prenen sempre com a referència la funció o el lloc de treball a desenvolupar³². A partir d'aquí, els requisits singulars que no tenen una fonamentació objectiva s'entenen fets per afavorir a persones concretes i determinades; de la mateixa manera que es considera irracional la ponderació o valoració desproporcionada d'una condició si comporta l'afavoriment d'unes persones concretes i la postergació d'altres³³.

c) L'article 55 EBEP afirma el principi de publicitat dels procediments d'accés, de les convocatòries i de les seves bases. Per tant, l'accés a l'ocupació d'aquestes entitats s'haurà d'instrumentar a través de convocatòries públiques obertes i lliures, atès que el dret a la igualtat en l'accés a l'ocupació pública suposa una limitació essencial a la pràctica de proves restringides, proves a les que solament puguin concórrer les persones que ja tinguin una relació prèvia de serveis amb la corresponent entitat com a interins o contractats³⁴. En tot cas es considera que la valoració de serveis prestats no és aliena als conceptes de mèrit i capacitat, atès que el temps de serveis pot reflexa aptitud o capacitat pel desenvolupament d'una ocupació pública i pot suposar un mèrit reconegut i valorat³⁵. Ara bé, els serveis prestats no es poden constituir en un requisit necessari per a participar en un procés selectiu que exclogui la concurrència de tercers; tampoc pot suposar una rellevància quantitativa essencial que en la pràctica pugui definir l'adjudicació de les places, sense perjudici que es pugui arribar a fixar com a únic mèrit en una fase de concurs, i, per descomptant, no pot puntuar doblement en dos moments o fases distintes del procés de selecció, amb utilització dels punts obtinguts en la fase de concurs per a superar la fase d'oposició o amb valoració dels temps efectiu de serveis prestats com una prova de l'oposició³⁶. Tot i això, el principi de proves obertes i lliures, cedeix en favor de les persones que han consolidat una condició d'estabilitat i permanència en l'ocupació pública. En aquests supòsits prima el mandat constitucional d'afavorir la promoció a través del treball, el que permet l'existència de torns o de convocatòries restringides. Tanmateix, també en aquestes convocatòries o torns restringits caldrà acreditar l'aptitud i la capacitat pel desenvolupament de la corresponent ocupació pública, demostrant posseir un nivell mínim de coneixements genèrics o específics per a l'exercici de les

²⁹ SSTC 48/1998, de 2 de març i 138/2000, de 29 de maig, entre d'altres.

³⁰ SSTC 67/1989, de 18 d'abril, 269/1994, de 3 d'octubre, i 40/1999, de 22 de març

³¹ SSTC 148/1986, de 25 de novembre, 73/1998, de 31 de març, i 138/2000, de 29 de maig.

³² SSTC 50/1986, de 28 d'abril, i 87/1989, de 18 d'abril.

³³ STC 67/1989, de 18 d'abril.

³⁴ STC 151/1992, de 19 d'octubre.

³⁵ STC 67/1989, de 18 d'abril.

³⁶ SSTC 67/1989, de 18 d'abril, 60/1994, de 28 de febrer, 93/1995, de 19 de juny, i 107/2003, de 2 de juny. ATC 239/2004, de 29 de juny.

corresponents funcions o llocs de treball, sense que es pugui suplir la falta de capacitat pels serveis prestats a una determinada entitat pública³⁷. En aquesta mateixa direcció, cal tenir en compte que la inserció professional de subjectes amb dificultats d'accés a l'ocupació pública per raó de la seva discapacitat física, psíquica o sensorial no és contrària al principi d'igualtat, sinó que, precisament, el fa possible i efectiu, a través d'un mecanisme de reserva de places, que no restringeix els drets dels que participin en un procediment selectiu pel torn lliure ni exceptua als subjectes afavorits amb la reserva, que queden obligats a posar de manifest la seva aptitud pel desenvolupament de les corresponents funcions públiques³⁸. Des d'una perspectiva instrumental, el principi de proves lliures, demanda la publicitat de les mateixes per afavorir la concurrència de candidats. Tanmateix, el règim de publicitat de les convocatòries de selecció i de les seves bases que a l'administració pública s'aconsegueix mitjançant la inserció de les corresponents publicacions i anuncis en els diaris i butlletins oficials, es pot assegurar en el sector públic a través d'altres mitjans, com pot ser la utilització d'internet per informar i atraure candidats suficients per fer efectiu el principi de màxim participació en el procés de selecció que permet obtenir millors aspirants i satisfer l'interès dels ciutadans a accedir a un lloc de treball en el sector públic³⁹.

d) El principi de transparència aplicat al procés de selecció de les entitats del sector públic pressuposa que els criteris i els tràmits del procés de selecció sigui clars i coneguts pels aspirants i que la decisió selectiva estigui suficientment raonada⁴⁰. Semblantment, la vigència d'aquest principi habilita la constitució d'una situació jurídica individualitzada a tenir un coneixement del resultat del desenvolupament de les proves i de les actuacions selectives, el que sens dubte permet accedir a l'expedient del procés de selecció, amb la corresponent carrega de documentació per part de l'entitat⁴¹.

e) El principi d'imparcialitat i professionalitat dels membres dels òrgans de selecció té una doble vessant. El concepte d'imparcialitat en la seva definició més senzilla remet a la prohibició de fer preferència, i en aquesta accepció resulta evident la relació estreta que hi ha entre imparcialitat i igualtat. Per tant, l'idea d'imparcialitat referida als membres dels òrgans de selecció pressuposa dos idees essencials: la primera, que aquests òrgans existiran també en el procés de selecció de les entitats públiques; la segona, que els membres integrants d'aquests òrgans de selecció s'haurà d'escollir en funció de les seves qualitats tècniques i no com experts de part, designats explícita o implícitament en representació d'interessos particulars o com a garantia d'una intervenció favorable a un determinat grup de persones o persona concreta. Lògicament, el principi d'imparcialitat també suposa pels membres dels òrgans de selecció una obligació de desprendre's de qualsevol disseny anticipat o de prevenció en favor o en contra d'un determinat participant en el procés de selecció, ajustant la seva conducta a una anàlisi objectiu dels mèrits i les proves dels possibles candidats, sense que prèviament s'hagi establert una posició de favor o rebuig sobre una persona concreta⁴². Qüestió distinta són les especials garanties que l'ordenament

³⁷ SSTC 50/1986, de 23 d'abril, i 93/1995, de 19 de juny.

³⁸ STC 26/1994, de 3 d'octubre.

³⁹ Sobre la utilització de la via d'Internet pel reclutament d'efectius a la funció nord-americana és pot veure el treball de Idelfonso Huertas, Rosa María, *Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004, pàg. 196-199.

⁴⁰ Cavas Martínez, Faustino, "Adquisición y pérdida de la relación de servicios. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios", en Monereo Pérez, José Luís; Molina Navarrete, Cristóbal; Olarte Encabo, Sofía; Rivas Vallejo, Pilar (Dirección y Coordinación), *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Granada, 2008, pàg. 589.

⁴¹ Pérez Gómez, José María, "Adquisición y pérdida de la relación de empleo público. Artículo 55. Principios Rectores", en Palomar Olmeda, Alberto V.; Sempere Navarro, Antonio V. (Directores), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, 2008, pàg. 492.

⁴² Sobre el principi d'imparcialitat en la composició dels òrgans de selecció, és pot llegir Mauri Majós, Joan, "El acceso al empleo público", en Castillo Blanco, Federico A., *Manual de Empleo Público*, Iustel, Madrid, 2009, pàg. 312. A la doctrina constitucional, aquest principi ha de garantir la imparcialitat subjectiva, és a dir, que els membres de l'òrgan de selecció no han mantingut relacions prèvies indegudes o inconvenients amb els candidats, i la imparcialitat objectiva, és a dir, la que assegura que aquests membres no mantenen

jurídic de l'ocupació pública a articulat per a dotar d'efectivitat el principi d'imparcialitat en la composició dels òrgans de selecció, com pot ser la prohibició continguda a l'article 60 EBEP, que el personal d'elecció o de designació política, els funcionaris interins i el personal eventual no puguin formar part dels òrgans de selecció o que la pertinença als òrgans de selecció sigui sempre a títol individual i no es pugui ostentar en representació o per compte de ningú, o les establertes per l'aplicació de les causes generals d'abstenció i recusació previstes a l'article 28 i 29 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú. Aquestes garanties són pròpies de la selecció del personal al servei de les administracions, entitats i organismes a què es refereix l'article 2 EBEP o del procediment de selecció dels empleats públics entès com un procediment administratiu, però no es traslladen per elles mateixes a la selecció del personal de les empreses i fundacions públiques, selecció que incorpora única i exclusivament el mandat de realitzar-se mitjançant òrgans integrats per membres imparcials, situació objectiva que es pot obtenir a través de diferents mitjans i que d'entrada no suposa una prohibició expressa adreçada a persones determinades per formar part de l'òrgan de selecció. En aquesta direcció sembla que el més adient és que siguin les pròpies normes de conducta o els instruments col·lectius els que acabin establint les garanties d'imparcialitat en la gestió dels processos de selecció, sens perjudici que si els candidats es considerin discriminats per una conducta parcial d'un òrgan de selecció o d'un membre d'un òrgan de selecció pugui acudir als tribunals per demanar el restabliment del seu dret a una tracte imparcial i, el respecte, per tant, del principi d'igualtat. El principi de professionalitat en la composició dels òrgans de selecció comporta que els òrgans de selecció estiguin integrats per persones amb la qualificació i la preparació tècnica necessària per valorar els mèrits i, si s'escau, les proves dels aspirants. Aquesta preparació fa referència a una qualitat subjectiva dels membres dels òrgans de selecció que han de guardar una relació de homogeneïtat respecte a que s'exigeixi per a l'accés als llocs de treball objecte de la convocatòria, ostenta'n la deguda competència tècnica en la matèria pròpia de cada lloc o funció⁴³. A més, el principi de professionalitat en la funció selectiva pròpia dels membres dels òrgans de selecció, fa referència a alguna cosa més que la necessària especialització tècnica pròpia d'un ampli coneixement del àrea professional dels llocs o funcions als quals s'adreça la selecció, la professionalitat com a concepte integra el principi d'especialitat i el supera amb la referència a un domini de les tècniques específiques de la selecció de personal per valorar adequadament els coneixements, les aptituds i les habilitats dels candidats.

f) El principi d'independència en l'actuació dels òrgans de selecció, significa que els membres de l'òrgan no estan subjectes a instruccions de cap tipus, ni a interferències o influències externes en la seva activitat d'avaluació, la qual cosa els hi permet la formació d'un judici essencialment tècnic sobre els mèrits de cadascun dels candidats. La relació que l'art. 55.2 EBEP estableix entre independència i discrecionalitat tècnica pressuposa l'afirmació de la capacitat autònoma dels òrgans de selecció per procedir a una valoració de les capacitats de cadascun dels candidats. En l'exercici d'aquestes facultats discrecional i de forma independent l'òrgan de selecció forma la seva decisió selectiva, decisió que no pot ser modificada o substituïda per un altre òrgan de l'entitat pública, amb independència de que l'esmentada discrecionalitat redueix les possibilitats de control de l'activitat avaluadora pels òrgans jurisdiccionals⁴⁴. El rellevant aquí es que cap òrgan de direcció o administració de l'entitat pública pot afectar el procés de decisió dels òrgans de selecció que, en el marc d'un prudent i raonable arbitri, gaudeixen de discrecionalitat tècnica en la seva actuació.

vincles estrets i regulars amb cap dels candidats, tal com és pot veure a les SSTC 5/2004, de 16 de gener, 240/2005, de 10 d'octubre, 306/2005, de 12 de desembre, i 55/2007, de 12 de març.

⁴³ SSTC 215/1991, de 14 de desembre i 174/1996, de 11 de novembre.

⁴⁴ Sobre la discrecionalitat tècnica dels òrgans de selecció ens remetem a Lázaro Alba, E., y González Botija, F., "A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 127 (2005). També, Cavas Martínez, Faustino, "Adquisición y pérdida de la relación de empleo. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio", en Monereo Pérez, José Luís; Molina Navarrete, Cristóbal; Olarte Encabo, Sofía; Rivas Vallejo, Pilar (Dirección y Coordinación), *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Granada, 2008, pàg. 590.

g) El principi d'adequació entre el contingut dels processos selectius i les funcions o tasques a desenvolupar té dos projeccions directes sobre la selecció per accedir a l'ocupació pública. En la primera aquest principi es projecta directament sobre els requisits d'accés i, més concretament, sobre els requisits específics referits a la selecció per categories funcionals o agrupacions concretes de lloc de treball. En aquests cas, el que resulta rellevant és que els requisits específics que es vulguin establir guardin relació objectiva i proporcionada amb les funcions i les tasques a desenvolupar. En la segona de les projeccions esmentades, el principi d'actuació es projecta sobre els procediments de selecció. Tal com diu l'article 61.2 EBEP, els procediments de selecció han de cuidar especialment la connexió entre el tipus de proves a superar i l'adequació a l'acompliment de les tasques dels llocs de treball convocats. Lògicament, l'interrogant que planteja l'aplicació d'aquest principi a l'àmbit de les entitats del sector públic, és la possible inexistència d'instruments de gestió de recursos humans que continguin una descripció dels llocs de treball a desenvolupar, de manera que identificades les funcions es puguin establir els requisits específics dels llocs i els procediments idonis per objectivar els candidats adequats per aquests perfils.

h) Finalment, el principi d'agilitat, sense perjudici de l'objectivitat, en els processos de selecció, s'ha de considerar com un requisit funcional dels processos de selecció que crida a l'estalvi de temps i a la utilització de instruments i mètodes de selecció que, sense perdre la seva capacitat predictiva i el seu caràcter objectiu, agilitzin els processos d'identificació de candidats de qualitat per la cobertura dels corresponents llocs de treball.

V. Promoció de l'accés de persones amb discapacitat

L'article 59 EBEP, preveu que en les ofertes d'ocupació pública s'ha de reservar una quota no inferior al cinc per cent de les vacants per a ser cobertes entre persones amb discapacitat, considerant com a tals les definides a l'apartat 2 de l'article 1 de la Llei 51/2003, de 2 de desembre, d'igualtat d'oportunitats, no discriminació i accessibilitat universal de les persones amb discapacitat, sempre que superin els processos selectius i acreditin la seva discapacitat i la compatibilitat amb l'exercici de les tasques, de manera que progressivament s'arribi al dos per cent dels efectius totals en cada Administració pública. En aquesta direcció cada administració pública ha d'adoptar les mesures necessàries per establir les adaptacions i els ajustos raonables de temps i mitjans en el procés selectiu i, una vegada superat aquest procés, les adaptacions en el lloc de treball a les necessitats de les persones amb discapacitat.

Estem, doncs, davant d'una mesura de discriminació positiva que es projecta sobre una reserva d'un percentatge de places que es refereix al total de les incorporades a una oferta pública d'ocupació, instrument de planificació dels recursos humans propi de les administracions públiques però que no té assegurada la seva existència necessària en l'àmbit de les administracions públiques. D'aquí que, algun Govern autonòmic, en una innovadora iniciativa, hagi decidit recordar l'obligació que tenen les empreses i fundacions públiques del sector públic autonòmic de reservar un 5% de les seves places vacants a persones discapacitades, establint un termini d'un any perquè s'elabori un diagnòstic de la situació de la contractació laboral d'aquest tipus de persones i un mapa d'ocupabilitat de cada entitat o empresa, amb els llocs de treball concret que poden desenvolupar les persones discapacitades i el seu perfil. Semblantment, la norma esmentada preveu que aquestes entitats, han d'establir les adaptacions i ajustos raonables de temps i mitjans en el procés selectiu i, un cop superat aquest procés, les adaptacions en el lloc de treball a les necessitats de les persones amb discapacitat, aplicant-se, per analogia les normes que regulen l'accés de persones discapacitades a l'ocupació pública de l'administració de la Comunitat Autònoma⁴⁵.

⁴⁵ "Acuerdo de 22 de febrero de 2008, por el que se aplica a las empresas públicas, a las fundaciones y a los consocios de carácter autonómico la obligación de reservar una cuota no inferior al 5% de las vacantes para las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, (BOIB, 30, 1.03.2008)".

7a

sessió

09/04/10

Associacionisme municipal, consultes populars

Alfredo Galan Galan, professor titular de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona

EL DERECHO DE ASOCIACIÓN MUNICIPAL: GARANTÍAS Y LÍMITES ESTATUTARIOS

Dr. Alfredo Galán Galán
Professor titular de dret administratiu
Universitat de Barcelona
alfredogalan@ub.edu

ESQUEMA

I. Reconocimiento normativo del derecho de asociación local:

1. Constitución Española.
2. Carta Europea de Autonomía Local.
3. Estatutos de Autonomía. En especial, Estatuto de Autonomía de Cataluña.
4. Legislación reguladora del derecho de asociación:
 - 4.1. Legislación estatal.
 - 4.2. Legislación autonómica catalana.
5. Legislación reguladora del régimen local:
 - 5.1. Legislación estatal.
 - 5.2. Legislación autonómica catalana.
 - 5.3. Nuevos proyectos de desarrollo estatutario en materia de régimen local.

II. Cuestión terminológica. Alternativas y su significación:

1. Asociación de municipios.
2. Agrupación de municipios.
3. Mancomunidad de municipios.

III. Clasificaciones de las asociaciones de municipios:

1. *Primer criterio clasificador: naturaleza de la asociación u objeto perseguido.*
 - a. Asociaciones para el ejercicio de competencias locales.
 - b. Asociaciones representativas de intereses locales.

Necesidad de diferenciación de ambas clases de asociaciones.

Articulación funcional de las tradicionales asociaciones representativas de los entes locales con el nuevo Consell de Governs Locals.
2. *Segundo criterio clasificador: origen o fundamento.*
 - a. Agrupaciones forzosas de municipios ("agrupaciones"). Fundamento legal: origen en la voluntad del legislador.

- b. Agrupaciones voluntarias de municipios (“asociaciones”). Fundamento en la autonomía local: origen en la voluntad de los propios municipios que se agrupan.

Necesidad de diferenciación de ambas clases de asociaciones. Recomendación del Grupo de Expertos del Consejo de Europa.

IV. Formas de asociación (voluntaria) de municipios:

1. Mancomunidad de municipios.
2. Comunidad de municipios.
3. Consorcios.

Criterios diferenciadores: sujetos, objeto, personalidad jurídica.

Enumeración abierta o cerrada de formas legales de asociación. Problemática creación de otras formas por decisión municipal. Artículo 87.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: “otras formas de actuación conjunta”.

V. Finalidad de la asociación (voluntaria) de municipios. Ideas complementarias:

1. Asociación y cooperación. Conexión en la Carta Europea de la Autonomía Local.
2. Ejercicio de competencias y tareas de interés común. Delimitación. Intervención en el ejercicio de la competencia de sujetos no titulares.
3. Incremento de la capacidad de gestión municipal. Otras formas de incremento de la capacidad de gestión. La asociación de municipios como destinatario de la función de asistencia y cooperación de provincias (veguerías) y comarcas.

VI. Naturaleza de la asociación (voluntaria) de municipios.

1. Discutible configuración como entidad local.
2. Discutible ubicación dentro del segundo nivel de gobierno local. Relación “esencial” entre municipio y asociación de municipios.

VII. Reconocimiento del derecho de asociación municipal en el artículo 87.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

1. Innovación. Comparación con los demás Estatutos de Autonomía.
2. Originalidad: establecimiento simultáneo de una garantía y límite del derecho de asociación municipal.
 - a. Establecimiento de un parámetro estatutario de control.
 - b. Beneficiario de la garantía: el derecho de asociación sólo de los municipios.
 - c. Sujeto frente al que se establece la garantía: el legislador ordinario autonómico.
 - d. Límite al derecho de asociación municipal: aseguramiento de la autonomía de los otros entes que la tienen reconocida.
 - d.1. Determinación de las autonomías aseguradas por el límite estatutario.
 - d.2. Operatividad de este límite en la relación entre las agrupaciones voluntarias y las agrupaciones forzosas de municipios. Un caso en concreto: la relación entre la provincia (veguería) y los consorcios de consorcios.

8^a

sessió

07/05/10

La implantació de les àrees residencials

Joan Llord i Corbella, director general d'Urbanisme de la Generalitat de Catalunya.

Publicitat de les actes del Ple i d'altres òrgans col·legiats en la web corporativa

Juan Carlos Velasco, lletrat coordinador del Servei d'Assessoria Jurídica de la Diputació de Barcelona.

Novetats de la Llei 20/2009, de 4 de desembre, de prevenció i control ambiental de les activitats

Lluís Laguna, sotsdirector general de Qualitat Ambiental del Departament de Medi Ambient i Habitatge de la Generalitat de Catalunya i **Joan Perdigó Solà**, advocat

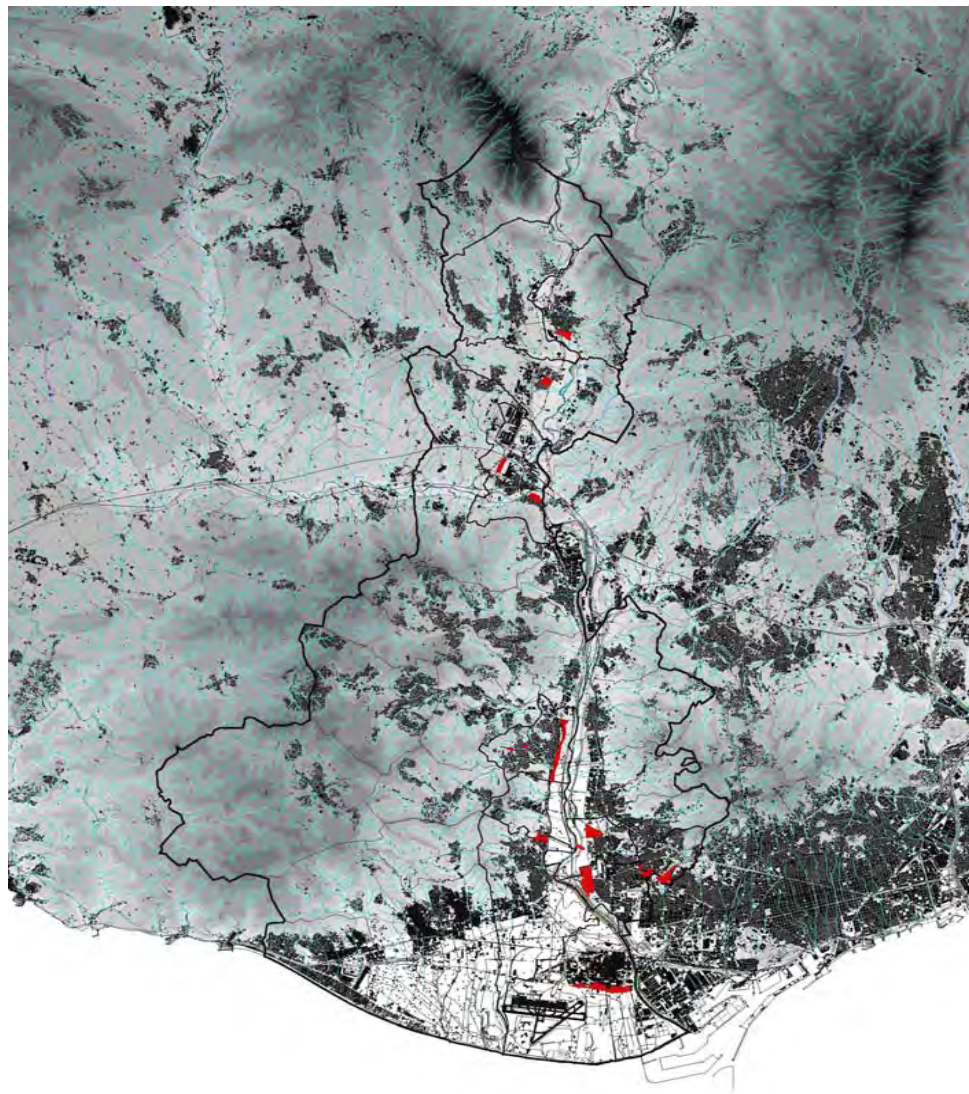
La implantació de les àrees residencials

Joan Llort i Corbella

Director general d'Urbanisme

Departament de Política Territorial i Obres públiques

Generalitat de Catalunya



Les Àrees Residencials Estratègiques

Maig 2010

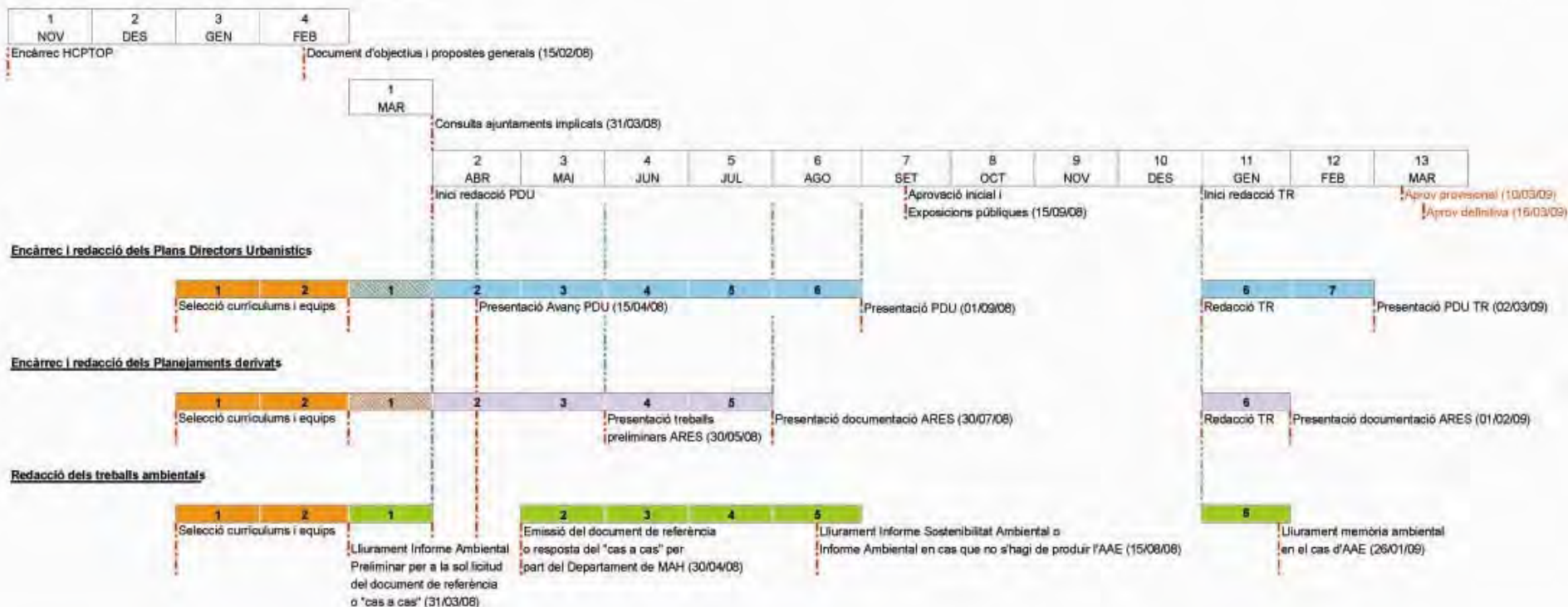
PTOP



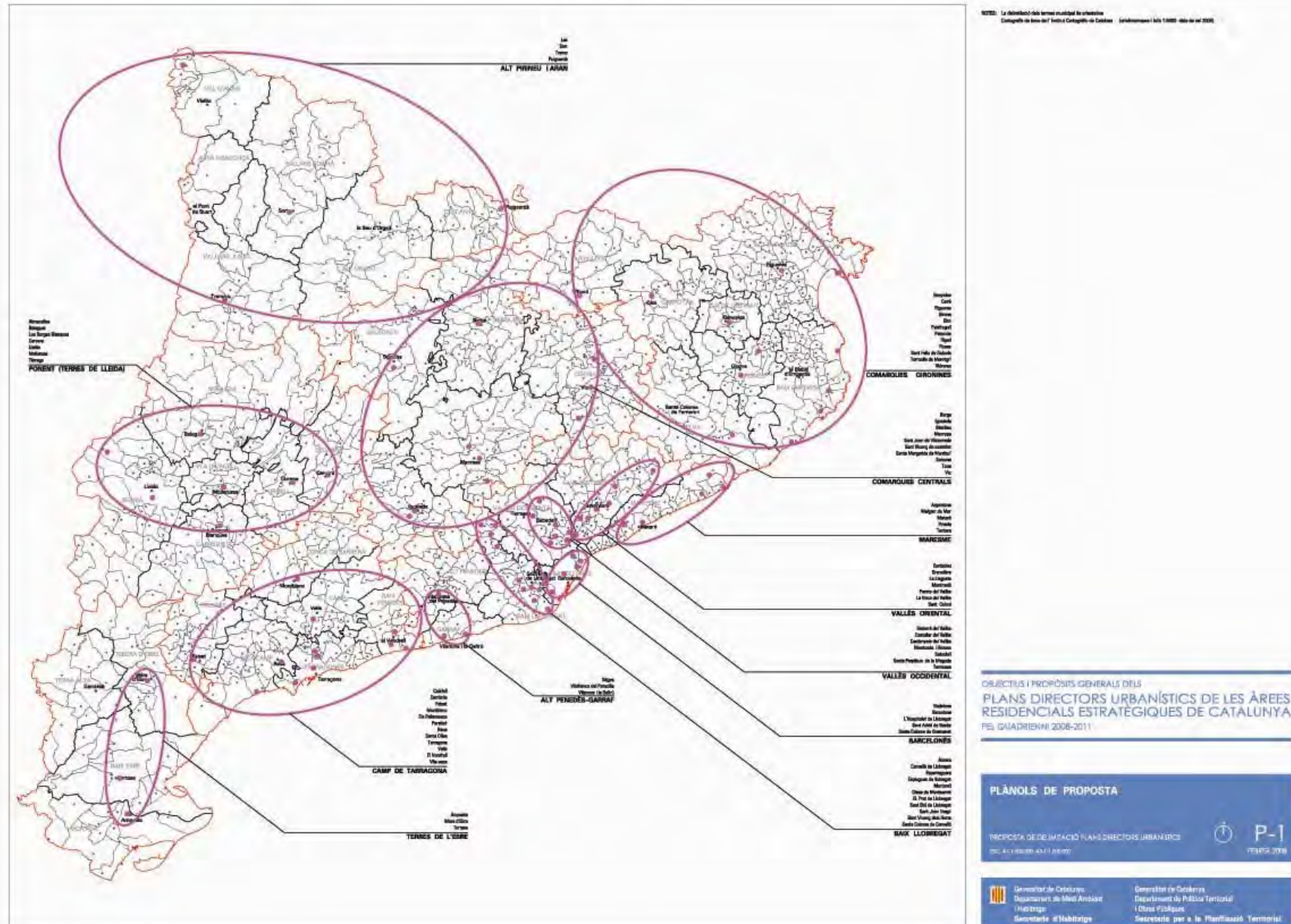
Generalitat de Catalunya
Departament de Política Territorial
i Obres Públiques

Calendari decret-llei 1/2007

APROXIMACIÓ AL CALENDARI PER L'APLICACIÓ DEL DECRET LLEI 1/2007



12 Plans Directors



– PDU aprovats i publicats.....	10
– ARE que contenen aquests PDU.....	68
– Consorcis a constituir.....	57

– Data aprovació definitiva 10 PDU	13/03/09
– Data comunicació ajuntaments sol·licitant aprovació Estatuts i constitució Consorcis ..	19/05/09
– Data autorització Govern a la constitució primer grup Consorcis	16/12/09
– Data autorització Govern a la constitució segon grup Consorcis	04/05/10

PDU de les Àrees Residencials Estratègiques

Àmbit	APROVACIÓ INICIAL				APROVACIÓ DEFINITIVA			
	Superfície	Habitatge Lliure	Habitatge Protegit	Total Habitatges	Superfície	Habitatge Lliure	Habitatge Protegit	Total Habitatges
Barcelonès	27,83	732	1.623	2.355	12,68	304	747	1.051
Baix Llobregat	264,68	7.420	9.183	16.603	263,00	6.966	8.958	15.924
Vallès Occidental	130,17	3.412	3.922	7.334	111,02	2.881	3.332	6.213
Vallès Oriental	89,69	2.319	2.723	5.042	-	-	-	-
Alt Penedès-Garraf	33,82	978	1.030	2.008	-	-	-	-
Comarques Centrals	216,08	5.380	6.847	12.227	124,35	3.869	4.376	8.245
Comarques Gironines	128,06	3.645	3.675	7.320	102,51	2.889	2.905	5.794
Maresme	49,73	1.487	1.665	3.152	42,72	1.308	1.410	2.718
Alt Pirineu i Aran	28,79	705	809	1.514	26,76	615	712	1.327
Camp de Tarragona	341,35	8.483	9.910	18.393	283,47	6.909	8.178	15.087
Ponent	167,70	5.367	5.704	11.071	152,22	4.952	5.335	10.287
Terres de l'Ebre	45,94	1.309	1.769	3.078	45,88	1.226	1.710	2.936
TOTALS	1.523,84	41.237	48.860	90.097	1.164,61 76,43%	31.919 77,40%	37.663 77,08%	69.582 77,23%

Pla director	Reposició	Contenciós-Adm.
Barcelonès	9	6
Baix Llobregat	26	11
Vallès Occidental	9	2
Maresme	5	3
Comarques Gironines	12	9
Comarques Centrals	9	3
Alt Pirineu i Aran	2	-
Terres de Ponent	8	4
Camp de Tarragona	19	11
Terres de l'Ebre	11	-
Total	110	49

Capítol 1

Disposicions generals

Article 1. *Constitució i naturalesa jurídica*

Article 2. *Objecte*

Article 3. *Àmbit d'actuació*

Article 4. *Funcions*

Article 5. *Personalitat i capacitat jurídica*

Article 6. *Règim jurídic*

Article 7. *Durada*

Article 8. *Domicili*

Article 9. *Percentatges de participació*

Capítol 2

Govern del Consorci

Article 10. *Òrgans de govern*

Secció 1

Del Consell General

Article 11. *Naturalesa, composició i vots*

Article 12. *Funcions*

Secció 2

De la Comissió Executiva

Article 13. *Naturalesa, composició i vots*

Article 14. *Funcions*

Secció 3

De la Presidència i la Vicepresidència

Article 15. *Presidència i Vicepresidència del Consorci*

Article 16. *Funcions de la Presidència del Consorci*

Secció 4

Del funcionament

Article 17. *Sessions del Consell General*

Article 18. *Normes de funcionament de la Comissió Executiva*

Article 19. *Substitució i suplència de les persones membres del
Consorci*

Article 20. *Adopció d'acords*

Capítol 3

La Secretaria del Consorci

Article 21. *La Secretaria del Consorci*

Article 22. *Funcions de les Secretaries del Consorci*

Capítol 4

La Gerència del Consorci

Article 23. *La Gerència del Consorci*

Capítol 5

Règim de personal

Article 24. *Personal*

Capítol 6

Règim econòmic i financer

Secció 1

Règim financer

Article 25. *Pla d'actuació, inversió i finançament, pressupost, comptabilitat i estudi de viabilitat.*

Article 26. *Fiscalització*

Secció 2

Règim econòmic

Article 27. *Recursos*

Secció 3

Patrimoni

Article 28. *Patrimoni del Consorci*

Capítol 7

Dissolució i liquidació

Article 29. Dissolució i liquidació

1r. grup. Consorcis autoritzats pel Govern en data 16/12/2009

Municipis

23

ARE

31

Consorcis

23

Acord Govern 16/12/2009	AJUNTAMENT	NOM ACTUACIÓ	PDU	DATA PLE AJUNTAMENT	Publicació DOGC	Data Constitució
✓	Vic	El Graell La Bòbila	Comarques Centrals	08.06.09	06.08.09	22.04.10
✓	Martorell	La Sinya II- Horta de la Vila	Baix Llobregat	15.06.09	06.08.09	26.03.10
✓	Puigcerdà	Camí de les Fàbriques	L'Alt Pirineu i Aran	15.06.09	06.08.09	
✓	Esplugues de Llobregat	Montesa Can Cervera	Baix Llobregat	17.06.09	06.08.09	
✓	Palafrugell	Pivert Est P i Margall PMU 1.7-1.9 SUD 1.4 - el Terme	Comarques Gironines	22.06.09	06.08.09	
✓	Calafell	La Barquera	Camp de Tarragona	25.06.09	06.08.09	08.03.10
✓	Pineda de Mar	Pineda Centre	Maresme	25.06.09	06.08.09	17.03.10
✓	Lleida	SUR-8-9-23	Ponent	26.06.09	06.08.09	27.04.10
✓	Amposta	Eixample les Tosses	Terres de l'Ebre	29.06.09	06.08.09	17.03.10
✓	Castellar del Vallès	Nou Eixample Turuguet	Vallès Occidental	30.06.09	06.08.09	12.03.10
✓	Sabadell	Can Puiggener Torre Romeu	Vallès Occidental	07.07.09	06.08.09	
✓	Prat Llobregat, el	Ronda del Sud- Aeroport Eixample Sud	Baix Llobregat	08.07.09	06.08.09	21.11.06
✓	Palamós	Sector Roquetes SMU 09	Comarques Gironines	14.07.09	06.08.09	10.03.10
✓	Les	PP Guà I i II	L'Alt Pirineu i Aran	30.06.09	06.08.09	03.03.10
✓	Almacelles	Sectors 2, 21, 23	Ponent	16.07.09	06.08.09	
✓	Perafort	Eixample Estació	Camp de Tarragona	16.07.09	06.08.09	15.04.10
✓	Sta. Margarida de Montbui	Nou sector residencial	Comarques Centrals	16.07.09	06.08.09	
✓	Sta. Coloma de Gramenet	Safarejos La Bastida	Barcelonès	20.07.09	06.08.09	19.03.10
✓	Tarragona	Pou Boronat	Camp de Tarragona	24.07.09	06.08.09	
✓	Reus	Ronda Nord	Camp de Tarragona	24.07.09	06.08.09	
✓	Barberà del Vallès	Sector Estació	Vallès Occidental	29.07.09	06.08.09	
✓	Balaguer	Els Erals - El Secà	Ponent	30.07.09	06.08.09	
✓	Valls	Ruanes	Camp de Tarragona	31.07.09	06.08.09	19.03.10
✓	Argentona	El Cros	Maresme	31.07.09	06.08.09	12.03.10

2r. grup. Consorcis autoritzats pel Govern en data 04/05/2010

Municipis	15
ARE	16
Consorcis	14

Acord Govern 04/05/2010	AJUNTAMENT	NOM ACTUACIÓ	PDU	DATA PLE AJUNTAMENT	Publicació DOGC	Certificat aprovació definitiva
✓	Badalona	L'Estrella Sant Crist	Barcelonès	29.09.09	04.11.09	27.01.10
✓	Cornellà de Llobregat	Ribera Salines	Baix Llobregat	24.09.09	04.11.09	22.12.09
✓	Falset	Sant Gregori	Camp de Tarragona	06.07.09	04.11.09	19.01.10
✓	Figueres	Horta Capallera-Cendrassos Nord Carretera de Llers	Comarques Gironines	31.07.09	04.11.09	20.01.10
✓	Malgrat de Mar	Escultor Clarà	Maresme	06.08.09	04.11.09	29.12.09
✓	Manresa	Sector Est	Comarques Centrals	21.09.09	04.11.09	04.01.10
✓	Montcada i Reixach	Can Duran	Vallès Occidental	29.10.09	29.12.09	10.02.10
✓	Mora d'Ebre	Los Colomers	Terres de l'Ebre	12.08.09	04.11.09	15.01.10
✓	Olesa de Montserrat	Sectors 1 i 8	Baix Llobregat	24.09.09	04.11.09	20.01.09 (e-mail)
✓	Olot	Mas Bosser	Comarques Gironines	29.10.09	29.12.09	11.01.10
✓	Els Pallaresos - Tarragona	Els Pallaresos	Camp de Tarragona	05.11.09	29.12.09	
✓	St. Vicenç dels Horts Mancomunitat	La Façana	Baix Llobregat	29.10.08 Per Decret d'Alcaldi a 29.09.09	29.12.09	
✓	Solsona	La Cabana del Màrtir	Comarques Centrals	30.07.09	04.11.09	26.01.10
✓	Tàrraga	Els Prats 1-SUD 3	Ponent	9.11.09	29.12.09	

3r. Grup. Consorcis pendents de tràmit

Municipis	21
ARE	21
Consorcis	21

AJUNTAMENT	NOM ACTUACIÓ	PDU	DATA PLE AJUNTAMENT
Abrera	Centre	Baix Llobregat	
Almacelles	Sectors 2, 21, 23	Ponent	16.07.09
La Canonja (Tarragona)	La Canonja	Camp de Tarragona	
Girona	Mas Marroc	Comarques Gironines	15.12.09
	Avellaneda-Aragó	Comarques Gironines	
Igualada	Fàtima Nord	Comarques Centrals	
Les Borges Blanques	PP1	Ponent	
Mollerussa	Els Merlets Sud	Ponent	
Roses	SUD-1	Comarques Gironines	27.07.09
Sant Adrià del Besòs	Font del Riu Besòs	Barcelonès	
Sant Boi de Llobregat	Riera de Can Solé	Baix Llobregat	
Sant Feliu de Guíxols	SUD-07 Gaziel	Comarques Gironines	29.10.09
Sant Joan de Vilatorrada	SUBd- Collbaix	Comarques Centrals	25.02.10
Sant Joan Despí	Can Creixells	Baix Llobregat	28.09.09
Santa Coloma de Cervelló			
Santa Oлива	El Molí Baix	Camp de Tarragona	23.12.09
Santa Perpètua de Mogoda	Can Taió	Vallès Occidental	24.09.09
Terrassa	PEMU Porta Sud	Vallès Occidental	20.11.09
Torroella de Montgrí	Façana Sud	Comarques Gironines	09.07.09
Tortosa	Raval de la Llet	Terres de l'Ebre	
Tremp	Nou sector residencial	L'Alt Pirineu i Aran	
Vila-seca	La Canaleta	Camp de Tarragona	30.10.09

Constitució dels Consorcis de les Àrees Residencials Estratègiques.

**PLEC DE CLÀUSULES ADMINISTRATIVES QUE HA DE REGIR EL
CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE LA GESTIÓ URBANÍSTICA INTEGRADA
DE LES ÀREES RESIDENCIALS ESTRATÈGIQUES I ELS CONTRACTES
DE PERMUTA D'APROFITAMENT URBANÍSTIC PER A EQUIPAMENTS**

I.- DISPOSICIONS GENERALS

ANTECEDENTS:

Els Consorcis poden considerar l'alternativa de crear una estructura pròpia encarregada de la gestió o externalitzar l'execució d'aquest servei aollint-se a la possibilitat que li ofereix l'art. 135 LUC.

I.- DISPOSICIONS GENERALS

EQUIPAMENTS

Així mateix, en la mesura que la LUC obliga a que la construcció dels equipaments de les ARE es dugui a terme de manera paral·lela a la construcció de les obres d'urbanització i edificació, es liciten en aquest mateix procediment els contractes de permuta de terrenys integrats en l'aprofitament mig, pertanyent a l'Administració, per futurs equipaments ubicats en l'ARE.

I.- DISPOSICIONS GENERALS

OBJECTE DEL PROCEDIMENT DE LICITACIÓ

1. La redacció projecte de reparcel·lació. Pot ser opcional.
2. La redacció dels projectes d'urbanització complementaris i dels de connexions dels serveis de l'ARE.
3. La gestió urbanística, entesa com a conjunt d'actuacions d'impuls, tramitació i administració dels instruments de gestió urbanística, fins a la transformació de l'ús del sòl i la seva urbanització.
4. L'execució de les obres d'urbanització.

D'altra banda, el procediment de licitació pretén adjudicar els contractes de permuta d'aprofitament urbanístic per les obres de construcció dels equipaments del sector.

I.- DISPOSICIONS GENERALS

NORMATIVA RECTORA DEL PROCEDIMENT DE LICITACIÓ I DEL CONTRACTE

Pel que fa referència al procediment de contractació del contracte de gestió integrada, restarà subjecte a les previsions de la LCSP i RLCAP relatives a l'adjudicació dels contractes d'obra, en la mesura que la prestació econòmica que té més importància és la de l'obra d'urbanització.

ENTITAT CONTRACTANT I ÒRGAN DE CONTRACTACIÓ

En exercici de les competències que li atribueix la LUC, l'entitat contractant és el Consorci creat a aquests efectes entre l'Ajuntament i l'Incasol.

II.- DISPOSICIONS RELATIVES AL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE LA GESTIÓ URBANÍSTICA INTEGRADA

REDACCIÓ DEL PROJECTE D'URBANITZACIÓ COMPLEMENTÀRIA:

Serà obligació de la Concessionària la redacció dels corresponents projectes d'urbanització complementaris.

ACTUACIONS DE GESTIÓ URBANÍSTICA QUE ASSUMEIX LA CONCESSIONÀRIA

La Concessionària assumirà les actuacions d'impuls de la tramitació dels instruments d'execució i gestió urbanística, fins a que s'assoleixi la fermesa de la seva aprovació definitiva.

Així mateix, assumirà tots els actes necessaris per a l'administració i execució de la reparcel·lació, així com per assegurar el bon fi d'aquesta.

II.- DISPOSICIONS RELATIVES AL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE LA GESTIÓ URBANÍSTICA INTEGRADA

ACTUACIONS DE GESTIÓ URBANÍSTICA QUE ASSUMEIX EL CONSORCI

En la seva qualitat d'Administració Urbanística actuant, el Consorci assumeix:

- 1.La tramitació i aprovació definitiva dels instruments de gestió.
- 2.La liquidació i recaptació en via voluntària i, en el seu cas executiva, de les quotes d'urbanització.
- 3.La recepció de les garanties dels propietaris participants en la reparcel·lació.
- 4.Pagament de les indemnitzacions als propietaris, en funció de les previsions del projecte de reparcel·lació.
- 5.L'autorització de les condicions de les operacions de real·lotjament, quan siguin necessàries.
- 6.L'aprovació de la liquidació definitiva.
- 7.La resolució dels recursos que s'interposin contra qualsevol dels actes administratius competència del Consorci; així com la defensa judicial d'aquests, si s'escau.

II.- DISPOSICIONS RELATIVES AL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE LA GESTIÓ URBANÍSTICA INTEGRADA

FACULTATS DE CONTROL I SEGUIMENT DEL CONSORCI

El Consorci s'ocuparà de fer un control i seguiment de les tasques de redacció dels projectes de reparcel·lació i d'urbanització complementaris; de totes les actuacions de gestió urbanística que assumeix la Concessionària; així com de l'execució de les obres. Aquestes tasques podran ser desenvolupades a través de la seva estructura orgànica o contractades amb tercers, fins i tot a una Direcció Integrada.

II.- DISPOSICIONS RELATIVES AL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE LA GESTIÓ URBANÍSTICA INTEGRADA

CONTRAPRESTACIÓ A FAVOR DEL CONSORCI EN ATENCIÓ A LES TASQUES DE GESTIÓ URBANÍSTICA, SEGUIMENT I CONTROL QUE ASSUMEIX (INCLOSA LA DIRECCIÓ FACULTATIVA)

En concepte de contraprestació pels serveis prestats pel Consorci (direcció facultativa, el control i seguiment dels processos de redacció de projectes i de les actuacions de gestió urbanística); així com per totes aquelles actuacions de gestió urbanística que assumeix directament, el Consorci serà retribuit amb una quantitat equivalent al 2 % del preu d'adjudicació. Aquesta quantitat haurà de formar part dels costos d'urbanització repercutits als propietaris del sector.

II.- DISPOSICIONS RELATIVES AL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE LA GESTIÓ URBANÍSTICA INTEGRADA

DURADA DEL CONTRACTE I TERMINIS PARCIALS DE LES OBLIGACIONS DE LA CONCESSIONÀRIA

El termini màxim de duració de la concessió serà de X anys, a comptar des del dia següent a la formalització del corresponent contracte.

Aquest termini es desglossa en els parcials següents:

1. Redacció projectes de reparcel·lació i urbanització complementària.
2. Contesta de les al·legacions.
3. Promoció d'acords per donar efectivitat al dret a real·lotjament.
4. Rectificació dels projectes de reparcel·lació o d'urbanització complementaris.
5. Inscripció del projecte de reparcel·lació.
6. Preparació propostes de liquidació de quotes d'urbanització.
7. Notificació de les quotes d'urbanització aprovades pel Consorci.
8. Aixecament de l'Acta de comprovació del replanteig de l'obra d'urbanització.
9. Inici obres d'urbanització.
10. Finalització obres d'urbanització.
11. Redacció de la corresponent operació jurídica complementària.
12. Presentació de la liquidació definitiva.

II.- DISPOSICIONS RELATIVES AL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE LA GESTIÓ URBANÍSTICA INTEGRADA

FORMA DE PAGAMENT

El pagament de la contraprestació dinerària de la Concessionària es realitzarà en un sol pagament, una vegada efectuada la recepció de les obres d'urbanització per part del Consorci.

El pagament de la contraprestació en terrenys es produirà en el moment en el que s'inscrigui el projecte de reparcel·lació o l'operació jurídica complementària en el Registre de la Propietat.

II.- DISPOSICIONS RELATIVES AL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE LA GESTIÓ URBANÍSTICA INTEGRADA

REVISIÓ DE PREUS I RISC I VENTURA

En la relació contractual entre el Consorci i la Concessionària no existirà revisió de preus respecte a l'oferta presentada.

III. DISPOSICIONS RELATIVES ALS CONTRACTES DE PERMUTA D'APROFITAMENT MIG PER LA CONSTRUCCIÓ DELS EQUIPAMENTS

OBJECTE DELS CONTRACTES

Constitueix l'objecte d'aquests contractes la permuta, en contractes independents, de part de l'aprofitament mig que correspon al Consorci a canvi de la construcció dels diferents equipaments de l'ARE.

Concretament els contractes de cessió d'aprofitament per obra futura que es celebraran seran els següents:

- Permuta del % d'aprofitament de cessió obligatòria de l'ARE, a canvi de la construcció de l'equipament consistent establerts.

III. DISPOSICIONS RELATIVES ALS CONTRACTES DE PERMUTA D'APROFITAMENT MIG PER LA CONSTRUCCIÓ DELS EQUIPAMENTS

CONDICIÓ SUSPENSIVA DELS CONTRACTES

L'eficàcia dels contractes de permuta, resta supeditada a la condició suspensiva consistent en que, en el termini establert des de l'adjudicació d'aquests contractes, s'hagin produït les condicions següents:

- a) L'aprovació definitiva del projecte de reparcel·lació.
- b) L'aprovació definitiva dels projectes d'urbanització complementaris.

Una vegada complides les condicions anteriors, es concretaran les finques que seran cedides a canvi de cada equipament.

III. DISPOSICIONS RELATIVES ALS CONTRACTES DE PERMUTA D'APROFITAMENT MIG PER LA CONSTRUCCIÓ DELS EQUIPAMENTS

LLIURAMENT DELS EQUIPAMENTS

Una vegada finalitzades les obres de construcció de l'equipament, incloses les referides a l'aparcament, urbanització i jardineria, i essent aquestes susceptibles d'ús i funcionament, immediat, adequat, correcte i total, inclosa la neteja de l'obra, l'Adjudicatària estarà obligada a notificar fefaentment aquesta circumstància al Consorci i als Serveis Tècnics municipals, amb la finalitat que dins el termini màxim dels quinze dies hàbils següents es dugui a terme el lliurament de l'equipament.

IV.- DISPOSICIONS RELATIVES AL PROCEDIMENT DE LICITACIÓ

CONDICIONS DE CAPACITAT PER A CONTRACTAR

Fons propis equivalents al 10% de la inversió prevista per a l'execució de l'obra d'urbanització i la construcció dels equipaments.

Cas que concorrin al present concurs empreses agrupades, aquestes s'hauran de comprometre a constituir, en el termini màxim de quinze dies naturals des de l'adjudicació, una Societat Anònima

Constitució dels Consortcis de les Àrees Residencials Estratègiques.

PTOP



Generalitat de Catalunya
Departament de Política Territorial
i Obres Públiques

PUBLICIDAD DE LAS ACTAS DEL PLENO Y DE OTROS ÓRGANOS COLEGIADOS EN LA WEB CORPORATIVA

Juan Carlos Velasco Parra
Lletrat coordinador
del Servei d'Assessoria Jurídica
Diputació de Barcelona

1. PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA Y PROTECCIÓN DE DATOS.....	1
2. PUBLICIDAD DE LAS SESIONES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS Y DE LOS ACUERDOS CORPORATIVOS EN LA NORMATIVA DE RÉGIMEN LOCAL.....	2
a) publicidad de las sesiones de los órganos colegiados corporativos	2
b) publicidad de los Acuerdos y Resoluciones	3
3. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL	5
a) el artículo 18.4 de la Constitución Española. Configuración del derecho fundamental de protección de datos como derecho autónomo e independiente del de intimidad.....	5
b) ¿Que debemos entender por datos personales?	7
4. POSICIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.....	9
a) Naturaleza de la Agencia de Protección de Datos	9
b) Resolución 596/2003, de 4 de noviembre	10
5. POSICIÓN DE LA AGENCIA CATALANA DE PROTECCIÓN DE DATOS	12
a) La Recomendación 1/2008.....	12
b) Informe 4/2008 (también el 13 y 15/2008, y el 36/2009)	13
6. INICIATIVAS LEGISLATIVAS PROYECTADAS	14
7. LÍMITES A LA HABILITACIÓN LEGAL DEL ART. 70.1 LRBRL.....	15
a) naturaleza del medio de difusión como circunstancia a ponderar en la resolución de conflictos de derechos fundamentales	15
b) el principio de calidad y el de proporcionalidad en la publicación de información administrativa	15
c) el modelo actual de acceso a los archivos y registros públicos	17
8. CRITERIOS PROPUESTOS PARA PERMITIR LA PUBLICACIÓN DE LAS ACTAS PLENARIAS EN LA WEB INSTITUCIONAL	19

1. PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA Y PROTECCIÓN DE DATOS

No nos ofrece duda alguna el derecho de los ciudadanos a la información administrativa y a la participación en los asuntos públicos, que se configura como un derecho fundamental previsto en el art. 23.1 de la Constitución Española (en adelante CE), y el correlativo deber de las Administraciones Públicas de hacerlo efectivo.

En ocasiones, es la propia norma la que prevé en qué supuestos debe la Administración facilitar una determinada información, y en otras, es la propia Administración la que por propia iniciativa, de oficio, decide publicitar una determinada información sin que exista una norma que lo exija

expresamente. Es éste último caso el de las actas de las sesiones de los órganos colegiados, y en especial de las sesiones de los Plenos municipales.

Convendremos en que con esa iniciativa el Ayuntamiento realiza un ejercicio de transparencia y si quiere de responsabilidad política, pues lo que se persigue es que ciudadanos conozcan los asuntos que se tratan, las deliberaciones de los miembros electos, el sentido de su voto y en definitiva qué hace el Ayuntamiento. Ahora bien, habrá que tener en cuenta si confluyen derechos o intereses, también de rango constitucional, que hayan de ser objeto de protección y con el que por tanto se pueda plantear una colisión de derechos, como ocurre aquí con el derecho fundamental a la protección de datos personales.

La publicación en la página web institucional de una información que contenga datos de carácter personal (si no los contiene, no se producirá colisión alguna) supone una cesión masiva de datos, es decir, un tratamiento de datos que ha de quedar sometido a los principios y garantías establecidos en la normativa de protección de datos personales.

Por tanto, cuando se plantea la publicación del acta de una sesión plenaria que contiene datos personales se produce un conflicto de derechos constitucionales: el derecho de acceso y de participación en los asuntos públicos, de un lado, y el de protección de datos, de otro lado.

Y la manera de conciliar dichos derechos pasará por permitir la publicación con el menor nivel de injerencia posible en la protección de datos, sin que la publicación pierda su finalidad. Aunque esto que es fácil decir, no lo es tanto a la hora de llevarlo a la práctica, donde se han generado en estos últimos años ciertas tensiones entre diferentes agentes del mundo local y la Agencia Catalana de Protección de Datos, a que luego haremos referencia.

Una de las claves para poder resolver el conflicto, es partir de la idea siguiente: no se trata de limitar el acceso a información pública porque exista un interés propio de la Administración, sino porque es necesario proteger los derechos de las personas; los datos personales no son de la Administración Pública, que no es titular del derecho fundamental a la protección de datos personales, sino que son de los ciudadanos.

Y otra es ser conscientes de la naturaleza del medio de difusión ante el que nos encontramos: Internet. La Administración ha pasado, por un lado, a publicar en Internet lo que antes hacía en un tablón de anuncios¹, y por otro lado, sigue enviando al boletín oficial una información que antes en papel a los pocos días no era localizable y se restringía a un ámbito territorial, y ahora se encuentra fácil, permanente y universalmente accesible a través de los buscadores de Internet.

En definitiva, este trabajo no tiene otra intención que establecer unas reglas o criterios generales, o de fundamentos, para resolver este conflicto de derechos fundamentales, pero seguramente en no pocas ocasiones ello no va a evitar la necesaria valoración de las circunstancias del caso concreto para decantar la prevalencia de uno u otro derecho.

Por lo demás, esencialmente haremos referencia a las actas del Pleno de los Ayuntamientos, si bien todo cuanto se diga aquí será aplicable a las actas de otros órganos colegiados de entes locales cuyas sesiones sean públicas.

2. PUBLICIDAD DE LAS SESIONES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS Y DE LOS ACUERDOS CORPORATIVOS EN LA NORMATIVA DE RÉGIMEN LOCAL

a) publicidad de las sesiones de los órganos colegiados corporativos

Sobre la publicidad de las sesiones de los diferentes órganos que, sea de forma preceptiva o facultativa, puedan formar parte de la organización corporativa, es especialmente claro el art. 156

¹ Según el art. 12 de la Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante LAECSP) “La publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deban publicarse en el tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo competente”.

del Texto Refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril (en adelante LMRLC).

Así, las sesiones del Pleno serán públicas, excepto que por mayoría absoluta de los miembros electos se declare el secreto del debate y la votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen de determinadas personas. En el mismo sentido, el art. 70.1 de la Ley 7/1985, de 4 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante LRBRL), y los arts. 88 y 227.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante ROF).

Son igualmente públicas las sesiones de los órganos de participación² (art.156.2 LMRLC).

Y en cuanto a las sesiones de la Junta de Gobierno Local, el precepto establece que no son públicas (apartado 1 in fine), como también prevén los arts. 70.1 segundo párrafo de la LRBRL y 113.1 b) y 227.2 ROF, sin perjuicio de la publicidad y comunicación a la Administración estatal y a la autonómica de los acuerdos adoptados, y de la remisión de una copia del acta a todos los miembros de la Corporación.

Por otra parte, tampoco son públicas las sesiones de las Comisiones Informativas, sin perjuicio de la posibilidad de convocarse sólo a los efectos de escuchar o recibir informe con relación a un asunto concreto a representantes de determinadas asociaciones o entidades interesadas (art. 227.2 ROF).

Sí podrán ser públicas, en cambio, las sesiones del resto de órganos complementarios que puedan prever los reglamentos orgánicos municipales en los términos que establezca la legislación, la reglamentación o el correspondiente acuerdo plenario por el que se rijan (art. 227.3 ROF).

Pues bien, de todas las sesiones se ha levantar acta, entendida como documento donde se recoge el debate y la votación de los acuerdos, además de la parte dispositiva o resolutive de estos acuerdos. Una vez aprobadas, se han de transcribir en el Libro de Actas correspondiente, autorizándola con las firmas del alcalde o presidente y del secretario (arts. 110 y 111 LMRLC, y 109 ROF).

Ciertamente, el acta tiene la consideración de instrumento público solemne³, pero no se prevé su difusión ni su exposición pública. Sin embargo, también hay que decir que la cuestión de su publicación sí está siendo objeto, al menos en Cataluña, de iniciativas en forma de proyectos legislativos que se están llevando a cabo desde el Govern de la Generalitat, en el sentido que más adelante se expondrá. Podemos si acaso adelantar ahora que existe una clara voluntad del legislador de destacar el carácter público de las actas y de promover la publicación de las actas del Pleno en la web municipal, pero también es su voluntad que ello se haga teniendo en cuenta los principios y garantías de la normativa de protección de datos y la de protección del derecho al honor y a la intimidad.

b) publicidad de los Acuerdos y Resoluciones

Cuestión diferente al carácter público o no de los órganos colegiados, es la obligación que pesa sobre las Corporaciones locales de publicar o notificar, según los casos, los acuerdos que adopten⁴, establecida en los arts. 70.2 LRBRL, 155.1 TRLMC, y 81.1.g), 196 y 229.2 ROF; obligación que alcanza tanto los acuerdos del Pleno como los que adopta la Junta de Gobierno, con independencia de que las sesiones hayan sido o no públicas.

² Por ejemplo, los órganos de gestión desconcentrada regulados en el art. 61 LMRLC, o los de participación sectorial del art. 62 LMRLC.

³ Art. 52.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; y en el mismo sentido el art. 198 del ROF.

⁴ Esto es, el producto o resultado del debate y de la votación, no el propio contenido del debate y de las deliberaciones.

Así, el art. 70.2 LRBRL establece que “los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley”, mandato que responde al derecho de información y de participación política de los ciudadanos y a la obligación de divulgación de las actividades de la Corporación. También responde al principio más genérico de publicidad de los actos administrativos establecido en el artículo 60.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LRJPAC), a tenor del cual “Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente”⁵. Y, en última instancia, por supuesto al principio de “publicidad de las normas” constitucionalmente garantizado (art. 9.3 CE).

Por su parte, el art. 229.2 ROF va un poco más allá al exigir que la Corporación, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, (...) dará publicidad resumida del contenido de las sesiones plenarias y de todos los acuerdos del Pleno y de la Comisión de Gobierno, así como de las resoluciones del Alcalde y las que por su delegación dicten los Delegados”. Ciertamente, aquí el ROF hace referencia a la publicación de un resumen o extracto del contenido de las sesiones plenarias, si bien ello no significa que se haya de dar publicidad al texto íntegro de las actas de dichas sesiones, simplemente habla de un resumen o extracto del contenido de la sesión.

c) publicación potestativa de las actas de los órganos de gobierno y protección de datos personales

No obstante lo que se acaba de exponer, cabe cuestionarse si el Ayuntamiento, aunque no haya un mandato legal de publicación de las actas, tiene la facultad de publicar de oficio y por iniciativa propia las actas del Pleno, o las correspondientes a la Junta de Gobierno, en la web corporativa.

Ya habíamos adelantado que el principal obstáculo lo constituye el hecho de que las actas contengan datos de carácter personal, cuya difusión pública pueda afectar a derechos fundamentales como el de protección de datos personales, el del honor, la intimidad personal o familiar y la propia imagen de determinadas personas.

Respecto de las actas de la Junta de Gobierno (o de otros órganos colegiados municipales cuyas sesiones no sean públicas), si las sesiones no son públicas la consecuencia coherente es negar dicha facultad. Si se elimina la posibilidad de que los ciudadanos asistan a los debates y la votación de los asuntos, con mayor motivo se tendrá que evitar su difusión.

Si un ciudadano quiere acceder a su contenido, se tendrá que estar al régimen legal de acceso, archivos y registros de la Corporación establecido en el art. 155.2 LMRLC y, respecto de archivos y registros administrativos en general, en el art. 37 LRJPAC. Como dice la Agencia Catalana de Protección de Datos en varios de sus dictámenes (por todos, el 4/2008) “sólo podrán tener acceso a las actas de la Junta de Gobierno aquellas personas que estén legitimadas de acuerdo con la legislación aplicable. A estos efectos, habrá que tener presente el régimen de acceso del artículo 37 de la LRJPAC”.

Ahora bien, en la práctica esta restricción perderá cierto sentido en tanto que el contenido de las actas va a coincidir prácticamente con el contenido de los acuerdos que se adoptan, que como hemos visto sí son objeto de publicación.

Por lo que hace referencia a las actas del Pleno, es donde se plantea la necesidad de conciliar la loable intención del Ayuntamiento de cumplir el principio de transparencia administrativa con los valores que protege la normativa de datos personales.

⁵ Si bien, la propia LRJPAC prevé en el artículo siguiente, el 61, como facultad del órgano administrativo que corresponda, la siguiente: “Si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento”.

La primera idea que hemos de tener en cuenta es que la publicación de información que contenga datos personales a través de boletines oficiales o de páginas web en Internet supone un tratamiento de datos personales, esto es, una operación o procedimiento técnico que permite la cesión de tales datos en el sentido apuntado por el artículo 6.c) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante LOPD)⁶.

Por tanto, lo que se protege no son los datos en sí mismos, sino en cuanto son objeto de cesión o tratamiento. Si la publicación supone un tratamiento masivo de información, o una cesión indiscriminada de datos personales sin cesionario conocido, habremos de saber cuál es el significado del derecho fundamental de protección de datos.

3. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL

a) el artículo 18.4 de la Constitución Española. Configuración del derecho fundamental de protección de datos como derecho autónomo e independiente del de intimidad

El artículo 18.4 CE reza lo siguiente: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Este precepto se encuentra situado en la sección que contiene la declaración de derechos fundamentales y libertades públicas, y viene a desarrollar distintos aspectos en mayor o menor medida vinculados a la intimidad de las personas (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones).

Este encaje sistemático ha determinado que el derecho a la protección de datos, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, haya venido encuadrado dentro de las manifestaciones del derecho a la intimidad, si bien, como luego veremos, el Tribunal Constitucional lo ha consagrado como derecho fundamental autónomo y diferente del derecho a la intimidad⁷.

Fue la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) la que en primer lugar acertó a destacar que intimidad y protección de datos no tienen por qué ir necesariamente unidos, y hablaba del término privacidad como ámbito susceptible de sufrir amenazas potenciales antes desconocidas como consecuencia del progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a ellos. Venía a reconocer que el concepto de privacidad era más amplio que el de intimidad, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad, sean o no íntimas.

⁶ Lo define como aquellas “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”; criterio que ha sido confirmado por la jurisprudencia, así la **Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante SAN) de 17 de marzo de 2007**, señala que “[...] un sitio web exige siempre cualquiera que sea su finalidad una organización o estructura que permita el acceso a la información en él contenida por terceros. Cumpliría así la primera de las exigencias de un fichero, la estructural y organizativa. Pero es que además, y esto es obvio, el sitio web XXX contuvo datos de carácter personal, precisamente los referidos al denunciante, que fueron difundidos a través de dicho sitio, lo que supone tratamiento [...]. Si hubo tratamiento de datos de carácter personal consistente en la incorporación y difusión de éstos desde una estructura organizada (fichero) como era el sitio Web, es indudable que el régimen de protección contenido en la Ley Orgánica 15/1999 es plenamente aplicable, sin que altere la anterior conclusión el hecho de que los datos tratados se refieran a una sola persona pues la ley no exige en ningún caso la existencia de una pluralidad de personas afectadas para que podamos hablar de tratamiento y fichero...”.

⁷ El derecho a la intimidad se garantiza como tal derecho en el apartado 1 del art. 18 CE, a tenor del cual “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Ahora bien, sea intimidad o privacidad el bien protegido, lo cierto es que ha resultado bastante habitual (tanto por el legislador como por la doctrina) considerar que el derecho fundamental a la protección de datos tiene por misión la garantía jurídica de esa intimidad o privacidad individual, de modo que su objeto no son los datos personales, sino ese ámbito de vida privada que se preserva de la curiosidad o injerencia ajenas mediante el control que ejerce la persona sobre los datos relativos a esa privacidad. Dicho en otras palabras: que la protección de datos personales resultaba ser un mero instrumento para la salvaguardia de un bien jurídico distinto, la privacidad o vida privada.

La cuestión que se planteaba era la siguiente: ¿se trata de una especie dentro del género representado por el derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1, o más bien un derecho fundamental autónomo contenido en el art. 18.4 CE?. Por una parte, la literalidad del 18.4 parece acoger la segunda tesis, ya que la protección de datos es la garantía del pleno disfrute de cualquier derecho de la persona, no sólo del derecho a la intimidad o a la privacidad (“... y el pleno ejercicio de sus derechos”). Y de otra parte, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional así lo ha confirmado, no sin antes mostrar cierto titubeo.

En efecto, el Tribunal Constitucional abordó la protección de datos personales desde la perspectiva constitucional como un derecho fundamental autónomo diferenciado del derecho a la intimidad en la STC 254/1993, de 20 de julio. Si bien, ha sido fundamentalmente la Sentencia número 292/2000, de 30 de noviembre, del Pleno⁸, la resolución más relevante de las dictadas por el Alto Tribunal en materia de protección de datos y donde ha definido el contenido del nuevo derecho fundamental a la protección de datos del art. 18.4 CE.

Viene a decir que el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales tienen objeto y ámbitos normativos distintos. Con el derecho a la intimidad, se protege el poder de disposición del individuo respecto de la información relativa a su persona; es el poder jurídico de decisión sobre quien puede acceder a la información relativa a uno mismo o a su familia. En palabras de la STC 292/2000, “la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad”. O en palabras de la STC 142/1993, “El atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”.

Sin embargo, el objeto del derecho a la protección de datos no es la intimidad así entendida, es decir, la libre decisión individual sobre lo que los demás pueden saber de uno, sino el dato personal, esto es, la propia información relativa a la persona, sea o no íntima. En suma, lo que ampara el derecho fundamental a la protección de datos personales no es la privacidad individual o familiar, o el carácter reservado, confidencial o secreto del dato personal, sino el pleno control del individuo sobre el uso y destino de la información relativa a su persona, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado.

Por tanto, el dato personal no es un mero instrumento de garantía de la intimidad, sino el objeto de un derecho fundamental autónomo. Y como tal, aparece dotado de un contenido esencial que la STC 292/2000 se encarga de definir como el poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuales de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar.

Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, sea el Estado o un particular; y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y uso.

⁸ Esta STC vino a resolver un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra los incisos de los artículos 21.1, 24.1 y 24.2 de la LOPD, por vulneración de los artículos 18.1 y 4 y 53.1 de la CE.

Finalmente, la STC 292/2000 destaca que el derecho fundamental a la protección de datos es un derecho de configuración legal, esto es, un derecho para cuya plena eficacia es indispensable la intervención del legislador. La CE (y la jurisprudencia constitucional), como hemos visto, establece un contenido mínimo o esencial que vincula al propio legislador, pero es a éste a quien corresponde delimitar su objeto, contenido y límites.

Y es ésta la función que vino a ejercer la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante LOPD) que, a tenor de su artículo 1, tiene por objeto garantizar y proteger, en lo relativo al tratamiento de datos personales en cualquier ámbito de actuación, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y especialmente del derecho del honor y la intimidad personal y familiar.

Como vemos, el precepto de la LOPD habla de la protección, en lo relativo al tratamiento de datos, de las libertades y derechos de las personas físicas y en especial -por tanto no únicamente-, el derecho al honor y a la intimidad.

b) ¿Que debemos entender por datos personales?

La LOPD define el concepto de datos personales en su artículo 3 letra a), en términos muy amplios, cuando considera como tales “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”; definición que se completa con la prevista en el artículo 5.1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley Orgánica, que considera datos de carácter personal “Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

Por tanto, hablamos siempre de personas físicas, no de personas jurídicas.

Nombre, apellidos y domicilio son los datos personales por excelencia. También lo son los que el art. 7 LOPD considera como especialmente protegidos: los que revelan la ideología, afiliación sindical, religión o creencias de una persona, o los que hacen referencia al origen racial de la persona, a su salud o vida sexual.

En aquellos supuestos en que pueda resultar más dudoso si el dato hace o no identificable a la persona física, resulta muy útil como criterio general el reseñado por el informe 182/2008 del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD), que a su vez invoca la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, de 8 de marzo de 2002, a tenor del cual “para que exista un dato de carácter personal (en contraposición con dato disociado⁹) no es imprescindible una plena coincidencia entre el dato y una persona concreta, sino que es suficiente con que tal identificación pueda efectuarse sin esfuerzos desproporcionados¹⁰”; añadiendo que “para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona”.

Sin perjuicio de muchos otros y sin ánimo de ser exhaustivo, también son datos personales más comunes los siguientes:

- Dirección de correo electrónico

A él se refiere la Resolución 1317/2007 de la AEPD, que diferencia dos supuestos: el primero de ellos, cuando voluntaria o involuntariamente la dirección de correo electrónico contenga información sobre su titular, pudiendo esta información referirse tanto a su nombre y apellidos como a la empresa en que trabaja o su país de residencia, en cuyo caso no hay duda de que la dirección de correo está identificando de forma directa al titular de la cuenta, por lo que, en todo caso dicha dirección ha de ser considerada como dato de carácter personal.

⁹ Es dato disociado aquel que no permite la identificación de un afectado o interesado [art. 5. e) LOPD]; y será procedimiento de disociación todo tratamiento de datos personales que permita la obtención de datos disociados [art. 5. p) LOPD].

¹⁰ El subrayado es nuestro.

En un segundo supuesto, la dirección de correo no parece mostrar datos relacionados con la persona titular de la cuenta (por referirse, por ejemplo, el código de cuenta de correo a una denominación abstracta o a una simple combinación alfanumérica sin significado alguno). Pues incluso aquí, la dirección de correo aparecerá necesariamente referenciada a un dominio concreto, de tal forma que podrá procederse a la identificación del titular mediante la consulta del servidor en que se gestione dicho dominio, sin que ello pueda considerarse un esfuerzo proporcionado por parte de quien procede a la identificación.

- Matrícula de vehículos

La Resolución 1722/2008 de la AEPD considera que la identificación del titular del vehículo a través de la matrícula no existe esfuerzos o plazos desproporcionados, por lo que el tratamiento tal dato habrá de ser considerado como tratamiento de un dato de carácter personal.

- Documento Nacional de Identidad

Resulta interesante al respecto la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, de 27 de octubre de 2004, por la que se confirmó la sanción impuesta a una empresa de telefonía por infracción del principio de calidad del dato al haber dado de alta una incidencia en un registro de morosos haciendo constar un DNI que no se correspondía con el del verdadero deudor. Dicha empresa de telefonía negaba que el DNI por sí solo fuera un dato de carácter personal, ya que según su criterio no identificaba a la persona. El Tribunal estima que el número de DNI erróneamente cedido que permitió en aquel caso identificar a la persona equivocada, que después denunció el hecho ante la AEPD, tiene perfecto encaje en la definición legal de dato personal.

c) Régimen de la cesión o comunicación de datos personales en la LOPD y su aplicación al caso estudiado

Como regla general, la cesión o comunicación de datos a terceros requerirá del consentimiento del afectado (artículos 6 y 11 LOPD). Ahora bien, no será preciso tal consentimiento en los supuestos que prevé el art. 11.2 LOPD, siendo de especial relevancia en lo que aquí interesa, los regulados en las letras a) y b):

“El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una ley.

b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.

(...)”.

En cuanto a la primera excepción, aplicada al supuesto de las actas del Pleno, significa que, no obstante no preverse legalmente su publicación, si el acta contiene datos personales respecto de los que una norma con rango de ley habilita su cesión o comunicación, no habrá obstáculo para la publicación también del acta, y no sólo del acuerdo o resolución. Después veremos cuáles pueden ser estos supuestos.

Por lo que respecta a la segunda excepción, la propia LOPD [art. 3.j)] define las fuentes accesibles al público como aquellos “ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencias que, en su caso, el abono de una contraprestación”. Tienen la consideración de fuentes accesibles al público dentro de las Administraciones Públicas, a cuyos efectos ahora nos interesa: las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales –es decir, listines de los Colegios Profesionales- y los diarios y boletines oficiales (art. 7 del Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en adelante RLOPD).

Por tanto, no tiene tal consideración la sede electrónica de las instituciones públicas¹¹.

¹¹ Tampoco la tienen los diferentes registros públicos, donde el acceso a la información administrativa existente en los mismos se rige tanto por la LOPD como por sus disposiciones específicas, manteniéndose la LOPD como regulación supletoria expresamente en el caso del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes (art. 2.3 LOPD). En cuanto al Registro de la Propiedad, el art. 222.6 de la Ley Hipotecaria establece que los registradores “*al calificar el contenido de los asientos registrales, informarán y*

Ello quiere decir en el caso que nos ocupa que, si los datos que contiene el acta son recogidos del Boletín Oficial de la Provincia, tampoco habrá obstáculo para su publicación en Internet.

Pues bien, en este punto resulta interesante una reflexión sobre este régimen de excepciones a la necesidad de consentimiento para ceder los datos, suscitada por las previsiones de la Directiva Comunitaria 95/46/CE¹² –de la que la normativa española es transposición-. Se suele ser reprochar al legislador estatal su visión restrictiva del principio de transparencia administrativa, al no haber aprovechado las posibilidades de dicha Directiva en tanto que establece unas excepciones más amplias al consentimiento del interesado que facilitan el acceso a tratamientos de datos personales que obran en la Administración Pública y permiten materializar aquel principio¹³.

En esencia, dicho régimen de excepciones comunitario viene a significar la facultad del órgano administrativo de ponderar en cada caso los derechos e intereses a los efectos de legitimar un tratamiento de datos sin consentimiento del titular; pero lo cierto es que ello se aviene mal con la concepción estricta que la jurisprudencia constitucional española ha mantenido, según lo visto, de la reserva de ley en esta materia. Si se interpretara que la mera voluntad de un órgano administrativo puede excepcionar el consentimiento del interesado para la cesión, supondría seguramente vaciar de sentido la exigencia de habilitación legal del art. 11.1 a) y estaría en contradicción con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Es cierto que estos principios de la Directiva sí han sido incorporados a las legislaciones de distintos países europeos para facilitar el acceso a la información pública, pero no es menos cierto que lo han sido esencialmente en los casos de Estados nórdicos (Finlandia, Dinamarca o Suecia), dotados de una amplia tradición de transparencia administrativa.

Pero, en fin, aquí el legislador ha optado por prever unos supuestos tasados, que aplicados al caso que ocupa nos lleva a una primera conclusión y es que se podrá exponer públicamente un acta del Pleno que contenga datos personales si se cuenta con el consentimiento del afectado¹⁴, o si una norma con rango de ley lo autoriza, o si tales datos son recogidos de una fuente accesible al público.

4. POSICIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

a) Naturaleza de la Agencia de Protección de Datos

La Agencia de Protección de Datos se configura como un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, y que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones (art. 35.1 LOPD).

velarán por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos de carácter personal". La LOPD tiene dentro de su ámbito de aplicación todo tipo de datos, incluso aquellos que sean públicos o se encuentren sometidos a un régimen específico de publicidad. Por tanto, los registros públicos, al ser un tratamiento de datos personales, deben respetar todos los principios y todos los derechos de protección de dichos datos.

¹² Es la Directiva del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹³ Así, la Directiva considera legítimos los tratamientos sin consentimiento del interesado cuando sea necesario *"para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento"*, *"para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos"*, o cuando *"es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos o libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva"* [art. 7. c), e) y f)].

