Seminari de Dret Local

2010-11

Barcelona

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 del 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 15/10/10

2a sessió 12/11/10

3a sessió 10/12/10

4a sessió 14/01/11

5a sessió 11/02/11

6a sessió 11/03/11

7a sessió 08/04/11

8a sessió 13/05/11

9a sessió 10/06/11

Introducció

Aquest és el programa de la 23a edició del Seminari de Dret Local, 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, amb l'objecte de 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.

Com ja és habitual, aquest seminari s'organitza a l'entorn de dos objectius dobles: combinar, per una banda, l'anàlisi dels temes generals del dret administratiu i els més específics del dret local i, per l'altra, combinar en cada sessió els temes més generals, conceptuals o intemporals, amb els d'actualitat, mitjançant els grups de treball.

En el programa adjunt, trobareu la previsió dels temes que es tractaran en les sessions generals del seminari. Aquests temes, els ha determinat el Comitè de Programa atenent els suggeriments que ens han fet arribar molts dels participants de la darrera edició, i tenint també en compte les principals qüestions que tots sabem a l'agenda d'actualitat del dret local. En tots els casos, hem procurat convidar els especialistes més destacats perquè els desenvolupin.

Les previsions d'aquest programa es complementaran amb les qüestions de més actualitat que abordaran els grups de treball, d'acord amb la programació trimestral que el Comitè de Programa anirà determinant en funció de quines siguin en cada moment les principals preocupacions dels juristes locals.

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.

Ponències

1a sessió

15/10/10

La sentència sobre l'Estatut d'autonomia i el govern local de Catalunya.
Eduardo Paricio Rallo, magistrat el Tribunal contenciós administratiu

El sistema de recursos especials en matèria de contractació, després de l'entrada en vigor de la Llei 34/2010, de 5 d'agost, de modificació de la Llei de contractes del sector públic.
Neus Colet Arean, cap de la Secretaria Tècnica de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa Generalitat de Catalunya.

Anàlisi del Decret Legislatiu 1/2010, de 3 d'agost que aprova el Text Refós de la Llei d'Urbanisme.
Gemma Segura López, advocada del despatx Pareja Associats.

LA PROJECCIÓ DE LA SENTÈNCIA Nº 31/10 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN L'ÀMBIT LOCAL

Eduard Paricio Rallo
Magistrat del Tribunal Contenciós Administratiu

GUIÓ:

I.- Consideracions prèvies sobre la naturalesa de la sentència nº 31/2010.....1
II.- La concepció de les Administracions locals a l'Estatut d'Autonomia. Plantejament general.....7
III.- L'Organització territorial i les vegueries. 8
IV.- El finançament local.....11
V.- Altres. 12
V.1. Competència sobre el règim local 12
V.2. L'ús de la llengua catalana. 14
V.3. Consultes populars.....15
V.4. Funció pública 15
ANNEX. 17
Extractes de la sentència:.....17
Llengua.....17
Drets i deures dels ciutadans.....18
La veguería.....18
Interpretació de categories constitucionals /Competències exclusives.....20
Consultes populars 21
Funció pública.....21
Competències sobre el règim local.....22
Autonomia i suficiència financeres.....23

I.- Consideracions prèvies sobre la naturalesa de la sentència nº 31/2010

Constituïm part de la comunitat jurídica. Exercim el dret i argumentem en termes jurídics. Aquesta és l'essència del nostre treball.

Normalment, l'argumentació legal es desplega en un context d'alta densitat jurídica, de forma que naveguem estretament guiats per preceptes normatius i per doctrines consolidades. Tanmateix no sempre és així, especialment en dret administratiu. La realitat sobre la que opera el dret públic és summament variable i la velocitat de canvi del nostre ordenament és ràpida, de forma que freqüentment els juristes ens veiem centrifugats cap el límit del mon jurídic conegut i estabilitzat, quedem col·locats en terrenys en què la trama jurídica s'esvaeix, enfrontats a problemes nous sobre els quals cal construir dret. Aquest és el terreny propi de la investigació, el camp limítrof entre l'univers jurídic conegut i l'espai exterior. Una frontera en constant expansió.

La nostra eina és l'argumentació i és una eina summament dúctil. En dret es pot defensar gairebé tot. L'argumentació es pot desplegar dels fonaments a la conclusió com succeeix en el mètode científic, però una part molt significativa del pensament jurídic s'ha desplegat a partir de conclusions predeterminades, cap a enrere, de forma que l'argumentació és un

exercici ex post que assoleix una funció de justificació d'una premissa o un interès que ve donat. Una forma de pensar que, cal dir·ho, és plenament legítima en dret –la defensa d'interessos- encara que no en els àmbits científic i jurisdiccional, on els arguments i els motius haurien de precedir les conclusions en la seqüència intel·lectual.

Aquest moviment invers no és possible sense una àmplia panòplia argumental que hem anat completant durant segles. Només cal observar les bases de dades. Constitueixen un autèntic supermercat dels arguments on es pot triar amb un gran marge d'elecció.

Pel Tribunal Constitucional és habitual enfrontar·se a situacions que estan al límit de l'ordenament estabilitzat. Com s'ha esmentat, els problemes que enfronta el Tribunal es poden resoldre amb argumentacions ben variades en una o altra direcció. En ocasions la resposta jurídica a un problema cau pel seu propi pes a partir d'un precepte o conjunt de preceptes. El més freqüent, però, és que calgui combinar preceptes i principis diversos, de forma que la resposta es construeix a partir d'un equilibri. Es tracta d'una resposta que ha de ser harmònica respecte la totalitat dels valors en joc, de la mateixa forma que un científic no pot construir un model teòric a partir d'un conjunt limitat de dades, deixant fets o fenòmens fora de la resposta. Altrament el resultat no és més que una impostura intel·lectual, situació que tanmateix no ens és gens estranya.

La qüestió és com s'enfronta el Tribunal a les situacions que exigeixen una resposta creativa. Per abordar aquesta qüestió cal tenir en compte alguns aspectes:

- Independentment de la posició del TC com a clau que tenca la cúpula del sistema jurídic, la seva actuació no es pot basar exclusivament en un acte d'autoritat institucional. Francoise Ost identifica tres tipus de Jutge: el model Júpiter, que respon a la concepció clàssica de la magistratura: el jutge s'expressa a partir d'actes d'autoritat que no requereixen explicació o justificació doncs el seu veredicte és per sobre de tot un exercici de força –no en va el símbol de Júpiter és el llamp-. Júpiter com a deu màxim de l'Olimp respon els conflictes a partir d'una decisió irresistible que s'imposa per sí mateixa, una decisió que es projecta com un llampec sobre els assumptes terrenals. Júpiter és el vèrtex d'un sistema jurídic piramidal i la seva legitimació prové de la posició superior que ocupa, sense més.

El segon model és el Jutge Hèrcules, orientat a la resolució de problemes, a procurar que el mon sigui raonablement sostenible, un objectiu certament herculi. És el jutge assistencial, un enginyer social.

Hermes és el deu de la comunicació, de la circulació, de forma que el Jutge hermètic actua des d'una concepció de la societat com a xarxa de relacions socials i assumeix una posició d'intermediació i d'harmonització d'interessos contraris.

Com s'ha dit, el Tribunal Constitucional assoleix una posició institucional que li atorga l'autoritat màxima per resoldre els problemes relacionats amb l'aplicació de la Constitució, ocupa la posició de Júpiter. Ara bé, no és suficient aquesta legitimació. El Tribunal s'expressa en un discurs jurídic, discurs que d'altra banda es projecta sobre l'ordenament molt més enllà del concret problema abordat, passant a formar part del sistema jurídic. És per això que no és suficient que la doctrina del Tribunal Constitucional es limiti a resoldre els casos que se li plantegen a partir d'un acte d'autoritat institucional- un llampec jupiterí-. Cal que es plantegi també la resolució del problema real que hi ha en el fons del debat i cal que consideri tots els valors i interessos en joc. Però el que és imprescindible en qualsevol cas és que la resposta s'articuli a partir d'un discurs jurídic de qualitat.

No és suficient la legitimació institucional, és indispensable alhora una legitimació derivada de la correcció intel·lectual de la resposta. Una legitimació que, cal dir·ho, no te el seu origen en la posició institucional sinó que depèn del reconeixement de la comunitat jurídica. L'autoritat intel·lectual no s'imposa de dalt a baix, prové del reconeixement que

els destinataris i subordinats lliurement atorguen a un subjecte determinat. L'autoritat intel·lectual participa en aquest sentit del fenomen de la mitificació, fenomen consubstancial al pensament humà, en el sentit que exclusivament opera en sentit ascendent, de baix a dalt, un fenòmen que es produeix i és independent de la voluntat del mitificat.

- En un segon ordre de coses, no es pot oblidar que el Tribunal Constitucional no te legitimació democràtica directa. En aquest sentit la seva legitimació és indirecta en la mida que els seus membres son elegits –en part- per les cambres legislatives que sí ostenten una legitimació directa. D'ací que el Tribunal ha de tenir especial cura quan aborda decisions adoptades pel poder legislatiu.

Els parlaments no han de motivar llurs decisions. Les cambres expressen la sobirania popular, de forma que l'origen de les seves decisions rau en tot cas en la voluntat popular. Quan el Tribunal Constitucional aborda una decisió legislativa cal que ho faci en primer lloc amb un grau de respecte i deferència deguts a les cambres de representació democràtica. Això vol dir que el Tribunal hauria de respectar allò que és plausiblement opinable –que, honradament, és molt en dret-. Una deferència que ha de ser extrema en els casos en què la norma qüestionada ha estat objecte de plebiscit.

En segon lloc, i en aquest context en què la interpretació i l'argumentació son ben flexibles, el Tribunal s'ha de legitimar a partir de la qualitat intrínseca de les seves construccions.

Certament la jurisprudència constitucional ha edificat doctrines lluminoses, però també ha abonat argumentacions decebedores, plantejaments sofisticats i alhora respostes simplistes, fins i tot barroeres. Totes elles tenen l'autoritat que cal atribuir a la jurisprudència constitucional, però només les construccions de qualitat tenen l'autoritat intel·lectual i moral que és indispensable. Una resposta jurídica de qualitat –independentment de la seva direcció- es justifica per sí mateixa amb una legitimació moral que només la comunitat jurídica pot reconèixer. Una resposta de baix perfil intel·lectual es justifica a sí mateixa solament per la força del poder, és una resposta autoritària, estrictament jupiterina.

Les anteriors consideracions no critiquen necessàriament el resultat de la sentència que ha emès el Tribunal Constitucional a propòsit de l'Estatut d'Autonomia. Pot ser el resultat seria el mateix o semblant a partir d'altres estils d'anàlisi i interpretació. Tanmateix, allò determinant per a un jurista no és tant la conclusió com l'argumentació emprada i en aquest sentit, la sentència nº 31/2010 no destaca precisament.

Alguns exemples:

a/ L'Estatut inclou una llarga relació de competències que atribueix a la Generalitat, bona part de les quals es qualifiquen com a exclusives. Com era previssible, el recurs d'inconstitucionalitat va qüestionar especialment aquest apartat.

El cas és que els conceptes de competència exclusiva, compartida i executiva son definits específicament en sengles preceptes de l'Estatut–articles 110, 111 i 112-. En el cas de les competències exclusives l'article 110 disposa el següent:

> "*1- Correspon a la Generalitat, en l'àmbit de les seves competències exclusives, de manera íntegra, la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva. Correspon únicament a la Generalitat l'exercici d'aquestes potestats i funcions, mitjançant les quals pot establir polítiques pròpies.*

2. El dret català, en matèria de les competències exclusives de la Generalitat, és el dret aplicable en el seu territori amb preferència sobre qualsevol altre".

Doncs bé, el Tribunal Constitucional remarca el fet que la definició de categories constitucionals no pot ser assumida per l'Estatut, doncs és una qüestió que correspon en exclusiva al mateix Tribunal. Això significa que no es pot definir l'abast de les potestats que l'Estatut atribueix, encara que es pot acceptar aquest tipus d'explicacions amb caràcter merament "descriptiu". En aquests termes admet la possibilitat que l'Estatut inclogui una definició de les categories dogmàtiques de competència exclusiva, compartida i executiva tot entenent que, amb aquest caràcter merament descriptiu, seràn acceptables sols en la mida en que coincideixin amb la doctrina del Tribunal en cada moment. Per tant els preceptes tenen una vigència o virtualitat indeterminada.

Arribats a aquest punt i per tal d'analitzar la constitucionalitat de les diverses competències que l'Estatut atribueix, el Tribunal fa una primera reflexió en el sentit que les diferents competències que l'Estatut reconeix no tenen necessàriament tota la extensió d'una matèria sectorial, doncs es poden referir a una concreta potestat o funció o a una part limitada de la matèria. Alhora, es parteix de la base que les competències estatals no necessiten ser convalidades a l'Estatut, de forma que aquestes competències existeixen independentment que quedin o no salvades en els preceptes que defineixen les competències autonòmiques. En aquest context, s'accepta l'atribució de competències exclusives a la Generalitat –fins i tot acompanyades de l'expressió "en tot cas"- perquè senzillament la competència estatal és indiscutible. Així doncs, en allò que s'excedeixi, el precepte que atribueix competències exclusives te caràcter merament descriptiu i no afecta la competència estatal:

"*la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia en los términos del art. 110 EAC no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguarda de las competencias estatales*"

Estem doncs davant una interpretació conforme que comporta mantenir vigents uns preceptes encara que desautoritzant la seva interpretació gramatical.

Alguns exemples concrets d'aquesta argumentació tan paradoxal:

- L'article 131.2 EAC determina el següent:

"*Correspon a la Generalitat, en matèria d'ensenyament no universitari, amb relació als ensenyaments obligatoris i no obligatoris que condueixen a l'obtenció d'un títol acadèmic o professional amb validesa a tot l'Estat i amb relació als ensenyaments d'educació infantil, la competència exclusiva que inclou: a) La regulació dels òrgans de participació i consulta dels sectors afectats en la programació de l'ensenyament en el seu territori. b) La determinació dels continguts educatius del primer cicle de l'educació infantil i la regulació dels centres en què s'imparteix*…".

El Tribunal constata la competència estatal en aquesta matèria: "*Es evidente la incidencia de diferentes competencias estatales sobre las materias referidas en dichos subapartados: regulación de órganos de participación y consulta en la programación de la enseñanza; determinación de los contenidos educativos del primer ciclo de educación …. materias claramente encuadradas en el ámbito de la "educación" y, por tanto, directamente afectadas por los arts. 27, 81.1 y 149.1.30 CE, determinantes de una serie de reservas a favor del Estado que, como tenemos repetido, no quedan desvirtuadas por la calificación estatutaria de determinadas competencias autonómicas como exclusivas, pues el sentido y alcance de esa expresión sólo puede ser el que, con carácter general,*

admite, en su interpretación constitucionalmente conforme, el art. 110 EAC…las funciones comprendidas en las competencias de las que puede ser titular la Comunidad Autónoma de Cataluña … serán siempre y sólo las que se deriven de la interpretación de la Constitución reservada a este Tribunal y, de no mediar la oportuna reforma constitucional, su contenido y alcance no será sino el que eventualmente resulte de la propia evolución de nuestra jurisprudencia"

- L'article 151 EAC atribueix a la Generalitat de Catalunya la competència en diverses matèries d'organització territorial, entre elles la denominació, capitalitat i els símbols dels municipis i dels altres ens locals i la determinació dels règims especials. Una competència que es formula com exclusiva de la Generalitat llevat el respecte a la garantia institucional derivada dels articles 140 i 141 CE.

Doncs bé, aquesta competència exclusiva és realment en els termes de la sentència una competència compartida amb l'Estat doncs "*Se trata también aquí de potestades concretas que materializan la configuración de los entes locales de Cataluña de acuerdo con las bases que, en su caso, pueda dictar el Estado".*

- L'article 160 EAC atribueix a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de règim local, específicament en diversos aspectes que més endavant s'analitzaran. El cas és que aquesta competència fixada com exclusiva queda salvada pel Tribunal Constitucional sense el més mínim retrocés de la competència bàsica de l'Estat. En aquest sentit, s'afirma que "*En conclusión, el art. 160.1 EAC, al reconocer a la Comunidad Autónoma las competencias examinadas en "exclusividad", lo hace de manera impropia y no impide que sobre dichas competencias autonómicas puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del art. 149.1.18 C*."

b/ - Drets i deures dels ciutadans

L'estatut incorpora als articles 15 a 54 un seguit de drets i deures dels ciutadans de Catalunya, previsió que va ser impugnada per generar una situació de desigualtat i privilegi respecte els ciutadans d'altres comunitats, amb infracció de l'article 139 CE.

El cas és que entre aquests drets es reconeixen alguns estretament vinculats a l'activitat local, com ara els serveis socials, l'habitatge, el medi ambient, o la protecció d'usuaris i consumidors. Uns drets que vinculen a totes els poders públics de Catalunya, constituint alhora pauta d'interpretació jurídica (article 7). Destaca per exemple el dret a la bona administració, que obliga a les administracions a explicitar els estàndards de qualitat dels serveis. Alhora, l'Estatut inclou un segut de principis rectors que han d'orientar totes les polítiques públiques i que es projecten també en bona mida sobre competències locals.

Doncs bé, el Tribunal Constitucional entén en primer lloc que respecte els drets fonamentals l'Estatut tan sols podria reiterar els plantejaments generals de la Constitució, sense incorporar un primer grau de desplegament, per més que l'Estatut tingui la condició de Llei orgànica. El desplegament d'aquest drets els el podrà assumir el Parlament si en resulta competent, però mitjançant Llei ordinària.

En segon lloc, s'entén que en realitat es tracta de previsions referides estrictament a matèries de competència sectorial autonòmica, això és, pautes per al legislador ordinari i, com a tals pautes, no generen per si mateixos una desigualtat amb als ciutadans d'altres territoris. Per això no resulta admissible que els anomenats drets quedin configurats a l'Estatut com a autèntics drets subjectius i, per tant, exigibles ja d'entrada.

Doncs bé, el cas és que l'Estatut defineix drets que alhora son drets fonamentals (habitatge, educació, salut, medi ambient..), i ho fa més enllà dels simples enunciats que hi ha a la Constitució, incorporant un primer nivell de continguts necessaris.

Però és que, a més, l'Estatut configura aquests drets com a drets subjectis que son invocables front disposicions i actes que dictin les administracions publiques, no sols en relació a les normes; i no sols son invocables sinó que a banda poden ser defensats davant la jurisdicció (articles 37 i 38 EAC). Tanmateix, el Tribunal no anul·la aquests preceptes limitant·se a una interpretació conforme que força fins extrems inversemblants.

c/ Altres casos significatius:

- L'article 182 determina que la Generalitat designa o participa en la designació dels membres de determinats òrgans estatals com ara el Banc d'Espanya, la Comissió del Mercat de Valors, organismes econòmics i energètics, el Tribunal de Comptes, etc, en els termes de la legislació aplicable. En aquest punt la sentència posa de relleu que "*corresponde al Estado hacer o no efectiva en cada caso con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de participación*". Així doncs, l'Estatut disposa si mes no una participació en el procés de presa de decisió d'aquests nomenaments, plantejament que tanmateix no vincula a l'Estat, que pot o no fer·la efectiva.

- El mateix passa amb la disposició addicional 3ª EAC, que determina que la inversió de l'Estat a Catalunya en infraestructures -exclòs el fons de compensació interterritorial- s'ha d'equiparar al PIB per períodes de set anys. Doncs bé respecte aquesta garantia el Tribunal despatxa la qüestió de la següent forma: "*La disposición adicional tercera, apartado 1, debe, pues, interpretarse en el sentido de que no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones*.

En resum, la sentencia efectua un esforç titànic per salvar la major part de preceptes impugnats. Ara bé aquest esforç no es fa en els arguments estructurals sinó per via d'interpretació conforme, una interpretació que es força tant que en resulta una autentica dissociació entre l'Estatut que formalment es manté després del garbellat constitucional i la significació que cal donar als preceptes un cop interpretats pel Tribunal.

És clar que el punt de partida de la sentència son els plantejaments estatuaris impugnats. A aquest condicionant obligat s'ha afegit el cos de les doctrines més clàssiques de la jurisprudència constitucional, doctrines que no s'ha volgut revisar ni tan sols flexibilitzar. Però es que, a més, es dedueix que el Tribunal ha operat amb un tercer condicionant que és la voluntat de revisar el mínim possible el text estatutari. Massa condicionants i massa contradictoris entre sí. No és estrany que amb tant plom a les ales l'argumentació hagi estat la primera víctima de la sentència.

Val a dir que la sentència imposa a la part dispositiva la interpretació conforme de 27 articles o preceptes, però al cos de la sentència hi ha no menys d'altres 50 interpretacions conformes que no queden reflectides a la part dispositiva.

Així doncs, l'Estatut és, després de la sentència del Tribunal Constitucional, una norma que no és possible entendre sense un manual d'instruccions. Una norma que en molts aspectes essencials ja no diu el que sembla o el que es dedueix de les seves paraules; això és, davant d'una norma fantasmal. El Tribunal Constitucional ha anat més enllà de la seva funció com a legislador negatiu per reconfigurar l'Estatut, fins fer·lo irreconeixible en molts aspectes.

En definitiva, no hi ha correlació entre la base dogmàtica que s'utilitza i el resultat de la sentència. Certament no és imprescindible que cadascun dels extrems de la sentència sigui el resultat d'una solida argumentació de naturalesa jurídica. Molts tribunals constitucionals fonamenten les seves decisions en arguments sociològics, fins i tot raons

de simple sentit comú. Ara bé, el que resulta indeclinable és que es mantingui la coherència lògica entre els postulats i el resultat, sempre en un procés que en la funció jurisdiccional ha d'anar dels fonaments a la decisió i no a la inversa.

II.- La concepció de les Administracions locals a l'Estatut d'Autonomia. Plantejament general

Com és conegut, la Constitució de l'any 1978 va articular tres nivells de govern territorial. La posició de l'Administració local queda definida a partir de ben pocs preceptes: l'article 137, que defineix l'organització territorial de l'Estat en Municipis, Províncies i Comunitats Autònomes, totes entitats dotades d'autonomia per a la gestió dels interessos respectius; els articles 140 i 141, que defineixen respectivament els trets bàsics institucionals de municipis i províncies; i l'article 141 referit a la suficiència financera de les administracions locals.

Aquest plantejament, certament escàs, deixa inicialment obert el sistema d'articulació de les administracions locals amb els altres nivells de govern. Així, de bon inici el sistema es podia organitzar des d'una perspectiva federal o bé com un sistema de descentralització *sui generis*, això és, a partir d'un model propi i diferenciat dels estàndards que ofereix el dret comparat.

El sistema federal comporta la interiorització de les administracions locals en els poders regionals. En aquest context, els aparells administratius es configuren en cascada, a partir de les idees d'administració única i subsidiarietat. Els nivells de govern superiors assumeixen funcions normatives, de planificació i coordinació, i els nivells inferiors son els encarregats d'executar. Es tracta, per tant, d'un model descentralitzat i alhora configurat a partir d'un objectiu d'eficiència i economia d'estructures administratives.

Així doncs, en el moment d'endegar el desplegament constitucional l'alternativa que es plantejava era, bé la configuració de tres poders relativament autàrquics, cadascun dotat de llur respectiu paquet competencial i el corresponent aparell administratiu d'execució implantats tots simultàniament en el territori –model d'administració directa o binària-, be la configuració d'una administració en cascada, de forma que els poders superiors administren utilitzant les estructures dels poders inferiors. En aquest darrer sistema, les administracions locals assumeixen un paquet de competències pròpies que gestionen amb autonomia i, alhora, executen competències superiors que assumeixen en una posició de dependència, a partir de tècniques que comporten una capacitat de direcció per part de l'Administració titular.

El cas és que els Estatuts d'autonomia van incorporar inicialment referències a la internalització de l'Administració local en la comunitat autònoma a partir de la mateixa formula utilitzada per l'Estat, això és, estructurant l'organització territorial autonòmica en els nivells d'administració local. Algunes comunitats van anar més enllà d'aquest plantejament teòric tot incloent referència a un principi d'administració indirecta autonòmica a partir dels ens locals (Andalusia i Euskadi).

Aquesta qüestió es va posar sobre la taula al debat que es va produir l'any 1981 a propòsit del desplegament del fenomen autonòmic i les reticències que va generar, procés que va culminar en la LOAPA. Aquesta Llei va apuntar a la conversió de les comunitats autònomes en nivells de planificació i coordinació, canalitzant l'execució a partir de les administracions locals. Per fer·ho possible la Llei va introduir noves formules d'administració indirecta i de préstec de competències, com ara l'assignació o la coordinació per unió de pressupostos. Un plantejament que la posterior Llei de Bases del Règim Local va aplicar exclusivament a les Diputacions, entitats interioritzades fins

l'extrem que la competència nuclear que els pertocava –la cooperació- podia ser objecte de coordinació imperativa.

El cas és que la possibilitat d'administració indirecta i la viabilitat d'un model federal en aquest aspecte va quedar qüestionat pel Tribunal Constitucional a partir de la configuració de les administracions locals com institucions de caràcter bifront -STC 84/1982-. Doctrina que posa èmfasi en la rellevància estatal de municipis i províncies i garanteix la seva relació directa amb l'Estat. A partir d'aquest plantejament la incorporació de les administracions locals a l'estructura autonòmica no exclou ni pot limitar la correlativa virtualitat de les mateixes en l'estructura de l'Estat i la garantia institucional que la Constitució imposa.

En aquest context l'Estatut d'Autonomia de 2006 fa un intent de federalització de les administracions locals. Destaca en aquest sentit l'article 2.3 que defineix els municipis, comarques i vegueries com a part del sistema institucional de la Generalitat i no sols com ens en els que s'organitza territorialment la Generalitat. Coherentment amb aquest plantejament, l'article 160 atribueix de forma exclusiva a la Generalitat la competència en matèria de regim local pel que fa a la regulació de les relacions entre administracions locals, l'atribució sectorial de competències, el règim de béns i el règim d'òrgans complementaris. Així doncs, en aquests aspectes s'exclou inicialment qualsevol competència estatal.

Alhora, l'Estatut incorpora altres referències al model federal, com ara la consideració de l'Administració de la Generalitat com administració ordinària a Catalunya -article 72.1-, encara que la DA 6ª constreny aquesta circumstància als casos en que l'Estat transfereixi la competència executiva. També s'enuncia el principi de subsidiarietat en l'atribució de competències a les administracions locals –article 84.3-.

Doncs bé, la sentència reitera la seva concepció de les administracions locals com institucions bifronts, de forma que admet la incorporació de les mateixes a l'estructura interna de la Generalitat però sense que això modifiqui el més mínim el caràcter estatal d'aquestes institucions, la seva indisponibilitat per part de les Comunitats Autònomes, la integritat de les competències estatals en la matèria i la capacitat de relació directa de l'Estat amb les mateixes.

D'altra banda, la sentència veda el pas a altres aspectes estatutaris vinculats a plantejaments federalistes, com ara la bilateralitat concebuda com a relació igualitària de les Comunitats Autònomes amb l'Estat -especialment en matèria de finançament-, el concepte de ciutadà català amb entitat pròpia o la mateixa reconducció de la idea de nació catalana a la de nacionalitat catalana.

III.- L'Organització territorial i les vegueries.

Un dels aspectes mes rellevants de la sentència 31/10 es referix a la vegueria. En efecte, l'Estatut defineix aquesta entitat com un dels nivells ordinaris que integren el sistema institucional de Catalunya (articles 2.3 i 83.1). La vegueria queda concebuda de forma ambivalent com àmbit territorial de desplegament territorial de l'administració de la Generalitat i alhora com entitat local supramunicipal.

Així doncs estem clarament davant d'un reflex de les diputacions provincials, fins i tot la finalitat essencial de la vegueria en tant que ens local consisteix en la cooperació intermunicipal. Doncs bé, l'article 91.3 disposa que els consells de vegueria substitueixen les diputacions, sense perjudici que l'alteració dels límits provincials s'hagi de fer segons allò previst a l'article 141.1 de la Constitució, això és, mitjançant Llei orgànica.