¹⁴ El règim d'obtenció del consentiment està regulat en els articles 12 a 17 del RLOPD.

En los expedientes sancionadores instruidos por la Agencia, la sanción consiste generalmente en una multa, pero tratándose de infracciones cometidas por Administraciones Públicas el art. 46 LOPD prevé un régimen específico, de manera que la resolución del Director de la Agencia establecerá “las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción”, y podrá proponer también “la iniciación de actuaciones disciplinarias, si procedieran”, añadiendo que “El procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario de las Administraciones Públicas”.

Por lo demás, las resoluciones del Director de la Agencia en materia sancionadora agotan la vía administrativa y son susceptibles de recurso contencioso-administrativo, del que conocerá la Sala contenciosa-administrativa de la Audiencia Nacional por indicación del apartado 5 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa.

b) Resolución 596/2003, de 4 de noviembre

En esta Resolución, la AEPD establece que ha quedado acreditado el acceso sin ningún tipo de restricción a través de la página web de un Ayuntamiento de la provincia de Murcia a los Acuerdos adoptados por la Alcaldía (no a las actas de los órganos colegiados) que recogían el texto íntegro del mismo, con el nombre, DNI y domicilio de todas las personas que intervenían en el asunto sin que se hubiera procedido a la disociación de los datos.

Es cierto que la AEPD comprueba que los Acuerdos que más frecuentemente contienen datos personales son los relativos a:

aquellos adoptados en base a la tramitación de expedientes sancionadores;

los adoptados resolviendo expedientes promovidos por las diferentes solicitudes presentadas por los vecinos;

resoluciones en materia de personal del Ayuntamiento.

En el seno del expediente que se tramita ante la Agencia, el Ayuntamiento invoca los artículos 69 LRBRL15 y el artículo 229 ROF.

Por su parte, la AEPD, aun admitiendo que la normativa citada establece obligaciones de información pública a las Corporaciones Locales, mantiene que éstas han de coheretarse con las previsiones legales que limitan el acceso a la información contenidas en la propia LRBRL (art. 70.316) y en los artículos 35 y 37 de la LRJPAC, donde se establecen limitaciones para el acceso a archivos y registros públicos.

Además, invoca el artículo 7.5 LOPD, que califica como especialmente protegidos los datos personales relativos a la comisión de infracciones administrativas y el art. 10 LOPD que impone el deber de secreto respecto de la información de tal naturaleza.

Concluye estableciendo que las previsiones de la LOPD no pueden quedar enervadas por las obligaciones legales de carácter genérico alegadas por el Ayuntamiento, ya que tal criterio no sería acorde con la jurisprudencia constitucional relativa al derecho fundamental a la protección de datos, citando expresamente la STC 292/2000, de 30 de noviembre. Finalmente, considera que existe una infracción grave de la LOPD y requiere al Ayuntamiento para que adopte las medidas de orden interno que impidan que en el futuro pueda producirse una nueva infracción, con la advertencia de que de no hacerlo la Agencia podrá inmovilizar el fichero.

Pues bien, lo que aquí está diciendo la Agencia es que los Acuerdos y Resoluciones que contengan datos de carácter personal no se pueden publicar en la página web, destacando, eso

¹⁵ Este precepto establece que “Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local”.

¹⁶ Establece la protección de la intimidad como justificación, siempre motivada, para denegar o limitar el acceso a los acuerdos de las corporaciones locales y a sus antecedentes, y también a los archivos y registros de la corporación.

sí, que en especial no lo podrán ser los que resuelvan expedientes sancionadores, en materia de personal o en solicitudes presentadas por los vecinos.

Olvida obviamente que la normativa de régimen local, como ya se ha visto, ordena la publicación de determinados Acuerdos corporativos.

c) Informe del Gabinete Jurídico núm. 0660/2008 (también el 526/2009, y el 202/2009)

Ante la cuestión de si pueden incluirse en la página web del Ayuntamiento las actas de las sesiones plenarias, dice que a esta cuestión se ha referido la Agencia en diversos informes, por todos ellos el de 20 diciembre de 2004 al que se remite.

Comienza diciendo que "(...) la publicación en internet de los datos contenidos en las actas de los Plenos y Juntas de Gobierno del Ayuntamiento constituye una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 j) de la Ley Orgánica 15/1999 como "Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado".

Señala a continuación la regla general de la necesidad de consentimiento del afectado para la cesión de los datos, y la excepción: no será necesario el consentimiento de los afectados cuando la comunicación se encuentre amparada por una norma con rango de ley [artículo 11.2 a)] o cuando se refiera a datos incorporados en fuentes accesibles al público [artículo 11.2 b)].

Seguidamente, respecto de la publicidad de las actividades municipales, invoca el artículo 70 LRBRL, en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, precepto que transcribe íntegramente, y que ahora reproducimos parcialmente en aquello que interesa:

"1. Las sesiones del Pleno de las corporaciones locales son públicas. No obstante, podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta.

No son públicas las sesiones de la Junta de Gobierno Local.

2. Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley (...)"

Pues bien, afirma la Agencia que del tenor del precepto transcrito se desprende que la Ley determina la publicidad del contenido de las sesiones del Pleno, y en ningún caso de la Junta de Gobierno, añadiendo el régimen de publicación en los Boletines Oficiales de los acuerdos adoptados.

Partiendo de estas premisas, concluye de la siguiente forma: "De este modo, únicamente sería conforme con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 la comunicación de datos, mediante su inclusión en Internet, cuando dichos datos se refieran a actos debatidos en el Pleno de la Corporación o a disposiciones objeto de publicación en el correspondiente Boletín Oficial, dado que únicamente en estos supuestos la cesión se encontraría amparada, respectivamente, en una norma con rango de ley o en el hecho de que los datos se encuentran incorporados a fuentes accesibles al público

En los restantes supuestos, y sin perjuicio de lo dispuesto en otras Leyes, la publicación únicamente sería posible si se contase con el consentimiento del interesado¹⁷ o si los datos no pudieran en ningún caso, vincularse con el propio interesado (...)"

Como se ve, el criterio es muy diferente al mantenido en la Resolución 596/2003, y viene a significar en la práctica que el art. 70.1 LRBRL establece una habilitación legal genérica para la publicación de las actas, en tanto que las sesiones son públicas. Eso es lo que parece desprenderse de la expresión "cuando dichos datos se refieran a actos debatidos en el Pleno de la Corporación (...) dado que (...) en estos supuestos la cesión se encontraría amparada (...) en una norma con rango de ley", ley que no puede ser otra que la citada Ley de Bases, pues en un Pleno esencialmente se hace eso, debatir, deliberar, votar y adoptar acuerdos, de manera que cuesta ver qué otros "restantes supuestos" son aquellos en que los datos no pueden publicarse

¹⁷ El subrayado y la negrita son nuestros.

sin consentimiento del afectado. Podríamos situar aquí aquellos supuestos en los que en el Pleno se da cuenta de determinados Acuerdos adoptados por el presidente de la Corporación que ni van a ser debatidos ni la norma prevé la publicación del mismo.

5. POSICIÓN DE LA AGENCIA CATALANA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Al igual que la AEPD, la Agencia Catalana de Protección de Datos (en adelante APDCAT) se configura como una autoridad administrativa independiente, designada por el Parlamento, que vela por la garantía del derecho a la protección de datos personales en este caso en el ámbito de las competencias de la Generalitat. Fue creada por la Ley 5/2002, de 19 de abril, y cuenta con un Estatuto aprobado por el Decreto 48/2003, de 20 de febrero.

Las resoluciones que en materia sancionadora adopte el Director de la APDCAT agotan la vía administrativa (art. 17.2 Ley 5/2002), y son susceptibles de recurso contencioso administrativo del que conocerá la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

a) La Recomendación 1/2008

Esta Recomendación no nace con la vocación de innovar el ordenamiento jurídico, sino con la de recordar los principios aplicables más relevantes en la difusión de información a través de internet, y en concreto dar unas pautas de actuación para los problemas detectados cuando se difunden datos de carácter personal a través de las webs y las sedes electrónicas de las Administraciones Públicas de Cataluña, y también en la publicación en diarios y boletines oficiales de Cataluña.

a.1) Por una parte, podríamos destacar los siguientes principios o criterios generales [que luego nos servirán de parámetro para el supuesto específico que nos ocupa en este trabajo]:

Internet y la sede electrónica de las instituciones públicas no tienen, por sí mismas, la consideración de fuentes accesibles al público.

Recomienda a las entidades responsables de los ficheros que contengan datos personales, llevar a cabo un análisis previo de la información que se pretende difundir, para evitar que tal difusión que contenga aquellos datos fuera de los supuestos legalmente previstos.

Se publicará la información que sea idónea y imprescindible para conseguir la finalidad perseguida, evitando dar publicidad a datos excesivos o innecesarios (principio de calidad), lo que implica también que la difusión de los datos sea delimitada temporalmente al período de tiempo necesario para conseguir la finalidad que justifica la publicación.

En los supuestos en que no se cuente con una cobertura legal que justifique la publicación, o en aquellos en que se pueda conseguir la finalidad perseguida sin la publicación de datos de carácter personal, se recomienda valorar la posibilidad de hacer la difusión de manera anonimizada (indicando a los interesados cómo pueden acceder al contenido completo del acto o de la información), o bien utilizar un sistema de acceso restringido.

Informar de la posibilidad del ejercicio, por parte del titular de los datos, de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos personales objeto de difusión, la forma que pueden ejercerse y el órgano ante el que se puede hacer (son los derechos llamados de habeas data), para que la persona pueda ejercer un control efectivo de los mismos que, recordemos, es la esencia del derecho fundamental a la protección de datos.

a.2) Por otra parte, dedica un apartado específico, entre otros supuestos, a la difusión de las actas de las sesiones de órganos colegiados.

Dispone que, sin perjuicio del régimen legal aplicable a la publicación de los actos y acuerdos que se adopten, respecto de las sesiones (que normalmente son públicas) de tales órganos “hay que evitar la difusión cuando contenga datos de carácter personal diferentes a la identificación de los miembros que formen parte de los mismos, del funcionario que levanta acta de la sesión o de las otras personas que intervienen por razón del cargo, excepto que una ley lo autorice”; faltaría aquí añadir que y salvo que los datos sean recogidos de una fuente accesible al público.

b) Informe 4/2008 (también el 13 y 15/2008, y el 36/2009)

b.1) vinculación entre publicidad de las actas y régimen de acceso a los archivos y registros corporativos

Aquí la Agencia parte de reconocer, como ya lo hizo la Resolución 596/2003 de la AEPD, que las Corporaciones Locales han de facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de los ciudadanos en la vida local (art. 69.1 LRBRL y art. 154.1 LMRLC).

Ahora bien, esta previsión genérica aparece matizada por la propia LMRLC (art. 155.2) cuando dispone la necesidad de que para obtener copias de los acuerdos corporativos y de sus antecedentes es necesario acreditar la condición de interesado en el procedimiento¹⁸; que para consultar la documentación, los archivos y los registros corporativos, es necesario que la documentación tenga la condición de pública o se acredite un interés directo en el asunto (salvo que se trate de documentación histórica); y que el acceso de los ciudadanos a la documentación municipal queda limitado en todo aquello que afecte a la intimidad de las personas (art. 155.3 LMRLC).

E, inevitablemente, como también hizo la Resolución 596/2003 de la AEPD 596/2003, esta limitación no es sino una manifestación en materia de régimen local del régimen general del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos reconocido en el art. 105. b) CE y desarrollado de manera limitada por el legislador en el art. 37 de la LRJPAC19.

Se podría decir, arguye, que el acceso a la documentación municipal no se configura como un derecho absoluto, sino que su ejercicio queda sometido a la previa acreditación de un interés legítimo. No se trata, en definitiva, de un acceso a una publicidad generalizada, sino limitada a unos supuestos concretos.

Viene a considerar que las actas, en efecto tienen la consideración de instrumento público solemne, pero no dejan de ser, dice, “un documento municipal y, como tal, estarán sometidas al régimen de acceso a los documentos administrativos previsto en la normativa aplicable”, de manera que si el ciudadano quiere conocer el contenido de las actas de los órganos colegiados deberá someterse a los requisitos previstos en los citados art. 155.2 LMRLC y art. 37 LRJPAC.

En base a ello, concluye la Agencia que no tendría sentido establecer un sistema que requiera acreditar un determinado interés para acceder a la documentación de un expediente y a la vez permitir que las actas de las sesiones donde sea debatido aquel asunto sean expuestas al público de forma indiscriminada.

b.2) posibilidad de publicar las actas en la web municipal anonimizando los datos personales

En línea con lo apuntado por la Recomendación 1/2008, la APDCAT recuerda que, no obstante lo dicho anteriormente y con la intención de conciliar la transparencia administrativa y la protección de datos personales:

¹⁸ Aquí, como la propia dicción del precepto dice, el concepto de interesado será el que establece la legislación sobre procedimiento administrativo general.

¹⁹ Para tener derecho de acceso a un documento es necesario cumplir los siguientes requisitos conjuntamente: el documento debe formar parte de un expediente que se encuentre en un archivo administrativo; el expediente debe corresponder a un procedimiento; y el procedimiento debe estar terminado.

Establece, además, reglas específicas tales como que “*el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas*” (art. 37.2); cuando se trate de documentos nominativos podrán acceder quienes ostenten un interés legítimo y directo (art. 37.3). O también que el derecho de acceso “*podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección (...) debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada*”.

cabe la posibilidad de difundir el contenido de las actas a través de la web municipal llevando a cabo la anonimización de los datos personales que aparezcan de forma que no hagan identificables a las personas afectadas, o bien que dichos datos se incorporen mediante anexos que no sean objeto de publicación. En estos casos, la difusión por Internet no supone ningún conflicto con la normativa de protección de datos.

que sí se podrán publicar, y no será necesario anonimizar, los nombres, apellidos y el cargo de los concejales de la Corporación y del secretario municipal, y lo argumenta de la siguiente manera: “El carácter electivo de los miembros de la corporación y las funciones que tienen atribuidas llevan aparejada una necesidad de publicidad de su actuación que hace que la inclusión de sus datos en las actas, en tanto que concejales, no plantee problemas desde el punto de vista de la protección de datos a la hora de difundir su contenido”; y el mismo criterio vale para el secretario “en especial por su condición de fedatario público de los actos de la corporación”.

Pues bien, frente al criterio sostenido por la APDCAT se han levantado diversas voces en el mundo local. En ocasiones haciendo una interpretación parcial de este criterio, por ejemplo se ha mantenido que lo dice la APDCAT es que, al tener las actas la consideración de documento administrativo y estar sometido al régimen general de acceso a los archivos y registros administrativos, se imposibilita su publicación en la web corporativa.

Califican esta visión como excesivamente legalista y que contrasta con la realidad de muchos entes locales de Cataluña que publican las actas de las sesiones de sus Plenos, en un ejercicio de transparencia administrativa y de responsabilidad política.

Como ya hemos visto, lo que la APDCAT mantiene es que, en defecto de consentimiento o de autorización legal de la cesión, la publicación ha de ser dissociada, no que quede vedada la publicación.

6. INICIATIVAS LEGISLATIVAS PROYECTADAS

Decíamos anteriormente que la legislación no prevé la publicación o la difusión de las actas del Pleno, pero que sí se habían tomado determinadas iniciativas. Es lo que se está llevando a cabo al menos desde el Govern de la Generalitat, por un lado, con el Anteproyecto de la ley de gobiernos locales de Cataluña viene a establecer que las actas de las sesiones de los órganos colegiados son públicas, y que la publicación del acta en la sede electrónica del ente local ha de velar por el respeto a los derechos protegidos constitucionalmente y en especial la protección de datos, el honor y la intimidad.

Entiendo que no aporta nada nuevo, en tanto que las actas siempre han tenido la consideración de instrumento público solemne; y sí, ciertamente abre la posibilidad de su publicación en la sede electrónica del ente local pero con la cautela de velar por el respeto a otros derechos constitucionales, con lo que el conflicto de derechos sigue en pie.

Y por otro lado, con el Proyecto de Ley del uso de medios electrónicos en el sector público de Cataluña, actualmente en trámite parlamentario, cuando en el apartado segundo del artículo 11, bajo la rúbrica “Información general”, dispone que:

“Las entidades locales han de publicar en la web de la corporación las actas de las sesiones del pleno. En su publicación se tendrán en cuenta los principios y garantías establecidas por la normativa de protección de datos y de protección del derecho al honor y a la intimidad. A estos efectos, se podrán incluir datos de carácter personal sin contar con el consentimiento de la persona interesada, cuando se trate de datos referentes a actos debatidos en el Pleno de la Corporación o a disposiciones objeto de publicación en el correspondiente boletín oficial. En el resto de supuestos, la publicación únicamente es posible si se cuenta con el consentimiento del interesado o los datos no pueden, en ningún caso, vincularse con el propio interesado”.

Nótese que el redactado de este último precepto coincide literalmente con el criterio que exponía la AEPD en el informe de su Gabinete Jurídico núm. 0660/2008 a que antes aludíamos. Esto es, viene a significar una suerte de habilitación legal genérica, si bien siempre teniendo en cuenta los principios y garantías de la normativa de protección de datos.

7. LÍMITES A LA HABILITACIÓN LEGAL DEL ART. 70.1 LRBRL

a) naturaleza del medio de difusión como circunstancia a ponderar en la resolución de conflictos de derechos fundamentales

Ya hemos visto el criterio de los proyectos legislativos, en la línea de lo sostenido por la AEPD: el art. 70.1 LRBRL contiene una habilitación legal genérica para poder publicar las actas del Pleno, sin perjuicio de la existencia de otros supuestos, que no concretan, en que no sería posible la publicación a no ser que se cuente con el consentimiento del afectado.

Los defensores a ultranza del principio de transparencia mantienen que toda información que se encuentra en manos de las Administraciones Públicas se halla en su poder debido a las funciones públicas que realizan, por lo que el interés público siempre existe. Para ellos, en consecuencia, la habilitación legal del 70.1 LRBRL no admitiría excepciones.

Ahora bien, la cuestión es la siguiente, ¿el hecho de que sean públicas las sesiones significa que su difusión a través de la sede electrónica puede ser indiscriminado? A mi juicio, cuando menos admite no pocos matices, esencialmente porque la afectación del derecho de protección de datos puede ser mayor teniendo en cuenta que los motores de búsqueda de Internet, basados en la indexación de los contenidos de diarios oficiales y páginas web, hacen posible la captura masiva de información personal, el establecimiento de perfiles de las personas –con la conexión de datos que aisladamente considerados puede parecer insignificantes-, o la generación de bases de datos privadas. Y además porque la publicación en Internet significa la exposición temporal indefinida de los datos.

Dicho en otras palabras: la publicación en Internet multiplica hasta el infinito la posibilidad de tratamientos e incrementa el nivel de riesgo²⁰. Si el derecho fundamental a la protección de datos surgió para limitar el uso de la informática, se impone adaptar dicho derecho fundamental a los riesgos que suponen los tratamientos masivos de información personal a través de las interconexiones de bases de datos y la publicación de datos personales en Internet.

b) el principio de calidad y el de proporcionalidad en la publicación de información administrativa

En cualquier caso, podrá existir una habilitación legal para el acceso a información o para su publicación que sirva para eludir la necesidad de consentimiento del interesado, pero no para eludir la vigencia del llamado principio de calidad (art. 4 LOPD), que ha de respetar la publicación en tanto que tratamiento o cesión masiva de datos.

El principio de calidad exige que el tratamiento de datos personales sea adecuado, pertinente y no excesivo en relación con la finalidad perseguida por aquella publicación, esto es, que no se han de

²⁰ Las características del medio de difusión viene siendo tenido en cuenta por la jurisprudencia más reciente a la hora de ponderar el conflicto planteado entre determinados derechos o libertades (información, sindical, etc.) y el derecho de protección de datos. Así, la **SAN de 8 de julio de 2009** enjuicia el supuesto en que un sindicato publica en la página web de su sección sindical del Ayuntamiento de Madrid un documento, relacionado con asuntos de personal, en el que aparecen los nombres, apellidos y condición de Agente de movilidad y número de carné profesional del denunciante, sin disponer de su consentimiento; planteado el conflicto entre el derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos, la Sala realiza las siguientes consideraciones: "(...) se publican en una página web en Internet y la publicación en dicha red no es idónea, necesaria ni proporcionada para mantener informados a los trabajadores en aquellas cuestiones que directa o indirectamente puedan repercutir en las relaciones laborales", y continua diciendo: "Si la información en cuestión se hubiera publicado en la intranet corporativa, al a vista de las circunstancias concurrentes, no se habría apreciado vulneración del derecho a la protección de datos". Y concluye con lo siguiente: "a la vista de las circunstancias concretas concurrentes, considera la Sala que el derecho a la libertad sindical se puede satisfacer plenamente sin necesidad de publicar en Internet los datos personales del denunciante, por lo que la citada publicación no puede ampararse bajo el ropaje del citado derecho de libertad sindical"; añadiendo finalmente que "la información publicada carece de relevancia pública e interés general, que son los factores predominantes que toma en consideración el Tribunal Constitucional para otorgar preferencia al derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos constitucionales".

dar datos excesivos o innecesarios. Además, este principio obliga a cancelar la información cuando haya dejado de ser necesaria o pertinente para la finalidad. El problema es que el legislador no prevé esta cancelación.

Como tampoco prevé los concretos datos personales que deben hacerse públicos. Esto obliga a tener especialmente presente la aplicación de otro principio: el de proporcionalidad. Hay que recordar, llegados a este punto, que la propia Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante LAECSP) establece como principio general de la utilización de las tecnologías de la información por parte de las Administraciones Públicas el respeto “al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la LOPD”, indicando también la relevancia del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, la necesidad de que la publicación de datos personales respete el principio de proporcionalidad choca con el hecho de que la Administración ha pasado, por un lado, a publicar en Internet lo que antes hacía en un tablón de anuncios, y por otro lado, sigue enviando al boletín oficial una información que antes en papel a los pocos días no era localizable y se restringía a un ámbito territorial, y ahora se encuentra fácil, permanente y universalmente accesible a través de los buscadores de Internet²¹.

La publicidad permanente es una intromisión continuada en el derecho fundamental a la protección de datos personales. Por ello, los órganos administrativos que ordenan la publicación de una información deberían fijar también el plazo necesario de publicación, transcurrido el cual debe bloquearse y cancelarse²². Y por supuesto adoptar u ordenar las medidas tecnológicas adecuadas para llevarlo a efecto.

Esto no ocurre únicamente con los boletines oficiales, que como ya ha quedado dicho no deja de ser una fuente accesible al público a los efectos de posibilitar la cesión de datos personales, sino que ese efecto multiplicador de los buscadores –Google o Yahoo son los más conocidos pero hay muchos más- se produce respecto de la publicación de información en la web municipal. Estos buscadores revisan las páginas de Internet cada cierto tiempo para indexar su contenido y actualizarlo si se han producido cambios, llevando a cabo un tratamiento en la llamada memoria caché y almacenando una colección de información –un diccionario- que facilita y agiliza búsquedas.

De manera que, parece lo más razonable que sean tanto los diarios oficiales como las Administraciones Públicas implicadas quienes deban poner en práctica las medidas técnicas y organizativas que impidan el tratamiento automatizado de los datos personales por todos los buscadores.

Es importante tener en cuenta que, frente a los interesados que puedan ejercer el derecho de rectificación, cancelación y oposición respecto de sus datos, el responsable principal es la Administración Pública, en concreto el órgano administrativo que aprueba la disposición o el acto y que ordena la publicación de la información y que determina si se dan los supuestos de publicación previstos en la LRJPAC o en otra norma sectorial; no el buscador.

²¹ A ello debe añadirse la circunstancia de que a partir del 30 de junio de 2007 la edición digital del Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya se ha convertido en la única versión con carácter oficial.

²² La cancelación no implica necesariamente la supresión de la información, sino también el bloqueo de la misma. En este sentido, el art. 16.3 LOPD señala que “la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión”. El bloqueo de la información no supone la supresión de la información, ni la modificación de su contenido, ni que ésta pierda su autenticidad y oficialidad. El bloqueo de datos publicados en el boletín oficial se hace especialmente necesario en aquellos casos en que la notificación de una sanción administrativa impuesta a una persona física se haya practicado en el Boletín Oficial de la Provincia, al no haberse podido practicar la notificación personal, de manera que procedería tal bloqueo transcurrido un cierto tiempo cuando ya la publicación haya dejado de cumplir su finalidad, mediante las oportunas órdenes del órgano administrativo al diario oficial.

No se puede exigir responsabilidad al buscador por encontrar una información que la Administración mantiene publicada y que se niega a suprimir en la página de Internet, a bloquear en el boletín o a limitar la posibilidad de indexación. El buscador se limita a localizar una información que ya está siendo publicada²³.

En consecuencia, ese juicio de necesidad y de proporcionalidad del que hablamos tiene como objetivo que se alcance el interés público y el valor constitucional que demanda la publicidad con el menor nivel de injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales. Esto es, si publicando las actas del Pleno en la web municipal se busca ser transparente y responsable en el ejercicio de las funciones públicas para que el ciudadano conozca qué hace el Ayuntamiento en los Plenos, se ha de realizar sin publicar datos excesivos o que no aportan información adicional sobre el contenido del acta.

c) el modelo actual de acceso a los archivos y registros públicos

Ya hemos visto, al comentar el criterio seguido por la APDCAT, que el acceso a la información pública sin necesidad de acreditar un interés específico y la publicación de información a iniciativa de las Administraciones Públicas no tienen en la actualidad una clara acogida en la legislación española. No se trata, decíamos, de un acceso o una publicidad generalizada, sino limitada a algunos supuestos concretos.

Éste y no otro es el modelo actual de acceso a la información pública que, para muchos y tal vez no les falte razón, es totalmente insuficiente, siendo necesaria la promulgación de una ley que regule de forma integral una materia que actualmente aparece recogida en unos pocos preceptos (ya los hemos comentado: art. 37 LRJPAC con carácter general respecto de los archivos y registros administrativos, y art. 155 TRLMC con relación a la documentación corporativa, y algunos otros de carácter sectorial). Lo cierto es que la mayoría de los países integrantes de la Unión Europea –incluidos los de la antigua Europa del este- tienen aprobadas leyes de acceso a la información pública, antes incluso que leyes sobre protección de datos personales.

Conviene recordar que el art. 155.2 TRLMC, que habla de la publicidad de las actuaciones locales, requiere generalmente un interés legítimo para obtener copias y certificaciones de los acuerdos adoptados por las corporaciones locales y de sus antecedentes, así como para consultar la documentación, los archivos y registros de la Corporación. Y además que dicho derecho de acceso está limitado por la intimidad de las personas.

En este contexto, cobra cierto sentido la afirmación de la APDCAT cuando argumenta que no tendría sentido establecer un sistema que requiera acreditar un determinado interés para acceder a la documentación de un expediente y a la vez permitir que las actas de las sesiones donde sea debatido aquel asunto sean expuestas al público de forma indiscriminada.

d) un ejemplo paradigmático: la publicidad los datos personales que aparecen en las sentencias judiciales

Puede servir de referencia para el caso estudiado, la publicidad de los datos personales que aparecen en las sentencias judiciales. El hecho de que las sesiones de los juicios y las sentencias judiciales sean públicas –con las excepciones que se prevean en las leyes de procedimiento- y que las sentencias se pronuncien en audiencia pública (art. 120 CE), convendremos seguramente en que, aun existiendo un claro interés público en esta cuestión, no justifica una publicación de nombres y apellidos en los repertorios jurisprudenciales y en los boletines oficiales.

²³ Este régimen de responsabilidad no es compartido por la AEPD, que en las Resoluciones R/01046/2007, de 20 de noviembre, R/00303/2007, de 25 de mayo, y R/00598/2007, de 27 de julio, obligaban a Google a dejar de indexar el nombre de una persona que aparecía en una sanción administrativa publicada en el Boletín Oficial de la Provincia. Pero exigir la cancelación a los buscadores no parece lo más razonable, ni lo más práctico cuando existen un número amplísimo de éstos, y muchos de ellos se encuentran fuera de España, de modo que difícilmente va a serle de aplicación la ley española o van a ser ejecutadas las resoluciones de las autoridades de protección de datos de España.

La posibilidad de excepcionar la publicidad íntegra de una resolución judicial ha sido recientemente incorporada al ordenamiento jurídico a través de la reforma realizada en el art. 266.1 LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que ha añadido en dicho precepto un párrafo segundo en el que se establece que “el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes”²⁴.

De este modo, si la finalidad de la publicación de las sentencias es dar a conocer la doctrina de los diferentes Tribunales, se puede alcanzar dicha finalidad respetando el principio de calidad y proporcionalidad con un menor nivel de injerencia. La transparencia y el control social de la actividad jurisdiccional se obtienen también aunque el acceso a los datos personales lo tengan principalmente aquellos que hayan sido parte en el procedimiento o puedan esgrimir un interés legítimo.

En fin, no parece existir una habilitación legal clara que permita la cesión en general de los datos personales que aparezcan en un acta de una sesión plenaria en beneficio del principio de transparencia administrativa. Ello nos va a obligar a llevar a cabo un ejercicio de ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, conforme a los principios de calidad y proporcionalidad propios de la normativa de protección de datos, como ya apuntaba la Recomendación 1/2008 de la APDCAT²⁵.

²⁴ Completa este argumento también la APDESP cuando dispone “*la finalidad que debe perseguir la creación de la base de datos será la de permitir al usuario acceder al conocimiento del modo en que el Tribunal Supremo o los restantes Juzgados y Tribunales han interpretado lo establecido en el ordenamiento jurídico, sin que sea dable que dicha finalidad pueda ser contemplada en un sentido más amplio, con la consiguiente cercenación de los derechos fundamentales de las personas que intervengan en el litigio, como sucedería si se conocieran los datos personales referidos a dichas personas, que en modo alguno aportan información adicional sobre el contenido jurídico de la sentencia*”.

Sin embargo, no es este el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuyo Reglamento de Procedimiento, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2005, establece, en su art. 47.3, que los demandantes que no deseen que su identidad sea revelada públicamente deberán solicitarlo y exponer las razones que justifiquen la excepción del principio general de publicidad del procedimiento y que el Presidente de la Sala sólo podrá autorizar el anonimato en casos excepcionales y debidamente justificados.

Tampoco es el criterio de nuestro Tribunal Constitucional, al menos con respecto a las Sentencias por él dictadas. La **STC 114/2006, de 5 de abril**, ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la publicidad de sus Sentencias, donde el recurrente solicitó expresamente al Tribunal que “*se procediera llevar a cabo la publicación e inserción de la Sentencia que se dictara, incluyendo en la misma, en Internet y en el Boe electrónico, únicamente sus iniciales, así como las de su ex esposa y demás personas que pudieron constar en la resolución*”. Pues bien, el TC recuerda que en virtud del art. 164.1 CE y del art. 86.2 LOTC existe una exigencia constitucional específica de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales del TC, que han de ser publicadas en el BOE, y afirma que la publicidad lo ha de ser de la resolución íntegra. Ahora bien, frente a ello se suele oponer –y a mi juicio con razón– que el principio de publicidad de las resoluciones del Alto Tribunal hace referencia, sobre todo, al conocimiento de su contenido en la medida en que incorpora la doctrina constitucional, lo que no exige el conocimiento universal de la identidad de las partes. Una cosa es que se de publicidad a la resolución íntegra y otra cosa distinta es que ésta necesariamente contenga la completa identificación de quienes hayan sido parte en el proceso constitucional respectivo. Por tanto, la disociación de los datos personales de las partes en las resoluciones del Tribunal Constitucional en nada quebranta el principio constitucional de máxima difusión de sus resoluciones.

²⁵ También la jurisprudencia se ha hecho eco de la presencia de estos principios en la resolución de conflictos de derechos fundamentales; así la **SAN de 17 de julio de 2008**, que da la razón al Ayuntamiento recurrente –contra la sanción impuesta por la APDESP– que reveló públicamente los nombres de los miembros de una Asociación vecinal con participación activa en la vida municipal que venían interponiendo numerosos recursos administrativos contra decisiones del Alcalde; señala la Sala como consideración

8. CRITERIOS PROPUESTOS PARA PERMITIR LA PUBLICACIÓN DE LAS ACTAS PLENARIAS EN LA WEB INSTITUCIONAL

Recordemos que el objetivo es que los ciudadanos conozcan los asuntos que se tratan, las deliberaciones de los miembros electos, el sentido de su voto y en definitiva qué hace el Ayuntamiento, y ello sea así con el menor nivel de injerencia en la protección de datos personales y sin que la publicación pierda su finalidad.

Las reglas podrían ser las siguientes:

1. Se podrán publicar íntegramente las actas del Pleno (y las de otros órganos del ente local cuyas sesiones sean públicas), cuando no contengan datos de carácter personal, o los únicos datos de tal naturaleza que aparezcan sean el nombre, apellidos y el cargo de los concejales o el nombre y apellidos del secretario de la Corporación.

Podríamos situar en estos supuestos, en realidad la mayoría del listado de materias que establece el art. 22.2 LRBRL como competencias del Pleno, todas ellas de indudable interés general (la aprobación de una ordenanza o un reglamento, la aprobación del presupuesto, de la forma de gestión de los servicios, los acuerdos relativos a la participación en organizaciones supramunicipales, la determinación de los recursos propios de carácter tributario, etc.).

2. Se podrán publicar también íntegramente, y sin que comporte conflicto con la normativa de protección de datos, aquellas actas que contengan datos personales siempre que:

2.1 exista consentimiento del titular del dato

Cabe precisar que por consentimiento del interesado ha de entenderse toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen [art. 3.h) LOPD].

No nos vamos a entretener ahora en la forma de recabar dicho consentimiento, pero, partiendo del hecho de que ha de ser inequívoco, específico e informado, cabe hacer mención a aquellos supuestos en que la norma prevé que el interesado que se dirige a la Administración pueda exigir la confidencialidad de los datos. Es el caso, por ejemplo, del art. 4.4 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 noviembre, reguladora del derecho de petición²⁶.

Pues bien, aquí la Administración, al acusar recibo, ha de informar al peticionario o denunciante de que si no se pronuncia expresamente se entenderá que sus datos pueden ser cedidos o publicados (en el caso del derecho de petición, el órgano administrativo tiene la facultad de insertar la contestación en el diario oficial).

Y en otros supuestos, el deber de confidencialidad viene impuesto de manera directa a las Administraciones Públicas por la norma, así el art. 13 de la Ley 10/1997, de 3 de julio, de renta mínima de inserción de Cataluña obliga a todos los organismos que intervengan en cualquier actuación referente a la renta mínima de inserción a velar por el mantenimiento de la reserva sobre los datos confidenciales e identidad de los destinatarios de tales rentas.

2.2 cuando una norma con rango de ley habilite para la cesión de los datos

general que *“Este derecho a la libertad de información puede entrar en conflicto con otro derecho fundamental, como es el derecho a la protección de datos, conflicto que deberá resolverse como señala la STC 57/2004, de 19 abril 2004, conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y de la ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, a lo que hay que añadir desde los principios de adecuación, pertinencia y congruencia recogidos en el artículo 4 de la LOPD”*; y ya aplicada al caso enjuiciado establece que *“debe prevalecer en el presente caso el derecho a la libertad de información, pues la información transmitida es veraz, no es infundada y tiene relevancia pública para explicar a los ciudadanos un asunto que les afecta, en una localidad pequeña”*.

²⁶ En idéntico sentido, el art. 4.3 del Decreto 21/2003, de 21 de enero, por el cual se establece el procedimiento para hacer efectivo el derecho de petición ante las administraciones públicas catalanas. Se trata de peticiones gratias, no fundadas en un derecho subjetivo o en una norma previa habilitante.

los supuestos en que la norma prevea la publicación de un Acuerdo o Resolución debatido y adoptado en el Pleno (por ejemplo, los relativos a la contratación cuando el Pleno actúe como órgano de contratación, los de adjudicación de concesiones sobre bienes de la Corporación, los de adquisición de bienes inmuebles y otros derechos sujetos a la legislación patrimonial, así como la enajenación del patrimonio).

aquellos ámbitos sectoriales donde exista un claro interés público y donde la publicidad de la actividad administrativa se prevea por la norma como mecanismo de control social, como el urbanismo²⁷ (por ejemplo, los nombres de propietarios que han de hacer frente obligados al pago de cuotas urbanísticas), o el medio ambiente²⁸.

2.3 cuando los datos sean recogidos [o vayan a ser incorporados a] de una fuente accesible al público

Es el caso de los diarios y boletines oficiales. Piénsese en todos aquellos datos que aparezcan en Acuerdos o Resoluciones que haya adoptado el Pleno -o que haya adoptado el presidente de la corporación y de los que se haya dado cuenta en la sesión plenaria o hayan de ser ratificados en ésta (así, entre otros, los relativos al otorgamiento de licencias, o a subvenciones)-, que por prescripción legal hayan de ser publicados en el boletín oficial.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la norma puede prever la publicidad de determinadas resoluciones con carácter general, pero establecer al mismo tiempo excepciones a dicha publicidad. Es el caso, por ejemplo, del art. 18 de la Ley 38/2003, de 17 noviembre, general de subvenciones, que dispone la publicidad de la concesión de las subvenciones, bien en el diario oficial, en el tablón de anuncios o bien en la web municipal, pero recoge una serie de supuestos en que no será necesaria y entre ellos [art. 18.3.d)] “cuando la publicación de los datos del beneficiario en razón del objeto de la subvención pueda ser contraria al respeto y salvaguarda del honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas (...)”.

3. En el resto de supuestos en que la cesión de datos no esté permitida, se podrá publicar suprimiendo o anonimizando los datos, esto es, y como dice la LOPD, llevando a cabo la disociación de los mismos de forma que la información contenida en el acta no se pueda asociar a una persona identificada o identificable.

Podríamos situar aquí aquellos supuestos en los que en el Pleno se da cuenta de determinados Acuerdos adoptados por el presidente de la Corporación que ni van a ser debatidos ni la norma prevé la publicación del mismo. Ejemplo: el supuesto (real) de una Corporación local en la cual se da cuenta al Pleno de la terminación convencional de una reclamación de responsabilidad patrimonial acordada por Decreto del presidente, apareciendo en el acta el nombre y apellidos del reclamante.

Pues bien: no se trata de un Decreto que haya de ser objeto de publicación sino de notificación personal al interesado; no es un acto debatido en el Pleno; no existe una norma con rango de ley que autorice la cesión de los datos; no se trata de un asunto con un claro interés general. ¿Se han de disociar esos datos? Sí, por aplicación del principio de calidad, son datos excesivos.

El acceso a la información pública no tiene por qué producirse en su integridad si se puede alcanzar igualmente el interés público con accesos parciales y con una menor injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales.

Esta práctica de comunicar el contenido de documentos de forma parcial no ha de ser considerada como una limitación del derecho de acceso a la información o del principio de

²⁷ El art. 98 del Texto Refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, establece la publicidad del planeamiento urbanístico y de los convenios urbanísticos. No obstante, en algunos casos se podrá valorar si la publicación de datos personales son o no excesivos, así cuando se presentan alegaciones en el trámite de información pública de un instrumento de gestión urbanística, podría resultar excesivo (principio de calidad) publicar también el nombre y apellidos de quien alega.

²⁸ En esta materia existe incluso una ley específica, la Ley 27/2006, de 18 julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

transparencia administrativa, sino como la única manera de hacerlo compatible con la normativa de protección de datos.

Y en cualquier caso, parece preferible publicar un dato disociado aun cuando podríamos haberlo hecho sin disociar, que publicar sin anonimizar un dato que no se podía haber publicado.

Sería conveniente, por lo demás, que cuando se disocien los datos se indique que se realiza en cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Y en especial, la información que se da a través de la web municipal deberá disociarse en determinados supuestos concretos donde quedan afectados derechos subjetivos de particulares o de personal dependiente del ente público, como por ejemplo y sin perjuicio de que puedan existir otros:

3.1 expedientes sancionadores en materia de personal

Como regla general, es cierto que la potestad sancionadora del personal del ente público de que se trate recae en su presidente, si bien hay dos supuestos en que el presidente ha de dar cuenta al Pleno [art. 21.1.h) LRBRL]: cuando decreta la separación del servicio de un funcionario, y cuando la sanción sea el despido de personal laboral, sin perjuicio de aquellos otros supuestos sancionadores en que igualmente se da cuenta al Pleno y por tanto los datos personales puedan aparecer en el acta.

Pues bien, aquí se han de disociar los datos.

3.2 sanciones administrativas

Como norma general, las sanciones impuestas por infracciones administrativas previstas en la legislación sectorial son objeto de notificación personal al interesado, no de publicación. Por tanto, cualquier referencia que en el acta pueda hacerse a las mismas²⁹ y a los datos del infractor se ha de disociar.

Sin embargo, en ocasiones, la publicación de la sanción está expresamente prevista por la ley sectorial como una sanción o pena accesoria, que tiene como justificación añadir a la propia sanción el reproche social que supone aquella publicación, aunque su imposición se suele prever como una facultad del órgano sancionador³⁰. En estos casos, no habrá necesidad de disociar los datos personales.

3.3 declaración de lesividad y ejercicio de acciones judiciales y administrativas en materias de competencia plenaria con terceros afectados

Si bien es cierto que tanto la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento³¹, como el ejercicio de acciones –en materias de competencia plenaria- son competencias del Pleno, y sobre ellas existirá un debate y una votación que darán lugar a un Acuerdo, entiendo que la publicidad de esta información en el acta debe respetar el principio de calidad que prohíbe los tratamientos

²⁹ Habitualmente, la potestad sancionadora en el ámbito local va a pertenecer al presidente del ente, salvo determinados supuestos en que la ley sectorial correspondiente la otorgue al Pleno [así, el art. 214.1.b) de la Ley de Urbanismo de Cataluña otorga al Pleno del Ayuntamiento la competencia para resolver los expedientes sancionadores por infracciones muy graves], en cuyo caso, aunque se trate de un asunto debatido en dicho Pleno, entiendo que se han de disociar los datos en aplicación de los principios de calidad y de proporcionalidad.

³⁰ Así, entre otras y sin ánimo de ser exhaustivo, la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de espectáculos y las actividades recreativas en Cataluña en su art. 53 habla de la facultad de publicitar la infracción “por razones de ejemplaridad”; el art. 83.1.5) de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades en Cataluña; el art. 99.4 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales de Cataluña; o el art. 29.1.5º de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido.

³¹ Recordemos que se trata de la declaración de lesividad de actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el art. 63 LRJPAC. Piénsese, por ejemplo, en una resolución que acordó hace unos años conceder una determinada retribución a un funcionario del ente local y en un determinado momento se insta la declaración de lesividad porque la concesión de la retribución no tenía fundamento legal. En otros supuestos, puede concurrir un interés público que fundamente su publicación.

excesivos y el derecho a la intimidad de las personas, de manera que sería conveniente, como norma general, disociar los datos de las personas físicas afectadas.

No obstante, en ocasiones puede concurrir un interés público en que se publiciten el nombre de quien mantiene un contencioso con el Ayuntamiento, por ejemplo de quien ha interpuesto de forma contumaz numerosos pleitos contra el ente local, o si por razón de la materia existe un claro interés público o interés de la comunidad local³².

En fin, como hemos podido ver, existe una gran dificultad para establecer unos criterios comunes y generales en orden a conciliar aquellos dos derechos fundamentales, siendo necesario en no pocas ocasiones realizar un ejercicio de ponderación en orden a determinar la prevalencia de uno u otro.

Tal vez dicha dificultad podría aligerarse con una ley que configure un modelo de acceso a información pública que delimite los distintos supuestos, que diferencie entre la información que debe ofrecer la información de oficio y aquella que es consecuencia de petición de los ciudadanos, que fije unos mínimos de transparencia y unos máximos de información sometida a reserva, y que por supuesto tenga en cuenta la potencialidad de Internet como medio de publicación de la información administrativa.

Se hace necesaria, en definitiva, la implantación de unos criterios que acompasen el nivel de intromisión en el derecho fundamental a la protección de datos –por la forma de publicidad, por el dato al que afecta o por el plazo de cancelación- a los valores constitucionales e intereses públicos que justifican la transparencia administrativa. Siendo una de las cuestiones más trascendentales establecer una limitación temporal de las publicaciones en boletines oficiales o en páginas web institucionales.

Y para ello, parece lo más adecuado disponer de una legislación que tenga una visión integral y conectada de ambos derechos fundamentales.

Barcelona, 7 de mayo de 2010

³² Es el caso, por ejemplo, del supuesto ya comentado de la **SAN de 17 de julio de 2008**, que da la razón al Ayuntamiento recurrente –contra el requerimiento de cesación impuesto por la AEPD- que reveló públicamente los nombres de los miembros de una Asociación vecinal con participación activa en la vida municipal que venían interponiendo numerosos recursos administrativos contra decisiones del Alcalde.

PUBLICIDAD DE LAS ACTAS DEL PLENO Y DE OTROS ÓRGANOS COLEGIADOS EN LA WEB CORPORATIVA

Juan Carlos Velasco Parra
Lletrat coordinador
del Servei d'Assessoria Jurídica
Diputació de Barcelona

1. PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA Y PROTECCIÓN DE DATOS.....	1
2. PUBLICIDAD DE LAS SESIONES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS Y DE LOS ACUERDOS CORPORATIVOS EN LA NORMATIVA DE RÉGIMEN LOCAL.....	2
a) publicidad de las sesiones de los órganos colegiados corporativos	2
b) publicidad de los Acuerdos y Resoluciones	3
3. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL	5
a) el artículo 18.4 de la Constitución Española. Configuración del derecho fundamental de protección de datos como derecho autónomo e independiente del de intimidad.....	5
b) ¿Que debemos entender por datos personales?	7
4. POSICIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.....	9
a) Naturaleza de la Agencia de Protección de Datos	9
b) Resolución 596/2003, de 4 de noviembre	10
5. POSICIÓN DE LA AGENCIA CATALANA DE PROTECCIÓN DE DATOS	12
a) La Recomendación 1/2008.....	12
b) Informe 4/2008 (también el 13 y 15/2008, y el 36/2009)	13
6. INICIATIVAS LEGISLATIVAS PROYECTADAS	14
7. LÍMITES A LA HABILITACIÓN LEGAL DEL ART. 70.1 LRBRL.....	15
a) naturaleza del medio de difusión como circunstancia a ponderar en la resolución de conflictos de derechos fundamentales	15
b) el principio de calidad y el de proporcionalidad en la publicación de información administrativa	15
c) el modelo actual de acceso a los archivos y registros públicos	17
8. CRITERIOS PROPUESTOS PARA PERMITIR LA PUBLICACIÓN DE LAS ACTAS PLENARIAS EN LA WEB INSTITUCIONAL	19

1. PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA Y PROTECCIÓN DE DATOS

No nos ofrece duda alguna el derecho de los ciudadanos a la información administrativa y a la participación en los asuntos públicos, que se configura como un derecho fundamental previsto en el art. 23.1 de la Constitución Española (en adelante CE), y el correlativo deber de las Administraciones Públicas de hacerlo efectivo.

En ocasiones, es la propia norma la que prevé en qué supuestos debe la Administración facilitar una determinada información, y en otras, es la propia Administración la que por propia iniciativa, de oficio, decide publicitar una determinada información sin que exista una norma que lo exija

expresamente. Es éste último caso el de las actas de las sesiones de los órganos colegiados, y en especial de las sesiones de los Plenos municipales.

Convendremos en que con esa iniciativa el Ayuntamiento realiza un ejercicio de transparencia y si quiere de responsabilidad política, pues lo que se persigue es que ciudadanos conozcan los asuntos que se tratan, las deliberaciones de los miembros electos, el sentido de su voto y en definitiva qué hace el Ayuntamiento. Ahora bien, habrá que tener en cuenta si confluyen derechos o intereses, también de rango constitucional, que hayan de ser objeto de protección y con el que por tanto se pueda plantear una colisión de derechos, como ocurre aquí con el derecho fundamental a la protección de datos personales.

La publicación en la página web institucional de una información que contenga datos de carácter personal (si no los contiene, no se producirá colisión alguna) supone una cesión masiva de datos, es decir, un tratamiento de datos que ha de quedar sometido a los principios y garantías establecidos en la normativa de protección de datos personales.

Por tanto, cuando se plantea la publicación del acta de una sesión plenaria que contiene datos personales se produce un conflicto de derechos constitucionales: el derecho de acceso y de participación en los asuntos públicos, de un lado, y el de protección de datos, de otro lado.

Y la manera de conciliar dichos derechos pasará por permitir la publicación con el menor nivel de injerencia posible en la protección de datos, sin que la publicación pierda su finalidad. Aunque esto que es fácil decir, no lo es tanto a la hora de llevarlo a la práctica, donde se han generado en estos últimos años ciertas tensiones entre diferentes agentes del mundo local y la Agencia Catalana de Protección de Datos, a que luego haremos referencia.

Una de las claves para poder resolver el conflicto, es partir de la idea siguiente: no se trata de limitar el acceso a información pública porque exista un interés propio de la Administración, sino porque es necesario proteger los derechos de las personas; los datos personales no son de la Administración Pública, que no es titular del derecho fundamental a la protección de datos personales, sino que son de los ciudadanos.

Y otra es ser conscientes de la naturaleza del medio de difusión ante el que nos encontramos: Internet. La Administración ha pasado, por un lado, a publicar en Internet lo que antes hacía en un tablón de anuncios¹, y por otro lado, sigue enviando al boletín oficial una información que antes en papel a los pocos días no era localizable y se restringía a un ámbito territorial, y ahora se encuentra fácil, permanente y universalmente accesible a través de los buscadores de Internet.

En definitiva, este trabajo no tiene otra intención que establecer unas reglas o criterios generales, o de fundamentos, para resolver este conflicto de derechos fundamentales, pero seguramente en no pocas ocasiones ello no va a evitar la necesaria valoración de las circunstancias del caso concreto para decantar la prevalencia de uno u otro derecho.

Por lo demás, esencialmente haremos referencia a las actas del Pleno de los Ayuntamientos, si bien todo cuanto se diga aquí será aplicable a las actas de otros órganos colegiados de entes locales cuyas sesiones sean públicas.

2. PUBLICIDAD DE LAS SESIONES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS Y DE LOS ACUERDOS CORPORATIVOS EN LA NORMATIVA DE RÉGIMEN LOCAL

a) publicidad de las sesiones de los órganos colegiados corporativos

Sobre la publicidad de las sesiones de los diferentes órganos que, sea de forma preceptiva o facultativa, puedan formar parte de la organización corporativa, es especialmente claro el art. 156

¹ Según el art. 12 de la Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante LAECSP) “La publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deban publicarse en el tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo competente”.

del Texto Refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril (en adelante LMRLC).

Así, las sesiones del Pleno serán públicas, excepto que por mayoría absoluta de los miembros electos se declare el secreto del debate y la votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen de determinadas personas. En el mismo sentido, el art. 70.1 de la Ley 7/1985, de 4 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante LRBRL), y los arts. 88 y 227.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante ROF).

Son igualmente públicas las sesiones de los órganos de participación² (art.156.2 LMRLC).

Y en cuanto a las sesiones de la Junta de Gobierno Local, el precepto establece que no son públicas (apartado 1 in fine), como también prevén los arts. 70.1 segundo párrafo de la LRBRL y 113.1 b) y 227.2 ROF, sin perjuicio de la publicidad y comunicación a la Administración estatal y a la autonómica de los acuerdos adoptados, y de la remisión de una copia del acta a todos los miembros de la Corporación.

Por otra parte, tampoco son públicas las sesiones de las Comisiones Informativas, sin perjuicio de la posibilidad de convocarse sólo a los efectos de escuchar o recibir informe con relación a un asunto concreto a representantes de determinadas asociaciones o entidades interesadas (art. 227.2 ROF).

Sí podrán ser públicas, en cambio, las sesiones del resto de órganos complementarios que puedan prever los reglamentos orgánicos municipales en los términos que establezca la legislación, la reglamentación o el correspondiente acuerdo plenario por el que se rijan (art. 227.3 ROF).

Pues bien, de todas las sesiones se ha levantar acta, entendida como documento donde se recoge el debate y la votación de los acuerdos, además de la parte dispositiva o resolutive de estos acuerdos. Una vez aprobadas, se han de transcribir en el Libro de Actas correspondiente, autorizándola con las firmas del alcalde o presidente y del secretario (arts. 110 y 111 LMRLC, y 109 ROF).

Ciertamente, el acta tiene la consideración de instrumento público solemne³, pero no se prevé su difusión ni su exposición pública. Sin embargo, también hay que decir que la cuestión de su publicación sí está siendo objeto, al menos en Cataluña, de iniciativas en forma de proyectos legislativos que se están llevando a cabo desde el Govern de la Generalitat, en el sentido que más adelante se expondrá. Podemos si acaso adelantar ahora que existe una clara voluntad del legislador de destacar el carácter público de las actas y de promover la publicación de las actas del Pleno en la web municipal, pero también es su voluntad que ello se haga teniendo en cuenta los principios y garantías de la normativa de protección de datos y la de protección del derecho al honor y a la intimidad.

b) publicidad de los Acuerdos y Resoluciones

Cuestión diferente al carácter público o no de los órganos colegiados, es la obligación que pesa sobre las Corporaciones locales de publicar o notificar, según los casos, los acuerdos que adopten⁴, establecida en los arts. 70.2 LRBRL, 155.1 TRLMC, y 81.1.g), 196 y 229.2 ROF; obligación que alcanza tanto los acuerdos del Pleno como los que adopta la Junta de Gobierno, con independencia de que las sesiones hayan sido o no públicas.

² Por ejemplo, los órganos de gestión desconcentrada regulados en el art. 61 LMRLC, o los de participación sectorial del art. 62 LMRLC.

³ Art. 52.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; y en el mismo sentido el art. 198 del ROF.

⁴ Esto es, el producto o resultado del debate y de la votación, no el propio contenido del debate y de las deliberaciones.

Así, el art. 70.2 LRBRL establece que “los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley”, mandato que responde al derecho de información y de participación política de los ciudadanos y a la obligación de divulgación de las actividades de la Corporación. También responde al principio más genérico de publicidad de los actos administrativos establecido en el artículo 60.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LRJPAC), a tenor del cual “Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente”⁵. Y, en última instancia, por supuesto al principio de “publicidad de las normas” constitucionalmente garantizado (art. 9.3 CE).

Por su parte, el art. 229.2 ROF va un poco más allá al exigir que la Corporación, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, (...) dará publicidad resumida del contenido de las sesiones plenarias y de todos los acuerdos del Pleno y de la Comisión de Gobierno, así como de las resoluciones del Alcalde y las que por su delegación dicten los Delegados”. Ciertamente, aquí el ROF hace referencia a la publicación de un resumen o extracto del contenido de las sesiones plenarias, si bien ello no significa que se haya de dar publicidad al texto íntegro de las actas de dichas sesiones, simplemente habla de un resumen o extracto del contenido de la sesión.

c) publicación potestativa de las actas de los órganos de gobierno y protección de datos personales

No obstante lo que se acaba de exponer, cabe cuestionarse si el Ayuntamiento, aunque no haya un mandato legal de publicación de las actas, tiene la facultad de publicar de oficio y por iniciativa propia las actas del Pleno, o las correspondientes a la Junta de Gobierno, en la web corporativa.

Ya habíamos adelantado que el principal obstáculo lo constituye el hecho de que las actas contengan datos de carácter personal, cuya difusión pública pueda afectar a derechos fundamentales como el de protección de datos personales, el del honor, la intimidad personal o familiar y la propia imagen de determinadas personas.

Respecto de las actas de la Junta de Gobierno (o de otros órganos colegiados municipales cuyas sesiones no sean públicas), si las sesiones no son públicas la consecuencia coherente es negar dicha facultad. Si se elimina la posibilidad de que los ciudadanos asistan a los debates y la votación de los asuntos, con mayor motivo se tendrá que evitar su difusión.

Si un ciudadano quiere acceder a su contenido, se tendrá que estar al régimen legal de acceso, archivos y registros de la Corporación establecido en el art. 155.2 LMRLC y, respecto de archivos y registros administrativos en general, en el art. 37 LRJPAC. Como dice la Agencia Catalana de Protección de Datos en varios de sus dictámenes (por todos, el 4/2008) “sólo podrán tener acceso a las actas de la Junta de Gobierno aquellas personas que estén legitimadas de acuerdo con la legislación aplicable. A estos efectos, habrá que tener presente el régimen de acceso del artículo 37 de la LRJPAC”.

Ahora bien, en la práctica esta restricción perderá cierto sentido en tanto que el contenido de las actas va a coincidir prácticamente con el contenido de los acuerdos que se adoptan, que como hemos visto sí son objeto de publicación.

Por lo que hace referencia a las actas del Pleno, es donde se plantea la necesidad de conciliar la loable intención del Ayuntamiento de cumplir el principio de transparencia administrativa con los valores que protege la normativa de datos personales.

⁵ Si bien, la propia LRJPAC prevé en el artículo siguiente, el 61, como facultad del órgano administrativo que corresponda, la siguiente: “Si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento”.

La primera idea que hemos de tener en cuenta es que la publicación de información que contenga datos personales a través de boletines oficiales o de páginas web en Internet supone un tratamiento de datos personales, esto es, una operación o procedimiento técnico que permite la cesión de tales datos en el sentido apuntado por el artículo 6.c) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante LOPD)⁶.

Por tanto, lo que se protege no son los datos en sí mismos, sino en cuanto son objeto de cesión o tratamiento. Si la publicación supone un tratamiento masivo de información, o una cesión indiscriminada de datos personales sin cesionario conocido, habremos de saber cuál es el significado del derecho fundamental de protección de datos.

3. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL

a) el artículo 18.4 de la Constitución Española. Configuración del derecho fundamental de protección de datos como derecho autónomo e independiente del de intimidad

El artículo 18.4 CE reza lo siguiente: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Este precepto se encuentra situado en la sección que contiene la declaración de derechos fundamentales y libertades públicas, y viene a desarrollar distintos aspectos en mayor o menor medida vinculados a la intimidad de las personas (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones).

Este encaje sistemático ha determinado que el derecho a la protección de datos, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, haya venido encuadrado dentro de las manifestaciones del derecho a la intimidad, si bien, como luego veremos, el Tribunal Constitucional lo ha consagrado como derecho fundamental autónomo y diferente del derecho a la intimidad⁷.

Fue la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) la que en primer lugar acertó a destacar que intimidad y protección de datos no tienen por qué ir necesariamente unidos, y hablaba del término privacidad como ámbito susceptible de sufrir amenazas potenciales antes desconocidas como consecuencia del progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a ellos. Venía a reconocer que el concepto de privacidad era más amplio que el de intimidad, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad, sean o no íntimas.

⁶ Lo define como aquellas “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”; criterio que ha sido confirmado por la jurisprudencia, así la **Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante SAN) de 17 de marzo de 2007**, señala que “[...] un sitio web exige siempre cualquiera que sea su finalidad una organización o estructura que permita el acceso a la información en él contenida por terceros. Cumpliría así la primera de las exigencias de un fichero, la estructural y organizativa. Pero es que además, y esto es obvio, el sitio web XXX contuvo datos de carácter personal, precisamente los referidos al denunciante, que fueron difundidos a través de dicho sitio, lo que supone tratamiento [...]. Si hubo tratamiento de datos de carácter personal consistente en la incorporación y difusión de éstos desde una estructura organizada (fichero) como era el sitio Web, es indudable que el régimen de protección contenido en la Ley Orgánica 15/1999 es plenamente aplicable, sin que altere la anterior conclusión el hecho de que los datos tratados se refieran a una sola persona pues la ley no exige en ningún caso la existencia de una pluralidad de personas afectadas para que podamos hablar de tratamiento y fichero...”.

⁷ El derecho a la intimidad se garantiza como tal derecho en el apartado 1 del art. 18 CE, a tenor del cual “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Ahora bien, sea intimidad o privacidad el bien protegido, lo cierto es que ha resultado bastante habitual (tanto por el legislador como por la doctrina) considerar que el derecho fundamental a la protección de datos tiene por misión la garantía jurídica de esa intimidad o privacidad individual, de modo que su objeto no son los datos personales, sino ese ámbito de vida privada que se preserva de la curiosidad o injerencia ajenas mediante el control que ejerce la persona sobre los datos relativos a esa privacidad. Dicho en otras palabras: que la protección de datos personales resultaba ser un mero instrumento para la salvaguardia de un bien jurídico distinto, la privacidad o vida privada.

La cuestión que se planteaba era la siguiente: ¿se trata de una especie dentro del género representado por el derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1, o más bien un derecho fundamental autónomo contenido en el art. 18.4 CE?. Por una parte, la literalidad del 18.4 parece acoger la segunda tesis, ya que la protección de datos es la garantía del pleno disfrute de cualquier derecho de la persona, no sólo del derecho a la intimidad o a la privacidad (“... y el pleno ejercicio de sus derechos”). Y de otra parte, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional así lo ha confirmado, no sin antes mostrar cierto titubeo.

En efecto, el Tribunal Constitucional abordó la protección de datos personales desde la perspectiva constitucional como un derecho fundamental autónomo diferenciado del derecho a la intimidad en la STC 254/1993, de 20 de julio. Si bien, ha sido fundamentalmente la Sentencia número 292/2000, de 30 de noviembre, del Pleno⁸, la resolución más relevante de las dictadas por el Alto Tribunal en materia de protección de datos y donde ha definido el contenido del nuevo derecho fundamental a la protección de datos del art. 18.4 CE.

Viene a decir que el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales tienen objeto y ámbitos normativos distintos. Con el derecho a la intimidad, se protege el poder de disposición del individuo respecto de la información relativa a su persona; es el poder jurídico de decisión sobre quien puede acceder a la información relativa a uno mismo o a su familia. En palabras de la STC 292/2000, “la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad”. O en palabras de la STC 142/1993, “El atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”.

Sin embargo, el objeto del derecho a la protección de datos no es la intimidad así entendida, es decir, la libre decisión individual sobre lo que los demás pueden saber de uno, sino el dato personal, esto es, la propia información relativa a la persona, sea o no íntima. En suma, lo que ampara el derecho fundamental a la protección de datos personales no es la privacidad individual o familiar, o el carácter reservado, confidencial o secreto del dato personal, sino el pleno control del individuo sobre el uso y destino de la información relativa a su persona, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado.

Por tanto, el dato personal no es un mero instrumento de garantía de la intimidad, sino el objeto de un derecho fundamental autónomo. Y como tal, aparece dotado de un contenido esencial que la STC 292/2000 se encarga de definir como el poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuales de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar.

Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, sea el Estado o un particular; y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y uso.

⁸ Esta STC vino a resolver un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra los incisos de los artículos 21.1, 24.1 y 24.2 de la LOPD, por vulneración de los artículos 18.1 y 4 y 53.1 de la CE.

Finalmente, la STC 292/2000 destaca que el derecho fundamental a la protección de datos es un derecho de configuración legal, esto es, un derecho para cuya plena eficacia es indispensable la intervención del legislador. La CE (y la jurisprudencia constitucional), como hemos visto, establece un contenido mínimo o esencial que vincula al propio legislador, pero es a éste a quien corresponde delimitar su objeto, contenido y límites.

Y es ésta la función que vino a ejercer la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante LOPD) que, a tenor de su artículo 1, tiene por objeto garantizar y proteger, en lo relativo al tratamiento de datos personales en cualquier ámbito de actuación, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y especialmente del derecho del honor y la intimidad personal y familiar.

Como vemos, el precepto de la LOPD habla de la protección, en lo relativo al tratamiento de datos, de las libertades y derechos de las personas físicas y en especial -por tanto no únicamente-, el derecho al honor y a la intimidad.

b) ¿Que debemos entender por datos personales?

La LOPD define el concepto de datos personales en su artículo 3 letra a), en términos muy amplios, cuando considera como tales “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”; definición que se completa con la prevista en el artículo 5.1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley Orgánica, que considera datos de carácter personal “Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

Por tanto, hablamos siempre de personas físicas, no de personas jurídicas.

Nombre, apellidos y domicilio son los datos personales por excelencia. También lo son los que el art. 7 LOPD considera como especialmente protegidos: los que revelan la ideología, afiliación sindical, religión o creencias de una persona, o los que hacen referencia al origen racial de la persona, a su salud o vida sexual.

En aquellos supuestos en que pueda resultar más dudoso si el dato hace o no identificable a la persona física, resulta muy útil como criterio general el reseñado por el informe 182/2008 del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD), que a su vez invoca la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, de 8 de marzo de 2002, a tenor del cual “para que exista un dato de carácter personal (en contraposición con dato disociado⁹) no es imprescindible una plena coincidencia entre el dato y una persona concreta, sino que es suficiente con que tal identificación pueda efectuarse sin esfuerzos desproporcionados¹⁰”; añadiendo que “para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona”.

Sin perjuicio de muchos otros y sin ánimo de ser exhaustivo, también son datos personales más comunes los siguientes:

- Dirección de correo electrónico

A él se refiere la Resolución 1317/2007 de la AEPD, que diferencia dos supuestos: el primero de ellos, cuando voluntaria o involuntariamente la dirección de correo electrónico contenga información sobre su titular, pudiendo esta información referirse tanto a su nombre y apellidos como a la empresa en que trabaja o su país de residencia, en cuyo caso no hay duda de que la dirección de correo está identificando de forma directa al titular de la cuenta, por lo que, en todo caso dicha dirección ha de ser considerada como dato de carácter personal.

⁹ Es dato disociado aquel que no permite la identificación de un afectado o interesado [art. 5. e) LOPD]; y será procedimiento de disociación todo tratamiento de datos personales que permita la obtención de datos disociados [art. 5. p) LOPD].

¹⁰ El subrayado es nuestro.

En un segundo supuesto, la dirección de correo no parece mostrar datos relacionados con la persona titular de la cuenta (por referirse, por ejemplo, el código de cuenta de correo a una denominación abstracta o a una simple combinación alfanumérica sin significado alguno). Pues incluso aquí, la dirección de correo aparecerá necesariamente referenciada a un dominio concreto, de tal forma que podrá procederse a la identificación del titular mediante la consulta del servidor en que se gestione dicho dominio, sin que ello pueda considerarse un esfuerzo proporcionado por parte de quien procede a la identificación.

- Matrícula de vehículos

La Resolución 1722/2008 de la AEPD considera que la identificación del titular del vehículo a través de la matrícula no existe esfuerzos o plazos desproporcionados, por lo que el tratamiento tal dato habrá de ser considerado como tratamiento de un dato de carácter personal.

- Documento Nacional de Identidad

Resulta interesante al respecto la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, de 27 de octubre de 2004, por la que se confirmó la sanción impuesta a una empresa de telefonía por infracción del principio de calidad del dato al haber dado de alta una incidencia en un registro de morosos haciendo constar un DNI que no se correspondía con el del verdadero deudor. Dicha empresa de telefonía negaba que el DNI por sí solo fuera un dato de carácter personal, ya que según su criterio no identificaba a la persona. El Tribunal estima que el número de DNI erróneamente cedido que permitió en aquel caso identificar a la persona equivocada, que después denunció el hecho ante la AEPD, tiene perfecto encaje en la definición legal de dato personal.

c) Régimen de la cesión o comunicación de datos personales en la LOPD y su aplicación al caso estudiado

Como regla general, la cesión o comunicación de datos a terceros requerirá del consentimiento del afectado (artículos 6 y 11 LOPD). Ahora bien, no será preciso tal consentimiento en los supuestos que prevé el art. 11.2 LOPD, siendo de especial relevancia en lo que aquí interesa, los regulados en las letras a) y b):

“El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una ley.

b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.

(...)”.

En cuanto a la primera excepción, aplicada al supuesto de las actas del Pleno, significa que, no obstante no preverse legalmente su publicación, si el acta contiene datos personales respecto de los que una norma con rango de ley habilita su cesión o comunicación, no habrá obstáculo para la publicación también del acta, y no sólo del acuerdo o resolución. Después veremos cuáles pueden ser estos supuestos.

Por lo que respecta a la segunda excepción, la propia LOPD [art. 3.j)] define las fuentes accesibles al público como aquellos “ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencias que, en su caso, el abono de una contraprestación”. Tienen la consideración de fuentes accesibles al público dentro de las Administraciones Públicas, a cuyos efectos ahora nos interesa: las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales –es decir, listines de los Colegios Profesionales- y los diarios y boletines oficiales (art. 7 del Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en adelante RLOPD).

Por tanto, no tiene tal consideración la sede electrónica de las instituciones públicas¹¹.

¹¹ Tampoco la tienen los diferentes registros públicos, donde el acceso a la información administrativa existente en los mismos se rige tanto por la LOPD como por sus disposiciones específicas, manteniéndose la LOPD como regulación supletoria expresamente en el caso del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes (art. 2.3 LOPD). En cuanto al Registro de la Propiedad, el art. 222.6 de la Ley Hipotecaria establece que los registradores “*al calificar el contenido de los asientos registrales, informarán y*

Ello quiere decir en el caso que nos ocupa que, si los datos que contiene el acta son recogidos del Boletín Oficial de la Provincia, tampoco habrá obstáculo para su publicación en Internet.

Pues bien, en este punto resulta interesante una reflexión sobre este régimen de excepciones a la necesidad de consentimiento para ceder los datos, suscitada por las previsiones de la Directiva Comunitaria 95/46/CE¹² –de la que la normativa española es transposición-. Se suele ser reprochar al legislador estatal su visión restrictiva del principio de transparencia administrativa, al no haber aprovechado las posibilidades de dicha Directiva en tanto que establece unas excepciones más amplias al consentimiento del interesado que facilitan el acceso a tratamientos de datos personales que obran en la Administración Pública y permiten materializar aquel principio¹³.

En esencia, dicho régimen de excepciones comunitario viene a significar la facultad del órgano administrativo de ponderar en cada caso los derechos e intereses a los efectos de legitimar un tratamiento de datos sin consentimiento del titular; pero lo cierto es que ello se aviene mal con la concepción estricta que la jurisprudencia constitucional española ha mantenido, según lo visto, de la reserva de ley en esta materia. Si se interpretara que la mera voluntad de un órgano administrativo puede excepcionar el consentimiento del interesado para la cesión, supondría seguramente vaciar de sentido la exigencia de habilitación legal del art. 11.1 a) y estaría en contradicción con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Es cierto que estos principios de la Directiva sí han sido incorporados a las legislaciones de distintos países europeos para facilitar el acceso a la información pública, pero no es menos cierto que lo han sido esencialmente en los casos de Estados nórdicos (Finlandia, Dinamarca o Suecia), dotados de una amplia tradición de transparencia administrativa.

Pero, en fin, aquí el legislador ha optado por prever unos supuestos tasados, que aplicados al caso que ocupa nos lleva a una primera conclusión y es que se podrá exponer públicamente un acta del Pleno que contenga datos personales si se cuenta con el consentimiento del afectado¹⁴, o si una norma con rango de ley lo autoriza, o si tales datos son recogidos de una fuente accesible al público.

4. POSICIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

a) Naturaleza de la Agencia de Protección de Datos

La Agencia de Protección de Datos se configura como un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, y que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones (art. 35.1 LOPD).

velarán por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos de carácter personal". La LOPD tiene dentro de su ámbito de aplicación todo tipo de datos, incluso aquellos que sean públicos o se encuentren sometidos a un régimen específico de publicidad. Por tanto, los registros públicos, al ser un tratamiento de datos personales, deben respetar todos los principios y todos los derechos de protección de dichos datos.

¹² Es la Directiva del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹³ Así, la Directiva considera legítimos los tratamientos sin consentimiento del interesado cuando sea necesario *"para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento"*, *"para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos"*, o cuando *"es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos o libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva"* [art. 7. c), e) y f)].

¹⁴ El règim d'obtenció del consentiment està regulat en els articles 12 a 17 del RLOPD.

En los expedientes sancionadores instruidos por la Agencia, la sanción consiste generalmente en una multa, pero tratándose de infracciones cometidas por Administraciones Públicas el art. 46 LOPD prevé un régimen específico, de manera que la resolución del Director de la Agencia establecerá “las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción”, y podrá proponer también “la iniciación de actuaciones disciplinarias, si procedieran”, añadiendo que “El procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario de las Administraciones Públicas”.

Por lo demás, las resoluciones del Director de la Agencia en materia sancionadora agotan la vía administrativa y son susceptibles de recurso contencioso-administrativo, del que conocerá la Sala contenciosa-administrativa de la Audiencia Nacional por indicación del apartado 5 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa.

b) Resolución 596/2003, de 4 de noviembre

En esta Resolución, la AEPD establece que ha quedado acreditado el acceso sin ningún tipo de restricción a través de la página web de un Ayuntamiento de la provincia de Murcia a los Acuerdos adoptados por la Alcaldía (no a las actas de los órganos colegiados) que recogían el texto íntegro del mismo, con el nombre, DNI y domicilio de todas las personas que intervenían en el asunto sin que se hubiera procedido a la disociación de los datos.

Es cierto que la AEPD comprueba que los Acuerdos que más frecuentemente contienen datos personales son los relativos a:

aquellos adoptados en base a la tramitación de expedientes sancionadores;

los adoptados resolviendo expedientes promovidos por las diferentes solicitudes presentadas por los vecinos;

resoluciones en materia de personal del Ayuntamiento.

En el seno del expediente que se tramita ante la Agencia, el Ayuntamiento invoca los artículos 69 LRBRL¹⁵ y el artículo 229 ROF.

Por su parte, la AEPD, aun admitiendo que la normativa citada establece obligaciones de información pública a las Corporaciones Locales, mantiene que éstas han de coheretarse con las previsiones legales que limitan el acceso a la información contenidas en la propia LRBRL (art. 70.316) y en los artículos 35 y 37 de la LRJPAC, donde se establecen limitaciones para el acceso a archivos y registros públicos.

Además, invoca el artículo 7.5 LOPD, que califica como especialmente protegidos los datos personales relativos a la comisión de infracciones administrativas y el art. 10 LOPD que impone el deber de secreto respecto de la información de tal naturaleza.

Concluye estableciendo que las previsiones de la LOPD no pueden quedar enervadas por las obligaciones legales de carácter genérico alegadas por el Ayuntamiento, ya que tal criterio no sería acorde con la jurisprudencia constitucional relativa al derecho fundamental a la protección de datos, citando expresamente la STC 292/2000, de 30 de noviembre. Finalmente, considera que existe una infracción grave de la LOPD y requiere al Ayuntamiento para que adopte las medidas de orden interno que impidan que en el futuro pueda producirse una nueva infracción, con la advertencia de que de no hacerlo la Agencia podrá inmovilizar el fichero.

Pues bien, lo que aquí está diciendo la Agencia es que los Acuerdos y Resoluciones que contengan datos de carácter personal no se pueden publicar en la página web, destacando, eso

¹⁵ Este precepto establece que “Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local”.

¹⁶ Establece la protección de la intimidad como justificación, siempre motivada, para denegar o limitar el acceso a los acuerdos de las corporaciones locales y a sus antecedentes, y también a los archivos y registros de la corporación.

sí, que en especial no lo podrán ser los que resuelvan expedientes sancionadores, en materia de personal o en solicitudes presentadas por los vecinos.

Olvida obviamente que la normativa de régimen local, como ya se ha visto, ordena la publicación de determinados Acuerdos corporativos.

c) Informe del Gabinete Jurídico núm. 0660/2008 (también el 526/2009, y el 202/2009)

Ante la cuestión de si pueden incluirse en la página web del Ayuntamiento las actas de las sesiones plenarias, dice que a esta cuestión se ha referido la Agencia en diversos informes, por todos ellos el de 20 diciembre de 2004 al que se remite.

Comienza diciendo que "(...) la publicación en internet de los datos contenidos en las actas de los Plenos y Juntas de Gobierno del Ayuntamiento constituye una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 j) de la Ley Orgánica 15/1999 como "Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado".

Señala a continuación la regla general de la necesidad de consentimiento del afectado para la cesión de los datos, y la excepción: no será necesario el consentimiento de los afectados cuando la comunicación se encuentre amparada por una norma con rango de ley [artículo 11.2 a)] o cuando se refiera a datos incorporados en fuentes accesibles al público [artículo 11.2 b)].

Seguidamente, respecto de la publicidad de las actividades municipales, invoca el artículo 70 LRBRL, en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, precepto que transcribe íntegramente, y que ahora reproducimos parcialmente en aquello que interesa:

"1. Las sesiones del Pleno de las corporaciones locales son públicas. No obstante, podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta.

No son públicas las sesiones de la Junta de Gobierno Local.

2. Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley (...)"

Pues bien, afirma la Agencia que del tenor del precepto transcrito se desprende que la Ley determina la publicidad del contenido de las sesiones del Pleno, y en ningún caso de la Junta de Gobierno, añadiendo el régimen de publicación en los Boletines Oficiales de los acuerdos adoptados.

Partiendo de estas premisas, concluye de la siguiente forma: "De este modo, únicamente sería conforme con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 la comunicación de datos, mediante su inclusión en Internet, cuando dichos datos se refieran a actos debatidos en el Pleno de la Corporación o a disposiciones objeto de publicación en el correspondiente Boletín Oficial, dado que únicamente en estos supuestos la cesión se encontraría amparada, respectivamente, en una norma con rango de ley o en el hecho de que los datos se encuentran incorporados a fuentes accesibles al público

En los restantes supuestos, y sin perjuicio de lo dispuesto en otras Leyes, la publicación únicamente sería posible si se contase con el consentimiento del interesado¹⁷ o si los datos no pudieran en ningún caso, vincularse con el propio interesado (...)"

Como se ve, el criterio es muy diferente al mantenido en la Resolución 596/2003, y viene a significar en la práctica que el art. 70.1 LRBRL establece una habilitación legal genérica para la publicación de las actas, en tanto que las sesiones son públicas. Eso es lo que parece desprenderse de la expresión "cuando dichos datos se refieran a actos debatidos en el Pleno de la Corporación (...) dado que (...) en estos supuestos la cesión se encontraría amparada (...) en una norma con rango de ley", ley que no puede ser otra que la citada Ley de Bases, pues en un Pleno esencialmente se hace eso, debatir, deliberar, votar y adoptar acuerdos, de manera que cuesta ver qué otros "restantes supuestos" son aquellos en que los datos no pueden publicarse

¹⁷ El subrayado y la negrita son nuestros.

sin consentimiento del afectado. Podríamos situar aquí aquellos supuestos en los que en el Pleno se da cuenta de determinados Acuerdos adoptados por el presidente de la Corporación que ni van a ser debatidos ni la norma prevé la publicación del mismo.

5. POSICIÓN DE LA AGENCIA CATALANA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Al igual que la AEPD, la Agencia Catalana de Protección de Datos (en adelante APDCAT) se configura como una autoridad administrativa independiente, designada por el Parlamento, que vela por la garantía del derecho a la protección de datos personales en este caso en el ámbito de las competencias de la Generalitat. Fue creada por la Ley 5/2002, de 19 de abril, y cuenta con un Estatuto aprobado por el Decreto 48/2003, de 20 de febrero.