Aquestes son les referències que l'Estatut fa a la caracterització de les vegueries.

L'encaix constitucional d'aquest nou ens tal com ha estat definit a l'Estatut ha generat un fort debat doctrinal, debat que es pot resumir en tres hipòtesis interpretatives. L'una segons la qual estaríem davant d'una nova institució que neix a l'Estatut i que s'afegeix a les ja existents sense afectar·les, de forma que la vegueria seria la província catalana que no afecta ni qüestiona la província espanyola. La segona tesi concep la vegueria com un nou ens creat per l'Estatut que substitueix la diputació com a ens local. Finalment una tercera hipòtesi entén que la vegueria no és més que la denominació de la província a Catalunya, de forma que l'Estatut es limita a introduir algunes peculiaritats a la província i a la diputació de règim comú.

És cert que aquesta darrera tesi de identificació vegueria-diputacio és la que millor encaix constitucional té, però les coses son com son. Entenc que la configuració global de la vegueria a l'Estatut no abona la tesi de l'addició ni tampoc la de la identificació. Estem davant d'una substitució senzillament perquè així ho estableix l'article 91.3.

Les vegueries son concebudes com un nivell de govern definit de bell nou per l'Estatut, la qual creació, modificació i supressió cal fer per Llei del Parlament –article 90.4-; entitats que alhora han de substituir les actuals províncies. Així doncs les vegueries i els consells de vegueria neixen en una trajectòria de col·lisió amb les províncies i les diputacions provincials, específicament amb la garantia institucional de les mateixes segons la configuració que d'aquesta garantia ha efectuat la jurisprudència constitucional més tradicional (STC 32/81).

En efecte, no es pot entendre que la vegueria sigui un simple canvi de nom de la província senzillament perquè no és això el que diu l'Estatut. D'altra banda, l'encaix d'aquest plantejament a les previsions de l'Estatut genera diversos problemes. En primer lloc, si la vegueria coincidís a l'Estatut amb la província, la seva configuració hauria de ser consegüent amb la garantia institucional de les províncies i també la seva naturalesa bifront d'acord amb la jurisprudència constitucional clàssica. En segon lloc, caldria estar a la configuració que la legislació bàsica fa de la província i les diputacions, doncs encara que l'Estatut tingui naturalesa de Llei estatal no podria assumir la funció de legislador basic de règim local, de forma que hauria de respectar integrament l'actual legislació bàsica. Alhora, el règim electoral de la provincia-vegueria ha de ser el que correspongui segons la legislació electoral general. Finalment, en cas que la vegueria s'identifiqués amb la diputació i els canvis es limitessin a la denominació i a aspectes institucionals no bàsics, no correspondria en cap cas la substitució entre una i altra atès que no hi ha successió si estem davant la mateixa persona jurídica.

Doncs bé, la sentència aborda la qüestió a partir d'un plantejament simplement especulatiu. En efecte, en primer lloc el Tribunal referma la necessitat que la província continuï existint a Catalunya. A partir d'aquest punt, el Tribunal analitza l'Estatut per constatar que la vegueria ha estat definida com una divisió territorial que adopta la Generalitat per a l'organització territorial dels seus serveis, circumstància que no afecta el fet que la província continuï essent la circumscripció territorial de l'Estat. Pel que fa a la dimensió de la vegueria com institució local, tampoc troba el Tribunal cap incompatibilitat en que aparegui un nou nivell de govern local supramunicipal orientat a la cooperació, sempre que aquest nou nivell no perjudiqui l'existència i autonomia de les diputacions.

En definitiva el Tribunal entén que seria acceptable la vegueria com un nou nivell d'administració local que apareix en paral·lel als existents, singularment en paral·lel a la província.

Arribats a aquest punt, el Tribunal analitza la previsió establerta a l'article 91.3 en el sentit que els consells de vegueria substitueixen les diputacions –una previsió que contradiu

l'anterior plantejament-. En aquest punt el Tribunal es planteja una segona hipòtesi consistent en la possibilitat que estiguem davant un simple canvi de denominació: La substitució de les províncies per les vegueries seria admissible si es tractés d'un simple canvi de nom de les dipoutacions catalanes, que passen a denominar·se vegueries. Ara bé, en aquest cas la composició dels consells de vegueria, el mode d'elecció dels seus membres i la definició de les competències correspon a la legislació bàsica de l'Estat i no a una Llei del Parlament com preveu l'Estatut.

En definitiva, el Tribunal admet totes dos possibilitats; o be es configura la vegueria com un nivell de govern i una nova administració supramunicipal pròpia de la Generalitat que conviurà amb les províncies i les diputacions, o bé estem davant un canvi de denominació. En el primer cas, estaríem davant la inconstitucionalitat de l'article 91.3 en la mida que disposa la substitució de les diputacions pels consells de vegueria. En el segon cas seria inconstitucional l'article 91.4 en la mida que atribueix a una Llei del Parlament la competència de creació, modificació i supressió de les vegueries (alhora províncies en aquest cas) i el desplegament del seu règim jurídic, essent així que aquesta possibilitat queda reservada per la Constitució a una Llei orgànica.

El cas és que el Tribunal s'atura en haver formulat aquestes dos hipòtesis i no arriba a determinar en quina de les dos encaixa la vegueria definida a l'Estatut. En aquest punt el Tribunal sembla entendre que l'Estatut no fixa un model predeterminat de vegueria sinó que difereix al legislador ordinari la definició d'un aspecte tan estructural d'aquesta nova institució. Sigui com sigui, qualsevol de les alternatives comporta un marge d'inconstitucionalitat en la previsió estatutària però la sentència no declara inconstitucional cap dels dos apartats de l'article 91 que estan en qüestió sinó que els sotmet a una interpretació conforme, sense més.

Aquest plantejament resulta fal·laç en la mida que, en primer lloc, el model de vegueria no queda diferit a la futura legislació sinó que està clarament perfilat a l'Estatut. Per tant, no caben les hipòtesis especulatives.

En segon lloc, ni l'Estatut es planteja un simple canvi de denominació de les províncies ni es limita a crear un nou nivell institucional intern aliè a les províncies. La vegueria queda definida en la seva doble vessant de circumscripció territorial i entitat local, com una institució de creació estatutària i regulació catalana que és transsumpte de la província i la diputació, a la que ha de substituir. L'Estatut institueix i perfila un nou nivell de govern justament destinat a substituir les províncies.

La sentencia es limita a analitzar un a un els preceptes que al·ludeixen a la vegueria per justificar·los en funció d'hipòtesis heterogènies, hipòtesis que son incompatibles entre sí, sense considerar la institució en el seu conjunt. Una tècnica que en podríem dir d'especejament que consisteix en analitzar les parts però no el tot.

Cal afegir que l'anàlisi del Tribunal Constitucional no abordar la qüestió des de la perspectiva de la competència reservada a l'Estat per emetre la normativa bàsica de les institucions provincials i el joc de competències al respecte. Això és, es limita a confrontar l'Estatut amb l'article 141 CE però no amb l'article 149.1.18, tot i que més endavant, quan al fonament jurídic nº 95 analitza la competència de la Generalitat en matèria d'organització territorial, manifesta clarament que la determinació, creació o modificació de les entitats que configuren l'organització territorial –v.gr, les vegueries-, no ha de qüestionar la plena virtualitat de les bases estatals en la matèria.

En definitiva, el Tribunal es podria haver plantejat en el seu cas la possibilitat de matisar la doctrina de la garantia institucional reconstruint dogmàticament la mateixa o senzillament deixant·la de banda. Aquest era el camí per respectar les vegueries de l'Estatut si aquesta era la intenció, però no l'anàlisi incomplert d'una realitat fraccionada.

El cas és que el Parlament ha aprovat el passat 3 d'agost la Llei 30/10 de vegueries. Una Llei que confirma plenament la caracterització ja esmentada d'aquesta institució, que inclou la competència del Parlament per a la creació, modificació o supressió de les vegueries, que atribueix als consells de vegueria les competències de les diputacions, que disposa la subrogació d'aquelles a tots els efectes i que regula el procés de transició. Una substitució que s'haurà de realitzar respecte les quatre diputacions catalanes a partir de les eleccions locals de 2011 sense intervenció de cap norma estatal, norma que només es preveu per una segona transició a les set vegueries.

IV.- El finançament local.

Fins el nou estatut la capacitat de la Generalitat per intervenir en matèria d'hisendes locals ha estat certament mínima, pràcticament centrada en l'articulació de la participació local en els tributs propis i en exercir alguns controls financers sobre els municipis.

La Constitució blinda inicialment aquest àmbit en atribuir a l'Estat la competència en matèria de Hisenda general (art. 149.1.14 CE), la competència per definir les bases del règim jurídic de les Administracions publiques (art. 149.1.18 CE) i la potestat originària per instituir els tributs (art. 133 CE). A banda, la projecció del principi d'autonomia local en la vessant d'autonomia de la despesa limita també –en aquest cas per sota- la capacitat d'intervenció autonòmica. A partir d'aquest plantejament el Tribunal Constitucional ha elaborat històricament una jurisprudència molt limitadora per a les Comunitats Autònomes sortint al pas dels intents que han fet per entrar en aquest camp, bé rebutjant la introducció de criteris propis en la distribució del fons de cooperació estatal (STC 331/93), bé limitant les tuteles financeres (STC 233/1999), be desautoritzant la apropiació de percentatges pressupostaris de les Diputacions (STC 48/2004**)** o al condicionament de la despesa provincial (STC 109/1998). Aquesta situació ha fet que en l'ordenament de Catalunya pràcticament no hi hagin referències a les hisendes locals.

L'Estatut de 2006 ha introduït diverses referències a les hisendes locals. L'article 218.2 EAC atribueix a la Generalitat una competència inicial en matèria de finançament local, per bé que en el marc de la normativa estatal. Aquesta competència "pot incloure la capacitat legislativa per a establir i regular els tributs propis dels governs locals". S'atribueix alhora a la Generalitat la tutela financera, competència que era la única que apareixia a l'Estatut del 1979. L'article 219 preveu la distribució autonòmica de la participació municipal en tributs de l'Estat i també la distribució de subvencions incondicionades també estatals. Atès que la introducció de criteris propis en el primer cas ha estat ja descartada pel Tribunal, l'Estatut es limita a introduir aquesta possibilitat respecte la distribució de subvencions incondicionades, plantejament que es justifica per tal de respondre a les peculiaritats del sistema d'administracions locals català. Una distribució que caldrà fer en tot cas atenent a la capacitat fiscal i les necessitats de despesa dels ens destinataris.

Cal remarcar alhora la introducció a l'Estatut d'una garantia de finançament associat a l'atribució o traspàs de noves competències (article 219), requeriment que és indispensable perquè entri en vigor la transferència o delegació. Una garantia que no és nova doncs ja estava reconeguda a la legislació des de fa temps, encara que no era habitual que les lleis de transferència assumien efectivament aquest compromís. Doncs be, ara el mandat assoleix rang de Llei orgànica i entra clarament en el bloc de la constitucionalitat, de forma que el principi queda reforçat.

El Tribunal Constitucional aborda algunes d'aquestes previsions:

- Respecte la eventual competència legislativa de la Generalitat per establir i regular tributs, la sentència determina que la creació dels tributs locals queda irremissiblement assignada a l'Estat segons els articles 31.3 i 133 CE, de forma que no és possible cap intervenció autonòmica: *"Se trata, en suma, de una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales."*

- Respecte la capacitat per fixar els criteris de distribució de la participació local en els ingressos de l'Estat el Tribunal adverteix la picardia de l'Estatut quan fa esment a la possibilitat que la Generalitat introdueixi criteris propis de distribució dels fons que es reparteixen a càrrec dels pressupostos autonòmics, essent així que les assignacions del fons de cooperació estatal també s'integren en aquest pressupostos. Tanmateix, el Tribunal ratifica a partir d'una interpretació sistemàtica la seva doctrina clàssica segons al qual la Generalitat no pot mediatitzar la distribució del fons estatal de cooperació introduint criteris propis.

Aquest plantejament s'aplica també a la distribució de subvencions incondicionades, aspecte en el que l'Estatut sí que introduïa obertament un marge de decisió del Parlament. Doncs bé, en aquest punt el Tribunal reitera que la Generalitat no pot alterar els criteris fixats per l'Estat quant la distribució de les subvencions incondicionades, encara que admet el precepte si s'entén que la intervenció de la Generalitat es referix a la possibilitat de vincular financerament a les Diputacions respecte la cooperació planificada a nivell autonòmic. Una interpretació ben forçada, doncs el precepte es refereix a la intervenció prèvia a la individualització de les subvencions estatals, mentre que la interpretació del Tribunal Constitucional es refereix a una cosa totalment diferent que és la vinculació de recursos provincials ja comptabilitzats.

V.- Altres.

V.1. Competència sobre el règim local

- L'article 160 EAC fa la següent distribució de competències en matèria de règim local:

> "*1. Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de règim local que, respectant el principi d'autonomia local, inclou:*
>
> *a) Les relacions entre les institucions de la Generalitat i els ens locals, i també les tècniques d'organització i de relació per a la cooperació i la col·laboració entre els ens locals i entre aquests i l'Administració de la Generalitat, incloent-hi les diverses formes associatives, mancomunades, convencionals i consorcials.*
>
> *b) La determinació de les competències i de les potestats pròpies dels municipis i dels altres ens locals, en els àmbits especificats per l'art. 84.*
>
> *c) El règim dels béns de domini públic, comunals i patrimonials i les modalitats de prestació dels serveis públics.*
>
> *d) 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.*
>
> *e) El règim dels òrgans complementaris de l'organització dels ens locals.*
>
> *2. Correspon a la Generalitat la competència compartida en tot allò que no estableix l'apartat 1* ..."

- Quant l'apartat a/, el Tribunal Constitucional no troba obstacle en el fet que la Generalitat assumeixi la regulació de les relacions que els ens locals puguin tenir amb la Generalitat,

el que no afecta a les relacions que puguin tenir a l'Estat d'acord amb llur naturalesa bifront.

- Respecte l'apartat b/, el Tribunal admet que la Generalitat te facultat per determinar les competències o la capacitat d'intervenció de les Administracions locals en les matèries o sectors que son de competència autonòmica: "*la competencia de la Generalitat para asignar competencias a los gobiernos locales se circunscribe a las materias en las que el Estatuto atribuye competencias a la Comunidad Autónoma ... no existe vulneración de la competencia estatal para atribuir competencias a los entes locales en aquellas áreas en las que el Estado disponga de competencia ratione materiae"*.

En aquest punt la transcendència de la sentència pot ser notable. En efecte, fins ara, tot i que l'Estat i les Comunitats autònomes tenen distribuïts els àmbits materials d'actuació, això no impedia que l'Estat determinés amb caràcter bàsic un mínim irreductible de competències dels ens locals, mínim que cal entendre imprescindible des de la perspectiva de la garantia institucional (STC 32/81) doncs en efecte la mateixa existència municipal comporta entre altres manifestacions una capacitat d'actuació garantida. En aquest sentit, no es qüestionava la competència bàsica de l'Estat per reservar als municipis determinades competències, fins i tot en matèries autonòmiques, encara que remeses en el seu abast material a la legislació sectorial. En aquest sentit, els articles 25, 26 i 27 de la Llei de Bases del Règim Local defineixen un nucli competencial dels municipis, nucli que en efecte es refereix en una part notable a competències sectorials autonòmiques com ara els serveis socials, residus, transports, ensenyament o urbanisme. Doncs bé, a partir del plantejament de la sentència aquesta possibilitat que l'Estat defineixi unes competències municipals incloent matèries de competència autonòmica pot entrar en dubte, doncs el Tribunal afirma que pertoca a cada nivell de govern atribuir als municipis les competències que corresponguin en les matèries que els son pròpies. Si mes no, no s'ha aclareix si aquest plantejament salomònic qüestiona la competència bàsica estatal per definir un nucli competencial mínim independentment de la titularitat de la competència sectorial afectada.

- L'apartat c/ del mateix article 160 atribueix a la Generalitat les següents competències exclusives:

> "c) *El règim dels béns de domini públic, comunals i patrimonials i les modalitats de prestació dels serveis públics".*

La competència autonòmica està formulada en aquestes dos matèries en termes prou generals i prou clars. Doncs bé, en aquest punt la sentencia fa la següent lectura *"no existiendo obstáculo constitucional para que la Comunidad Autónoma establezca el régimen de dichos bienes en las distintas áreas de competencia autonómica en las que haya atribuido competencias a los entes locales. En cuanto a las modalidades de prestación de los servicios públicos, que han de someterse al art. 149.1.18 CE, el precepto estatutario no atribuye a la Comunidad Autónoma el establecimiento de su régimen jurídico, sino tan sólo la determinación concreta de los tipos y clases de servicios públicos entre los diversos posibles, lo que presupone el respeto a la competencia estatal ex art. 149.1.18 CE para fijar la normativa básica por la que se ha de regir cada uno de ellos"*.

Així doncs, la competència de la Generalitat queda reduïda de forma dràstica sense tocar una paraula de l'article 160.1.b/ EAC, de forma que la competència exclusiva sobre el règim dels bens de domini públic, comunals i patrimonials es limita a les especialitats que pugui haver per raó d'una matèria sectorial autonòmica i la competència per establir les modalitats de prestació dels serveis públics es limita a determinar quina concreta modalitat correspon per gestionar un determinat servei públic. Circumstància que,

formulada en aquests termes, planteja un seriós dubte des de la perspectiva de l'autonomia organitzativa de les Administracions locals.

- Respecte l'apartat d/ de l'article 160 EAC, la competència exclusiva de 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", queda interpretada com una atribució que no es refereix a la determinació del règim jurídic d'aquests òrgans com sembla sinó a la possibilitat d'aplicar la regulació existent, de forma que no es qüestiona la competència de l'Estat per determinar les bases.

- Finalment l'apartat 3 es refereix a la competència exclusiva de la Generalitat per determinar el règim electoral dels ens locals que creï, amb l'excepció dels constitucionalment garantits. La sentència salva també aquest plantejament per la via de considerar que aquesta competència autonòmica exclusiva no qüestiona la competència de l'Estat per restablir el règim electoral general, *"competencia estatal que se extiende a todos los entes locales y que no precisa ser confirmada por el EAC".* Estem novament davant d'una competència exclusiva que, sense modificar el precepte estatutari, passa a ser una competència compartida.

V.2. L'ús de la llengua catalana.

L'article 6 de l'Estatut defineix el català com a llengua oficial d'ús normal i preferent per part de les Administracions públiques, a banda de constituir la llengua normalment emprada com a vehicular a l'aprenentatge. Alhora, es defineix el dret dels ciutadans a utilitzar qualsevol de les dos llengües oficials i el deure de conèixer-les. En aquest sentit, l'article 32 reconeix el dret dels ciutadans a l'opció lingüística davant les administracions públiques, dret que s'estableix respecte qualsevol de les administracions presents a Catalunya i que comporta el correlatiu deure de les mateixes de respectar l'opció lingüística, fins i tot els òrgans constitucionals i jurisdiccionals situats fora del territori català.

L'article 50 reitera la utilització del català com a llengua interna en les actuacions de les administracions catalanes, empreses dependents i concessionaris, i també la utilització externa en les comunicacions amb altres administracions i persones privades, sense perjudici del dret dels ciutadans –només dels ciutadans- a rebre les comunicacions en castellà si així ho demanen.

En definitiva, l'Estatut, seguint el plantejament de les Lleis de normalització o política lingüística, desequilibra la paritat de les dos llengües sobre la base que el català no és sols una llengua oficial sinó que és alhora la llengua pròpia. A partir d'aquest plantejament es defineix el català com llengua d'ús ordinari a les Administracions.

Doncs bé la sentència no admet aquest desequilibri, de forma que totes dos llengües oficials han de ser d'ús normal i preferent i no només el català. En conseqüència, la sentència declara inconstitucional l'expressió "preferent" a l'article 6.1.

Un plantejament que caldrà estendre ben probablement a la Llei de Política lingüística i als reglaments municipals, doncs inicialment totes dos llengües han de ser d'ús equivalent en l'actuació interna de les Administracions. Això no exclou que l'administració pugui usar internament una o altra llengua oficial, però no por haver preferència i en tot cas el dret dels ciutadans a rebre les comunicacions en castellà s'ha de fer efectiu sense formalitats ni condicions que comportin obligacions o càrregues.

Alhora, la sentència nega per la via de la interpretació el deure dels ciutadans de conèixer el català. Deure que cal circumscriure a l'àmbit de l'ensenyament i al de les relacions de subjecció especial, però que no pot ser un deure generalitzat.

Cal destacar així mateix el pronunciament del Tribunal en el sentit que les comunicacions adreçades a les institucions estatals que no tinguin la seva seu a Catalunya no son jurídicament valides, com tampoc resulta admissible exigir l'ús d'una determinada llengua en les relacions entre els particulars, doncs la regulació de la llengua només és admissible en les relacions entre els poders públic i el ciutadans, afirmació aquesta que tanmateix no s'argumenta.

V.3. Consultes populars

L'article 122 de l'Estatut atribueix a la Generalitat la competència exclusiva per l'establiment del regim jurídic, les modalitats, el procediment i la convocatòria per part de la Generalitat i els ens locals en l'àmbit de llurs competències d'enquestes, audiències públiques, fòrums de participació i qualsevol altre instrument de consulta popular, salvant l'article 149.1.32 CE que es refereix a la competència estatal per autoritzar consultes per via de referèndum.

El Tribunal considera que el referèndum no es sinó una espècie dins el gènere de les consultes populars, una espècie caracteritzada per adreçar·se al cos electoral, això és, una consulta feta a partir del cens, amb intervenció de l'Administració electoral i amb les garanties jurisdiccionals corresponents.

Aquest plantejament deixa lliure la possibilitat de consultes diferents, adreçades a altres col·lectius.

En aquest sentit, el Tribunal admet la competència exclusiva de la Generalitat però sempre respectant les bases del règim jurídic de les administracions públiques, títol que permet a l'Estar abordar la qüestió.

Heus ací un altre cas de competència exclusiva que deixa de ser·ho sense afectar per res el precepte estatutari que estableix aquella.

V.4. Funció pública

L'article 136 EAC atribueix a la Generalitat la competència exclusiva sobre el règim estatutari del personal en els següents termes:

> "*a/ La competència exclusiva sobre el règim estatutari del personal al servei de les administracions públiques catalanes i sobre l'ordenació i l'organització de la funció pública, salvant el que disposa la lletra b.*
>
> *b) La competència compartida per al desenvolupament dels principis ordenadors de l'ocupació pública, sobre l'adquisició i la pèrdua de la condició de funcionari, les situacions administratives i els drets, els deures i les incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques*.

El Tribunal constata que correspon a l'Estat determinar les bases de la funció pública, el que inclou segons la jurisprudència dictada fins aleshores "*la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas*". El Tribunal constata que no totes aquestes matèries queden salvades a l'apartat b/ del precepte estatutari. De fet, les matèries bàsiques que no queden reconegudes com de competència compartida son les següents: promoció, carrera administrativa, responsabilitats, règim disciplinari, creació i integració de cossos i escales i provisió de llocs de treball.

Doncs bé, a la sentència s'aborda el cas de la carrera administrativa, el règim retributiu i el règim disciplinari, matèries la qual competència bàsica de l'Estat es salva entenent que queden compreses dins el concepte de drets i els deures, concepte aquest que sí que queda definit a l'Estatut com a competència compartida. No s'aborda el cas de les altres matèries bàsiques que no son reconegudes específicament com a compartides, com ara la promoció, les responsabilitats, la creació i integració de cossos i escales i la provisió de llocs de treball. També queden fora altres conceptes actualment inclosos a l'EBEP i per tant tractats ara per ara com a bàsics, com les classes de personal al servei de les Administracions Públiques, els drets sindicals i la negociació col·lectiva, jornada, permisos i llicències, o els instruments de planificació i gestió de la funció pública.

Certament la situació es pot salvar estirant el concepte de drets i deures per enquibir-hi totes aquestes matèries, bé encaixant·les entre els "*principis ordenadors de l'ocupació pública*", que també queda definit a l'Estatut com a competència compartida.

Ara bé, independentment que la flexibilitat d'aquests conceptes doni per tant, cal remarcar que hi ha una contradicció entre la forma gelosa en que el Tribunal es reserva la capacitat per definir les categories i els conceptes constitucionals i la facilitat amb la que, en el fragor de l'argumentació sectorial, renuncia al propi sistema de categories per acceptar un seguit de categories –supraconceptes- que segons aquesta interpretació definiria de bell nou l'Estatut amb una amplitud desconeguda fins al moment.

Una altra qüestió que es pot plantejar és fins a quin punt l'article 136 EAC en la interpretació de l'article 110 suposa un replantejament de la distribució de les competències en matèria de cossos d'habilitació nacional i un retrocés d'allò que cal considerar bàsic segons la jurisprudència tradicional, jurisprudència que inclou algunes funcions executives dintre de les bases que corresponen a l'Estat. Tanmateix, i a la vista de la interpretació que el Tribunal fa del concepte de competència exclusiva i de l'article 110, no es pot saber del cert on estem, probablement allà mateix.

Una altre aspecte relacionat amb la funció pública és el referit a la determinació dels serveis mínims en el cas d'exercici del dret de vaga. En efecte, l'article 170.1.i/ EAC atribueix a la Generalitat la competència executiva en matèria de determinació dels serveis mínims respecte les vagues que tinguin lloc a Catalunya. En aquest punt el Tribunal reprodueix un plantejament ja antic en el sentit que "*la autoridad gubernativa a quien corresponde determinar el mínimo de mantenimiento del servicio, a fin de preservar los derechos o bienes constitucionales comprometidos por la huelga, es aquella autoridad, estatal o autonómica, que tiene competencia y, por consiguiente, la responsabilidad política del servicio en cuestión"*, plantejament que per sí sol hauria de portar a atribuir als ens locals la competència en els casos que la vaga es projecta sobre serveis locals.

Barcelona, octubre de 2010

ANNEX.

Extractes de la sentència:

Llengua

"La definición del catalán como "la lengua propia de Cataluña" no puede suponer un desequilibrio del régimen constitucional de la cooficialidad de ambas lenguas en perjuicio del castellano

…

Toda lengua oficial es, por tanto —también allí donde comparte esa cualidad con otra lengua española—, lengua de uso normal por y ante el poder público. También, en consecuencia, lo es el castellano por y ante las Administraciones públicas catalanas, que, como el poder público estatal en Cataluña, no pueden tener preferencia por ninguna de las dos lenguas oficiales

…

El art. 6.1 EAC, además de "la lengua de uso normal", declara que el catalán como lengua propia de Cataluña es también la lengua de uso "preferente" de las Administraciones Públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña. A diferencia de la noción de "normalidad", el concepto de "preferencia", por su propio tenor, trasciende la mera descripción de una realidad lingüística e implica la primacía de una lengua sobre otra en el territorio de la Comunidad Autónoma, imponiendo, en definitiva, la prescripción de un uso prioritario de una de ellas, en este caso, del catalán sobre el castellano, en perjuicio del equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales y que en ningún caso pueden tener un trato privilegiado. La definición del catalán como lengua propia de Cataluña no puede justificar la imposición estatutaria del uso preferente de aquella lengua, en detrimento del castellano, también lengua oficial en la Comunidad Autónoma, por las Administraciones Públicas y los medios de comunicación públicos de Cataluña…. No admitiendo, por tanto, el inciso "y preferente" del art. 6.1 EAC una interpretación conforme con la Constitución, ha de ser declarado inconstitucional y nulo.