Las resoluciones que en materia sancionadora adopte el Director de la APDCAT agotan la vía administrativa (art. 17.2 Ley 5/2002), y son susceptibles de recurso contencioso administrativo del que conocerá la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

a) La Recomendación 1/2008

Esta Recomendación no nace con la vocación de innovar el ordenamiento jurídico, sino con la de recordar los principios aplicables más relevantes en la difusión de información a través de internet, y en concreto dar unas pautas de actuación para los problemas detectados cuando se difunden datos de carácter personal a través de las webs y las sedes electrónicas de las Administraciones Públicas de Cataluña, y también en la publicación en diarios y boletines oficiales de Cataluña.

a.1) Por una parte, podríamos destacar los siguientes principios o criterios generales [que luego nos servirán de parámetro para el supuesto específico que nos ocupa en este trabajo]:

Internet y la sede electrónica de las instituciones públicas no tienen, por sí mismas, la consideración de fuentes accesibles al público.

Recomienda a las entidades responsables de los ficheros que contengan datos personales, llevar a cabo un análisis previo de la información que se pretende difundir, para evitar que tal difusión que contenga aquellos datos fuera de los supuestos legalmente previstos.

Se publicará la información que sea idónea y imprescindible para conseguir la finalidad perseguida, evitando dar publicidad a datos excesivos o innecesarios (principio de calidad), lo que implica también que la difusión de los datos sea delimitada temporalmente al período de tiempo necesario para conseguir la finalidad que justifica la publicación.

En los supuestos en que no se cuente con una cobertura legal que justifique la publicación, o en aquellos en que se pueda conseguir la finalidad perseguida sin la publicación de datos de carácter personal, se recomienda valorar la posibilidad de hacer la difusión de manera anonimizada (indicando a los interesados cómo pueden acceder al contenido completo del acto o de la información), o bien utilizar un sistema de acceso restringido.

Informar de la posibilidad del ejercicio, por parte del titular de los datos, de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos personales objeto de difusión, la forma que pueden ejercerse y el órgano ante el que se puede hacer (son los derechos llamados de habeas data), para que la persona pueda ejercer un control efectivo de los mismos que, recordemos, es la esencia del derecho fundamental a la protección de datos.

a.2) Por otra parte, dedica un apartado específico, entre otros supuestos, a la difusión de las actas de las sesiones de órganos colegiados.

Dispone que, sin perjuicio del régimen legal aplicable a la publicación de los actos y acuerdos que se adopten, respecto de las sesiones (que normalmente son públicas) de tales órganos “hay que evitar la difusión cuando contenga datos de carácter personal diferentes a la identificación de los miembros que formen parte de los mismos, del funcionario que levanta acta de la sesión o de las otras personas que intervienen por razón del cargo, excepto que una ley lo autorice”; faltaría aquí añadir que y salvo que los datos sean recogidos de una fuente accesible al público.

b) Informe 4/2008 (también el 13 y 15/2008, y el 36/2009)

b.1) vinculación entre publicidad de las actas y régimen de acceso a los archivos y registros corporativos

Aquí la Agencia parte de reconocer, como ya lo hizo la Resolución 596/2003 de la AEPD, que las Corporaciones Locales han de facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de los ciudadanos en la vida local (art. 69.1 LRBRL y art. 154.1 LMRLC).

Ahora bien, esta previsión genérica aparece matizada por la propia LMRLC (art. 155.2) cuando dispone la necesidad de que para obtener copias de los acuerdos corporativos y de sus antecedentes es necesario acreditar la condición de interesado en el procedimiento¹⁸; que para consultar la documentación, los archivos y los registros corporativos, es necesario que la documentación tenga la condición de pública o se acredite un interés directo en el asunto (salvo que se trate de documentación histórica); y que el acceso de los ciudadanos a la documentación municipal queda limitado en todo aquello que afecte a la intimidad de las personas (art. 155.3 LMRLC).

E, inevitablemente, como también hizo la Resolución 596/2003 de la AEPD 596/2003, esta limitación no es sino una manifestación en materia de régimen local del régimen general del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos reconocido en el art. 105. b) CE y desarrollado de manera limitada por el legislador en el art. 37 de la LRJPAC19.

Se podría decir, arguye, que el acceso a la documentación municipal no se configura como un derecho absoluto, sino que su ejercicio queda sometido a la previa acreditación de un interés legítimo. No se trata, en definitiva, de un acceso a una publicidad generalizada, sino limitada a unos supuestos concretos.

Viene a considerar que las actas, en efecto tienen la consideración de instrumento público solemne, pero no dejan de ser, dice, “un documento municipal y, como tal, estarán sometidas al régimen de acceso a los documentos administrativos previsto en la normativa aplicable”, de manera que si el ciudadano quiere conocer el contenido de las actas de los órganos colegiados deberá someterse a los requisitos previstos en los citados art. 155.2 LMRLC y art. 37 LRJPAC.

En base a ello, concluye la Agencia que no tendría sentido establecer un sistema que requiera acreditar un determinado interés para acceder a la documentación de un expediente y a la vez permitir que las actas de las sesiones donde sea debatido aquel asunto sean expuestas al público de forma indiscriminada.

b.2) posibilidad de publicar las actas en la web municipal anonimizando los datos personales

En línea con lo apuntado por la Recomendación 1/2008, la APDCAT recuerda que, no obstante lo dicho anteriormente y con la intención de conciliar la transparencia administrativa y la protección de datos personales:

¹⁸ Aquí, como la propia dicción del precepto dice, el concepto de interesado será el que establece la legislación sobre procedimiento administrativo general.

¹⁹ Para tener derecho de acceso a un documento es necesario cumplir los siguientes requisitos conjuntamente: el documento debe formar parte de un expediente que se encuentre en un archivo administrativo; el expediente debe corresponder a un procedimiento; y el procedimiento debe estar terminado.

Establece, además, reglas específicas tales como que “*el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas*” (art. 37.2); cuando se trate de documentos nominativos podrán acceder quienes ostenten un interés legítimo y directo (art. 37.3). O también que el derecho de acceso “*podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección (...) debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada*”.

cabe la posibilidad de difundir el contenido de las actas a través de la web municipal llevando a cabo la anonimización de los datos personales que aparezcan de forma que no hagan identificables a las personas afectadas, o bien que dichos datos se incorporen mediante anexos que no sean objeto de publicación. En estos casos, la difusión por Internet no supone ningún conflicto con la normativa de protección de datos.

que sí se podrán publicar, y no será necesario anonimizar, los nombres, apellidos y el cargo de los concejales de la Corporación y del secretario municipal, y lo argumenta de la siguiente manera: “El carácter electivo de los miembros de la corporación y las funciones que tienen atribuidas llevan aparejada una necesidad de publicidad de su actuación que hace que la inclusión de sus datos en las actas, en tanto que concejales, no plantee problemas desde el punto de vista de la protección de datos a la hora de difundir su contenido”; y el mismo criterio vale para el secretario “en especial por su condición de fedatario público de los actos de la corporación”.

Pues bien, frente al criterio sostenido por la APDCAT se han levantado diversas voces en el mundo local. En ocasiones haciendo una interpretación parcial de este criterio, por ejemplo se ha mantenido que lo dice la APDCAT es que, al tener las actas la consideración de documento administrativo y estar sometido al régimen general de acceso a los archivos y registros administrativos, se imposibilita su publicación en la web corporativa.

Califican esta visión como excesivamente legalista y que contrasta con la realidad de muchos entes locales de Cataluña que publican las actas de las sesiones de sus Plenos, en un ejercicio de transparencia administrativa y de responsabilidad política.

Como ya hemos visto, lo que la APDCAT mantiene es que, en defecto de consentimiento o de autorización legal de la cesión, la publicación ha de ser disociada, no que quede vedada la publicación.

6. INICIATIVAS LEGISLATIVAS PROYECTADAS

Decíamos anteriormente que la legislación no prevé la publicación o la difusión de las actas del Pleno, pero que sí se habían tomado determinadas iniciativas. Es lo que se está llevando a cabo al menos desde el Govern de la Generalitat, por un lado, con el Anteproyecto de la ley de gobiernos locales de Cataluña viene a establecer que las actas de las sesiones de los órganos colegiados son públicas, y que la publicación del acta en la sede electrónica del ente local ha de velar por el respeto a los derechos protegidos constitucionalmente y en especial la protección de datos, el honor y la intimidad.

Entiendo que no aporta nada nuevo, en tanto que las actas siempre han tenido la consideración de instrumento público solemne; y sí, ciertamente abre la posibilidad de su publicación en la sede electrónica del ente local pero con la cautela de velar por el respeto a otros derechos constitucionales, con lo que el conflicto de derechos sigue en pie.

Y por otro lado, con el Proyecto de Ley del uso de medios electrónicos en el sector público de Cataluña, actualmente en trámite parlamentario, cuando en el apartado segundo del artículo 11, bajo la rúbrica “Información general”, dispone que:

“Las entidades locales han de publicar en la web de la corporación las actas de las sesiones del pleno. En su publicación se tendrán en cuenta los principios y garantías establecidas por la normativa de protección de datos y de protección del derecho al honor y a la intimidad. A estos efectos, se podrán incluir datos de carácter personal sin contar con el consentimiento de la persona interesada, cuando se trate de datos referentes a actos debatidos en el Pleno de la Corporación o a disposiciones objeto de publicación en el correspondiente boletín oficial. En el resto de supuestos, la publicación únicamente es posible si se cuenta con el consentimiento del interesado o los datos no pueden, en ningún caso, vincularse con el propio interesado”.

Nótese que el redactado de este último precepto coincide literalmente con el criterio que exponía la AEPD en el informe de su Gabinete Jurídico núm. 0660/2008 a que antes aludíamos. Esto es, viene a significar una suerte de habilitación legal genérica, si bien siempre teniendo en cuenta los principios y garantías de la normativa de protección de datos.

7. LÍMITES A LA HABILITACIÓN LEGAL DEL ART. 70.1 LRBRL

a) naturaleza del medio de difusión como circunstancia a ponderar en la resolución de conflictos de derechos fundamentales

Ya hemos visto el criterio de los proyectos legislativos, en la línea de lo sostenido por la AEPD: el art. 70.1 LRBRL contiene una habilitación legal genérica para poder publicar las actas del Pleno, sin perjuicio de la existencia de otros supuestos, que no concretan, en que no sería posible la publicación a no ser que se cuente con el consentimiento del afectado.

Los defensores a ultranza del principio de transparencia mantienen que toda información que se encuentra en manos de las Administraciones Públicas se halla en su poder debido a las funciones públicas que realizan, por lo que el interés público siempre existe. Para ellos, en consecuencia, la habilitación legal del 70.1 LRBRL no admitiría excepciones.

Ahora bien, la cuestión es la siguiente, ¿el hecho de que sean públicas las sesiones significa que su difusión a través de la sede electrónica puede ser indiscriminado? A mi juicio, cuando menos admite no pocos matices, esencialmente porque la afectación del derecho de protección de datos puede ser mayor teniendo en cuenta que los motores de búsqueda de Internet, basados en la indexación de los contenidos de diarios oficiales y páginas web, hacen posible la captura masiva de información personal, el establecimiento de perfiles de las personas –con la conexión de datos que aisladamente considerados puede parecer insignificantes-, o la generación de bases de datos privadas. Y además porque la publicación en Internet significa la exposición temporal indefinida de los datos.

Dicho en otras palabras: la publicación en Internet multiplica hasta el infinito la posibilidad de tratamientos e incrementa el nivel de riesgo²⁰. Si el derecho fundamental a la protección de datos surgió para limitar el uso de la informática, se impone adaptar dicho derecho fundamental a los riesgos que suponen los tratamientos masivos de información personal a través de las interconexiones de bases de datos y la publicación de datos personales en Internet.

b) el principio de calidad y el de proporcionalidad en la publicación de información administrativa

En cualquier caso, podrá existir una habilitación legal para el acceso a información o para su publicación que sirva para eludir la necesidad de consentimiento del interesado, pero no para eludir la vigencia del llamado principio de calidad (art. 4 LOPD), que ha de respetar la publicación en tanto que tratamiento o cesión masiva de datos.

El principio de calidad exige que el tratamiento de datos personales sea adecuado, pertinente y no excesivo en relación con la finalidad perseguida por aquella publicación, esto es, que no se han de

²⁰ Las características del medio de difusión viene siendo tenido en cuenta por la jurisprudencia más reciente a la hora de ponderar el conflicto planteado entre determinados derechos o libertades (información, sindical, etc.) y el derecho de protección de datos. Así, la **SAN de 8 de julio de 2009** enjuicia el supuesto en que un sindicato publica en la página web de su sección sindical del Ayuntamiento de Madrid un documento, relacionado con asuntos de personal, en el que aparecen los nombres, apellidos y condición de Agente de movilidad y número de carné profesional del denunciante, sin disponer de su consentimiento; planteado el conflicto entre el derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos, la Sala realiza las siguientes consideraciones: "(...) se publican en una página web en Internet y la publicación en dicha red no es idónea, necesaria ni proporcionada para mantener informados a los trabajadores en aquellas cuestiones que directa o indirectamente puedan repercutir en las relaciones laborales", y continua diciendo: "Si la información en cuestión se hubiera publicado en la intranet corporativa, al a vista de las circunstancias concurrentes, no se habría apreciado vulneración del derecho a la protección de datos". Y concluye con lo siguiente: "a la vista de las circunstancias concretas concurrentes, considera la Sala que el derecho a la libertad sindical se puede satisfacer plenamente sin necesidad de publicar en Internet los datos personales del denunciante, por lo que la citada publicación no puede ampararse bajo el ropaje del citado derecho de libertad sindical"; añadiendo finalmente que "la información publicada carece de relevancia pública e interés general, que son los factores predominantes que toma en consideración el Tribunal Constitucional para otorgar preferencia al derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos constitucionales".

dar datos excesivos o innecesarios. Además, este principio obliga a cancelar la información cuando haya dejado de ser necesaria o pertinente para la finalidad. El problema es que el legislador no prevé esta cancelación.

Como tampoco prevé los concretos datos personales que deben hacerse públicos. Esto obliga a tener especialmente presente la aplicación de otro principio: el de proporcionalidad. Hay que recordar, llegados a este punto, que la propia Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante LAECSP) establece como principio general de la utilización de las tecnologías de la información por parte de las Administraciones Públicas el respeto “al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la LOPD”, indicando también la relevancia del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, la necesidad de que la publicación de datos personales respete el principio de proporcionalidad choca con el hecho de que la Administración ha pasado, por un lado, a publicar en Internet lo que antes hacía en un tablón de anuncios, y por otro lado, sigue enviando al boletín oficial una información que antes en papel a los pocos días no era localizable y se restringía a un ámbito territorial, y ahora se encuentra fácil, permanente y universalmente accesible a través de los buscadores de Internet²¹.

La publicidad permanente es una intromisión continuada en el derecho fundamental a la protección de datos personales. Por ello, los órganos administrativos que ordenan la publicación de una información deberían fijar también el plazo necesario de publicación, transcurrido el cual debe bloquearse y cancelarse²². Y por supuesto adoptar u ordenar las medidas tecnológicas adecuadas para llevarlo a efecto.

Esto no ocurre únicamente con los boletines oficiales, que como ya ha quedado dicho no deja de ser una fuente accesible al público a los efectos de posibilitar la cesión de datos personales, sino que ese efecto multiplicador de los buscadores –Google o Yahoo son los más conocidos pero hay muchos más- se produce respecto de la publicación de información en la web municipal. Estos buscadores revisan las páginas de Internet cada cierto tiempo para indexar su contenido y actualizarlo si se han producido cambios, llevando a cabo un tratamiento en la llamada memoria caché y almacenando una colección de información –un diccionario- que facilita y agiliza búsquedas.

De manera que, parece lo más razonable que sean tanto los diarios oficiales como las Administraciones Públicas implicadas quienes deban poner en práctica las medidas técnicas y organizativas que impidan el tratamiento automatizado de los datos personales por todos los buscadores.

Es importante tener en cuenta que, frente a los interesados que puedan ejercer el derecho de rectificación, cancelación y oposición respecto de sus datos, el responsable principal es la Administración Pública, en concreto el órgano administrativo que aprueba la disposición o el acto y que ordena la publicación de la información y que determina si se dan los supuestos de publicación previstos en la LRJPAC o en otra norma sectorial; no el buscador.

²¹ A ello debe añadirse la circunstancia de que a partir del 30 de junio de 2007 la edición digital del Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya se ha convertido en la única versión con carácter oficial.

²² La cancelación no implica necesariamente la supresión de la información, sino también el bloqueo de la misma. En este sentido, el art. 16.3 LOPD señala que “la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión”. El bloqueo de la información no supone la supresión de la información, ni la modificación de su contenido, ni que ésta pierda su autenticidad y oficialidad. El bloqueo de datos publicados en el boletín oficial se hace especialmente necesario en aquellos casos en que la notificación de una sanción administrativa impuesta a una persona física se haya practicado en el Boletín Oficial de la Provincia, al no haberse podido practicar la notificación personal, de manera que procedería tal bloqueo transcurrido un cierto tiempo cuando ya la publicación haya dejado de cumplir su finalidad, mediante las oportunas órdenes del órgano administrativo al diario oficial.

No se puede exigir responsabilidad al buscador por encontrar una información que la Administración mantiene publicada y que se niega a suprimir en la página de Internet, a bloquear en el boletín o a limitar la posibilidad de indexación. El buscador se limita a localizar una información que ya está siendo publicada²³.

En consecuencia, ese juicio de necesidad y de proporcionalidad del que hablamos tiene como objetivo que se alcance el interés público y el valor constitucional que demanda la publicidad con el menor nivel de injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales. Esto es, si publicando las actas del Pleno en la web municipal se busca ser transparente y responsable en el ejercicio de las funciones públicas para que el ciudadano conozca qué hace el Ayuntamiento en los Plenos, se ha de realizar sin publicar datos excesivos o que no aportan información adicional sobre el contenido del acta.

c) el modelo actual de acceso a los archivos y registros públicos

Ya hemos visto, al comentar el criterio seguido por la APDCAT, que el acceso a la información pública sin necesidad de acreditar un interés específico y la publicación de información a iniciativa de las Administraciones Públicas no tienen en la actualidad una clara acogida en la legislación española. No se trata, decíamos, de un acceso o una publicidad generalizada, sino limitada a algunos supuestos concretos.

Éste y no otro es el modelo actual de acceso a la información pública que, para muchos y tal vez no les falte razón, es totalmente insuficiente, siendo necesaria la promulgación de una ley que regule de forma integral una materia que actualmente aparece recogida en unos pocos preceptos (ya los hemos comentado: art. 37 LRJPAC con carácter general respecto de los archivos y registros administrativos, y art. 155 TRLMC con relación a la documentación corporativa, y algunos otros de carácter sectorial). Lo cierto es que la mayoría de los países integrantes de la Unión Europea –incluidos los de la antigua Europa del este– tienen aprobadas leyes de acceso a la información pública, antes incluso que leyes sobre protección de datos personales.

Conviene recordar que el art. 155.2 TRLMC, que habla de la publicidad de las actuaciones locales, requiere generalmente un interés legítimo para obtener copias y certificaciones de los acuerdos adoptados por las corporaciones locales y de sus antecedentes, así como para consultar la documentación, los archivos y registros de la Corporación. Y además que dicho derecho de acceso está limitado por la intimidad de las personas.

En este contexto, cobra cierto sentido la afirmación de la APDCAT cuando argumenta que no tendría sentido establecer un sistema que requiera acreditar un determinado interés para acceder a la documentación de un expediente y a la vez permitir que las actas de las sesiones donde sea debatido aquel asunto sean expuestas al público de forma indiscriminada.

d) un ejemplo paradigmático: la publicidad los datos personales que aparecen en las sentencias judiciales

Puede servir de referencia para el caso estudiado, la publicidad de los datos personales que aparecen en las sentencias judiciales. El hecho de que las sesiones de los juicios y las sentencias judiciales sean públicas –con las excepciones que se prevean en las leyes de procedimiento– y que las sentencias se pronuncien en audiencia pública (art. 120 CE), convendremos seguramente en que, aun existiendo un claro interés público en esta cuestión, no justifica una publicación de nombres y apellidos en los repertorios jurisprudenciales y en los boletines oficiales.

²³ Este régimen de responsabilidad no es compartido por la AEPD, que en las Resoluciones R/01046/2007, de 20 de noviembre, R/00303/2007, de 25 de mayo, y R/00598/2007, de 27 de julio, obligaban a Google a dejar de indexar el nombre de una persona que aparecía en una sanción administrativa publicada en el Boletín Oficial de la Provincia. Pero exigir la cancelación a los buscadores no parece lo más razonable, ni lo más práctico cuando existen un número amplísimo de éstos, y muchos de ellos se encuentran fuera de España, de modo que difícilmente va a serle de aplicación la ley española o van a ser ejecutadas las resoluciones de las autoridades de protección de datos de España.

La posibilidad de excepcionar la publicidad íntegra de una resolución judicial ha sido recientemente incorporada al ordenamiento jurídico a través de la reforma realizada en el art. 266.1 LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que ha añadido en dicho precepto un párrafo segundo en el que se establece que “el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes”²⁴.

De este modo, si la finalidad de la publicación de las sentencias es dar a conocer la doctrina de los diferentes Tribunales, se puede alcanzar dicha finalidad respetando el principio de calidad y proporcionalidad con un menor nivel de injerencia. La transparencia y el control social de la actividad jurisdiccional se obtienen también aunque el acceso a los datos personales lo tengan principalmente aquellos que hayan sido parte en el procedimiento o puedan esgrimir un interés legítimo.

En fin, no parece existir una habilitación legal clara que permita la cesión en general de los datos personales que aparezcan en un acta de una sesión plenaria en beneficio del principio de transparencia administrativa. Ello nos va a obligar a llevar a cabo un ejercicio de ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, conforme a los principios de calidad y proporcionalidad propios de la normativa de protección de datos, como ya apuntaba la Recomendación 1/2008 de la APDCAT²⁵.

²⁴ Completa este argumento también la APDESP cuando dispone “*la finalidad que debe perseguir la creación de la base de datos será la de permitir al usuario acceder al conocimiento del modo en que el Tribunal Supremo o los restantes Juzgados y Tribunales han interpretado lo establecido en el ordenamiento jurídico, sin que sea dable que dicha finalidad pueda ser contemplada en un sentido más amplio, con la consiguiente cercenación de los derechos fundamentales de las personas que intervengan en el litigio, como sucedería si se conocieran los datos personales referidos a dichas personas, que en modo alguno aportan información adicional sobre el contenido jurídico de la sentencia*”.

Sin embargo, no es este el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuyo Reglamento de Procedimiento, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2005, establece, en su art. 47.3, que los demandantes que no deseen que su identidad sea revelada públicamente deberán solicitarlo y exponer las razones que justifiquen la excepción del principio general de publicidad del procedimiento y que el Presidente de la Sala sólo podrá autorizar el anonimato en casos excepcionales y debidamente justificados.

Tampoco es el criterio de nuestro Tribunal Constitucional, al menos con respecto a las Sentencias por él dictadas. La **STC 114/2006, de 5 de abril**, ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la publicidad de sus Sentencias, donde el recurrente solicitó expresamente al Tribunal que “*se procediera llevar a cabo la publicación e inserción de la Sentencia que se dictara, incluyendo en la misma, en Internet y en el Boe electrónico, únicamente sus iniciales, así como las de su ex esposa y demás personas que pudieron constar en la resolución*”. Pues bien, el TC recuerda que en virtud del art. 164.1 CE y del art. 86.2 LOTC existe una exigencia constitucional específica de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales del TC, que han de ser publicadas en el BOE, y afirma que la publicidad lo ha de ser de la resolución íntegra. Ahora bien, frente a ello se suele oponer –y a mi juicio con razón– que el principio de publicidad de las resoluciones del Alto Tribunal hace referencia, sobre todo, al conocimiento de su contenido en la medida en que incorpora la doctrina constitucional, lo que no exige el conocimiento universal de la identidad de las partes. Una cosa es que se de publicidad a la resolución íntegra y otra cosa distinta es que ésta necesariamente contenga la completa identificación de quienes hayan sido parte en el proceso constitucional respectivo. Por tanto, la disociación de los datos personales de las partes en las resoluciones del Tribunal Constitucional en nada quebranta el principio constitucional de máxima difusión de sus resoluciones.

²⁵ También la jurisprudencia se ha hecho eco de la presencia de estos principios en la resolución de conflictos de derechos fundamentales; así la **SAN de 17 de julio de 2008**, que da la razón al Ayuntamiento recurrente –contra la sanción impuesta por la APDESP– que reveló públicamente los nombres de los miembros de una Asociación vecinal con participación activa en la vida municipal que venían interponiendo numerosos recursos administrativos contra decisiones del Alcalde; señala la Sala como consideración

8. CRITERIOS PROPUESTOS PARA PERMITIR LA PUBLICACIÓN DE LAS ACTAS PLENARIAS EN LA WEB INSTITUCIONAL

Recordemos que el objetivo es que los ciudadanos conozcan los asuntos que se tratan, las deliberaciones de los miembros electos, el sentido de su voto y en definitiva qué hace el Ayuntamiento, y ello sea así con el menor nivel de injerencia en la protección de datos personales y sin que la publicación pierda su finalidad.

Las reglas podrían ser las siguientes:

1. Se podrán publicar íntegramente las actas del Pleno (y las de otros órganos del ente local cuyas sesiones sean públicas), cuando no contengan datos de carácter personal, o los únicos datos de tal naturaleza que aparezcan sean el nombre, apellidos y el cargo de los concejales o el nombre y apellidos del secretario de la Corporación.

Podríamos situar en estos supuestos, en realidad la mayoría del listado de materias que establece el art. 22.2 LRBRL como competencias del Pleno, todas ellas de indudable interés general (la aprobación de una ordenanza o un reglamento, la aprobación del presupuesto, de la forma de gestión de los servicios, los acuerdos relativos a la participación en organizaciones supramunicipales, la determinación de los recursos propios de carácter tributario, etc.).

2. Se podrán publicar también íntegramente, y sin que comporte conflicto con la normativa de protección de datos, aquellas actas que contengan datos personales siempre que:

2.1 exista consentimiento del titular del dato

Cabe precisar que por consentimiento del interesado ha de entenderse toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen [art. 3.h) LOPD].

No nos vamos a entretener ahora en la forma de recabar dicho consentimiento, pero, partiendo del hecho de que ha de ser inequívoco, específico e informado, cabe hacer mención a aquellos supuestos en que la norma prevé que el interesado que se dirige a la Administración pueda exigir la confidencialidad de los datos. Es el caso, por ejemplo, del art. 4.4 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 noviembre, reguladora del derecho de petición²⁶.

Pues bien, aquí la Administración, al acusar recibo, ha de informar al peticionario o denunciante de que si no se pronuncia expresamente se entenderá que sus datos pueden ser cedidos o publicados (en el caso del derecho de petición, el órgano administrativo tiene la facultad de insertar la contestación en el diario oficial).

Y en otros supuestos, el deber de confidencialidad viene impuesto de manera directa a las Administraciones Públicas por la norma, así el art. 13 de la Ley 10/1997, de 3 de julio, de renta mínima de inserción de Cataluña obliga a todos los organismos que intervengan en cualquier actuación referente a la renta mínima de inserción a velar por el mantenimiento de la reserva sobre los datos confidenciales e identidad de los destinatarios de tales rentas.

2.2 cuando una norma con rango de ley habilite para la cesión de los datos

general que *“Este derecho a la libertad de información puede entrar en conflicto con otro derecho fundamental, como es el derecho a la protección de datos, conflicto que deberá resolverse como señala la STC 57/2004, de 19 abril 2004, conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y de la ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, a lo que hay que añadir desde los principios de adecuación, pertinencia y congruencia recogidos en el artículo 4 de la LOPD”*; y ya aplicada al caso enjuiciado establece que *“debe prevalecer en el presente caso el derecho a la libertad de información, pues la información transmitida es veraz, no es infundada y tiene relevancia pública para explicar a los ciudadanos un asunto que les afecta, en una localidad pequeña”*.

²⁶ En idéntico sentido, el art. 4.3 del Decreto 21/2003, de 21 de enero, por el cual se establece el procedimiento para hacer efectivo el derecho de petición ante las administraciones públicas catalanas. Se trata de peticiones gratias, no fundadas en un derecho subjetivo o en una norma previa habilitante.

los supuestos en que la norma prevea la publicación de un Acuerdo o Resolución debatido y adoptado en el Pleno (por ejemplo, los relativos a la contratación cuando el Pleno actúe como órgano de contratación, los de adjudicación de concesiones sobre bienes de la Corporación, los de adquisición de bienes inmuebles y otros derechos sujetos a la legislación patrimonial, así como la enajenación del patrimonio).

aquellos ámbitos sectoriales donde exista un claro interés público y donde la publicidad de la actividad administrativa se prevea por la norma como mecanismo de control social, como el urbanismo²⁷ (por ejemplo, los nombres de propietarios que han de hacer frente obligados al pago de cuotas urbanísticas), o el medio ambiente²⁸.

2.3 cuando los datos sean recogidos [o vayan a ser incorporados a] de una fuente accesible al público

Es el caso de los diarios y boletines oficiales. Piénsese en todos aquellos datos que aparezcan en Acuerdos o Resoluciones que haya adoptado el Pleno -o que haya adoptado el presidente de la corporación y de los que se haya dado cuenta en la sesión plenaria o hayan de ser ratificados en ésta (así, entre otros, los relativos al otorgamiento de licencias, o a subvenciones)-, que por prescripción legal hayan de ser publicados en el boletín oficial.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la norma puede prever la publicidad de determinadas resoluciones con carácter general, pero establecer al mismo tiempo excepciones a dicha publicidad. Es el caso, por ejemplo, del art. 18 de la Ley 38/2003, de 17 noviembre, general de subvenciones, que dispone la publicidad de la concesión de las subvenciones, bien en el diario oficial, en el tablón de anuncios o bien en la web municipal, pero recoge una serie de supuestos en que no será necesaria y entre ellos [art. 18.3.d)] “cuando la publicación de los datos del beneficiario en razón del objeto de la subvención pueda ser contraria al respeto y salvaguarda del honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas (...)”.

3. En el resto de supuestos en que la cesión de datos no esté permitida, se podrá publicar suprimiendo o anonimizando los datos, esto es, y como dice la LOPD, llevando a cabo la disociación de los mismos de forma que la información contenida en el acta no se pueda asociar a una persona identificada o identificable.

Podríamos situar aquí aquellos supuestos en los que en el Pleno se da cuenta de determinados Acuerdos adoptados por el presidente de la Corporación que ni van a ser debatidos ni la norma prevé la publicación del mismo. Ejemplo: el supuesto (real) de una Corporación local en la cual se da cuenta al Pleno de la terminación convencional de una reclamación de responsabilidad patrimonial acordada por Decreto del presidente, apareciendo en el acta el nombre y apellidos del reclamante.

Pues bien: no se trata de un Decreto que haya de ser objeto de publicación sino de notificación personal al interesado; no es un acto debatido en el Pleno; no existe una norma con rango de ley que autorice la cesión de los datos; no se trata de un asunto con un claro interés general. ¿Se han de disociar esos datos? Sí, por aplicación del principio de calidad, son datos excesivos.

El acceso a la información pública no tiene por qué producirse en su integridad si se puede alcanzar igualmente el interés público con accesos parciales y con una menor injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales.

Esta práctica de comunicar el contenido de documentos de forma parcial no ha de ser considerada como una limitación del derecho de acceso a la información o del principio de

²⁷ El art. 98 del Texto Refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, establece la publicidad del planeamiento urbanístico y de los convenios urbanísticos. No obstante, en algunos casos se podrá valorar si la publicación de datos personales son o no excesivos, así cuando se presentan alegaciones en el trámite de información pública de un instrumento de gestión urbanística, podría resultar excesivo (principio de calidad) publicar también el nombre y apellidos de quien alega.

²⁸ En esta materia existe incluso una ley específica, la Ley 27/2006, de 18 julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

transparencia administrativa, sino como la única manera de hacerlo compatible con la normativa de protección de datos.

Y en cualquier caso, parece preferible publicar un dato disociado aun cuando podríamos haberlo hecho sin disociar, que publicar sin anonimizar un dato que no se podía haber publicado.

Sería conveniente, por lo demás, que cuando se disocien los datos se indique que se realiza en cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Y en especial, la información que se da a través de la web municipal deberá disociarse en determinados supuestos concretos donde quedan afectados derechos subjetivos de particulares o de personal dependiente del ente público, como por ejemplo y sin perjuicio de que puedan existir otros:

3.1 expedientes sancionadores en materia de personal

Como regla general, es cierto que la potestad sancionadora del personal del ente público de que se trate recae en su presidente, si bien hay dos supuestos en que el presidente ha de dar cuenta al Pleno [art. 21.1.h) LRBRL]: cuando decreta la separación del servicio de un funcionario, y cuando la sanción sea el despido de personal laboral, sin perjuicio de aquellos otros supuestos sancionadores en que igualmente se da cuenta al Pleno y por tanto los datos personales puedan aparecer en el acta.

Pues bien, aquí se han de disociar los datos.

3.2 sanciones administrativas

Como norma general, las sanciones impuestas por infracciones administrativas previstas en la legislación sectorial son objeto de notificación personal al interesado, no de publicación. Por tanto, cualquier referencia que en el acta pueda hacerse a las mismas²⁹ y a los datos del infractor se ha de disociar.

Sin embargo, en ocasiones, la publicación de la sanción está expresamente prevista por la ley sectorial como una sanción o pena accesoria, que tiene como justificación añadir a la propia sanción el reproche social que supone aquella publicación, aunque su imposición se suele prever como una facultad del órgano sancionador³⁰. En estos casos, no habrá necesidad de disociar los datos personales.

3.3 declaración de lesividad y ejercicio de acciones judiciales y administrativas en materias de competencia plenaria con terceros afectados

Si bien es cierto que tanto la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento³¹, como el ejercicio de acciones –en materias de competencia plenaria- son competencias del Pleno, y sobre ellas existirá un debate y una votación que darán lugar a un Acuerdo, entiendo que la publicidad de esta información en el acta debe respetar el principio de calidad que prohíbe los tratamientos

²⁹ Habitualmente, la potestad sancionadora en el ámbito local va a pertenecer al presidente del ente, salvo determinados supuestos en que la ley sectorial correspondiente la otorgue al Pleno [así, el art. 214.1.b) de la Ley de Urbanismo de Cataluña otorga al Pleno del Ayuntamiento la competencia para resolver los expedientes sancionadores por infracciones muy graves], en cuyo caso, aunque se trate de un asunto debatido en dicho Pleno, entiendo que se han de disociar los datos en aplicación de los principios de calidad y de proporcionalidad.

³⁰ Así, entre otras y sin ánimo de ser exhaustivo, la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de espectáculos y las actividades recreativas en Cataluña en su art. 53 habla de la facultad de publicitar la infracción “por razones de ejemplaridad”; el art. 83.1.5) de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades en Cataluña; el art. 99.4 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales de Cataluña; o el art. 29.1.5º de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido.

³¹ Recordemos que se trata de la declaración de lesividad de actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el art. 63 LRJPAC. Piénsese, por ejemplo, en una resolución que acordó hace unos años conceder una determinada retribución a un funcionario del ente local y en un determinado momento se insta la declaración de lesividad porque la concesión de la retribución no tenía fundamento legal. En otros supuestos, puede concurrir un interés público que fundamente su publicación.

excesivos y el derecho a la intimidad de las personas, de manera que sería conveniente, como norma general, disociar los datos de las personas físicas afectadas.

No obstante, en ocasiones puede concurrir un interés público en que se publiciten el nombre de quien mantiene un contencioso con el Ayuntamiento, por ejemplo de quien ha interpuesto de forma contumaz numerosos pleitos contra el ente local, o si por razón de la materia existe un claro interés público o interés de la comunidad local³².

En fin, como hemos podido ver, existe una gran dificultad para establecer unos criterios comunes y generales en orden a conciliar aquellos dos derechos fundamentales, siendo necesario en no pocas ocasiones realizar un ejercicio de ponderación en orden a determinar la prevalencia de uno u otro.

Tal vez dicha dificultad podría aligerarse con una ley que configure un modelo de acceso a información pública que delimite los distintos supuestos, que diferencie entre la información que debe ofrecer la información de oficio y aquella que es consecuencia de petición de los ciudadanos, que fije unos mínimos de transparencia y unos máximos de información sometida a reserva, y que por supuesto tenga en cuenta la potencialidad de Internet como medio de publicación de la información administrativa.

Se hace necesaria, en definitiva, la implantación de unos criterios que acompasen el nivel de intromisión en el derecho fundamental a la protección de datos –por la forma de publicidad, por el dato al que afecta o por el plazo de cancelación- a los valores constitucionales e intereses públicos que justifican la transparencia administrativa. Siendo una de las cuestiones más trascendentales establecer una limitación temporal de las publicaciones en boletines oficiales o en páginas web institucionales.

Y para ello, parece lo más adecuado disponer de una legislación que tenga una visión integral y conectada de ambos derechos fundamentales.

Barcelona, 7 de mayo de 2010

³² Es el caso, por ejemplo, del supuesto ya comentado de la **SAN de 17 de julio de 2008**, que da la razón al Ayuntamiento recurrente –contra el requerimiento de cesación impuesto por la AEPD- que reveló públicamente los nombres de los miembros de una Asociación vecinal con participación activa en la vida municipal que venían interponiendo numerosos recursos administrativos contra decisiones del Alcalde.

**LLEI 20/2009, DE 4 DE DESEMBRE, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE
LES ACTIVITATS (publicada en el DOGC 5524 de data 11 de desembre de 2009).
NOVETATS EN RELACIÓ AMB LA LLEI 3/1998, DE LA INTERVENCIÓ INTEGRAL
DE L'ADMINISTRACIÓ AMBIENTAL**

Lluís Laguna,
Sotsdirector general de Qualitat Ambiental
Departament de Medi Ambient i Habitatge
Generalitat de Catalunya



Generalitat de Catalunya
Departament de Medi Ambient i Habitatge
Direcció General de Qualitat Ambiental

LLEI 20/2009, DE 4 DE DESEMBRE, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

(publicada en el DOGC 5524 de data 11 de desembre de 2009)

**NOVETATS EN RELACIÓ AMB LA LLEI 3/1998, DE LA
INTERVENCIÓ INTEGRAL DE L'ADMINISTRACIÓ
AMBIENTAL**

Seminari de Dret Local. FMC

7 de maig de 2010



LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

Objectius (I):

- ✓ Refondre en una sola legislació catalana el conjunt de legislació estatal bàsica que desenvolupa les directives europees de prevenció i control integrats de la contaminació, avaluació d'impacte ambiental i de garantia del dret d'informació i participació pública en matèria ambiental.
- ✓ Delimitar l'àmbit mediambiental de la llei per tal de modificar el model intervencionista de la Llei 3/1998, d'IIAA.
- ✓ Homogeneïtzar els règims d'intervenció i de control en relació a la legislació i a la incidència ambiental
- ✓ Simplificar els règims d'intervenció i control, i de la documentació. Ampliar les activitats del règim de comunicació i dels règims d'intervenció simplificats.
- ✓ Disminuir els costos de les autoritzacions o llicències i dels controls associats al medi ambient.
- ✓ Definir un model amb major responsabilitat dels titulars de les activitats i dels tècnics.

LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

Objectius (II):

- Estratègia del Consell d'Europa de Lisboa de l'any 2000, amb la necessitat de reducció de càrregues administratives.
- Entrada en vigor de la Directiva europea 2006/123/CE, de 12 de desembre, relativa al mercat interior, que obliga a adequar la legislació que afecta a les autoritzacions d'activitats econòmiques (28-12-2002).
- Compliment del Pla de mesures per a la facilitació de tràmits a l'activitat econòmica i empresarial i simplificació administrativa, aprovat pel Govern el mes de juliol de 2007, i en l'Acord Estratègic 2008-20011 per a la internacionalització.
- La simplificació administrativa en cap cas pot comportar la reducció dels requeriments mediambientals exigibles a les empreses.
- Garantir als interessats un equilibri dels drets de participació i informació en les activitats amb incidència ambiental i social, reconegut en el Conveni d'Aarhus de 1998 i, al mateix temps, implementar el principi de simplificació administrativa.

LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

1.- REFUNDICIÓ LEGAL I INTEGRACIÓ DE PROCEDIMENTS

- Es refon en els procediments de l'Annex I la normativa estatal que afecta l'autorització de les activitats.
 - Directiva de prevenció i control integrats de la contaminació –96/61 IPPC-.
 - Legislació bàsica que transposa aquesta Directiva (Llei 16/2002, d'1 de juliol, de prevenció i control integrats de la contaminació).
 - Directiva i legislació bàsica referent a l'avaluació d'impacte ambiental de determinades activitats (RDL 1/2008, d'11 de gener, text refós de la Llei d'impacte ambiental de projectes).
 - Llei 27/2006, d'implementació del Conveni d'Aarhus, sobre l'accés del públic a la informació en matèria de medi ambient.
- Donar una major seguretat jurídica en unificar la legislació i facilitar la seva aplicació en un únic procediment.
- Facilitar i integrar el procediment de declaració d'impacte ambiental i el d'autorització ambiental.

LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

2.- DELIMITACIÓ AMBIENTAL I SIMPLIFICACIÓ ADMINISTRATIVA

- Es configura com una llei ambiental, de forma que s'exclou la intervenció en matèria de prevenció d'incendis, seguretat i de salut pública, en sentit ampli, amb l'excepció de les activitats subjectes a accidents greus (seguretat industrial). Aquestes matèries deixen de condicionar els règims d'intervenció ambiental i permeten la simplificació i redueixen la intervenció. Es preveu la tramitació simultània i coordinada d'altres competències municipals amb la llicència ambiental (Finestreta única).
- Determina que les activitats de l'Annex III amb menor incidència ambiental són en règim simplificat de comunicació.

LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

3.- HOMOGENEÏTZACIÓ I SIMPLIFICACIÓ

- Règim d'autorització ambiental de les activitats - l'Annex I.1. Activitats subjectes a la Directiva Europea 96/61 i legislació (IPPC) i a la Directiva Europea 97/11 i legislació d'avaluació d'impacte ambiental. Unificació del procediment amb l'autorització ambiental de la Generalitat.
- Règim d'autorització ambiental amb avaluació ambiental - l'Annex I.2 (Activitats no IPPC). Activitats subjectes a la Directiva i legislació d'avaluació d'impacte ambiental –determinen un tall de decisió– que simplifiquen la tramitació de l'autorització de la Generalitat.
- Es fa innecessària la consulta prèvia a la declaració d'impacte ambiental.
- Règim de declaració d'impacte ambiental amb autorització substantiva (No ambiental) - Annex I.3. Règim simplificat de declaració d'impacte ambiental – sense autorització ambiental de la Generalitat – que es tramita conjuntament amb el tràmit d'autorització substantiu per raó de la matèria objecte de l'activitat (extractives, eòliques...).
- Règim de llicència ambiental de competència municipal - Annex II. Activitats de mitjana incidència ambiental. Llicència ambiental municipal, simplificació de la intervenció de la Generalitat amb una major agilitat i menor temps.

LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

- S'elimina al màxim la consulta prèvia per tal de determinar la necessitat de sotmetre una activitat de l'Annex II a l'avaluació d'impacte ambiental.
- Règim simplificat d'intervenció ambiental en les activitats de l'Annex II de titularitat municipal
- Règim de comunicació de l'Annex III. Un ampli nombre d'activitats d'escassa o moderada incidència ambiental –majoria de les petites i mitjanes empreses -, sense necessitat de llicència prèvia.
- Règim sense llicència ambiental de l'Annex IV per a les activitats subjectes a la regulació d'espectacles públics i activitats recreatives.
Excepte per determinades activitats musicals de l'annex IV (Bars musicals, discoteques, etc.).
- Es preveu un procediment abreujat per a les activitats mòbils i temporals, així com per a les proves d'investigació i desenvolupament de determinades activitats.

LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

- Conferir al desplegament normatiu de la llei, l'agilitat i l'extensió gradual de l'aplicació dels Annexos I, II i III, especialment pel que comporta l'aplicació del règim de comunicació.
- Es preveu un règim específic per a les activitats ramaderes.
- Es suprimeix la necessitat de renovació periòdica de les activitats de l'Annex II.
- Simplificació del procediment de les modificacions no substancials diferenciant entre incidència al medi ambient o sense incidència.

LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

Terminis:

- S'amplia el termini de les revisions de les autoritzacions ambientals de l'Annex I.2, de 8 a 12 anys
- Es flexibilitzen i s'amplien els terminis dels controls periòdics.

Documentació:

- S'especifica i es concreta el contingut documental i la diferenciació entre l'estudi d'impacte ambiental – documentació ambiental que cal aportar - i el concepte de projecte bàsic de caràcter general.

Altres continguts:

- Es desenvolupa el règim d'inspecció i sancionador. Es diferencien les activitats IPPC (Directiva Europea), les activitats subjectes a declaració d'impacte ambiental i la resta d'activitats, més simple i menys gravós.
- Es regula la caducitat de l'autorització o llicència.
- Es preveu el procediment per a la fase de finalització d'una activitat amb incidència ambiental.

LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

4.- DISMINUCIÓ DE LA INTERVENCIÓ EN LES AUTORITZACIONS O LLICÈNCIES I DELS CONTROLS ASSOCIATS AL MEDI AMBIENT

- Aquesta llei comporta una reducció important de la intervenció administrativa, evitant intervencions complexes i redundants no associades al medi ambient ni a competències estrictament assignades a l'Administració local per la legislació sectorial.

5. RESPONSABILITATS

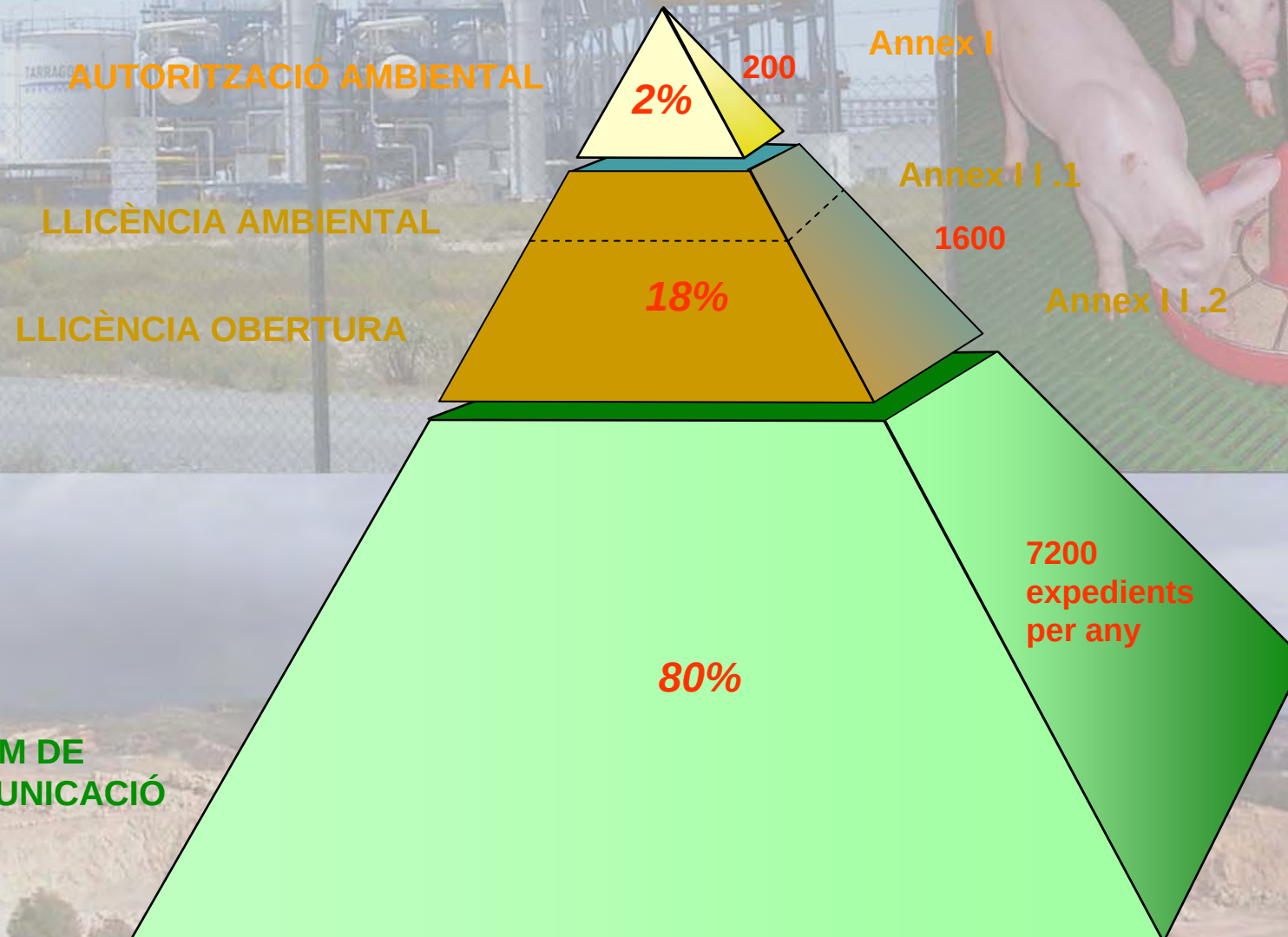
- Es concreta un major grau de definició de les responsabilitats, especialment pel que fa a la posada en marxa de les activitats i del règim de comunicació.

LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

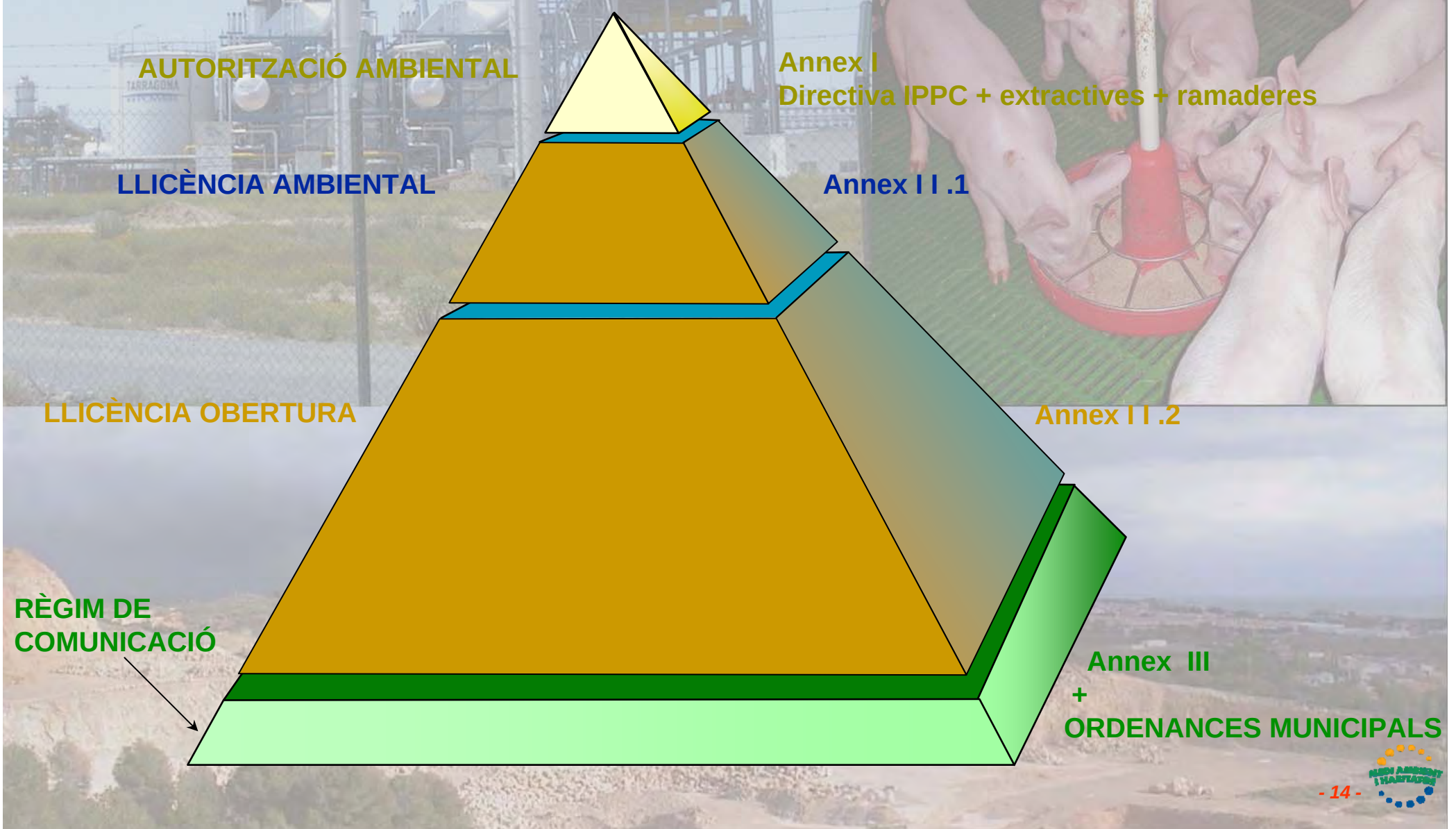
En conclusió:

- **CANVI DEL MODEL D'INTERVENCIÓ. ÚNICAMENT AMBIENTAL.**
- **ES POT ESTIMAR QUE MÉS DEL 80% DE LES TIPOLOGIES D'ACTIVITATS NO NECESSITARAN LLICÈNCIA O AUTORITZACIÓ AMBIENTAL.**
- **S'AMPLIEN ELS TERMINIS DELS CONTROLS I ES REDUEIX EL SEU CONTINGUT.**
- **ES REDUEIXEN LES ACTIVITATS SUBJECTES A RENOVACIÓ DE LES AUTORITZACIONS I LES LLICÈNCIES.**
- **MENYS INTERVENCIIONS I MENYS COSTOS DE LES EMPRESES ASSOCIADES AL MEDI AMBIENT.**

PREVISIÓ DE L'APLICACIÓ DE LA LLEI 3/1998 D'INTERVENCIÓ INTEGRAL DE L'ADMINISTRACIÓ AMBIENTAL



APLICACIÓ PRÀCTICA DE LA LLEI 3/1998, D'INTERVENCIÓ INTEGRAL DE L'ADMINISTRACIÓ AMBIENTAL



LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

AUTORITZACIÓ AMBIENTAL Annex I.1

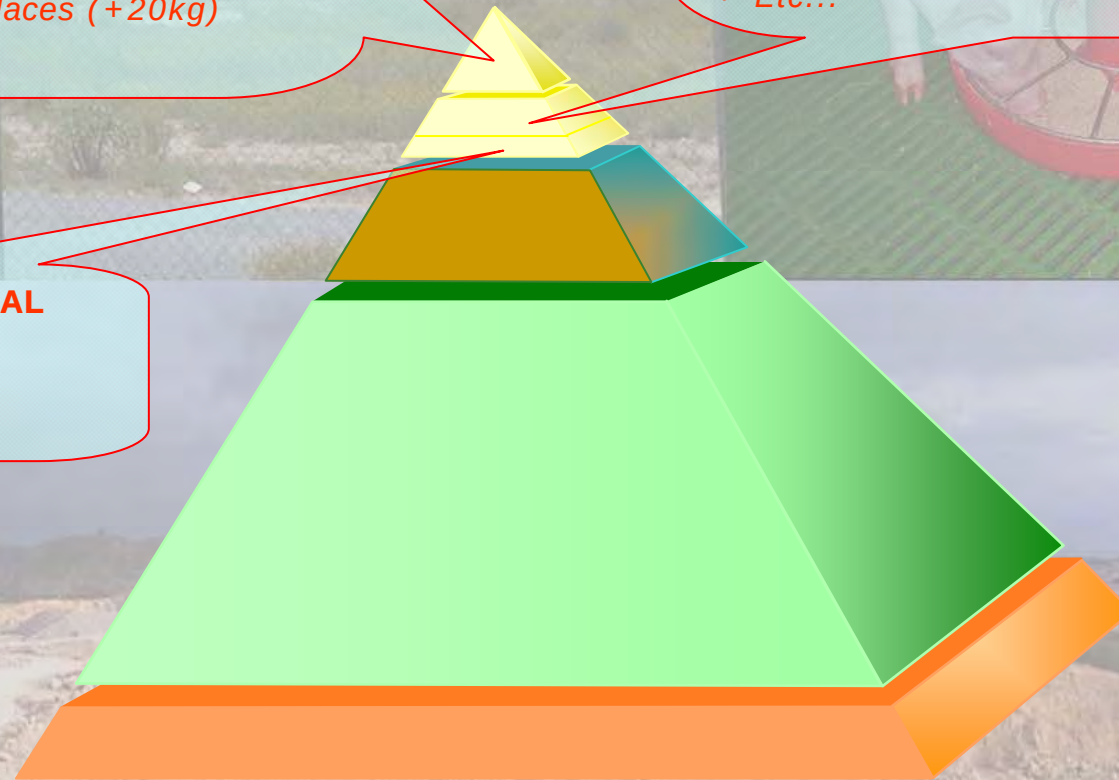
- Petroquímiques
- Instal·lacions per al tractament de superfícies
- Granges de porcs d'engreix de més de 2000 places (+30Kg) o 2500 places (+20kg)
- Etc....

AUTORITZACIÓ AMBIENTAL Annex I.2

- Fabricació de ciment amb una capacitat d'entre 200 i 500 t/d
- Instal·lacions de valorització de residus no perillosos amb una capacitat superior a 100.000 t/a
- Granges de més de 300 vaques de llet
- Etc...

AUTORITZACIÓ AMBIENTAL Annex I.3

- Activitats extractives
- Parcs eòlics



LLEI 20/2009, DE PREVENCIÓ I CONTROL AMBIENTAL DE LES ACTIVITATS

LLICÈNCIA AMBIENTAL

Annex II

- Instal·lacions de combustió amb una potència d'entre 2 i 50MW
- Instal·lacions de tractament de la pedra amb una capacitat superior a 50 t/d
- Fabricació de pintures
- Adoberies fins a 12 t/d
- Etc ...

RÈGIM DE COMUNICACIÓ

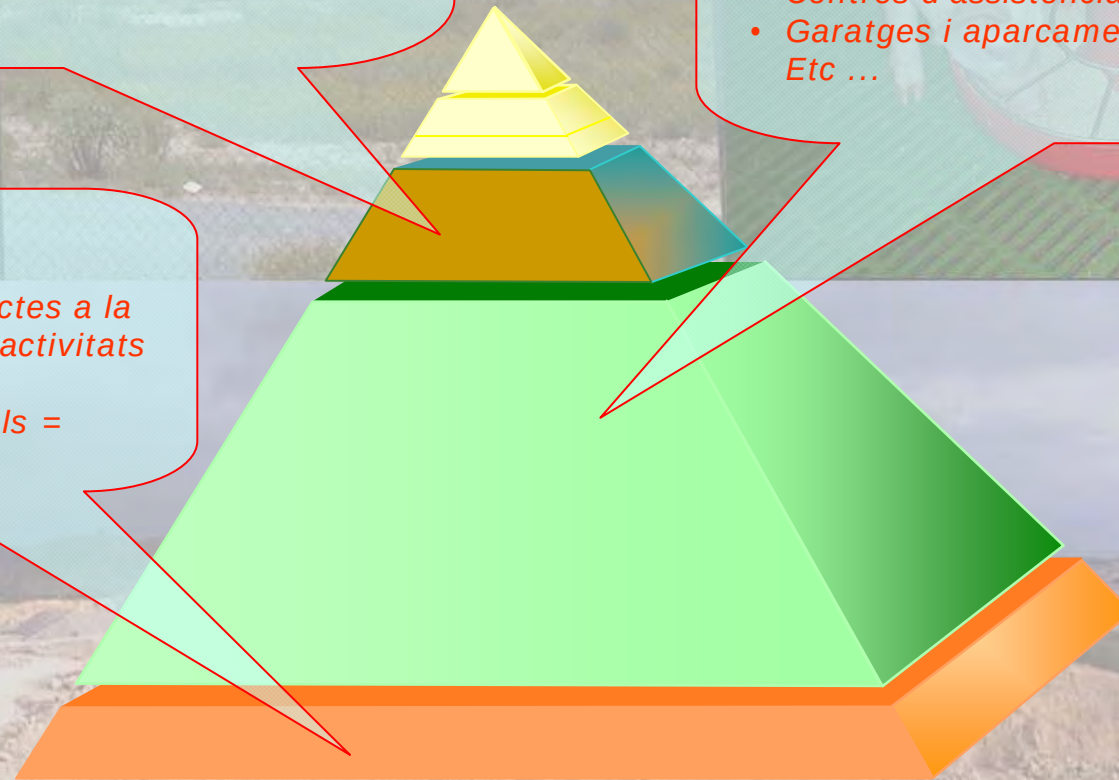
Annex III

- Hotels fins a 400 habitacions
- Tallers mecànics sense pintura
- Centres d'assistència primària fins a 750 m²
- Garatges i aparcaments de més de 100 m²
- Etc ...

RÈGIM SIMPLIFICAT

Annex IV

- Totes les activitats subjectes a la legislació d'espectacles i activitats recreatives.
- Excepte activitats Musicals = Annex IV.



9a

sessió
11/06/10

L'estatut de l'electe local

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, magistrat del Tribunal Suprem.

Fiscalització i enjudiciament dels comptes en l'àmbit local

Francesc Bosch Ferré, economista, llicenciat en Dret, interventor d'Administració Local i comissionat per a l'Anàlisi dels assumptes econòmics locals de la Diputació de Barcelona.

Accés a la informació ambiental: noves perspectives des del dret internacional i europeu i la seva incidència en al dret intern

Àlex Peñalver Cabré, professor Titular de Dret Administratiu a la Universitat de Barcelona i Lletrat Consistorial de l'Ajuntament de Barcelona

Responsabilitat patrimonial dels municipis

Eduardo Paricio Rallo, magistrat el Tribunal contenciós administratiu.

EL ESTATUTO DEL ELECTO LOCAL EN LA JURISPRUDENCIA

José Manuel Bandrés
Magistrado del Tribunal Supremo

I.- Introducción: El estatuto jurídico del electo local y el principio constitucional de democracia local.....	1
II.- La determinación de los derechos y deberes de los miembros de las Corporaciones locales en la legislación de régimen local.....	11
III.- El estatuto jurídico de los electos locales en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.....	15
IV.- Epílogo: La reivindicación del compromiso de los electos locales con el Código de buenas prácticas del Gobierno local.	22

I.- Introducción: El estatuto jurídico del electo local y el principio constitucional de democracia local.

Los Ayuntamientos, que configuran el orden jurídico político de la «Administración local», se conciben en la Constitución española de 1978 como poderes públicos territoriales de base democrática, vinculados al principio de representación, conforme a lo dispuesto en el artículo 140 CE, que determina que «el gobierno y la administración de los municipios corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales, siendo éstos elegidos por los vecinos (...) mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la Ley».

El principio hermenéutico de unidad de la Constitución exige integrar las cláusulas constitucionales referidas a la Administración local del Título VIII con los valores fundacionales y los principios institucionales que emergen en el artículo 1 CE -España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político-, con la finalidad de esclarecer los fundamentos constitucionales de la noción de democracia local.

En este contexto constitucional, los Ayuntamientos se caracterizan como Administración democrática, por ser expresión de una de las proyecciones del principio de división de poderes, que se manifiesta en la distribución vertical del poder, que permite articular la organización territorial del Estado, por significarse como gobiernos representativos del conjunto de ciudadanos que integran la colectividad local, como cauce de participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos, y como poderes públicos limitados y responsables, en consonancia con la vinculación reforzada de las autoridades locales a los derechos fundamentales (José Manuel Bandrés «El valor del principio de democracia local en la jurisprudencia contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justicia». Anuario del Gobierno local. 1998. Ed. Marcial Pons).

El Municipio democrático es parte de la división territorial del poder político que el artículo 137 CE enuncia, no puede ser «despolitizado», en ninguna de las acepciones de la palabra política, afirma el profesor Javier García Roca, y ello debe tener inevitables consecuencias estructurales en su

organización, competencia y finanzas. Hay una clara articulación del principio representativo en los artículos 23.2, 140 y 141.2 CE. Los cargos públicos representativos del Gobierno local vienen elegidos por sufragio universal, están sometidos a mandatos de representación y ejercen potestades de dirección política. (El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 282, 2000).

El reconocimiento de la noción de gobierno local en el ordenamiento constitucional español se sustenta en dos elementos esenciales identificativos de referencia: El principio de democracia local y la garantía institucional de la autonomía local.

La conceptualización constitucional de los Ayuntamientos se descubre de forma bifronte o dual: Desde una perspectiva orgánica e institucional, formal, son entes con personalidad jurídica propia, en que se vertebra la estructura territorial del Estado, dotados de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, y, en su vertiente subjetiva, material, son proyección organizativa y funcional del derecho de la colectividad local a la participación, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen.

Autonomía local y democracia local resultan, de este modo, dos conceptos indisolubles para comprender la configuración constitucional del poder local, según se desprende de una lectura sistemática de los artículos 1, 9, 23, 103, 137, 140 y 141 de la Constitución, pues, en estas disposiciones, respectivamente, se proclama la libertad, la democracia y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico, se sanciona el principio de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y a las leyes, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, se reconoce el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, y se garantiza el principio de responsabilidad de los poderes públicos, sometidos al control de los tribunales de justicia.

El reconocimiento que, en su artículo 137, la Constitución hace de la autonomía de municipios y provincias, configurándolos como división territorial del Estado, expone el profesor Luciano Parejo Alonso, no supone una simple garantía de existencia, implica además una declaración de su carácter autónomo como expresión del pluralismo político y manifestación del principio democrático. El objetivo de evitar la concentración de poder no se consigue sólo con el principio de separación de poderes, entendido como sistema de frenos y contrapesos, también se alcanza a través del pluralismo territorial y la consiguiente existencia de varios ordenamientos jurídicos, cuyas relaciones no se rigen por el principio de jerarquía sino por el de competencia. («¿Hacia la parlamentarización del sistema de gobierno local? Fundamento y límites del proceso». Revista de estudios locales, número 111, junio 2008, págs. 18 y ss).

La interconexión, interrelación e interacción entre los principios de democracia local y autonomía local, determinantes del concepto de gobierno local, ha sido puesta de relieve por el profesor Joaquín García Morillo, que considera que el principio de autonomía local cumple funciones de fomento de la vida democrática, en cuanto proporciona un ámbito de participación activa de los ciudadanos en los asuntos públicos, configura un escenario político para la resolución democrática de conflictos sociales, potencia las condiciones de legitimación del sistema político, favorece el pluralismo político, procura la integración de las ciudades en la instancia política basal local y constituye un espacio de realización de los políticos de igualdad («La configuración constitucional de la autonomía local». Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998).

La Constitución instituye, propiamente, más que un sistema de mera administración local, un sistema de gobierno local, que implica, como advierte el profesor Antonio Embid Irujo, la existencia de un ejecutivo local elegido democráticamente que se responsabiliza de la dirección de la Administración municipal y que asume la gestión de las competencias que atañen a los intereses de la colectividad local («Autonomía municipal y Constitución», REDA, número 30, 1981, pág. 461).

La autonomía municipal, expresa el magistrado constitucional Pacual Sala, no tiene sólo naturaleza administrativa, como tradicionalmente se ha entendido, la tiene también política, en cuanto que la Constitución reconoce a los municipios un ámbito propio de poder y un también propio gobierno democrático donde está representada la voluntad de los ciudadanos y donde

pueden hacerse efectivos auténticos supuestos de responsabilidad política («La Autonomía local. Análisis jurisprudencial», Prólogo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 9).

El Tribunal Constitucional ha consagrado, desde sus primeras sentencias fundacionales, la concepción de la Administración local como una de las instituciones básicas que configuran el «Estado democrático», y reconoce a los Ayuntamientos como entes territoriales de carácter representativo, en cuanto que los concejales son libremente elegidos por los vecinos en elecciones periódicas.

El Tribunal Constitucional, en reiterada y consolidada jurisprudencia, sostiene que la Constitución garantiza un «modelo de democracia local», que, entre otros aspectos, «atañe al funcionamiento democrático de los órganos de gobierno de las Corporaciones Locales» y, en concreto, «al quórum y mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos de los órganos colegiados» (STC 33/1993, de 1 de febrero).

El superior intérprete de la Constitución ha ido construyendo, mediante la interpretación del ordenamiento constitucional de régimen local, un acervo complejo de directivas válidas para formalizar la noción del principio de democracia local, que ha contribuido a fortalecer la inserción de los gobiernos locales en el Estado social y democrático de Derecho, incorporando el principio de legitimación democrática como vector rector de la actuación de las Administraciones locales.

En la sentencia constitucional 10/1983, de 21 de febrero (RA número 144/1982) -doctrina que se reitera en la sentencia 167/1991, de 19 de julio (RA número 1503/1991)-, se refiere que el concepto de democracia que reconoce la Constitución, en relación con el Gobierno municipal, es el de «democracia participativa», que resulta de la conexión con el principio de participación política, de modo que la elección de los electos locales descansa en la libre decisión de los electores, expresada a través del voto, que recae sobre personas determinadas, incluidas en las candidaturas presentadas por partidos políticos o coaliciones electorales o agrupaciones de electores, y no sobre los partidos o asociaciones que las proponen al electorado:

«La decisión del elector es así producto de una motivación compleja que sólo el análisis sociológico concreto permitiría, con mayor o menor precisión, establecer en cada caso. De acuerdo con la Constitución (artículos 6, 23, 68, 69, 70 y 140) es inequívoco, sin embargo, que la elección de los ciudadanos sólo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado. El procedimiento legalmente establecido para la sustitución de candidatos antes de la proclamación de los electos y para cubrir las vacantes producidas en los órganos representativos puede quizás enturbiar para algunos esta evidencia, pero ese enturbiamiento debe quedar disipado con la simple reflexión de que tal procedimiento es una consecuencia técnica del sistema proporcional, dentro del cual no cabe la celebración de elecciones parciales para cubrir una sola vacante y opera por ello con referencia a la lista propuesta a los electores, con independencia de que la propuesta haya sido presentada por un partido político, que preexiste y subsiste a la elección, o por una simple agrupación electoral que, en cuanto tal, desaparece con la celebración de aquélla.»

En la sentencia constitucional 5/1983, de 4 de febrero, el Pleno del Tribunal Constitucional, con base en una interpretación sistemática de los artículos 140 y 23.1 y 2 de la Constitución, sostiene que la proyección del derecho fundamental de los ciudadanos «a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que establecen las leyes», en el ámbito de las elecciones locales, determina que es contrario a la Constitución que un concejal, elegido por sus vecinos, pueda ser revocado discrecionalmente de su mandato representativo como consecuencia de una decisión excluyente del partido político que le propuso en sus listas, puesto que cabe partir de la consideración del electo local como representante directo de su electorado y no como mero delegado de los partidos políticos.

La doctrina del Tribunal Constitucional supone, entre otras consecuencias jurídicas, la conformación de un elemento esencial del estatuto constitucional del electo local, en la medida en que se confirma, con meridiana claridad, que el cese de un concejal, que ha accedido a su cargo público representativo en el Ayuntamiento, en virtud de sufragio, no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores y, eventualmente, al del elegido, de modo que el legislador se

encuentra vinculado a respetar esta norma subconstitucional, conforme se argumenta en la meritada sentencia 5/1983, en los siguientes términos:

«a) La primera cuestión suscitada ha de ser examinada como es propio del orden jurisdiccional en que ahora nos encontramos, desde una perspectiva estrictamente jurídica, partiendo como es obligado de la Constitución, a la que hemos de circunscribir nuestras consideraciones dada la función que corresponde al Tribunal. A tal efecto, dada la íntima conexión de los dos apartados del artículo 23, debemos partir de lo establecido en su número 1, que dice así:

«Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.»

El precepto transcrito consagra «el derecho de los ciudadanos» a participar en los asuntos públicos por medio de «representantes» libremente «elegidos» en «elecciones periódicas», lo que evidencia, a nuestro juicio, que los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar -y no de ninguna organización como el partido político-, y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado democrático de Derecho, y no de la voluntad del partido político. En definitiva, y sin perjuicio de las incompatibilidades que pueda regular la Ley, el cese en el cargo público representativo al que se accede en virtud del sufragio no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, y eventualmente a la del elegido.

Los partidos políticos, tal y como establece el artículo 6 de la Constitución, ejercen funciones de trascendental importancia en el Estado actual, en cuanto expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Pero, sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que el derecho a participar corresponde a los ciudadanos, y no a los partidos; que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos, y que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores a través del sufragio expresado en elecciones periódicas.

Lo dispuesto en el artículo 23.1 es, sin duda alguna, aplicable a los Concejales, que, de acuerdo con el artículo 140 de la Constitución, «serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre y secreto, en la forma establecida por la Ley», por lo que debe afirmarse que el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales, en cuanto otorga a los partidos políticos la posibilidad de crear por su voluntad -mediante la expulsión- el presupuesto de hecho que da lugar al cese en el cargo público, va contra la Constitución y, en concreto, contra el derecho a permanecer en el cargo público de su artículo 23.2 al prever una causa de extinción o cese contraria a un derecho fundamental susceptible de amparo como es el regulado en el artículo 23.1 de la misma.

b) La conclusión anterior nos releva de considerar detenidamente la segunda cuestión que dejábamos planteada al comienzo de este fundamento, en orden a si el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales, al prever una causa específica de cese para unos determinados miembros de la Corporación, se ajusta o no a las condiciones de igualdad en la permanencia en el cargo público que exige el artículo 23.2 de la Constitución.

La Ley de Elecciones Locales regula la elección de Concejales por un sistema de listas cerradas y bloqueadas, de forma tal que cada elector -artículo 11.2- dará su voto a una sola lista, sin introducir en ella modificación alguna ni alterar en la misma el orden de colocación de los candidatos. El artículo 14 de la Ley regula la presentación de las candidaturas o listas, que podrán proponer los partidos y federaciones, las coaliciones de los mismos con fines electorales y los electores de cada municipio en número no inferior al que se detalla en el precepto, que prevé la posibilidad de que las listas incluyan nombres de candidatos independientes, «pudiendo figurar tal condición» (artículo 14.4).

La exposición anterior nos permite ya detectar que el artículo 11.7 establece una desigualdad en la permanencia en el cargo de Concejales según la lista en la que se encontraran los elegidos y el carácter con el que estuvieran. Así, los candidatos propuestos -y elegidos- en listas presentadas por los electores no cesan en su cargo, cualquiera que sea la relación de los proponentes con el elegido, y cualquiera que sea la voluntad de los primeros; asimismo, los independientes que figuren en las listas propuestas por los partidos, federaciones o coaliciones, conste o no tal condición, que, por tanto, pueda ser o no ser conocida por los electores, no pierden tampoco el cargo, cualquiera que sea su relación con las coaliciones, federaciones o partidos que les presentaron y la voluntad de éstos. El cese en el cargo sólo se produce si el elegido pertenece a algún partido, es propuesto por el mismo en la correspondiente lista, y después deja de pertenecer al mismo.

Como síntesis de lo anterior, se llega a la conclusión de que el artículo 11.7 establece una desigualdad en la permanencia en el cargo, especialmente reflejada en el propio artículo 11.7 en cuanto a los candidatos que figuran en las listas presentadas por el partido según sean o no independientes, circunstancia que puede o no ser conocida por los electores. Por lo que hemos de preguntarnos si esta desigualdad está justificada por no ser contraria a la Constitución, y en caso negativo decidir por cuál de los dos términos de la desigualdad hay que optar para conseguir que la permanencia en el cargo público se haga en condiciones de igualdad, tal y como exige el artículo 23.2 de la Constitución.

La respuesta a estos dos interrogantes aparece ya clara en el momento actual. En el caso concreto planteado, y sin hacer afirmación alguna de carácter general aplicable a otros supuestos, es lo cierto que, como ya hemos visto, la desigualdad que introduce el artículo 11.7 de la Ley 39/1978, en cuanto la expulsión del partido provoca el cese en el cargo de Concejales, es contraria a derechos fundamentales reconocidos por la norma fundamental susceptibles de amparo, y, por tanto, la igualación no puede producirse más que por la vía de entender derogado en tal extremo el mencionado precepto por ser incompatible en este punto con el artículo 23.2 de la Constitución.

c) En virtud de todo lo expuesto, llegamos a la conclusión de que el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales ha de ser interpretado en el sentido de que no comprende el supuesto de expulsión de un partido, que no puede provocar el cese en el cargo de Concejales, al haber sido derogado por la Constitución en tal extremo, único al que nos hemos referido en la presente sentencia.».

En la sentencia constitucional 169/2009, de 9 de julio (RA 6680/2004), se determinan alguno de los rasgos básicos del estatuto jurídico de los electos locales inherentes al ius in officium, en relación con la pertenencia a un grupo político municipal minoritario o con la no adscripción a ningún grupo, al establecer que no podrán ser despojados del ejercicio de las funciones de control del gobierno municipal o provincial, ni de participar en las deliberaciones de los órganos corporativos ejerciendo el derecho de voto, así como del derecho a asistir y participar en las comisiones informativas, que constituyen el núcleo de funciones de representación que son propias del cargo de concejal o de diputado provincial, garantizadas por el artículo 23.2 de la Constitución:

«[...] En relación con esta última cuestión, sin embargo, la circunstancia de que no puedan votar en estas comisiones debe conducir al otorgamiento del amparo. A pesar de que la función de estas comisiones no es adoptar acuerdos, sino preparar el trabajo del Pleno, que será el órgano que, en su caso, adopte las decisiones correspondientes, en la STC 32/1985, de 6 de marzo, ya dijimos, a propósito del papel de estas comisiones informativas en el proceso de toma de decisiones del Pleno, que «sólo un formalismo que prescinda absolutamente de la realidad puede ignorar la trascendencia que en este proceso tiene la fase de estudio y elaboración de las propuestas», «que se adoptarán por mayoría de votos y recogerán el voto particular de quien así lo desee» (F. 2). A la vista de la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en su seno de cara al ejercicio de la función de control así como a la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, ha de concluirse que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la

asistencia y la participación en las deliberaciones, pero no el derecho a votar en las comisiones informativas, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos contenidos en el art. 23.2 CE alegada por los recurrentes.

De lo anterior no se deriva, sin embargo, que los concejales no adscritos tengan derecho a que su voto compute en los mismos términos que el de los miembros de la comisión informativa adscritos a grupo. Si así fuera, teniendo en cuenta que la comisión informativa es una división interna del Pleno de la corporación, sus miembros no adscritos disfrutarían en su seno de una posición de sobrerrepresentación. Tal y como señalamos en la STC 32/1985, de 6 de marzo, «la composición no proporcional de las Comisiones informativas resulta constitucionalmente inaceptable porque éstas son órganos sólo en sentido impropio y en realidad meras divisiones internas del Pleno», de tal manera que, en «cuanto partes del Pleno deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura política de éste» (F. 2). Esta exigencia despliega sus efectos tanto para garantizar los derechos de participación política de las minorías, que es lo que se cuestionaba en la citada Sentencia, como en el sentido opuesto, es decir, para evitar la materialización del riesgo de sobrerrepresentación de la minoría que se deriva del derecho de participación directa en las comisiones informativas que corresponde a los miembros no adscritos de la corporación. Por esta razón, ya sea a través de las normas que regulen la organización y funcionamiento de la corporación, o del propio Acuerdo a través del cual se materialice lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL, habrán de adoptarse las disposiciones organizativas que procedan, de cara a garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas no altere la citada exigencia de proporcionalidad.