…

Sólo los particulares, en tanto que titulares del derecho de opción lingüística garantizado por el propio art. 33.1 EAC, pueden preferir una u otra de ambas lenguas en sus relaciones con el poder público radicado en Cataluña. Y hacerlo, además, en perfecta igualdad de condiciones por cuanto hace a las formalidades y requisitos de su ejercicio, lo que excluye que, como pudiera resultar de una interpretación literal del apartado 5 del art. 50 EAC, quienes prefieran que su lengua de comunicación con las Administraciones sea el castellano hayan de pedirlo expresamente. El precepto, sin embargo, es conforme con la Constitución ya que puede interpretarse en el sentido de que, en el marco de la política de fomento y difusión del catalán, las entidades públicas, instituciones y empresas a que el precepto se refiere, pueden utilizar la lengua catalana con normalidad, sin perjuicio de poder utilizar también con normalidad el castellano, en sus relaciones internas, en las relaciones entre ellas y en sus comunicaciones con los particulares, siempre que se arbitren los mecanismos pertinentes para que el derecho de los ciudadanos a recibir tales comunicaciones en castellano pueda hacerse efectivo sin formalidades ni condiciones que redunden para ellos en una carga u obligación que les constituya en la posición de sujeto activo en sus relaciones con la Administración pública.

…

El apartado 5 del art. 33 EAC, por su lado, sería contrario a la Constitución si el Estatuto pretendiera derivar de la cooficialidad de la lengua catalana su cualidad de medio de comunicación jurídicamente válido respecto de poderes públicos no radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Tal condición es privativa del castellano (STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 2). El criterio territorial relevante a los efectos de la delimitación del poder público vinculado a las consecuencias de principio inherentes a la cooficialidad de una lengua autonómica es el de la sede de la autoridad, no el del alcance territorial de su respectiva competencia, pues esto último implicaría la sujeción de todos los órganos de ámbito estatal a los efectos de la

cooficialidad de todas las lenguas autonómicas en cualesquiera puntos del territorio nacional; esto es, una vinculación por principio reservada a la única lengua española común.

…el deber de disponibilidad lingüística de las entidades privadas, empresas o establecimientos abiertos al público no puede significar la imposición a éstas, a su titular o a su personal de obligaciones individuales de uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales de modo general, inmediato y directo en las relaciones privadas, toda vez que el derecho a ser atendido en cualquiera de dichas lenguas sólo puede ser exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos. Por ello, en este ámbito de las relaciones entre privados no cabe entender que el Estatuto imponga de modo inmediato y directo tal obligación a los ciudadanos.

Interpretado en esos términos, el art. 34 EAC no es contrario a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo"

Drets i deures dels ciutadans

"En el nuevo Estatuto catalán se prodiga sobre todo, según veremos, sin que falten proclamaciones de derechos subjetivos *stricto sensu*, el segundo tipo de derechos, es decir, mandatos de actuación a los poderes públicos, ya estén expresamente denominados como "principios rectores", ya estén enunciados literalmente como derechos que el legislador autonómico ha de hacer realidad y los demás poderes públicos autonómicos respetar. Lo decisivo para pronunciarse sobre su legitimidad constitucional será, en cada caso, si los mandatos en ellos comprendidos vinculan exclusivamente al poder público catalán y, naturalmente, si sólo pretenden hacerlo en el marco de sus competencias. Este tipo de derechos estatutarios, que no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos (STC 247/2007, FFJJ 13 a 15), operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas. De lo que resulta, naturalmente, un principio de diferenciación que no puede confundirse con la desigualdad o el privilegio proscritos por los arts. 138.2 y 139.1 CE, pues con ella sólo se abunda en la diversidad inherente al Estado autonómico [STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2 a)] en tanto que implícita en la pluralidad de ordenamientos que, fundamentados y reducidos a unidad en la Constitución

…el Estatuto de Autonomía, como norma primera de un sistema normativo autónomo, tiene su ámbito más propio en el terreno de la generalidad, la abstracción y los principios, lo que no se compadece con la disciplina de desarrollo de un derecho fundamental cuya proclamación y definición sustancial (contenido mínimo) ya se habrá verificado en la Constitución, de suerte que la intervención del Estatuto sólo sería admisible si fuera reiterativa; esto es, si se limitara a hacer lo que ya se ha hecho en la Constitución, en la que se agota la función normativa necesaria en ese primer nivel de abstracción, al que sólo puede seguir ya la función de desarrollo, proceso de concreción que no corresponde al Estatuto. Lo segundo implica que la participación del Estatuto en el desarrollo de los derechos redundaría en una pluralidad de regímenes de derechos fundamentales (tantos como Estatutos), lo que afectaría al principio de igualdad de los españoles en materia de derechos fundamentales.

De otra parte, la divisoria ley orgánica/ley ordinaria en materia de derechos fundamentales (desarrollo/regulación: arts. 81.1 y 53.1 CE) supone que el Estatuto, en tanto que ley orgánica, tampoco puede, no ya declarar o desarrollar derechos fundamentales o afectar a los únicos que son tales, sino siquiera regular el ejercicio de tales derechos. Podrá hacerlo, en su caso, el legislador autonómico, en tanto que legislador ordinario y de acuerdo con el reparto constitucional de competencias, pero no el legislador (orgánico) estatuyente"

La veguería

La provincia es una entidad asumida y asegurada en su existencia por la Constitución, que la define, al tiempo, como "entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios", y como "división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado" (art. 141.2 CE). En ninguno de ambos conceptos está condicionada la provincia a confirmación alguna por parte de los Estatutos de Autonomía, de manera que su silencio sobre la institución no puede significar una excepción de las previsiones constitucionales al respecto.

…

como se desprende (el objeto) del art. 83 EAC .. es la “organización del gobierno local de Cataluña”, nunca la del gobierno local del Estado en ese territorio.

…

En lo que aquí importa el Estatuto ha dispuesto que la veguería ha de ser “la división territorial adoptada por la Generalitat para la organización territorial de sus servicios” (art. 90.1 EAC), lo que en nada afecta a la provincia como “división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado” (art. 141.2 CE).

…

De otro lado, la definición estatutaria de la veguería como “gobierno local” (art. 90.2 EAC) en el ámbito intermunicipal de cooperación (art. 90.1 EAC) viene a corresponderse con la definición constitucional de la provincia como “entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios … la garantía constitucional de la provincia como entidad local no excluye la existencia de otras entidades de gobierno supramunicipal, fuera, claro está, de aquellas que pudieran perjudicar la existencia y autonomía de la única que en ese ámbito está constitucionalmente garantizada … En consecuencia, ha de ser desestimada la impugnación del art. 83.1 EAC al introducir la veguería como entidad estructuradora de la organización territorial básica de la Generalitat de Cataluña y no hacer mención, en cambio, de la provincia.

…

Por lo mismo también es de descartar la inconstitucionalidad imputada al art. 90.1 y 2 EAC, pues ninguna de las dos dimensiones definidoras de la veguería (como división del territorio a efectos intraautonómicos y como gobierno local para la cooperación intermunicipal, que goza de autonomía para la gestión de sus intereses) perjudica en absoluto a la provincia como división territorial del Estado y como entidad local ni a las funciones constitucionales que le son propias…. En tal sentido, la previsión estatutaria de la existencia de veguerías, sean cuales sean sus límites geográficos, no puede suponer la supresión de las provincias en Cataluña ni la de sus funciones constitucionales.

…

De los dos preceptos cuya inconstitucionalidad acabamos de descartar se desprende, en su interpretación más inmediata, que la veguería se constituye como una entidad local que, sin perjuicio de la provincia y de sus funciones constitucionalmente garantizadas, concurre con los municipios en la estructuración de la organización territorial básica de la Generalitat de Cataluña, también organizada en comarcas y otros entes supramunicipales de posible creación por la Comunidad Autónoma; esto es, como una entidad local propia de la Generalitat y distinta de la provincia, con la que convive en el respeto a su autonomía garantizada por la Constitución.

Sin embargo, el art. 91 EAC opone a lo anterior una alternativa radicalmente distinta …91.3 EAC, conforme al cual los Consejos de veguería (en tanto que órganos de “gobierno y administración autónoma de la veguería”: art. 91.1 EAC) “sustituyen a las Diputaciones”.

Tal posibilidad no es contraria a la Constitución, habida cuenta de que la veguería reúne en el Estatuto los caracteres típicos de la provincia y es ésta, más allá de su denominación específica, la institución constitucionalmente garantizada. Nada se opone, por tanto, a que, a efectos estrictamente autonómicos, las provincias catalanas pasaran a denominarse veguerías … De sustituir los Consejos de veguería a las Diputaciones corresponderá a la legislación del Estado determinar su composición y el modo de elección de sus miembros, correspondiendo también a la normativa básica estatal regular sus competencias en el orden local.

Ambas interpretaciones tienen, por tanto y en principio, cabida en el Estatuto de Autonomía catalán, de manera que será el legislador de desarrollo el llamado a concretar si la veguería es una nueva entidad local o una nueva denominación de la provincia. Sin embargo, cada una de estas dos interpretaciones posibles precisan, en su caso, de un determinado entendimiento del art. 91 EAC, … si la veguería no fuera sino la denominación de la provincia en Cataluña no cabría objeción constitucional alguna a la sustitución de la Diputación provincial por el Consejo de

veguería, según prescribe el art. 91.3 EAC. Sin embargo, en ningún caso la "creación, modificación y supresión, así como el desarrollo del régimen jurídico de las veguerías" podrían regularse entonces por ley del Parlamento catalán, como dispone el art. 91.4 EAC, pues es obvio que, como ente local garantizado por la Constitución, la provincia denominada "veguería" en Cataluña es indisponible por el legislador autonómico, reservada como está a la ley orgánica cualquier alteración de los límites provinciales, según recuerda el propio art. 91.4 EAC.

…

Por el contrario, si la veguería es una entidad local de nuevo cuño no sería constitucionalmente admisible que los Consejos de veguería sustituyeran a las Diputaciones, de manera que el art. 91.3 EAC, para ser conforme con la Constitución, ha de interpretarse de modo condicional, esto es, que los Consejos de veguería pueden sustituir a las Diputaciones en el exclusivo caso de que los límites geográficos de las veguerías coincidan con los de las provincias."

….

94. El art. 151 EAC, bajo la rúbrica "Organización territorial", reconoce a la Generalitat "la competencia exclusiva sobre organización territorial" … unas potestades (determinación, creación, modificación y supresión de las entidades que configuran la organización territorial de Cataluña) que no conllevan la regulación completa del régimen jurídico regulador de los entes locales que integran la organización territorial de Cataluña, sino que tienen por objeto decisiones concretas a través de las cuales la Generalitat determina, crea, modifica y suprime las entidades locales que han de componer dicha organización territorial, sin que ello impida la plena virtualidad de las bases estatales *ex* art. 149.1.18 CE y su proyección sobre la creación, modificación y supresión de las veguerías de acuerdo con lo dicho en los fundamentos jurídicos 40 y 41."

Interpretació de categories constitucionals /Competències exclusives

"En su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica —e indiscutible— de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional.

…

Los arts. 110, 111 y 112 EAC no pretenden disciplinar una cuestión ajena a la disponibilidad del legislador constituido como es la definición misma de qué sean las potestades legislativa, reglamentaria y ejecutiva comprendidas en las competencias de las que puede ser titular la Comunidad Autónoma de Cataluña. Tales potestades serán siempre y sólo las que se deriven de la interpretación de la Constitución reservada a este Tribunal y, de no mediar la oportuna reforma constitucional, su contenido y alcance no será sino el que eventualmente resulte de la propia evolución de nuestra doctrina

…

pueden los Estatutos de Autonomía relacionar sin definir, esto es, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que le es en sí misma indisponible, y así lo han hecho los diversos Estatutos de Autonomía desde su aprobación, las potestades comprendidas en las competencias atribuidas, en el marco de la Constitución, a las respectivas Comunidades Autónomas.

Tal es, en definitiva, el sentido que les cabe a las previsiones incluidas en los arts. 110, 111 y 112 EAC, constitucionalmente aceptables en la medida en que, con la referida voluntad de descripción y de sistema, se acomoden a la construcción normativa y dogmática que cabe deducir de nuestra jurisprudencia en cada momento histórico

…

la exclusividad de una competencia no es siempre coextensa con una materia, predicándose en ocasiones de la concreta potestad o función que sobre la totalidad o parte de una materia se atribuye a un titular determinado.

..

En definitiva, el art. 110 EAC no es contrario a la Constitución en tanto que aplicable a supuestos de competencia material plena de la Comunidad Autónoma y en cuanto no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado *ex* art. 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico u objeto jurídico, sea cuando se trate de materias de competencia compartida, cualquiera que sea la utilización de los términos "competencia exclusiva" o "competencias exclusivas" en los restantes preceptos del Estatuto, sin que tampoco la expresión "en todo caso", reiterada en el Estatuto respecto de ámbitos competenciales autonómicos, tenga otra virtualidad que la meramente descriptiva ni impida, por sí sola, el pleno y efectivo ejercicio de las competencias estatales.

…

En cuanto a la técnica seguida en ocasiones por el Estatuto de atribuir competencias materiales a la Generalitat que se proyectan "en todo caso" sobre las submaterias correspondientes, ya hemos afirmado (fundamento jurídico 59) que dicha expresión ha de entenderse en sentido meramente descriptivo o indicativo de que dichas submaterias forman parte del contenido de la realidad material de que se trate, pero sin que las competencias del Estado, tanto si son concurrentes como si son compartidas con las de la Comunidad Autónoma, resulten impedidas o limitadas en su ejercicio por esa atribución estatutaria "en todo caso" de competencias específicas a la Generalitat

…

la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia en los términos del art. 110 EAC no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguarda de las competencias estatales".

Consultes populars

"El art. 122 EAC sobre "Consultas populares" atribuye a la Generalitat "la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución

…

"[e]l referéndum es … una especie del género 'consulta popular' … cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas

…

Caben, pues, consultas populares no referendarias mediante las cuales "se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos …. Las encuestas, audiencias públicas y foros de participación a los que se refiere el art. 122 EAC tienen perfecto encaje en aquel género que, como especies distintas, comparten con el referéndum. Si a ello se añade que las consultas previstas en el precepto se ciñen expresamente al ámbito de las competencias autonómicas y locales, es evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado

…

La exclusividad del art. 122 EAC ha de serlo, por tanto, sin perjuicio de la competencia estatal relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

<u>Funció pública</u>

“El art. 149.1.18 CE reserva al Estado “las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos”, incluyéndose en ellas “en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas.”