[...] Por otro lado, conviene precisar que la decisión de privar a los recurrentes de su derecho a votar en las comisiones informativas no se deriva necesariamente de la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 73.3 LBRL que, por lo que aquí interesa, se limita a establecer que los miembros de las corporaciones locales que «no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia», en lugar de constituirse en grupo político, «tendrán la consideración de miembros no adscritos». Quiere ello decir que el precepto tan sólo ampara aquellos contenidos del Acuerdo impugnado vinculados a la supresión del grupo mixto y a la pérdida de facultades o beneficios que se derivan de la pertenencia a un grupo, pero no habilita a la corporación para privar a los diputados provinciales a los que se considere como no adscritos de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos, tal y como ocurre con derecho a votar en el Pleno y en las divisiones de éste que en su caso se constituyan.».

Esta doctrina tiene su precedente en la sentencia constitucional 32/1985, de 6 de marzo (RA 573/1983), en que se reconoce el derecho de concejales del Ayuntamiento de La Guardia (Pontevedra), a formar parte de las Comisiones Informativas de la referida Corporación, respetando el principio de proporcionalidad, en relación con los puestos de representatividad obtenidos, para garantizar el derecho del concejal a desempeñar las funciones inherentes a su cargo en régimen de igualdad con el resto de integrantes del órgano representativo, conciliando el régimen de mayorías con el derecho de voto de cada miembro de la Corporación local:

«El artículo 23.2 de la CE consagra el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas, con los requisitos que señalen las leyes. Como ya hemos declarado en anteriores ocasiones (Sentencia de 20 de febrero de 1984), el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas implica también necesariamente, el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la Ley, que, como es evidente, no podrá regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que se vacíe de contenido la función que han de desempeñar, o se la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales, o se coloque a ciertos representantes

en condiciones inferiores a otros, pues si es necesario que el órgano representativo decida siempre en el sentido querido por la mayoría, no lo es menos que se ha de asignar a todos los votos igual valor y se ha de colocar a todos los votantes en iguales condiciones de acceso al conocimiento de los asuntos y de participación en los distintos estadios del proceso de decisión. Y naturalmente si estos límites condicionan la actuación del legislador, con igual fuerza, cuando menos, han de condicionar la actuación de los propios órganos representativos al adoptar éstos las medidas de estructuración interna que su autonomía les permite.

Por consiguiente, un Acuerdo como el impugnado, que, según lo ya expuesto en el punto anterior de estos fundamentos, ha de ser considerado constitucionalmente incorrecto, lesiona, al ser ejecutado, el derecho fundamental de aquellos que, con su aplicación, son sometidos, en el ejercicio de su función representativa, a unas condiciones que ninguna Ley válida podría establecer.

La determinación del grado de la lesión sufrida exige que, de nuevo, recordemos la necesidad de tomar en cuenta el hecho de que los recurrentes son miembros de una minoría municipal, que a estos efectos, y prescindiendo de las diferencias políticas que en su seno exista, consideraremos como Entidad homogénea. La pertenencia a la minoría es, en efecto, un dato concreto que no puede ser olvidado, pues, de una parte, el principio que ha de orientar los Acuerdos que se adopten en cuanto a estructura y funcionamiento interno del Ayuntamiento no es, según ya dijimos, el de igualdad, sino el de proporcionalidad, que no cabe establecer si no es a partir de la relación existente entre mayoría y minoría, y de la otra, sólo teniendo presente la situación política relativamente homogénea de todos los recurrentes, se hace perceptible, en virtud de la conexión que, cuando se trata de cargos representativos, hay que establecer entre los dos apartados del artículo 23, el daño que de una lesión al derecho de los representantes resulta también para el derecho de los representados.

Dicho lo anterior, es evidente que las dos desviaciones de la proporcionalidad en las que el Acuerdo municipal incurre lesionan el derecho de los recurrentes, colocando el ejercicio de sus funciones representativas en una situación notablemente desventajosa en relación con la atribuida a los Concejales de la mayoría, en la que llamábamos desviación cuantitativa, esta lesión se patentiza con la simple comparación de las cifras, pues, si, como indicábamos en el punto primero de estos Fundamentos, la proporcionalidad exigía que se atribuyera a la mayoría de doce puestos en las Comisiones y ocho a la minoría, la relación abstracta entre cada miembro de la minoría, y cada miembro de la mayoría habría de ser, desde este punto de vista, la de dos a tres y no, como ahora sucede, la de uno a dos. Es evidente que, como ya dijimos, la proporcionalidad que aquí consideramos no puede ser entendida en forma matemática, pero, de una parte, la amplitud de la desviación matemática, generalizada además a todos los Concejales de la minoría, y de la otra, la ausencia de todo intento de razonamiento para justificarla, obligan a considerarla ilegítima y lesiva.

Evidente resulta también la lesión que, en el derecho fundamental al ejercicio de la función representativa en términos de igualdad (aquí proporcionalidad) con el resto de los integrantes del órgano representativo, resulta de la que denominábamos desviación cualitativa. Los representantes miembros de la minoría tienen derecho a que la opinión de ésta (que es el instrumento de participación en los asuntos públicos de quienes fueron sus electores) sea oída sobre todos los asuntos que el órgano de que forman parte ha de conocer y resolver y lo sea, además, en los diferentes estados del proceso de decisión. Con la composición dada a las Comisiones Informativas, todos y cada uno de los recurrentes, si bien podrán hacerse oír en el momento final de resolver sobre todos los asuntos que sean competencia del Pleno municipal y podrán incluso determinar el sentido del informe de Comisión en todo cuanto se relacione con la Sanidad y la Beneficencia, se ven privados de toda posibilidad de participar, incluso salvando su voto, en los informes y propuestas relativos a la Hacienda municipal, a las obras, el Gobierno y Régimen Interior del Ayuntamiento o la Enseñanza, Cultura, Festejos, Deportes y Turismo.».

Se integra en el estatuto del electo local el derecho reaccional a impugnar ante los tribunales de justicia aquellos actos o acuerdos adoptados por la Corporación local contrarios al ordenamiento jurídico, que deriva del reconocimiento de la condición de representante elegido por sus vecinos para la defensa de los intereses locales en el marco del respeto al principio de legalidad.

Así se establece en la sentencia constitucional 173/2004, de 18 de octubre (RA número 2909/2002), en la que se reconoce, con base en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la legitimación de un concejal del Ayuntamiento de Castro Urdiales para impugnar un acuerdo del Alcalde de la Corporación, de designación de una persona para desempeñar la plaza de economista interino, en cuanto que ostenta un interés concreto concerniente a velar por el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, aunque no hubiera tenido ocasión de votar en contra de dicha resolución:

«[...] No tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local, únicamente, cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios, y más aún cuando es idéntico, en uno y otro caso, el «interés en el correcto funcionamiento de la corporación» que subyace en el título legitimador que ahora se examina.

Por consiguiente, el precepto analizado –el tan repetido art. 63.1.b LBRL– parte, por elemental lógica, de un principio de legitimación de los miembros representantes populares de las corporaciones locales, que luego resulta matizado en el caso de que los actos propios de dicho representante durante el proceso de formación de voluntad del órgano que dictó el acto de que se trate contradigan palmariamente la posterior actividad impugnatoria, cosa que se produciría cuando no se hubiera puesto objeción alguna al acuerdo o cuando, incluso, se hubiera votado a favor de su adopción.

La especificación a que acaba de hacerse referencia no puede interpretarse, desde una perspectiva constitucional y en presencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos –art. 24.1 CE–, en el sentido de que si la Ley únicamente alude a los miembros de un órgano colegiado para hacer posible la impugnación de los actos en cuya adopción hayan intervenido, es que ésta resulta vedada para los demás. Más bien lo lógico es entender lo contrario: que el concejal, por su condición de miembro –no de órgano– del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido «mediante sufragio universal, libre, directo y secreto» de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación.

[...] Constatada la existencia de un interés concreto del recurrente en amparo respecto del objeto del proceso administrativo del que deriva este recurso –distinto, por tanto, del interés abstracto en la legalidad que subyace en el soporte de las acciones populares en los casos en que son admitidas por la Ley– y no pudiendo existir duda alguna de que ese interés, por estar dirigido a la consecución de un funcionamiento ajustado a Derecho de la corporación local de que forma parte como medio de lograr la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, es un interés legítimo, la conclusión no puede ser otra que la imposibilidad de patrocinar la solución adoptada por la Sentencia de apelación aquí impugnada que, a diferencia del correcto criterio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, al negar legitimación al concejal recurrente para impugnar, en vía Contencioso-Administrativa, un acuerdo municipal en cuya adopción no pudo intervenir, no sólo limitó o redujo la labor del control que obligatoriamente ha de realizar un representante de los ciudadanos, sino que cerró el acceso a la jurisdicción de quien, por

existir una expresa previsión legal que presuponía dicha legitimación, ostentaba un interés concreto y legítimo para impetrar en su defensa la tutela judicial efectiva, con claro desconocimiento del derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución.».

En la sentencia constitucional 108/2006, de 3 de abril (RA número 5515/2003), siguiendo la doctrina expuesta, se declara incompatible con la función de control, que corresponde a los miembros electos de los Entes locales sobre el funcionamiento de sus respectivas Corporaciones, negar legitimación a un diputado provincial para impugnar en vía contencioso-administrativa el acuerdo del Presidente de la Diputación Provincial de Lugo, por el que se decide suscribir un contrato de trabajo con una persona para prestar servicios de administrativo en el Servicio Provincial de Recaudación, en cuanto que con esa acción procesal se persigue un fin legítimo, vinculado a asegurar el funcionamiento ajustado a la legalidad de la Corporación:

«[...] Por tanto, como en el caso enjuiciado en la tantas veces citada STC 173/2004 (F. 5), constatada la existencia de un interés concreto del recurrente respecto del objeto del proceso del que deriva este recurso de amparo –distinto del interés abstracto en la legalidad que subyace en el soporte de las acciones populares en los casos en que son admitidas por la Ley– y no pudiendo existir duda alguna de que ese interés, por estar dirigido a la consecución de un funcionamiento ajustado a Derecho de la corporación local de la que forma parte como medio de lograr la satisfacción de los fines propios y específicos de la provincia como entidad local (art. 137 CE y art. 31.2 LBRL), es un interés legítimo, la conclusión no puede ser otra que la imposibilidad de compartir la solución adoptada por los órganos judiciales en las Sentencias impugnadas que, al negar legitimación al diputado provincial recurrente para impugnar, en vía Contencioso-Administrativa, un acuerdo del Presidente de la Diputación Provincial en cuya adopción no pudo intervenir, no sólo limitaron o redujeron la labor de control que obligatoriamente ha de realizar un representante de los ciudadanos –no hay que olvidar que el art. 33.2 k) LBRL establece como competencia del Pleno de la Diputación, constituido por el presidente y los diputados, «el control y fiscalización de los órganos de gobierno»–, sino que cerraron el acceso a la jurisdicción de quien, por existir una expresa previsión legal que presuponía dicha legitimación, ostentaba un interés concreto y legítimo para impetrar en su defensa la tutela judicial efectiva, con claro desconocimiento del derecho reconocido en el art. 24.1 CE.».

Los electos locales gozan en toda su extensión de los derechos fundamentales enunciados en la Constitución, puesto que no cabe imponer restricciones o limitaciones al reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos fundamentales y libertades públicas que corresponden a todos los ciudadanos.

Esta es la doctrina que se desprende de la sentencia constitucional 148/2002, de 15 de julio (RA número 628/1999), en que se tutela el derecho de libertad de expresión del Alcalde de Silla (Valencia), al apreciar que las declaraciones vertidas ante determinados medios de comunicación sobre el comportamiento y la actitud profesional de un funcionario de la policía local, no pueden ser calificadas como una falta de injurias, según había fallado el Juzgado de lo Penal número 12 de Valencia, sino, en consonancia con la decisión resolutoria de la apelación, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, como ejercicio legítimo de las libertades de expresión y de información, puesto que las manifestaciones analizadas cumplen las exigencias de veracidad y de relevancia pública, que determinan la exclusión de la antijuridicidad de las infracciones penales contra el honor:

«[...] Pues bien, como recordábamos en la reciente STC 46/2002, de 25 de febrero, respecto al juicio sobre la confrontación de los derechos fundamentales en este caso en conflicto, una reiterada jurisprudencia de este Tribunal ha venido destacando desde la STC 6/1981, de 16 de marzo, que la posibilidad del libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre, ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática (SSTC

159/1986, de 12 de diciembre, F. 6; 21/2000, de 31 de enero, F. 4; en el mismo sentido, SSTEDH caso Handyside, de 7 de diciembre de 1976, y caso Lingens, de 8 de julio de 1986). No obstante aquellos derechos no son ilimitados, pues ninguno lo es. El art. 20.4 CE y este Tribunal, al interpretarlo, han concretado las posibilidades de actuación constitucionalmente protegidas, así como los criterios conforme a los cuales ha de delimitarse el contenido del art. 20.1 CE frente a los derechos al honor y a la intimidad reconocidos en el art. 18.1 CE (STC 110/2000, de 5 de mayo, F. 8).

Por lo que se refiere específicamente al derecho a comunicar libremente información, que es el que básicamente en este momento nos ocupa, este Tribunal ha declarado de manera reiterada que su ejercicio legítimo requiere la concurrencia de un requisito esencial, a saber, la veracidad de la información, pues de modo expreso la Constitución configura la libertad de información como el derecho a comunicar información veraz. A ese primer requisito puede añadirse en ocasiones el interés y la relevancia pública de la información divulgada. En ausencia de alguno de dichos requisitos la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el art. 20.4 CE, singularmente, y por lo que en este caso interesa, al derecho fundamental al honor (SSTC 28/1996, de 26 de febrero, F. 3; 154/1999, de 14 de septiembre, F. 5). De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, frente al derecho al honor garantizado en el art. 18.1 CE, a que la información sea veraz y a que se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de «noticiales» (SSTC 138/1996, de 16 de septiembre, F. 3; 144/1998, de 30 de junio, F. 2; 21/2000, 31 de enero, F. 4; 112/2000, de 5 de mayo, F. 6; 76/2002, de 8 de abril, F. 3).

[...] Finalmente, desde el ángulo de la libertad de expresión, la intervención pública del Alcalde, que ha de enmarcarse en las circunstancias crónicas y tópicas en que tiene lugar y a las que ya nos hemos referido, se limita a la puesta en conocimiento de ciertos hechos que no se han revelado falsos y que se emiten en el marco de una contienda pública iniciada por el querellante, sin que las resoluciones judiciales destaquen que el modo en que se formularon fuese hiriente, despreciativo o gratuitamente ofensivo. En este sentido las expresiones vertidas (que se trataba de una persona violenta con una reacción desesperada que intentaba perjudicar la imagen de la policía local de Silla, a cuyo chantaje no quería ceder el Alcalde, así como que se trataba de una persona frustrada profesionalmente con deseos de venganza y que en una ocasión agredió a un compañero), no adquieren una dimensión constitucionalmente relevante en la esfera del honor del demandante de amparo, pues una cosa es que las declaraciones cruzadas de los contendientes no sean halagadoras para ellos, y otra que, realizándose en el ejercicio del derecho a la información, lesionen el derecho al honor, lo que ocurriría si a la información vertida y no grata para aquéllos a quienes se refiere se añadiese un plus ofensivo en la forma de emitirla, de suerte que resultara insultante o causara un gratuito e innecesario agravio a éstos. Y es que las expresiones proferidas, en su contexto, no alcanzan dimensión ofensiva si se valoran en relación con el momento y las circunstancias concretas del caso, extremos a los que ya nos hemos referido y en los que encuentran explicación lógica.».

La Constitución no garantiza el derecho al insulto.

Esta es la doctrina formulada en la sentencia constitucional 232/2002, de 9 de diciembre (RA número 5064/1999), al estimar el recurso de amparo promovido por un concejal del Ayuntamiento de Escalante (Cantabria) contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria, que, aunque había considerado que las palabras pronunciadas por la Teniente de Alcalde en el Pleno de la Corporación, tachando al mencionado concejal de «ladrón», «cacique», «cínico» y emplazándole a que devolviera «todo lo que había robado al Ayuntamiento», eran objetivamente injuriosas, estaban amparadas por la libertad de crítica inherente a la propia existencia del Estado democrático, al entender el Supremo intérprete de la Constitución, contrariamente a la decisión judicial, que se había vulnerado el derecho al honor, en cuanto que dichas afirmaciones suponen un ataque a su reputación, puesto que de la protección

constitucional que otorga la libertad de expresión del artículo 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias:

«[...] En efecto, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, hemos establecido que, si bien «el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1 a) CE] dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (SSTC 105/1990, de 6 de junio, F. 4, y 112/2000, de 5 de mayo, F. 6), no es menos cierto que también hemos mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; y 49/2001, de 26 de febrero)» (STC 204/2001, de 15 de octubre, F. 4).

La aplicación de esta doctrina a la presente demanda de amparo conduce a su estimación. Las controvertidas manifestaciones realizadas en el Pleno municipal por parte de la, entonces, Teniente de Alcalde constituyen, indudablemente, un ataque a la reputación del recurrente de amparo. Ni siquiera la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander que absuelve a doña Natividad P. S. discute que «las expresiones reflejadas en los hechos probados son objetivamente injuriosas» y «que por su significado ha de presumirse la intención también injuriosa de su autora, intención que no se desvanece por la concurrencia de un “animus retorquendi” (fundamento de Derecho 1).

Aunque quizás este dato bastaría para entender que se ha vulnerado el derecho al honor del recurrente, es oportuno hacer notar que la lesión es, si cabe, más flagrante, desde el momento en que las manifestaciones vertidas en el Pleno municipal no tenían otro objeto que atacar al recurrente en amparo y constituyen, por esto mismo, un ejercicio desmesurado y exorbitante de la libertad de expresión (vid. STC 11/2000, de 17 de enero, F. 7). Como razona acertadamente el Ministerio Fiscal, si el Tribunal Constitucional amparara dichas declaraciones en la libertad de expresión, deformando lo señalado en su día en la STC 20/1990, de 15 de febrero, estaría constriñendo indebidamente, además del honor, la actividad política y el legítimo derecho de crítica del concejal recurrente en amparo sobre la actuación de los miembros del gobierno municipal.».

II.- La determinación de los derechos y deberes de los miembros de las Corporaciones locales en la legislación de régimen local.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen local, refiere en los artículos 73 a 78 el estatuto jurídico de los miembros de las Corporaciones locales, reconociendo un complejo de derechos y deberes de naturaleza política y económica.

El régimen jurídico de los miembros de las Corporaciones locales se completa con la regulación establecida en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, modificada por la Ley Orgánica 1/1997, de 30 de mayo, y 1/2003, de 10 de marzo, que, entre otros aspectos, establece el procedimiento de elección, la duración del mandato (artículo 194 LOREG), las condiciones de elegibilidad (artículo 177 LOREG) y el régimen de incompatibilidades (artículo 178 LOREG).

El primer derecho de carácter político enunciado en el artículo 73.3 LBRL, añadido por el artículo 1.1 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, es el derecho del electo local a integrarse en un grupo

político municipal, a los efectos de su actuación corporativa, así como a abandonarlo, asumiendo, en ese caso, la condición de miembro no adscrito.

La regulación legal precisa el régimen económico de los grupos municipales constituidos por los concejales de la formación electoral por la que fueron elegidos y de los grupos formados, en su caso, por concejales no adscritos, con el objeto de no privilegiar el estatuto de los miembros de la corporación que fueron expulsados o abandonaron el grupo municipal originario, en los siguientes términos:

«El Pleno de la corporación, con cargo a los Presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial.

Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el Reglamento Orgánico de cada corporación.

Esta previsión no será de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integren decida abandonarla.

Los grupos políticos deberán llevar con una contabilidad específica de la dotación a que se refiere el párrafo segundo de este apartado 3, que pondrán a disposición del Pleno de la Corporación, siempre que éste lo pida.

Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos. En cualquier caso, el secretario de la corporación podrá dirigirse al representante legal de la formación política que presentó la correspondiente candidatura a efectos de que notifique la acreditación de las circunstancias señaladas.».

El derecho de los miembros de las Corporaciones locales de acceder a la información se regula en el artículo 77 LBRL, modificado parcialmente por la Ley 11/1999, de 21 de abril:

«Todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquel en que se hubiese presentado. ».

El modelo de retribución de los electos locales se asienta en el principio de que el ejercicio de las funciones públicas debe ser compensado económicamente en proporción al grado de responsabilidad y dedicación a las tareas municipales.

En este sentido, el artículo 75 LBRL, modificado por la Ley 11/1999, de 21 de abril, y la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, estipula el régimen de retribuciones, indemnizaciones y asistencia, y en los siguientes términos:

«1. Los miembros de las Corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social, asumiendo las

Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

2. Los miembros de las Corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las Corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior. Dichas retribuciones no podrán superar en ningún caso los límites que se fijen, en su caso, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. En los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que lleven aparejada esta dedicación parcial y de las retribuciones de los mismos, se deberá contener el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones.

Los miembros de las Corporaciones locales que sean personal de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos señalados en el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado sexto del presente artículo.

3. Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación de que formen parte, en la cuantía señalada por el pleno de la misma.

4. Los miembros de las Corporaciones locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el pleno corporativo.

5. Las Corporaciones locales consignarán en sus presupuestos las retribuciones, indemnizaciones y asistencias a que se hace referencia en los cuatro números anteriores, dentro de los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. Deberán publicarse íntegramente en el "Boletín Oficial" de la Provincia y fijarse en el tablón de anuncios de la Corporación los acuerdos plenarios referentes a retribuciones de los cargos con dedicación exclusiva y parcial y régimen de dedicación de estos últimos, indemnizaciones y asistencias, así como los acuerdos del Presidente de la Corporación determinando los miembros de la misma que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial.

6. A efectos de lo dispuesto en el artículo 37.3 d) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 30.2 de la Ley 30/1984, se entiende por tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo de una Corporación local, el necesario para la asistencia a las sesiones del pleno de la Corporación o de las Comisiones y atención a las Delegaciones de que forme parte o que desempeñe el interesado.».

Tras la finalización del mandato, los miembros de las Corporaciones locales pueden tener derecho a percibir una compensación en los siguientes términos:

«8. Durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales a que se refiere el apartado primero de este artículo que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las

limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

A estos efectos, los Ayuntamientos podrán contemplar una compensación económica durante ese período para aquéllos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades.».

El régimen de incompatibilidad, establecido en el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 15 de junio, del Régimen Electoral General, se completa con las previsiones establecidas en el artículo 74 LBRL, que, en aras de promover el principio de transparencia, impone a los miembros de las Corporaciones locales la obligación de presentación de una declaración de actividades y de una declaración de bienes patrimoniales, que deberán inscribirse en los Registros que a estos efectos debe establecer cada Entidad local:

«7. Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos.

Formularán asimismo declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades.

Tales declaraciones, efectuadas en los modelos aprobados por los plenos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho.

Las declaraciones anuales de bienes y actividades serán publicadas con carácter anual, y en todo caso en el momento de la finalización del mandato, en los términos que fije el Estatuto municipal.

Tales declaraciones se inscribirán en los siguientes Registros de intereses, que tendrán carácter público:

a) La declaración sobre causas de posible incompatibilidad y actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, se inscribirá, en el Registro de Actividades constituido en cada Entidad local.

b) La declaración sobre bienes y derechos patrimoniales se inscribirá en el Registro de Bienes Patrimoniales de cada Entidad local, en los términos que establezca su respectivo estatuto.

Los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local respecto a los que, en virtud de su cargo, resulte amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, la de sus familiares, socios, empleados o personas con quienes tuvieran relación económica o profesional podrán realizar la declaración de sus bienes y derechos patrimoniales ante el Secretario o la Secretaria de la Diputación Provincial o, en su caso, ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. Tales declaraciones se inscribirán en el Registro Especial de Bienes Patrimoniales, creado a estos efectos en aquellas instituciones.

En este supuesto, aportarán al Secretario o Secretaria de su respectiva entidad mera certificación simple y sucinta, acreditativa de haber cumplimentado sus declaraciones, y que éstas están inscritas en el Registro Especial de Intereses a que se refiere el párrafo anterior, que sea expedida por el funcionario encargado del mismo.».

Un recordatorio de la obligación de abstención, a que se refieren los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se establece en el artículo 76 LBRL:

«Sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones públicas. La actuación de los miembros en que concurren tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.».

III.- El estatuto jurídico de los electos locales en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

La delimitación del contenido del derecho de acceso de los miembros de las Corporaciones locales a la información, respecto de documentos de expedientes que obren en poder de los servicios municipales, constituye una de las cuestiones más controvertidas del Derecho del Gobierno local, que ha propiciado numerosos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo.

Los criterios jurisprudenciales, formulados en relación con la extensión del derecho del electo local a acceder a la información requerida para el adecuado desempeño de su función pública, se sintetizan en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2004 (RC 4504/2001), en los siguientes términos:

«[.] La jurisprudencia de esta Sala, al analizar casos similares, ha ido atemperando el contenido constitucional del artículo 23.2 de la CE:

a) La sentencia de 19 de julio de 1.989 (F.D. 2º), destaca que el derecho a participar en asuntos públicos implica, con relación a los asuntos públicos municipales, que los Concejales tengan acceso a la documentación y datos de que disponga la Corporación a la que pertenecen.

b) En la sentencia de 5 de mayo de 1.995 se distinguía igualmente entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la obtención de fotocopias, diciendo sobre el particular (F.D. 5º) que la facultad de acceso a la información de cualquier expediente o antecedente documental reconocida por la Ley sólo puede obtenerse mediante el libramiento de copias en los casos legalmente autorizados de acceso libre de los Concejales a la información o bien cuando ella sea expresamente autorizado por el Presidente de la Comisión de Gobierno (artículo 16.1.a. en relación con el 15 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2.568/1.986, de 28 de noviembre).

c) En la sentencia de 21 de abril de 1.997 exponíamos que el acceso a la información para el ejercicio de la función de Concejales lo cubre el artículo 14 del Reglamento de Organización mencionado, debiéndose destacar que es el derecho de acceso directo a la información el que se integra en el artículo 23.2 de la Constitución.».

En la mencionada sentencia se confirma el criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, que había estimado que la denegación del Ayuntamiento de Garafía de la solicitud de información formulada por un concejal sobre los asuntos que componían el orden del día de un pleno extraordinario era contraria al artículo 23 de la Constitución, en cuanto que vulnera el derecho fundamental enunciado en ese precepto constitucional, que garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, y el derecho a mantenerse sin sufrir perturbaciones ilegítimas y a que no se les impida desempeñarlos de conformidad con lo que la Ley disponga:

«En consecuencia, como reconoce la sentencia recurrida, se ha vulnerado el art. 23.2 CE., pues «son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos», como ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 107/2001, de 23 de abril (F. 3, con cita de la STC 38/1999, de 23 de marzo).

En cuanto a la adecuada formación o no de los expedientes, se trata de cuestión técnico-administrativa que según se deduce del artículo 81.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, corresponde no al Alcalde, sino al Secretario ya que la convocatoria para una sesión, ordinaria o extraordinaria, dará lugar a la apertura del correspondiente expediente, en el que deberá constar la relación de expedientes concluidos que la Secretaría prepare y ponga a disposición de la Alcaldía o Presidencia y en la cuestión planteada lo pretendido era que el Gobierno municipal aclarara en el Pleno las cuestiones propuestas.».

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006 (RC 4889/2001), se determinan los límites del derecho de los miembros de las Corporaciones locales de acceder a la documentación existente, al precisar que no comprende un derecho incondicionado a obtener copias de cualquier expediente; correspondiendo, en todo caso, a la autoridad municipal justificar la restricción a la obtención de los antecedentes reclamados, con la siguiente argumentación:

«[...] Hay en esa jurisprudencia la declaración principal de que el núcleo esencial del derecho a participar en asuntos públicos supone para los Concejales el acceso a la documentación e información existente en el Ayuntamiento, pero no les añade ningún otro complemento que exceda del fin de estar plenamente informados.

Esa declaración principal se completa con la afirmación adicional de que debe establecerse una distinción entre el derecho de acceso a la información y el derecho a obtener copias; y con la aclaración de que en el artículo 23.2 CE se integra el derecho de acceso a la información (reconocido y regulado en el artículo 77 de la LRBRL), pero no el de obtener copias de documentos.

Y por lo que hace a este diferente derecho a obtener copias, se señala que ha de estarse a lo que establece el artículo 16 ROFRJ/CL, que no lo reconoce con carácter general sino limitándolo a los casos de acceso libre del artículo 15 de ese mismo Reglamento y a aquéllos en que sea expresamente autorizado por el Presidente de la Comisión de Gobierno, y se destaca que entre esos supuestos de acceso libre está la información o documentación que sean de libre acceso para los ciudadanos.

Esa jurisprudencia ha negado también que del artículo 37 de la Ley 30/1992 se pueda derivar ese derecho a la obtención de copias. Para ello ha invocado lo establecido en su apartado 6.f) (que dice que se regirá por sus disposiciones específicas el acceso a los documentos por parte, entre otros, de los miembros de una Corporación Local) y, sobre todo, lo dispuesto en sus apartados 7 y 8. Estos últimos apartados no establecen un derecho a la obtención indiscriminada de copias o certificados de documentos por los particulares y sí disponen que el derecho de acceso será ejercido «debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos (...), sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias.»

[...] Abundando algo más en esa jurisprudencia cuya síntesis se ha realizado, y en un afán de clarificar y delimitar al máximo el criterio en que se sustenta, son convenientes estas puntualizaciones que siguen:

a) El núcleo básico del derecho fundamental de participación política inherente al cargo de concejal se satisface con el derecho a la información y no comprende un derecho a obtener copias de la documentación existente en la Corporación Local.

b) Ese derecho a obtener copias deriva de la normativa de régimen local antes mencionada y no es incondicionado, pero su indebida denegación, cuando es procedente, sí incide en el derecho fundamental de participación política (porque pese a que se trata de un derecho no derivado de la Constitución sino de la normativa infraconstitucional, lo cierto es que se reconoce como instrumento para ejercer el cargo de concejal).

c) Las condiciones para reclamar ese derecho de obtención de copia son diferentes según el título normativo que sea invocado: cuando se ejercite al amparo de los apartados a) y b)

del artículo 15 del ROFRJ/CL, habrá de precisarse el asunto en relación al cual se piden las copias; y cuando lo sea según el apartado c) de ese mismo precepto reglamentario, deberá cumplirse con la exigencia de individualización documental que establece los apartados 7 y 8 del artículo 37 de la Ley 30/1992.

d) Cumpliéndose con esas condiciones, no podrá exigirse al interesado que justifique adicionalmente la utilidad o conveniencia de las copias solicitadas para el desempeño de la función de control político que corresponde al cargo de concejal.

e) Recae sobre el Ayuntamiento destinatario de la solicitud de copia la carga de justificar y motivar su denegación.

También conviene añadir que el excesivo volumen de la documentación cuya copia sea solicitada y la perturbación que su expedición o entrega pueda causar en el funcionamiento de la Corporación Local, en razón de los medios de que esta disponga, será un factor de legítima ponderación en la resolución que haya de dictarse. Pues no puede olvidarse que asegurar la normalidad de aquel funcionamiento es un imperativo del principio de eficacia que para la actuación de la Administración pública proclama el artículo 103 CE.».

La potestad del Pleno de la Corporación para determinar que cargos son desempeñados en régimen de dedicación exclusiva, es reconocida por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2006 (RC 3977/2003), dando prevalencia a la regulación establecida en el artículo 75 de la Ley de Bases del Régimen Local sobre lo dispuesto en las normas reglamentarias, en los siguientes términos:

«Como sabemos la versión legal de la Ley que resulta de aplicación a nuestro supuesto es la promulgada en 1999, que ya contemplaba la posible de dedicación de miembros de las Corporaciones Locales en régimen de exclusividad a las tareas que le fueran asignadas, constando las retribuciones en los presupuestos de la Corporación debiendo las mismas respetar los límites establecidos con carácter general.

Ese régimen como no podía ser de otra manera era contemplado en iguales términos por el art. 13 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que, además, en el cuarto de sus párrafos disponía que "el Pleno corporativo, a propuesta del Presidente, determinará, dentro de la consignación global contenida a tal fin en el Presupuesto, la relación de cargos de la Corporación que podrán desempeñarse en régimen de dedicación exclusiva y, por tanto, con derecho a retribución, así como las cuantías que correspondan a cada uno de ellos en atención a su grado de responsabilidad. El nombramiento de un miembro de la Corporación para uno de estos cargos sólo supondrá la aplicación del régimen de dedicación exclusiva si es aceptado expresamente por aquél, en cuyo caso esta circunstancia será comunicada al Pleno de la siguiente sesión ordinaria".

Con apoyo en ese precepto es como la Sentencia recurrida afirma que la decisión de encomendar a la segunda Teniente de Alcalde el desempeño de determinadas funciones en régimen de dedicación exclusiva no fue conforme a Derecho ya que no existía la relación de cargos que podían ejercitarse en ese régimen ni dentro de la consignación global contenida en el presupuesto había fondos para ello ni se determinaba la cuantía en atención al grado de responsabilidad ni se motivaba el por qué se le otorgaba ese régimen diferenciado.

El motivo en cuanto a este segundo punto del acuerdo ha de estimarse. Como argumenta la Corporación recurrente el acuerdo debe ponerse en relación con el momento en que se produce y con la naturaleza que posee. Estamos asistiendo a la puesta en marcha de una Corporación que surge de unas elecciones y cuyos integrantes toman posesión de sus cargos el día tres de julio de mil novecientos noventa y nueve. El día dieciséis adoptan este acuerdo que se integra en otros más amplios con los que se constituye la Corporación, y que, como se expresaba en el motivo tenía una finalidad claramente dirigida a establecer las bases sobre las que respetando el Ordenamiento jurídico el ayuntamiento había de organizarse y se disponía a desarrollar la actividad que le correspondía como consecuencia del mandato que había recibido en las urnas de los vecinos.

Entre esas disposiciones, y como medida encaminada seguramente a obtener una mayor eficacia en el trabajo de determinadas áreas de actuación de la Corporación, se decide que la segunda Tenencia de Alcaldía se desempeñe en régimen de dedicación exclusiva. Es claro que si la Corporación precedente no había establecido en su organigrama ese régimen de dedicación, no podía aparecer la pretendida relación de cargos que exigía el precepto reglamentario, ya que de ese modo se inauguraba en el Ayuntamiento ese régimen de prestación del cargo y de igual manera no podía existir partida presupuestaria que contemplara esa posibilidad, si bien las cantidades a satisfacer pudieron obtenerse de otra partida existente, y que se convertiría en el siguiente presupuesto como era obligado en partida singular para cubrir esa carga entre las contenidas en el capítulo I del presupuesto.

Que existe justificación para adoptar esa decisión a la Sala no le ofrece duda como tampoco la tuvo la Corporación. La simple descripción de los cometidos asignados, desempeño de la Tenencia de Alcaldía, de la Delegación de Cultura, Relaciones con las Instituciones y Medios de Comunicación hablan por sí solo de la responsabilidad que se encomendaba a quien debía ejercer esas funciones. La amplitud del término cultura nos exonera de describir las innúmeras actividades de las que debe ocuparse quien haya de responder de ese cometido en la Corporación de un municipio cuyo censo sobrepasa los diez mil vecinos y si hablamos de la relación con las Instituciones tanto políticas como de cualquier otra naturaleza no ofrece duda la trascendencia de esa atribución y lo mismo puede predicarse de la relación con los medios de comunicación en todas sus vertientes y no sólo los locales, dada la trascendencia que el trato con los mismos implica para conseguir una fluida política de comunicación que lleve a los vecinos el quehacer municipal con transparencia y de modo veraz. Todo ello constituye la indudable motivación de la decisión que está implícita en la confianza que la Corporación depositó en aquel de sus miembros al que designa para ello. ».

El derecho de los miembros de las Corporaciones locales a percibir indemnizaciones, que se corresponde con el desempeño del cargo en régimen de dedicación parcial, no se encuentra directamente condicionado por la necesidad de compensar gastos efectivamente realizados, como se infiere del artículo 13 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, puesto que se trata de retribuir el ejercicio de puestos de especial responsabilidad, según se sostiene en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2006, acogiendo la doctrina expuesta en las precedentes sentencias de 3 de julio de 2000 y 16 de febrero de 2001, con los siguientes argumentos:

«Ese mismo primer motivo enfrenta la nulidad declarada del punto segundo del acuerdo recurrido relativo a las indemnizaciones por asistencia del Alcalde y de los Tenientes de Alcalde a su despacho en el ayuntamiento y a otras reuniones oficiales. Según la Sentencia la resolución del ayuntamiento en ese punto vulneró el núm. 3 del art. 13 del Real Decreto 2568/1986, que reconoce a los miembros de la Corporación el derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, concepto que según dice el Tribunal no es extensivo al derecho reconocido por la Corporación a su Alcalde y resto de regidores a que se refería el Acuerdo.

Alega el motivo que la interpretación de la Sentencia desconoce la letra y el espíritu de la Ley de Bases consignados en el art. 75.2 cuando se refiere a las indemnizaciones que podrán percibir los miembros de las Corporaciones en la cuantía y condiciones que acuerde el Pleno. Invoca la Sentencia de 18 de enero de 2000 y otras posteriores.

También en este segundo extremo el motivo debe ser estimado. La Ley en la versión vigente cuando se adopta el acuerdo establecía en el apartado 2 del artículo 75 que "los miembros de las Corporaciones locales podrán percibir indemnizaciones en la cuantía y condiciones que acuerde el Pleno de la Corporación", mientras que, como sostuvo la Sentencia, a las cantidades que se habían señalado para retribuir al Alcalde y en su caso a los Tenientes de Alcalde que le sustituyeran, y en los casos legalmente establecidos, por asistencia a su despacho en la Casa del Concello y otras reuniones oficiales, percibirán en

concepto de indemnización 10.000 pesetas por cada día de comparecencia a las mismas, no se les podía atribuir esa condición sino la que resultaba de lo dispuesto en el párrafo cinco del art. 13 del Reglamento cuando disponía que "todos los miembros de la Corporación, incluidos los que desempeñen cargos en régimen de dedicación exclusiva, tendrán derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, cuando sean efectivos, y previa justificación documental, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en este sentido aprueba el Pleno corporativo".

Como cita también la Corporación, esta Sala ya desde la Sentencia de dieciocho de enero de dos mil dejó claramente establecido que: "es de significar también, que el principio de jerarquía normativa, exige e impone, de una parte, la prevalencia de las previsiones de la Ley 7/85 sobre las del Real Decreto 2568/86 citado, y de otra, que si el citado Real Decreto trata de desarrollar en su artículo 13 las previsiones de la Ley en su artículo 75, en ningún caso se puede entender por aplicación de uno y otro precepto, que el artículo 13 citado restringe o limita las previsiones que la Ley ha hecho en su artículo 75.

Pues bien, a la luz de todo lo anterior, se puede y debe entender, que el concepto de indemnización a que se refiere el artículo 75 de la Ley 7/85 no se agota con las indemnizaciones a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto, de una parte, porque como se ha visto la norma de inferior jerarquía que trata de desarrollar una Ley no puede alterar o restringir su contenido, y de otra, principalmente porque mientras la Ley, en su artículo 75, habla con generalidad y sin ninguna limitación de indemnización el Real Decreto se refiere a indemnizaciones por gastos, y es sabido que la indemnización por estar destinada, tanto en su significado gramatical, usual o jurídico a resarcir un daño o perjuicio, este daño o perjuicio, tanto puede venir, por un gasto realizado, cómo por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, como en fin, por la "pérdida" o dedicación de un tiempo a una actividad cuando se podía haber dedicado a otra actividad particular. De lo que fácilmente se puede inferir que la indemnización por gasto realizado, a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto 2568/86, no agota ni con mucho el concepto genérico y sin concreción alguna que de indemnización, refiere la Ley 7/85". ».

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2010 (RC 7520/2005), se reconoce la legitimación de un concejal del Ayuntamiento de Torres de la Alameda (Madrid), para impugnar los acuerdos de la Comisión de Gobierno de la referida Corporación local, que aprobaron definitivamente el Estudio de Detalle correspondiente a un Polígono Industrial y el proyecto de urbanización y concedieron licencia urbanística, considerando que no se ha postulado por la Sala de instancia una interpretación disconforme a derecho del artículo 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local:

«[...] Ante las alegaciones de la entidad mercantil demandada relativas a la falta de legitimación del concejal demandante por no costar su voto en contra al adoptarse los acuerdos municipales, objeto de impugnación, aquél replicó en conclusiones que en la única sesión en que formó parte de la Comisión de Gobierno votó en contra de la aprobación inicial del Estudio de Detalle sin que formase parte de la misma cuando se aprobó el proyecto de urbanización y se concedió la licencia urbanística, y sin que asistiese tampoco a la sesión municipal cuando se aprobó definitivamente el Estudio de Detalle, por lo que no ha dado su voto en favor de dichos acuerdos.

Al formular sus conclusiones en la instancia la representación procesal de la entidad demandante, se limita a sostener que no consta la condición de vecino del municipio del demandante, quien no ha acreditado el interés legítimo a que se refiere el artículo 19 de la Ley Jurisdiccional, para terminar señalando que, como concejal del Ayuntamiento, no ha acreditado que se haya cumplido lo establecido en el artículo 63.1 b de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Por no haberse tachado de incongruente la sentencia recurrida, el motivo esgrimido por infracción de ley no nos autoriza, salvo el supuesto contemplado en el artículo 88.3 de la Ley de esta Jurisdicción, a entrar en la valoración de las pruebas practicadas en la instancia, pero, dado que nos vamos a pronunciar acerca de si el demandante, concejal del Ayuntamiento que dictó la disposición y los actos impugnados, está o no legitimado para impugnarlos a la vista de lo establecido concordadamente en los artículos 20.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 63.1 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, procederemos a integrar los hechos, como nos autoriza aquel precepto.

En primer lugar hemos de partir de que la acción urbanística es pública, por lo que no rige para su ejercicio lo dispuesto en el artículo 19.1 a) de la Ley Jurisdiccional sino lo establecido en el apartado h) del mismo precepto.

Respecto a la condición de concejal del Ayuntamiento demandado y a su participación como tal en la adopción de las decisiones municipales impugnadas, consta en el expediente administrativo que se opuso expresamente a la aprobación inicial del Estudio de Detalle y que no asistió a la sesión en que se llevó a cabo su aprobación definitiva, si bien hay que entender que había manifestado claramente y de antemano su oposición al referido acuerdo aprobatorio del Estudio de Detalle.

En cuanto a los acuerdos impugnados emanados de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, hemos de admitir, pues no lo negó el Ayuntamiento al evacuar sus conclusiones, que el demandante, al adoptarse aquéllos, no formaba ya parte de dicha Comisión de Gobierno.

En definitiva, la excepción de falta de legitimación del demandante en la instancia debe ser rechazada y por ello desestimado el primero de los motivos de casación alegados.».

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2008 (RC 399/2004), se reconoce la legitimación de un grupo municipal para impugnar acuerdos adoptados por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Villanueva de la Serena, aunque sus concejales no formen parte de dicho órgano corporativo, y se analiza el sentido de la restricción legitimadora impuesta en el artículo 63.1 b) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, que se justifica en el principio de actos propios:

«[...] Se insiste por la parte recurrida en la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, alegando la falta de legitimación del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Villanueva de la Serena. La sentencia analiza esta cuestión en el fundamento jurídico tercero donde sostiene lo siguiente:

"En cuanto a la falta de legitimación del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Villanueva de la Serena, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de mayo de 1994 (referencia Aranzadi 1994/3515) niega legitimación a los Grupos Municipales dentro del proceso contencioso-administrativo. Dice la sentencia mencionada que reconociendo a los Grupos Municipales interés para impugnar los actos que les afecten como tal grupo, la amplitud de su legitimación ha de derivar de la actuación en el Ayuntamiento y el examen de los correspondientes preceptos del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que demuestra sin ninguna duda que su actuación se desarrolla en el ámbito interno de la Corporación. Los grupos tienen derecho a un despacho o local en la sede de la Corporación (artículo 27), pueden hacer uso de los propios locales de aquélla para celebrar reuniones o sesiones de trabajo (artículo 28.1), tienen derecho a participar en todos los órganos colegiados integrados por miembros de la Corporación pertenecientes a diversos grupos (artículo 29), pueden participar en la determinación del orden del día por razones de urgencia (artículo 91.4) y su portavoz manifiesta en los debates la opinión de los agrupados (artículo 94). A esto únicamente alcanza el papel del Grupo Municipal que si facilita el funcionamiento de los órganos colegiados del Ayuntamiento no sustituye a los miembros de la Corporación. Es el número de Concejales presentes a lo que se atiende

para computar el quórum exigible para la constitución del Pleno y, además de las posibilidades de intervención individual de aquellos tienen en los debates, los acuerdos se adoptan con su voto favorable que es personal e indelegable como es también personal la responsabilidad de los Concejales que hubieran votado favorablemente por los acuerdos de los órganos colegiados del Ayuntamiento. No es, pues, en el concepto de interés directo donde se puede encontrar el punto de conexión entre la cuestión de fondo planteada en un proceso y quien interviene en él como recurrente y que le atribuye la cualidad de parte legítima, sino en la específica previsión del artículo 63.1.b) de la Ley de Bases del Régimen Local que independientemente de quién la posea para impugnar los acuerdos de las Corporaciones Locales por tener interés directo en ello se la concede individualmente a unas personas, los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra, que en otro caso no la tendrían. Ahora bien, si el Grupo Municipal carece de legitimación en el proceso contencioso-administrativo, no podemos negar, y a ello se refiere la sentencia del Alto Tribunal que estamos citando, que si disponen de legitimación los Concejales de la Corporación Local y que el principio "pro actione" y el derecho a la tutela judicial efectiva permite la subsanación de todas aquellas situaciones que puedan conducir a una declaración de inadmisibilidad del recurso y que pueden evitarse. Y así, en el presente caso, las bases impugnadas son recurridas por un Concejal del Ayuntamiento de Villanueva de la Serena, de tal forma, que Don Francisco García Ramos se encuentra legitimado a título individual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1.b) de la Ley de Bases del Régimen Local, para interponer recurso contencioso-administrativo, siendo suficiente el apoderamiento apud acta presentado en el proceso, ya que la representación procesal ha sido otorgada por el Concejal demandante precisamente para intervenir en su propio nombre en el presente proceso jurisdiccional y no en el del Grupo Municipal Socialista. En definitiva, la falta de legitimación del Grupo Municipal no impide reconocérsela a los Concejales de manera individual, lo que permite al recurrente comparecer en el proceso, siendo subsanado de ésta manera el defecto procesal alegado por las partes demandadas.

Respecto al requisito de haber votado en contra de los Acuerdos de la Comisión Municipal de Gobierno, como podemos comprobar en la documentación administrativa obrante en el proceso, el recurrente no es miembro de la Comisión Municipal de Gobierno, por lo que al no estar integrado en dicho órgano resulta imposible la exigencia de éste requisito, no siéndole indiferente los actos administrativos impugnados, en atención a los intereses generales y públicos de la Corporación a la que pertenece y de los ciudadanos a los que representa con la finalidad de salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad en los sistemas de selección de personal convocados por la Corporación Local y de los que depende su organización administrativa, por lo que ostenta un interés legítimo para recurrir en vía contencioso-administrativa".

Esta Sala no puede sino ratificar esta tesis mantenida por la sentencia, y que tiene soporte en la sentencia de esta Sala de 18 de octubre de 2004, que sostiene que aquellos Concejales que no formen parte de la Comisión que toma el acuerdo están legitimados para impugnarlo, pues como se dice en esta resolución no tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local, únicamente, cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios, y más aún cuando es idéntico, en uno y otros casos, el interés en el correcto funcionamiento de la corporación que subyace en el título legitimador que ahora se examina, tesis que coincide con la sentencia de esta misma Sala de 1 de diciembre de 2003. A ello podría añadirse que, cuando la ley restringe la legitimación de los Concejales para recurrir a aquellos que hubieran votado en contra, no esta sino aplicando el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, por lo que si habiendo tenido la oportunidad de oponerse al acto se consiente mediante la abstención, o se vota a favor es lógico que esa legitimación genérica que se otorga a los Concejales para impugnar los actos de las administraciones locales se vea limitada, pero no, cuando el Concejal no se ha podido oponer, por no formar parte del órgano correspondiente.».

IV.- Epílogo: La reivindicación del compromiso de los electos locales con el Código de buenas prácticas del Gobierno local.

La gobernanza del sistema democrático a nivel local exige profundizar en la «democratización institucional», reivindicando que el ejercicio del mandato representativo de los electos locales se realice con pleno sentido de responsabilidad, con transparencia, con voluntad de servicio a la colectividad, dada la relevancia de las funciones políticas y administrativas que desempeñan los miembros de las Corporaciones locales en sus respectivos Ayuntamientos. (Luis Ortega «Reformas en el sistema de gobierno municipal». Anuario del Gobierno local. Ed. Marcial Pons, 1998).

En este sentido, el estatuto jurídico legal del electo local debe complementarse con la adopción de un «Código de buenas prácticas del Gobierno local», instrumento normativo con eficacia jurídica vinculante, que evite aquellos comportamientos o prácticas de los representantes que desempeñen cargos públicos en el ámbito local, que sean contrarios a los principios de ética y deontología política. (Luis María Díez-Picazo «Transfugismo y deontología política». Anuario del Gobierno local. Ed. Marcial Pons, 1998).

El compromiso de los electos locales, con el respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, que formalizan en el acto de toma de posesión, debe extenderse, asimismo, a mostrar su adhesión al Código Europeo de Conducta para la integridad política de los representantes electos locales, aprobado por el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa de 1999, que aboga por la promoción de Códigos de Conducta como instrumentos que permitirán crear confianza de los ciudadanos en el sistema político local.

Promover la calidad democrática del sistema de gobierno local implica instaurar mecanismos de potenciación de los controles de supervisión y fiscalización de carácter político y jurídico sobre el funcionamiento de los órganos corporativos y las empresas públicas municipales, pero, también, reconocer eficacia jurídica a los Códigos de buenas prácticas que aprueben los Plenos de las Corporaciones locales, desarrollando los principios legalmente establecidos, que garanticen el cumplimiento de los electos locales de sus deberes y responsabilidades, en aras de contribuir al desarrollo real y sostenible del sistema político que corresponde a una sociedad avanzada, abierta y participativa.

El sistema de gobierno local debe reforzar su legitimidad político-democrática con la designación de una representación política de calidad, impulsando la transparencia de la actividad municipal y la participación de los ciudadanos en la vida local, y promoviendo políticas estratégicas de desarrollo económico y social de sus respectivos municipios, en beneficio de sus conciudadanos (Vid. Francisco Caamaño Domínguez «Autonomía local y Constitución: Dos Propuestas para otro viaje por el callejón del gato». Revista Española de Derecho Constitucional, número 70, 2004).

APÉNDICE

CÓDIGO EUROPEO DE CONDUCTA PARA LA INTEGRIDAD POLÍTICA DE LOS REPRESENTANTES LOCALES Y REGIONALES ELECTOS

PREÁMBULO

El Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa,

Subrayando que los representantes locales y regionales electos desempeñan sus deberes en el marco de la ley y con arreglo al mandato que les ha conferido el electorado y que son responsables ante el conjunto de la población local o regional, incluidos los electores que no les han votado;

Considerando que el respeto por el mandato del electorado va estrechamente unido el respeto de una normas éticas;

Profundamente preocupado por el aumento del número de escándalos judiciales en los que están implicados representantes políticos que han cometido delitos en el desempeño de su cargo y teniendo en cuenta que los representantes locales y regionales electos no son ajenos a dichos delitos;

Convencido de que la promoción de códigos de conducta para los representantes locales y regionales electos permitirá crear confianza entre los políticos locales y regionales y los ciudadanos;

Convencido de que una relación de confianza es indispensable para que los representantes electos puedan desempeñar sus funciones de forma eficiente;

Considerando que cada vez es más frecuente que la legislación se complemente mediante códigos de conducta en distintos ámbitos como las relaciones comerciales, las relaciones bancarias y la administración;

Convencido de que los representantes locales y regionales electos están obligados a tomar medidas similares relativas a sus distintos ámbitos de responsabilidad;

Convencido de que una definición, en forma de código de conducta, de los deberes éticos de los representantes locales y regionales electos aclarará sus funciones y sus obligaciones y reafirmará la importancia de dichos deberes;

Convencido de que dicho código debe incluir en la mayor medida posible todo el trabajo desarrollado por los representantes electos;

Subrayando que las normas de conducta implican unos imperativos éticos que deben ser respetados;

Resaltando que el conjunto de la sociedad civil debe participar en la restauración de un clima de confianza y subrayando el papel de los propios ciudadanos y los medios de comunicación al respecto;

Reiterando que no se pueden imponer obligaciones sin que se ofrezcan garantías que permitan a los representantes locales y regionales electos cumplir sus deberes y considerando al respecto las disposiciones pertinentes del Carta Europea de Autonomía Local y la Propuesta de Carta Europea de Autonomía Regional;

Teniendo en cuenta la legislación actualmente en vigor en los Estados miembros y el trabajo relevante llevado a cabo a escala internacional, propone el presente Código de Conducta para la Integridad Política de los Representantes Locales y Regionales Electos:

I – Ámbito

Artículo 1 - Definición de los representantes electos

A los fines del presente Código, por "representante electo" se entenderá cualquier político con un mandato de autoridad local o regional que se le haya conferido en una elección principal (elección por sufragio directo) o una elección secundaria (elección para un cargo ejecutivo del consejo local o regional).

Artículo 2 - Definición de funciones

A los fines del presente Código, por "funciones" se entenderá un mandato electo principal o secundario y todas las funciones desarrolladas por los representantes electos dentro de su mandato.

Artículo 3 - Objeto del código

El objeto del presente Código es especificar las normas de comportamiento que se esperan de los representantes electos en el desempeño de sus deberes e informar a los ciudadanos de las normas de comportamiento que pueden esperar de sus representantes electos.

II - Principios generales

Artículo 4 - Primacía de la ley y del interés público

Los representantes electos deberán desempeñar su cargo con arreglo a la legislación y actuar en todo momento con arreglo a la misma.

En el desempeño de sus funciones, los representantes electos deberán servir al interés público y no exclusivamente a su interés personal, ya sea directo o indirecto, o al interés privado de personas o grupos de personas con el fin de obtener un beneficio personal directo o indirecto de los mismos.

Artículo 5 - Objetivos del desempeño de un mandato

Los representantes electos deberán comprometerse a desarrollar sus funciones con diligencia, transparencia y voluntad de responder por sus decisiones.

Artículo 6 - Limitaciones al desempeño de un mandato

En el desempeño de sus funciones, los representantes electos deberán respetar las facultades y prerrogativas de todos los demás representantes políticos electos y cualesquiera empleados públicos.

No deberán animar o ayudar a ningún otro representante político o a cualquier otro empleado público a violar los principios que se establecen en el presente documento en el desempeño de sus funciones.

III - Obligaciones específicas

1 - Asunción del cargo

Artículo 7 - Normas que rigen las campañas electorales

Las campañas de elección de candidatos deberán tener como objetivo ofrecer información y explicaciones sobre sus programas políticos.

Los candidatos no deberán tratar de conseguir votos por cualquier medio distinto de la argumentación persuasiva y el debate.

En particular, se deberán abstener de tratar de obtener votos calumniando a otros candidatos, utilizando la violencia y/o amenazas, manipulando las listas electorales y/o los resultados de las votaciones o concediendo o prometiendo favores.

2 - Desempeño del cargo

Artículo 8 - Prohibición del favoritismo

Los representantes electos deberán abstenerse de ejercer sus funciones o utilizar las prerrogativas de su cargo en el interés privado de personas o grupos de personas con el objetivo de obtener un beneficio personal directo o indirecto de los mismos.

Artículo 9 - Prohibición de ejercer la autoridad en beneficio propio

Los representantes electos deberán abstenerse de desempeñar sus funciones o utilizar las prerrogativas de su cargo para promover sus intereses personales o privados, ya sean directos o indirectos.

Artículo 10 - Conflicto de intereses

Cuando los representantes electos tengan un interés personal directo o indirecto en cuestiones que estén siendo estudiadas por consejos locales o regionales o por organismos ejecutivos, deberán comprometerse a hacer públicos dichos intereses antes de que se produzcan las deliberaciones y se proceda a cualquier votación.

Los representantes electos deberán abstenerse en cualquier deliberación o votación de una cuestión en la que tengan un interés personal, ya sea directo o indirecto.

Artículo 11 - Límite al desempeño concurrente de uno o más cargos

Los representantes electos deberán cumplir las normas en vigor dirigidas a limitar al desempeño concurrente de uno o más cargos políticos.

Los representantes electos deberán abstenerse de ejercer cualquier otro cargo político que les impida desempeñar sus funciones como representante electo.

También deberán abstenerse de disfrutar o desempeñar funciones, mandatos electos, cargos o nombramientos oficiales que impliquen la supervisión de sus propias funciones como representante electo o de funciones que se suponga que ellos mismos supervisan en su capacidad de representante electo.

Artículo 12 - Ejercicio de facultades discrecionales

Al ejercer sus facultades discrecionales, los representantes electos deberán abstenerse de concederse ninguna ventaja a ellos mismos, ya sea directa o indirecta, así como de conceder a ninguna otra persona o grupo de personas ventaja alguna con el fin de obtener un beneficio personal directo o indirecto de los mismos.

Deberán exponerse los motivos detallados de cada decisión, especificando todos los factores en los que se basa la misma, y en particular, las normas aplicables, e indicando cómo la decisión cumple dichas normas.

A falta de normas, los motivos de la decisión deberán incluir elementos que demuestren su proporcionalidad, imparcialidad y conformidad con el interés público.

Artículo 13 - Prohibición de la corrupción

En el desempeño de sus funciones, los representantes electos deberán abstenerse de cualquier conducta que se considere, con arreglo a la legislación penal nacional o internacional en vigor, como un soborno pasivo o activo.

Artículo 14 - Respeto de la disciplina presupuestaria y financiera

Los representantes electos deberán comprometerse a respetar la disciplina presupuestaria y financiera, que garantiza la correcta administración del dinero público, tal y como se defina en la legislación nacional relevante.

En el desempeño de sus deberes, los representantes electos deberán abstenerse de cualquier acto encaminado a una apropiación indebida de fondos y/o ayudas de carácter público. Deberán abstenerse de cualquier acto que pueda llevar a que se utilicen fondos y/o ayudas de carácter público con fines personales, ya sean directos o indirectos.

3 - Abandono del cargo

Artículo 15 - Prohibición de garantizar ciertos cargos

En el desempeño de sus funciones, los representantes electos deberán abstenerse de tomar cualquier medida encaminada a concederse una ventaja profesional personal una vez que haya renunciado a sus funciones:

- en organismos públicos o privados que hayan supervisado en el desempeño de dichas funciones;
- en organismos públicos o privados que con los que hayan establecido una relación contractual en el desempeño de dichas funciones;
- en organismos públicos o privados que se hayan creado durante su mandato o en virtud de los poderes que se le hubieran conferido.

IV - Sistemas de supervisión

1 - Asunción del cargo

Artículo 16 - Limitación y declaración de los gastos de campaña

Los candidatos deberán mantener unos gastos por sus campañas electorales proporcionados y dentro de unos límites racionales.

Deberán cumplir diligentemente cualquier medida impuesta por las normas en vigor que obligue a hacer público el origen y la cantidad de los ingresos que hayan dedicado a financiar campañas y la naturaleza y el importe de sus gastos.

A falta de normas en vigor al respecto, deberán ofrecer esta información previa solicitud.

2 - Desempeño del cargo

Artículo 17 - Declaración de intereses

Los representantes electos deberán cumplir diligentemente cualquier medida impuesta por las normas en vigor que les obligue a hacer público o a que se controle cualquiera de sus intereses personales, ya sean directos o indirectos, sus otros mandatos, funciones u ocupaciones, o los cambios en su patrimonio.

A falta de normas al respecto, deberá ofrecer esta información previa solicitud.

Artículo 18 - Cumplimiento de las medidas de supervisión internas o externas

En el desempeño de sus funciones, los representantes electos deberán abstenerse de obstaculizar la ejecución de cualquier medida de supervisión que las autoridades internas o externas relevantes pudieran decidir tomar con la debida justificación y transparencia.

Deberán cumplir diligentemente cualquier decisión definitiva o inmediatamente ejecutable tomada por dichas autoridades.

Al exponer los motivos de sus actuaciones o decisiones objeto de dicha supervisión, deberán mencionar expresamente la existencia de las medidas de supervisión y especificar las autoridades competentes para su ejecución.

V - Relaciones con el público

Artículo 19 - Divulgación y motivación de las decisiones

Los representantes electos serán responsables ante toda la población local durante todo su mandato.

Los representantes electos deberán ofrecer motivos detallados de cualquier decisión que tomen, especificando todos los factores en los que se basa la misma, y en particular, las normas aplicables, e indicando cómo la decisión cumple dichas normas.

Si dicha información fuera confidencial, deberán explicarse los motivos de dicha confidencialidad.

Los representantes electos deberán responder diligentemente a cualquier solicitud del público relativa al desempeño de sus funciones, los motivos de su actuación, o el funcionamiento de los servicios y departamentos de los que son responsables.

Deberán incentivar y promover cualquier medida que fomente la transparencia en relación con sus facultades, el ejercicio de las mismas y el funcionamiento de los servicios y departamentos de los que son responsables.

VI - Relaciones con el personal del gobierno local

Artículo 20 – Nombramientos

Los representantes electos deberán comprometerse a evitar cualquier nombramiento de personal administrativo basado en principios distintos del reconocimiento de los méritos y competencias profesionales y/o con fines ajenos a las necesidades del departamento.

En cuestiones de nombramientos y promoción del personal, los representantes electos deberán tomar una decisión objetiva y razonada, mostrando la debida diligencia.

Artículo 21 - Respeto por las funciones del personal del gobierno local

En el desempeño de sus funciones, los representantes electos deberán mostrar el debido respeto por las funciones del personal del gobierno local a su cargo, sin perjuicio del legítimo ejercicio de su autoridad jerárquica.

Deberán abstenerse de solicitar o pedir a empleados públicos que se cumplan o no cumplan alguna medida con el fin de obtener una ventaja personal, ya sea directa o indirecta, u ofrecer una ventaja a personas o grupos de personas con el objetivo de obtener un beneficio personal directo o indirecto de los mismos.

Artículo 22 - Promoción de las funciones del personal del gobierno local

En el desempeño de sus funciones, los representantes electos deberán garantizar que las funciones y tareas de los empleados del gobierno local a su cargo se promueven al máximo.

Deberán incentivar y promover cualquier medida que fomente mejoras en el rendimiento operativo de los servicios o departamentos a su cargo y la motivación del personal en cuestión.

VII - Relaciones con los medios de comunicación

Artículo 23

Los representantes electos deberán responder diligentemente, con honradez y en su totalidad a cualquier solicitud de información formulada por los medios de comunicación en relación con el desempeño de sus funciones, pero deberán abstenerse de suministrar cualquier dato confidencial o información relativa a la vida privada de representantes electos o de terceros.

Deberán incentivar y promover cualquier medida que fomente la cobertura por parte de los medios de comunicación de sus facultades, el desempeño de sus funciones y el funcionamiento de los servicios y departamentos a su cargo.

VIII - Información, difusión y concienciación

Artículo 24 - Difusión del código de conducta entre los representantes electos

Los representantes electos deberán comprometerse a garantizar que han leído y comprendido todas las disposiciones del presente 'código' y las normas que se mencionan en el mismo, y deberán declarar que están dispuestos a guiarse por las disposiciones del código.

Artículo 25 - Difusión del código entre el público, el personal de gobierno local y los medios de comunicación

Los representantes electos deberán incentivar y promover cualquier medida que fomente la difusión del presente código entre el personal a su cargo, el público y los medios de comunicación, y que aumente la concienciación de dichas personas con respecto a los principios incluidos en el mismo.

FISCALITZACIÓ I ENJUDICIAMENT DE COMPTES EN L'ÀMBIT LOCAL

(el contingut del guió es pot demanar a: boschff@diba.cat , o ferrega@diba.cat)

Dr. Francesc Bosch i Ferré
Interventor d'Administració local
Comissionat de la Presidència de la Diputació de Barcelona
per a l'Anàlisi dels Assumptes Econòmics Locals

Barcelona, 11 de juny de 2010

N O T A

El guió que segueix a continuació no serà desenrotllat en la seva totalitat (el guió forma part d'un curs més complert) encara que s'ha volgut presentar-lo globalment.

S'incidirà essencialment en els punts:

- Control extern de naturalesa económic-financera (Fiscalització),
- Funció d'enjudiciament de la responsabilitat comptable.

GUIÓ

- Fonaments teòrics del control dins de la teoria de l'organització administrativa.
- Classes de control en l'àmbit de les Administracions Públiques espanyoles: El Control intern i el Control extern.
- Característiques del Control intern:
 - Control intern de caràcter administratiu: Funció interventora, Funció de control financer permanent, Funció d'auditoria pública.
 - Control intern de caràcter polític: La Funció fiscalitzadora del Ple municipal i la Comissió Especial de Comptes.

.../... continua

GUIÓ

.../... continuació

- **Característiques del Control extern:**
 - Control extern de caràcter econòmic – financer: El Tribunal de Comptes i els Tribunals de Comptes de les Comunitats Autònomes (Ocex's).
 - Control extern de caràcter jurisdiccional: La Jurisdicció ordinària en seu contenciós administrativa i en seu penal.
 - El control extern contra la corrupció: El Ministeri Fiscal i l'Oficina Antifrau Catalana.

.../... continua

GUIÓ

.../... continuació

- **La regulació del control extern:** Llei orgànica del Tribunal de Comptes, Llei de funcionament del Tribunal de Comptes, Lleis de constitució, organització i funcionament dels Tribunals de Comptes autonòmics. La Llei orgànica del Ministeri Fiscal i la Llei catalana de l'Oficina Antifrau.

.../... continua

GUIÓ

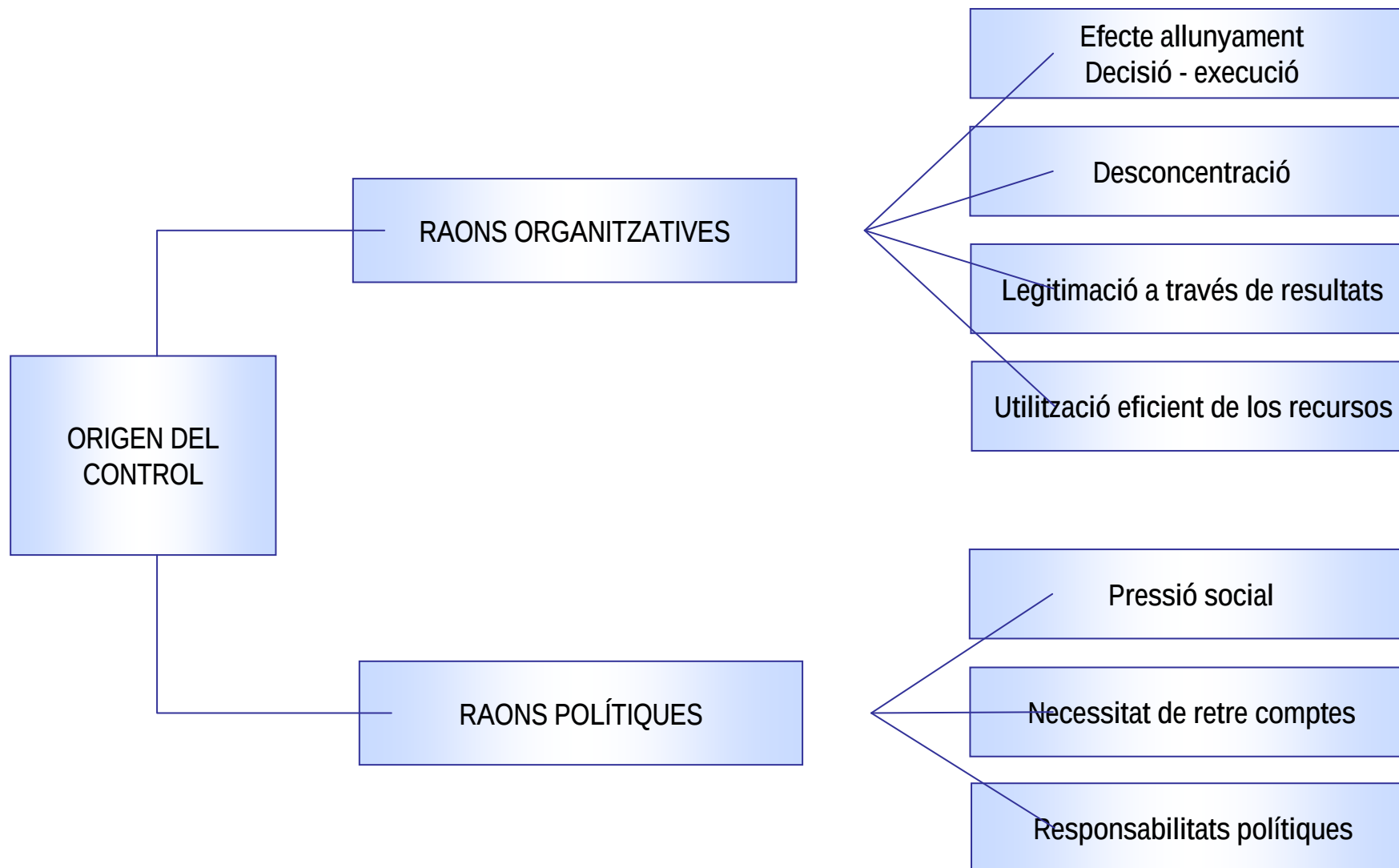
.../... continuació

- **La funció d'enjudiciament de la responsabilitat comptable:** Requisits, l'abast i el malbaratament dels cabals públics i les altres infraccions comptables, segons la LFTC. Circumstàncies modificatives de la responsabilitat comptable. Sentències de la Sala de Justícia del Tribunal de Comptes.
- **Diagrama de procés de la funció jurisdiccional del Tribunal de Comptes** (diagrama abreviat).

.../... continua



FONAMENTS TEÒRICS DEL CONTROL DINS DE LA TEORIA DE L'ORGANITZACIÓ ADMINISTRATIVA



CLASSES DE CONTROL EN L'ÀMBIT DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES ESPANYOLES: EL CONTROL INTERN I EL CONTROL EXTERN

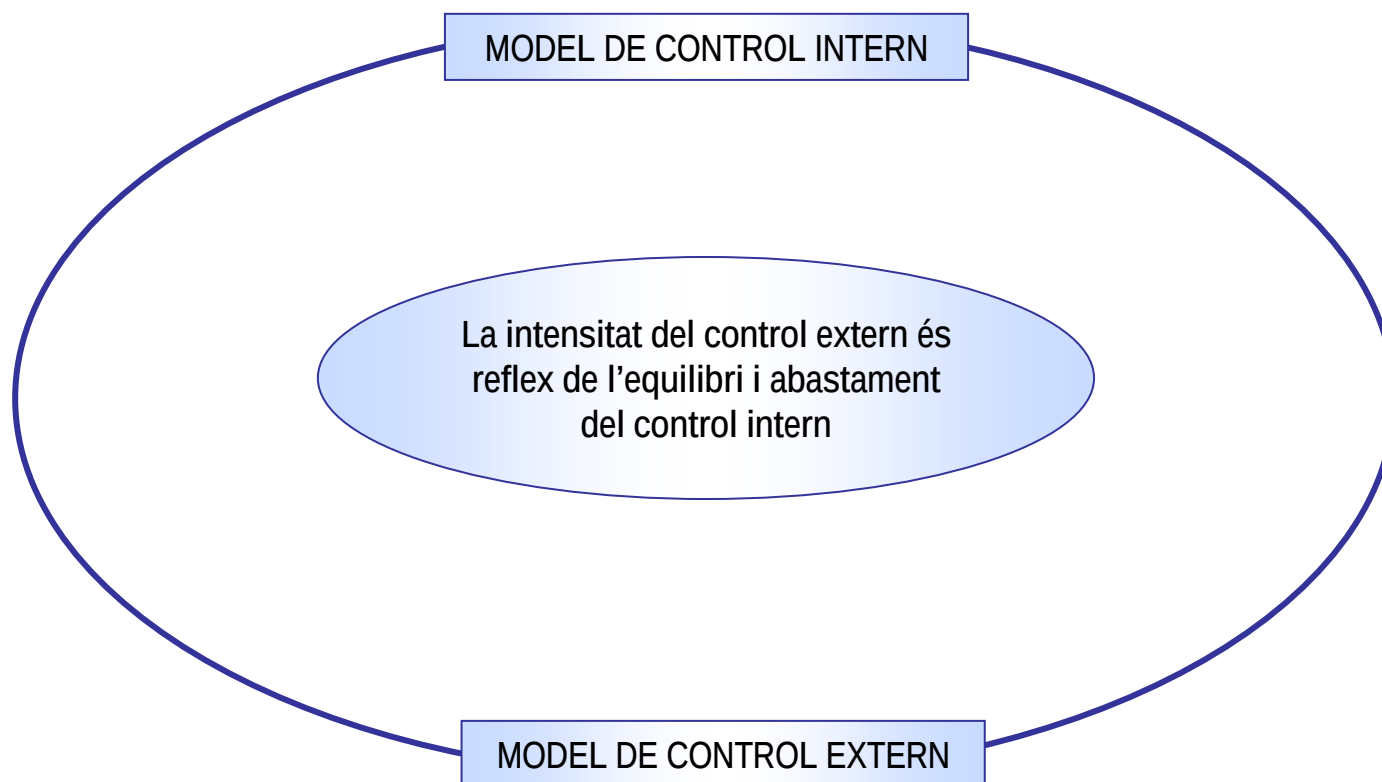
CONTROL INTERN

FONAMENT D'EXECUCIÓ .	<i>ALLUNYAMENT ENTRE ÓRGANS DE DECISIÓ I</i>
FINALITAT	<i>MILLORA DE LA GESTIÓ . PROPORCIONAR CONFIANÇA .</i>
OBJECTE LES	<i>EVITAR O CORREGIR LES FALTES DE COMPLIMENT DE NORMES O DELS PRINCIPIS DE LA BONA GESTIÓ EN EL DESENVOLUPAMENT DE L'ACTIVITAT FINANCERA .</i>
MANIFESTACIÓ	<i>INSTITUCIONALITZADA . (DIFERÈNCIA AMB EL SISTEMA DE CONTROL EXTERN) .</i>

CONTROL EXTERN

FONAMENT	<i>NECESSITAT DE RETRE COMPTES DAVANT DEL PODER LEGISLATIU .</i>
FINALITAT	<i>CONÈIXER LA GESTIÓ DE LES AUTORITZACIONS PRESSUPOSTÀRIES .</i>
OBJECTE NORMES	<i>EMISSIÓ D'INFORMES SOBRE COMPLIMENT DE LES O DELS PRINCIPIS DE LA BONA GESTIÓ EN EL DESENVOLUPAMENT DE L'ACTIVITAT FINANCERA .</i>
MANIFESTACIÓ TÈCNIC	<i>NO INSTITUCIONALITZADA FETA PER UN ÒRGAN INDEPENDENT COADJUVANT DEL LEGISLATIU .</i>

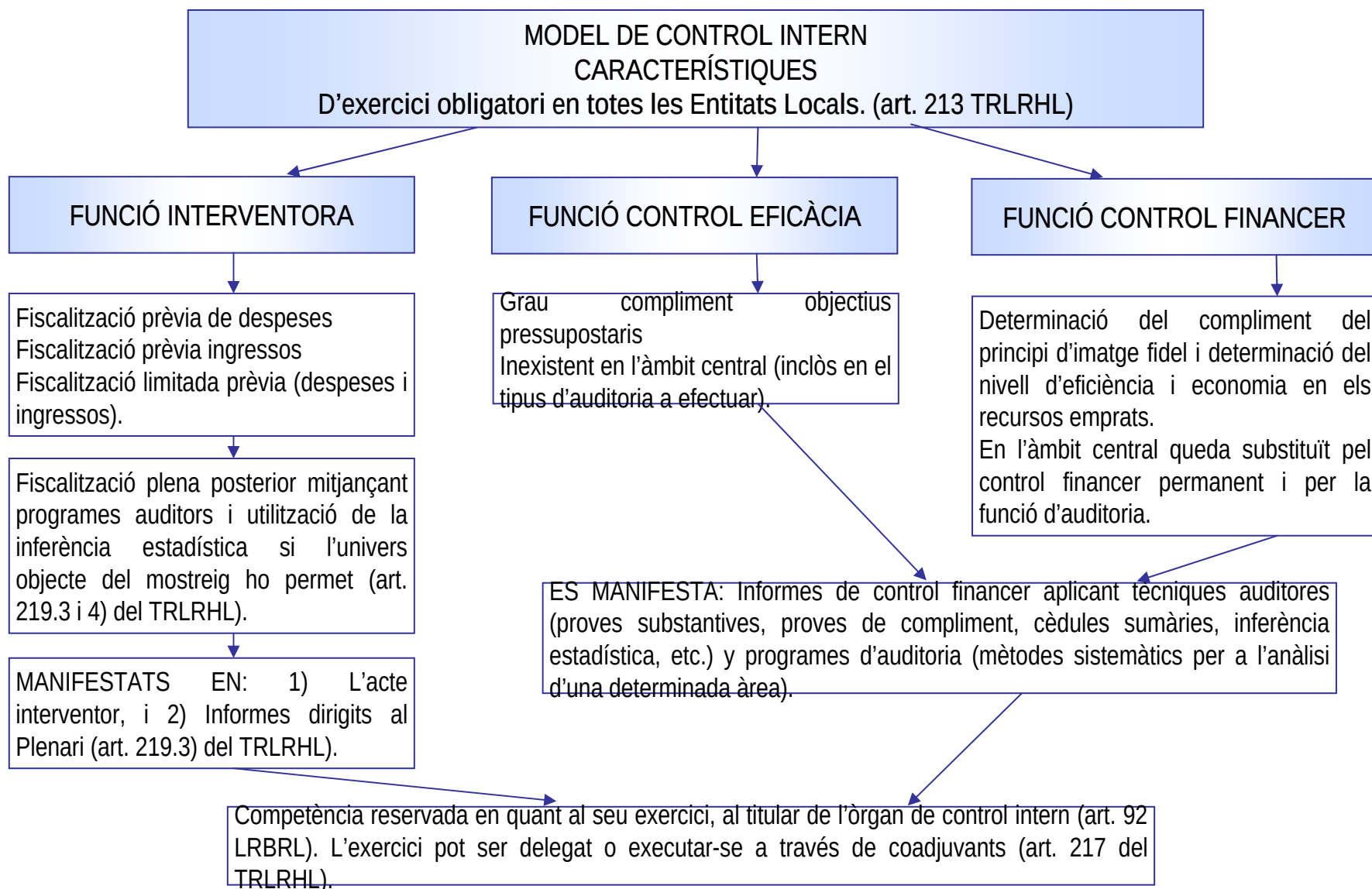
RELACIONS D'EQUILIBRI EN ELS SISTEMES DE CONTROL





CARACTERÍSTIQUES DEL CONTROL INTERN

CONTROL INTERN DE CARÀCTER ADMINISTRATIU



EL CONTROL INTERN DE CARÀCTER POLÍTIC

FUNCIONS FISCALITZADORES DEL PLE

Art. 22.2.a) i 33.2.e) de la LRBRL
Art. 52.2.a) de la LMRLC

CONTROL DELS ACTES DEL GOVERN MUNICIPAL

- Donades de compte.
- Votació d'acords.
- Precs i preguntes al Govern.
- Coneixement i votació del pressupost i de les seves modificacions.
- Aprovació del Compte General.
- Fiscalització Programa de Govern.
- Interposició de recursos administratius o jurisdiccionals.

COMISSIÓ ESPECIAL DE COMPTES

Art . 116 de la LRBRL
Art. 58 i 101 de la LMRLC
Art. 8 de la LOCC
Art. 212.3) del TRLRHL

CONTROL DE LA GESTIÓ PRESSUPOSTÀRIA FETA PEL GOVERN (reflectida en un Informe)

COMISSIÓ ESPECIALITZADA NATURALESA OBLIGATÒRIA

- Composició segons resultats electorals
- Proposta d'aprovació o no aprovació del Compte General al Ple.



CARACTERÍSTIQUES DEL CONTROL EXTERN

EL CONTROL EXTERN DE CARÀCTER ECONÒMIC-FINANCER

CONTROL EXTERN DE CARÀCTER
ECONÒMIC-FINANCER
(Jurisdiccional Comptable)

TRIBUNAL DE COMPTES

- Art 136. Constitució
- Llei orgànica 2/1982, de 12/05, del TC (depèn de les Corts Generals)
- Llei 7/1988, de 05/04, de Funcionament del TC

TRIBUNAL DE COMPTES AUTONÒMICS (OCEX's)

- Llei constitutiva i de funcionament de cada Comunitat (per constituir-lo ha d'estar previst en el seu Estatut d'Autonomia).
- Llei 6/1984, de 05/03, de la Sindicatura de Comptes de Catalunya (existeixen reformes posteriors).

EL CONTROL EXTERN DE CARÀCTER DE CARÀCTER JURISDICCIONAL

CONTROL EXTERN
JURISDICCIONAL
(Jurisdicció contenciós-
administrativa)

JUTJATS DEL CONTENCIÓS- ADMINISTRATIU
AUDIÈNCIA PROVINCIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- Llei 29/1998, de 13/07, de la Jurisdicció Contenciós – Administrativa

CONTROL EXTERN
JURISDICCIONAL
(Jurisdicció penal)

JUTJATS D'INSTRUCCIÓ
AUDIÈNCIA PROVINCIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

- Codi Penal 1994.
- Llei d'Enjudiciament Criminal.

*EL CONTROL EXTERN CONTRA LA CORRUPCIÓ:
EL MINISTERI FISCAL I
L'OFICINA FISCAL ANTIFRAU A CATALUNYA*

EL CONTROL EXTERN CONTRA LA CORRUPCIÓ: EL MINISTERI FISCAL

MINISTERI FISCAL

- Llei 50/1981, de 20/11, regulant l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal
- RD 1754/2007, de 28/12, desplegant parcialment la nova estructura
- RD 2123/2008, de 26/12, completant el desplegament de la nova estructura
- Instrucció 1/1996, de 15/01, sobre competències i organització de la Fiscalia especial per a la Repressió dels Delictes Econòmics relacionats amb la Corrupció.

FISCALIA GENERAL DE L'ESTAT

FISCALIES EN ÒRGANS DE L'ESTAT

SEUS ÀMBITS

Les fiscalies del Tribunal Suprem, la de davant del Tribunal Constitucional, Audiència Nacional, Tribunal de Comptes i les Especials, tenen la seva seu a Madrid i abasten les seves funcions sobre tot el territori de l'Estat. La resta de les Fiscalies tenen la seva seu on es trobin els respectius Tribunals i Audiències i exerciran les seves funcions en l'àmbit territorial dels mateixos.

Es un òrgan de rellevància constitucional amb personalitat jurídica pròpia integrat amb autonomia funcional en el Poder judicial. Porta a terme la seva missió per mitjançant d'òrgans propis i amb els principis d'unitat d'actuació i dependència jeràrquica i subjectant-se sempre a la legalitat i a la imparcialitat.

FISCALIES ESPECIALS

- Per a la prevenció i repressió del tràfic il·legal de drogues.
- Per a la violència de gènere.
- Per a la repressió dels delictes econòmics relacionats amb la corrupció.

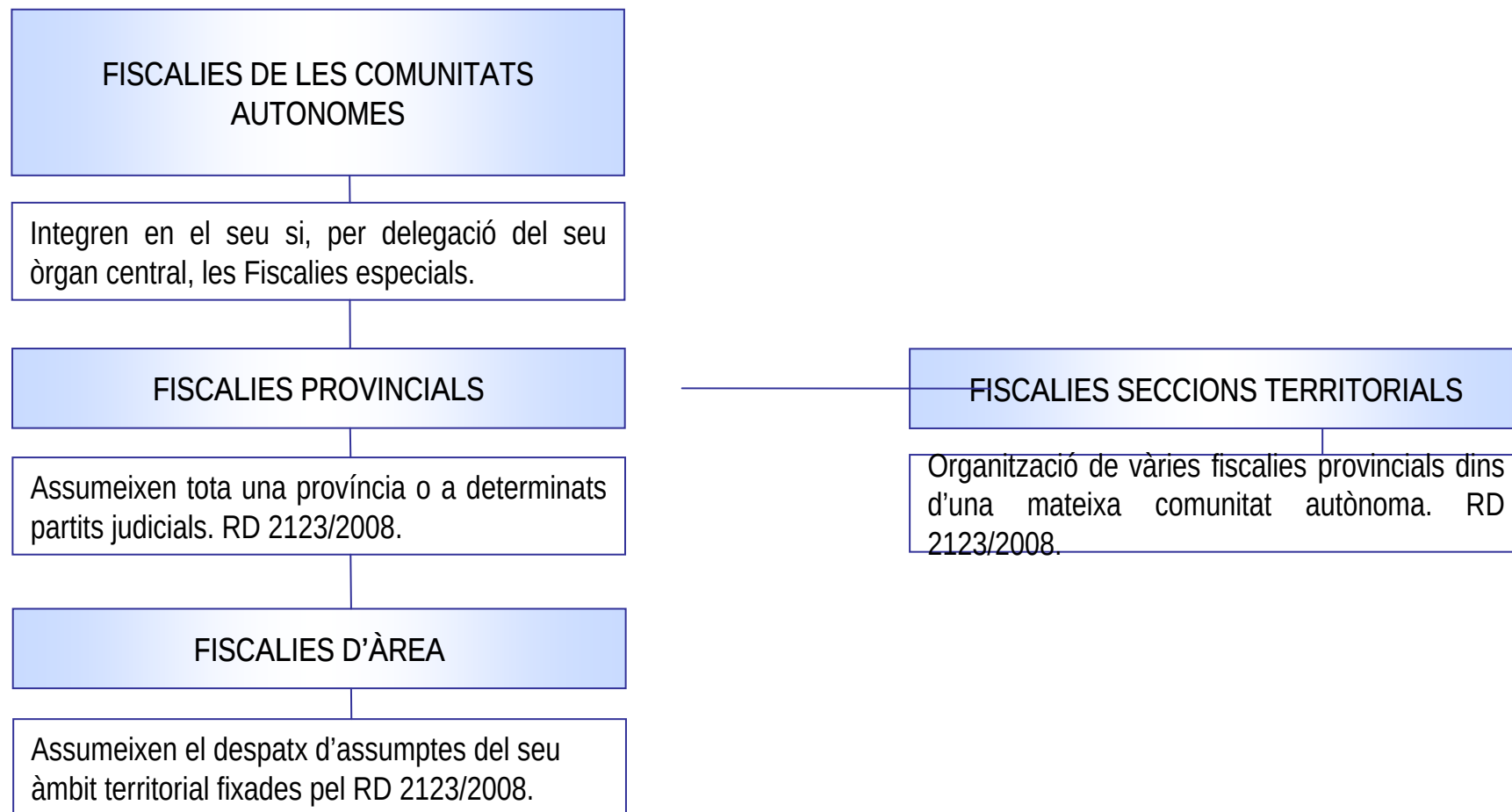
COMPETÈNCIES

Aquesta Fiscalia intervé directament en processos penals d'especial rellevància: a) Delictes contra la Hisenda pública, contraband i en matèria de personal, b) Delictes de prevaricació, c) Delictes d'abús o utilització indeguda d'informació privilegiada, d) Delictes de malbaratament de cabals públics, e) Fraus i exaccions il·legals, d) Delictes de tràfic de d'influències, e) Delictes de suborn, f) Delictes de negociació prohibides a funcionaris, g) Resta de delictes de la resta del llibre II del Codi Penal, així com els connexes amb els enunciats de l'apartat a) a l'apartat f)

.../... continua

EL CONTROL EXTERN CONTRA LA CORRUPCIÓ: EL MINISTERI FISCAL

.../... continuació



La Planta orgànica de la Carrera Fiscal en 2009 es composava de: 2.189 Fiscals (Primera, Segona i Tercera categoria)

EL CONTROL EXTERN CONTRA LA CORRUPCIÓ: L'OFICINA ANTIFRAU A CATALUNYA

Nota prèvia. A l'igual que la resta de l'Estat, el control dels actes il·lícits que afecten a l'Administració Pública Catalana es porta a través de la Jurisdicció ordinària i del Ministeri Fiscal incardinat al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. No obstant, a partir de 2009, l'Administració Pública Catalana té en funcionament l'Oficina Antifrau de Catalunya.

OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA
Llei del Parlament 14/2008, de 05/11

ANTECEDENTS

Encara que es basa, segons s'esmenta al preàmbul, en la Convenció de Nacions Unides de 30/10/2003 contra la corrupció (que demana que, qui la controla, sigui un òrgan independent de funcionament i especialitzat en prevenir i investigar la corrupció), el model se sembla molt al del Servei Central de Prevenció de la Corrupció francès (aquest servei es troba incardinat dins del Ministeri de Justícia).

ADSCRIPCIÓ

L'Oficina Antifrau s'adscriu al Parlament per garantir la seva independència i com a novetat té funcions preventives (!?) en l'àmbit de la prospecció i avaluació de risc d'il·lícits i en la formació específica del personal al servei del sector públic (!?)

.../... continua

EL CONTROL EXTERN CONTRA LA CORRUPCIÓ: L'OFICINA ANTIFRAU A CATALUNYA

.../... continuació

OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

Llei del Parlament 14/2008, de 05/11

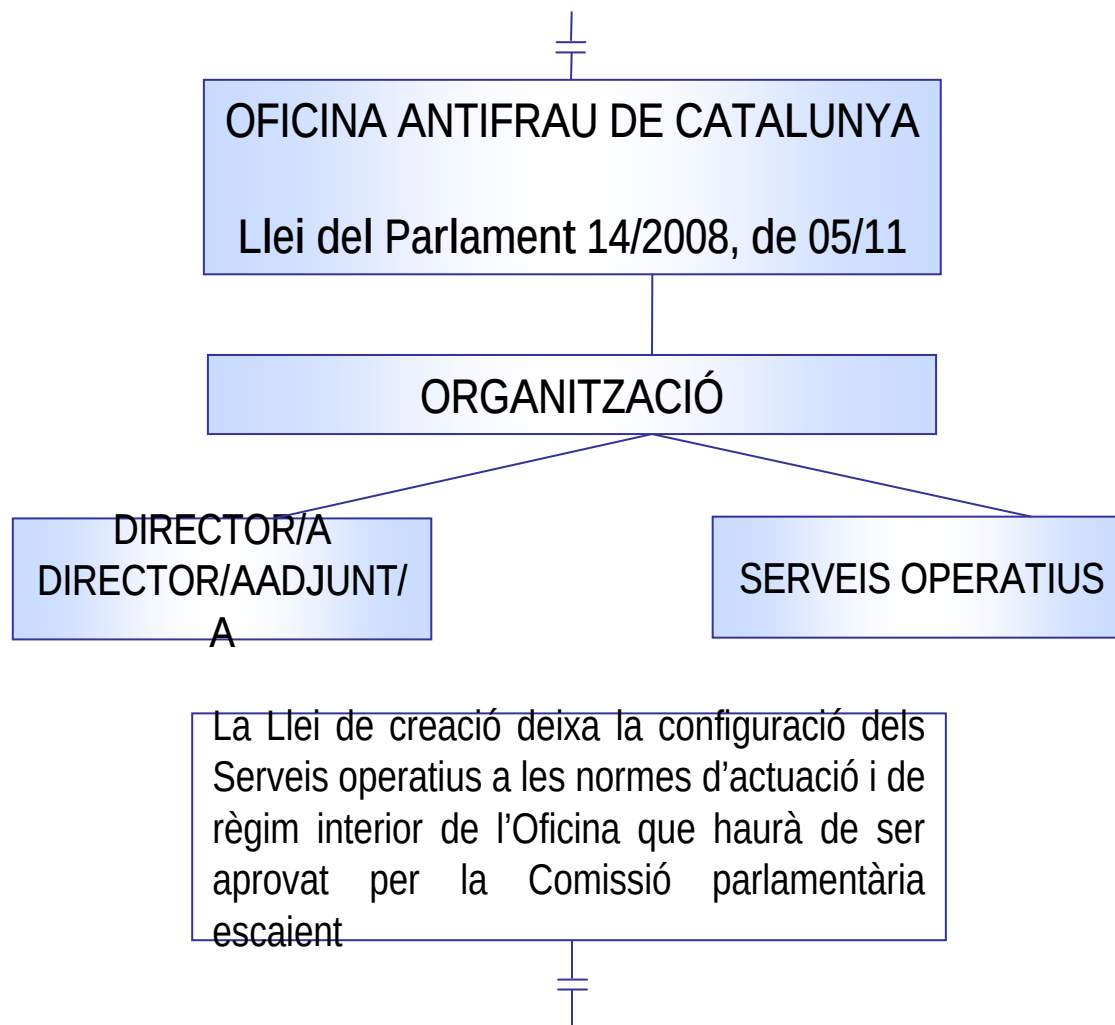
FINALITAT I ÀMBIT

La finalitat de l'Oficina és la prevenció i la investigació dels il·lícits que en matèria de funcionaris públics conté el Codi penal, encara que no pot complir cap funció que correspongui a l'Autoritat judicial, al Ministeri Fiscal i la Policia judicial i no pot investigar els mateixos fets que siguin objecte de llurs investigacions. L'àmbit d'actuació és exclusivament el Sector públic de Catalunya i abasta també a les Fundacions i als Consorcis, quan es tingui majoria als òrgans de decisió o als ingressos d'aquests ens superi el 50%. Pot incloure activitats de persones físiques, d'entitats i d'empreses privades que siguin concessionàries de serveis o perceptors de subvencions. Les funcions de l'Oficina s'han d'entendre sense perjudici de les encomandes a altres òrgans i amb excepció de les que corresponen de manera exclusiva a l'Autoritat Judicial i al Ministeri Fiscal.

.../... continua

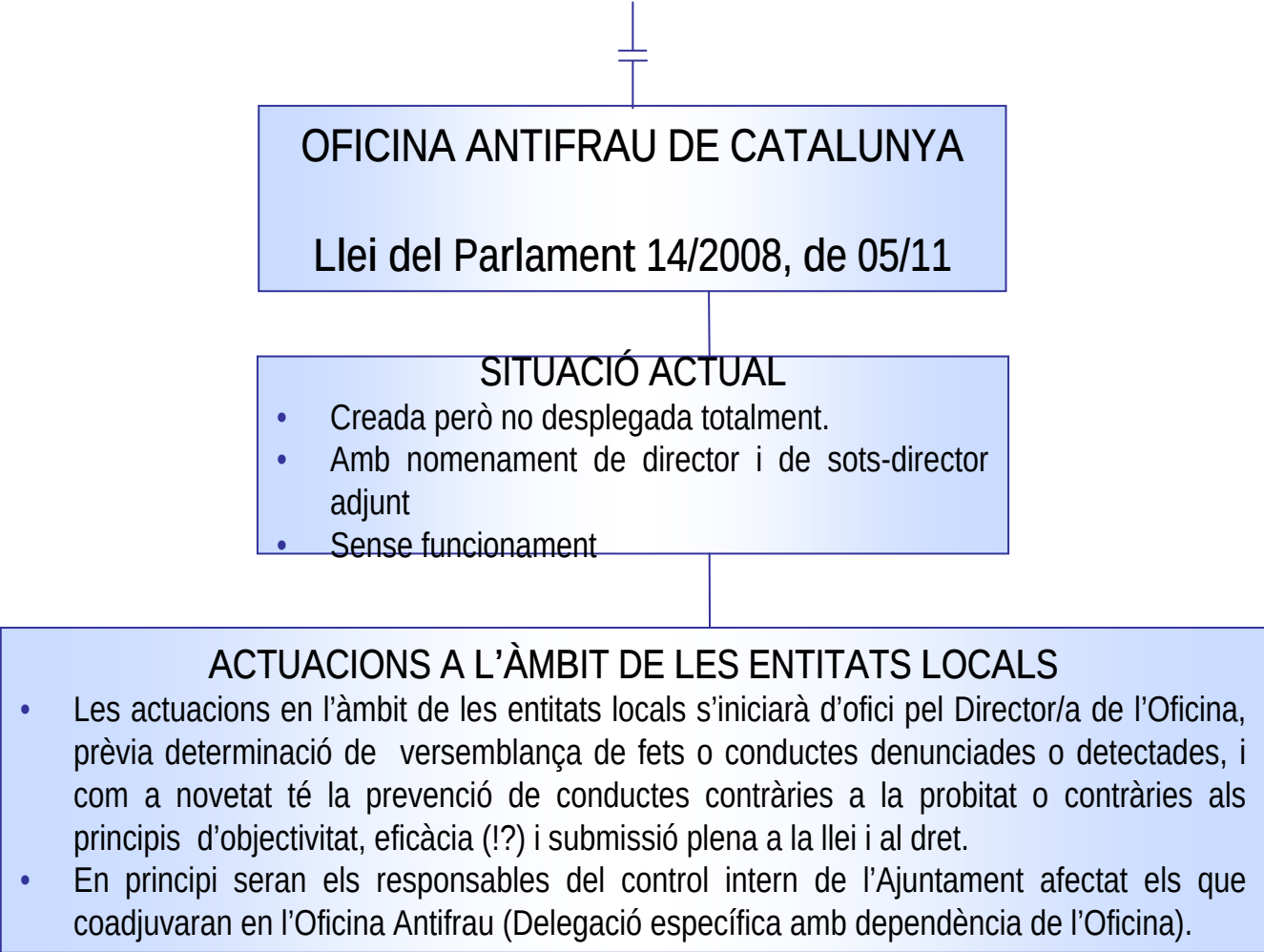
EL CONTROL EXTERN CONTRA LA CORRUPCIÓ: L'OFICINA ANTIFRAU A CATALUNYA

.../... continuació



.../... continua

EL CONTROL EXTERN CONTRA LA CORRUPCIÓ: L'OFICINA ANTIFRAU A CATALUNYA



OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA

Llei del Parlament 14/2008, de 05/11

SITUACIÓ ACTUAL

- Creada però no desplegada totalment.
- Amb nomenament de director i de sots-director adjunt
- Sense funcionament

ACTUACIONS A L'ÀMBIT DE LES ENTITATS LOCALS

- Les actuacions en l'àmbit de les entitats locals s'iniciarà d'ofici pel Director/a de l'Oficina, prèvia determinació de versemblança de fets o conductes denunciades o detectades, i com a novetat té la prevenció de conductes contràries a la probitat o contràries als principis d'objectivitat, eficàcia (!?) i submissió plena a la llei i al dret.
- En principi seran els responsables del control intern de l'Ajuntament afectat els que coadjuvaran en l'Oficina Antifrau (Delegació específica amb dependència de l'Oficina).

LA FUNCIÓ D'ENJUDICIAMENT DE LA RESPONSABILITAT COMPTABLE (*)

(*) CUBILLO VALVERDE, Carlos. *La responsabilidad contable*. Tribunal de Cuentas. 2005

(*) CORTELL GINER, Robert P. *Supuestos de responsabilidad contable*. Revista Auditoría Pública. Numero 50. Mayo 2010. Versión íntegra en <http://www.auditoriapublica.com>

ANTECEDENTS

La Funció d'enjudiciament de la responsabilitat comptable en que poden incórrer els que tinguin al seu càrrec el maneig de cabals o efectes públics, es configura com una activitat de naturalesa Jurisdiccional (!?), a la que la Llei Orgànica 2/1982, de 12 de maig, del Tribunal de Comptes (LOTIC), utilitzant l'expressió de l'article 136.2. de la Constitució, qualifica de Jurisdicció (!?) pròpia del Tribunal de Comptes (article 15.1.) del que diu que és una jurisdicció necessària i improrrogable, exclusiva i plena. Tanmateix diu que les resolucions que dicti el Tribunal de Comptes, en l'exercici de la funció d'enjudiciament i en els casos que preveu la Llei 7/1988, de 5 d'abril, de Funcionament de l'Alt Tribunal fiscalitzador, seran susceptibles de recurs de cassació i revisió davant del Tribunal Suprem (article 49 LOTIC).

NATURALESA JURÍDICA DE LA RESPONSABILITAT COMPTABLE

- “ .. *El que por acción u omisión contraria a ley originare el menoscabo de los caudales o efectos publicos, quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados ...*” (aquest precepte encapçala el títol IV, article 38.1 de la LOTC, títol que es denomina “La responsabilidad contable”).
- “ ... *la Jurisdicción Contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiendose de las cuentas que deban rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de cuadales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencias graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladores del regimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidade sdel Sector público o, en su caso, a las presonas o entidades perceptoras de subvenciones, créditos, avales y otras ayudas procedentes de dicho sector (artículo 49 de la LFTC).*

.../... continua

NATURESA JURÍDICA DE LA RESPONSABILITAT COMPTABLE

.../... continuació

- La LOTC y la LFTC volen configurar un model concret de responsabilitat jurídica encara que respecte de la seva naturalesa la doctrina no ha arribat a posar-se d'acord.
- Hi ha sectors de la doctrina que qualifiquen el model com una variant de la responsabilitat civil extracontractual.
- Hi ha sectors de la doctrina que qualifiquen la responsabilitat comptable com un tipus autònom de responsabilitat reparatòria.
- Altres sectors de la doctrina diuen que la responsabilitat comptable constitueix una variant de la responsabilitat patrimonial front a les Administracions i Entitats del Sector Públic.

CONCLUSIÓ

Tant si ens trobem davant d'una variant de la responsabilitat civil extracontractual de l'article 1.902 del CC com si ens trobem davant d'una forma de responsabilitat patrimonial front al sector públic (article 145.3 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de LRJAP i PAC), no és menys cert que l'article 38 de la LOTC i el 49 de la LFTC ens donen les notes configuradores d'una modalitat de responsabilitat jurídica que es caracteritza pel seu origen (gestió de fons públics) i per la seva finalitat (reparació de danys i perjudicis) i que ha d'interpretar-se harmònicament amb el que diu la Llei 47/2003, de 26/11, General Pressupostària al seu article 176 que estableix : “ ... las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta Ley, que por dolo o culpa graves, adopten resoluciones o realicen actos de infracción de las disposiciones de esta Ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad, los daños y perjuicios que sean consecuencias de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pudiere corresponder ...” (l'article 2 de la LGP recull exclusivament el Sector Públic Estatal i no fa referència, pel seu àmbit d'aplicació, al Sector Públic Local. Per això creiem que continua vigent, per a l'Administració Local, l'article 140 del Text Refós de la Llei General Pressupostària de 1988).

TIPIFICACIÓ D'INFRACCIONS

- Per que existeixi **responsabilitat comptable** han de concórrer diferents requisits segons té fixat la Sala de Justícia del Tribunal de Comptes (SJTC), en les Sentències de 18 d'abril de 1986 i 9 de setembre de 1987, Sentències que s'han de complementar amb el que disposa l'article 72 de LFTC.

REQUISITS

- Abast en l'administració dels fons públics.
- Malbaratament en l'administració dels fons públics.
- Administració dels recursos i altres drets de la Hisenda pública sense subjectar-se a les disposicions que regulen la seva liquidació, recaptació i ingrés al Tresor.
- Compromisos de despesa i ordenació de pagament sense crèdit suficient per realitzar-lo o amb infracció de la normativa sobre el Règim jurídic de les Hisendes Locals o les Bases d'Execució dels pressupostos.
- Realització de pagaments indeguts en liquidar les obligacions o expedir documents en virtut de les funcions encomanades.
- Falta de retiment dels comptes reglamentaris exigits o presentació dels mateixos amb greus defectes.
- Falta de justificació de la inversió dels fons corresponents a pagaments a justificar, bestretes de caixa fixa o subvencions.
- Adopció de qualsevol acte o resolució amb repercussió econòmico-financera que infringeixi l'ordenament jurídic en matèria d'hisendes locals.

REQUISITS PER A L'EXISTÈNCIA DE RESPONSABILITAT COMPTABLE

- La Sentència de la Sala de Justícia de 30 de juny de 1992, suportada en la de 18/04/1986 i en la 09/09/1987, fixa els requisits per a l'existència de responsabilitat comptable, tot i dient:

“ ... Para que una determinada actuación pueda ser constitutiva de responsabilidad contable debe reunir los siguientes requisitos: a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; b) Que además dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, maneje o utilicen caudales o efectos públicos (carácter público de los fondos dañados); c) Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector publico de que se trate, d) Que la repetida acción esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia inmediata no es sino, la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos, por dolo, culpa o negligencia grave; e) Que el menoscabo producido sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente y, f) Que exista una relación de causalidad ...” (causalidad adecuada, causalidad eficiente, teoría de la imputación objetiva del resultado).

.../... continua

REQUISITS PER A L'EXISTÈNCIA DE RESPONSABILITAT COMPTABLE

.../... continuació

- La Sentència anterior ens permet distingir set (7) requisits que es poden sistematitzar en les següents categories:
 - Que es tracti d'un acció u omissió atribuïble a una persona que tingui al seu càrrec el maneig de cabals o efectes públics.
 - Caràcter públic dels fons malmesos.
 - Que l'acció u omissió surti dels comptes que han de retre els gestors de fons públics.
 - Que s'hagi produït vulneració de la normativa comptable i pressupostària aplicable a l'Administració local.
 - Que l'acció o omissió que provoca els danys i perjudicis impliqui dol, culpa o negligència greus.
 - Que s'hagi produït menyscapte dels béns i drets de titularitat pública.
 - Que existeixi relació de causalitat entre l'acció o omissió imputable al gestor de fons o cabals públics i al menyscapte originat als mateixos.
- Els requisits s'han de donar de forma conjunta tots ells, perquè s'admeti a tràmit un expedient de responsabilitat comptable.

L'ABAST I EL MALBARATAMENT DE CABALS PÚBLICS

- L'abast i el malbaratament de cabals públics són dos supòsits de responsabilitat comptable que tenen un tractament específic a l'ordenament jurídic, tan en via administrativa com en via jurisdiccional (el procediment de reintegrament per abast que es troba precedit d'actuacions prèvies que habitualment les executen les Ocex's.)
- En l'abast i en el malbaratament, es a dir el menyscapte de fons públics és consubstancial a la infracció pròpiament dita (l'acció o omissió antijurídica i culposa es concreta inicialment en un dany als cabals o als efectes que corresponguin) i es diferencia de la resta de figures perquè en aquesta ens trobarem davant de conductes contràries a les lleis de pressupostos i/o al dret comptable que poden ser generadores o no de responsabilitat comptable en raó de si han causat o no dany als fons públics.
- La gran majoria de sentències de la SJTC, tenen a veure avui dia amb supòsits d'abast, ja que s'ha realitzat una interpretació expansiva del concepte.

LES ALTRES INFRACCIONS COMPTABLES, SEGONS LA LFTC

- La Jurisprudència de la Sala de Justícia del Tribunal de Comptes ha posat en evidència infraccions comptables diferents a les de l'abast i malbaratament de cabals públics, ja que el judici de comptes és el seu procediment jurisdiccional i solament es pot incoar després de conèixer el resultat d'una fiscalització i en raó d'una acció pública (denúncia).
- Un dels supòsits d'infracció comptable més clar que el Tribunal de Comptes encara no ha assimilat a l'abast, és la prescripció de drets de la Hisenda Pública sense subjectar-se a les disposicions que regulen la seva liquidació, recaptació o ingrés al tresor (vegi's Sentència de la SJTC de 16/1999, de 30/09).

CIRCUMSTÀNCIES MODIFICATIVES DE LA RESPONSABILITAT COMPTABLE

- **L'obediència deguda** (principi de jerarquia):
 - Exempció de responsabilitat (article 39.1. de la LOTC).
 - El Codi penal de 1994 no admet l'eximent d'obediència deguda i l'article 54.3 de l'Estatut de l'Empleat Públic no obliga a complir les ordres manifestament il·legals.
- **L'observància del principi de competència:**
 - La Sentència de la SJTC de 17/1998, de 16/11, distingeix entre jerarquia i competència. A una organització administrativa l'atribució de funcions exclusives a uns determinats òrgans afebleix el principi de jerarquia i els substitueix pel de direcció, amb conseqüències importants en el contingut d'aquesta relació (l'òrgan superior no pot, quan un òrgan inferior té competència exclusives, donar-li ordres o instruccions respecte de les mateixes, ni substituir, ni anular els actes de l'òrgan inferior, ja que si fos així estaria exercint competències que el sistema normatiu ha atorgat de manera exclusiva i excloent a l'inferior.
 - Han d'indemnitzar a la Hisenda Pública no solament els que adoptin resolucions o realitzin actes, sinó també els interventors en l'exercici de la seva funció interventora i els ordenadors de pagaments, quan aquests no hagin salvat la seva actuació fent una observació escrita de la improcedència o il·legalitat de l'acte o resolució (179 LGP).
 - En el cas d'interventors, ordenadors de pagaments i tesorers, quan no hagin fet les corresponents advertències, no s'ha de considerar que són responsables automàticament dels danys i perjudicis causats, ja que s'haurà d'examinar la seva actuació a efectes de determinar si existeix **dol, culpa o negligència per la seva part**.

.../... continua

CIRCUMSTÀNCIES MODIFICATIVES DE LA RESPONSABILITAT COMPTABLE

.../... continuació

- No hi ha existència de límits en els casos anteriors. Sembla lògic pensar que si ens trobem davant d'un il·lícit penal, l'interventor haurà d'advertir-ho als seus superiors, l'ordenador de despeses i de pagament no haurà d'aprovar la despesa ni ordenar el pagament i el tresorer no hauria de fer el pagament. A l'hora s'hauria de denunciar el fet en via penal . La Sentència de la SJTC 5/2000, de 28/04, diu : “ *... La orden de pago recibida por el tesorero siempre que esté debidamente intervenida, es una orden que está obligado a cumplir ...* ” .
- L'incompliment per una altra persona de les seves obligacions específiques sempre que el responsable així ho hagi fet constar per escrit (article 39.2. LOTC)
- Eximeix de responsabilitat subsidiària, la falta de mitjans personal i materials per complir les corresponents obligacions (s'ha de provar-ho) (article 40.1. de la LOTC).

LES SENTÈNCIES DE LA SALA DE JUSTÍCIA DEL TRIBUNAL DE COMPTES REFERIDES A LA RESPONSABILITAT COMPTABLE (ÚLTIMES SENTÈNCIES)

- En matèries genèriques:
 - L'Auto de la SJTC de 23/10/2006. Falta de retre comptes.
 - La Sentència de la SJTC 10/2007, de 18/06. Estat d'abandonament.
 - La Sentència del TS de 14/11/1991. Diferències de preu.
 - La Sentència de la SJTC 7/2008, de 28/04. Contractació. Irregularitats en la forma d'adjudicació.
 - La Sentència de la SJTC 4/2001, de 28/02. Contractació. Determinació de l'existència d'abast en el cas, que concorrien els requisits de l'article 49 de la LFTC (producció d'un dany o perjudici per a l'erari públic).
 - La Sentència de la SJTC 3/2004, de 05/02. Contractació. Confirmatòria de la condemna de responsabilitat dictada per sentència de primera instància sobre la responsabilitat per encarregat a un arquitecte privat diversos projectes, efectuar la contractació i firmar el full de càrrec sense aplicació de la reducció corresponent.

.../... continua

LES SENTÈNCIES DE LA SALA DE JUSTÍCIA DEL TRIBUNAL DE COMPTES REFERIDES A LA RESPONSABILITAT COMPTABLE (ÚLTIMES SENTÈNCIES)

.../... continuació

- **En matèria de subvencions:**
 - La Llei general de subvencions no es dirigeix contra autoritats ni funcionaris que les tramitin o les concedeixin, ni el procediment de reintegrament que preveu la norma. La responsabilitat comptable en matèria de subvencions s'extén a:
 - Persones que no justifiquin els fons percebuts.
 - Gestors públics que han participat en la concessió o en la comprovació de les finalitats en les que foren aplicades.
 - El perceptor de la subvenció té la carrega de la justificació. Sentència de la SJTC 4/2000, de 31/03.
- **En matèria de responsabilitat comptable** de les Comissions de Govern dels Ajuntaments, es planteja contra la incorrecta liquidació de taxes:
 - Vegi's Sentència de la SJTC de data 03/07/2000.

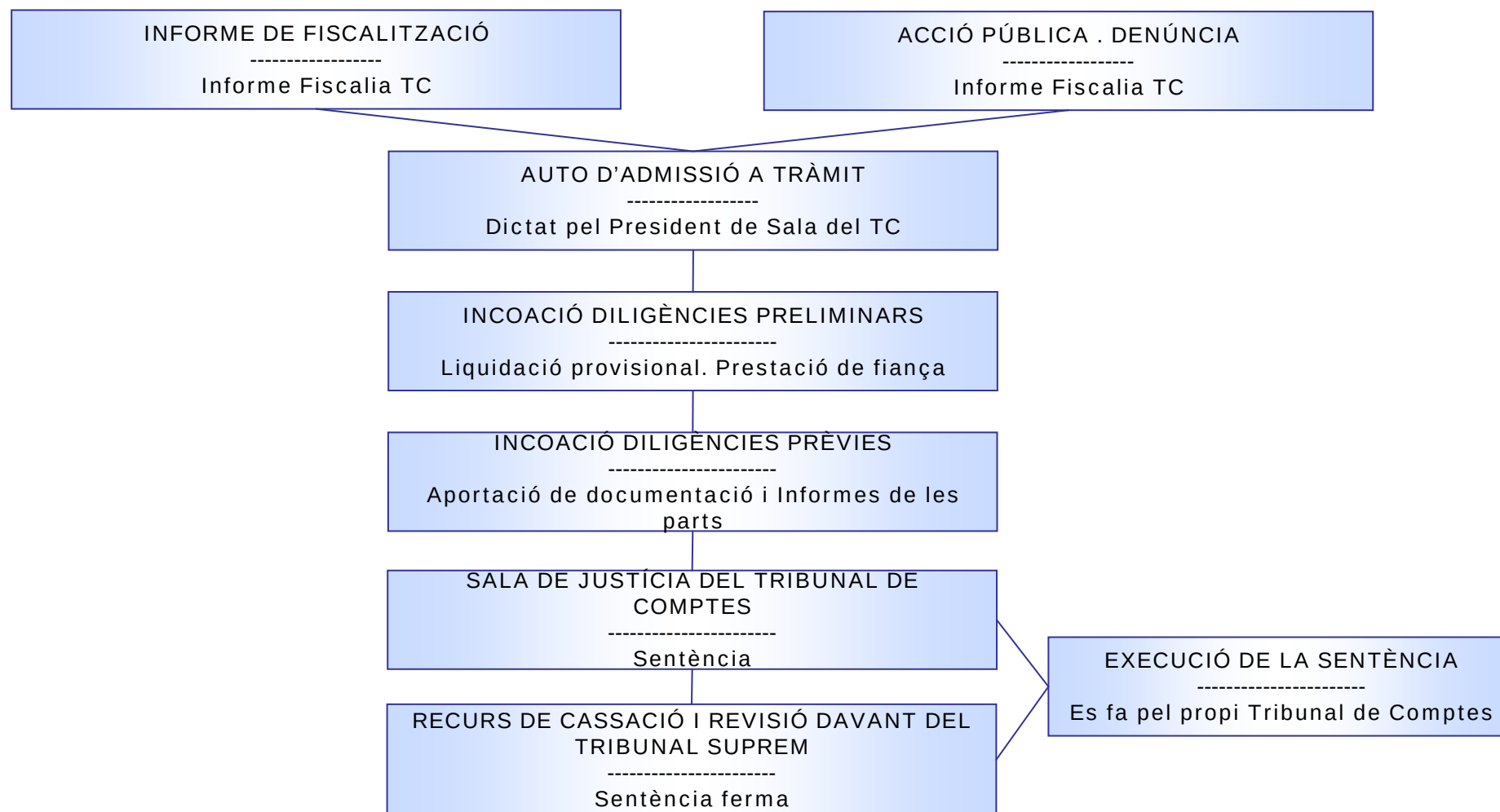
.../... continua

LES SENTÈNCIES DE LA SALA DE JUSTÍCIA DEL TRIBUNAL DE COMPTES REFERIDES A LA RESPONSABILITAT COMPTABLE (ÚLTIMES SENTÈNCIES)

.../... continuació

- En matèria d'arqueigs:
 - Vegi's la Sentència de la SJTC 15/1998, de 25/09, que diu, que si s'haguessin realitzat s'hagués pogut evitar el desplaçament entre el ròssec real i el de caixa , circumstancia que li fa afirmar, a sensu contrari, que aquesta omissió de l'obligació (fer els arqueigs mensuals) fou causa directa i jurídicament rellevant dels danys i perjudicis causats al fons de la caixa d'una empresa pública.
- En matèria de responsabilitat comptable:
 - Vegi's la Sentència de la SJTC 18/2008, de 13/09, que manifesta que la delegació no eximeix de responsabilitat comptable si no existeix el degut control sobre el delegat..

DIAGRAMA DE PROCÉS DE LA FUNCIÓ JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL DE COMPTES



L'ACCÉS A LA INFORMACIÓ AMBIENTAL: NOVES PERSPECTIVES DES DEL DRET INTERNACIONAL I EUROPEU I LA SEVA INCIDÈNCIA EN EL DRET INTERN

Alexandre Peñalver i Cabré
Professor titular d'universitat de dret administratiu

1. El nou marc de la normativa d'accés a la informació ambiental	1
1.1 El dret internacional com a factor de transformació de l'accés a la informació ambiental: el Conveni d'Aarhus de 25 de juny de 1998.....	1
1.2. L'adequació de la legislació europea sobre accés a la informació ambiental al Conveni d'Aarhus.....	2
1.3. La situació en el dret intern.....	3
A) Fonaments constitucionals i legals del dret d'accés a la informació administrativa	3
B) Fonaments constitucionals i legals de l'accés a la informació ambiental.....	3
2. Principals característiques del dret d'accés a la informació ambiental	4
2.1 Titulars	4
2.2 Objecte	4
2.3 Límits	5
2.4 Procediment	7
2.5 Cost de la informació	8
2.6 Garanties	9
3. Un apunt sobre el deure de les autoritats públiques de difusió de la informació ambiental	11
4. Conclusions.....	11

1. EL NOU MARC DE LA NORMATIVA D'ACCÉS A LA INFORMACIÓ AMBIENTAL

1.1 El dret internacional com a factor de transformació de l'accés a la informació ambiental: el Conveni d'Aarhus de 25 de juny de 1998

La normativa sobre accés a la informació ambiental s'ha vist totalment transformada en la darrera dècada fins a l'actualitat pel Conveni internacional sobre l'accés a la informació, la participació pública en la presa de decisions i l'accés a la justícia en matèria ambiental de 25 de juny de 1998. Aquest Tractat internacional fou adoptat en el marc de la Comissió Econòmica per Europa de les Nacions Unides a Aarhus (Dinamarca), fou signat per 40 estats (els estats europeus, EUA, Canadà, Austràlia i Israel) i la Comunitat Europea i va entrar en vigor el 30 d'octubre de 2001 després d'haver estat ratificat per 17 estats. Ara bé, té una força expansiva a la resta d'estats de l'ONU en preveure llur adhesió (art. 19.3) i la seva aplicació en les decisions internacionals i en les organitzacions internacionals per part de les parts (art. 3.7).

Aquest Conveni es va integrar dins el dret comunitari mitjançant la seva publicació per la Decisió del Consell de la Comunitat Europea 2005/370, de 17 de febrer (DOCE L-124, de 17 de maig de 2005). A l'Estat espanyol, l'acord del Congrés de Diputats de 5 de desembre de 2000 el va ratificar, però el Govern espanyol no es va disposar l'instrument de ratificació fins al 29 de desembre de 2004 tot procedint a la seva publicació al BOE núm. 40, 16 de febrer de 2005 i entrant en vigor el març de 2005¹.

¹ Per a consultar el text complet i altra informació addicional, podeu visitar les adreces web tot tenint present que el text autèntic és en anglès, francès i rus: [egüentshttp://www.gencat.es/mediamb/ipai/aarhus.doc](http://www.gencat.es/mediamb/ipai/aarhus.doc);

<http://www.unece.org/env/pp/treatytext.htm>;

<http://www.unece.org/env/pp/welcome.html>

http://www.congreso.es/ihhttp://www.europa.eu.int/eurlex/es/com/pdf/2000/es_500PC0839.pdf

<http://www.aarhusclearinghouse.unece.org>; <http://www.participate.org>

El primer aspecte novedós d'aquest conveni internacional és que, per primera vegada en un tractat internacional, es reconeix el dret de cada persona, de les generacions present i de les futures, a un medi ambient (art. 1) i la seva consideració de dret-deure, tal com figura a l'exposició de motius. O sigui, se'n fa ressò de forma expressa del dret humà de tercera generació al medi ambient. Des d'un punt de vista històric i estructural dels drets humans, el dret al medi ambient forma part dels drets humans de tercera generació (drets de solidaritat), en els quals estarien immerses les noves necessitats socials universals, com ara les ambientals, sorgides el darrer terç del segle XX. Aquests nous drets humans s'afegeixen als anteriors drets humans de primera generació (drets civils i polítics) dels inicis del segle XIX i als drets humans de segona generació (drets econòmics, socials i culturals) de finals del segle XIX.

La característica principal del dret al medi ambient com a dret humà de tercera generació és el seu caràcter col·lectiu la qual cosa planteja les següents tres característiques: a) la seva titularitat col·lectiva perquè en són titulars totes les persones (fins i tot les generacions futures). Però no es tracta d'una titularitat exclusiva i individual, sinó compartida amb la resta de la col·lectivitat. Per aquest motiu tenen un caràcter dual de drets-deures; b) el seu objecte consisteix en un bé jurídic col·lectiu no susceptible d'apropiació exclusiva com és el medi ambient; i c) la seva protecció no es limita a la mera defensa davant l'Estat, com feien els drets de primera generació, ni a l'exigència de prestacions, com feien els drets de segona generació, sinó que aquests nous drets exigeixen noves formes de participació i accés a la informació per a la defensa d'aquest bé col·lectiu que és el medi ambient.

Ara bé, el Conveni d'Aarhus no es limita a reconèixer el dret humà al medi ambient sinó que el mateix art. 1 estableix tres mitjans (els coneguts "tres pilars") per a la seva protecció que posteriorment altres preceptes els desenvolupen:

- Accés a la informació ambiental amb una regulació força específica del règim jurídic del dret d'accés i del deure de difusió de la informació ambiental que veurem més endavant en els punts segon i tercer (art. 4 i 5)
- Participació administrativa en les següents modalitats: participació del públic en decisions relatives a activitats específiques amb efectes importants sobre el medi ambient; participació del públic en plans, programes i polítiques ambientals i participació del públic durant la fase d'elaboració de disposicions reglamentàries o d'instruments normatius jurídicament obligatoris d'aplicació general (art. 6-8).
- Accés a la justícia on s'inclou supòsit per a la tutela del dret d'accés a la informació ambiental (art. 9).

Una altra dada rellevant d'aquest Conveni és la seva finalitat de què la protecció del dret al medi ambient mitjançant els tres pilars sigui real i efectiva, tal com es desprèn de l'exposició de motius. Evidentment, això es tradueix en el contingut dels preceptes que regulen els tres pilars la qual cosa es més palesa amb l'accés a la informació ambiental i també amb un seguit de mesures com, per exemple, que els funcionaris i autoritats públiques han d'ajudar i aconsellar el públic per permetre'ls tenir un ampli accés a la informació i s'ha de fomentar l'educació i la consciència ecològica del públic per tal que sàpiguen com procedir per accedir a la informació ambiental.

En fi, una bona mostra de la importància d'aquest Conveni la trobem en les paraules del llavors secretari general de les Nacions Unides, Kofi A. Annan:

"Malgrat que sigui en l'àmbit regional, la importància del Conveni d'Àrhus és global. És amb escreix l'elaboració més impressionant del principi 10è de la Declaració de Rio, que posa èmfasi en la necessitat de participació dels ciutadans en els temes ambientals i en l'accés a la informació sobre medi ambient en possessió de les autoritats públiques. Així, és la major iniciativa en l'àrea de la democràcia ambiental mai presa sota els auspicis de les Nacions Unides".

1.2. L'adequació de la legislació europea sobre accés a la informació ambiental al Conveni d'Aarhus

A nivell de la Unió Europea, la Directiva 90/313, de 7 de juny, relativa a la llibertat d'accés a la informació en matèria de medi ambient va ser la primera norma comunitària que va regular, de forma general, el dret d'accés a la informació ambiental. Es caracteritzava per regular aquest dret amb una gran amplitud pel que fa als titulars (qualsevol persona sense que hagi d'acreditar cap dret o interès) i l'objecte (informació ambiental disponible per les administracions públiques), si bé altres aspectes eren força restrictius (límits o excepcions), insuficientment regulats (procediment) i d'altres gairebé inexistents (mecanismes de garantia).

L'adopció del Conveni d'Aarhus per part de la Unió Europea ha comportat que hagi aprovat la següent nova normativa sobre accés a la informació ambiental la qual varia en funció del seu destinatari:

- Estats: Directiva 2003/4/CE, del Parlament i del Consell, de 28 de gener, relativa a l'accés del públic a la informació ambiental i per la que es deroga la Directiva 90/313 (DOCE L 41, 14 de febrer de 2003) i amb la data màxima de transposició de 14 de febrer de 2005.

- Institucions i organismes comunitaris: Reglament CE 1367/2006, del Parlament i del Consell, de 28 de gener, relatiu a l'aplicació, a les institucions i als organismes comunitaris, de les disposicions del Conveni d'Aarhus sobre l'accés a la informació, la participació pública en la presa de decisions i l'accés a la justícia en matèria ambiental i que és aplicable a partir del 28 de juny de 2007 (DOCE L 264, 25 de setembre de 2006).

1.3. La situació en el dret intern

A) Fonaments constitucionals i legals del dret d'accés a la informació administrativa

El dret d'accés a arxius i registres administratius està previst expressament a l'art. 105.b CE tot establint tres límits com són la seguretat i la defensa de l'estat, la indagació dels delictes i la intimitat de les persones. A la vegada, el dret d'accés a la informació s'ha destacat com un autèntic requisit per l'exercici d'altres drets fonamentals com el de llibertat d'expressió (art. 20.1.d CE) i el dret de participació en els afers públics (art. 23.1 CE). I també per garantir una participació ciutadana responsable a la qual estan obligats els poders públics (art. 1.1 i 9.2 CE). D'aquests preceptes s'ha derivat un principi constitucional de transparència administrativa íntimament vinculat als principis constitucionals d'actuació de les administracions públiques d'objectivitat i efectivitat (art. 103.1 CE).

De fet, aquest principi de transparència administrativa fou introduït a l'art. 3.5 LRJPAC per la Llei estatal 4/1999, de 13 de gener. Una clara manifestació afavoridora de l'accés a la informació administrativa la tenim en l'àmbit local per l'art. 69.1 LBRL quan disposa que "Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local".

El desenvolupament del dret constitucional d'accés a arxius i registres administratius es va produir pels art. 35.h i 37 LRJPAC. Ara bé, no entrarem a examinar aquestes preceptes ja que contenen una regulació general i força restrictiva quan en matèria ambiental hi ha una regulació específica molt més favorable a l'accés a la informació sobre medi ambient.

B) Fonaments constitucionals i legals de l'accés a la informació ambiental

L'accés a la informació ambiental té un fonament constitucional tant subjectiu en el dret al medi ambient (art. 45.1 CE) com objectiu en el mandat dels poders públics de protecció del medi ambient (art. 45.2 CE). Com ja hem vist el Conveni d'Aarhus, l'accés a la informació ambiental és un dels mecanismes de protecció del dret humà al medi ambient. Val a dir que l'art. 27.3 EAC sí ha recollir expressament el dret a accedir a la informació ambiental.

Ara bé, aquest fonament constitucional no fou emprat per la Llei estatal 38/1995, de 12 de desembre, sobre el dret d'accés a la informació en matèria de medi ambient que transposava, en quasi tres anys de retard, la Directiva 90/313, de 7 de juny, relativa a la llibertat d'accés a la informació en matèria de medi ambient. Aquesta Llei es va limitar a incorporar la Directiva a l'ordenament intern (en alguns casos fent una lectura restrictiva) després que la Comissió considerés manifestament insuficients els art. 35.h i 37 LRJPAC sobre els dret d'accés a arxius i registres administratius.

Per tal d'adequar-se al Conveni d'Aarhus i transposar la Directiva 2003/4/CE, del Parlament i del Consell, de 28 de gener, relativa a l'accés del públic a la informació ambiental, aquesta Llei estatal 38/1995, de 12 de desembre ha estat derogada per la Llei estatal 27/2006, de 18 de juliol, per la qual es regulen els drets d'accés a la informació, de participació pública i d'accés a justícia en matèria de medi ambient. Així ho recull l'exposició de motius quan diu que l'objecte d'aquesta Llei és adequar el nostre ordenament al Conveni internacional de la Comissió Econòmica de les Nacions Unides per a Europa sobre "L'accés a la informació, la participació pública en la presa de decisions i l'accés a la justícia en matèria ambiental", celebrat a Aarhus (Dinamarca) el 25 de juny 1998 ("Conveni d'Aarhus"). També l'exposició de motius expressa que l'altra finalitat és transposar la Directiva 2003/4/CE.

Un dels primers aspectes a destacar de la Llei 27/2006 és que situa l'accés a la informació ambiental en un lloc central i estableix la seva naturalesa instrumental per garantir el dret constitucional al medi ambient (art. 45.1 CE), tal com consta a l'inici de l'exposició de motius. A més, especifica que els seus titulars són tots els ciutadans, té per objecte un bé jurídic col·lectiu i planteja la necessitat d'establir nous instruments de participació per a la seva protecció. Partint del Conveni d'Aarhus, es destaca el reconeixement del dret humà al medi ambient i, el més rellevant, els tres pilars per a la seva protecció ("drets", segons terminologia de la Llei) que, com hem avançat, són l'accés a la informació, la participació pública i l'accés a la justícia. A més, se'n fa ressò el mandat general de participació dels individus i grups en els poders públics per tal que la participació sigui real i efectiva (art. 9.2 CE). Veiem, doncs, que s'interioritzen dins del nostre ordenament jurídic les característiques del dret humà al medi ambient del dret internacional.

La Llei 27/2006 tracta primer d'aspectes generals en el títol I i després regula els tres drets en els títols II a IV:

- Dret d'accés a la informació ambiental (títol II) que és el conté una major regulació i força específica tant del règim jurídic del dret d'accés com del deure de difusió de la informació ambiental (art. 5 a 15).
- Dret de participació pública en assumptes de caràcter mediambiental (títol II) que inclou la participació del públic en plans, programes i polítiques ambientals i participació del públic durant la fase d'elaboració de disposicions reglamentàries o d'instruments normatius jurídicament obligatoris d'aplicació general (art. 16 a 19).
- Accés a la justícia i a la tutela administrativa en assumptes mediambientals (títol IV) on s'inclou, com veurem de forma molt genèrica, la tutela del dret d'accés a la informació ambiental (art. 20 a 23).

A continuació, examinarem el règim jurídic de l'accés a la informació ambiental a partir del que disposa la Llei 27/2006, sens perjudici de tenir present també el Conveni d'Aarhus i la Directiva 2003/4/CE.

2. PRINCIPALS CARACTERÍSTIQUES DEL DRET D'ACCÉS A LA INFORMACIÓ AMBIENTAL

2.1 Titulars

Segons l'art. 2.7 i 3.1 de la Llei 27/2006, els titulars del dret d'accés a la informació són "qualsevol persona física o jurídica, així com les seves associacions, organitzacions i grups" la qual cosa s'especifica que és requisit suficient per tenir la condició d'interessat per accedir a la informació ambiental ja que després s'insisteix "sin que para ello esten obligados a declarar un interés determinado". De forma semblant, l'art. 4 del Conveni d'Aarhus estableix que el titular és el públic el qual és definit per l'art. 2.4 com "una o diverses persones físiques o jurídiques i, d'acord amb la legislació o el costum del país, les associacions, organitzacions o grups constituïts per aquestes persones" tot especificant que el públic no ha d'invocar cap interès determinat. En fi, a efectes pràctics, ambdues disposicions reconeixen una mena d'acció pública en matèria d'accés a la informació ambiental ja que qualsevol pot exercir aquest dret sense que hagi d'acreditar cap dret ni interès legítim.

Val a dir que no es tracta d'un aspecte novedós ja que l'art. 1 de la Llei 38/1995 ja preveia que els titulars eren qualsevol persona física o jurídica sense que hagi d'acreditar cap interès determinat

2.2 Objecte

L'objecte d'aquest dret és tota informació ambiental disponible per les autoritats públiques (art. 3.1 Llei 27/2006 i 4 Conveni d'Aarhus). Per tant, són dos els elements que configuren aquest objecte (informació ambiental i autoritats públiques). Aquí sí s'ha produït un major abast molt important en ampliar la definició d'informació ambiental i emprar la noció funcional d'autoritats públiques enlloc de la que s'emprava fins llavors d'administracions públiques per part de l'art. 2 de la Llei 38/1995.

A continuació examinem aquests dos elements.

Segons els art. 2.3 Llei 27/2006 i 2.3 Conveni d'Aarhus, informació ambiental és qualsevol informació escrita, visual, oral, electrònica o en qualsevol altre format que faci referència a:

- a) L'estat dels *elements del medi ambient*, com ara l'aire, l'atmosfera, l'aigua, el sòl, les terres, el paisatge i els espais naturals, la diversitat biològica i els seus components, com ara els organismes genèticament modificats, i la interacció entre aquests elements.
- b) Els *agents contaminants* com, entre d'altres, les substàncies, l'energia, el soroll i les radiacions que afectin o que puguin afectar els elements del medi ambient.
- c) Les *mesures*, incloses les mesures administratives, com ara polítiques, normes, plans, programes, acords i activitats que afectin o que puguin afectar els elements del medi ambient, així com també les activitats o mesures per a protegir aquests elements.
- d) Els *informes sobre l'execució de la legislació ambiental*.
- e) Les *anàlisis de cost-benefici i d'altres anàlisis i hipòtesis econòmiques* utilitzades en la presa de decisions sobre les mesures anteriors.
- f) L'*estat de salut i la seguretat de les persones* i els béns culturals i construccions, en la mesura que poden quedar afectats per l'estat dels elements del medi ambient o, per causa d'aquests elements, pels factors, activitats o mesures esmentades.

Segons els art. 2.4 Llei 27/2006 i 2.2 Conveni d'Aarhus, el terme autoritats públiques inclou els següents tres tipus:

- a) *Administracions públiques* segons disposa l'art. 2 de la LRJPAC tot especificant també els òrgans públics consultius.
- b) *Corporacions de dret públic i altres persones físiques o jurídiques quan exerceixen funcions públiques* tot esmentant els notaris, registradors de la propietat, mercantils i de béns mobles.
- c) *Persones físiques o jurídiques que assumeixin responsabilitats públiques, exerceixin funcions públiques o prestin serveis públics relacionats amb el medi ambient* sota l'autoritat de les administracions públiques o les persones dels dos supòsits anteriors.

Tal com estableixen els art. 2.4.3 Llei 27/2006 i 2.2 *in fine* Conveni d'Aarhus, queden exclosos del concepte d'autoritat pública les entitats, òrgans o institucions quan actuen en l'exercici de funcions legislatives o judicials. En tot cas, tan sols quan actuen en l'exercici de funcions legislatives o judicials, queden exclosos de l'àmbit d'aplicació d'esta Llei les Corts Generals, les Assemblees Legislatives de les comunitats autònomes, el Tribunal Constitucional, els jutjats i tribunals que integren el Poder Judicial, el Tribunal de Comptes o òrgans de fiscalització externa de les comunitats autònomes.

2.3 Límits

El dret d'accés a la informació ambiental, com qualsevol altre dret, no és absolut i, per tant, hi ha un seguit d'excepcions que permeten denegar l'accés i que figuren als art. 13.1 i 2 Llei 27/2006 i 4.4 Conveni d'Aarhus.

Ara bé, per tal d'evitar interpretacions formalistes i abusives de les excepcions i garantir al màxim el dret d'accés a la informació ambiental, s'estableixen un seguit de directrius prèvies als art. 13.3 a 6 i 14 Llei 27/2006 que modulen, de forma molt important, l'abast i l'aplicació de les excepcions:

- a) Els motius de denegació s'han d'interpretar de manera restrictiva tot havent de realitzar un test consistent en ponderar, en cada cas concret, l'interés públic en la divulgació de la informació i l'interés en la seva denegació.
- b) En cap cas es pot denegar la informació sobre emissions sobre la base dels motius de denegació previstos als supòsits a), d), f), g) i h) de l'art. 13.2 que en recullen de molt significatius com ara la confidencialitat dels procediments de les autoritats públiques, confidencialitat de dades de caràcter comercial o industrial i confidencialitat de dades personals.
- c) S'ha de lliurar parcialment la informació al sol·licitant quan sigui possible separar la informació excepcionada del text de la informació sol·licitada. A aquesta obligació de separar la informació exclosa i l'accessible s'hi refereix la STS de 3 d'octubre de 2006 (Ar. 10071) sobre els expedients d'uns plans de regularització de vessaments.
- d) La denegació s'ha de motivar i notificar.

Veiem, doncs, que és contrari a la Llei 27/2006 i al Conveni d'Aarhus la denegació de la informació ambiental quan la resolució es limita a consignar l'excepció sense cap justificació addicional en el sentit exigít per aquestes directrius.

A continuació, esmentem les excepcions que s'agrupen en dos grups en funció de si la seva aplicació està condicionada o no a una afectació del supòsit concret.

En el primer grup figuren els casos que es poden al·legar directament sense que estigui condicionat a cap afectació als mateixos (art. 13.1 Llei 27/2006 i 4.3 Conveni d'Aarhus):

- a) L'autoritat pública a la qual es presenta la sol·licitud no disposa de la informació ambiental. Ara bé, aquesta autoritat té l'obligació de lliurar la sol·licitud a l'autoritat que tingui la informació i comunicar-ho al sol·licitant i quan no sigui possible ha d'indicar al sol·licitant l'autoritat a la qual, segons el seu coneixement, s'ha dirigir.
- b) La sol·licitud és clarament abusiva o manifestament irraonable. La STS de d'abril de 2006 (Ar. 4467) ha aplicat aquesta excepció a la sol·licitud d'informació futura sobre els mesuraments mensuals de les emissions d'una planta incineradora. Segons aquesta sentència, l'accés a la informació sobre dades d'informació periòdica ambiental d'obligat mesurament ha de reconduir-se al deure de les autoritats públiques de difusió de la informació ambiental, en especial, mitjançant xarxes telemàtiques d'accés públic.
- c) La sol·licitud està redactada en termes massa generals. No obstant, l'autoritat pública ha de demanar al sol·licitant que la concreti i assistir-lo en aquesta tasca. Segons la STS de 4 d'abril de 2006 (Ar. 4467) no és correcte denegar, per aquest motiu, la sol·licitud d'informació futura i periòdica de caràcter mensual sobre les emissions d'una planta incineradora ja que "el caràcter futur no constitueix una dada justificativa de la generalitat de la informació".

- d) La sol·licitud fa referència a documents en procés d'elaboració o inconclusos. Ara bé, s'ha de referir a documents amb els quals l'autoritat pública estigui treballant activament. Si la denegació es basa en aquest motiu, s'haurà d'esmentar en la denegació l'autoritat que prepara el material i informar el sol·licitant sobre el temps previst per a acabar la seva elaboració. Cal destacar la STS de 17 de febrer de 2004 (Ar. 2226) que va manifestar que les actes d'inspecció d'una instal·lació radioactiva no són documents inconclusos sinó documents acabats als quals s'hi té accés públic i confirma l'anul·lació de la resolució denegatòria del Consell de Seguretat Nuclear:

“Tales actas no son –aunque pudieran serlo– un elemento de un procedimiento sancionador; como tal documento público el acta está dotada de sustantividad y esencia propia, así como de una finalidad concreta cual es la de constatación de hechos, que podrán –o no– ser utilizados, con posterioridad, en otro tipo de procedimiento. Son el resultado de las actuaciones de comprobación e investigación, pudiendo incluso contener una propuesta de actuación. Pero, desde tal perspectiva no son documentos inconclusos o inacabados, ni la constatación de hechos que contiene es simplemente indicativa o indiciaria, pues la misma está dotada de un especial valor probatorio al margen de su posterior, o no, utilización.”

- e) La sol·licitud fa referència a comunicacions internes de les autoritats públiques tot tenint en compte l'interès públic que pugui derivar-se de la publicació dels documents.

El segon grup conté els casos que no es poden al·legar directament sinó només si es justifica que poden resultar afectats pel lliurament de la informació (art. 13.2 Llei 27/2006 i 4.4 Conveni d'Aarhus):

- a) La confidencialitat dels procediments de les autoritats públiques, sempre que estigui prevista per una norma amb rangue de Llei.
- b) Les relacions internacionals, la defensa nacional o la seguretat pública. Val a dir que la seguretat i la defensa de l'Estat estan previstos a l'art. 105.b CE, si bé caldria fer una interpretació restrictiva per no excloure tota informació ambiental sobre impactes ambientals derivats d'activitats militars com, per exemple, maniobres en parcs naturals, ús d'armament nuclear, radioactiu o tòxic. També caldria fer una interpretació restrictiva de les relacions internacionals per no excloure la informació ambiental sobre contaminació transfronterera.
- c) Causes o assumptes subjectes a procediments judicials o en tràmit davant dels tribunals, al dret de tutela judicial efectiva o a la capacitat per a realitzar una investigació d'índole penal o disciplinària. Aquí ens trobem amb tres excepcions: procediments judicials en tràmit, dret a la tutela judicial efectiva i investigacions penals o disciplinàries. En el cas que es denegui la informació per la possible afectació a procediments judicials en tràmit, s'haurà d'identificar l'òrgan judicial davant del qual es tramita. Una qüestió que es planteja és si els procediments sancionadors també queden exclosos en tant que es puguin qualificar com “investigacions disciplinàries”. Creiem que una interpretació literal mostra més aviat la dificultat de considerar els procediments sancionadors com equivalents a investigacions preliminars ja que són procediments de natura diversa. Això queda reafirmat pel fet que la Llei 27/2006 ha suprimit la referència als procediments administratius sancionadors el quals sí figuraven de forma expressa a la Llei estatal 38/1995 com una excepció a l'accés a la informació ambiental. A més, en aquest supòsit és molt important la incidència que té el principi d'interpretació restrictiva i de ponderació dels diversos interessos. I és que les possibles afectacions a drets personals (dret a l'honor, etc.) i a interessos comercials legítims no comporten *per se* l'exclusió d'accés a la informació ambiental continguda en un procediment administratiu sancionador, sinó l'aplicació d'altres supòsits d'exclusió que tutel·len aquests casos, com, per exemple, la confidencialitat de dades i expedients personals i el secret comercial o industrial. En aquest sentit, s'ha manifestat que si bé el dret a la intimitat també pot esdevenir un límit a l'accés a la informació inspectora o sancionadora ambiental perquè es tracta d'un límit previst expressament a l'art. 105.b CE, s'ha d'evitar fer-ne una interpretació abusiva que freni l'accés a qualsevol informació inspectora o sancionadora ambiental, la qual és un element imprescindible per a la defensa del dret humà al medi ambient. De fet, l'art. 47 Llei catalana 3/1998, d'intervenció integral de l'administració ambiental ha corregit aquesta prohibició en admetre que “els resultats de les inspeccions són a disposició del públic, sense més limitacions que les establertes sobre el dret d'accés a la informació en matèria de medi ambient i d'altra normativa que hi sigui aplicable”. I, com ja hem vist, el TS ha admès l'accés del públic a les actes d'inspecció.
- d) La confidencialitat comercial o industrial quan estigui emparada per una Llei amb l'objectiu de protegir un interès econòmic legítim. Veiem, doncs, que l'aplicació d'aquesta excepció exigeix dos requisits: ha d'estar prevista en una Llei i s'ha de vulnerar la finalitat de protegir un interès econòmic legítim. Per tant, s'han d'evitar interpretacions abusives que pretenguin qualificar de secret comercial o industrial la major part de la informació de què disposa l'Administració sobre l'activitat de les empreses. No hem d'oblidar que la finalitat del secret comercial i industrial és garantir les regles de la lliure competència i, per tant, aquesta excepció al dret d'accés només és aplicable quan la informació demanada lesiona la

lliure competència. Caldrà fer una ponderació en cada cas entre la finalitat d'aquesta excepció (la protecció de les regles de la lliure competència) i el principi general de l'accés a la informació ambiental (la protecció del medi ambient). En determinats casos aquesta ponderació l'efectua directament la legislació quan determina quines són les dades empresarials públiques.

- e) Els drets de propietat intel·lectual o industrial llevat que el titular hagi consentit la seva divulgació. Cal evitar interpretacions abusives d'aquesta excepció ja que, com hem vist, s'haurà de justificar una afectació a aquests dret, fer una ponderació entre els diversos interessos en joc i mai podrà denegar-se informació sobre emissions.
- f) La confidencialitat de dades personals segons el que disposi la LOPD i quan la persona no hagi consentit el seu tractament o cessió. Primer de tot, cal tenir present que aquesta remissió a la legislació de protecció de dades personals implica que aquesta excepció només sigui aplicable a dades personals de persones físiques i no les referides a persones jurídiques ni tampoc, segons el Reglament de la LOPD, a les dades personals d'empresaris individuals en qualitat de tals. I segon, s'inclou només la informació referent a la intimitat de les persones físiques, que és un dels límits de l'exercici del dret d'accés de l'art. 105.b CE. En aquest sentit, s'ha pronunciat en diverses ocasions l'Agència Catalana de Protecció de Dades quan sosté que la Llei 27/2006 conté una regulació específica sobre l'accés a la informació ambiental que obliga a fer una ponderació en cada cas amb el dret a la protecció de dades personals. I estableix un criteri general de què no totes les dades personals poden quedar excloses de l'accés a la informació ambiental sinó només les dades especialment protegides o sensibles com, per exemple, les relatives a la salut o d'altres esmentades a l'art. 7 LOPD.
- g) Els interessos d'un tercer part que hagi proporcionat voluntàriament la informació sol·licitada llevat que el titular hagi consentit la seva divulgació.
- h) La protecció del medi ambient com ara la localització d'espècies amenaçades o dels llocs de reproducció.

2.4 Procediment

El procediment administratiu per a l'exercici del dret d'accés a la informació ambiental està regulat als art. 10 a 12 Llei 27/2006 i 4 Conveni d'Aarhus.

Les sol·licituds d'informació ambiental han de dirigir-se a l'autoritat pública competent per a resoldre-les la qual és aquella en el poder de la qual es troba la informació sol·licitada, directament o a través d'altres subjectes que la posseeixin.

I l'autoritat pública ha de lliurar la informació ambiental sol·licitada o comunicar al sol·licitant els motius de la negativa a facilitar-la el més aviat possible i, com a màxim, en el termini d'un mes des de la recepció de la sol·licitud en el registre de l'autoritat pública competent per a resoldre-la. És important tenir present que no s'estableix un termini inicial d'1 mes per lliurar la informació o denegar-la sinó que el termini és el més aviat possible la qual cosa s'ha d'interpretar en el sentit d'immediatament que es pugui que és el significat més aproximat al terme anglès "as soon as possible" emprat per l'art. 4.2 Conveni d'Aarhus. I el termini d'1 mes és una garantia en el cas que no sigui lliurat el més aviat possible.

Aquest termini d'1 mes es pot ampliar a 2 mesos si el volum i la complexitat de la informació són tals que resulta impossible complir el termini abans indicat. En aquest cas s'haurà d'informar el sol·licitant, en el termini màxim d'un mes, de tota ampliació d'aquell, així com de les raons que ho justifiquen.

S'ha valorat negativament el llarg termini d'1 mes (prorrogable fins a 2 mesos) ja que en molts estats europeus el termini és de pocs dies. Un bon exemple és el termini de 15 dies previst pel Reglament CE 1367/2006, del Parlament i del Consell, de 28 de gener, relatiu a l'aplicació, a les institucions i als organismes comunitaris, de les disposicions del Conveni d'Aarhus sobre l'accés a la informació, la participació pública en la presa de decisions i l'accés a la justícia en matèria ambiental.

En cas de manca de lliurament de la informació i de resolució denegatòria en els terminis establerts, es produeix el silenci administratiu positiu atès que aquest és el règim general previst per la LRJPAC i la Llei 27/2006 no diu el contrari.

Un aspecte cabdal per tal de garantir de forma efectiva el dret d'accés a la informació ambiental és el dret del sol·licitant a escollir el format en què es vol la informació demanada (art. 3.1e i 11.1 Llei 27/2006 i 4.1.b Conveni d'Aarhus). No obstant, l'autoritat pública pot lliurar-la en un format diferent del demanat quan concorri alguna de les següents circumstàncies:

- a) La informació ja hagi estat difosa en un altre format al qual el sol·licitant pugui accedir-hi fàcilment com ara en format electrònic a la seu electrònica o al web. En aquest cas, l'autoritat pública competent informará el sol·licitant d'on pot accedir a la dita informació o se li remetrà en el format disponible.

- b) L'autoritat pública consideri raonable posar a disposició del sol·licitant la informació en una altra forma o format i ho justifiqui adequadament. S'ha de fer una interpretació restrictiva d'aquest supòsit ja que en cas contrari deixaria totalment ineficax el dret del sol·licitant d'escollir el format. Per això no només es diu que ha d'haver-hi una justificació sinó que, a més, aquesta ha de ser adequada.

Per tal de fer real un fàcil accés a la informació, s'estableix que les autoritats públiques procuraran conservar la informació ambiental que es trobi en el seu poder, o en el d'altres subjectes en nom seu, en formes o formats de fàcil reproducció i accés per mitjà de telecomunicacions informàtiques o per altres mitjans electrònics. En aquest sentit, bona part de la legislació ambiental obliga als sol·licitants d'autoritzacions d'aportar la documentació en suport electrònic o a les administracions de disposar de la informació ambiental en suport electrònic.

Amb relació al termini de lliurament de la informació ambiental i el dret a escollir el format, és il·lustrativa la recent Decisió del Comitè de Compliment del Conveni d'Aarhus de 18 de desembre de 2009 que declara l'incompliment de l'Estat espanyol d'aquests dos aspectes. Es pot consultar una versió encara no oficial d'aquesta resolució a http://www.unece.org/env/pp/compliance/C2008-24/DFR/C-24_Spain%20Findings%202010.02.01%20Clean.pdf. Aquest cas es refereix a una reclassificació urbanística d'uns terrenys de sòl no urbanitzable (amb valors ambientals, històrics, culturals i arqueològics) a urbà residencial per la construcció de 733 habitatges al municipi de Múrcia.

Aquesta resolució considera que s'han comès els següents incompliments:

- a) S'ha vulnerat el termini de lliurament de la informació o de denegació ja que una sol·licitud va ser resolta en el termini de 3 mesos i una altra en 7 mesos enlloc de la major brevetat possible i, en el seu cas, en el termini màxim d'1 mes (art. 4.2 Conveni d'Aarhus).
- b) S'ha vulnerat el dret del sol·licitant a escollir el format en què vol la informació (art. 4.1.b Conveni d'Aarhus) ja que la va demanar en CD a un preu de 13 enlloc de fotocòpies de 600 pàgines a un preu de 2,05 /pàgina.

I conclou amb les següents recomanacions al Govern espanyol:

- a) S'adoptin les mesures legislatives, reglamentàries, administratives i pràctiques per garantir que les sol·licituds d'informació són respostes en la major brevetat possible (a més tardar en 1 mes) i en el format escollir pel sol·licitant.
- b) Es desenvolupi un programa de capacitat i de formació sobre l'aplicació del Conveni d'Aarhus per a les autoritats estatals, autonòmiques i locals, jutges, fiscals i advocats, així com també un programa de sensibilització pel públics sobre els drets d'Aarhus.

2.5 Cost de la informació

Les autoritats públiques poden exigir les contraprestacions econòmiques per la informació subministrada sense que els imports puguin excedir d'una quantitat raonable, tal com exigeixen els art. 4.8 Conveni d'Aarhus i 5.2 Directiva 2003/4. Sorpren que l'art. 15 Llei 27/2006 no hagi incorporat aquest requisit de raonabilitat de l'import, si bé s'ha d'entendre que igualment és d'aplicació perquè així ho preveu el Conveni d'Aarhus sense necessitat d'acudir a l'aplicació directa de la Directiva.

En tot cas, l'art. 15.1 Llei 27/2006 obliga a les autoritats públiques de fer públiques les taxes i preus públics o privats i de concretar els supòsits en què no sigui procedent cap pagament. En tot cas, l'art. 15.2 preveu que és gratuït l'examen in situ de la informació. I la DA 1^a estableix, per a l'administració de l'estat, els següents supòsits d'exempció de la taxa per subministrament d'informació ambiental: lliurament de còpies de menys de 20 pàgines de format DIN A4 i enviament d'informació per via telemàtica. Veiem, doncs, que resulta obligat de fer una revisió de les ordenances fiscals per especificar en quins casos no cal pagar per la informació ambiental.

Amb relació al criteri de quantitat raonable, es pot observar fàcilment la falta d'uns criteris clars a l'hora de determinar la contraprestació econòmica que es cobra per la informació sol·licitada i, en especial, de què cal entendre per cost raonable. Aquest és un aspecte que ha creat força controvèrsia i que ha estat criticat per la Comissió de la Unió Europea en el cas espanyol.

Com ja va indicar la STJCE de 9 de setembre de 1999 (cas 217/1997, Comissió v. Alemanya), la contraprestació econòmica no pot tenir en cap cas un efecte dissuasori en les persones que vulguin obtenir informació militar el dret d'accés i no pot incloure la totalitat dels costos ocasionats a la Hisenda Pública (per exemple, hores emprades pel funcionari, despesa d'energia elèctrica, etc.).

A més, sembla clar que no s'ha de cobrar el mateix per tot tipus d'informació. Així, podrien tenir-se en compte els següents criteris a l'hora d'establir els preus: la relació de la informació amb l'exercici dels drets dels ciutadans, el cost efectiu de producció de la informació; el tipus d'activitat realitzada per l'Administració i

l'interès comercial de la informació i l'existència, en el seu cas, de competència en l'oferta d'aquesta informació.

Per altra banda, com ja hem vist, les noves tecnologies estan tenint un impacte beneficiós en el accés a la informació ambiental ja que abarateixen els costos. Així, és més barat i ràpid per ambdues parts, per exemple, el cost d'un CD-ROM enlloc de pagar el preu de 500 fotocòpies.

En aquets sentit, la recent Decisió del Comitè de Compliment del Conveni d'Aarhus de 18 de desembre de 2009 abans comentada també declara l'incompliment de l'Estat espanyol del requisit que el cost sigui raonable ja que les ordenances fiscals municipals de 2008 establien una taxa de 2.05 euros/pàgina pels documents de planejament urbanístic quan la taxa pels documents d'altres àrees és de 0.15 euros/pàgina i el preu de mercat per còpies és d'uns 0.03 euros/pàgina. Però aquesta vulneració també es produïa pel fet de no lliurar les 600 pàgines demanades en format electrònic en un CD el qual té un cost de 13 euros enlloc dels aproximadament 1.200 euros en format paper.

I conclou recomanant al Govern espanyol que s'adoptin les mesures legislatives, reglamentàries, administratives i pràctiques per garantir que s'aboni un cost raonable equivalent als costos mitjos d'una fotocòpia en paper o en mitjans electrònics (CD/DVD) per a facilitar l'accés públic a la informació ambiental a nivell estatal, autonòmic i local, amb mesures com una revisió de les taxes pels serveis de l'Ajuntament de Múrcia.

2.6 Garanties

L'art. 9.1 Conveni d'Aarhus estableix el recurs per a la tutela del dret d'accés a la informació. Es preveu que el públic (qualsevol persona física o jurídica) pugui interposar un recurs davant d'un òrgan judicial o davant d'un òrgan independent i imparcial establert per la llei i que, de forma prèvia al recurs judicial, ha d'existir un procediment de reexamen per una autoritat pública o un òrgan independent i imparcial amb força vinculant, ràpid i gratuït (o poc oneros).

Aquest supòsit d'accés a la justícia figura a l'art. 20 Llei 27/2006 quan estableix que "el públic que consideri que un acte o, en el seu cas, una omisió imputable a una autoritat pública ha vulnerat els drets que li reconeix aquesta Llei en matèria d'informació (...) podrà interposar els recursos administratius regulats en la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú i, en el seu cas, el recurs contenciós administratiu previst en la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciós-Administrativa". De forma prèvia a aquests recursos administratius i contenciosos administratius, l'art. 21 de l'esmentada Llei estableix una reclamació davant de l'Administració pública en els casos de les autoritats públiques de l'art. 2.4.2 que es refereix a "les persones físiques o jurídiques que assumeixin responsabilitats públiques, exerceixin funcions públiques o deixin serveis públics relacionats amb el medi ambient".

Veiem, doncs, que la Llei es remet al sistema general de recursos administratius i a contenciosos administratius i aporta com a novetat una reclamació administrativa en els casos que la informació ambiental estigui a les mans de persones privades que assumeixin responsabilitats públiques, funcions públiques o prestin serveis públics relatius al medi ambient.