…

Pues bien, es patente que el art. 136 b) EAC, al formalizar la competencia autonómica como compartida, presupone la plena virtualidad de la competencia normativa básica del Estado en la materia (art. 149.1.18 CE); sin que la omisión en la relación no exhaustiva que efectúa de algún aspecto esencial del régimen estatutario de los funcionarios públicos, como son la carrera administrativa y el régimen disciplinario, limite en el precepto enjuiciado la plena efectividad de la competencia estatal, pues obvio es que la carrera administrativa puede ser incluida, como ocurre con el régimen retributivo (que tampoco se cita en el precepto estatutario impugnado), entre los “derechos” de los funcionarios, mientras que el régimen disciplinario guarda relación con los “deberes” de los mismos, derechos y deberes que, efectivamente, están incluidos en la controvertida letra b).

Siendo ello así, resulta indiferente, para apreciar la adecuación a la Constitución del art. 136 a) EAC, que el art. 136 b) EAC no mencione expresamente la “carrera administrativa” y el “régimen disciplinario” entre los ámbitos de competencia compartida con el Estado, pues ambos aspectos quedan incluidos en dicha competencia compartida a través de los enunciados más generales (derechos y deberes de los funcionarios) que contiene el precepto estatutario. En definitiva, dado el alcance material de la letra b), la letra a) cubre el régimen estatutario no básico, por lo que no supone infracción del art. 149.1.18 CE.”

Competències sobre el règim local

“El art. 160.1, letra a), EAC incluye entre las competencias exclusivas de la Generalitat “las relaciones entre las instituciones de la Generalitat y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Generalitat, incluyendo las distintas formas asociativas, mancomunadas, convencionales y consorciales.” Pues bien, el precepto sólo conlleva, de un lado, que la Generalitat pueda relacionarse directamente con dichos entes locales, lo que es legítimo por el carácter bifronte propio del régimen local, y, de otro, que en esas relaciones la Generalitat pueda determinar cuáles hayan de ser las técnicas de relación para la cooperación y coordinación que procedan en cada caso, lo que tampoco debe conducir a la inconstitucionalidad, ya que la remisión que se hace en este punto a las formas asociativas, mancomunadas, convencionales y consorciales ha de presuponer la sujeción a la naturaleza de cada una de ellas, de acuerdo con lo que el Estado, *ex* art. 149.1.18 CE, establezca en su caso. Por lo demás, nada en el precepto impugnado obstaculiza la posibilidad de que el Estado entable relaciones directas con las Entidades locales

…

la competencia de la Generalitat para asignar competencias a los gobiernos locales se circunscribe a las materias en las que el Estatuto atribuye competencias a la Comunidad Autónoma. En efecto, esta cuestión ya fue abordada en el análisis del art. 84 EAC, donde concluimos que no existe vulneración de la competencia estatal para atribuir competencias a los entes locales en aquellas áreas en las que el Estado disponga de competencia *ratione materiae*, incluidas las bases en materia de régimen local (art. 149.1.18 CE) (fundamento jurídico 37). Pues bien, en este caso el precepto estatutario impugnado atribuye a la Generalitat la determinación concreta de las competencias que hayan de tener los entes locales, lo que deberá circunscribirse a las áreas de competencia de aquélla y, por tanto, respetar las competencias del Estado.”

…

La letra c) asigna a la Generalitat “el régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos” … no existiendo obstáculo constitucional para que la Comunidad Autónoma establezca el régimen de dichos bienes en las distintas áreas de competencia autonómica en las que haya atribuido competencias a los entes locales. En cuanto a las modalidades de prestación de los servicios públicos, que han de someterse al art. 149.1.18 CE, el precepto estatutario no atribuye a la Comunidad Autónoma el establecimiento de su régimen jurídico, sino tan sólo la determinación concreta de los tipos y clases de servicios públicos entre los diversas posibles, lo que presupone el respeto a la competencia estatal *ex* art. 149.1.18 CE para fijar la normativa básica por la que se ha de regir cada uno de ellos.

La atribución de competencia a la Generalitat por el art. 160.1 d) EAC para “la determinación de los órganos de Gobierno de los Entes locales creados por la Generalitat y el funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos de estos órganos” tampoco incurre en inconstitucionalidad pues es claro que la determinación de dichos órganos es una operación de carácter aplicativo de la regulación existente y, por tanto, no se priva al Estado de materializarla *ex* art. 149.1.18 CE, con la precisión de que si las veguerías coinciden con las provincias dicha determinación queda sujeta a cuanto se dijo en el fundamento jurídico 41.

En conclusión, el art. 160.1 EAC, al reconocer a la Comunidad Autónoma las competencias examinadas en “exclusividad”, lo hace de manera impropia y no impide que sobre dichas competencias autonómicas puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del art. 149.1.18 C

..

al art. 160, apartado 3, EAC, el precepto atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen electoral de los entes locales que cree “con la excepción de los constitucionalmente garantizados” … Pues bien, si las veguerías coinciden con las provincias, ningún reparo suscita el precepto; y si no coinciden tampoco resulta conculcada la competencia del Estado, pues entra en juego la relativa al establecimiento del régimen electoral general (art. 149.1.1 en conexión con el art. 81.1, ambos CE), competencia estatal que se extiende a todos los entes locales y que no precisa ser confirmada por el EAC.”

Autonomia i suficiència financeres

“La autonomía local reconocida en los arts. 137, 140 y 141 CE tiene una vertiente económica, en ingresos y gastos (STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10). En relación con los ingresos, la autonomía local presupone la existencia de “medios suficientes” para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones locales (art. 142 CE), siendo el principio de suficiencia de ingresos y no propiamente el de autonomía financiera el que garantiza la Constitución … son dos las fuentes primordiales de financiación de las corporaciones locales, la participación de éstas en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas y los tributos propios, teniendo en cuenta que el apartado 1 del art. 133 CE reserva al Estado de manera exclusiva la potestad originaria para establecer tributos… Por lo que a la autonomía del gasto se refiere, pese a que el art. 142 CE no la contemple de modo expreso, la Constitución la consagra por la conexión implícita entre dicho precepto y el art. 137 CE (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 10), comprendiendo la plena disponibilidad por las corporaciones locales de sus ingresos, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión para poder ejercer las competencias propias y la capacidad de decisión sobre el destino de sus fondos, también sin condicionamientos indebidos (STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10)

…

los dos títulos competenciales del Estado que operan fundamentalmente en relación con la financiación de las entidades locales son los referidos a Hacienda general (art. 149.1.14 CE) y a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE). En concreto, en la competencia estatal *ex* art. 149.1.14 CE se incluyen las medidas dirigidas a la financiación de las entidades locales, en tanto en cuanto tengan por objeto la relación entre la hacienda estatal y las haciendas locales, cuya suficiencia financiera corresponde asegurar al Estado. Ahora bien,

pese al carácter exclusivo de la competencia del Estado en cuanto a la Hacienda general, en la medida en que en materia de Administración local coinciden competencias estatales y autonómicas, en el ejercicio de aquélla el Estado deberá atenerse al reparto competencial correspondiente

…

El segundo inciso del art. 218.2 EAC recoge la posibilidad de que la competencia autonómica en materia de financiación local incluya la capacidad para establecer y regular los tributos propios de las entidades locales … hay que precisar que el inciso en cuestión no atribuye a la Comunidad Autónoma una competencia legislativa plena sobre la materia, ya que se limita a contemplar una posibilidad condicionada a que así lo disponga el legislador estatal

…

Ahora bien, según resulta de los arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE, la creación de los tributos locales ha de operarse a través del legislador estatal, "cuya intervención reclaman los apartados 1 y 2 del artículo 133 de la Constitución", potestad normativa que tiene su anclaje constitucional "en la competencia exclusiva sobre Hacienda General (art. 149.1.14 CE), debiendo entenderse vedada, por ello, la intervención de las Comunidades Autónomas en este concreto ámbito normativo" (STC 233/1999), de 16 de diciembre, FJ 22). Se trata, en suma, de una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales. Cuestión distinta, ajena además a la norma cuestionada, es que la Comunidad Autónoma pueda ceder sus tributos propios a las corporaciones locales de su territorio, como tiene reconocido nuestra doctrina (STC 233/1999, FJ 22). En conclusión, el segundo inciso del art. 218.2 EAC ("Esta competencia puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales") resulta inconstitucional.

…

El tercer inciso del art. 218.2 EAC incluye, dentro de las competencias de la Generalitat en materia de financiación local, la capacidad para fijar los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat … Es cierto que el precepto no se refiere a las participaciones en los "ingresos" de la Generalitat, sino en las que son a cargo del "presupuesto" de ésta, y dado que, de conformidad con el art. 219.2 EAC, los ingresos de los gobiernos locales consistentes en participaciones en tributos y en subvenciones incondicionadas estatales se van a percibir por medio de la Generalitat, podría entenderse que la norma examinada otorga a la Generalitat la facultad de fijar los criterios de distribución de todos los ingresos que los entes locales perciban a través de ese presupuesto … Ello no obstante la consideración sistemática del precepto impugnado muestra que sólo atribuye a la Generalitat tal competencia en relación con los recursos establecidos por la propia Comunidad Autónoma en su presupuesto, dado que esta facultad, al igual que las demás que se incluyen en el art. 218.2 EAC, la ostenta "en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado", según dispone su primer inciso. Ello conduce necesariamente a que la competencia autonómica queda circunscrita, exclusivamente, a la fijación de los criterios de distribución de las participaciones de los entes locales en los ingresos propios de la Generalitat, así como de las subvenciones incondicionadas que ésta decida otorgar, respetando necesariamente las competencias del Estado para fijar los criterios homogéneos de distribución de los ingresos de los entes locales consistentes en participaciones en ingresos estatales

…

Hemos de reiterar que al Estado *ex* art. 149.1.14 CE le compete asegurar la suficiencia financiera de los entes locales, competencia que incluye el establecimiento de los criterios de reparto de los fondos destinados a tal fin, tanto si provienen de la participación de aquéllos en tributos del Estado como si se derivan de subvenciones incondicionadas, de manera que las Comunidades Autónomas deberán respetar dichos criterios "sin alterarlos ni desarrollarlos" (STC 171/1996, FJ 5). En concreto, al propio Estado le corresponde establecer, *ex* art. 149.1.18 CE, en garantía de la autonomía que la Constitución reconoce a los entes locales, el régimen básico a través del cual las provincias realizan su función institucional de cooperación económica con los municipios de su territorio a fin de que éstos puedan realizar las obras y servicios de su competencia

…

Por tanto, la incidencia a que se refiere el precepto ha de entenderse circunscrita en su alcance a la fijación de esa planificación, en la que las Diputaciones catalanas han de integrar una parte de la financiación recibida, sin que pueda alterar los criterios fijados por el Estado para la distribución de las subvenciones incondicionadas entre las Provincias de Cataluña.

LA LLEI 34/2010, DE 5 D'AGOST, DE MODIFICACIÓ DE LES LLEIS 30/2007, 31/2007 I 29/1998, PER A L'ADAPTACIÓ A LA NORMATIVA COMUNITÀRIA DE LES DUES PRIMERES

SEMINARI DE DRET LOCAL
FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

Neus Colet i Arean
15 d'octubre de 2010

MAPA DE SITUACIÓ DE LA LEGISLACIÓ SOBRE CONTRACTACIÓ PÚBLICA

NORMES VIGENTS	PROJECTES NORMATIUS	CATALUNYA
LCSP RD LLEI 6/2010 Mesures per a l' impuls de la recuperació econòmica i l'ocupació Llei 14/2010 Infraestructures i els serveis d'informació geogràfica a Espanya Llei 15/2010 Mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials Llei 34/2010 Modificació de les lleis 30/2007, 31/2007 i 29/1998, per a l'adaptació a la normativa comunitària de les dos primeres Llei 35/2010 Mesures urgents per a la reforma del mercat de treball	Llei economia sostenible	PROJECTE DE LLEI DE CONTRACTES DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES DE CATALUNYA PROJECTE DE DECRET DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC
TRLCAP (FINANÇAMENT COP)	Llei finançament COP	ACORD DEL GOVERN DE 9 DE DESEMBRE DE 2009, DE MESURES EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA
RGLCAP	RGLCSP	
RD 817/2009		

OBJECTE, ENTRADA EN VIGOR I ESTRUCTURA

L'objecte és la modificació de les lleis:

- LLEI 30/2007, DE 30 D'OCTUBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC (LCSP)
- LLEI 31/2007, DE 30 D'OCTUBRE, SOBRE ELS PROCEDIMENTS DE CONTRACTACIÓ EN ELS SECTORS DE L'AIGUA, L'ENERGIA, ELS TRANSPORTS I ELS SERVEIS POSTALS
- LLEI 29/1998, DE 13 DE JULIOL, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓ CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Entrada en vigor: 9 de setembre de 2010 (1 mes des de la publicació al BOE) amb un particular règim de transitorietat

Estructura: conté un total de 3 articles, 3 disposicions addicionals, 3 disposicions transitòries, 1 disposició derogatòria i 3 disposicions finals

OBJECTIUS I FINALITATS DE LA LLEI

Incorporar la Directiva 2007/66/CE, d'11 de desembre, per la qual es modifiquen les Directives 89/665/CEE i 92/13/CEE, pel que f a l'eficàcia dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics

Donar compliment a la Sentència del TJUE de 3 d'abril de 2008 (ass. C-444/06, Comissió contra Espanya)