La remissió als recursos administratius compleix formalment amb el requisit dels art. 9.1 Aarhus i 6 Directiva 2003/4 que exigeixen, prèviament al recurs judicial, que els ciutadans puguin disposar d'un recurs davant d'una autoritat pública o un òrgan independent i imparcial diferent de l'òrgan judicial i que sigui ràpid, gratuït i poc oneros i les seves resolucions vinculants per a l'autoritat pública que tingui la informació. Ara bé, la configuració legal dels recursos administratius no s'adequa als requisits d'Aarhus en exigir que tots aquests procediments o recursos no judicials hauran de ser efectius, objectius, equitatius, ràpids i sense que el seu cost sigui prohibitiu (art. 9.4 i 5 Aarhus). Es pot entendre que els recursos administratius compleixen aquest últim requisit de rapidesa perquè els terminis de resolució són de tres mesos (recurs d'alçada) o un mes (recurs de reposició).

En canvi, els recursos administratius no compleixen els restants requisits esmentats perquè, normalment, no són efectius, objectius ni equitatius. Això deriva del fet que són resolts pel mateix òrgan administratiu (recurs de reposició) i pel superior jeràrquic de la mateixa administració (recurs d'alçada) comportant sovint només un retard en l'accés a la justícia que, a més, no podrà evitar-se en els casos que les resolucions no posin fi a la via administrativa ja que llavors el recurs d'alçada és preceptiu. Per això, hagués estat més convenient mantenir el disposat per l'art. 4.3 de l'anterior Llei 38/1995, de 12 de desembre, sobre el dret d'accés a la informació en matèria de medi ambient que establia que les resolucions en matèria d'accés a la informació ambiental posen fi a la via administrativa. Mentre l'art. 21 de la Llei 27/2006 només estableix que posen fi a la via administrativa les resolucions de les reclamacions administratives presentades contra les autoritats públiques esmentades a l'art. 2.4.2. La poca utilitat dels recursos administratius també deriva de la inexistència de tràmits administratius previs que permetin complir amb les exigències d'efectivitat, objectivitat i equitat. En fi,

la tutela efectiva del dret d'accés a la informació exigia establir noves vies de tutela administrativa (substitució per òrgans administratius amb competències resolutòries de recursos administratius o de reclamacions dotats d'imparcialitat i objectivitat), o, com a mínim, de reforçar l'eficàcia dels recursos administratius (prèvia intervenció d'òrgans administratius consultius dotats d'imparcialitat i objectivitat).

La necessitat d'aquestes altres vies no judicials de protecció del dret d'accés a la informació ambiental és important perquè no es pot configurar l'ordre contenciós administratiu com a mecanisme general per garantir l'accés a la informació ambiental ja que resulta ineficaç a causa de l'enorme tardança en obtenir una sentència ferma. Així, la STS de 17 de febrer de 2004 (Ar. 2226) que confirma la sentència estimatoria de l'Audiència Nacional de 29 de febrer de 2000 contra la denegació d'una sol·licitud d'informació mitjançant resolució del Consell de Seguretat Nuclear de 21 de desembre de 1998. O també la STS de 3 d'octubre de 2006 (Ar. 247597) que confirma la sentència estimatoria del TSJ de Castella i Lleó de 31 de març de 2003 contra la denegació d'una sol·licitud d'informació presentada el 12 de març de 1997. El control judicial és imprescindible per exigències de l'Estat de Dret, el dret fonamental a la tutela judicial efectiva de drets i interessos legítims i el control judicial de la submissió plena de l'actuació administrativa al Dret (art. 1.1, 24.1, 103.1 i 106.1 CE). Ara bé, respecte del dret d'accés a la informació ambiental s'hagués de configurar com la última garantia. Mala tutela es dispensarà a l'esmentat dret quan s'hagi d'acudir a la justícia administrativa. En aquest sentit, va concloure el Comitè de Política Ambiental per a la Primera Trobada de les Parts d'Aarhus a Ginebra el novembre de 2001 (CEP/WG.5/2001/5) en afirmar, amb relació a l'art. 9.1, que " non-judicial review mechanisms were more efficient, timely and cheaper than court procedures, but that the court proceedings should be kept in place".

Passem, ara, a examinar la reclamació administrativa davant de l'Administració pública en els casos de sol·licituds d'informació a autoritats públiques de l'art. 2.4.2, és a dir, persones físiques o jurídiques que assumeixen responsabilitats públiques, exerceixen funcions públiques o deixen serveis públics relacionats amb el medi ambient. L'art. 21 especifica que la resolució de la reclamació posa fi a la via administrativa, és executiva (de forma general, els actes administratius resolutoris ja són executius segons l'art. 56 LRJPAC) i, davant del seu incompliment, es pot acudir a l'execució forçosa mitjançant multes coercitives. La determinació del termini de resolució i l'import de les multes coercitives es remet la legislació autonòmica. No obstant això, la DA 10 fixa, per a l'Administració de l'Estat, el termini de 3 mesos i l'import de fins 6.000 per a cada dia d'incompliment. Valorem positivament la novetat d'aquest caràcter continu de les multes coercitives en establir-les per dia d'incompliment perquè garanteix de forma eficaç seu més aviat compliment. Veiem que se segueix les establertes pel Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea en els supòsits d'incompliment de les seves sentències d'acord amb l'art. 228 TUE com ja ha succeït en diverses ocasions en casos ambientals (per exemple, les sentències del TJUE de 4 de juliol de 2000 -assumpte C-387/97 contra Grècia- o de 25 de novembre de 2003 -assumpte C-278/01 contra Espanya). Com ja és sabut, la legislació administrativa fixa l'import màxim de les multes coercitives a imposar d'una sola vegada i el número màxim a imposar en cas que persisteixi l'incompliment. Seria positiu que la legislació autonòmica seguís aquest nou model continu per dies d'incompliment.

D'altra banda, es pot constatar que aquesta reclamació administrativa comporta, de facto, una demora en l'obtenció d'una resolució administrativa sobre la sol·licitud d'accés a la informació ambiental més enllà del termini general d'1 mes previst a l'art. 10.2.c de la Llei 27/2006 seguint els art. 4.2 Aarhus i 3.2 Directiva 2003/4. Potser hagués estat millor seguir la Llei 38/1995 que no establia cap reclamació davant de l'Administració quan la informació ambiental estava a les mans d'aquests subjectes privats perquè la sol·licitud d'accés a la informació s'havia de presentar davant de l'Administració i era resolta per ella establint l'art. 2.2 l'obligació d'aquests subjectes privats de facilitar la informació requerida per l'Administració.

En fi, cal concloure amb la inexistència d'un sistema efectiu de garanties ja que en cas de denegació expressa s'haurà d'acudir a la via contenciosa administrativa i en el seu cas, el previ recurs administratiu. Igualment, si bé el silenci positiu és un pas més per garantir l'accés, esdevé totalment insuficient perquè la negativa de l'Administració a facilitar la informació obliga els ciutadans a acudir a la jurisdicció contenciosa administrativa tot i que segueixi el procés més ràpid del recurs contra la inactivitat de l'art. 29.2 LJCA.

Sobre els mecanismes de garantia, també la recent Decisió del Comitè de Compliment del Conveni d'Aarhus de 18 de desembre de 2009 abans comentada declara l'incompliment de l'Estat espanyol del requisit de l'art. 9.4 que el sistema d'accés a la justícia per a la tutela dels drets d'Aarhus (entre ells, l'accés a la informació ambiental) sigui efectiu, objectiu, equitatiu, ràpid i sense que el seu cost sigui prohibitiu. Fins i tot, es constata "el fracàs del sistema espanyol d'accés a la justícia per a proporcionar solucions adequades i efectives".

3. UN APUNT SOBRE EL DEURE DE LES AUTORITATS PÚBLIQUES DE DIFUSIÓ DE LA INFORMACIÓ AMBIENTAL

L'art. 5 Conveni d'Aarhus també estableix un vessant objectiu de l'accés a la informació ambiental consistent en el deure de les autoritats públiques de recollida i difusió d'informació ambiental el qual és força concretat i desenvolupat en els següents aspectes principals:

- a) Posseir i actualitzar la informació sobre el medi ambient pertinent pel desenvolupament de les seves funcions.
- b) Difondre immediatament i sense demora entre les persones afectades tota la informació en mans de l'autoritat pública que els permeti emprendre les mesures necessàries per prevenir o mitigar els possibles danys en cas d'amenaça imminent per a la salut de les persones o el medi ambient.
- c) Posar a disposició del públic, de manera transparent, la informació sobre el medi ambient, i que aquesta informació sigui realment accessible i en particular:
 - a. Proporcionar al públic prou informació sobre el tipus i la importància de la informació ambiental en poder de les autoritats públiques competents, sobre les principals condicions de disponibilitat i accessibilitat, i sobre el procediment que s'ha de seguir per accedir-hi;
 - b. Establir i mantenir mesures pràctiques com, per exemple, llistes, registres o arxius accessibles al públic; funcionaris que ajudin els ciutadans en la cerca de la informació segons aquest Conveni; identificació de punts de contacte.
 - c. Proporcionar un accés gratuït a la informació mediambiental de les llistes, registres o arxius segons allò que s'ha establert al paràgraf b.i d'aquest punt.
- d) Garantir que la informació ambiental estigui disponible de manera actualitzada en bases de dades electròniques a les quals el públic pugui accedir sense dificultat mitjançant les xarxes de telecomunicacions. I s'especifica el contingut mínim d'aquesta informació.
- e) Publicar i difondre un informe nacional sobre l'estat del medi ambient que inclogui informació sobre la qualitat i les pressions que pateix el medi i ho ha de fer amb regularitat, cada tres o quatre anys com a màxim.
- f) Les parts animaran els treballadors d'àmbits que tinguin un impacte significatiu sobre el medi ambient perquè informin el públic amb regularitat de l'impacte ambiental de les seves activitats i productes, sempre que escaigui, dintre del marc dels programes voluntaris d'ecoetiquetes, ecoauditories o per altres mitjans.
- g) Elaborar mecanismes perquè el públic disposi de prou informació sobre els productes, de manera que els consumidors puguin comprar-los amb coneixement de causa des del punt de vista ecològic.
- h) Fer les gestions apropiades per establir de manera progressiva, tenint en compte els processos internacionals si escau, un sistema coherent a escala estatal per inventariar o registrar les dades relatives a la contaminació en una base de dades informatitzada, estructurada i accessible al públic, després de recollir-ne les dades mitjançant models de declaració normalitzats. Aquest sistema pot incloure les aportacions, descàrregues i transferències d'un grup específic de substàncies i productes —incloent-hi l'aigua, l'ús de l'energia i dels recursos— d'una sèrie concreta d'activitats en diferents espais mediambientals, espais de tractament (in situ o altres) i espais d'eliminació.

Aquest deure de les autoritats públiques de recollida i difusió d'informació ambiental ha estat recollit per la Llei 27/2006 dins de les obligacions generals en matèria d'informació ambiental (art. 5) i de les obligacions específiques en matèria de difusió d'informació ambiental (art. 6 a 9).

4. CONCLUSIONS

Hem vist com l'accés a la informació ambiental ha estat objecte d'una molt important modificació normativa a nivell internacional i comunitari amb la finalitat de garantir de forma efectiva i real tant el dret de tothom a accedir a la informació ambiental com el deure de les autoritats públiques a difondre la informació ambiental. És un clar exemple de normes ambientals de caràcter horitzontal (no sectorials) de darrera generació que tenen per objecte establir mecanismes de protecció del medi ambient mitjançant l'accés a la informació i la participació del públic tot regulant aspectes fins llavors que entraven dins de l'àmbit domèstic com pot ésser el procediment administratiu i l'accés a la justícia.

Aquestes normes internacionals i comunitàries han impactat en el dret intern el qual s'ha vist obligat a aprovar noves normes com és la Llei 27/2006. Aquesta Llei ha adequat l'accés a la informació ambiental al dret internacional i comunitari, si bé es poden destacar mancances rellevants com és l'omissió del requisit que el cost sigui raonable o la insuficiència dels sistemes de garantia (ja sigui el previ procediment no judicial com el posterior recurs judicial).

Ara bé, el més important és que, seguint la finalitat del Conveni d'Aarhus, aquesta nova normativa d'accés a la informació ambiental s'apliqui de forma efectiva i real i, per tant, un requeriment imprescindible és que sigui coneguda per totes les autoritats públiques i pel públic en general respecte a la qual cosa estan obligades totes les autoritats públiques i, sobretot, els municipis per la seva especial proximitats amb els ciutadans.



RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES POR DAÑOS SUFRIDOS EN LA VÍA PÚBLICA.

Eduardo Paricio Rallo
magistrat del contenciós administratiu.

1. Planteamiento	3
1.1. La eclosión de la responsabilidad patrimonial	3
1.2. La crisis de la responsabilidad patrimonial	4
2. El deber jurídico de soportar	6
2.1. El título de imputación del deber de soportar	7
2.2. La posibilidad de establecer el deber de soportar mediante normativa local	8
3. La relación de causalidad	8
3.1. Alcance del concepto de servicio público. Los estándares de servicio	9
3.2. Causa adecuada y causa eficiente	11
3.3. Intervención del afectado o de tercero en la producción del daño	12
3.4. El nexo causal respecto de las situaciones de omisión administrativa o culpa in vigilando	12
4. Conclusión parcial	13
5. La responsabilidad del contratista	13
6. Otros supuestos de responsabilidad concurrente	16
8. La posición de las compañías de seguros	19
8.1. La unidad de jurisdicción	19
8.2. La posición jurídica de la aseguradora	20
8.3. Los intereses especiales del artículo 20 de la LCS	21
9. Plazo para ejercer la acción de responsabilidad	21
9.1. El principio de la actio nata	21
9.2. Interrupción del plazo	22
9.3. El supuesto de los daños continuados	22
10. Cuantificación del daño	22
10.1. Expectativas de derecho y lucro cesante	22
10.2. El daño moral	23
10.3. Compatibilidad de la responsabilidad patrimonial con otras prestaciones	24
11. Intereses y actualización	24
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA	27
I.- Planteamiento General. La responsabilidad objetiva llevada a sus límites	27
II.- Exclusiones	28
Responsabilidad a favor de Administraciones públicas	28
En supuestos de sujeción especial	28
III.- Requisitos en general	29
IV.- El daño	31
Expectativas de derecho	31
Debe tratarse de daños reales y efectivos.	31
La pérdida de la oportunidad	32
Lucro cesante	33
Lucro cesante, cálculo.	34
Por modificación de la edad de jubilación.	34
Daño moral	35
El daño moral susceptible de compensación ha de ser grave	36
Daño moral. Indemnización a tanto alzado	36

Compensación no económica sino moral.....	36
Compatibilidad de la responsabilidad patrimonial con otras prestaciones	37
V.- Antijuridicidad.....	37
Títulos de imputación al ciudadano del deber jurídico de soportar	37
Por simple imposición normativa.....	39
Deber jurídico de soportar. Deber correlativo a la potestad administrativa.	39
Deber jurídico de soportar. Riesgos socialmente admitidos.	43
Deber general de diligencia del ciudadano.	43
VI.- Nexo Causal.....	44
Concepto genérico de servicio público.....	44
Responsabilidad por riesgo.....	44
Responsabilidad derivada de la socialización del riesgo.	44
Responsabilidad por daño desproporcionado. Res ipsa loquitur.	45
Responsabilidad por omisión de la Administración. Culpa in vigilando.	45
Estándares del servicio	46
Definición del estándar según el principio de eficacia.....	47
Equivalencia de causas.....	47
Causa eficiente.....	47
La intervención de la víctima. Líneas jurisprudenciales	49
La negligencia debe ser gravísima.....	50
La negligencia del afectado o la intervención de tercero de ser la única causa determinante.	51
Concurrencia de responsabilidades	51
Intervención de terceros. Los vertidos de aceite y otros en la vía pública	52
Diligencia exigible.....	54
Fuerza mayor	55
Límite al providencialismo	55
Carga de la prueba.....	56
Inversión de la carga de la prueba	58
VII.- Responsabilidad del contratista	58
Responsabilidad por actos del contratista. Falta de determinación inicial de responsable.....	58
VIII.- Otros supuestos de responsabilidad concurrente.....	63
Doctrina civil sobre la solidaridad en la responsabilidad extracontractual	63
Responsabilidad solidaria limitada a los casos en que no es posible individualizar	63
Suficiencia del recurso contra uno de los responsables en caso de responsabilidad solidaria.....	64
IX.- La posición de les compañías de seguros	64
Responsabilidad solidaria de la aseguradora	64
Intereses especiales del artículo 20 de la Ley 50/80. Requisitos.....	65
Forma de aplicar el interés especial del artículo 20 LCS	66
X.- Plazo para ejercer la acción de responsabilidad.....	66
El principio de la <i>actio nata</i>	66
En caso de actuaciones penales.....	68
Ejercicio prematuro de la acción.	69
Interrupción del plazo	69
Es necesario que el motivo de interrupción no sea manifiestamente inadecuado.	69
Prescripción, interrupción. La acción ejercida anteriormente debe ser la misma	70
El supuesto de daños continuados	70
Daño continuado, posibilidad de fraccionar etapas.....	70
XI.- Intereses y actualización.....	71
Pluralidad de sistemas de actualización	71
Modelos de actualización	71
Fijación al momento del daño y actualización a la sentencia última a partir del índice de precios al consumo	71
Fijación de la indemnización según los valores aplicables en el momento de la sentencia	72
Intereses desde la reclamación administrativa hasta la sentencia de instancia y, posteriormente, intereses judiciales.	72
Fijación a la fecha de reclamación en vía administrativa, hasta su abono efectivo.....	73
Fijación inicial a la fecha de la sentencia y aplicación del interés de la LGPres.....	73

Fijación inicial al día de la lesión, actualización al día de la sentencia con el índice 'de precios al consumo y intereses judiciales	73
Fijación inicial a la fecha de la sentencia e intereses judiciales.....	73
No aplicación de l'IVA a la liquidación de intereses	74

1. Planteamiento

1.1. La eclosión de la responsabilidad patrimonial

La responsabilidad patrimonial es, sin duda, un aspecto emergente en el funcionamiento de las administraciones publicas en general y de las administraciones locales en particular. Probablemente estamos ante un cambio histórico de paradigma. En efecto, en su formación contemporánea la Administración pública asumió primero una función esencialmente limitada a la actividad de policía, de acuerdo con la lógica liberal del siglo XIX. Este perfil de actuación cambió sustancialmente durante la primera mitad del siglo XX, coincidiendo con la idea del Estado del bienestar y el reconocimiento constitucional de una nueva generación de derechos de contenido social. La necesidad de atender tales derechos generalizó la actividad de servicio público, circunstancia que caracterizó a la Administración pública hasta finales de siglo. Pues bien, a los anteriores perfiles de actuación –la actividad de policía y la actividad masiva de servicio público– se añade ahora una actividad providencial, de cobertura del riesgo vital de los ciudadanos. A esta situación lleva una concepción de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas formulada en unos términos extraordinariamente generales; una concepción que la jurisprudencia ha extendido más todavía a cualquier actuación u omisión administrativa, más allá de la actividad de servicio público en sentido estricto. Por otro lado, tal régimen unitario de responsabilidad se proyecta por igual sobre todos los sectores de la actuación administrativa. Una responsabilidad objetivada, que resulta independiente de la corrección o incorrección de la actuación administrativa que se pretende responsable.

Este planteamiento tan abierto está modificando sustancialmente el paradigma de nuestra Administración pública. Una administración que pierde peso respecto al sector privado en la prestación de los servicios públicos y en cambio asume de forma creciente la función social de amparo del individuo frente a los riesgos, que asume una función aseguradora.

En efecto, la responsabilidad administrativa queda regulada en sus aspectos sustantivos en dos únicos preceptos de la Ley 30/1992, preceptos que se proyectan sin excepción ni matices sobre cualquier actividad de cualquier administración u organismo público, sin diferencias. Por lo tanto, un régimen de gran alcance, tanto por su aplicación a todo el sector público como por su intensidad. Si a esta situación se añade el hecho de que la actividad administrativa se ha extendido imparablemente en todas las direcciones; es decir, si se tiene en cuenta el progresivo intervencionismo público sobre la actividad privada, el resultado es que no resulta nada difícil conectar cualquier daño particular con una actividad o una omisión administrativa, y consiguientemente imputar el daño a la Administración correspondiente.

Cabe destacar un segundo efecto derivado de la generalidad con la que ha quedado concebida la responsabilidad administrativa, y es que si la legislación no define con un cierto grado de detalle las condiciones y los límites de la responsabilidad de las administraciones públicas, acaba correspondiendo a la jurisprudencia completar el régimen jurídico de esta institución. Y el caso es que los órganos judiciales no tienen una legitimación democrática que es haga adecuados para asumir una cuestión de esta trascendencia general. Por otro lado, la jurisprudencia se plantea la cuestión caso a caso, sin la necesaria perspectiva general.

El caso es que la responsabilidad patrimonial aplicada a la actividad municipal en general y a los daños a la vía pública en particular está alcanzando una dimensión muy notable. El crecimiento de reclamaciones ha sido exponencial en los últimos años, y paralelamente han crecido las indemnizaciones reconocidas por los tribunales. Por otro lado, y como se puede apreciar en la jurisprudencia que más adelante se cita, se está estableciendo la responsabilidad municipal

respecto de una gran variedad de daños, desde el accidente derivado de un desperfecto derivado del uso ordinario de la vía pública, hasta el provocado por las características inherentes a la señalización o al mobiliario urbanos; desde los daños provocados por un problema de mantenimiento, hasta los daños ocasionados por terceras personas, incluso por la negligencia del afectado. El resultado es una responsabilidad que considerada en su conjunto desborda claramente el límite de lo razonable y de lo sostenible.

Así, la Administración ha pasado desde una situación de irresponsabilidad anterior a los años cincuenta, a una situación de responsabilidad ilimitada a partir de la Ley de expropiación forzosa que, por primera vez, traslada el título de imputación desde la actuación antijurídica al resultado antijurídico y formula el principio de responsabilidad desde una perspectiva plenamente objetiva. Una responsabilidad que se intensifica particularmente a partir de los años setenta, cuando la jurisprudencia aplica ya plenamente y hasta las últimas consecuencias la doctrina de la responsabilidad objetiva, incluso por funcionamiento normal.

Este planteamiento ha sido esencialmente mantenido en la Ley 30/1992, incluso ampliado por la Ley 4/1999 a la responsabilidad contraída en actuaciones de derecho privado. El resultado supera ampliamente la concepción de la responsabilidad de las administraciones públicas en los países europeos de referencia, donde esta institución está más matizada.

En términos generales, es este planteamiento el que quedó incorporado a la Constitución española, artículo 106 ("los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"). Ahora bien, tal planteamiento constitucional no impone necesariamente un modelo de responsabilidad patrimonial de alcance tan amplio como el que tenemos en estos momentos.

El resultado es un régimen de responsabilidad patrimonial que resulta sostenible sólo si es una minoría de los perjudicados la que reclama la indemnización de los daños que han sufrido relacionados directa o indirectamente con una actuación u omisión administrativa. Mantener una garantía de responsabilidad patrimonial pública en todos los frentes de la actividad administrativa con la intensidad que ahora mismo impone la jurisprudencia mayoritaria es, sin duda, insostenible desde la perspectiva presupuestaria. No podemos dotarnos del sistema de responsabilidad patrimonial más avanzado de Europa sin preguntarnos también cómo se financia este sistema.

1.2. La crisis de la responsabilidad patrimonial

El crecimiento de la institución de la responsabilidad patrimonial general ha provocado su propia crisis, una crisis que no es exclusiva de la responsabilidad de las administraciones públicas sino que afecta también al proceso de objetivación de la responsabilidad civil. En efecto, también en el ámbito civil se ha ido abriendo paso una responsabilidad objetivada paralela a la tradicional responsabilidad aquiliana por culpa del artículo 1902 del Código civil. En este ámbito la objetivación se manifestó de la mano de la teoría del riesgo, según la cual quien genera el riesgo debe responder de los daños ocasionados. Tal criterio se ha generalizado en sectores como los transportes o las industrias peligrosas y ha tenido su punto álgido en los años setenta impulsado por la idea de socializar el riesgo. Pues bien, a pesar de su expansión inicial, esta modalidad de responsabilidad civil objetivada se estancó; la responsabilidad por culpa no sólo no ha desaparecido sino que ha recuperado plenamente su tradicional vitalidad.

Precisamente esta teoría del riesgo ha sido uno de los argumentos que a menudo ha utilizado la jurisprudencia administrativa para fundamentar la imputación de responsabilidades a la Administración; por ejemplo, en los casos de daños ocasionados con motivo del uso de armas de fuego por parte de los agentes de policía estando fuera de servicio. Sin embargo, la traslación de la teoría del riesgo al ámbito administrativo no ha valorado un dato esencial, que es el hecho de que tal doctrina se fundamenta en la existencia de un beneficio que aprovecha el causante del riesgo, lo que justifica que el beneficiario cargue también con el daño que causa ("*ubi emolumentum, ibi onus*"). Tal lógica no se puede extrapolar sin más al ámbito público, pues la Administración no genera el riesgo para obtener un beneficio particular sino precisamente al prestar unos servicios a los ciudadanos.

Este estado de cosas ha hecho que en el ámbito administrativo se haya ido extendiendo una posición crítica de la doctrina, especialmente a partir de la crítica de Fernando Pantaleón a una sentencia del año 1991 que declaró la responsabilidad de la Administración sanitaria a pesar de haberse acreditado la correcta actuación de servicio y de los médicos en el caso. Unas críticas que se han acentuado a partir de los estudios de Oriol Mir Puigpelat. El caso analizado por Pantaleón es expresión paradigmática de la concepción de la responsabilidad patrimonial que tan orgullosa tenía por aquel entonces a la doctrina y a la jurisprudencia. Concepción ésta que refleja el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de junio de 1991:

“Se culmina así una evolución normativa acorde con la calificación de Estado social, democrático y de derecho que tiene el Estado español, en el que la actividad prestacional y asistencial de la Administración obra un papel relevante, como se desprende, a nivel de principios, del capítulo III del título I de la Constitución y, en especial, por lo que aquí respecta, en el artículo 43, en donde se reconoce el derecho a la salud, siendo competencia de los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Se consigue con ello, además de la universal responsabilidad de la Administración pública, en los términos fijados por la Ley, una generalización de los servicios públicos como potenciales factores de riesgo que, en la prestación de un servicio concreto a los administrados, pueden provocar una lesión de su persona o de sus bienes patrimoniales. Lesión que, cuando sea efectiva, evaluable e individualizada, deberá ser objeto de indemnización siempre que se pueda establecer un vínculo de causalidad entre el agente público y el resultado lesivo, y no estemos en presencia de un caso de fuerza mayor, única circunstancia exonerante de ese deber general de responsabilidad que incumbe a los servicios públicos.”

Señala Pantaleón con una lógica abrumadora que si el hospital donde se intervino a la afectada hubiese sido un hospital privado, la Sala de lo civil del Tribunal Supremo no hubiese dudado en absolver de responsabilidad al propietario del hospital o a los médicos, y concluye que el reconocimiento de la responsabilidad por el mero hecho de que el hospital era público y la atención médica gratuita es el mejor argumento para los enemigos de la sanidad pública. Pantaleón acaba constatando que no hay base jurídica para sostener que todo daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar haya de ser indemnizado.

En esta misma línea, Ahumada Ramos plantea que la responsabilidad no se debería establecer a partir del nexo causal entre una acción material y el daño consiguiente, sino esencialmente entre un comportamiento y un derecho que resulta lesionado.

En definitiva, la cuestión es por qué si un ciudadano resbala en la ducha no tiene derecho a pedir ninguna indemnización, y si resbala en el paso de peatones exactamente con la misma falta de diligencia sí que le asiste al derecho a que la Administración le pague los daños, como declara la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 456/2002, de 4 de abril (Ar Jur 205927).

No es extraño, pues, que la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública comience a recibir críticas serias; que sea cuestionada por la excesiva simplicidad con la que ha sido concebida y por la generalidad y homogeneidad de su formulación. Se plantea, pues, la necesidad de matizar el régimen y alcance de la responsabilidad, especialmente en lo que respecta a la delimitación clara entre la responsabilidad patrimonial, la institución de la expropiación forzosa y las situaciones de delimitación de derechos de los ciudadanos.

En este sentido, la doctrina mencionada propone dejar la responsabilidad patrimonial para los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos o para los supuestos puntuales de responsabilidad por riesgo legalmente establecidos. En el supuesto de daños derivados colateralmente de una actuación lícita y normal de la Administración debería corresponder el régimen de expropiación forzosa o la compensación por daños cuasi expropiatorios, siempre que tales daños representen un sacrificio especial para el afectado y tengan al objetivo de satisfacer el interés público. Este sería, por ejemplo, el caso de los daños a establecimientos derivados del cierre de la vía pública para efectuar obras, o el caso del daño a un inmueble por parte de los bomberos para acceder al fuego producido en otro inmueble. Ambas actuaciones legítimas, orientadas a la consecución del interés público que, sin embargo, originan daños colaterales. La aplicación del régimen de expropiación forzosa permitiría, por ejemplo, repetir el coste de la indemnización en el beneficiario de la actuación cuasi expropiatoria.

El otro grupo de situaciones que cabe distinguir de la responsabilidad patrimonial es el de situaciones de delimitación de derechos de los ciudadanos preexistentes, como el adelantamiento de la edad de jubilación o la publicación de las aguas privadas efectuada por la Ley de aguas. Estamos en tales supuestos ante una limitación de carácter general, mientras que en el caso expropiatorio la limitación es singular, como prevé justamente la Ley de expropiación forzosa. En el caso de la delimitación general de derechos no debería corresponder indemnización porque, o bien la limitación es constitucional e impone correctamente el deber jurídico de soportar, o bien resulta inconstitucional por violar el contenido esencial del derecho de propiedad, de igualdad u otros, en cuyo caso lo que corresponde es revocar la norma en cuestión.

La reciente evolución de la jurisprudencia ha ido matizando en algunos casos el alcance de la responsabilidad por funcionamiento normal. Más adelante se verá que así ha sucedido en general respecto la responsabilidad por omisión administrativa, supuestos en los que la responsabilidad queda normalmente limitada a los supuestos en el que la omisión se puede calificar como culpable o ilegítima, pero no en los supuestos de omisiones legítimas o jurídicamente admisibles; esto es, omisiones que se enmarcan en un funcionamiento normal de la Administración.

Este planteamiento se ha generalizado de forma muy singular en materia de asistencia sanitaria; ámbito en el que se ha limitado radicalmente el alcance de la responsabilidad patrimonial a las situaciones de funcionamiento anormal. En efecto, la jurisprudencia contencioso administrativa ha tomado pie en la jurisprudencia civil para determinar que la asistencia sanitaria queda configurada como un servicio de medios, no de resultados, de forma que no se puede garantizar la curación del usuario ni la Administración debe asumir los daños correspondientes.

En el ámbito sanitario se ha admitido plenamente que el afectado tiene el deber de soportar los daños que su propio estado de salud le ocasione, aunque este deber no quede establecido en una norma jurídica específica. La Administración solamente es responsable de proporcionar unos medios determinados, esto es, una atención suficiente. En este contexto, la responsabilidad administrativa tan sólo surge cuando la atención prestada no se ajusta a los estándares exigibles, cuando la atención no es la que la *lex artis* impone. Ciertamente, este planteamiento no queda exento de problemas, porque el juicio sobre la suficiencia de la atención prestada queda remitido bien a una inconcreta opinión general de la profesión –probablemente sensible al corporativismo–, bien a unos protocolos de intervención que a menudo fijan instituciones desconocidas de países ajenos. Ahora bien, no hay duda de que ni sería razonable ni resultaría económicamente sostenible aplicar al ámbito sanitario el régimen general de responsabilidad patrimonial.

Cabe añadir una última reflexión sobre el crecimiento desmesurado de la responsabilidad patrimonial. Se ha considerado que el régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas constituye la cláusula de cierre en la configuración constitucional del Estado social y democrático de derecho, del Estado del bienestar. Ahora bien, es obvio que la responsabilidad queda íntimamente ligada a la libertad. En general, la responsabilidad es consecuencia de la libertad, y enajenar a los poderes públicos la responsabilidad de lo que sucede al ciudadano puede tener un coste, ya que es normal que la Administración se sienta legitimada para intervenir más intensamente en la vida de los ciudadanos. En otras palabras, si la Administración debe cargar con las consecuencias de una caída en la vía pública, será difícil negarle la potestad de regular qué calzado deben utilizar los vecinos al salir a la calle.

2. El deber jurídico de soportar

Uno de los aspectos determinantes en el régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es la delimitación del deber jurídico de soportar que afecta al ciudadano que ha sufrido el daño. En efecto, según se ha visto, el artículo 141 de la Ley 30/1992 refiere el derecho de indemnización a las lesiones que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar. Así pues, la primera cuestión está en determinar en el caso si existe o no deber del ciudadano de asumir el daño que eventualmente haya sufrido, y en este punto se plantea cuál es o cuáles pueden ser los títulos de imputación del deber de soportar.

2.1. El título de imputación del deber de soportar

Pues bien, la jurisprudencia ha establecido en primer lugar que el título de imputación del deber de soportar el daño debe existir necesariamente, de forma que sin título no se puede pretender que el afectado soporte un daño vinculado con la Administración pública.

Desde luego que el deber jurídico de soportar puede quedar imputado al ciudadano por una ley, o por su grupo normativo (STS de 16 de diciembre de 1999), siempre que se trate de una carga general. De esta forma, se admite que no hay una reserva de ley formal en este punto. También se admiten otros títulos de imputación del deber de soportar el daño, como la existencia de un contrato previo, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme (STS de 14 de febrero de 2006). La jurisprudencia ha entendido que el deber jurídico de soportar surge también cuando es el lesionado quien se coloca en una situación de riesgo (STS de 22 de abril de 1994). Finalmente, se excluye también la antijuridicidad cuando la Administración actúa en el marco de sus facultades normativas de innovación del ordenamiento jurídico o de autoorganización de los servicios públicos, es decir, respecto de los daños que se puedan derivar de la modificación legítima del marco legal (STS de 27 de junio de 1997).

Un caso especial es el que se plantea respecto de la responsabilidad con ocasión del ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración. La STS de 14 de febrero de 2006 admite que en estos casos el legislador ha querido conceder unos márgenes de apreciación a la Administración, de forma que el particular deberá soportar el daño provocado por el ejercicio de esta facultad discrecional siempre que quede dentro de unos límites razonables y razonados, y lo mismo sucede en las situaciones en las que hay que admitir un margen de apreciación a la Administración pública, como en la concreción de conceptos jurídicos indeterminados. También en tales casos entiende la jurisprudencia que hay que admitir el deber jurídico de soportar por parte del ciudadano.

Así pues, para evitar la responsabilidad de la Administración hay que identificar un título jurídico que impute específicamente al afectado el deber de soportar el daño, un título que ciertamente puede provenir de fuentes muy diversas. Sin embargo, hace falta un título, y el caso es que no hay en nuestro ordenamiento jurídico cláusulas generales que imputen al particular los daños derivados del ejercicio de la propia libertad o los daños ocasionados con negligencia de la misma víctima. En ninguna parte se establece de forma expresa que el peatón está obligado a algo tan elemental como ser consciente de sus actos, atender a su deambulación, a mirar por donde camina y qué es lo que pisa; de forma que, con independencia del efecto que la propia negligencia o la asunción de riesgos pueda tener para romper o matizar el nexo causal, no se puede identificar en nuestro ordenamiento positivo un precepto concreto que defina el deber general de diligencia; una previsión que se proyecte sobre el deber jurídico de soportar el daño derivado de la distracción.

El deber de diligencia es tan obvio que nunca ha sido necesario explicitarlo en el ordenamiento jurídico. No hay ninguna norma en estos momentos que introduzca un deber general de prudencia respecto a uno mismo. No obstante, la cláusula general de diligencia se podría extraer del mismo planteamiento del Código civil. En efecto si el artículo 1902 imputa a quien causa un daño por negligencia el deber jurídico de soportar sus consecuencias, este deber se debería pedir con tanta o más razón cuando es el mismo peatón perjudicado quien causa el daño. Del artículo 1902 C.C. se puede desprender un deber general de diligencia que se proyecte tanto en la relación con terceros como en la relación con uno mismo. Una diligencia que es la que correspondería a un buen padre de familia en la expresión de nuestro Código civil, o la que correspondería a una persona razonable, en expresión del ordenamiento británico.

En otro orden de cosas, es lógico que el ciudadano que disfruta y aprovecha la vía pública soporte al mismo tiempo los defectos o la degradación natural que se pueda derivar precisamente del uso colectivo, incluso las molestias y perjuicios originados por las obras de reparación cuando sean necesarias en beneficio del peatón: *iure naturali ad quem spectat rei commodum spectare debet danmum*.

2.2. La posibilidad de establecer el deber de soportar mediante normativa local

Según se ha dicho, uno de los problemas que tenemos en la configuración de la responsabilidad patrimonial consiste en la generalidad y parquedad de su regulación sustantiva. Ciertamente, la regulación de la responsabilidad patrimonial corresponde a la competencia del Estado según dispone en el artículo 149.1.18 de la Constitución española, lo que dificulta la posibilidad de desarrollo normativo de la institución de la responsabilidad como tal por las comunidades autónomas y por las administraciones locales. Ahora bien, no cabe duda de que en la normativa reguladora de los diferentes servicios públicos o en la referida al uso de los bienes e instalaciones el Ayuntamiento puede introducir normas de comportamiento determinadas y puede definir también cuál es el alcance del servicio en cuestión, de forma que los daños que se produzcan fuera de esta delimitación del servicio queden también fuera de la responsabilidad municipal. En este sentido, se puede pensar en introducir en la normativa local una cláusula general de prudencia y precaución de los ciudadanos en la utilización de los bienes e instalaciones, también el deber de soportar los riesgos inherentes a esta utilización y, como se verá más adelante, el deber de soportar los daños derivados del servicio público si éste se ha prestado dentro de los estándares establecidos o, subsidiariamente, los que sean razonablemente exigibles.

En definitiva, se trata de introducir normativamente el deber de diligencia y atención que el ciudadano debe observar en la utilización de la vía pública y sus instalaciones, ya sea en términos generales en una ordenanza de vía pública o de convivencia ciudadana, ya sea en términos específicos con ocasión de la regulación de los diversos servicios o actividades públicas. Se ha visto ya cómo la jurisprudencia admite que el deber jurídico de soportar sea introducido por la normativa siempre que tal deber se establezca con carácter general para el común de los ciudadanos o de los usuarios, y se ha dicho también que no hay una exigencia específica de rango formal en este punto, de forma que es razonable que si el comportamiento de los ciudadanos en la vía pública se regula en una ordenanza, en la misma ordenanza se establezca el alcance del deber jurídico de soportar los daños que aquellos puedan sufrir con ocasión de su estancia en la vía pública o del uso que haga de las instalaciones.

En este punto conviene poner de relieve que determinadas regulaciones sectoriales incorporan efectivamente el deber general de prudencia, singularmente la regulación sobre tráfico y seguridad vial. En efecto, la normativa de tráfico establece el deber de los usuarios de circular con un margen de prudencia suficiente como para prever los eventuales desperfectos de la calzada causados por su desgaste y uso ordinario (artículos 9.2, 11.2 y 19.1 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial aprobada por el Real decreto legislativo 339/1990, y artículo 45 del Código de la circulación). Dicho de otra forma, el límite de velocidad exigible al conductor no es necesariamente el que se establece con carácter general para la vía en cuestión, sino la que exija una conducción prudente dado el estado de la calzada. He aquí una cláusula general de prudencia que puede justificar el deber jurídico de soportar los daños causados por desperfectos en la carretera cuando estos sean razonablemente perceptibles por un conductor atento y prudente.

Un caso singular es el de la disposición adicional novena de la Ley citada que, para los supuestos de atropello de especies cinegéticas, establece la responsabilidad ordinaria del conductor – responsabilidad desvinculada de la eventual culpa del mismo- excepto en los casos singulares que se indican, esto es cuando se pueda identificar un funcionamiento anormal de la Administración titular de la carretera por defectos en la señalización o conservación de la vía en cuestión. Nótese como en una regulación sectorial se llega incluso a invertir los papeles de víctima y administración volviendo al planteamiento de la responsabilidad civil.

3. La relación de causalidad

La causalidad, es decir, el establecimiento de una relación causa-efecto entre un daño determinado y una actuación administrativa, constituye el título de imputación de la responsabilidad a la Administración. Así está previsto en la Ley. Ahora bien, la jurisprudencia complementa en ocasiones la causalidad con otros argumentos como la doctrina del riesgo, según

la cual la responsabilidad corresponde a quien genera el riesgo, o la doctrina del enriquecimiento injusto, o la idea de socialización de un riesgo que favorece a la sociedad (STS 14 de febrero de 1998). Doctrinas o argumentos que se utilizan paralelamente para imputar el daño a la Administración.

Con respecto a la responsabilidad por riesgo, la doctrina más reciente (Oriol Mir Puigpelat) propone un método para determinar cuáles deberían ser en todo caso los riesgos que pueden comportar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En este sentido, se entiende que no procede la responsabilidad en los siguientes casos:

- Cuando el riesgo sea insignificante,
- Cuando la intervención de la Administración disminuye un riesgo anterior,
- Debe tratarse de un riesgo no permitido (riesgo no afrontable según el estado de la ciencia),
- Ni tampoco consentido (consentimiento informado).

3.1. Alcance del concepto de servicio público. Los estándares de servicio

El artículo 139 de la Ley 30/1992 condiciona la responsabilidad administrativa al establecimiento de una relación de causalidad entre el daño antijurídico y el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Desde un primer momento, la jurisprudencia interpretó la referencia a los servicios públicos como sinónimo de toda actividad administrativa, del giro o tráfico administrativo, de la gestión administrativa en general, o del “hacer y actuar de la Administración”. En consecuencia, la responsabilidad se puede ligar a cualquier vertiente de la actividad –o la no-actividad– de las administraciones públicas, sin límites materiales.

Ahora bien, por muy amplia que sea la interpretación del concepto de servicio público, está claro que en algún momento se acaba o deja de existir el servicio público en cuestión, algún límite debe tener el concepto de actividad administrativa, no se puede tratar de un título de imputación infinito. Dicho en otras palabras, el hecho de que el ordenamiento reconozca la capacidad de intervención administrativa en un sector no puede significar una responsabilidad tendencialmente ilimitada de la Administración respecto de los daños que se produzcan en este sector. Menos en los casos en los que el ordenamiento se limita a apuntar una competencia futura, como sucede con las materias del artículo 25 de la Ley de bases del régimen local; listado que, sin embargo, sirve a menudo por sí solo de pie para la imputación de responsabilidades a la Administración local. En este punto, se debería distinguir entre las cláusulas generales de habilitación competencial, de las competencias formuladas en términos de responsabilidad obligada de intervención, como sucede por ejemplo con los servicios mínimos del artículo 26 de la LRBRL.

Pues bien, para definir el alcance exacto de la responsabilidad municipal en una materia determinada puede ser de utilidad la apelación a los estándares en tanto que indicadores que definen de forma precisa el contenido de los derechos de los usuarios y, por lo tanto, el alcance del servicio público. Es decir, la apelación a los estándares como método de fijación de lo que debe considerarse servicio público o actividad administrativa exigible y lo que no se puede considerar como servicio público a los efectos de la responsabilidad de la Administración titular.

La Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado prevé precisamente en su artículo 4 la obligación de todos los ministerios de definir los servicios y prestaciones que proporcionan a los ciudadanos, sus contenidos y los estándares de calidad. Este mandato ha sido desarrollado mediante el Real decreto 951/2005 sobre la base de las cartas de servicios como instrumentos de compromiso que definen el alcance de los servicios públicos desde la perspectiva del usuario.

La jurisprudencia ha admitido en ocasiones que el servicio público no es infinito y que hay que estar a los estándares exigibles, bien sea unos estándares en sentido estricto, es decir, que determinen objetivamente los niveles de pureza, eficacia o seguridad, o supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad (STS, Civil, de 29 de junio de 1999); o bien, en ausencia de los anteriores, los estándares que puedan considerarse como razonables, o los exigibles de acuerdo con la conciencia social (STS de 16 de febrero de 2006), idea que quizá se

podría extender al concepto de “buena administración” o de las buenas prácticas administrativas que se utiliza recientemente.

Como ejemplo de apelación a unos estándares precisos, puede resultar significativa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de octubre de 2002, que estima suficiente el estándar antideslizante de una pintura aplicada a la señalización vial, concretamente, a un paso de peatones en el que había resbalado una persona.

Por otro lado, cabe distinguir entre estándares de resultado y estándares de medios. En el ámbito de la sanidad pública, se ha generalizado la utilización de los estándares de medios desde el momento en que se admite ya sin excepción que el servicio sanitario es un servicio de medios y no de resultado. De esta forma, la Administración cumple su responsabilidad con la simple aplicación de los medios de curación técnicamente procedentes o exigibles, sin resultar responsable de la eficacia o el resultado de los mismos y los daños que se generen una vez aplicados los tratamientos convenientes. De esa manera la eventual responsabilidad administrativa queda desligada del resultado dañoso.

Se puede discutir si el servicio público de mantenimiento de las vías públicas debe ser considerado como un servicio de medios o de resultado, pero lo que no se podrá negar es que no se puede exigir un estado impoluto y perfecto de la vía pública minuto a minuto. Habrá que admitir que tanto la inversión inicial como la inversión de mantenimiento deben tener sus límites y que las instalaciones tienen una vida útil y un proceso de degradación natural y admisible. Los estándares se pueden fijar bien para garantizar un resultado, una especie de “transitabilidad” mínima de las calles, o bien fijando un ritmo y una intensidad determinada en el mantenimiento de las vías públicas. En este sentido, hay que destacar como, en el ámbito de las carreteras de la Generalitat, el hecho de que exista un servicio de mantenimiento que vigila periódicamente el estado de la carretera, retira los obstáculos o corrige los defectos que constata, es un dato que reduce sensiblemente su responsabilidad frente a reclamaciones. En este caso, se acredita el cumplimiento de un deber de diligencia que inicialmente exculpa a la Administración.

La acreditación de un estándar de medios puede tener claramente un efecto directo sobre la responsabilidad de la Administración (STS de 3 de diciembre de 2002). Así sucede en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de noviembre de 1999, que considera que el servicio público afectado en este caso no es el general de carreteras, sino mucho más concretamente el de restauración de las condiciones de normalidad en la carretera ante un suceso, y que la responsabilidad administrativa deriva de una valoración del rendimiento exigible a la Administración en este punto. En tal sentido se establece que corresponde al afectado la carga de probar los elementos de hecho que justifican el antijuridicidad del daño y la relación de causalidad, mientras que corresponde a la Administración probar la intervención de terceros – excepto que se trate de un hecho notorio– y también el estándar de rendimiento del servicio que preste la propia Administración.

Hay situaciones en las que el estándar viene determinado desde campos colaterales. Así sucede, por ejemplo, con el colectivo de personas parcialmente impedidas o disminuidas en cuanto a su movilidad por la ciudad, personas que tienen derecho a un diseño urbano accesible según se dispone en el artículo 54 de la Ley 13/1982, en el artículo 4 de la Ley 20/1991 y en el artículo 11 y disposición transitoria primera del Decreto catalán nº 135/1995, disposición esta última que incluye estándares muy específicos de accesibilidad con respecto a las vías públicas.

Por el contrario, en otros supuestos los estándares pueden ser simplemente de medios, como sucede, por ejemplo, en los casos de huelga de los servicios de mantenimiento de las vías públicas, de recogida de basuras u otros de semejantes. El derecho de huelga es un derecho constitucional que, por su propia naturaleza, se proyecta sobre el común de los ciudadanos afectados y limita sus derechos. Para que el derecho de huelga sea posible es necesario que los afectados soporten sus consecuencias, de forma que este derecho se constituye en sí mismo como título jurídico que impone a los ciudadanos la obligación de soportar. Precisamente la fijación de servicios mínimos supone el punto de equilibrio entre el derecho de huelga y los derechos de los afectados por ésta. En este punto, está claro que los eventuales daños derivados de la no-prestación de los servicios es consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental y el estándar en la prestación del servicio queda transitoriamente reconducido a unos medios

determinados, que son los definidos como servicios mínimos. En este caso, no resulta exigible a la Administración unos resultados determinados sino la prestación de unos medios determinados, medios que son los transitoriamente fijados.

En definitiva, frente a la tendencia a formular los servicios públicos de forma amplia, ambigua o poco comprometedor, resulta conveniente delimitar los servicios públicos y establecer estándares y niveles concretos de prestación, ya que de otro modo la jurisprudencia tiende a imputar a la Administración una responsabilidad virtualmente ilimitada, responsabilidad que en ocasiones deriva de la mera titularidad formal de una competencia o de una potestad de intervención genérica. Una jurisprudencia que, en el mejor de los casos, reconduce la responsabilidad a unos estándares de razonabilidad o de buena administración que acaban definiendo los tribunales, caso a caso, sin tener en cuenta criterios generales como de sostenibilidad presupuestaria y la necesidad de priorizar unas inversiones sobre otras. Decisión esta última de naturaleza genuinamente política y, por tanto, ajena a los órganos jurisdiccionales.

3.2. Causa adecuada y causa eficiente

Para establecer la relación causal, la jurisprudencia ha utilizado esencialmente el denominado *método de la causa adecuada o causa eficiente*, aunque en algún momento se ha apuntado la teoría de la equivalencia de causas. Según este último planteamiento, un resultado determinado es imputable a la concurrencia objetiva de una serie de factores cuya ausencia, en hipótesis, hubiese evitado el resultado, de forma que debe que cualquier factor que de no existir hubiese impedido el resultado es en sí mismo y por igual causa del resultado. Se trata de factores, todos ellos necesarios, que se sitúan en un plano de igualdad, pues todos generan igualmente el resultado. Llevado a su extremo, este método permitiría establecer entre las causas de un delito y sus responsables el hecho de engendrar al delincuente, pues sin su nacimiento aquél no se hubiese producido.

Éste es un planteamiento inicial, de origen penal, ya abandonado en estos momentos, aunque asombrosamente reaviva de vez en cuando, como ha sucedido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de noviembre de 2004.

Sin embargo, el planteamiento que se ha impuesto es el de la causa eficiente, que es un sistema que busca el factor dominante entre todos los que han causado un efecto determinado. Se trata de aislar la circunstancia que, en el curso normal de los acontecimientos, es suficiente por sí sola para causar el daño invocado. No debe tratarse sólo de un factor suficiente, sino que al mismo tiempo debe ser un factor que resulte normalmente idóneo para causar el resultado, lo que se denomina la *verosimilitud del nexa*. Un planteamiento éste que lleva a excluir los actos indiferentes, los inadecuados o no idóneos, y los absolutamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor.

Ahora bien, aunque la jurisprudencia ha respaldado claramente esta última técnica de determinación de la causa del daño, no es frecuente en cambio que las sentencias utilicen de forma precisa y cuidadosa esta doctrina. Por ejemplo, en el caso de accidentes por mal estado de la vía pública es frecuente que se establezca la responsabilidad a partir de la mera constatación del desperfecto, sin ponderar en qué medida la negligencia de la víctima ha cooperado en el daño resultante. Sin embargo es frecuente que en tales casos que la causa del daño lo sea tanto el desperfecto en la vía pública como la falta de atención del peatón siempre que el defecto fuese perceptible, como suele suceder. El accidente se debe a ambos factores conjuntamente y no sería posible sin el uno y el otro, y en el momento de medir el peso relativo de uno y otro hay que valorar circunstancias como por ejemplo el hecho de que el resto de peatones no hayan sufrido el accidente, dato que permite deducir que no es el desperfecto en la acera el que normalmente conduce al resultado dañoso sino la falta de atención del peatón. En definitiva, la aplicación genuina de la doctrina del factor eficiente que la jurisprudencia suscribe masivamente comporta un juicio comparativo entre las diversas causas del accidente, juicio que a menudo se deja de lado o no se efectúa rigurosamente.

3.3. Intervención del afectado o de tercero en la producción del daño

La primera jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial exigía una relación casual inmediata, directa y exclusiva, de forma que ningún otro factor entorpeciese ese vínculo directo. La intervención del afectado, aunque fuese por mera imprudencia, o la intervención de un tercero desplazaba absolutamente la responsabilidad de la Administración. Esta doctrina ya ha sido superada en nuestra jurisprudencia, que admite plenamente la responsabilidad mediata o indirecta de la Administración. Ahora bien, sí que se mantiene una línea jurisprudencial que considera que la relación causal se interrumpe si interviene una conducta culposa del afectado, una conducta lo suficiente intensa hasta el punto de que sin ella el daño no se hubiese producido (STS de 4 de noviembre de 1997 y de 15 de julio de 1999), o bien en los supuestos en los que es el afectado quien se sitúa en una posición de riesgo (STS de 22 de abril de 1994, a propósito de daños sufridos con ocasión de la represión policial de una manifestación). Una doctrina que no admite posiciones intermedias o de responsabilidad compartida.

El caso es que una vez superada la fase en la que se requería una responsabilidad inmediata y directa de la Administración, sin interferencia de terceros, hemos llegado a una situación notablemente confusa sobre las consecuencias de la intervención del afectado o de terceros en la producción del daño.

En efecto, alguna jurisprudencia sólo admite la concurrencia de una negligencia gravísima del afectado para interferir la relación causal. Una negligencia que, además, debe ser determinante en la producción del daño (STS de 21 de diciembre de 2004). En otros casos, la jurisprudencia exige que la negligencia del afectado sea la única causa determinante del daño para exonerar la responsabilidad de la Administración (STS de 20 de febrero de 1999). Una tercera línea jurisprudencial, más pragmática, se inclina por el reparto de responsabilidades en supuestos de concurrencia de causas (STS de 15 de abril de 2000). Una línea esta última frecuentemente utilizada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJC de 15 de abril de 2003).

Respecto a la intervención de terceros es paradigmático el caso de vertido de aceite, grava u otros en la calzada, sustancias que acaban provocando un accidente al vehículo que transita posteriormente por la misma vía. En este punto la jurisprudencia es vacilante, ya que algunas sentencias imputan la responsabilidad sin más a la Administración titular de la vía, mientras que otras sentencias consideran que la acción del tercero interrumpe el nexo causal, de forma que en tal situación sólo se puede atribuir responsabilidad a la Administración cuando se constata una omisión en su deber de vigilancia. Una omisión culposa que depende del tiempo transcurrido entre el vertido o la acción del tercero y el momento del accidente, ya que no se puede atribuir a la Administración el deber de reaccionar de forma inmediata ante cualquier incidente (STS de 11 de febrero de 1987). Corresponde a la Administración la carga de la prueba en este punto, como se ha visto.

Cabe añadir que en tales casos, aunque el vehículo que causó el vertimiento sea desconocido, ello no significa el cierre de la vía indemnizatoria. En efecto, en el supuesto de que el causante directo del daño sea desconocido, la responsabilidad recae por sustitución en el Consorcio de Compensación de Seguros en los términos del artículo 11.1.a) de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real decreto legislativo 8/2004, de forma que en muchas ocasiones la Administración titular de la vía pública acaba asumiendo la responsabilidad de un daño provocado por un tercero desconocido por el simple hecho de no tener presente la responsabilidad del consorcio mencionado.

3.4. El nexo causal respecto de las situaciones de omisión administrativa o culpa in vigilando

La jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial de las administraciones municipales como consecuencia de daños producidos en la vía pública se proyecta tanto en supuestos de acciones o de actuaciones positivas de la Administración, como en supuestos de omisiones, esencialmente por *culpa in vigilando*. Ahora bien, en el caso de las conductas omisivas existe una doctrina jurisprudencial según la cual sólo se puede establecer un nexo causal cuando se constate un funcionamiento anormal, es decir, en los casos de omisiones culposas, pero no en los casos de

funcionamiento normal del servicio. Una doctrina esta que se ha expresado de forma muy clara en campos como el penitenciario, en los casos de lesiones sufridas por internos y la eventual responsabilidad de la Administración penitenciaria por falta de vigilancia o de condiciones de seguridad (STS de 18 de marzo de 2000). Recientemente se ha expresado en este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2009 (casación nº 5921/04), sentencia dictada en el caso Gescartera. Admite el tribunal que la titularidad de la competencia de control y supervisión no comporta la responsabilidad derivada de una eventual falta de servicio en la acción de control cuando no se pone de manifiesto una actuación no razonable del órgano en cuestión. He aquí pues un juicio de razonabilidad que opera a modo de un estándar más allá del cual no existe servicio público al que imputar la responsabilidad.

Esta doctrina, quizá aun incipiente, está presente en el resto de las situaciones de responsabilidad por omisión, como en los supuestos de falta de vigilancia y reparación de las acciones de terceros sobre la vía pública –vertidos de materiales diversos o sustancias oleaginosas– como se ha visto.

El caso es que la responsabilidad objetiva tal como ha sido entendida por la jurisprudencia quiebra en las situaciones de omisión administrativa, donde la exigencia de culpa administrativa es una constante.

4. Conclusión parcial

Según se ha visto, bajo la cobertura de un régimen homogéneo y único se esconde una notable dispersión doctrinal, una confusión constante en la jurisprudencia, que en ocasiones aplica la responsabilidad objetiva más estricta, y en otros casos utiliza, de forma abierta o encubierta, una exigencia de culpabilidad en la acción de la Administración. Una jurisprudencia que en ocasiones maneja un concepto virtualmente infinito del servicio público, y en otras ocasiones precisa de forma rigurosa sus límites; que en algunos casos valora los factores concurrentes en el daño, particularmente la intervención del afectado, y en otros desprecia esta posibilidad excepto que sea absolutamente determinante, que se trate de una imprudencia abrumadora. Una jurisprudencia que puede tener en cuenta el riesgo creado por el ciudadano en el momento de valorar la antijuridicidad del daño, o puede considerar esta circunstancia dentro del nexo causal. Una jurisprudencia que se inclina por la doctrina de la causa determinante, pero no es proclive a medir el peso relativo de las diferentes causas que intervienen en el daño invocado.

A ello hay que añadir que las categorías dogmáticas con las que se ha construido la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas –esencialmente relación casual, título de imputación y antijuridicidad del daño– son categorías a primera vista sólidas, pero a poco que se profundice resultan imprecisas y se confunden unas con otras hasta el extremo de que resultan a menudo inútiles.

Sea como fuere, estamos ante un régimen de responsabilidad patrimonial que, en la interpretación dominante, resulta prácticamente ilimitado y presupuestariamente insostenible. Sin embargo, puede apreciarse cómo tímidamente alguna jurisprudencia comienza a cuestionar la función providencialista que se atribuye a la institución de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y comienza a poner las bases para una reorientación de la misma.

5. La responsabilidad del contratista

Es relativamente frecuente el supuesto del daño causado por una actuación o servicio público gestionado por un contratista; es decir, el daño causado a terceros mediante formas de gestión indirecta. El problema se plantea en los casos en que el prestador del servicio es una persona privada, sea un contratista de obra pública, sea un concesionario o una sociedad privada de propiedad pública. En estos supuestos resulta que entre la Administración y el usuario o el ciudadano afectado se interpone un particular, que es quien presta materialmente el servicio. Particular que mantiene unas relaciones de Derecho público con la Administración y unas relaciones de Derecho privado con el usuario. Desde la perspectiva del usuario afectado el daño es imputable de forma inmediata a un sujeto privado, de forma que el régimen aplicable sería el

general del Código Civil –responsabilidad por culpa o negligencia– y la jurisdicción competente sería la común.

Ahora bien, estamos ante un daño ocasionado por una obra o servicio público que es de titularidad municipal. La cuestión es que el régimen y las garantías del ciudadano son muy diferentes en los ordenamientos civil y administrativo de responsabilidad, pudiéndose cuestionar que el estatuto jurídico del ciudadano quede alterado y disminuido a causa de una decisión meramente organizativa de la Administración titular del servicio al establecer su forma de prestación. Al fin y al cabo, si no desaparecen en estos casos los privilegios exorbitantes de la Administración frente al ciudadano, tampoco las garantías de éste deberían verse menguadas.

Ciertamente se puede superar la cuestión imputando una responsabilidad concurrente de la Administración a partir de una culpa en su deber de vigilar, o por culpa en la elección del contratista. Hay jurisprudencia en este sentido (TSJ de Cataluña, sentencia núm. 213/2006, de 21 de febrero de 2006), pero esta cuestión no se puede despachar de forma genérica y no es fácil fundamentar un deber de vigilancia preciso relacionado con la concreta actuación del contratista que ha producido el daño. Por lo tanto, inicialmente el afectado deberá escoger entre la responsabilidad de la Administración titular del servicio, o la del contratista que ha originado el daño de forma inmediata.

Así pues, la primera cuestión que se plantea en el supuesto de daño causado por el contratista es la del sujeto responsable. Ahora bien, existen más cuestiones: el régimen jurídico de la responsabilidad, y también el procedimiento de reclamación.

El artículo 198 de la Ley 30/2007 de contratos del sector público, al igual que lo hacía el artículo 97 del texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, establece el principio general de responsabilidad del contratista con respecto a “todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”, planteamiento que sólo admite las excepciones de los daños causados como consecuencia directa e inmediata de una orden formulada por la Administración, o bien los daños causados por vicios del proyecto elaborado por la Administración en los casos de contrato de obras o en el de suministro. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 256.c) de la misma Ley al establecer la obligación del contratista de indemnizar por los daños que cause a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio. Por su parte, el artículo 235.c) del Reglamento de obras y servicios de las entidades locales (Decreto 179/1995) incluye un planteamiento más amplio al obligar al contratista a “responder de los daños que se deriven del funcionamiento del servicio, salvo que se hayan realizado en cumplimiento de una cláusula impuesta por la corporación con carácter ineludible”.

Por lo tanto, la Ley es bastante precisa al imputar la responsabilidad bien a la Administración bien al contratista. Sin embargo, no es sencillo para el afectado conocer de forma clara si el daño ha sido causado por una orden de la Administración o como consecuencia del proyecto o debido a una cláusula ineludible para el contratista. En este sentido, el apartado tercero del propio artículo 198 prevé un procedimiento ante la Administración para que esta misma determine el sujeto responsable:

“3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.”

Una vez aclarada la responsabilidad, el apartado cuarto parece referirse a un posterior procedimiento:

“4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.”

Ahora bien, una cosa es que la responsabilidad económica final pueda corresponder a la empresa contratista, y otra cosa es el papel que corresponde a la Administración ante el perjudicado. El artículo 196.3 de la Ley de contratos suscita dos cuestiones:

1. Si estamos ante una acción arbitral previa, que debe ir seguida de la acción de responsabilidad propiamente dicha una vez la Administración ha definido el sujeto responsable. O bien en esta acción se deben resolver todos los aspectos de la cuestión, incluidos los aspectos de fondo.

2. Si se trata de un procedimiento obligado o es una acción meramente potestativa.

Pues bien, con respecto a la primera cuestión es cierto que el tenor literal del artículo 198.3 apunta a una acción previa, de carácter arbitral, en que se trata solamente de identificar al sujeto responsable. Así lo indica la referencia a la interrupción del plazo de prescripción y, sobre todo, el tenor del apartado cuarto; un pronunciamiento arbitral después del que habría que plantear una reclamación contra el responsable. El caso es que la jurisprudencia se ha mostrado vacilante en este punto. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2003 (rec. nº 3315/1999) refleja las dos líneas jurisprudenciales que se han alternado en esta cuestión:

“Una tesis, que es la de la sentencia ahora recurrida, ha entendido que el artículo 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista.

“Esta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al dictamen de 18 de junio de 1970.

“La segunda tesis es la que interpreta el artículo 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto.

“En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista, tesis que mantienen también las sentencias entre otras de 19 de febrero de 2002 y 11 de julio de 1995.

“Esta segunda línea jurisprudencial, afirma la sentencia de 30 de abril de 2001, es la tesis correcta a juicio de nuestra sala.”

Consiguientemente, la Administración no se interpone necesariamente como sujeto responsable ante el ciudadano (como sucede por ejemplo en el caso de la responsabilidad de las autoridades o funcionarios –artículo 145 de la Ley 30/1992–), sino que adopta una mera posición dirimente, una posición que se limita a fijar la existencia de responsabilidad y el sujeto responsable.

A partir de aquí parte de la doctrina (Berberoff/Sospedra), entiende que el afectado tiene varias opciones: bien una reclamación directa ante la Administración, bien ante el contratista según su criterio, o bien la acción previa dirimente del artículo 198.3 de la LCSP, y posteriormente actuar en consecuencia ejerciendo la acción contra la Administración o bien la acción –civil– contra el contratista.

Entiendo que este planteamiento es innecesariamente complejo y reiterativo. Ciertamente, el procedimiento dirimente del artículo 198.3 de la LCSP es optativo, de forma que el afectado tiene siempre abierta la posibilidad de una reclamación directa contra el contratista. Ahora bien, entiendo que es igual que el actor plantee la acción dirimente del artículo 198.3 de la LCSP o bien que plantee una reclamación sustantiva y directa contra la Administración. Tanto en un caso como en el otro, la Administración deberá pronunciarse sobre la existencia efectiva de una situación de responsabilidad y sobre si ésta pesa sobre la propia Administración o sobre el contratista, un pronunciamiento que da paso directo al recurso jurisdiccional sin más.

En el caso específico de las concesiones administrativas el procedimiento es más claro. Los artículos 121 y 123 de la Ley de expropiación forzosa imponen necesariamente la reclamación ante la Administración titular del servicio concedido y ésta se deberá pronunciar tanto sobre la procedencia de la responsabilidad como sobre quién debe afrontarla.

En los casos ciertamente frecuentes en que la Administración no se pronuncia sobre la responsabilidad o se limita a reenviar la reclamación al contratista sin entrar en el fondo, la jurisprudencia se ha manifestado en el sentido de entender que la Administración se convierte en responsable precisamente por no haberse pronunciado, sin perjuicio de repetir después contra el contratista (TSJ de Cataluña, sentencia núm. 213/2006, de 21 de febrero de 2006; Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León –Burgos–, sentencia núm. 198/2003, de 7 de mayo de 2003, y Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 1437/2004, de 30 de septiembre de 2004).

Así pues, no cabe duda sobre la identidad del sujeto finalmente responsable: será el contratista por regla general, y será la Administración si el daño responde a imposiciones ineludibles para aquél. Pero en el caso que la Administración rehuya un pronunciamiento sobre el fondo de la reclamación, se coloca como responsable inicial a ojos de la jurisprudencia mencionada.

En definitiva, el afectado puede utilizar el procedimiento arbitral del artículo 198.3 de la LCSP, o bien puede optar por una reclamación directa contra la Administración o contra el contratista, o contra las aseguradoras de una u otro, ya que el procedimiento del artículo 198.3 de la LCSP es optativo; o bien puede formular una reclamación jurisdiccional conjunta contra todos ellos –previa reclamación administrativa, ya que en el caso de la Administración es preciso un acto previo a la vía jurisdiccional–. En el caso específico de servicios gestionados por concesión, no existe posibilidad de reclamación directa al contratista o a su aseguradora, ya que el artículo 123 de la LEF impone la reclamación ante la Administración en todo caso.

A la vista de cuanto se ha dicho queda claro que el procedimiento arbitral o la reclamación conjunta son las alternativas más prudentes para el afectado, ya que una reclamación singular contra uno u otro responsable eventual corre el riesgo de resultar fatalmente errónea.

Finalmente, en cuanto al régimen aplicable, no cabe duda de que la responsabilidad de la Administración se somete al régimen de responsabilidad patrimonial. La duda surge con respecto a la responsabilidad total o parcial del contratista. En este caso se trata de una persona jurídico-privada, y si la responsabilidad se establece entre dos privados –perjudicado y contratista–, el régimen debe ser inicialmente el establecido en el Código Civil, esto es, la responsabilidad aquiliana por culpa o negligencia, y no la responsabilidad objetiva, sin perjuicio de que la jurisprudencia civil se haya aproximado en ocasiones al régimen de la responsabilidad administrativa admitiendo una responsabilidad casi-objetiva derivada del riesgo. Éste parece ser el planteamiento del artículo 198.4 de la LCSP cuando dispone que “La reclamación de los terceros se debe formular, en todo caso, de acuerdo con el procedimiento que establece la legislación aplicable a cada supuesto”.

Ahora bien, la jurisprudencia se ha mostrado resistente a aplicar el régimen civil aun cuando lo que se dirima sea la responsabilidad exclusiva del contratista. En este sentido, la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de febrero de 2006 entiende que la titularidad municipal del servicio que ha causado el daño comporta la responsabilidad del ayuntamiento –y el consiguiente régimen público de responsabilidad patrimonial–, aunque la gestión fuera asumida por un concesionario.

6. Otros supuestos de responsabilidad concurrente

Existen otras posibilidades de responsabilidad concurrente de Administración y particulares. Se trata de los supuestos en que el daño ha sido causado conjuntamente, como por ejemplo el caso de un accidente ocasionado con motivo de unas obras en la vía pública realizadas por un particular en interés propio. En este caso, las obras se llevan a cabo con licencia municipal y el ayuntamiento resulta responsable de controlar las medidas de seguridad exigibles según la licencia, la ordenanza o la legislación en general. La responsabilidad se puede imputar, en consecuencia, al autor material –el particular que lleva a cabo las obras– y también a la Administración por culpa en la vigilancia.

Se trata de una responsabilidad que inicialmente se presenta como concurrente, pero de naturaleza diferente en cada caso. La responsabilidad de la Administración es objetiva y queda

sometida a una reclamación y un procedimiento previo, mientras que la responsabilidad del particular es civil y puede exigirse mediante una acción judicial directa.

En estos momentos ya no cabe duda sobre la jurisdicción competente, de forma que si la acción es conjunta se deberá ejercitar directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Así es a partir de la reforma introducida por la Ley orgánica 19/2003, de forma que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial dirigidas a la Administración pública deben ser vistas en todos los casos por la jurisdicción contencioso-administrativa independientemente del tipo de responsabilidad que se plantee o del hecho que en la producción del daño concurren particulares o una compañía de seguros –artículo 2.e) de la Ley jurisdiccional.

Este planteamiento ha acabado con una confusión notable derivada de la tensión entre las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, aunque genera una situación atípica en el sentido de que la jurisdicción contenciosa deberá determinar la posible responsabilidad de un privado –eventualmente en solitario, si en el transcurso del proceso se descarta la responsabilidad concurrente de la Administración–, en aplicación estricta del Código Civil y con la consiguiente aparición de una jurisprudencia paralela a la civil.

Aparte, la diversidad de regímenes jurídicos en un mismo caso puede provocar situaciones extrañas, como aplicar regímenes diferentes de prescripción, ya que la responsabilidad administrativa está sometida a la prescripción de un año (artículo 142.5 de la Ley 30/1992), mientras que la prescripción civil por responsabilidad extracontractual es de tres años [artículo 121.21.d) de la primera Ley del Código Civil de Cataluña, Ley 29/2002].

Sea como fuere, los problemas no acaban con la unidad de jurisdicción. En efecto, hay que determinar si la responsabilidad concurrente es solidaria o mancomunada, ya que esta cuestión condiciona el planteamiento procesal del recurrente. Así, si estamos ante una responsabilidad solidaria, es indiferente que el actor accione sólo contra la Administración. El artículo 1144 del Código Civil faculta al acreedor a dirigirse contra todos los deudores solidarios o sólo contra uno de ellos, de forma que el afectado puede pedir toda la responsabilidad a la Administración, sin perjuicio de la posibilidad de que ésta repita después la cuota que pueda corresponder al responsable concurrente. Por el contrario, si la responsabilidad es mancomunada, el recurrente deberá dirigirse necesariamente contra todos los eventuales responsables, con el riesgo de que finalmente obtenga una satisfacción parcial, limitada a la cuota de responsabilidad imputable a quien haya sido formalmente demandado.

Desde un punto de vista procesal, el artículo 12 de la Ley de enjuiciamiento civil impone el litisconsorcio pasivo necesario en los casos en que la tutela jurisdiccional sólo pueda hacerse efectiva frente a diversos sujetos conjuntamente considerados. Por lo tanto, tal requerimiento en la forma de plantear el recurso no resulta exigible en los casos de responsabilidad solidaria –puesto que, como ya se ha visto, la obligación se puede hacer efectiva en su totalidad frente a cualquiera de los obligados–. Pero sí es exigible el litisconsorcio pasivo en el caso de la responsabilidad mancomunada, con el riesgo de que la sentencia se limite a conceder solamente la cuota de responsabilidad que corresponde a los efectivamente demandados, ya que no se puede condenar a los que no han sido demandados formalmente. En este sentido, el artículo 72.3 de la Ley jurisdiccional dispone que las sentencias referidas al reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo tienen efectos entre las partes.

Cabe entender que esta obligación del recurrente de formular el recurso contra todos los responsables mancomunados no puede ser sustituida por el emplazamiento que la Ley jurisdiccional prevé respecto a los interesados, ya que este emplazamiento es una mera información a los efectos de la comparecencia voluntaria del codemandado, y el particular puede perfectamente no sentirse afectado por una reclamación que no se dirige contra él sino exclusivamente contra la Administración; del mismo modo que en una acción civil dirigida exclusivamente contra el particular corresponsable no es exigible la comparecencia de la Administración ni, por lo tanto, puede ser finalmente condenada.

Así pues, la cuestión es si la responsabilidad extracontractual es solidaria o mancomunada. Pues bien, el artículo 1137 del Código Civil impone el principio general de mancomunidad. En efecto, la solidaridad no se presume, y sólo aparece cuando así lo determinen las partes o la Ley.

Ciertamente, este planteamiento tan rotundo ha sido matizado por la jurisprudencia civil, que ha venido estableciendo supuestos adicionales de solidaridad, entre ellos precisamente el caso de la responsabilidad extracontractual (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencias de 10 de noviembre de 1981 –RJ 4471– y de 8 de febrero de 1991 –RJ 1157–). Ahora bien, en el ámbito administrativo cabe mantener el principio general de mancomunidad. En efecto, la jurisprudencia contencioso-administrativa no ha recibido por ahora la jurisprudencia civil en esta materia y continúa manteniendo cuando ha tenido ocasión el principio de responsabilidad mancomunada, salvo que no sea posible diferenciar las cuotas de responsabilidad de quienes concurren (Tribunal Supremo, sentencias de 28 de junio de 2006 y de 12 de diciembre de 2001). Debe señalarse en este sentido que el artículo 140 de la Ley 30/1992, que se refiere a la responsabilidad concurrente entre administraciones públicas, fue ampliado por la Ley 4/1999 precisamente para introducir la regla de la responsabilidad mancomunada en los supuestos ordinarios de concurrencia, tan sólo con la excepción de los casos de responsabilidad derivada de fórmulas de actuación conjunta.

Así pues, hay que concluir que en el ámbito administrativo la regla es la mancomunidad y la excepción, la solidaridad. Una excepción ésta que se aplica esencialmente a los casos en los que no sea posible diferenciar la parte de responsabilidad que corresponde a cada sujeto causante del daño.

En consecuencia, el perjudicado deberá demandar a todos los responsables que potencialmente hayan podido concurrir en la producción del daño, con el riesgo de ver disminuida la compensación a la cuota correspondiente a los efectivamente demandados y a quienes voluntariamente comparezcan en esa calidad.

7. Responsabilidad en relaciones de sujeción especial

Hay que plantearse si la responsabilidad de la Administración opera con los mismos parámetros e intensidad cuando se refiere a daños ocasionados en el marco de una relación de sujeción especial. Debemos ser conscientes de que los daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal en las relaciones internas entre la Administración y su personal o en otras relaciones de sujeción especial serían enormes.

Cabe recordar que el régimen administrativo de responsabilidad patrimonial constituye una excepción singular del régimen general de responsabilidad por culpa que es el común previsto en el artículo 1902 del Código Civil. La cuestión es si este régimen específico de responsabilidad objetiva es consustancial a la Administración en todas sus actuaciones sin excepción, o bien queda referido al marco de la relación general entre Administración y ciudadano y a las prestaciones y servicios públicos que la Administración pública ofrece a los usuarios en general.

Pues bien, el régimen especial de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se configura a modo de garantía incorporada al estatuto del ciudadano como tal en su relación con los poderes públicos. Ése es el sentido de un régimen notablemente mas favorable que el común. De acuerdo con tal planteamiento, el específico estatuto de responsabilidad patrimonial objetiva no tiene por qué aplicarse en el ámbito de determinadas relaciones de sujeción especial, como por ejemplo en la relación de la Administración con su personal. En este ámbito el empleado público se encuentra en una posición que no es propiamente la de un ciudadano ante los poderes públicos y no tiene por qué quedar protegido con el estatuto y las especiales garantías que son propias de los ciudadanos como tales. Debe señalarse que cuando el artículo 139 de la Ley 30/1992 define conceptualmente la responsabilidad de las administraciones públicas lo hace como un derecho de los particulares frente a la Administración pública: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados...”, concepto de particular que hay que referir inicialmente a los ciudadanos en el marco de una relación de sujeción general con las administraciones o poderes públicos.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 1 de febrero de 2003 –casación núm. 7061/2001– y de 14 de octubre de 2004 –casación núm. 2282/2000–) ha distinguido varios supuestos: cuando el daño ha sido causado por el funcionamiento normal del servicio público –por ejemplo, el daño causado a un agente de policía en el transcurso de una actuación típica– hay que entender que el perjudicado asume el riesgo inherente a la función que ejerce, de forma que la compensación se debe limitar a la prevista ordinariamente en el

ordenamiento en el marco de la relación estatutaria, sean las prestaciones de seguridad social, sean las indemnizaciones genéricamente previstas en determinados supuestos –por ejemplo, las prestaciones establecidas por acciones terroristas–. En definitiva, no estamos en este caso ante un daño antijurídico.

Si el daño ha sido causado por un funcionamiento incorrecto del servicio público habrá que determinar si la irregularidad es imputable o no al perjudicado. En el primer caso, la causa del daño está en el mismo perjudicado y no opera la responsabilidad de la Administración. Por el contrario, si la causa del daño es ajena al perjudicado, opera plenamente la responsabilidad de la Administración según la doctrina citada.

Así pues, en el marco de una relación estatutaria la posición del funcionario perjudicado es sustancialmente igual a la del perjudicado en una relación civil ya que, finalmente, sólo hay responsabilidad cuando se identifica una por culpa o negligencia –esto es, por funcionamiento anormal–.

La cuestión es si las anteriores consideraciones, que han sido elaboradas por el Tribunal Supremo al hilo de la relación funcionarial, son extensibles a otras relaciones de sujeción especial, como por ejemplo la que se establece entre un determinado servicio público y el usuario del mismo. En términos generales la jurisprudencia no se ha planteado esta cuestión específica y ha venido aplicando genéricamente el régimen de responsabilidad patrimonial. Entiendo que en este punto habría que salvar la situación de los daños ocasionados por insuficiencia de las prestaciones inherentes al servicio público. En efecto, el alcance de un servicio público no es infinito, todos los servicios tienen unos límites. No es razonablemente exigible que la sanidad, la seguridad o el transporte públicos deban proporcionar satisfacción a todas las demandas, intereses o situaciones; ni se puede pedir que el diseño y configuración de las vías públicas sea impecable, y que su mantenimiento sea inmediato. Entiendo que el servicio público debe quedar limitado a las prestaciones establecidas en la legislación o, en su defecto, las que sean razonablemente exigibles a partir de unos estándares sostenibles. Más allá de estos estándares legales o convencionales, hay que entender que no existe servicio público, y, en consecuencia, no existe responsabilidad administrativa por falta de sujeto responsable en la relación causal.

8. La posición de las compañías de seguros

8.1. La unidad de jurisdicción

La unificación jurisdiccional a que antes se ha hecho referencia afecta también a los recursos planteados contra las compañías de seguros que dan cobertura a las administraciones públicas, de forma que también en este caso desaparece inicialmente la confusión de jurisdicciones.

Ahora bien, el artículo 76 de la Ley 50/1980, de contratos de seguro, establece el deber del asegurado –la Administración– de poner en conocimiento del perjudicado la existencia de un contrato de seguro y su contenido para que éste pueda formular si lo desea una acción jurisdiccional directa contra la compañía aseguradora. Por lo tanto, la legislación específica prevé una reclamación jurisdiccional independiente del asegurado, en este caso, independiente de la Administración pública. La cuestión es si por esta vía la jurisdicción civil entra nuevamente por la ventana después de haber salido por a puerta. En definitiva estamos en un pleito entre privados, sin presencia administrativa.

La jurisprudencia se ha mostrado contradictoria; en la obra de Berberoff y Sospedra se citan dos sentencias de las audiencias provinciales de Málaga y Asturias a favor de esta posibilidad (respectivamente, de 20 de febrero y 5 de octubre de 2004), y una sentencia en contra de la Audiencia Provincial de Madrid (3 de noviembre de 2004).

Sin embargo, el artículo 2 de la Ley jurisdiccional parece claro al atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa no solamente los recursos interpuestos contra las administraciones públicas sino la materia en general referida a la responsabilidad patrimonial administrativa:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

“[...]

e) La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”

En el mismo sentido, el artículo 9 de la Ley orgánica del Poder Judicial atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo cualquier reclamación referida a la actuación de las administraciones públicas y específicamente en relación con la responsabilidad patrimonial:

“Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.”

Por lo tanto, la atribución jurisdiccional es objetiva, por razón de la materia, independientemente del sujeto demandado, y en el caso de una reclamación directa a la compañía de seguros lo que se debate es la responsabilidad del asegurado; esto es, la responsabilidad de la Administración y su régimen jurídico público. Por otro lado, la reclamación directa a la compañía de seguros obviaría una cuestión obligada como es la necesidad de previa reclamación administrativa, de forma que se llegaría a un pronunciamiento jurisdiccional sin acto administrativo expreso o presunto

8.2. La posición jurídica de la aseguradora

Respecto la posición jurídica de la aseguradora, hay que tener presente que lo que se debate es la responsabilidad de la Administración, pero la situación de la aseguradora no es la de quien se subroga en la posición de la Administración, no es un sustituto de la Administración. Ante terceros, la aseguradora no desplaza a la Administración para colocarse en su lugar, sino que aparece como responsable concurrente, concretamente como responsable solidario al lado de la Administración porque no es posible distinguir su responsabilidad de la municipal. Un responsable solidario por lo menos respecto a los riesgos que tienen cobertura en la póliza. Otra cosa es que en las relaciones internas entre Administración y aseguradora no exista una situación típica de solidaridad –de reparto de la deuda– sino de asunción de la deuda por parte de la aseguradora.

En consecuencia, se puede debatir en el proceso el alcance de la responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora; esto es, si la responsabilidad pedida queda incluida dentro de los riesgos cubiertos por la póliza o, por el contrario, hay una parte de la responsabilidad que debe ser asumida en solitario por la Administración. El debate procesal no queda limitado a la existencia de responsabilidad de la Administración demandada, sino también a las relaciones internas entre los codemandados si las partes así lo plantean, y la sentencia deberá abordar esta cuestión en cumplimiento del deber de congruencia. Un debate –el de las relaciones internas entre Administración y aseguradora– que no correspondería si la posición de la segunda fuera de mera subrogación procesal con respecto a la primera.

Sea como fuere, hay que tener cuidado en los supuestos cada vez más frecuentes en que la compañía de seguros asume la defensa de la Administración ya que los intereses y la posición de una y otra pueden no ser los mismos si hay diferencias sobre el alcance de la cobertura del seguro. En estos casos, dejar la representación de la Administración en manos de la aseguradora puede ser peligroso.

Consideración aparte merece la posición de la compañía de seguros en tanto que actora. En efecto, la aseguradora del perjudicado puede asistir al perjudicado en una función de mera representación jurídica, situación que no plantea problemas. Pero sucede que en ocasiones la compañía de seguros cumple con su obligación de indemnizar al afectado y plantea entonces una reclamación contra la Administración causante del daño. Estamos en este supuesto ante una

auténtica excentricidad puesto que la Administración se ve obligada a abonar el coste de un riesgo a quien precisamente basa el objeto de su negocio en asumir ese riesgo. Sin embargo, por absurda que pueda parecer la situación, el caso es que el artículo 43 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro no deja margen, puesto que atribuye a la aseguradora los derechos y las acciones que corresponderían al administrado, sin ninguna limitación aplicable al caso.

8.3. Los intereses especiales del artículo 20 de la LCS

Una de las peculiaridades en la posición jurídica de las compañías de seguros se encuentra en el interés especial que la Ley 50/1980, del contrato de seguros, prevé con respecto a la demora del asegurador. En efecto, el artículo 20 de dicha Ley establece un interés especial que es el interés legal del dinero incrementado en un cincuenta por ciento. Este interés se devenga a partir de los tres meses del siniestro o bien a los cuarenta días de su comunicación. A partir de los dos años este interés no podrá ser inferior al tipo del veinte por ciento. La Ley prevé que el hecho de que la deuda no sea líquida no es obstáculo para el devengo de este interés a favor de quien haya de cobrar la indemnización, sea el asegurado, sea el tercero perjudicado. Un interés que no opera cuando exista una causa justificada para oponerse al mismo.

En cualquier caso, se trata de un interés que afecta a la compañía de seguros en solitario, no a la Administración.

La jurisprudencia ha delimitado claramente la aplicabilidad de este interés especial en el sentido de que sólo procede en el caso de acción directa contra la compañía aseguradora, cuando la situación de demora es imputable a ésta. Tampoco hay demora si la Administración niega la responsabilidad y ésta sólo surge a partir de la declaración judicial (STS de 19 de septiembre de 2006).

Por otro lado, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido en sentencia de 1 de marzo de 2007 el modo de computar el interés en el sentido de que el tipo mínimo del veinte por ciento en caso de demora superior a los dos años se aplica a partir del tercer año, de forma que durante los dos primeros años sólo opera el tipo legal incrementado en el cincuenta por ciento.

9. Plazo para ejercer la acción de responsabilidad

9.1. El principio de la *actio nata*

El artículo 142.5 de la Ley 30/1992 establece el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Un plazo que cuenta desde el momento en que se produjo el daño o desde el momento en que se manifiesta el resultado lesivo. El mismo precepto añade que en el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas el plazo empieza a contar desde la curación o desde la determinación del alcance de las secuelas.

Tal planteamiento recoge una larga jurisprudencia referida al principio de *actio nata* del artículo 1969 del Código Civil, en el sentido de que la prescripción cuenta desde el momento en que la acción se pudo ejercitar. Así pues, el plazo no empieza a correr hasta que no se completan los elementos de hecho y de derecho que permiten el ejercicio de la acción. En este sentido, por ejemplo, la acción para exigir la responsabilidad derivada de la anulación de una disposición de carácter general no computa hasta el momento en que se declara formalmente su nulidad (STS de 3 de noviembre de 2006); o en una cuestión incurso en un proceso penal, hasta que en la sentencia penal se fijan los hechos y se resuelve sobre la eventual falta de legitimidad del daño (STS de 7 de diciembre de 2005).

La anterior doctrina no siempre es favorable al afectado, ya que puede suceder que se precipite al interponer la reclamación o el recurso cuando aún no se han estabilizado las secuelas o los resultados dañosos, situación en la que la responsabilidad queda limitada a los daños efectivamente constatados pero no a los futuros, ya que no se puede dejar para ejecución de sentencia la valoración de unos daños aún no sucedidos (STS de 19 de diciembre de 2006).

9.2. Interrupción del plazo

El plazo para ejercer la acción de responsabilidad es un plazo de prescripción, de forma que admite interrupciones (STS de 31 de mayo de 1999). Por lo tanto, resultan aplicables al caso los motivos previstos en el Código Civil, singularmente en Cataluña en la primera Ley del Código Civil de Cataluña, norma ésta última que prevé no sólo motivos de interrupción –artículo 121.11–, sino también causas de suspensión del plazo –artículo 121.15 y ss.–, significativamente la fuerza mayor sucedida en los últimos seis meses del plazo.

Pues bien, la jurisprudencia ha acotado el motivo más frecuente de interrupción de la prescripción, que es la reclamación judicial o extrajudicial. En este sentido, se admite que la acción penal o civil interrumpe la prescripción salvo que ésta sea manifiestamente inadecuada. También la reclamación en vía administrativa interrumpe la prescripción, pero siempre que esta reclamación sea idónea (STS de 21 de marzo de 2000).

Por su parte, la jurisprudencia civil ha profundizado en este aspecto estableciendo que solamente existe interrupción de la prescripción si la acción se dirige al sujeto pasivo adecuado (Tribunal Supremo, Sala Primera, sentencia de 22 de marzo de 1971, RJ 1302), o si la acción ejercida anteriormente es la misma que se ejerce posteriormente, no otras que sean más o menos análogas (Tribunal Supremo, Sala Primera, sentencia de 8 de marzo de 1975, RJ 1302).

9.3. El supuesto de los daños continuados

Según se ha dicho, el cómputo de la acción de responsabilidad no empieza hasta el momento en que los daños quedan estabilizados y son conocidos. Ése es el punto de arranque del plazo independientemente de que los daños se continúen produciendo en el futuro, como sucede por ejemplo con las secuelas. El hecho de que un daño sea continuado no supone que el plazo de reclamación se mantenga permanentemente abierto. Éste es el planteamiento que se desprende del artículo 142.5 de la Ley 30/1992 y también el que deriva del principio de *actio nata*, ya que a partir del momento en que el afectado conoce el alcance del daño –aunque éste se proyecte hacia el futuro–, dispone ya de todos los elementos necesarios para exigir la responsabilidad.

Sin embargo la jurisprudencia no mantiene siempre tal criterio. Así, en ocasiones se entiende que en el caso de daños duraderos o de trato sucesivo hay que esperar a que el efecto lesivo se acabe de manifestar (STS de 12 de mayo de 1997), criterio que aplicado a las secuelas comportaría un plazo de reclamación tendencialmente infinito. En el mismo sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2006 se refiere a la extinción del derecho de caza de un particular como consecuencia del hecho de que el lugar fue declarado parque natural; el Tribunal Supremo entendió que como el daño se proyecta a lo largo de la vigencia del permiso de caza, la prescripción no empezaba a correr hasta el vencimiento del permiso anulado.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha matizado esta interpretación, en el sentido de que, cuando se trata de daños de producción sucesiva e ininterrumpidamente, el plazo sólo queda abierto si no es posible fraccionar los daños en etapas o en hechos diferenciados (sentencia de 20 de julio de 2001).

Por su parte, la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de 10 de junio de 2004 mantiene una doctrina más elaborada que limita los supuestos de daño continuado a aquellos que se producen de forma gradual y sin solución de continuidad, de forma que el resultado dañoso no pueda ser evaluado hasta el final, mientras que si el daño es conocido en su extensión, aunque se proyecte hacia el futuro, la situación es diferente; ésto es, la prescripción cuenta desde el momento en que se da este conocimiento cierto sobre el alcance del daño.

10. Cuantificación del daño

10.1. Expectativas de derecho y lucro cesante

Según establece el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, el daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. Así pues el

primer requisito es que el daño sea efectivo, eso es, que se haya producido una pérdida real en el patrimonio del afectado.

Este planteamiento excluye ya de entrada los daños hipotéticos y los futuros. En efecto, el Tribunal Supremo ha descartado la compensación de daños basados en meras hipótesis y conjeturas (STS de 24 de febrero de 2005, EDJ 2005/71692) o la compensación de meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes (STS de 12 de mayo de 1997, EDJ 1997/3188).

Ahora bien, la necesidad de que el daño sea efectivo no excluye los daños futuros siempre que éstos sean ciertos. En este sentido, el daño indemnizable incluye también el lucro cesante de acuerdo con el principio general del artículo 1106 del Código Civil. Otra cosa es que la fijación del lucro cesante se deba hacer sobre una base suficientemente contrastada, aunque no hace falta acreditar que los beneficios perdidos fueran absolutamente indiscutibles. Así, del cálculo hay que excluir los denominados “sueños de ganancia”, pero no las ganancias que se pueden esperar razonablemente, dada la situación y a la vista de los medios dedicados por el afectado para su consecución. Determinada jurisprudencia exige que el lucro cesante esté ya predeterminado, aunque pendiente de materialización (STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1997). En definitiva, se excluyen las meras expectativas o las ganancias dudosas o contingentes o las que dependen de circunstancias aún no sucedidas y potenciales.

Por otro lado, el lucro cesante exige una prueba rigurosa y su apreciación es restrictiva (STS de 12 de mayo de 1997).

Aparte de los daños hipotéticos –meramente posibles pero no ciertos–, la jurisprudencia excluye también las expectativas de derecho. Esto es, pérdidas futuras que aunque sean indiscutibles o perfectamente previsibles, no responden a un derecho consolidado sino a una mera expectativa jurídica.

Un caso significativo es el de anticipación de la edad de jubilación. En este supuesto la jurisprudencia ha señalado que el funcionario no tiene un derecho subjetivo a jubilarse a la edad legalmente prevista en un momento determinado; lo que el funcionario tiene es una mera expectativa, de modo que la modificación legal de la edad de jubilación no afecta a un derecho subjetivo o un interés cierto, efectivo y actual (STS de 22 de marzo de 1999).

Esta jurisprudencia contrasta con el avance que ha experimentado el ordenamiento administrativo en el sentido de reconocer plenamente el interés legítimo. La cuestión es que la responsabilidad queda limitada a “la lesión de bienes y derechos” que sufra el particular, esto es, al sacrificio de derechos subjetivos. La expectativa de derecho no alcanza la condición de derecho subjetivo, y quizá por esta razón queda fuera del ámbito de la responsabilidad patrimonial. Ahora bien, no cabe duda de que la expectativa – la pérdida de la oportunidad- puede representar un valor económico en sí misma y, en este sentido, hay otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico público que otorgan un valor a las expectativas y que disponen su compensación. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la valoración de las expectativas urbanísticas en las expropiaciones de suelo no urbanizable (Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Sexta, sentencia de 10 de febrero de 2000).

10.2. El daño moral

Entre los daños susceptibles de compensación se incluyen también situaciones intangibles como el daño moral o el dolor (*pretium doloris*).

La introducción del daño moral se produjo en el ámbito administrativo a partir del denominado caso de los novios de Granada (STS de 12 de marzo de 1975), cuando un interno en un hospital psiquiátrico provincial se tiró por la ventana y cayó sobre una pareja de novios que paseaba por la calle y mató al novio. Una sentencia que mezcla el daño moral con referencias al valor económico del novio tanto para sus padres como para la novia.

A partir de esta apertura jurisprudencial, el daño moral se ha ido asentando y ha tomado entidad propia. De esta manera la jurisprudencia viene compensando el daño ocasionado por la falta de información sobre posibles malformaciones del feto y la subsiguiente pérdida de la oportunidad para tomar una decisión sobre un eventual aborto (STS de 30 de junio de 2006), el daño al

prestigio profesional derivado de la filtración de una sanción a un funcionario (STS de 2 de noviembre de 2006), los daños morales sufridos por la persona encarcelada una vez decretado el sobreseimiento de la causa (STS de 20 de septiembre de 2006, rec. 4882/2002), o el especial retraso en la tramitación de un proceso judicial (STS de 15 de marzo de 2006, rec. 2710/2002).

Se trata de compensar la lesión de derechos inmateriales como el prestigio, la dignidad, el honor, la intimidad, la imagen, etcétera. Siguiendo la doctrina norteamericana, nuestra jurisprudencia exige que el daño sea relativamente grave (STS de 30 de junio de 2006). Al mismo tiempo, parte de nuestra jurisprudencia condiciona la indemnización del daño moral al hecho de que no exista indemnización de un daño patrimonial paralelo, en el sentido de que el daño moral no puede actuar como una ampliación del daño patrimonial: *“Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual”* (STS de 6 de abril de 2006), aunque ésta no es la posición mayoritaria que, en general, admite el daño moral como un componente más de la indemnización final, muchas veces estimada en cómputo conjunto (v. gr. STS de 17 de enero de 2006, rec. 8425/1999).

En lo que se refiere a la valoración del daño moral, la jurisprudencia es unánime en considerar que no existen parámetros objetivos, de forma que usualmente la cantidad es definida a tanto alzado sobre la base de una valoración en conciencia de las pruebas y las circunstancias.

Cabe decir que la tabla de indemnizaciones que se utiliza habitualmente a los efectos de valorar las lesiones físicas o la muerte del afectado, que es la tabla incluida en el Real decreto legislativo 8/2004 que aprueba la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, incorpora la parte de daño moral correspondiente en las indemnizaciones que establece.

10.3. Compatibilidad de la responsabilidad patrimonial con otras prestaciones

Las prestaciones devengadas en aplicación del ordenamiento sectorial son compatibles con las indemnizaciones que derivan de la responsabilidad patrimonial en la medida que tienen causa en títulos jurídicos diferentes. En efecto, la responsabilidad extracontractual de la Administración tiende a garantizar la plena indemnidad de la víctima, objetivo que las otras prestaciones que eventualmente puedan corresponder por el mismo al daño no aseguran ordinariamente. Ahora bien, esta compatibilidad no supone ignorar las otras prestaciones percibidas, ya que compensar todo el daño cuando la víctima ha podido recibir ya compensaciones parciales por otras vías comportaría una situación de enriquecimiento injusto, de forma que en el momento de fijar la indemnización por responsabilidad patrimonial hay que valorar la situación en su conjunto (Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, sección sexta, sentencias de 7 de diciembre de 2005 –Cendoj: 28079130062005100528–, y de 19 de abril de 1997 –EDJ 5342).

En este contexto, si la víctima mantenía una relación laboral en el momento del accidente o del daño, causó baja laboral y, lógicamente, recibió las correspondientes prestaciones. Por lo tanto, ya existe una compensación parcial por esta vía, y hay que tener en cuenta tal circunstancia en el momento de establecer la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder.

11. Intereses y actualización

El principio de indemnidad del afectado es constante en la jurisprudencia en el momento de establecer la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Una vez se ha acreditado que existe un daño antijurídico sufrido por un particular i que tal daño es consecuencia de una actuación administrativa, hay que compensar el daño y esta compensación debe ser íntegra.

En este contexto se plantean dos cuestiones. La una se refiere a la forma de valorar el daño, es decir, a la determinación de los criterios de cuantificación que corresponde utilizar. La otra cuestión se refiere a cómo, una vez obtenida la indemnización, se mantiene su valor hasta el momento en que aquella sea abonada.

Respecto esta última cuestión, existen varios sistemas que permiten actualizar la cantidad aplicando determinados índices, como el índice de precios al consumo o cualquier otra cláusula de estabilización, pero la institución jurídica tradicional al efecto es la de los intereses.

Ahora bien, los intereses responden a dos objetivos muy diferentes, bien el de penalizar un incumplimiento y estimular el abono de lo debido; o bien el simple mantenimiento del valor de la deuda –la restitución integral–, independientemente de que exista o no incumplimiento. La primera modalidad de interés es el interés de demora, que requiere que el deudor se haya situado en posición de mora; una situación para la que tradicionalmente se exigía que la deuda estuviera vencida, líquida y fuera exigible y que, además, el deudor no pudiese oponer excepciones al pago. El ordenamiento se ha resistido siempre a imponer el interés de demora a la Administración en aplicación del principio tradicional *princeps in contractibus non debet usuras*. Muestra de tal resistencia es la forma tan diferente en que la Ley general presupuestaría trata los intereses a favor o en contra de la Administración (artículos 17 y 24) o en el trato que recibe la Administración en caso de mora procesal (artículo 106 de la LJCA en relación con el artículo 576 de la LECi), diferencia ésta que el Tribunal Constitucional ha criticado en alguna ocasión (sentencia núm. 141/1997, de 15 de septiembre).

Pues bien, el sistema de actualización de la deuda en materia de responsabilidad patrimonial merece atención en la medida en que la situación se puede calificar por ahora como caótica. En efecto, la Ley 30/1992 es muy precisa al definir el momento al que debe referirse la valoración del daño y el régimen de actualización de la indemnización; y lo hace dejando de lado aunque sea parcialmente la institución tradicional de los intereses. El artículo 141 dispone lo siguiente:

“2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

“3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley general presupuestaria.”

Así pues, la Ley establece un régimen de actualización relativamente neutro como el índice de precios al consumo, sistema que se aplica hasta el momento en que se pone fin al procedimiento administrativo. En el caso harto frecuente de silencio por parte de la Administración, el procedimiento continúa indefinidamente abierto a la espera de que la Administración cumpla el deber jurídico de adoptar una resolución expresa. En tal caso hay que entender que el finaliza en el momento en que el afectado así lo entiende e interpone el recurso jurisdiccional, cerrando de esa manera la vía administrativa.

A partir de la resolución expresa de la Administración, o en su caso a partir de la interposición del recurso jurisdiccional, el artículo 141.3 no prevé ningún sistema de actualización de la deuda, de forma que se produce un vacío hasta que entra en juego el interés de demora previsto en la Ley general presupuestaria; esto es, hasta que el afectado reclame los intereses una vez pasado el período de tres meses desde la notificación de la resolución judicial o administrativa que reconoce la deuda (artículo 24 de la Ley 47/2003). Por lo tanto, el sistema establecido en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992 se fundamenta en la indemnidad del perjudicado pero sólo hasta la resolución administrativa. A partir de este momento se cambia a la lógica de la mora, situación perjudicial para el particular a consecuencia de los privilegios de la Administración en este punto. En efecto, a partir de la resolución administrativa se inicia un lapso de tiempo, que es el que se corresponde con la tramitación del proceso jurisdiccional en las diversas instancias –que puede ser un período muy considerable–, tiempo que no cuenta a los efectos de la actualización de la deuda. Una situación que efectivamente cuestiona el principio de indemnidad del afectado. Sin embargo, éste es indudablemente el régimen establecido en la Ley, un planteamiento que no debería ser obviado sin más.

Pues bien, la respuesta de la jurisprudencia es muy dispersa. Para empezar, se reconoce la diversidad y la intercambiabilidad de las técnicas de actualización, que sustancialmente son tres: la aplicación del interés legal, la actualización a partir de cualquier índice o cláusula de estabilización, o bien la fijación de la indemnización aplicada en el mismo momento de la sentencia (Tribunal Supremo, sentencia de casación en interés de ley de 3 de diciembre de 2002). A partir de estas tres técnicas básicas, las soluciones aplicadas son muy variadas:

- En algunos casos se ha entrado en la lógica de la Ley general presupuestaria, aunque haciendo retroactivo el interés devengado a los tres meses iniciales de la demora (STS, Sala de revisión, sentencia de 9 de noviembre de 1989 y sentencia de 11 de mayo de 1999).
- Hay sentencias que calculan el daño por referencia al momento en que éste se produjo, con actualización según el índice de precios al consumo hasta el momento de la sentencia y eventual demora judicial después de la sentencia (STS de 3 de noviembre de 2006).
- Otras sentencias que definen la indemnización por referencia al momento de dictar la sentencia (STS de casación en interés de ley de 3 de diciembre de 2002).
- En otros casos, se aplica el interés legal desde la reclamación en vía administrativa hasta la sentencia de primera instancia, sin perjuicio de los intereses judiciales desde la propia sentencia de instancia (STS de 14 de octubre de 2004 y de 19 de diciembre de 2006).
- El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sección quinta de la Sala de lo contencioso administrativo, suscribe el criterio de reconocer los intereses legales desde la reclamación en vía administrativa hasta el pago (sentencia núm. 166/2007, de 2 de marzo) o bien, en caso de lesiones personales, la aplicación del baremo de compensación vigente en el momento de la sentencia. En el mismo sentido, la STS de 9 de noviembre de 2005.
- Finalmente, hay sentencias que fijan la indemnización referida al momento del daño, con actualización según el índice del INE hasta el momento de la sentencia definitiva y posteriores intereses por demora judicial (STS de 31 de enero de 2006).

Ninguna de estas líneas jurisprudenciales aplica el artículo 141.3 de la Ley general presupuestaria. Como se ha visto, la Ley establece claramente la fijación inicial de la indemnización en el momento de producción del daño, la actualización según el índice de precios del consumo hasta la fecha de la resolución administrativa y posteriormente la aplicación de los intereses de la Ley general presupuestaria, esto es, a partir de los tres meses contados desde la resolución administrativa o jurisdiccional que establece la deuda. Un planteamiento que, si se quiere, puede completarse en los períodos en que la deuda no se actualiza –durante la tramitación judicial– suplementando el régimen de la Ley 30/1992 con el Código Civil; esto es, aplicando a ese período los intereses genéricamente establecidos en el artículo 1108 del CC. Una solución de integración legislativa que se puede fundamentar no sólo en el principio de indemnidad o de restitución integral, sino también a partir del principio de interdicción del enriquecimiento injusto, ya que de enriquecimiento injusto hay que calificar la disminución que experimenta el valor de la indemnización a causa del paso del tiempo si no se actualiza dicho valor.

Barcelona, años 2006 y 2007, revisado en 2009

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

I.- Planteamiento General. La responsabilidad objetiva llevada a sus límites

- Tribunal Supremo, sentencia de 13 de septiembre de 1991 (EDJ 8582)

"el 23 de abril de 1983 la entonces menor D^a Ana se encontraba, con sus padres, en la caseta de la Feria de Sevilla .., bailando sevillanas con otras niñas. Sobre las 22,35 horas se inició un incendio en la cocina de una caseta colindante, ardiendo finalmente dicha caseta en su totalidad. La caseta en cuestión se encontraba cubierta -para guarecerla de la lluvia que caía en ese momento- por un toldo amarillo de nylon plastificado que, examinado pericialmente por el Instituto Nacional de Toxicología, dio como resultado ... ser "totalmente combustible y fácilmente inflamable

...

las quemaduras de la menor se produjeron con especial importancia y gravedad como consecuencia de la combustión de ese toldo amarillo de plástico

...

Es obvio que el incendio surgió en una caseta particular, en circunstancias en las que la jurisdicción competente no ha apreciado responsabilidad penal. Es cierto también que el servicio de extinción de incendios, dotado de un retén permanente destacado en el mismo Real de la Feria, actuó con celeridad y eficacia extinguendo con rapidez el siniestro. No hubo, en fin, mal funcionamiento de los servicios de inspección pues si no se detectó la instalación de un toldo de plástico, fue porque dicho toldo era perfectamente lícito según la Ordenanza aplicable, que era la específica dictada para la Feria de Sevilla. Sin embargo todos estos datos no excluyen la responsabilidad de la Administración demandada. Es importante destacar que la utilización de toldos cuya composición es nylon plastificado no se encuentra prohibida en la ordenanza municipal que regula el montaje y exorno de las casetas de feria y que la práctica totalidad de las casetas montadas en la Feria de Sevilla los utilizan, y que si no se utilizaran estos medios, dada la permeabilidad de las casetas, el exorno de las zonas nobles que marca una de las características más singulares del festejo se perdería irremediablemente, al encontrarse dichos recintos a disposición de las inclemencias del tiempo

....

no se puede aceptar la consideración de la organización y funcionamiento del festejo como algo particular, ya que además de existir casetas de titularidad pública (art. 18) el Ayuntamiento mantiene el control de la organización, asumiendo, dentro de las competencias que le son propias a tenor del art. 101 de la Ley de Régimen Local entonces en vigor, potestades especialmente intensas de policía administrativa, tanto en espectáculos y festejos como de seguridad política

...

la declaración de responsabilidad en este caso no establece un seguro automático con cargo al erario público en favor de la afectada, sin que sea admisible la afirmación del Ayuntamiento de que esos riesgos son normalmente asumidos por quienes los viven. Ni consta que tales riesgos sean dados a conocer a los usuarios ni un riesgo de tan estremecedoras consecuencias debe ser soportado -cualquiera que sea el sistema de responsabilidad- como carga social por un ciudadano en las condiciones que en este caso han concurrido. Es competencia indeclinable de la Corporación municipal el mantenimiento de la seguridad e integridad física de todos los habitantes del municipio, incluso en conglomeraciones humanas como la Feria de Sevilla. Y es indudable que el uso de toldos de rápida y completa combustión sobre elementos de madera y papel también - por su propia naturaleza- combustibles, a los que se añaden cocinas e instalaciones eléctricas, no cumple en forma alguna -cualquiera que sea el standard de exigencia- con esa obligación.

II.- Exclusiones

Responsabilidad a favor de Administraciones públicas

- Tribunal Supremo, sección nº 4, sentencia de 24 de febrero del 2009, recurso nº 5525/2006.

“La CE, en su art. 106.2 determina, ya con rango de principio constitucional , que los particulares y también las Administraciones Públicas en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, precepto que necesariamente pondremos en conexión con el artículo 9.3 de la propia norma constitucional , que entre otros derechos garantiza los principios de “(...responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos). “

En supuestos de sujeción especial

(funcionarios públicos)

- Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 6ª, sentencia de 14 de octubre de 2004, (EDJ 152785)

“...hemos de salir al paso de la afirmación que se realiza en la sentencia de instancia y de la que parece deducirse la inexistencia de responsabilidad administrativa, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico, en aquellos supuestos en que, como el caso presente, existe una relación de sujeción especial entre el que sufre el daño y la Administración puesto que, como hemos dicho en Sentencia de 1 de febrero de 2003, la clave para resolver este conflicto que pudiera en principio dar lugar a entender que el funcionario tiene el deber jurídico de soportar los daños y perjuicios connaturales al servicio público que presta, estriba en la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio porque en el supuesto de funcionamiento normal, como hemos dicho en esa sentencia de 1 de febrero de 2003, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la Ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio mantenido en la sentencia de esta Sala de 10 de abril de 2000 (recurso 9.147/95, F.J. 3ª B).”

- Tribunal Supremo, Sala contenciosos administrativa, sec. 6ª, sentencia de 19 de abril de 1997, recurso nº 1075/1992.

“... se trata de decidir si, al integrarse libremente el ciudadano en un servicio público, está amparado o no por el derecho que los particulares tienen a ser indemnizados por las Administraciones Públicas por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que exista nexo causal entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, contemplado en los artículos 139 y 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 q, o, por el contrario, al asumir voluntariamente los riesgos inherentes al concreto servicio público que presta, tiene el deber jurídico de soportar los daños o perjuicios connaturales a dicho servicio público, de modo que no se pueden calificar de antijurídicos, por lo que no generarían a su favor derecho a una indemnización por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sino sólo aquellas prestaciones que deriven de su relación estatutaria con ésta.

...

En el supuesto de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria,

..

En el caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionamiento

público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal, requerido por el apartado 1 del artículo 139 de la mencionada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado.

En el caso de que ninguna participación hubiese tenido el funcionario o servidor público perjudicado en el resultado producido, debe ser cabalmente resarcido e indemnizado por la Administración Pública de todos los daños y perjuicios que se le hubiesen irrogado hasta alcanzar su plena indemnidad, pero en el supuesto de que hubiese cooperado en el funcionamiento anormal del servicio, la indemnización en su favor habrá de moderarse en atención a su grado de participación.”

- Tribunal Supremo, Sala contenciosos administrativa, sec. 6ª, sentencia de 3 de noviembre de 2008, recurso nº 5803/2004

“... por más que el daño se haya producido en el desarrollo de la relación de servicio que unía a la Sra. Patricia con el Servicio Gallego de la Salud, no estaba obligada a sacrificarse ni, por lo tanto, debe arrostrar las secuelas que padece sin más reparación que la que proporcionan las pensiones e indemnizaciones derivadas de su status funcional, por la sencilla razón de que el desplome del ascensor en el que se trasladaba de una planta a otra de su centro de trabajo no forma parte de los riesgos inherentes al ejercicio ordinario de su profesión, libremente asumidos. La lesión fue, a todas luces, antijurídica.

Esta condición de la lesión y, por ende, la inexistencia de obligación de la perjudicada de cargar con las consecuencias se hacen aún más patente, si cabe, cuando se repara en que la citada funcionaria no tuvo, en su condición de empleada pública, la más mínima intervención en el anormal funcionamiento del servicio determinante del daño que se le ha infligido (véanse las sentencias de esta Sala y Sección de 1 de febrero de 2003 (casación 7061/01, FJ. 2º) y 24 de enero de 2006 (casación 314/02, FJ. 2º , párrafos séptimo a noveno)).

III.- Requisitos en general

- TSJ País Vasco , sec. 3ª, sentencia núm. 543/2000, de 8 de junio.

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTS (3ª) 29 de enero, 10 de febrero, 9 de marzo y 13 de octubre de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

1.- La acreditación de la realidad del resultado dañoso -"en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas"-; la lesión patrimonial contemplada en el precepto equivale, por tanto, a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.

2.- La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico soportar el perjuicio patrimonial producido. Para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, será imputable a la Administración la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actuación administrativa.

3.- La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad, entendiéndose la referencia al "funcionamiento de los servicios públicos" como comprensiva de toda clase de actividad pública, tanto en sentido jurídico como material e incluida la actuación por omisión o pasividad; la fórmula de articulación causal requiere la apreciación de que el despliegue de poder público haya sido determinante en la producción del efecto lesivo; debiéndose de precisar que para la apreciación de esta imputabilidad resulta indiferente el carácter lícito o ilícito de la actuación administrativa que provoca el daño, o la culpa subjetiva de la autoridad o Agente que lo causa;

4.- La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor; y.

5.- La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad -"en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas"-.

Segundo.- Nexo de causalidad eficiente.

La más reciente doctrina jurisprudencial sobre el requisito del nexo de causalidad (recogida en la sentencia de la Sala Tercera (6ª) del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1998) no excluye que la expresada relación causal (especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos) pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes; esta circunstancia puede dar lugar a una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, en cuyo caso habrá de tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización (sentencias de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997, 26 de abril de 1997, 5 de mayo y 6 de octubre de 1998, entre otras).

La concepción de la relación causal de la que se nutre el requisito para el nacimiento de la responsabilidad administrativa patrimonial es, por tanto, de resultado. Las sentencias de la Sala Tercera (6ª) del Tribunal Supremo de 21 de abril y de 5 de junio de 1998, permiten, así, identificar los siguientes elementos interpretativos:

1.- El concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter eneral, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por si mismo para producir el resultado final.

2.- La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo; de tal forma que sólo en el primer caso el resultado se corresponde causalmente con la actuación que lo originó y es adecuado a ésta.

Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una "conditio sine qua non", esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo. Solo cuando sea así, dicha condición alcanza la Categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño ("in iure non remota causas, sed próxima spectatur").

De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor. La calificación de actos causales en términos de adecuación e idoneidad, a diferencia de lo que ocurre en otras áreas del derecho, debe conjugarse aquí con el carácter objetivo (por el resultado) de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

3.- La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para: aquéllos que comportan fuerza mayor; también, el comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte (sentencias de 11 de abril de 1986, 27 de abril de 1996, 7 de octubre de 1997, 21 de abril de 1998)."

IV.- El daño

Expectativas de derecho

Debe tratarse de daños reales y efectivos.

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 24 de febrero de 2005. EDJ 2005/71692.

"...la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la concurrencia de la necesaria causación de unos daños reales, efectivos e individualizados, que no pueden basarse en meras hipótesis o conjeturas."

(Tasas abonadas antes de la revocación de la norma de cobertura. Ausencia de daño.)

- Tribunal Supremo, sección 6, sentencia de 23 de marzo de 2009, recurso nº 379/2006

"Se configura así como presupuesto básico del nacimiento de tal responsabilidad la existencia de una lesión o detrimento en el patrimonio del particular o, como dice la sentencia de 25 de noviembre de 1995 , "la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado". En todo caso se ha de tratar de un daño real y efectivo (Ss. 16-2-1998, 16-10-1995).

Así lo exige con carácter general el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, disponiendo que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado. También resulta del número 3 del mismo precepto en relación con la responsabilidad patrimonial por la aplicación de actos legislativos, que aquí se invoca, pues, si bien no hace referencia expresamente al daño resulta implícito en el término indemnización, que según el diccionario de la Real Academia, no es otra cosa que el resarcimiento de un daño o perjuicio.

El Abogado del Estado cuestiona la concurrencia de este requisito básico de la responsabilidad patrimonial, al entender que, desde esta perspectiva, no puede hablarse de un daño real o efectivo para el obligado que satisfizo, en su momento, la tarifa por la prestación del correspondiente servicio portuario, pues se ha beneficiado de la prestación de un determinado servicio portuario y no puede decirse que haya sufrido un daño real y efectivo.

Frente a ello, la recurrente mantiene que ha experimentado una lesión en su patrimonio por cuanto ha tenido que hacer frente a un tributo que no tenía obligación alguna de pagar, argumentando en conclusiones sobre el carácter legal de tal obligación y señalando que la declaración de inconstitucionalidad deja claro que las Autoridades Portuarias no tenían derecho a exigir las tarifas en cuestión.

Entiende la Sala que, como mantiene el Abogado del Estado, el litigio ha de examinarse desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial y del presupuesto básico de existencia de un detrimento patrimonial real y efectivo. A tal efecto, hay que tener en cuenta lo que ya declaramos en la Sentencia del Pleno de esta Sala, de 5 de marzo de 2008 (recurso contencioso-administrativo nº 22/2007) en la que señalamos que " la entidad recurrente, mediando el abono de la correspondiente tarifa, accedió a determinada prestación portuaria (uso de dominio público o servicio portuario) obteniendo con ello el correspondiente beneficio que incorporó a su patrimonio. La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Puertos incide en la habilitación para la exigencia de la tarifa, pero no altera la situación patrimonial de la entidad recurrente que resulta del disfrute de aquella prestación, cuya incorporación a su patrimonio no se ve afectada y se mantiene tras la declaración de inconstitucionalidad. Esta declaración podrá propiciar, en su caso, que el interesado ejercite las acciones correspondientes en reclamación de las tarifas satisfechas en aplicación de aquella normativa, lo que evidentemente irá en beneficio de su patrimonio, pero desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial no acredita un detrimento patrimonial que pueda calificarse como daño real y efectivo.

Tampoco puede sustentarse la existencia de tal perjuicio en un eventual derecho del usuario a recibir el servicio, se entiende que sin el abono de la correspondiente tarifa, que parece invocarse cuando se dice, en conclusiones, que no existe ninguna norma que afirme que el usuario no tuviera derecho a recibir el servicio, pues es claro que toda la normativa reguladora de los servicios portuarios sujetan su prestación al abono de las correspondientes tarifas, criterio que no se ha abandonado tras dicha declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la correspondiente potenciación de la competencia, como se refleja en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de Puertos de Interés General, que en su Título I, Capítulo IV, regula las tasas portuarias por la utilización del dominio público portuario y por la prestación de servicios no comerciales por las Autoridades Portuarias."

Al igual que en el supuesto resuelto en la sentencia citada, en el caso ahora examinado el recurrente no plantea la existencia de un perjuicio en razón de eventuales diferencias tarifarias, que pudieran incidir en el distinto alcance del beneficio reportado por la prestación obtenida, limitándose a identificar el perjuicio con el importe equivalente a las tarifas repercutidas, sin tomar en consideración que ello determinó el disfrute de la prestación y la incorporación a su patrimonio, que no resultó afectado por la declaración de inconstitucionalidad.

Por todo ello, entiende la Sala que no desprendiéndose del planteamiento del recurso la existencia de un perjuicio real y efectivo en el patrimonio de la entidad recurrente, resulta inviable la pretensión formulada, sin necesidad de entrar a examinar las demás cuestiones planteadas por las partes.

La pérdida de la oportunidad

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativo, sección 6ª, sentencia de 4 de noviembre de 2008, recurso nº 4936/2004.

"...resulta claramente que el hecho desdichado de que un niño nazca con síndrome de Down no es, por sí solo, imputable a la Administración sanitaria que atendió a la madre durante la gestación y el parto. Ahora bien, el hecho de que no se practicara -habiendo debido hacerlo, según reconoció la propia Administración sanitaria- la prueba de detección precoz de la patología puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por el daño moral consistente en no haber conocido la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo; es decir, cabe indemnizar la pérdida de oportunidad ..."

- Tribunal Supremo, Sala civil, sentencia 801/2006, de 27 de julio de 2006, rec. nº 4466/1999

"El daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia inveteradamente viene poniendo de manifiesto. Esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del "quantum" (cuantía) indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de derechos, intereses o expectativas.

El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, sí admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, como si de éste se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto. Esto ocurre cuando el daño ha consistido en la privación irreversible de la posibilidad de obtenerlo, es decir, en la pérdida de oportunidades para el que lo padece.

....

la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar

que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil”.

Lucro cesante.

- Tribunal Supremo, Sala civil, sentencia nº 328 de 24 de abril de 1997, EDJ 1750.

“...la integración del "lucrum cessans" del art. 1106 del C.c., como elemento indemnizatorio - aparte del real del daño o menoscabo emergente-, debe moverse bajo los dos polos de su delimitación, esto es, sin que quepa incluir eventos de futuro no acreditados rayanos en los conocidos "sueños de ganancia", tampoco, por ello, habrá de referirse sólo a acontecimientos reales o de indiscutible dación; mas, en una posición intermedia, cuando se comprendan en ese "lucro cesante" eventos determinantes de una aportación de medios o recursos que, aunque dependiendo del porvenir, sin embargo, se han visto truncados por la realización del ilícito, es obvio, que aquéllos requieren la prueba indiscutible de que enervaran ese monto económico, el cual, ya totalmente predeterminado, solo le falta su real materialización condicionantes pues, lo que no acontece en el caso del litigio, en el que se prevé "una depreciación" de futuro si es que los inmuebles afectados de los Actores se enajenan y se obtiene por ende, una disminución del valor de mercado, lo cual, supone supeditar tal menoscabo a circunstancias aún no acontecidas y, lo que es peor, no acreditadas, porque puede ocurrir que se vendan o no los inmuebles, que el precio de venta sea o no inferior al real, y en especial, que, tras la reparación que también se ordena a cargo del recurrente, no se restaure la anomalía; todo lo cual, en fin, produce un asidero en la indemnización acordada tan endeble y al amparo de un Haz de concausas potenciales o de porvenir...”

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 12 de mayo de 1997. EDJ 1997/3188.

“si bien la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos valiables y los conceptos de lucro cesante y daño emergente, partiendo del principio contenido en los artículos 1.106 del Código Civil y 115 de la Ley de Expropiación Forzosa y de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 7 de octubre y 4 de diciembre de 1980, 14 de abril y 13 de octubre de 1981, 12 de mayo y 16 de julio de 1982, 16 de septiembre de 1983, 10 de junio, 12 y 22 de noviembre de 1985), es de tener en cuenta que en el concepto de lucro cesante:

a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo (así en sentencia de 15 de octubre de 1986) que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes.

...

b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, puesto que la indemnización ha de limitarse al daño emergente que enerva el derecho a la indemnización.

...

c) Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala (sentencia, entre otras, de 3 de febrero de 1989) falta una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con

reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia de 15 de octubre de 1986, entre otras) ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios, lo que se acredita por la variabilidad cuantificadora y el distinto ámbito temporal previsible, que se contiene en los diversos dictámenes periciales.

DECIMO.- Por faltar, en el caso examinado, un razonable juicio de probabilidad, que se enmarca en meras hipótesis, como expresamente se consigna en los dictámenes aportados, y en una futura posibilidad de dejar de obtener unos beneficios, lo que imposibilita la concreción de la suma instada, procede la desestimación de la reclamación ""

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 7ª, sentencia de 5 de diciembre de 2000. EDJ 2000/49628.

"no puede afirmarse que fuera titular de derechos firmes y consolidados sino de meras expectativas indeterminadas enervadas en función de la gestión realizada, por lo que el cese anticipado no origina una pérdida de derechos económicos indemnizable. Así resulta inexistente la lesión y el daño ocasionado entra dentro del que ha de soportar. De otro lado, el recurrente tiene la posibilidad de adscribirse a los nuevos autoservicio recaudatorios de la Administración, o de reingresar como contratado laboral."

Lucro cesante, cálculo.

- Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 6ª, sentencia de 13 de octubre de 1998

"el lucro cesante, por su propia naturaleza, no puede probarse de modo directo, sino indirecto, en un cálculo de expectativas de ingresos y de vida fundado en las circunstancias de edad y socioeconómicas de la víctima y de sus relaciones con el perjudicado o los perjudicados, que la Sala efectivamente tiene en cuenta de modo expreso, al detallar los ingresos por pensión que percibía, su situación de jubilado, su edad y la dependencia económica en que respecto de él se hallaba su esposa, circunstancias más que suficientes para justificar la cantidad reconocida

Por modificación de la edad de jubilación.

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 7ª, sentencia de 22 de marzo de 1999, rec. 33/1996.

"indirectamente, se está formulando una pretensión de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por jubilación anticipada y anticipo de la edad de jubilación, lo que implica la ratificación de la doctrina contemplada por este Tribunal en reiterada jurisprudencia sobre el alcance de dicho principio, que puede concretarse en los siguientes puntos: a) La cuestión que la parte recurrente somete a la consideración de la Sala es la de si procede o no que se le indemnicen los daños y perjuicios que, a su juicio, ha experimentado como consecuencia de la anticipación de la edad de jubilación forzosa, en virtud de la responsabilidad patrimonial que entiende debe imputarse al Estado por los efectos derivados de normas aprobadas con rango de ley.

El problema de la responsabilidad del Estado legislador por las normas que anticiparon la edad de jubilación forzosa ha sido resuelto por la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, dictándose en el mes de enero de 1993 hasta 45 sentencias que reiteran lo en ella expuesto

El personal sujeto a régimen estatutario que está al servicio del Estado, no goza de un derecho subjetivo sino de una simple expectativa a que la jubilación forzosa se produjese a una determinada edad (la vigente en el momento de comenzar la prestación de sus servicios), estando dicha edad sujeta en todo momento a las posibles reformas del aludido régimen estatutario. En otras palabras, la jubilación forzosa del referido personal por causa de edad forma parte del contenido de la relación estatutaria que les vincula con el Estado, y la anticipación de la edad de jubilación constituye una legítima modificación legislativa de dicho régimen estatutario, fundada en razones sociológicas y económicas, que no produce a los afectados una lesión que deba ser indemnizada de un derecho subjetivo o de un interés cierto, efectivo y actual que existiese en su patrimonio, lo que constituye el fundamento esencial de la desestimación de la pretensión de resarcimiento que enjuiciamos. Ello lleva consigo que no puedan estimarse infringidos por la

anticipación de la edad de jubilación forzosa el principio constitucional de igualdad en sus diversas manifestaciones, la intangibilidad de los derechos adquiridos o el postulado de irretroactividad de las leyes....

Las sentencias del Tribunal Constitucional números 108/1986, de 29 de julio, 99/1987, de 11 de junio, y 70/1988, de 19 de abril, que examinaron la constitucionalidad de los preceptos de las Leyes que anticiparon la edad de jubilación de Jueces y Magistrados, funcionarios públicos y Profesores de E.G.B., negaron que tales preceptos vulneren los artículos 9.3, 33.3 y 35 de la Constitución, afirmando que no hay privación de derechos, sino alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible, y aunque en las aludidas sentencias se indica que ello no impide añadir "que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación", tal expresión no supone, por el modo verbal empleado, el reconocimiento de un derecho a indemnización, ya que más bien se trata de una reflexión dirigida al propio legislador (reflexión que había tenido ya manifestación en la Ley de Presupuestos para 1985 y la tuvo también en la Ley de Presupuestos para 1989)."

Daño moral

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 3ª, sentencia de 6 de abril de 2006, rec. 3498/2003. EDJ 2006/37335.

"En efecto, los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales y no tienen propiamente un equivalente económico en cuanto tal aun cuando, obviamente, pueden enervar en quien los ha sufrido un derecho a la compensación pecuniaria o reparación satisfactoria. Como se afirma en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002, el concepto de daño moral:

"no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo; es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del "pretium doloris". Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial." Sí es cierto que la noción de daño moral ha sufrido una progresiva ampliación, de la que da fe la sentencia de la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000, también lo es, según dicha sentencia se encarga de refrendar, que "la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (...) o espiritual, (...) impotencia, zozobra, ansiedad, angustia", estados de ánimo permanentes o de una cierta intensidad que no necesariamente se identifican con la carga derivada de acudir a un procedimiento jurisdiccional para obtener la anulación de un acto administrativo contrario a la solicitud formulada."

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 30 de junio de 2006, rec. 217/2005. EDJ 2006/269984.

"Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido,

....

resulta evidente que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.

...

no se informó a los recurrentes sobre los concretos resultados de las pruebas médicas que podían evidenciar una cierta malformación del feto... y esa falta de información, vulnerando los preceptos de la Ley Eneoral de Sanidad antes citados determinó la imposibilidad de decidir si optaban o no por la facultad de interrumpir libremente el embarazo.

...

A la vista de lo expuesto, de conformidad con lo solicitado en el petitum del escrito de demanda, fijamos como indemnización por el daño moral, valorando todas las circunstancias concurrentes en los recurrentes, la cantidad de setenta y dos mil euros (72.000)”

- Tribunal Supremo, Sala civil, sentencia 801/2006, de 27 de julio de 2006, rec. nº 4466/1999

“...los daños originados en el ámbito del patrimonio económico de una persona pueden ser no sólo patrimoniales, sino también morales (el llamado por la ley premio de afección de los bienes expropiados puede ser un ejemplo de ello: artículo 47 de la Ley de Expropiación forzosa); los que afectan a su patrimonio biológico pueden ser de carácter moral o de carácter patrimonial (como admite expresamente el sistema de tasación legal de los daños corporales derivados del uso y circulación de vehículos de motor: artículo 1.2 de la Ley de Responsabilidad civil EDL 1968/1241 y seguro en la circulación de vehículos de motor); y los daños producidos en el ámbito del patrimonio moral, que son los que aquí interesan, pueden ser de naturaleza patrimonial (llamados a veces daños patrimoniales indirectos o daños morales impropios) y no sólo moral (según admite implícitamente el artículo 9.3 de la Ley Orgánica de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen).”

El daño moral susceptible de compensación ha de ser grave

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 30 de junio de 2006, rec. 217/2005. EDJ 2006/269984.

“Esta Sala en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 29 de marzo de 2006 (Rec.Cas.271/2002) y 3 de octubre de 2.000 (Rec.Cas.3905/96) ha dicho que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave.”

Daño moral. Indemnización a tanto alzado

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 20 de marzo de 2002, rec. 3148/2001. EDJ 2002/6143.

“Aunque el resarcimiento del daño moral, en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público, por su carácter afectivo y de pretium doloris carece de módulos o parámetros objetivos, entendemos que en atención a las circunstancias concurrentes derivadas de la lesión: sufrimiento, intervenciones quirúrgicas y rehabilitación, procede que señalemos por este concepto y a título de responsabilidad patrimonial una suma adicional a la ya percibida por la aplicación del Real Decreto de once de octubre de mil novecientos noventa, que cuantificamos en ochocientas mil pesetas, en atención a que la pretensión extraordinaria no contempló entre los perjuicios concurrentes el daño moral, y que el particular no tiene el deber jurídico de soportar”

Compensación no económica sino moral

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 2 de noviembre de 2006, rec. Nº 164/2005. EDJ 2006/306416.

“Aceptada, por tanto, la existencia de un daño moral ha de recordarse que esta Sala ha declarado que la mera existencia de un posible daño moral no siempre ni necesariamente puede resarcirse económicamente, ni tampoco tiene que serlo de esa guisa.

Así lo hemos declarado en Sentencia de 6 de mayo de 1999 recogiendo, con argumentos idénticos, los de la Sentencia de 3 de marzo del mismo año. Efectivamente en el presente caso, no puede entenderse reparable el mencionado daño de carácter moral con la indemnización económica pretendida por el recurrente equivalente a cinco mensualidades de su sueldo, constituyendo dicha cuantificación un elemento de apreciación libre de la Sala que, valorando el conjunto de circunstancias que han concurrido y, fundamentalmente, el límite de personas a las que pudo trascender la improcedente constancia de la sanción, el carácter reservado de dicha documentación y el hecho de que en cualquier caso el expediente en que se hizo constar dicha sanción no produjo efecto ninguno, entiende la Sala que, al igual que se acordó en Sentencia de 3 de marzo de 1999 (recurso 8103/94), la presente sentencia constituye en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral.

Como en esa sentencia expresamente declaramos, la respuesta que damos a esta parte de su petición es coherente con la que se emplea por Tribunales de nuestra cultura jurídica, cuando las circunstancias del caso así lo hacen aconsejable (cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 53/1998, de 28 de octubre, asunto Pérez de Rada). Más recientemente así lo ha declarado dicho Tribunal en Sentencia de 30 de noviembre de 2004, asunto Fenech EDJ 2004/159496”

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 22 de mayo de 2001, rec. 8230/1994. EDJ 2001/32948.

“... por lo que hace a posibles daños morales, nuestra Sala ha recordado ya en alguna ocasión doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos, conforme a la cual, la mera reintegración al puesto de trabajo hay que entender que resarce suficientemente al funcionario removido de cualquier daño moral emergente del acto que la sentencia anula.”

Compatibilidad de la responsabilidad patrimonial con otras prestaciones

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia d'1 de febrero de 2003, rec. 7061/2001.

“es doctrina jurisprudencial consolidada la que declara que las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial son compatibles con las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración por tener su causa en títulos diferentes y ser exigencia de ésta la plena indemnidad de la víctima, que no se alcanzaría con el percibo de las prestaciones prefijadas en las citadas normas sectoriales”.

V.- Antijuridicidad.

- Tribunal Supremo, sección 6ª, sentencia de 14 de febrero de 2006 (Cendoj: 28079130062006100038)

“...es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión”.

- Tribunal Supremo, sentencia de 8 de octubre 1999 (Ar 8679)

“la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio» (STS de 10 de octubre de 1997), o cuando «concorre una causa que la excluye y un derecho que ampara el actuar administrativo, generando la obligación jurídica de soportar el daño» (STS de 16 de diciembre de 1997”

Títulos de imputación al ciudadano del deber jurídico de soportar

- Tribunal Supremo, sentencia de 16 de diciembre de 1997 (Ar 8786).

“Esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la Ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito. Así, del examen de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 abril, 19

mayo y 19 diciembre 1989, entre otras, se infiere que el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de eneralidad de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en pos del interés público.

La antijuridicidad y la ilicitud debe existir siempre, sin que con ello se haga referencia a si la responsabilidad ha de ser subjetiva u objetiva, pues esto es otro tema, el de la concurrencia o no de culpa, por lo que si la ley, faculta a la Administración para actuar de la manera en que lo ha hecho, no existe la obligación de indemnizar y no hay antijuridicidad e ilicitud, pues concurre una causa que la excluye y un derecho que ampara el actuar administrativo, eneralando la obligación jurídica de soportar el daño y perjuicio por parte del recurrente

- Tribunal Supremo, sección 6ª, sentencia de 14 de febrero de 2006 (Cendoj: 28079130062006100036)

"Como señala la sentencia de 28 de enero de 1999 , "esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito. Así, del examen de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril, 19 de mayo y 19 de diciembre de 1989, entre otras, se infiere que el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de eneralidad de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras del interés público".

Al respecto, como señalan las sentencias de esta Sala de 5 de febrero de 1996, 29 de octubre de 1998 y 9 de marzo de 1999 , "el deber jurídico de soportar el daño, en principio, parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado; tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta se derivasen cargas enerales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza. Esto que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.

En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en una conducta arbitraria rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales, a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio, siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos. Estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.

El tema, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución , sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables

conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter eneral para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración."

Se desprende de todo ello, que el deber de soportar el resultado perjudicial y la delimitación de la antijuridicidad del daño, viene referido a la aplicación y ejercicio razonable de las potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración y a las que queda sujeto el administrado en eneral o en razón de la normativa sectorial a que esté sometido en su actividad."

Por simple imposición normativa

- Tribunal Supremo, sec. 6ª, sentencia de 27 de junio de 1997 (EDJ 6018)

"no hay antijuridicidad ni, por tanto, derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las facultades innovatorias del ordenamiento jurídico o de las potestades autoorganizatorias de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regulación o configuración de un régimen jurídico anterior o se reestructuran sus sistemas de gestión."

- Tribunal Supremo, sentencia de 22 de abril de 1994, (EDJ 3532)

"El deber jurídico de soportar el daño existe cuando el lesionado se ha colocado en una situación de riesgo, tomando parte voluntariamente en una manifestación ilegal y violenta, lo que motivó una respuesta proporcionada en medios, modos y circunstancias por parte de las fuerzas de orden público."

Deber jurídico de soportar. Deber correlativo a la potestad administrativa.

- Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 6ª, S 14-7-2008, rec. 289/2007

"...nos encontramos ante reclamaciones para recuperar los gastos de asistencia jurídica retribuidos a fin de obtener la revocación de liquidaciones tributarias

...

la antijuridicidad de la lesión no desaparece por la circunstancia de que para actuar ante los órganos tributarios de gestión o de revisión no resulte preceptiva la asistencia letrada

...

la complejidad de los procedimientos tributarios, la dificultad intrínseca de las disposiciones que regulan las distintas figuras impositivas y la especialización de los órganos y de los funcionarios que intervienen en las fases administrativas de gestión y de revisión no sólo aconsejan sino que, en la mayoría de los casos, hacen materialmente imprescindible que los contribuyentes comparezcan asesorados por expertos singularmente preparados para la tarea. En otras palabras, los ciudadanos que deciden voluntariamente asistirse de un técnico cuando se enfrentan a los vericuetos de una inspección fiscal y a la liquidación en la que desemboca no siempre quedan constreñidos a soportar los gastos que comporta ese asesoramiento.

....

la Administración tributaria se encuentra habilitada para comprobar e investigar los hechos imponibles y, si procede, integrar las bases tributarias y practicar las liquidaciones correspondientes (véanse los artículos 109, 110 y 140 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, Ley General Tributaria (BOE de 31 de diciembre); en la misma línea los artículos 115 y 141 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre (BOE de 18 de diciembre) con el fin de establecer, en defensa de los intereses generales que debe servir con objetividad y efectividad, un sistema tributario justo (artículos 103, apartado 1, y 31, apartado 1, de la Constitución). Y a esta potestad corresponde, como si fuera el envés de la misma moneda, la obligación del contribuyente de colaborar, atendiendo los requerimientos de la Administración, hoy explicitado en el artículo 142 de la Ley citada en segundo lugar. No cabe olvidar que la recepción constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica de cada uno configura un mandato que vincula tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos, incidiendo en la naturaleza misma de la relación tributaria (sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990,

FJ3º), de modo que para su efectivo cumplimiento resulta irrenunciable la actividad inspectora y de comprobación de la Administración (sentencias del Tribunal Constitucional 110/1984, FJ3º, y 76/1990, FJ3º).

En resumen, y de este modo avanzamos hacia la resolución del dilema, cuando un obligado tributario, valiéndose de un asesoramiento específico y retribuido, obtiene de la Administración, bien en la vía de gestión bien en la económico-administrativa, la anulación de un acto que le afecta, ha de soportar el detrimento patrimonial que la retribución comporta si la actuación administrativa frente a la que ha reaccionado se produce dentro de los márgenes ordinarios o de los estándares esperables de una organización pública que debe servir los intereses enerosales, con objetividad, efectividad y pleno sometimiento a la ley y al derecho, eludiendo todo atisbo de arbitrariedad (artículos 103, apartado 1, y 9, apartado 3, de la Constitución).

Con este planteamiento no se “subjetiviza” el instituto de la responsabilidad patrimonial de las organizaciones públicas, que sigue haciendo abstracción de todo elemento culpabilístico en la conducta administrativa, sino, muy al contrario, se traslada el debate a un dato de innegable talante objetivo cual es el resultado, indagando su antijuricidad, nota que viene determinada, antes que por un atributo o una condición de los sujetos que intervienen en la relación jurídica, por la posición que uno de ellos, el lesionado, ocupa frente al ordenamiento jurídico, posición en la que no influyen las características de la actuación administrativa a la que se imputa el desenlace, su “normalidad” o su “anormalidad”.

...

el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuricidad de la lesión

...

no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten con los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses enerosales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. Esta idea cobra especial fuerza tratándose de la Administración tributaria, a la que el constituyente y el legislador demandan una actitud activa consistente en, como ya hemos apuntado, comprobar, investigar, inspeccionar y, si procede, corregir los hechos de los administrados con trascendencia fiscal. Con esta perspectiva parece evidente la diferencia, a los efectos que nos ocupan, entre, por ejemplo, la situación de un sujeto pasivo que acude al asesoramiento legal para enfrentarse a una liquidación impositiva practicada en el ejercicio de una potestad groseramente prescrita que la del que utiliza el mismo instrumento a fin de discutir otra en la que se eliminan como gastos deducibles los intereses pagados por un establecimiento en España a una sociedad matriz foránea como retribución de la financiación que recibe de ella.

En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el pago del asesoramiento que ha contratado constituye una lesión antijurídica, ha de analizarse la índole

de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para lo que se la ha atribuido la potestad que ejercita.

QUINTO.- En la descripción de la posición del administrado frente a una lesión, al objeto de calificarla como antijurídica y, por consiguiente, de resarcible, intervienen también matices personales, que coadyuvan a perfilarla, sin que por ello se introduzca ningún "tinte subjetivista" en la construcción de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. No existe "igualitarismo" en este ámbito, pues ante una misma realidad no todos los sujetos se sitúan en igual posición.

Parece tan evidente que resulta superfluo subrayarlo: no puede equipararse, a los efectos de analizar si queda jurídicamente obligado a hacer frente a la minuta de los profesionales que ha contratado para obtener la razón en la vía administrativa, un sujeto pasivo de un impuesto, persona física, que se relaciona esporádicamente con los órganos tributarios y que, ante un requerimiento, un procedimiento de inspección o una liquidación, se ve obligado a buscar una asistencia letrada ad hoc, con una sociedad, organización compleja, habituada, por su actividad, a entrar en conflicto con la hacienda pública y que, incluso, cuenta en plantilla con profesionales que, llegada la ocasión, intervienen en su defensa o que tiene contratado, en régimen de "igualta", un asesoramiento externo.

- Tribunal Supremo, sentencia de 22 de septiembre de 2008, recurso nº 324/2007.

"...cuando un obligado tributario, valiéndose de un asesoramiento específico y retribuido, obtiene de la Administración, bien en la vía de gestión bien en la económico- administrativa, la anulación de un acto que le afecta, ha de soportar el detrimento patrimonial que la retribución comporta si la actuación administrativa frente a la que ha reaccionado se produce dentro de los márgenes ordinarios o de los estándares esperables de una organización pública que debe servir los intereses enerosales, con objetividad, efectividad y pleno sometimiento a la ley y al derecho, eludiendo todo atisbo de arbitrariedad (artículos 103, apartado 1, y 9, apartado 3 , de la Constitución).

Con este planteamiento no se "subjetiviza" el instituto de la responsabilidad patrimonial de las organizaciones públicas, que sigue haciendo abstracción de todo elemento culpabilístico en la conducta administrativa, sino, muy al contrario, se traslada el debate a un dato de inegable talante objetivo cual es el resultado, indagando su antijuricidad, nota que viene determinada, antes que por un atributo o una condición de los sujetos que intervienen en la relación jurídica, por la posición que uno de ellos, el lesionado, ocupa frente al ordenamiento jurídico, posición en la que no influyen las características de la actuación administrativa a la que se imputa el desenlace, su "normalidad" o su "anormalidad".

...

Resulta innegable que la precisión de esa ubicación objetiva del sujeto pasivo en el sistema jurídico, que define si está obligado a soportar el daño y, por consiguiente, la condición de este último y el deber de reparación de la Administración ex artículo 106, apartado 2, de la Constitución, se perfila gracias a elementos de muy diversa factura: unos tienen que ver con la naturaleza misma de la actividad administrativa y otros con las condiciones personales del afectado.

En efecto, el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda

compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión [véase nuestra sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, FJ3º, rememorada en la de 24 de enero de 2006 (casación 536/02), FJ3º; en igual sentido se manifestaron las sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/95, FJ2º), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/02, FJ5º), 5 de junio de 2007 (casación 9139/03, FJ2º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ3º) y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/06, FJ3º)].

Ahora bien, no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten con los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. Esta idea cobra especial fuerza tratándose de la Administración tributaria, a la que el constituyente y el legislador demandan una actitud activa consistente en, como ya hemos apuntado, comprobar, investigar, inspeccionar y, si procede, corregir los hechos de los administrados con trascendencia fiscal. Con esta perspectiva parece evidente la diferencia, a los efectos que nos ocupan, entre, por ejemplo, la situación de un sujeto pasivo que acude al asesoramiento legal para enfrentarse a una liquidación impositiva practicada en el ejercicio de una potestad groseramente prescrita que la del que utiliza el mismo instrumento a fin de discutir otra en la que se eliminan como gastos deducibles los intereses pagados por un establecimiento en España a una sociedad matriz foránea como retribución de la financiación que recibe de ella.

En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el pago del asesoramiento que ha contratado constituye una lesión antijurídica, ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para lo que se la ha atribuido la potestad que ejerce.

..

en la descripción de la posición del administrado frente a una lesión, al objeto de calificarla como antijurídica y, por consiguiente, de resarcible, intervienen también matices personales, que coadyuvan a perfilarla, sin que por ello se introduzca ningún "tinte subjetivista" en la construcción de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. No existe "igualitarismo" en este ámbito, pues ante una misma realidad no todos los sujetos se sitúan en igual posición.

Parece tan evidente que resulta superfluo subrayarlo: no puede equipararse a los efectos de analizar si queda jurídicamente obligado a hacer frente a la minuta de los profesionales que ha contratado para obtener la razón en la vía administrativa, un sujeto pasivo de un impuesto, persona física, que se relaciona esporádicamente con los órganos tributarios y que, ante un requerimiento, un procedimiento de inspección o una liquidación, se ve obligado a buscar un asesoramiento ad hoc, con una sociedad, organización compleja, habituada, por su actividad, a entrar en conflicto con la hacienda pública y que, incluso, cuenta en plantilla con profesionales que, llegada la ocasión, intervienen en su defensa o que tiene contratado, en régimen de "igual", un asesoramiento externo.

Estas condiciones personales, junto con las circunstancias objetivas trazadas en el fundamento anterior, deben ponderarse para inferir, en un caso concreto, si el perjuicio consistente en los tan repetidos honorarios de abogado constituye una lesión patrimonial antijurídica y, por lo tanto, resarcible en virtud del principio que proclama, al más alto nivel (artículo 106, apartado 2, de la Constitución), la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Desde luego, a juicio de esta Sala resulta rechazable la tesis, sostenida en las sentencias de contraste y que, junto con otras anteriores, la recurrida corrige, conforme a la que, obtenida la razón en la vía administrativa, en todo caso y con abstracción de las circunstancias singulares presentes, debe resarcirse al administrado por los derechos que le giran sus abogados,

socializando el riesgo y convirtiendo a la Administración pública, vía presupuestaria, en una mutua de siniestros jurídicos. No le falta razón al Abogado del Estado cuando destaca la paradoja que supone aplicar en el ámbito administrativo un principio que el legislador no ha querido para el jurisdiccional, donde la regla eneral consiste en que cada parte pague con sus gastos, salvo que medie temeridad o mala fe de una de ellas.

- Tribunal Supremo, sentencia de 22 de abril de 1994, (EDJ 3532)

“El deber jurídico de soportar el daño existe cuando el lesionado se ha colocado en una situación de riesgo, tomando parte voluntariamente en una manifestación ilegal y violenta, lo que motivó una respuesta proporcionada en medios, modos y circunstancias por parte de las fuerzas de orden público.”

Deber jurídico de soportar. Riesgos socialmente admitidos.

- Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 6ª, S 7-2-1998, rec. 6282/1993

el que dicha Administración tuviese indiscutiblemente competencias sobre las indicadas materias y en los expresados sectores no le hace, sin más, responsable de la contaminación de las aguas del litoral y de todas las consecuencias derivadas de ésta, pues no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva

...

no puede apreciarse aunque la Administración hubiera incumplido sus deberes de vigilancia para evitar vertidos contaminantes, pues se desconoce el factor o agente determinante del aumento de los niveles máximos autorizados de metales pesados en las aguas del litoral onubense con el consiguiente riesgo en el consumo de moluscos bivalvos, que obligó a la Administración demandada, en uso de sus aludidas atribuciones, a prohibir su comercialización como medida para salvaguardar la salud

La socialización de los riesgos, que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa en defensa de los intereses enerales lesionando para ello intereses particulares, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir las pérdidas en este caso de los acuicultores por más que su actividad hubiese sido promovida y fomentada por la propia Administración, ya que, cuando así procedió, no existía el riesgo después eneralado por hechos y circunstancias en los que no se ha acreditado que la misma tuviese participación alguna directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.

La asunción por la Administración autonómica de competencias transferidas por el Estatuto de Autonomía no liberaba a las empresas dedicadas a la acuicultura de soportar los riesgos procedentes de la posible contaminación de las aguas con la consiguiente paralización de las capturas y venta de ostreidos, pues no cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización, porque, de lo contrario, como pretende la representación procesal de la recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

Deber general de diligencia del ciudadano.

- Tribunal Supremo, Sala CIVIL, sentencia de 4 de junio del 1991 (RJ 4415)

“La culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, del tiempo y lugar, para evitar perjuicios de bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia puntualizado en el inciso final del artículo 1104.”

- Tribunal Supremo, sala CIVIL, sentencia de 8 de noviembre de 1990 (EDJ 1990/10185)

“el concepto moderno de la culpa que no consiste solamente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de la culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una situación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada”

VI.- Nexo Causal

Concepto genérico de servicio público

- Tribunal Supremo, sentencia de 10 de octubre de 1997 (Ar 7437).

“la expresión «servicio público» debe entenderse de acuerdo con asentados criterios jurisprudenciales como sinónimo de «actividad administrativa» (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 abril 1982 y 21 septiembre 1984, de «giro o tráfico administrativo» (sentencia de 12 marzo 1989), de «hacer y actuar de la Administración» (sentencias de 10 noviembre 1983 y 20 febrero 1986.”

- TSJ Cataluña, sec. 4ª, sentencia nº 1137/2004, d'11 de noviembre (Ar.Jur 2005/6712).

“...los daños se debieron al funcionamiento anormal de un servicio público municipal en el sentido amplio con que lo entiende la jurisprudencia, como comprensivo de toda actividad de la Administración sometida a derecho administrativo o, en otras palabras, como sinónimo de toda actividad administrativa, de giro o tráfico administrativo, de gestión, actividad o quehacer administrativo o de hacer o actuar de la Administración (SSTS de 14-4-81, 21-9-84, 26 y 27-3-80, 12-3-84, 10-11-83 y 20-2-86, entre otras), teniendo en cuenta que correspondía a los servicios técnicos de la Administración local velar, poniendo los medios personales y materiales necesarios, para que las vías públicas se encuentren en las debidas condiciones de seguridad (art. 25 de la LBRL 7/85, de 2 de abril)...”,

Responsabilidad por riesgo.

- Tribunal Supremo, sec. 6ª, sentencia de 25 de mayo de 1999 (EDJ 18969).

“es de recordar que -como esta Sala 3ª del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de decir en más de una ocasión, la Administración asume la responsabilidad derivada de los riesgos por ella creados. Así, en la sentencia de 13 de septiembre de 1991, que cita otras anteriores, puede leerse lo siguiente: “Un Ayuntamiento puede organizar una feria, reglamentando y autorizando, en su competencia municipal esencial e indeclinable de policía de seguridad en este tipo de festejos, instalaciones que necesariamente implican, dada la misma reglamentación municipal, un alto porcentaje de riesgo, que la Administración municipal asume por entender que ello es necesario para mantener una determinada tradición popular, pero estas razones no le eximen en ningún caso de asumir también una eventual responsabilidad por los daños que puedan derivarse de esa actividad que organiza y patrocina (Cf. SSTS de 18 de diciembre de 1986 y 27 de mayo y 24 de noviembre de 1987)”.

- Tribunal Supremo, sec. 6ª, sentencia de 20 de febrero de 1999 (EDJ 7545)

“el Ayuntamiento demandado generó con su tolerancia y su recomendación un gravísimo riesgo para los peatones, lo que le hace directamente responsable de la caída al suelo de la demandante, ya que carece de relevancia el dato del tiempo que el obstáculo permaneció en la vía pública, pues la actuación municipal, permitiendo e incluso sugiriendo el empleo de los calzos y cuñas, fue causa determinante de que en el momento en que la demandante descendía de la acera a la calzada tropezase con uno de aquéllos, resultando por ello intranscendente, en contra del parecer de la Sala de instancia, que hubiera sido colocado poco o mucho tiempo antes.”

Responsabilidad derivada de la socialización del riesgo.

- Tribunal Supremo, sentencia de 14 de febrero de 1998, (EDJ 2160).

“La alegada extensión eneral de las molestias causadas con las obras de remodelación de la vía de circunvalación es compatible con la individualidad del daño en relación con la reclamante, que se vio singularmente perjudicada en su negocio de venta al público por dichas obras, como acertadamente lo consideró la Sala de primera instancia al valorar las pruebas practicadas, sin que se pueda olvidar que la justificación de la responsabilidad objetiva de la Administración, contemplada por los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 121y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa y en la actualidad por el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, se encuentra en la socialización de los riesgos o en la necesidad de que un ciudadano (administrado) no soporte las consecuencias lesivas o dañosas de la actuación administrativa que tiene como finalidad el interés eneral (Sentencias de 14 de octubre y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero, 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997 y 7 de febrero de 1998).

....

El perjuicio causado por la ejecución de las obras, consistente en la reducción de las ganancias o lucro cesante producido por la disminución de las ventas, es un daño antijurídico que, según los expuesto, la titular del establecimiento no tenía obligación de soportar en beneficio de la colectividad, sin que fuese meramente hipotético sino cierto y real”.

Responsabilidad por daño desproporcionado. Res ipsa loquitur.

- Tribunal Supremo, Sala 1ª, sentencia nº 58/2003 de 30 de enero, recurso nº 1818/1997.

“Tal como exponen las sentencias, entre otras, de 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 29 de noviembre de 2002 el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla Anscheinsbeweis (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la faute virtuelle (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.”

Responsabilidad por omisión de la Administración. Culpa in vigilando.

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sección 6, sentencia de 27 de enero de 2009, recurso nº 5921/2004.

“...La mera causalidad lógica se detiene allí donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular”. No puede, por lo tanto, exigirse del órgano de control la garantía absoluta del adecuado funcionamiento del sistema, en el que resulta determinante la actitud y conducta de los distintos operadores del mercado, de manera que la simple apelación al ejercicio de las facultades de supervisión no constituye título suficiente para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La responsabilidad del órgano de control ha de ponerse en relación con un ejercicio ponderado y razonable de dichas facultades, para lo que ha de tenerse en cuenta, además de la actitud e intervención de los distintos operadores, la naturaleza de las mismas y su incidencia en el funcionamiento del mercado, así como los intereses de los inversores, que trata de proteger, y que pueden exigir y justificar una valoración del riesgo que el ejercicio de dichas facultades pueda representar para el mercado y los perjuicios desproporcionados que pueda representar para los intereses de los distintos afectados y todo ello en congruencia con el criterio eneral en relación con supuestos en los que se invoca la inactividad de la Administración, en el sentido que no resulta exigible una conducta exorbitante, siendo una razonable utilización de los medios disponibles en garantía de los riesgos relacionados con el servicio, como se desprende de la sentencia de 20 de junio de 2003 , lo que en términos de prevención y desarrollo del servicio se traduce en una prestación razonable y adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio. En otros términos,

la responsabilidad del órgano de control vendrá determinada por la imputabilidad del daño, en relación causal, a la omisión de aquellas actuaciones que razonablemente le fueran exigibles adoptar en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce para el cumplimiento de su función o al ejercicio inadecuado de las mismas atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico, lo que supone una valoración propia de un órgano técnico como la CNMV, con respeto a ese ámbito de decisión, salvo que se produzca un ejercicio arbitrario o injustificado, erróneo en sus consideraciones fácticas o contrario a la norma.

- Tribunal Supremo, sección 7ª, sentencia de 28 de marzo de 2000 (EDJ 85274)

En el supuesto de fallecimiento de internos en establecimientos penitenciarios, especialmente si ha tenido lugar la intervención de una tercera persona como agente activo, la jurisprudencia es constante en exigir la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento, y determinar con ello el carácter antijurídico del daño producido a pesar de haber intervenido terceras personas en su producción

- Tribunal Supremo, sala contencioso administrativa, sección 3, sentencia de 17 de marzo de 1993, recurso nº 694/1988.

“en los casos en que los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración, porque siendo cada vez más, y cada vez más generales, los fines que el ordenamiento jurídico asigna a ésta, y ordenado constitucionalmente que los sirva «con eficacia» (art. 103-1 de la Constitución), la responsabilidad patrimonial de la Administración podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace en todos aquellos casos en que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico (v.g. persecución de los delitos, cuidado del medio ambiente, ordenación del tráfico viario, organización de servicios sanitarios, etc.), aunque sea una persona extraña y conocida quien haya desencadenado el proceso causal (v.g. quien ha cometido el delito del que se derivan los daños, o quien ha realizado el acto contaminante que los ha producido, etc.). El relativismo o casuismo de la materia, en los casos de meras inactividades de la Administración, acaso sólo permita concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para enervar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado

Estándares del servicio

- Tribunal Supremo, sentencia de 14 de febrero de 2006 (Cendoj: 28079130062006100038)

“debiendo señalarse, como ha dicho reiteradamente esta Sala que para que pueda concluirse que el daño concreto producido por el funcionamiento de un servicio es antijurídico, basta que el riesgo inherente a su utilización, haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.”

- Tribunal Supremo, Sala CIVIL, sentencia de 29 de junio de 1999 (EDJ 6813)

“Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, "hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario.”

- TSJ Cataluña, sec. 4ª, sentencia nº 1137/2004, d'11 de noviembre (Ar Jur 2005/6712).

“ para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.

No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable.”

- TSJ Cataluña , sec. 4ª, sentencia nº 205/2007 de 20 de marzo de 2007, rec. nº 1390/2003.

“No existe un deber eneral y genérico a mantener los pavimentos en estado tal de planicie y perfección que no se requiera por los transeúntes una atención en sus desplazamientos, requiriendo un normal cuidado en las zonas por las que se deambulan, sin que esta suponga un peligro inminente para los transeúntes.”

- TSJ Catalunya, sec. 1ª, sentencia nº 1334/2002 d'11 de octubre

“„los daños físicos cuya indemnización se pretende en el presente procedimiento se produjeron por una caída en el momento en que la recurrente atravesaba un paso cebra de esta ciudad ... Y hasta donde se ha probado en este procedimiento, las características del paso de cebra en cuestión se ajustaban a las condiciones técnico facultativas establecidas en el contrato aprobado por el Ayuntamiento de señalización horizontal, de junio de 1994, cuyo artículo I.5, preveía un valor de coeficiente de resistencia al deslizamiento, CRD, a la temperatura estándar de 20º, medida con el péndulo SRT, no inferior a 0'45 unidades, que un informe técnico realizado por la aseguradora de la demandada califica según el método de referencia de “satisfactorio”, sin que por la demandante se haya alegado ni acreditado elemento alguno que desvirtúe la calificación, y con tal premisa, y habida cuenta que el día de antes el pavimento estaba mojado por una lluvia fina, no es posible establecer ni deducir con certeza la relación causal...”

Definición del estándar según el principio de eficacia

- TSJ de Catalunya, sec. 1ª, sentencia nº 18/2003 de 10 de enero (Ar. Jur 140373)

“... hay que atender no solo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la administración competente por la norma reguladora del servicio, sino también a una valoración del rendimiento objetivamente exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución Española a la actuación administrativa”.

Equivalencia de causas

- Tribunal Supremo, sentencia de 4 de mayo de 1999 (EDJ 18565)

“la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (sentencia de 25 de enero de 1997), por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”

- TSJ Catalunya, sec. 4ª, sentencia nº 1137/2004, d'11 de noviembre (Ar Jur 2005/6712).

“...el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual, debiendo subrayarse:

a) Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos -irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”

Causa eficiente

- Tribunal Supremo, sentencia de 14 de diciembre de 2005 (Cendoj: 28079130062005100533).

“debe destacarse la testifical practicada en Sala, con intervención de todas las partes, donde la Sra. Elisa manifestó que “la vio que al subir a la acera se cayó”, “que comprobó que el rastrillo y

las baldosas estaban sueltas y debió tropezar con ellas", "que la vio caer", se entiende con ello que en base a dicha testifical así como en el contenido del informe del Aparejador Municipal reconociendo puntas de baldosas "sueitas" en el pavimento de la acera, debe admitirse como probada el nexo causal en el sentido de que el estado del pavimento de la acera constituyó causa suficiente y determinante de la caída y con ello del resultado lesivo en autos acreditado mediante pericial efectuada por perito designado a petición de la Sala y con ello afirmar el defectuoso funcionamiento del Servicio público en este sentido y en consecuencia estimar la demanda>>.

SEGUNDO.- Contra la indicada sentencia se interpone el presente recurso en el que se invoca como sentencia de contraste la de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de junio de 2.003, que recoge, como hecho que sirve de base a la sentencia para su pronunciamiento desestimatorio del recurso jurisdiccional, que la entonces recurrente sufrió una caída al tropezar en la acera contra una trampa de hierro al existir un pequeño desnivel entre la trampa y la acera provocado por el estado de la acera en ese tramo, pues faltaban losetas alrededor de la trampa lo que originaba el aludido pequeño desnivel con el que tropezó la recurrente. Considera el Tribunal Juzgador en aquel caso que lo que denomina pequeño desconchado alrededor de la tapa del alcantarillado no se considera causa suficiente para que la actora, caso de haber ido con un mínimo cuidado, hubiese caído en el mismo, máxime cuando la caída se produce en pleno día, y, en consecuencia, no se entiende acreditado en dicho supuesto el nexo causal, por lo que se desestima el recurso."

- Tribunal Supremo, sentencia de 5 de diciembre de 1995 (EDJ 7558)

"... el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo -y así ocurre en el presente caso- se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces que hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final.

De las soluciones brindadas por la doctrina la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas que durante tanto tiempo predominó en el Derecho Penal, según la cual es causa del daño toda circunstancia que de no haber transcurrido hubiera dado lugar a otro resultado, está hoy sensiblemente abandonada. La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una "conditio sine qua non" esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento, o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo; solo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño (in iure non remota causa, sed próxima spectatur). De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios."

- TSJ País Vasco, sentencia nº. 543/2000, de 8 de junio (EDJ 30951).

"1.- El concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter eneral, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por si mismo para producir el resultado final.

2.- La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo; de tal forma que sólo en el primer caso el resultado se corresponde causalmente con la actuación que lo originó y es adecuado a ésta.

Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una "conditio sine qua non", esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo. Solo cuando sea así, dicha condición alcanza la Categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño ("in iure non remota causas, sed próxima spectatur").

De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor. La calificación de actos causales en términos de adecuación e idoneidad, a diferencia de lo que ocurre en otras áreas del derecho, debe conjugarse aquí con el carácter objetivo (por el resultado) de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas."

La intervención de la víctima. Líneas jurisprudenciales

Excluye la responsabilidad patrimonial: necesidad que el nexo causal con el servicio público sea inmediato y exclusivo.

- Tribunal Supremo, sec. 6ª, sentencia de 21 de julio de 2001 (Ar. Jur 9167)

"la doctrina acerca del carácter directo, inmediato y exclusivo del nexo causal fue abandonado hace tiempo por esta Jurisdicción y, como demostración de ello, se pueden citar, además de las Sentencias referidas por la Sala de instancia en el fundamento jurídico tercero, las de [25 de enero, 26 de abril](#) y [16 de diciembre de 1997](#), [28 de febrero](#) y [24 de octubre de 1998](#), [13 de marzo de 1999](#), [26 de febrero](#) y [15 de abril de 2000](#), en las que hemos declarado que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, que, de existir, moderan proporcionalmente la reparación a cargo de la Administración, proceder que, en este caso, ha observado la Sala de instancia al tener en cuenta la conducta del homicida para moderar la indemnización a pagar a la perjudicada por la Administración demandada."

- Tribunal Supremo, sec. 6ª, sentencia de 13 de abril de 1999 (EDJ 18523).

"la causa de la caída, productora de las lesiones, estuvo en el tropiezo de aquella con el pequeño escalón que constituía la nueva capa asfáltica extendida ya sobre la mitad de la vía pública, dentro de las obras municipales de pavimentación que se llevaban a cabo, producido en horas nocturnas por la "ausencia total de señalización para advertir a los peatones de la existencia del desnivel que llevaba más de un mes...", debiendo en fin consignar en ésta concreción de la problemática litigiosa, que en la sentencia literalmente se relata que "...aunque hubiese obscurecido, las obras eran evidentes y bastaría el alumbrado público para detectar el distinto desnivel con una mínima atención

...

no cabe imputar a las obras municipales que se desarrollaban las lesiones sufridas por la parte recurrente, pues si una "mínima atención que se hubiese prestado..." habría bastado para apreciar el desnivel y, consecuentemente, evitar el tropezón, parece evidente que se produjo en realidad por causa de la propia lesionada, (distracción) al margen de que, cual señala la Sala de instancia,"

- Tribunal Supremo, sentencia de 15 de julio de 1999 (Ar Jur 3929)

"el daño o perjuicio originado a un tercero en sus bienes o derechos salvo los casos de fuerza mayor, necesariamente ha de ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, habiendo de darse una relación directa de causa efecto sin intervención o concurrencia de acciones, circunstancias o eventos que produzcan la ruptura del nexo causal,

que queda deshecho cando incide otra causa directa y esencialmente determinante de los daños y perjuicios, (que) sea atribuible al perjudicado o a terceros”

- Tribunal Supremo, sec. 4ª, sentencia de 19 de enero de 1987 (EDJ 328)

“es preciso que entre la lesión y el funcionamiento haya un nexo de causalidad objetiva del que resulte que aquella lesión es consecuencia de este funcionamiento y sin que en dicha relación de causa a efecto intervenga la conducta culposa del perjudicado, pues si esta intervención es tan intensa que el daño no se hubiese producido sin ella, es obvio que no puede imponerse a la Administración el resarcimiento de una lesión económica cuya causa eficiente es imputable al propio dañado;

...

ha de haber una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el acto normal o anormal de la Administración pública y el daño que ese acto ha producido, sin que intervengan elementos extraños que pudieran influir en la alteración del nexo causal; ya que no basta la inexistencia de fuerza mayor para inculpar en todo caso a la Administración, pues ha de haber el daño, la evaluabilidad económica y la individualización del mismo y la de ser además ese daño consecuencia de una actuación normal o anormal de la Administración pública en la expresada relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir y cambiar el nexo causal”

- Tribunal Supremo, sentencia de 23 de marzo de 1990 (EDJ 1990/3287)

“si bien es cierto que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es menester que el daño o perjuicio originado al reclamante sea consecuencia “exclusiva” del funcionamiento de un servicio público, como sinónimo de actividad o inactividad administrativa, siendo esencial la “nota de exclusividad” para que se pueda apreciar la relación de causalidad o nexo causal directo e inmediato entre los daños o lesión patrimonial sufrida y el funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa; no es menos cierto que para que dicha “nota de exclusividad” exonere a la Administración de la aludida responsabilidad es menester que se acredite la existencia -junto a la causa derivada directa o indirectamente del actuar del servicio público o actividad administrativa productora de la lesión patrimonial- de otra “concausa” producida por persona ajena a la administración que se interfiere significativamente en la anterior relación con entidad suficiente para producir el daño o perjuicio en el patrimonio del declarante, sin cuya “concausa” éste no se hubiera producido”

- TSJ La Rioja, sentencia de 4 de noviembre de 1997 (EDJ 15311)

“Además, y por esta última razón, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987, es preciso que en la relación de causa a efecto entre lesión y funcionamiento de los servicios públicos no “intervenga la conducta culposa del perjudicado, pues si esta intervención es tan intensa que el daño no se hubiese producido sin ella, es obvio que no puede imponerse a la Administración el resarcimiento de una lesión económica cuya causa evidente es imputable al propio dañado”.

La negligencia debe ser gravísima

- Tribunal Supremo, sec. 6ª, sentencia de 21 de desembre de 2004 (EDJ 219413)

“La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente- (Sentencia de 11 julio 1995), a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte (Sentencias de 11 abril 1986 y 7 octubre 1997).”

- Tribunal Supremo, sec. 6ª, sentencia de 22 de junio de 2002 (EDJ 33071).

“en el supuesto enjuiciado, se encontrase o no de servicio el policía fallecido, lo cierto es que, como se declara probado por el Tribunal “a quo”, cuando conversaba aquél con el matrimonio que regentaba la cafetería del Centro Policial de ..., para hacer un alarde de la seguridad que presentaban las armas de fuego, montó la suya y se la introdujo en la boca, en el convencimiento de tener el seguro puesto, disparándose con dicha arma causando su muerte, lo que constituye una imprudencia de tal magnitud por parte del infortunado funcionario de Policía, que, como correctamente entiende la Sala de instancia, queda descartada cualquier relación de causalidad entre el funcionamiento de servicio público y el luctuoso suceso, dado que la causa única y exclusiva de su muerte fue su temerario proceder, de modo que la sentencia recurrida no conculca lo establecido en los citados preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial de la Administración ni la doctrina jurisprudencial que, al interpretarlos, admite formas concurrentes de participación que moderan dicha responsabilidad y, por consiguiente, procede desestimar los motivos de casación primero y tercero.

- TSJ de Cataluña, sección 1ª, sentencia nº 18/2003 de 10 de enero

“... no aparece ningún elemento que permita afirmar la gravísima negligencia de la víctima, única apta para romper la relación causal, cuya prueba hubiera correspondido a la demandada -STS de 20 de octubre y 5 de diciembre de 1996 y 25 de febrero de 1999-“

- TSJ Cataluña, sección 4ª, sentencia nº 1137/2004 d'11 de noviembre (Ar Jur 2005/6712).

“La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente-, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.”

La negligencia del afectado o la intervención de tercero de ser la única causa determinante.

- Tribunal Supremo, sentencia de 20 de febrero de 1999 (EDJ 7545)

“En cuanto a la irrelevancia de la conducta de la víctima, hemos de recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado (Sentencia, entre otras, de 25 de octubre de 1996) que la prueba de su culpa pesa sobre la Administración que la esgrime, mientras que sólo cuando el comportamiento de un tercero fuese el único determinante del daño quedaría la Administración exonerada de su responsabilidad (Sentencias de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 y 16 de noviembre de 1998),”

- Tribunal Supremo, sentencia de 7 de noviembre de 1994 (EDJ 10115)

“La infracción de una norma, que impone determinadas obligaciones a los ciudadanos o administrados, conllevará el reproche o sanción que legalmente vengan establecidos al respecto, pero no exonera a la Administración de responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios causados a aquéllos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, salvo los casos de fuerza mayor o cuando no exista vínculo alguno de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado producido, pues dicha responsabilidad ha sido configurada legal y jurisprudencialmente como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en cuyos efectos reparadores podrá tener más o menos trascendencia la propia conducta del perjudicado como concausa del daño producido, hasta, en ocasiones, llegar a romper el exigible y aludido nexo causal con la subsiguiente excusa para la Administración.”

Concurrencia de responsabilidades

- Tribunal Supremo, sentencia de 15 de abril de 2000 (Ar 6255)

“Es cierto que esta Sala ha declarado (Sentencias de) que la Administración queda exonerada, a pesar de que su responsabilidad patrimonial sea objetiva, cuando es la conducta del perjudicado o de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público, pero también hemos venido repitiendo que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado

dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, que, de existir, moderan proporcionalmente la reparación a cargo de la Administración (Sentencias de)"

- Tribunal Supremo, sentencia de 4 de mayo de 1999 (EDJ 18565)

la jurisprudencia ha venido refiriéndose de modo general a un carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, no queda excluido que la expresada relación causal -especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos- pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad

- Tribunal Supremo, sentencia de 30 de octubre de 1990 (EDJ 1990/9883)

"...al concurrir un defectuoso funcionamiento del servicio público inherente al cuidado de las vías públicas con daños en la propiedad del demandante, valorables económicamente e individualizados en la persona del recurrente, concurriendo también como causa de los mismos el mal estado de la propiedad del reclamante, procede dar lugar al recurso, en parte, estimando que de la prueba practicada resulta que la causa de los daños es atribuible en idéntica medida a ambas circunstancias y, por ello, la indemnización solicitada del Ayuntamiento de Castilléjar procede ser concedida solamente en la mitad de su importe"

- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia nº 550/2003, de 15 de abril

"El examen objetivo de las circunstancias concurrentes en el accidente padecido por el Sr. Eusebio evidencia que, como sucede con frecuencia, cabe atribuirlo a dos focos causales. El primero radica en su propia actuación, falta de cuidado, pues por distracción o por otra causa a él imputable no se apercibió del pequeño desperfecto existente en la acera cuando bien pudo hacerlo y evitarlo al haber espacio más que suficiente como para dirigir sus pasos por otra parte de la acera. Su participación causal se establece en un 50%. El segundo se atribuye al Ayuntamiento por incumplimiento de su obligación legal de mantener las vías públicas de su competencia en las adecuadas condiciones de seguridad para sus usuarios, pues no consta que la citada anomalía datara de un tiempo tan próximo a los hechos objeto de este proceso que hubiese impedido la intervención de los correspondientes servicios municipales. Su intervención casual se fija en un 50%."

Intervención de terceros. Los vertidos de aceite y otros en la vía pública

- Tribunal Supremo, sentencia de 3 de diciembre de 2002 (EDJ 55752).

"por aplicación de los principios de la carga de la prueba contenidos en el artículo 1.214 del Código Civil, es claro que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, y salvo en el supuesto de hecho notorio le corresponde también a la Administración acreditar aquellas circunstancias de hecho que definen el standard de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos producidos por los mismos, sin que conste siquiera que la función de mantenimiento de la carretera se haya realizado, en la zona en que se produjo el accidente, en la forma habitual y correcta, prueba cuya carga no puede trasladarse al recurrente, siendo así que en el presente caso ha de aplicarse el principio de facilidad probatoria y, en definitiva, a la Administración le correspondía acreditar que, con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido y, en definitiva, proceder a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicarán la peligrosidad del pavimento. Y no es obstáculo a ello que en el presente caso la Sala de instancia, en ausencia de aquella actividad probatoria imputable a la Administración, considere que cabe presumir una actuación eficaz de la misma, cuando se desconoce el momento en que se produjo el vertido de la sustancia deslizante y sí éste ocurrió en fecha inmediatamente anterior al accidente

...

Y no cabe tampoco invocar, como hace la Diputación Foral de Vizcaya, el contenido de la Sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 1986 puesto que, a diferencia del caso presente, en el enjuiciado por esa sentencia se trataba de accidente provocado a consecuencia del derramamiento de aceite en una carretera, mientras que éste se produjo en una vía urbana, que constituye, según se afirma por la recurrida, una vía urbana principal del término de Portugalete, lo que determina la exigencia de un mayor control por parte del servicio encargado del mantenimiento y limpieza de la vía pública.

..

La Sentencia recurrida, en realidad, parte de una contradicción en sus propios términos con vulneración de lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil, pues después de aceptar la doctrina correcta que se deja más arriba expresada acerca de la carga de la prueba, pasa a continuación a trasladar dicha carga de la prueba al propio perjudicado a quién exige, indebidamente y con la infracción del artículo 1.214 del Código Civil, acreditar el momento en que se produjo el derrame del líquido causante del accidente al ser vertido en la vía pública. Por tanto, procede declarar haber lugar al recurso de casación para unificación de doctrina.”

- Tribunal Supremo, sentencia d'11 de febrero de 1987 (EDJ 1153)

“de lo actuado resulta patente la realidad de la mancha de aceite en el punto indicado, situado a la salida de una curva y cambio de rasante, pero sin embargo no se ha podido acreditar el origen de la misma, que presumible y fundadamente se atribuye el derrame a pérdida de un vehículo, sin que exista tampoco el menor antecedente acerca del momento en que tuvo lugar y por consiguiente si ocurrió horas o minutos antes de que se produjera el accidente de autos y de aquí se desprende en primer lugar, la intervención en el hecho causante del accidente, de un tercero desconocido pero ajeno a la Administración que ocasionó consciente o inadvertidamente la situación de peligro generadora del daño, con lo que se rompe ese preciso carácter directo entre el actuar administrativo y el perjuicio ocasionado de que antes se trató y sólo queda como vía de posible responsabilidad de aquélla, la omisión de la vigilancia debida a la carretera en la que apoya la parte actora en realidad su reclamación y sobre esto se ha de decir, que si bien es cometido del organismo correspondiente la vigilancia de las carreteras para mantenerlas útiles y libres de obstáculos de todo tipo que impidan o dificulten su uso con las debidas garantías de seguridad y consta en el expediente que tal función de policía se realizaba en aquella zona en la forma habitual, la naturaleza indicada del factor causante del accidente y la posibilidad de que se hubiera producido poco antes de ocasionarse aquél, hace que, por muy estricto concepto que se tenga de esa función de vigilancia, no quepa imputar a la Administración en el caso de autos incumplimiento de aquélla o cumplimiento defectuoso de la misma, por no eliminar perentoriamente y con toda urgencia una mancha de aceite, que en un momento determinado se puede producir de forma tan repentina como impensable y de consiguiente, falta ese nexo causal preciso entre el daño ocasionado y el actuar de la Administración en el mantenimiento del servicio público de carreteras que habría de servir de base para que aquél pudiera estimarse “consecuencia” del obrar de ésta”

- TSJ País Vasco, sentencia nº 762/1999 de 11 de noviembre (EDJ 59399).

“No queda excluido que se establezca la imputación de la responsabilidad a la Administración en los supuestos de daños producidos con ocasión de accidentes de tráfico en los que la situación de peligro inminente en la circulación se origina a causa de la acción directa de terceros sobre la calzada; y, en concreto, en los supuestos de que dicho peligro se produce por la presencia en la calzada de sustancias oleaginosas derramadas desde vehículos que circulan sobre la misma con anterioridad al siniestro. El presupuesto necesario en estos casos es que el funcionamiento del servicio público opere, de forma mediata, como un nexo causal eficiente (sentencias de la Sala Tercera del TS de 8 de octubre de 1986 y 11 de febrero de 1987.

Debe repararse, sin embargo, en que el nexo causal ha de establecerse en estos supuestos con relación:

a) O bien, a una situación de inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos

de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico que se prescriben en el art. 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras.

b) O bien, con relación a una situación de ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro de pavimento deslizante que prescribe el art. 57 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en relación con el art. 149.5, P-19, del Reglamento General de Circulación, aprobado por el Real Decreto 13/1992, de 17 de enero.

De forma que, para la apreciación de la responsabilidad de la Administración cuando concurre la actividad de tercero y la inactividad de la Administración, debe tenerse en cuenta el criterio jurisprudencial señalado en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1993 -en el mismo sentido las SS. TS de 27.11.1993 y 31.1.1996- a cuyo tenor "...ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad (por mera inactividad de la Administración) cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado...".

A este efecto, el examen de la relación de causalidad entre el daño y la inactividad de la Administración en la prevención de situaciones de riesgo, ha de dirigirse a dilucidar, como se señala en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997 "...sí, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad de servicio público a su cargo, se incluye la actuación necesaria para evitar el menoscabo". Aportándose, en la propia sentencia, el siguiente criterio metodológico:

"...Para sentar una conclusión en cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino también a una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución Española a la actuación administrativa".

...

En consecuencia, en los supuestos de daños causados a los usuarios del servicio de carreteras por la presencia en la calzada de sustancias oleaginosas derramadas desde vehículos que circulan sobre la misma con anterioridad al siniestro, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del substrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración.

En tanto que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, salvo en el supuesto de hecho notorio; en el caso de ser controvertido, le corresponde, también, a la Administración la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos, en el caso de que se actúen tales situaciones de riesgo."

Diligencia exigible

- Tribunal Supremo, sección 6, sentencia de 13 de octubre de 2008, recurso nº: 5030/2004

Esta perspectiva explica la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, pese al carácter esencialmente voluntario del suicidio, declara en ocasiones la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración por la muerte que se inflige a sí misma una persona sometida a su custodia por estar cumpliendo una pena privativa de libertad, encontrarse detenida o ingresada en un centro frenopático. Así, considerando la previsibilidad del evento y la ausencia de medidas precautorias por parte de la Administración, hemos declarado la responsabilidad patrimonial al apreciar la existencia de un nexo causal entre el fatal desenlace y la omisión de las autoridades y funcionarios que no desarrollaron la diligencia exigible para evitar un resultado predecible

Fuerza mayor

- Tribunal Supremo, sección 4, sentencia del 12 de marzo de 2008, recurso 4143/2005

“según declaramos en nuestra sentencia de dos de junio de mil novecientos noventa y nueve - recurso de casación 4966/1993 -, «la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al suceso que esté fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, como guerras, terremotos, etc., pero no aquellos eventos internos intrínsecos insitos en el funcionamiento de los servicios públicos”

- Tribunal Supremo, sentencia de 3 de mayo de 1995 (EDJ 2197).

“resulta manifiesto que los daños producidos en las propiedades de los reclamantes tuvieron por causa fundamental, próxima e inmediata aquellas lluvias torrenciales caídas en la tarde del 4 de Noviembre de 1993, ciertamente calificables como supuesto de fuerza mayor en cuanto supuesto imposible de prever o inevitable, enervante desde luego, cual expresábamos con anterioridad, de la concreta imputación que se pretende anudar a la actividad municipal”

- Tribunal Supremo, sentencia de 3 de octubre de 1994 (EDJ 8101).

“El concepto jurídico de fuerza mayor -art. 1105 CC- está reservado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a los acontecimientos ajenos a las previsiones típicas de cada actividad, o, como señala la sentencia de la antigua Sala 4ª del Tribunal Supremo de 3 noviembre 1988, “al suceso que esté fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, pero no aquellos eventos internos intrínsecos, insitos en el funcionamiento de los servicios públicos”, sin que unas fuertes lluvias en la Provincia de Asturias puedan considerarse tan imprevisibles que deban, sin más, encuadrarse en el supuesto exonerante de fuerza mayor”

Límite al providencialismo

- Tribunal Supremo, sentencia de 27 de julio de 2002, Peces Morate, Jesús Ernesto (EDJ 35005)

la Administración no es responsable de cualquier resultado lesivo o dañoso que se origine durante el transcurso de la actividad de un servicio público sino sólo de aquéllos que sean consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de dicho servicio, y en este caso sólo está acreditado que la lesión se produjo durante la realización de una actividad extraescolar pero no que fuese consecuencia de tal actividad,

Consideramos nosotros que la consecuencia derivada de una interpretación laxa del citado precepto hasta el extremo de convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, es la más perturbadora para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal, aunque sea por razones tan atendibles jurídicamente como es la de evitar el desvalimiento de una persona que ha sufrido un grave quebranto en su salud, para lo que, sin embargo, no está concebido el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas si no concurren los requisitos para declararla y que debe tener amparo por otras vías no menos eficaces, y, en cualquier caso, más justas para paliar un problema siempre que no concurren todos los requisitos legalmente establecidos para que nazca dicha responsabilidad patrimonial por más que ésta sea objetiva o de resultado, razones todas que nos llevan a estimar el motivo de casación invocado por el Abogado del Estado con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida y el deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según establece el artículo 102.1.3º de la Ley de esta Jurisdicción reformada por Ley 10/1992.

- Tribunal Supremo, sentencia de 14 de octubre de 2003 (EDJ 147182).

“la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas, en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico. Y, en la sentencia de 13 de noviembre de 1997, (recurso 4451/1993), también afirmamos que “Aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia de esta Sala, como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración, en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla”.

Carga de la prueba.

- Tribunal Supremo, sentencia de 16 de mayo de 2003 (EDJ 35212)

“el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración del Estado impone, según declaramos, entre otras, en nuestras sentencias de nueve de abril y veintiséis de noviembre de dos mil, que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima para considerar roto el nexo causal corresponde a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionada a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.” (en el mismo sentido, la sentencia de la sección 6ª de 21 de marzo de 2007, procedimiento nº 67/2006)

“...la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima, suficientes para considerar roto el nexo de causalidad corresponde a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó al daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quién padeció el perjuicio actuó con prudencia...”

- Tribunal Supremo, sentencia de 3 de diciembre de 2002 (EDJ 55752).

“por aplicación de los principios de la carga de la prueba contenidos en el artículo 1.214 del Código Civil, es claro que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, y salvo en el supuesto de hecho notorio le corresponde también a la Administración acreditar aquellas circunstancias de hecho que definen el standard de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos producidos por los mismos, sin que conste siquiera que la función de mantenimiento de la carretera se haya realizado, en la zona en que se produjo el accidente, en la forma habitual y correcta, prueba cuya carga no puede trasladarse al recurrente, siendo así que en el presente caso ha de aplicarse el principio de facilidad probatoria y, en definitiva, a la Administración le correspondía acreditar que, con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido y, en definitiva, proceder a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicarán la peligrosidad del pavimento. Y no es obstáculo a ello que en el presente caso la Sala de instancia, en ausencia de aquella actividad probatoria imputable a la Administración, considere que cabe presumir una actuación eficaz de la misma, cuando se desconoce el momento en que se produjo el vertido de la sustancia deslizante y sí éste ocurrió en fecha inmediatamente anterior al accidente

..

La Sentencia recurrida, en realidad, parte de una contradicción en sus propios términos con vulneración de lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil, pues después de aceptar la doctrina correcta que se deja más arriba expresada acerca de la carga de la prueba, pasa a continuación a trasladar dicha carga de la prueba al propio perjudicado a quién exige,

indebidamente y con la infracción del artículo 1.214 del Código Civil, acreditar el momento en que se produjo el derrame del líquido causante del accidente al ser vertido en la vía pública. Por tanto, procede declarar haber lugar al recurso de casación para unificación de doctrina.”

- Tribunal Supremo, Sala Civil, sentencia nº 1038/1999, de 9 de diciembre (EDJ 35044).

“responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud, a la que debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también repetida y que es preciso recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, las SSTs de 13 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre de 1998), que, como expresa la STS 29 de junio de 1999, “corresponde a la regla “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del Anscheínsbeweis (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la “faute virtuelle” (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima”.

...

sí aparece, como dice la STS de 2 de diciembre de 1996, una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”

- TSJ País Vasco, sentencia nº 543/2000 de 8 de junio (EDJ 30951).

“Tercero.- Criterios de distribución de la carga de la prueba.

Guarda, también, una evidente importancia la identificación de los criterios de aplicación a estos supuestos de los principios generales de distribución de la carga de la prueba.

Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación de la remisión normativa establecida en los artículos 74.4 y Disposición Adicional Sexta de la Ley Jurisdiccional de 1956 (artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1.214 de código civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho (‘semper necesitas probandi incumbit illi qui agit’) así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (ei incumbit probatio qui dicit non qui negat) y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios (notoria non egent probatione) y los hechos negativos (negativa non sunt probanda). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor; (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio y 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998).

La regla general antedicha pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del substrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración.

En tanto que en el caso de ser controvertido, le corresponde a la Administración la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial; y, también, le corresponde la carga de probar la concurrencia de acontecimientos que producen la ruptura del nexo causal, no siendo exigible de la parte reclamante ni demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia (sentencias de la Sala Tercera (6ª) del Tribunal Supremo de 9 de marzo y 28 de octubre de 1998)."

- TSJ Catalunya, sección 4ª, sentencia nº 1137/2004, d'11 de noviembre (Ar Jur 2005/6712).

"El carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia"

Inversión de la carga de la prueba

- Tribunal Supremo, Sala civil, sección 1, sentencia nº 194/2006, de 2 marzo.

"la jurisprudencia no ha aceptado la inversión de la carga de la prueba más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño especialmente obligada a ella por sus circunstancias profesionales o de otra índole). En el caso enjuiciado la colocación de una manguera de pequeño tamaño en la vía pública para el riego habitual de los jardines no supone un riesgo extraordinario que justifique la inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados"

VII.- Responsabilidad del contratista

- Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sentencia d'1 de febrero de 2003 (recurso nº 1989/98).

"se liberó de responsabilidad patrimonial alguna al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz a consecuencia de la inundación producida por rotura del colector de la calle Blas de Otero, declarándose en el fundamento de derecho 5º, párrafo décimo: "Así, la alegada relación de causalidad entre el anormal funcionamiento del servicio público ... y el daño alegado, se rompe por la acción de un tercero, el contratista..."».

Responsabilidad por actos del contratista. Falta de determinación inicial de responsable.

- Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 6ª, sentencia de 22 de mayo de 2007, rec. 6510/2003.

(artículo 98 de la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas) "El propio precepto, partiendo de esta titularidad administrativa, prevé que los terceros perjudicados se dirijan al órgano contratante, que con audiencia del contratista determina cuál de las partes contratantes ha de responder de los daños, propiciando con ello que el interesado pueda combatir tal determinación o si la acepta ejercitar la acción correspondiente. En todo caso, la Administración ante el planeamiento del tercero perjudicado, si entiende que la responsabilidad corresponde al contratista, lo remitirá al ejercicio de la acción pertinente contra el mismo y, en otro caso, seguirá el procedimiento establecido en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, cuyo art. 1.3 dispone su aplicación "para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios".

En este caso, ante la solicitud formulada por la entidad perjudicada a la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, en la que incluso se hace referencia a la intención de llegar a un acuerdo amistoso, la Administración, sin efectuar pronunciamiento sobre la parte contratante a la que corresponde la responsabilidad por los daños invocados, procedió a abrir el correspondiente expediente al amparo del referido art. 1.3 del Real Decreto 429/93, dictando la resolución desestimatoria que fue objeto de impugnación en la instancia.

Con tal forma de actuar, la Administración asumió la reclamación como referida a perjuicios causados a terceros de los que se describen en el citado art. 1.3 del R.D. 429/93, a la vez que excluía la remisión del perjudicado al ejercicio de la acción directamente frente al contratista, al no pronunciarse expresamente sobre la parte contratante responsable, con el carácter previo que establece el citado art. 98 de la Ley 13/95, de manera que es la propia actuación administrativa la que determinó que no se reclamara la responsabilidad directamente del contratista y que, por lo tanto, no operara de forma directa y sin necesidad de repetición lo previsto en el art. 98 de la Ley 13/1995.”

- Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 6ª, sentencia de 30 de octubre de 2003, rec. 3315/1999, EDJ 2003/147204.

“esta Sala no desconoce que en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas jurisprudenciales y así lo recuerda la sentencia de 6 de octubre de 1994:

“Una tesis que es la de la sentencia ahora recurrida, ha entendido que el art. 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista.

Esta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al dictamen de 18 de junio de 1970.

La segunda tesis es la que interpreta el art. 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto.

En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista”, tesis que mantienen también las sentencias entre otras de 19 de febrero de 2002 y 11 de julio de 1995 .

Esta segunda línea jurisprudencial, afirma la sentencia de 30 de abril de 2001, es la tesis correcta a juicio de nuestra Sala “no sólo porque el texto del artículo 134 citado es clarísimo en su misma redacción literal, pues carece de sentido –pues atenta el principio de economía procesal- que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo”.

La recurrente no obstante sostiene la primera de las tesis expuestas y en estos términos está, por tanto, planteado el debate ante nuestra Sala.

Hemos ya anticipado cuál es la interpretación correcta –deducida de su propia redacción literal- del artículo 134 del Reglamento de contratos de 1975, aplicable al caso que nos ocupa. Así la cosa, lo correcto hubiera sido proceder conforme a lo establecido en el párrafo tercero de dicho precepto, que dice:

“Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 12 de febrero de 2000, rec. 3342/1992. EDJ 2000/3981.

“Ante la reclamación del propietario del edificio arruinado por efecto de la rotura de la red municipal de agua potable, el Ayuntamiento demandado, en lugar de desestimar la pretensión indemnizatoria por no considerarse responsable de tal servicio, debió proceder en la forma indicada por los citados artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 137 de su Reglamento, una vez oído por quince días el concesionario permitiéndole aportar los medios de prueba que estimase necesarios y sin perjuicio de la impugnación ante esta jurisdicción de la resolución adoptada

...

de lo dispuesto concordadamente por los ya citados artículos 54 de la Ley de Bases de Régimen Local, 223 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, 128.1, 3ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, 72.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y 218.3 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, se deriva la responsabilidad extracontractual de la entidad concesionaria del servicio público de suministro de agua y alcantarillado, ya que los daños y perjuicios causados no tuvieron su origen en cláusula alguna, de ineludible cumplimiento, impuesta por la Administración a la concesionaria ni fueron consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, sino que derivaron de una incorrecta conservación de la red de agua potable del municipio.

...

La actuación del Ayuntamiento demandado, al incumplir el deber que tenía de resolver en la forma establecida por los artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 137 de su Reglamento y después en sede jurisdiccional alegar que por tratarse de un servicio público concedido no tenía responsabilidad alguna, la cual, en su caso, sería del concesionario, es demostrativa de temeridad, por lo que, según establece el artículo 131.1 de la Ley de esta Jurisdicción, ha de soportar todas las costas”

- TSJ Cataluña, Sala contencioso administrativa, sec. 4ª, sentencia nº 213/2006 de 21 de febrero de 2006, rec. 189/2003. EDJ 2006/266495.

“Aunque sea evidente la responsabilidad de la empresa que encargó las obras, empresa municipal encargada de la gestión del alcantarillado, CLAVEGUERAM S.A., también concurre responsabilidad del Ayuntamiento y en este punto debe precisarse:

1º) Que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente –por todas, sentencias de 9 de mayo de 1989 y 12 de febrero de 2000 – que la Administración, titular del servicio público –para el caso, servicio de alcantarillado o suministro de agua potable-, no puede en modo alguno desentenderse de los daños causados por la actuación de la empresa que gestiona el indicado servicio, con lo que ha de resolver sobre la procedencia de la indemnización y sobre quien debe pagarla, quedando así obligada a responder, bien que quepa repetir contra la empresa contratada. En aplicación del precepto que se acaba de reproducir, esta Sala ha venido considerando y por ende al presente supuesto, que en aquellos casos en que la Administración se limita a declinar su responsabilidad en los hechos, sin indicar al perjudicado a cuál de las partes contratantes corresponde responder por los daños causados, esta omisión por parte de la Administración constituye motivo suficiente para atribuir la responsabilidad por daños a la propia Administración, sin que pueda verse exonerada por la aplicación del párrafo primero del precepto, que, con carácter general, atribuye la obligación de indemnizar a la empresa contratista y ello, porque la resolución que dicte la Administración asumiendo o no la responsabilidad, es susceptible de recurso en esta vía contencioso- administrativa, tanto por el perjudicado como por la empresa contratista, lo que ha llevado a considerar que, cuando la Administración demandada incumple lo dispuesto y no da a conocer al perjudicado, si de los daños por él sufridos debe responder la propia Administración o bien el contratista de las obras, a tenor del artículo citado, la Administración no puede exonerarse de responsabilidad, imputándose a ella el resarcimiento de los daños causados.

...

3º) Las obras se ejecutaban para mejorar o reparar unos servicios que son de su competencia conforme al art. 25.2º-I) de la Ley de Bases de Régimen Local . Si la Administración Local, en uso de sus competencias sobre la materia, utiliza la forma privada gestionando tanto el servicio como su mantenimiento como mejora a través de una empresa, en el presente caso de capital publico, pudiendo también acudir al ámbito privado y contratarla, lo único que se produce es un derecho de repetición que tiene la Administración municipal contra la empresa que tiene la gestión o contratada y que, eventualmente, no ha cumplido debidamente con la gestión encomendada. Pero frente al ciudadano afectado, el Ayuntamiento también se presenta como directo responsable por “culpa in eligendo o in vigilando” con respecto a la actuación de la empresa –municipal o privada- a la que se cedió, por decisión plasmada en Ordenanza Municipal, la gestión del servicio público. Lo anterior no excluye que el Ayuntamiento pueda ejercitar la indicada acción de repetición contra la empresa concesionaria.

...

En el caso planteado, la Corporación demandada, lejos de seguir el procedimiento establecido en el artículo 98 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se limitó a rechazar la reclamación con base en la existencia de un contratista, pero sin pronunciarse concretamente como el precepto exige, con lo cual lo que hizo fue eludir su propia responsabilidad frente al perjudicado, reclamante en la vía administrativa previa y a ella debe por tanto ser impuesta (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1980 y 12 de febrero de 2000; del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 20 de abril de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Burgos, de 10 de mayo de 2002 TSJ o de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2004).”

- TSJ Cast-León (Bur) Sala contencioso administrativa, sentencia nº 198/2003 de 7 de mayo de 2003, recurso 139/2001. EDJ 2003/31775.

“Ante un supuesto de responsabilidad del contratista, el procedimiento es meridianamente claro; (art. 97.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio) y que supone que los terceros deberán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. No obstante la reclamación de aquéllos lesionados se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto; es decir conforme a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (tras ref. de 1999) y conforme al R.D. 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. Sin embargo, la administración demandada, lejos de acatar la legalidad vigente, simplemente se limitó a “significar” que la citada reclamación deberá ser dirigida a “PROINTEC, S.A.”, con domicilio en la calle julio Saez de la Hoya, núm. 8, empresa adjudicataria de la construcción y explotación del referido aparcamiento, recordando el artículo 161 del Real Decreto Legislativo 2/2000,16 de junio.

No consta que la administración demandada haya seguido el procedimiento indicado, sino que emplaza a la parte reclamante a dirigir sus pretensiones a la mercantil adjudicataria. En consecuencia, resulta insostenible que el ayuntamiento de Burgos se escude en su propio incumplimiento de la legislación y del procedimiento aplicable para negar su responsabilidad. Debíó el órgano de contratación (Pleno del Ayuntamiento) oír al contratista y posteriormente pronunciarse sobre la responsabilidad exigida. Al no haberlo hecho, no puede negar su responsabilidad.”

- TSJ Madrid, Sala contencioso administrativo, sentencia nº 1437/2004 de 30 de septiembre de 2004, recurso nº 51/2001. EDJ 2004/188608.

“En conclusión existía una falta de elementos de protección imputable tanto a la entidad “Coarsa S.A.” que realizaba las obras, y que debió adoptar otras medidas mas seguras, mas aún cuando se asegura que las vallas eran a veces retiradas por personas ajenas a la obra.

Y la responsabilidad del Ayuntamiento de Madrid deviene del mecanismo de la culpa “in eligendo” pues es responsable de la actuación de la contratista y por el mecanismo de la culpa in vigilando del Ayuntamiento al omitir, la debida inspección de la obra y de sus condiciones siendo el

Ayuntamiento responsable de que todos los elementos que se encuentre en los espacios municipales se encuentran en las debidas condiciones.

La responsabilidad de la entidad aseguradora “•urcí España, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.” deviene del contrato de seguro que mantiene con el Ayuntamiento, existiendo acción directa por parte del perjudicado, ya que el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre EDL 1980/4219, de Contrato de Seguro, establece que el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

....

Ahora bien que ocurre cuando como en el caso presente el Órgano de Contratación, en este caso el Ayuntamiento de Madrid niega dicha responsabilidad omitiendo todo procedimiento para reclamar la responsabilidad al contratista al que ni siquiera ha oído.

Esta cuestión la ha resuelto este Tribunal en Sentencia de 16 noviembre de 2000 en la que señalamos que el procedimiento era que estableció en su día el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa: según el cual “Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quien debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121.

Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso”.

Este precepto, complementado por el artículo 137 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (hoy derogado por Real Decreto 429/1993, de 26 marzo), regula así un procedimiento especial que se aparta de las reglas ordinarias, constituyendo a la Administración en árbitro entre el particular reclamante y el concesionario del servicio público causante de la lesión y permitiendo la posterior revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la resolución que se dictare, bien a instancia del particular o del concesionario.

Por otro lado, la Administración ante quien se dirige la reclamación, debe pronunciarse, en primer término, por la procedencia de la indemnización, según se derive o no del servicio público concedido la lesión sufrida por el particular, y, caso de estimar procedente aquélla, optar entre hacerse cargo de su pago o imponer tal obligación al concesionario.

La singular posición que asume en este procedimiento la Administración que está obligada a dar al concesionario traslado de la reclamación por quince días para que, previamente a dictarse resolución, exponga lo que a su derecho convenga y aporte cuantos medios de prueba estime necesarios (artículo 137 b) de dicho Reglamento) crea en la misma el deber de pronunciarse frente a tal reclamación, por lo que su incumplimiento ha de traducirse, para garantizar los derechos del particular reclamante, en la directa atribución de la responsabilidad patrimonial a la Administración, caso de que concurran los demás presupuestos exigidos por el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, aunque la lesión se haya producido en el marco de un servicio público concedido u obra pública contratada y el daño no tenga su origen en una cláusula de ineludible cumplimiento impuesta al concesionario; todo ello sin perjuicio, claro es, de repetir posteriormente la Administración contra el concesionario el pago que hiciera.

Así lo entendió la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1980, al establecer que en el caso de servicio público prestado mediante concesionario, tiene lugar la interposición de una empresa privada que presta el servicio, situándose en una relación de derecho público respecto de la Administración pero en posición de derecho privado respecto de los particulares, con ese efecto, precisamente querido, de interposición de otra persona, de suerte que en su esfera de actividad ya no puede hablarse de empresa administrativa ni de imputación por articulación orgánica de la Administración.

La consecuencia, obviamente sería la de que sus actos dañosos no serían susceptibles de imputarse a la Administración sino a la empresa y así precisamente lo declara el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y 72.3 de la de Contratos del Estado, respecto del concesionario

aplicable supletoriamente a las Corporaciones Locales por virtud de la Disposición Adicional 2ª de su Reglamento de Contratación prescripciones normativas que, si no dejan duda acerca de este extremo, contemplan la posibilidad de un supuesto en que sí es imputable el daño a la Administración, es decir, cuando tenga su origen “en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste”; claro está que sin duda como consecuencia de esta excepción y del carácter decisivo y prioritario que la determinación de estas excepciones puede tener para la Administración, se reconoce a ésta la competencia para decidir, tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quien debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121 (art. 123 de la Ley de Expropiación Forzosa).

En el caso, la Corporación demandada, lejos de proceder de ese modo, se limitó a rechazar la reclamación pero sin pronunciarse concretamente como los preceptos citados exigen, con lo cual lo que hizo fue eludir su propia responsabilidad frente al perjudicado, reclamante en la vía administrativa procedente, y a ella debe por tanto serle impuesta, sin perjuicio de su desplazamiento sobre el responsable.”

VIII.- Otros supuestos de responsabilidad concurrente

Doctrina civil sobre la solidaridad en la responsabilidad extracontractual

- Tribunal Supremo, Sala civil, sentencia de 8 de febrero de 1991 EDJ 1991/1292.

“la referida situación litis consorcial no deviene forzosa en los supuestos de responsabilidad extracontractual, en razón a la solidaridad que se produce entre las personas que pudieron resultar obligados, que faculta al perjudicado a dirigir su acción contra cualquiera de ellos como así tiene declarado la Sala en reiterada jurisprudencia”.

Responsabilidad solidaria limitada a los casos en que no es posible individualizar

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 4ª, sentencia de 28 de junio de 2006, rec. 329/2003. EDJ 2006/98795.

“como declara su sentencia de 20 de julio de 1989 “la creación jurisprudencial del principio de responsabilidad solidaria en la construcción opera en las hipótesis en que la ruina de la edificación (ruina física o ruina funcional) se haya producido por la concurrencia de varias concausas, unas atribuibles a la dirección y otras a la ejecución, sin posibilidad de discernir las consecuencia de cada una –Sentencias entre otras, de 17 de junio y 30 de diciembre de 1985-, de modo que la responsabilidad solidaria de los distintos elementos personales que cooperaron en la edificación sólo está justificada en caso de no poder individualizarse la correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos, por lo que es manifiesto que cuando no se da tal presupuesto de hecho por haberse precisado la atribuible a cada uno de ellos, como sucede en el presente caso, la prestación de responsabilidad solidaria no puede prosperar –así Sentencia, por ejemplo, de 12 de junio de 1987”.

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 12 de diciembre de 2001, rec. 9171/1997. EDJ 64961.

“La expresión “fórmulas colegiadas de actuación”, de evidente imprecisión y falta de corrección terminológica, como ha puesto de relieve la Doctrina, ha sido interpretada por la Jurisprudencia, entre otras, puede citarse la Sentencia de 23 de noviembre de 2000, en los siguientes términos:

“El principio de solidaridad entre las Administraciones Públicas concurrentes a la producción del daño resarcible emana, como dice la Sentencia, de 15 de diciembre de 1993, de la normatividad inmanente a la naturaleza de las instituciones no sólo cuando, a partir de la entrada en vigor del artículo 140 de la Ley del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, se dan fórmulas “colegiadas” de gestión, sino también al margen de este principio formal, cuando lo impone la efectividad del principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre ellas.

Sin embargo, tales soluciones carecen de sentido cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad, bien desde el punto de vista formal, atendiendo al criterio de ejercicio de la competencia, bien desde el punto de vista sustantivo acudiendo al criterio del beneficio, revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés del tutelado por una de las Administraciones intervinientes. En estos casos, se impone atribuir la legitimación a la Administración a la que corresponde el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto de vista del desempeño de la actividad o servicio causante del servicio y su relevancia como causa eficiente”.

Suficiencia del recurso contra uno de los responsables en caso de responsabilidad solidaria

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 29 de junio de 2002, rec. 1635/1998. EDJ 2002/34296.

“...tanto el Ayuntamiento como la Administración autonómica ostentan competencias en la actividad desarrollada en el establecimiento incendiado, De modo que se está ante un posible supuesto de responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, que, como había declarado la jurisprudencia y ha recogido la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (art. 140) podría resultar solidaria, y, por consiguiente, la reclamación hecha a uno de los deudores solidarios perjudica a los demás, según lo establecido por el art. 1141, párrafo segundo, del Código civil.

En este caso, los demandantes dirigieron un escrito a la Diputación Eneoroal de Aragón, en el que, como la propia sentencia recurrida admite, hacían referencia a las infracciones administrativas del Ayuntamiento de Zaragoza, reclamando la responsabilidad patrimonial de ambas Administraciones por tales infracciones.

Si la responsabilidad de una y otra Administración, autonómica y local, pudiera ser solidaria y la reclamación se dirigió a una de ellas, según lo establecido en el indicado precepto del Código civil, perjudica a la otra...”.

IX.- La posición de les compañías de seguros

Responsabilidad solidaria de la aseguradora

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 19 de septiembre de 2006, rec. 4858/2002, EDJ 266036.

“la posición jurídica de la compañía aseguradora del Ayuntamiento demandado en el proceso como codemandada, cuestión no debatida y que resulta ya incuestionable tras la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre a los arts. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2.e) y 21.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, ya se constituya por la personación en tal concepto en el proceso, en defensa de sus intereses afectados, o bien porque el perjudicado ha ejercitado la acción de reparación no sólo contra la Administración autora del acto perjudicial sino que también ha ejercitado conjuntamente la acción contra dicha aseguradora en su condición de tal y dada su responsabilidad en virtud de la Ley de Contrato de Seguro.

En este caso la perjudicada se dirigió en vía administrativa ante el Ayuntamiento de Alacuás, impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa el decreto desestimatorio de la reclamación dictado por dicho Ayuntamiento, pero una vez personada dicha Compañía en el proceso, la parte recurrente se dirige contra la misma en la demanda, para formular en el suplico las referidas pretensiones de responsabilidad solidaria y abono de intereses en la cuantía establecida en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

La primera pretensión ha de estimarse, pues como señala el art. 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, responsabilidad que determina el interés de la Compañía aseguradora en el proceso, en cuanto está en cuestión la

declaración del derecho a la indemnización a favor del tercero perjudicado por la actuación de la Administración, de la que la compañía debe responder solidariamente, dentro de los límites establecidos en la ley y el contrato, previéndose acción directa del perjudicado en el art. 76 de dicha Ley. Así lo ha entendido la jurisprudencia que se refiere a dicha solidaridad, entre otras, en sentencias de la Sala Primera de 13 de junio de 1991 y 7 de marzo de 2001 EDJ 2001/2043, señalando esta última que “entre asegurador y asegurado priva la relación contractual, pero ambos son deudores directos frente al perjudicado por ministerio de la ley.

Tal acción directa es una facultad procesal que la ley concede al perjudicado y da lugar a una responsabilidad solidaria de causante del daño y compañía aseguradora”. No son obstáculo para ello las alegaciones efectuadas de contrario, ya en este recurso de casación, poniendo en cuestión dicha responsabilidad al no haberse ejercitado la acción correspondiente ni acreditado la existencia y alcance del negocio entre la Administración y la aseguradora, en virtud del cual, por ejemplo, existe un límite por siniestro y víctima de 25.000.000 pesetas, pues la existencia de dicho contrato de seguro se pone de manifiesto ya en el propio decreto de 10 de diciembre de 1998 impugnado, que se refiere expresamente a “Seguros C., S.A.S.R.” como entidad aseguradora de la responsabilidad civil del Ayuntamiento; la compañía aseguradora se personó en el recurso como codemandada y la perjudicada formuló contra la misma la correspondiente pretensión de declaración de su responsabilidad, en forma contradictoria y en virtud de la relación contractual con la Administración que se ha planteado en el proceso; y el hecho de que no se especifiquen los límites del contrato no impide la declaración solicitada, con la salvaguarda de los mismos, como señala el referido art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro.

Intereses especiales del artículo 20 de la Ley 50/80. Requisitos

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 19 de septiembre de 2006, rec. 4858/2002. EDJ 266036.

“...Distinta respuesta ha de recibir la pretensión de que se señalen como intereses a satisfacer por la compañía aseguradora el 20% en aplicación del art. 20 de la Ley Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , según el cual:

“Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas:

1ª) Afectará, con carácter general, a la mora del asegurador respecto del tomador del seguro o asegurado y, con carácter particular, a la mora respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil y del beneficiario en el seguro de vida...

Las previsiones del precepto se dirigen a gravar la demora del asegurador en la satisfacción de la indemnización de los daños y perjuicios en su relación directa con el tomador del seguro o asegurado en general y con carácter particular, respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, como resulta del núm. 1 del precepto en relación con el número 6º, párrafo tercero EDL 1980/4219 q, que se refiere a la reclamación o acción directa formulada por el tercero perjudicado, en cuanto la demora en el reconocimiento del siniestro y la correspondiente reparación es imputable a la compañía aseguradora que interviene.

Así se desprende del número 8º de dicho precepto EDL 1980/4219 , según el cual, “no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”, como sucede en supuestos como el presente en el que la reclamación no se formula directamente a la aseguradora sino a la Administración, lo que tuvo lugar, además, el 28 de octubre de 1998, es decir, más de tres años después de que se produjeran los hechos, la cual denegó la existencia de responsabilidad patrimonial que sólo se determinó a través de la sentencia ahora recurrida, de manera que no puede imputarse a la compañía aseguradora la demora en el pago de la indemnización en relación con el momento en que se produjeron los hechos, que es imputable, primero a la actitud de la propia recurrente en la formulación de la reclamación años después y, segundo, a la necesidad de reconocimiento judicial del derecho de la recurrente frente a la Administración, cuya demora y subsiguiente perjuicio patrimonial se sujeta, en su caso, a la correspondiente actualización y abono de intereses, como establece el art. 141.3 de la Ley 30/92,

de 26 de noviembre EDL 1992/17271 , sin que pueda hacerse de peor condición a la entidad aseguradora, a la que no es imputable en este caso la demora, sujetándola al pago de unos intereses muy superiores, debiéndose aplicar, por lo tanto, el mismo criterio que se establece para la demora de la Administración.

En tal sentido, la Sala Primera de este Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de marzo de 2000 EDJ 2000/1934 , que cita las de 19 de junio EDJ 1997/6161 y 10 de julio de 1997 EDJ 1997/6072 , exige para la aplicación de los intereses establecidos en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , entre otras circunstancias, que no exista causa justificada de la falta de pago. Por su parte, a sentencia de la misma Sala de 29 de noviembre de 2005 EDJ 2005/207172 , haciendo referencia a dicha doctrina, señala entre los supuestos en que se estima que concurre una circunstancia que libera a asegurador del pago de los referidos intereses moratorios (art. 20 LCS), el caso de que la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional; con más motivo cuando, como sucede en este caso, ello es preciso no sólo para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial y la subsiguiente responsabilidad del asegurador sino para la determinación de la indemnización procedente. En consecuencia esta pretensión debe desestimarse.”

Forma de aplicar el interés especial del artículo 20 LCS

- Tribunal Supremo, Sala civil, sentencia nº: 251 d'1 de marzo de 2007, recurso nº 2302/2001.

“El recurso de casación somete a la consideración de la Sala la interpretación de la regla 4ª del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, en su redacción dada por Ley 30/1995, de 8 de noviembre, conforme a la cual: “La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 %; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial”.

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 %”.

El problema surge al determinar si el interés moratorio del 20% se aplica automáticamente, una vez transcurrido el segundo año desde la fecha del siniestro, o si este interés será el legal del dinero incrementado en un 50% hasta el segundo año, atendiendo a su cómputo por días, y a partir de este segundo año al tipo del 20%, si aquel resulta inferior.

Es lo que en la doctrina, y en distintas y contradictorias sentencias de las Audiencias Provinciales, se conoce como la teoría del tramo único o de los dos tramos de interés.

...

durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 por cien. A partir de esa fecha, el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20 por cien, con un tipo mínimo del 20 por cien si no lo supera, y sin modificar, por tanto, los ya devengados diariamente hasta dicho momento”

X.- Plazo para ejercer la acción de responsabilidad

El principio de la *actio nata*

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sección 6ª, sentencia de 9 de abril de 2007, rec nº 149/2003

“Esta Sala en reiteradísimas ocasiones, además de en las sentencia que cita la sentencia recurrida, y a la que añadiremos por todas la de 7 de Febrero de 2.005 (Rec.6367/2001), ha consagrado la doctrina consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos --que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera

de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de «actio nata» (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad-.

Con base en ello se ha mantenido por ejemplo que una acción civil encaminada a exigir dicha responsabilidad "salvo que sea manifiestamente inadecuada" comporta la eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido en el *art. 142.5 de la Ley 30/92* , y se ha razonado también sobre la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa"

- Tribunal Supremo, sala contencioso administrativa, sección 6ª, sentencia de 3 de noviembre de 2006, cendoj nº 28079130062006100379.

"... el deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la Ley declarada inconstitucional no puede tampoco deducirse del hecho de que puedan o no haber transcurrido los plazos de prescripción establecidos para el ejercicio de las acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto administrativo. La reclamación presentada es ajena a dichos actos, no pretenden el retorno a la situación administrativa anterior sino la exigencia de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa. En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cuyo régimen es aplicable a la responsabilidad del Estado legislador, rige exclusivamente el plazo de prescripción de un año establecido por el *artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* y hoy por el *artículo 139 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del procedimiento administrativo común. Este plazo, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la actio nata o nacimiento de la acción. Resulta evidente que el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia, es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida a las Administraciones públicas, salvo que de no haberse impugnado previamente el acto administrativo en vía contenciosa como consecuencia de aquella sentencia se solicite la revisión del mismo, en cuyo caso el dies a quo será aquel en que sea firme la sentencia que decide la cuestión."

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sección 6ª, sentencia de 13 de mayo de 2005. EDJ 2005/76829.

"Según la jurisprudencia de esta Sala sobre el cómputo del plazo de prescripción de un año establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, ésta no puede ejercitarse sino desde el momento en que resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos. Esta doctrina tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 1989 , 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de "Actio nata"(nacimiento de la acción), según el cual el plazo de prescripción de la acción comienza en el momento en que ésta puede ejercitarse, y esta coyuntura sólo se perfecciona cuando concurren los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad."

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 31 de mayo de 1999, EDJ 18986.

"Importa tener presente la doctrina jurisprudencial aplicable que queda razonablemente sintetizada en lo que sigue: STS. 8 julio 1983:

"a) La doctrina jurisprudencial tiene declarado que en las hipótesis de lesiones, para la fijación del "dies a quo" del plazo de un año a los efectos del núm. 2º del artículo 1.968 del Código Civil y del

1.969, hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido".

b) STS 9 de abril 1985: "...sin que sea apreciable la alegación de caducidad de la acción por transcurso de más de un año desde el hecho que motivó la reclamación -art. 122 p.2 LEF-, pues se estima que la actuación causante del daño es de carácter continuado e ininterrumpido, y ha durado hasta el momento del planteamiento del pleito; por lo que en realidad no había transcurrido plazo alguno desde la producción hasta la reclamación".

c) STS de 28 de abril de 1987: "... hay que considerar que el precepto citado (artículo 40 Ley de Régimen Jurídico) se refiere a un caso de prescripción, tal como establecía ya el artículo 122 de la Ley de Expropiación, y no de caducidad, por lo que ese plazo puede interrumpirse; y consecuentemente con ese criterio no cabe atender sin más al hecho motivador como punto inicial del plazo, sino que éste empieza a correr desde que se estabilizan los efectos lesivos (...), que es cuando hay conocimiento del mismo para valorar su extensión y alcance, lo que es coincidente con el principio de la "actio nata" recogido en el artículo 1.969 del Código civil".

d) STS 1 junio 1.988: "... no puede confundirse el hecho-cause con sus simples consecuencias, por ser éstas el objeto de la indemnización a que aquel da origen".

e) STS 14 febrero 1994: "Esta Sala tiene declarado que el momento del comienzo del cómputo del plazo prescriptivo ha de referirse siempre cuando las lesiones causadas por culpa extracontractual se trate, al día en que, producida la sanidad, se conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido... ya que el cómputo no se inicia hasta la producción del definitivo resultado".

f) STS 26 mayo 1994: "... y al inicio del cómputo ha de fijarlo el juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, e indicando la de 17 de junio de 1989, que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, dies a quo, la de alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas. La doctrina relativa a que en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir del conocimiento por el interesado, de modo definitivo del quebranto padecido".

En caso de actuaciones penales

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6, sentencia de 7 de diciembre de 2005, Cendoj nº 28079130062005100530.

"Como ha declarado una reiterada doctrina de esta Sala, y así lo expresa la sentencia de 23 de enero de 2.001, <<la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos -que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal del principio de "actio nata" para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad-, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común>>".

Como en la citada sentencia declaramos, <<cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal>>. Por ello lo dispuesto en el artículo 146.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuyo texto originario invoca

el recurrente <<sólo podía interpretarse en el sentido de que la no interrupción de la de la prescripción por el proceso penal de exigencia de responsabilidad a los funcionarios de la Administración únicamente se producía cuando existía una apartamiento de la acción de responsabilidad civil subsidiaria frente a la Administración y, que en consecuencia, como esta Sala había declarado en alguna ocasión, el referido precepto no es incompatible con la jurisprudencia tradicional en relación con la "actio nata" (sentencia de 26 de mayo de 1998, recurso número 7.586/1.995)>>.

La ley 4/99 ha venido a modificar el citado precepto de la Ley 30/1.992, suprimiendo el expresado inciso relativo a la prescripción, de tal suerte que en la actualidad no ofrece duda alguna la eficacia interruptiva del proceso penal. El precepto controvertido ha quedado redactado en el sentido de que la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial."

Ejercicio prematuro de la acción.

- Tribunal Supremo, Sala contenciosos administrativa sec. 6ª, sentencia en unificación de doctrina de 19 de diciembre de 2006, Cendoj: 28079130062006100454.

"...el art. 142.5 de la Ley 30/92 prevé que en el caso de los daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo de un año establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial comenzará a contarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, habiendo declarado la jurisprudencia reiteradamente que dicho plazo de prescripción no puede computarse mientras no queden completamente determinadas las secuelas, es decir, se produzca la estabilización o término de los efectos lesivos en la salud del reclamante (por todas las sentencias de 4-10-2004 y 27-10-2004 que cita las de 28-4-1997 y 26-5-1994).

Con ello se persigue que el perjudicado pueda demorar el ejercicio de la acción hasta el momento que conozca de manera definitiva el alcance de los daños sufridos, retrasando hasta entonces el inicio del cómputo del plazo de prescripción, en beneficio del afectado en cuanto propicia que pueda formular una reclamación que comprenda la reparación de la totalidad de los perjuicios derivados del acto lesivo, es decir, una reparación integral según el principio que informa la materia y teniendo en cuenta que el reconocimiento del derecho exige acreditar la realidad del daño.

Sin embargo, ello no impide que el perjudicado, a la vista de los daños ya padecidos pueda ejercitar la acción correspondiente para su reparación, sin perjuicio de que la efectividad de la acción en tal caso se vea limitada a los daños cuya realidad se acredite en el proceso, pues ello constituye un requisito para la declaración del derecho a la indemnización, declaración que constituye el pronunciamiento propio de la sentencia y no puede dejarse para el periodo de ejecución, a diferencia de la cuantificación del daño que puede diferirse a dicho periodo de ejecución, estableciendo las bases al respecto, como determina el art. 71.1.d) de la Ley de la Jurisdicción."

Interrupción del plazo

Es necesario que el motivo de interrupción no sea manifiestamente inadecuado.

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa 3ª, sec. 6ª, sentencia de 21 de marzo de 2000. EDJ 2000/5432.

"La interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el art. 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980).

De esta jurisprudencia se deduce que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello.”

Prescripción, interrupción. La acción ejercida anteriormente debe ser la misma

- Tribunal Supremo, Sala civil, sentencia de 8 de marzo de 1975. RJ 1302.

“Para estimar la interrupción prescriptiva de una acción determinada es absolutamente necesario se haya ejercitado dicha acción y no otras que con ella tenga mayor o menor analogía”

El supuesto de daños continuados

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sección 6ª, sentencia de 12 de mayo de 1997. EDJ 1997/3188.

“...los pretendidos daños se derivan de un hecho no estático sino evolutivo y al existir unos perjuicios, éstos se producen sin solución de continuidad y durante todo el tiempo de duración

...

En consecuencia, no le era exigible al recurrente que interpusiese la acción de resarcimiento mientras los perjuicios se seguían produciendo sin conocer el alcance total de los mismos y a sabiendas de que el hecho que los motiva no se extinguía, pues cuando el daño es duradero y de tracto sucesivo, el perjudicado ha de esperar a que se finalice el efecto lesivo sin que antes comience a computarse el plazo para reclamar unos daños que todavía no se habían acabado de producir.”

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 5ª, sentencia de 14 de febrero de 2006. Cendoj: 28079130052006100211.

“En este caso, a partir de la entrada en vigor de la Ley autonómica 5/1989, de 27 de junio, que declaró Parque Natural las Hoces del Río Duratón, el recurrente se vio privado del ejercicio de la caza sobre una superficie aproximada de 340 hectáreas en el coto SG-10.151, del que era titular desde el año 1985, y tal prohibición de cazar se ha mantenido a lo largo del tiempo hasta el vencimiento, en el año 2001, de su derecho arrendaticio, de manera que cuando ejercitó la acción en el año 1991, reclamando a la Administración autonómica la indemnización de los perjuicios causados por tal prohibición, estaba aun sufriendo las consecuencias de la misma, y, por consiguiente, la acción ejercitada no había prescrito, razón por la que los tres motivos de casación, en los que se denuncia el erróneo criterio de la sentencia favorable a entender extinguida dicha acción por prescripción, deben ser estimados.”

Daño continuado, posibilidad de fraccionar etapas

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 10 de junio de 2004. EDJ 2004/86970.

“en modo alguno estamos ante un supuesto de daño continuado que permitiría el ejercicio de la acción en cualquier momento anterior a la determinación definitiva del quebranto económico sufrido por el particular, o, en el plazo de un año a partir de dicha determinación. Para que exista daño continuado según la jurisprudencia de esta Sala y Sección, por todas sentencias de 23 de enero de 1998 y 26 de abril de 2002, éste debe producirse de manera paulatina y sin solución de continuidad, de tal manera que el resultado lesivo no puede ser evaluado hasta que se adopten las medidas definitivas para poner fin al mismo. En el caso que nos ocupa la simple aplicación de las reglas contenidas en la Ley 29 de 1994, apartado D de la Disposición Transitoria Segunda y de los criterios establecidos en la Ley 40 de 1998 en orden a la determinación de las cantidades que correspondan por amortización del inmueble permite conocer el alcance del daño hasta el

momento en que proceda efectuar la compensación anual conforme lo previsto en la Ley 40 de 1998, dependiendo que el daño continúe produciéndose en futuras anualidades no de una actuación de la administración que adopte las medidas para ponerle fin, -ésta ya adoptó la medida compensatoria-, sino de la voluntad del arrendatario de continuar ejerciendo el derecho de prórroga que la ley le reconoce y de que no concurran ninguna de las causas de excepción a la prórroga previstas en la Ley”.

- Tribunal Supremo, Sala Civil, sentencia de 20 de julio de 2001. EDJ 2001/16194.

“Dice la sentencia de 19 de enero de 1988 que “fuera de los daños instantáneos, la de aquellos de cierta permanencia ha obligado a sentar criterios sobre el dies a quo en el plano prescriptivo que establece el párrafo segundo del art. 1968 del Código Civil. Y así, por mas recientes, ya la sentencia de 12 de febrero de 1981 entendió que cuando los daños producidos son consecuencia de varios hechos continuados que iban ocasionando daños en inmuebles, el cómputo inicial del plazo prescriptivo ha de situarse en el último estadio del total resultado; y cuya doctrina ha sido ratificada por la posterior de 6 de mayo de 1985 y por las más reciente de 17 de marzo de 1986 ”; la sentencia de 15 de marzo de 1993 reitera que “es también uniforme doctrina jurisprudencial la de que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia (“dies a quo”) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (sentencias de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981 , 19 de septiembre de 1986 y 25 de junio de 1960, entre otras), no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese “definitivo resultado” que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y concordante precisamente con la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (sentencia de 25 de junio de 1990)”. En igual sentido se manifiesta, con cita de otras varias, la sentencia de 24 de mayo de 1993 según la cual “no puede olvidarse tampoco que es también consolidada doctrina de esta Sala la de que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia (“dies a quo”) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas o hechos diferenciados la serie proseguida”.

XI.- Intereses y actualización

Pluralidad de sistemas de actualización

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de casación en interés de Ley de 3 de diciembre de 2002, EDJ 2002/55752.

“Por otro lado ha de recordarse que, como expresa la Sentencia de 18 de mayo de 2002, dictada en el recurso 280/1998 la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recogida entre otras en sus Sentencias de 24 de enero,y 9 de febrero de 2002, viene declarando insistentemente la necesidad de alcanzar la plena indemnidad del perjuicio causado, lo que puede lograrse por diversos modos, cual son el abono del interés legal de la suma adeudada desde que se formuló la reclamación en vía previa, la actualización con cualquier índice o cláusula estabilizadores, como los precios y moneda, o la fijación de una cantidad indemnizatoria en atención al momento en que se resuelve el pleito.”

Modelos de actualización

Fijación al momento del daño y actualización a la sentencia última a partir del índice de precios al consumo

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sección 6ª, sentencia de 3 de noviembre de 2006, Cendoj nº 28079130062006100379.

“Este Tribunal Supremo, en aras del principio de reparación integral viene considerando, junto con el abono de intereses (sentencia de 20 de octubre de 1997), como uno de los instrumentos adecuados por hacer efectivo el principio de indemnidad que subyace tras la institución de la

responsabilidad extracontractual de la Administración la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (sentencias de 15 de enero de 1992 y 24 de enero de 1997). Esta Sala a tal fin establece que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo actualizada a la fecha de esta sentencia con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, con el límite máximo de lo reclamado por los recurrentes.

En cuanto a los intereses de la cantidad objeto de la indemnización, a partir de esta sentencia se aplicará lo dispuesto en el *artículo 106 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*”

Fijación de la indemnización según los valores aplicables en el momento de la sentencia

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de casación en interés de Ley de 3 de diciembre de 2002. EDJ 2002/55752.

“Por otro lado ha de recordarse que, como expresa la Sentencia de 18 de mayo de 2002, dictada en el recurso 280/1998 la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recogida entre otras en sus Sentencias de 24 de enero,y 9 de febrero de 2002, viene declarando insistentemente la necesidad de alcanzar la plena indemnidad del perjuicio causado, lo que puede lograrse por diversos modos, cual son el abono del interés legal de la suma adeudada desde que se formuló la reclamación en vía previa, la actualización con cualquier índice o cláusula estabilizadores, como los precios y moneda, o la fijación de una cantidad indemnizatoria en atención al momento en que se resuelve el pleito. Partiendo de este último supuesto y, en atención a lo dispuesto en la resolución de 21 de enero de 2002 de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones que resultan de aplicar durante el año actual el sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a la personas en accidente de circulación”

Intereses desde la reclamación administrativa hasta la sentencia de instancia y, posteriormente, intereses judiciales.

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 14 de octubre de 2004. EDJ 2004/152794.

“la necesidad de alcanzar la plena indemnidad del perjuicio causado ... puede lograrse por diversos modos, cuales son el abono del interés legal de la suma adeudada desde que se formuló la reclamación en vía previa, la actualización con cualquier índice o cláusula estabilizadores, como los de precios y moneda, o la fijación de una cantidad indemnizatoria en atención al momento en que se resuelve el pleito.

...

siendo procedente el abono del interés legal de la suma adeudada (cuya cuantía se fije en ejecución de sentencia) desde la reclamación en vía administrativa hasta la fecha de la sentencia de instancia, lo que es una consecuencia obligada de la necesidad antes expuesta de alcanzar la plena indemnidad del perjuicio causado, que de otro modo no se produciría, todo ello sin perjuicio además de la procedencia de los intereses previsto en el artículo 921 Ley de Enjuiciamiento Civil que sí se recogen en la Sentencia de instancia”.

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia en unificación de doctrina de 19 de diciembre de 2006, Cendoj: 28079130062006100454.

“... declaramos su derecho a ser indemnizado por dicha Administración en la cantidad de 36 euros diarios desde el 13 de abril de 1999 hasta la reclamación formulada el 5 de noviembre del mismo año, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación, 5 de noviembre de 1999, hasta la fecha de notificación de la sentencia de instancia, cantidades que devengarán desde esta última fecha los intereses legales establecidos en el *art. 106.2 de la Ley de la Jurisdicción*”

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sección 6ª, sentencia de casación para la unificación de doctrina de 13 de abril de 2002. RJ 4251.

“El artículo 139.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, y, aunque la anulación en vía administrativa o jurisdiccional no presupone por sí sola derecho a indemnización, es jurisprudencia consolidada que habrán de indemnizarse aquellos daños que el perjudicado no tenga el deber de soportar (artículo 141.1 de la citada Ley) y que tengan su causa en la actuación del servicio público, razón por la que en este caso la entidad demandante debe ser resarcida por la Administración demandada mediante el pago de los intereses legales de la cantidad a que ascendió la multa indebidamente impuesta y oportunamente pagada y que, por haberlo así solicitado la propia demandante, habrán de calcularse a partir de la presentación de la demanda en sede jurisdiccional, pero que, conforme a la actualización de la indemnización contemplada por el artículo 141.2 de la misma Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999, y al criterio de plena indemnidad consagrado por la jurisprudencia, podría haberse fijado su cómputo desde la fecha en que el interesado hubiese formulado tal solicitud en vía previa ante la propia Administración.”

Fijación a la fecha de reclamación en vía administrativa, hasta su abono efectivo.

Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sección 6, sentencia de 10 de febrero de 2009, recurso nº 7787/2004.

“Distinta respuesta merece la alegación de este motivo en el sentido de que se infringe la jurisprudencia sobre el abono del interés legal de las cantidades exigibles desde la reclamación administrativa y no desde la notificación de la sentencia como se recoge en la recurrida, pues efectivamente es reiterado el criterio de la Sala, por todas sentencias de 17 de enero de 2006 (que cita otras muchas) y 22 de mayo de 2007, considerando procedente el abono del interés legal de la suma adeudada desde la reclamación en vía administrativa hasta su abono, lo que es una consecuencia obligada de la necesidad de alcanzar la plena indemnidad del perjuicio causado, que de otro modo no se produciría.

Fijación inicial a la fecha de la sentencia y aplicación del interés de la LGPres

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 9 de noviembre de 2005, rec. 6620/2001. EDJ 2005/188449.

“Las cantidades por todos esos conceptos las obtiene del baremo orientativo que contiene la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, cantidad que se entenderá actualizada a la fecha de la Sentencia, y sobre esa suma se abonarán los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria y en el artículo 106.2 y 3 de la ley de la jurisdicción.”

Fijación inicial al día de la lesión, actualización al día de la sentencia con el índice 'de precios al consumo y intereses judiciales

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sec. 6ª, sentencia de 31 de enero de 2006, rec. 315/2004. EDJ 2006/6490.

“la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo actualizada a la fecha de esta sentencia con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, con el límite máximo de lo reclamado por los recurrentes.

En cuanto a los intereses de la cantidad objeto de la indemnización, a partir de esta sentencia se aplicará lo dispuesto en el artículo 106 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”

Fijación inicial a la fecha de la sentencia e intereses judiciales.

- Tribunal Supremo, Sala contencioso administrativa, sección 6ª, sentencia d'11 de mayo de 1999, rec. nº 9655/1995.

“Por una parte, esta Sala viene considerando como uno de los instrumentos adecuados para hacer efectivo el principio de indemnidad que palpita tras la institución de la responsabilidad

patrimonial de la administración -junto con otros posibles procedimientos de actualización, como la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (sentencias de 15 de enero de 1992, 24 de enero de 1997 y 16 de diciembre de 1997, entre otras)- el abono de los intereses legales desde la fecha de la reclamación ante la Administración por responsabilidad patrimonial (sentencia de 20 de octubre de 1997), de donde se infiere que no puede resultar incorrecta, de acuerdo con dicha jurisprudencia, que se ordene dicho abono desde una fecha posterior, en este caso la de la sentencia, con el fin implícito de mantener dicha actualización hasta el momento del pago.

Pero, además, esta Sala venía ya declarando que el plazo de tres meses debe transcurrir para que se produzca la demora según el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria, pero que el interés debe computarse desde la fecha del incumplimiento por parte de la Administración (sentencia de la Sala de Revisión del Tribunal Supremo, de 9 de noviembre de 1989) y en otras muchas sentencias se declara directamente aplicable el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las Administraciones Públicas distintas de la Hacienda Estatal. Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional 69/86, de 18 de abril, ha dado un paso más allá al aceptar la aplicabilidad del art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las condenas pronunciadas en contra de las Administraciones públicas cuando dispone el abono de los intereses legales desde la sentencia dictada en la primera instancia, aun sin el aumento de dos puntos previstos en la citada Ley. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, como es sabido, consagra legalmente esta solución (art. 106), con el añadido de que, en caso de instarse la ejecución forzosa, "la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento." Atendida, pues la interpretación jurisprudencial conforme a la Constitución de las disposiciones legales vigentes sobre la materia en el momento de dictarse la sentencia impugnada no se advierte infracción alguna en la misma del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 45 de la Ley General Presupuestaria."

No aplicación de l'IVA a la liquidación de intereses

- Tribunal Superior de justícia de Catalunya, Sala contencioso administrativa, sec. 5ª, sentencia nº 18/2004 de 13 de enero de 2004, rec.372/2000. EDJ 2004/13401.

"En cuanto a la segunda de las alegaciones efectuadas por la Administración demandada, la improcedencia de solicitar intereses de demora sobre la cantidad correspondiente a IVA , cabe admitir la inexistencia de una doctrina pacífica en cuanto a su improcedencia hasta fechas recientes, habiendo seguido las resoluciones de esta Sala en líneas generales la evolución de las Sentencias del Tribunal Supremo.

Sobre el tema que nos ocupa resulta pertinente determinar que si bien el Tribunal Supremo se pronunció, al menos en una de sus resoluciones, a favor de la inclusión del IVA en la cantidad total a considerar a los efectos del objeto del presente litigio (STS, de 8 de julio de 1996), en sus últimas resoluciones en cuanto al fondo de la cuestión la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido negativo (SSTS, de 15 y 29 de octubre de 1999). Sin perjuicio de lo expuesto, en la última de las Sentencias citadas se indica que "La controversia sobre el devengo o no del IVA por parte de los intereses reclamados, y sobre la procedencia de su repercusión, es algo que debe ventilarse a través de la vía económico-administrativa que pueden plantear los interesados que se enfrenten sobre dicha cuestión."

La interpretación del actual criterio jurisprudencial hallaría asimismo amparo normativo y jurisdiccional en los términos del artículo 13.B.d.1 de la Sexta Directiva 77/388/CEE, del Consejo, de 17 de mayo de 1977, reguladora del IVA , dictada en materia de armonización de los Estados miembros relativa a los impuestos sobre el volumen de negocios (Sistema Común del Impuesto del Valor Añadido, base imponible uniforme), y en la hermenéutica de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 27 de octubre de 1993, en el asunto Muys' en De Winter's Bouw-en Aannemingsbedrijf BV contra Staatssecretaris van Financiën EDJ1993/14657 .

En conclusión, procede desestimar la pretensión de la parte actora de incluir el importe correspondiente a IVA en la cantidad a considerar a efectos de demora, por lo que, en atención a



lo expuesto, resulta pertinente declarar la procedencia de la estimación de los intereses de demora reclamados, a determinar en ejecución de sentencia, una vez minoradas las cantidades correspondientes a a IVA .”