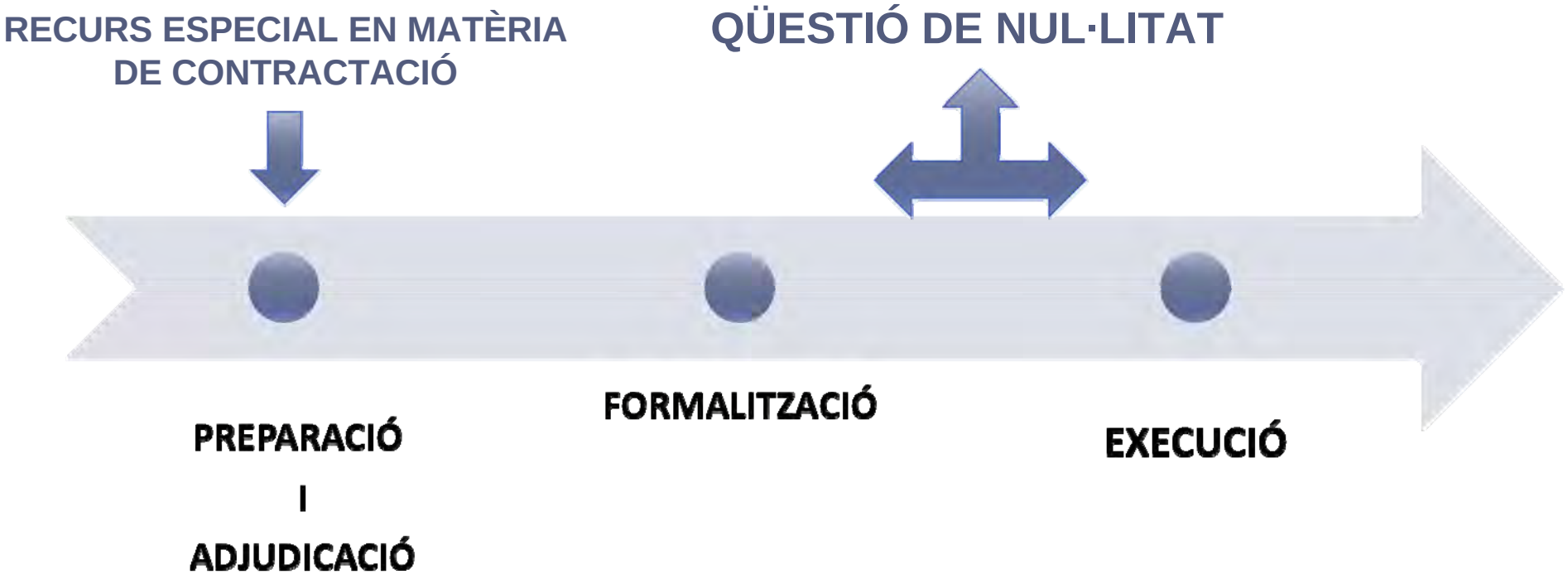
ESQUEMA DEL NOU RÈGIM DE REVISIÓ D'ACTES

INVALIDESA:

- **Règim general**: no conté modificacions rellevants respecte de la regulació de l'LCSP
- **Supòsits especials de nul·litat contractual**: provenen de la Directiva 2007/66/CE (supòsits d'ineficàcia del contracte)

RECURS ESPECIAL POTESTATIU EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ

Projecció de cada acció



MODIFICACIÓ DE LA LLEI 31/2007

Pel que fa al contingut,

- **Introdueix el règim de supòsits especials de nul·litat**
- **Adapta a la Directiva el règim de les reclamacions i de mesures provisionals**

Formalment,

- Afegeix l'expressió "*declaració de nul·litat dels contractes"* a la denominació del Títol VII
- Canvia la denominació del Capítol II del Títol VII, dedicat a les reclamacions i, ara també, a la declaració de nul·litat, que passa a ser *"supòsits especials de nul·litat dels contractes"*
- Suprimeix els Capítols III i IV del Títol VII dedicats al *"règim de certificats"* i *"procediment de conciliació"* i, en conseqüència deroga els articles 115 a 121
- Dóna nova redacció als articles 101 a 108 en els quals es regulen les *"reclamacions en els procediments d'adjudicació dels contractes"*
- Dóna nova redacció als articles 109 a 111 per incorporar *"els supòsits especials de nul·litat dels contractes"*

MODIFICACIÓ DE LA LLEI 29/1998

Competències de les Sales de la jurisdicció contenciosa administrativa:

- Dels Tribunals Superiors de Justícia: Tenen competència per revisar les decisions dels *Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales i dels òrgans independents de resolució autonòmics (futur Tribunal Català de Contractes del Sector Públic a Catalunya)*

- De l'Audiència Nacional: Té competència per revisar les decisions del *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*

Legitimació:

- Legitimació activa es reconeix a les administracions públiques i als particulars
- Legitimació passiva es reconeix a a les administracions públiques i a les persones a qui afavoreixi la resolució del Tribunal Administratiu competent
- No es reconeix legitimació activa ni passiva als Tribunals Administratius competents.

Aspectes procedimentals:

- Les decisions dels Tribunals Administratius són directament recurribles davant la jurisdicció contenciós administrativa
- Les persones que hagin comparegut en el recurs especial han de ser emplaçades en via jurisdiccional

MODIFICACIÓ DE L'LCSP

Formalment,

- **Suprimeix** el Capítol VI del Títol I del Llibre Primer "*Règim especial de revisió de decisions en matèria de contractació i mitjans alternatius de resolució de conflictes*"

- Crea de dues Seccions al Capítol V del Títol I del Llibre Primer relatiu al règim d'invalidesa:
  - Secció 1 "*règim general*" –art. 31 a 36-
  - **Secció 2 "*supòsits especials de nul·litat*" –articles 37 a 39-**

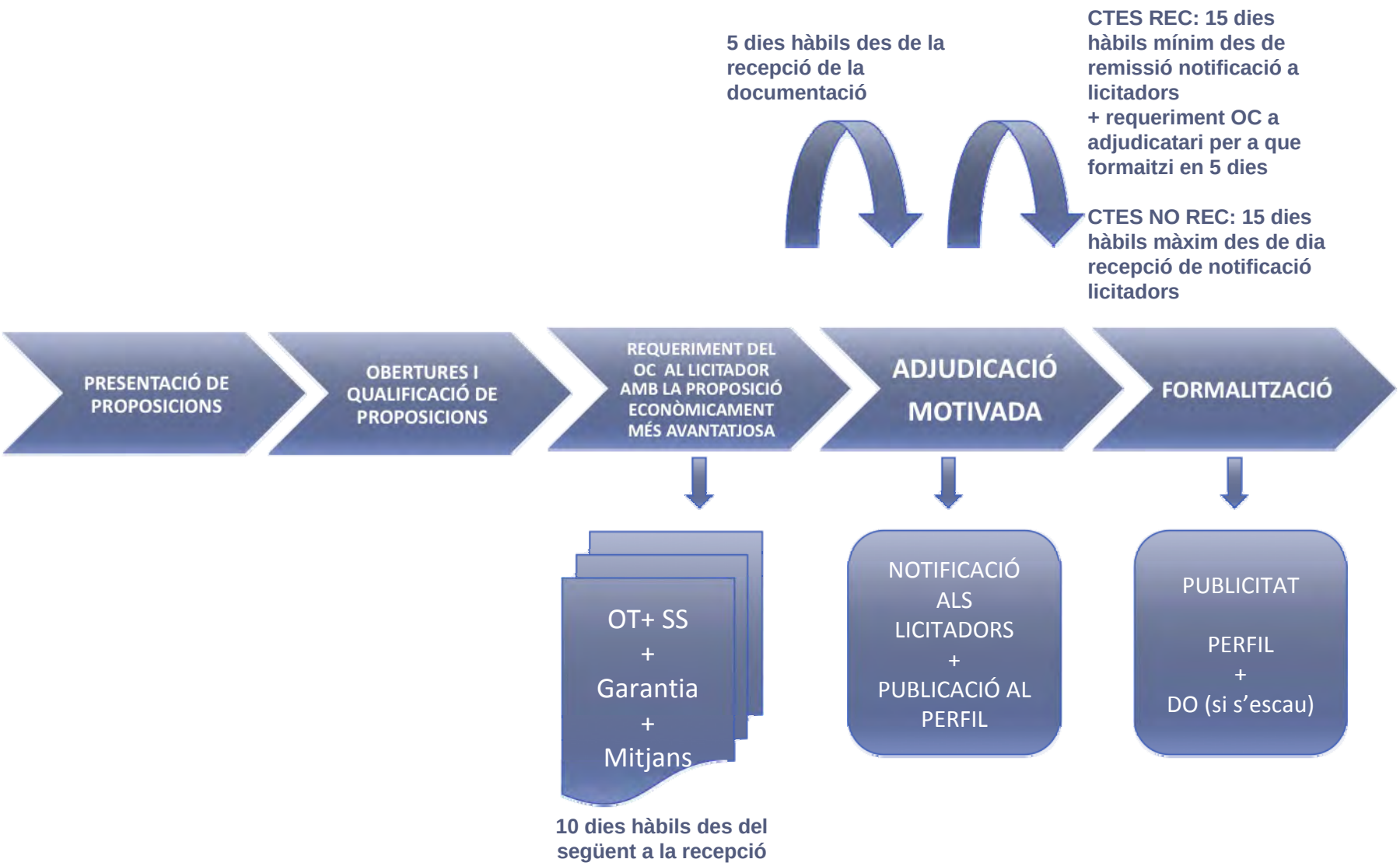
- **Crea un nou Llibre** VI "*Règim especial de revisió de decisions en matèria de contractació i mitjans alternatius de resolució de conflictes*" –articles 310 a 320-

- **Modifica una sèrie d'articles**, per tal d'adaptar-los:
  - al nou règim de revisió d'actes
  - al nou esquema d'adjudicació
  - al nou moment de perfecció dels contractes

PRINCIPALS MESURES INTRODUÏDES

- Incorporació dels **SUPÒSITS ESPECIALS DE NUL·LITAT** dels contractes
- Regulació de **MESURES PROVISIONALS**
- **REGULACIÓ DEL RECURS ESPECIAL**
- Foment de l'ús dels **MITJANS ELECTRÒNICS** en la contractació.
- Excepcionalitat de l'exigència de **GARANTIA PROVISIONAL**
- **UNIFICACIÓ DE L'ADJUDICACIÓ** del contracte en un sol acte
- Regulació del **CONTINGUT DE LES NOTIFICACIONS**
- **PERFECCIÓ DEL CONTRACTE AMB LA SEVA FORMALITZACIÓ**
- Modificació dels **TERMINIS DE FORMALITZACIÓ**
- Obligació de **PUBLICAR LA FORMALITZACIÓ**

DIAGRAMA BASE DEL PROCEDIMENT DE LICITACIÓ



EL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ (I)

CARACTERÍSTIQUES BÀSIQUES:

- recurs **especial**
- caràcter **potestatiu**
- **previ** a la interposició del RCA
- exclou la interposició de recursos administratius ordinaris, llevat que les CCAA ho regulin

OBJECTE:

- Els **anuncis de licitació**, els plecs i els documents que estableixin les característiques de la prestació.
- Els **actes de tràmit qualificats**, entre els quals s'inclouen els de les meses de contractació d'exclusió de licitadors
- Els **acords d'adjudicació**

que s'adoptin pels **PODERS ADJUDICADORS en els PROCEDIMENTS D'ADJUDICACIÓ de:**

- Contractes d'obres, de concessió d'obres públiques, de subministrament, de serveis, de col·laboració entre el sector públic i privat i acords marc subjectes a **regulació harmonitzada**
- **Determinats contractes de serveis** (categoria 17 a 27 de l'annex II de la Llei) d'import superior a 193.000 euros
- **Contractes de gestió de serveis públics** de pressupost de despeses de primer establiment superior a 500.000 euros i amb un termini de durada superior a 5 anys

I, també, respecte dels **contractes subvencionats** subjectes a regulació harmonitzada independentment del subjecte que licita i adjudica

EXCLUSIÓ: Procediments seguits per tràmit d'emergència

EL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ (II)

TERMINI D'INTERPOSICIÓ: 15 dies hàbils que es compten en funció de l'acte impugnat

- **Contra l'adjudicació**: a comptar des de l'endemà de la remissió de la notificació
- **Conta els plecs i altres documents contractuals:** a comptar de l'endemà de la seva recepció o posada a disposició
- **Contra els actes de tràmits o aplicació del procediment negociat sense publicitat**: a comptar des de l'endemà que es tingui coneixement de la possible infracció
- **Contra l'anunci de licitació** a partir de l'endemà de la seva publicació

ÒRGAN COMPETENT per a la resolució del recurs:

- El *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales* coneixerà dels actes de l'Administració General de l'Estat, del Consell General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional i del Tribunal de Comptes. Possibilitat de constituir *Tribunals Administratius Territorials de Recursos Contractuales*

- Els Tribunals autonòmics *(Tribunal Català de Contractes del Sector Públic)* coneixerà dels actes de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, de les Corporacions Locals, com també dels seus poders adjudicadors

- Els recursos que s'interposin contra decisions relatives a contractes subvencionats han de ser resolts pel Tribunal competent per conèixer els recursos de l'administració que atorga la subvenció o aquella a la qual està adscrit l' ens, l'organisme o l'entitat que l'hagués atorgat

LEGITIMACIÓ: Les persones físiques o jurídiques els drets o els interessos legítims de les quals s'hagin vist perjudicats o puguin resultar afectats per les decisions objecte de recurs

EFECTES: Si l'acte objecte del recurs és el l'adjudicació, queda en suspens la tramitació de l'expedient de contractació

EL RECURS ESPECIAL EN (S MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ (III)

POSSIBLE CONTINGUT DE LA RESOLUCIÓ:

- **Estimació** del recurs, totalment o parcialment
- **Desestimació** del recurs
- **Inadmissió** del recurs

A més,

- Ha d'acordar l'aixecament de la **suspensió** de l'acte d'adjudicació si es mantingués la suspensió i la resta de mesures provisionals adoptades i la devolució de les garanties exigides

- Pot imposar, a sol·licitud de l'interessat, si s'escau, l'obligació d'**indemnitzar** la persona interessada per danys i perjudicis

- Pot acordar, si aprecia mala fe o temeritat en la interposició del recurs o en la sol·licitud de mesures provisionals, **la imposició d'una multa al responsable**

PRINCIPIS APLICABLES:

- Congruència amb la petició
- Possibilitat d'anul·lació de decisions il·legals adoptades durant el procediment d'adjudicació (inclou la supressió de característiques tècniques, econòmiques o financeres discriminatòries i la retroacció d'actuacions fins i tot l'adjudicació del contracte a un altre licitador)

EFECTES:

- No procedeix la revisió d'ofici
- La resolució només és susceptible de ser recorreguda en via contenciós administrativa
- No està subjecte a fiscalització
- És immediatament executiva

MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ (IV). MESURES PROVISIONALS

OBJECTE: Corregir infraccions de procediment o impedir que es causin d'altres perjudicis als interessos afectats

MOMENT PROCESSAL PER SOL·LICITAR-LES: Amb caràcter previ a la interposició del recurs especial i, en qualsevol cas, abans de la resolució del recurs

LEGITIMACIÓ: Tota persona física o jurídica, els drets o interessos legítims de la qual s'hagin vist perjudicats o puguin resultat afectats

ÒRGAN COMPETENT per resoldre: Els Tribunals competents per resoldre els recursos especials

TERMINI per resoldre: 5 dies hàbils a comptar des de la presentació de la sol·licitud

CONTINGUT:

- Acordar la suspensió o rebutjar-la
- Obligar a constituir caució o garantia en cas que es puguin derivar perjudicis abans d'adoptar les mesures provisionals

EFECTES: La resolució no és susceptible de cap tipus de recurs

EXCEPCIÓ: La suspensió no pot afectar el termini per a la presentació d'ofertes o proposicions

MANTENIMENT DE LES MESURES: Si abans de resoldre les mesures s'interposa recurs, s'acumularan les dues peticions i es tramitaran i resoldran conjuntament

Les mesures provisionals sol·licitades i resoltes amb anterioritat a la presentació de recurs especial decauran si aquest no s'interposa en temps

DIAGRAMA DEL PROCEDIMENT DELS RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ (I)

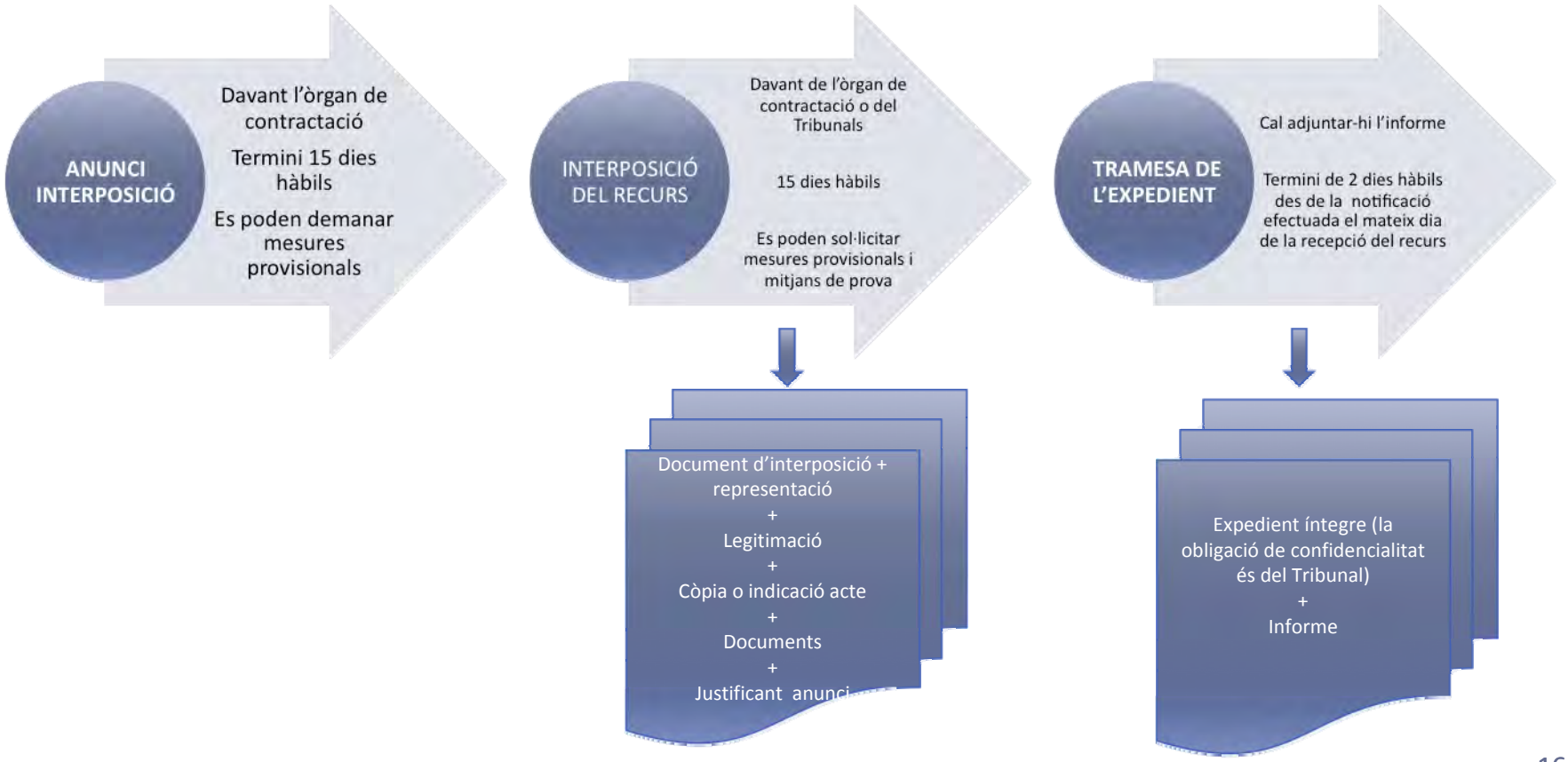
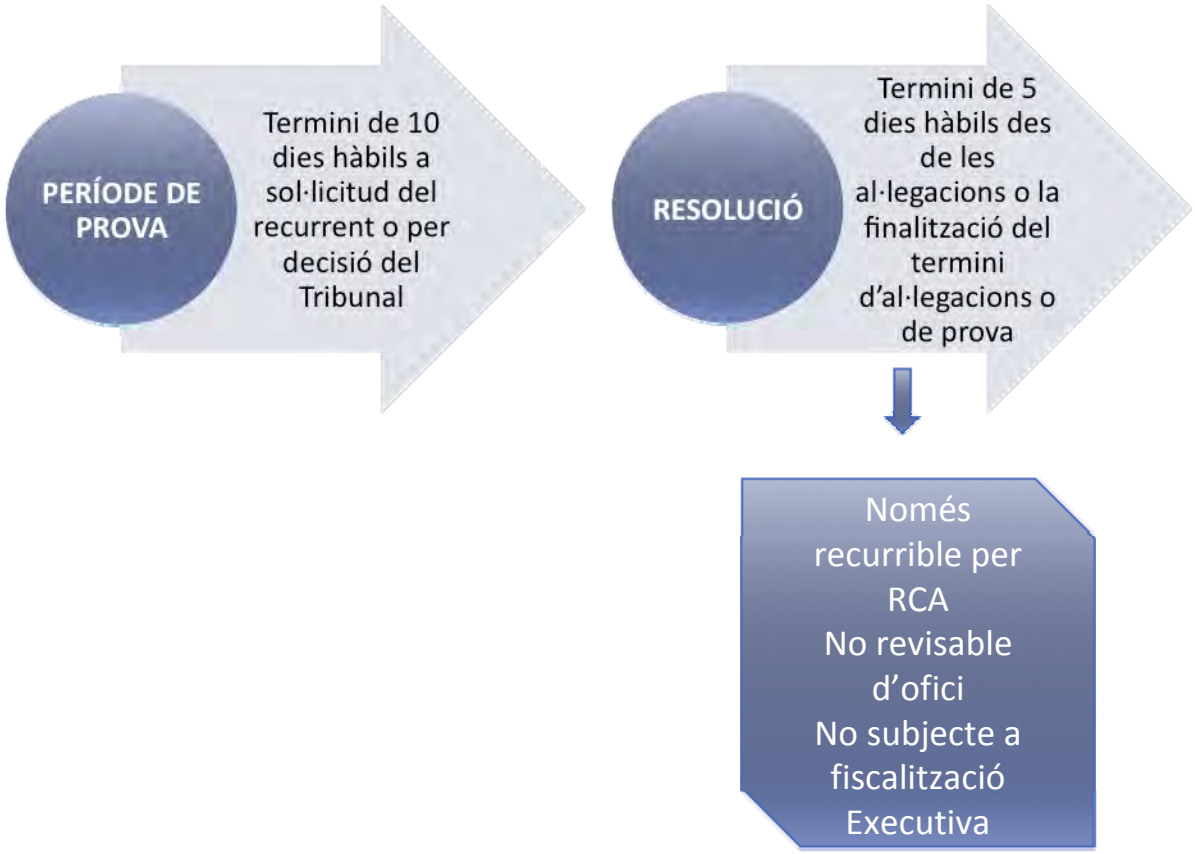


DIAGRAMA DEL PROCEDIMENT DEL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ (II)

DIAGRAMA DEL PROCEDIMENT DEL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ (III)



QÜESTIÓ DE NUL·LITAT (I)

CONCEPTE: mesura de reacció davant d'una infracció que afecti, essencialment:

- a la **preceptiva publicitat** de la convocatòria del contracte; o
- a **la inobservança dels terminis d'espera** i/o suspensió

TENEN PER OBJECTE: procediments d'adjudicació de:

- Contractes subjectes a **regulació harmonitzada**, inclosos els contractes subvencionats
- Determinats **contractes de serveis** (categories 17 a 27 de l'Annex II) d'import igual o superior a 193.000

ÒRGAN COMPETENT per tramitar i resoldre: Els Tribunals competents per resoldre els recursos especials

LEGITIMACIÓ: Les persones físiques o jurídiques els drets o els interessos legítims de les quals s'hagin vist perjudicats o puguin resultar afectats

NO CAL ANUNCI PREVI D'INTERPOSICIÓ de la qüestió

INADMISSIÓ: Quan l'interessat hagi interposat recurs especial contra el mateix acte i l'òrgan de contractació hagi respectat la suspensió de l'acte i la resolució dictada

TERMINI interposició:

Trenta dies a comptar de manera diferent en funció de l'acte afectat (notificació / coneixement)
Per a la resta de casos, s'estableix un màxim 6 mesos des de la formalització del contracte

QÜESTIÓ DE NUL·LITAT (II)

SUPÒSITS DE NUL·LITAT:

- Adjudicació d'un contracte **sense la prèvia publicació del preceptiu anunci** de licitació al DOUE, amb l'excepció que concorrin conjuntament les circumstàncies següents:

  a) concorri, a criteri de l'òrgan de contractació, algun dels supòsits d'exempció de publicació de l'anunci
  b) s'hagi publicat l'anunci de transparència prèvia voluntària i,
  c) no s'hagi perfeccionat fins que hagin transcorregut 10 dies hàbils a comptar des de l'endemà de la publicació de l'anunci de transparència prèvia voluntària

- **Formalització del contracte abans de què transcorri el termini** de 15 dies hàbils legalment previst sempre i quan no s'hagués pogut interposar recurs i concorri alguna infracció del procediment d'adjudicació

- **Formalització del contracte**, en el supòsit en què hagi estat objecte de recurs especial, **sense tenir en compte la suspensió automàtica** de l'acte d'adjudicació i sense esperar resolució sobre la suspensió

- Incompliment de les **normes d'adjudicació** establertes en l'article 182 de l'LCSP d'un **contracte** que s'hagi de considerar subjecte a regulació harmonitzada **basat en un acord marc** celebrat amb varis empresaris
- Incompliment de les **normes d'adjudicació** establertes a l'article 186 de l'LCSP d'un **contracte** específic subjecte a regulació harmonitzada **basat en un sistema dinàmic de contractació**

Excepcions en aquests dos supòsits**:** quan concorrin conjuntament les circumstàncies següents:

a) Que s'hagi notificat l'adjudicació a tots els licitadors i, si s'escau, els motius de rebuig i les característiques de la proposició seleccionada
b) Que no es formalitzi el contracte fins que hagin transcorregut 15 dies hàbils des de la remissió de la notificació de l'adjudicació als licitadors afectats

QÜESTIÓ DE NUL·LITAT (III)

EFECTES DE LA DECLARACIÓ DE NUL·LITAT: Nul·litat del contracte i, si s'escau, indemnització per danys i perjudicis

EXCEPCIONS: No es declararà la nul·litat i s'acordarà el manteniment dels efectes del contracte quan existeixin **raons imperioses d'interès general**.

En aquest cas, la declaració de nul·litat s'ha de substituir per una de les possibles **SANCIONS ALTERNATIVES que s'han d'adoptar** per substituir la declaració de nul·litat:

- Imposició de multes al poder adjudicador que oscil·laran entre el 5% i el 20% del preu d'adjudicació del contracte
- Reducció proporcionada de la durada del contracte

La resolució que acordi el manteniment dels efectes s'ha de publicar al perfil de contractant

EFECTES de la interposició de la qüestió: **no té efectes suspensius** automàtics

RÈGIM TRANSITORI D'APLICACIÓ

NO S'ESTABLEIX CAP DISPOSICIÓ DE TRANSITORIETAT GENERAL DE LA LLEI: NECESSITAT D'APLICACIÓ DE LA DISPOSICIÓ TRANSITÒRIA PRIMERA DE L' LCSP

LES DISPOSICIÓ TRANSITÒRIA TERCERA: REGULA EL RÈGIM DE REVISIÓ D'ACTES DE LA LLEI

NORMA GENERAL: ELS PROCEDIMENTS DE CONTRACTACIÓ INICIATS A PARTIR DEL 9/9/2010 ES REGIRAN PER LA LLEI 34/2010 A TOTS ELS EFECTES

RÈGIM TRANSITORI D' APLICACIÓ

RÈGIM GENERAL	RÈGIM DE RECURSOS
Procediments iniciats abans del 9/9/2010: ↓ Adjudicació provisional + adjudicació definitiva + formalització	Procediments iniciats abans del 9/9/2010: ↓ Norma general: LCSP Excepció: actes recurribles posteriors al 9/9/2010: Llei 34/2010
Procediments iniciats després del 9/9/2010 ↓ Adjudicació única + formalització (perfecció)	Procediments iniciats després del 9/9/2010 ↓ Llei 34/2010

RÈGIM TRANSITORI ESPECÍFIC PER A LES CCAA

Fins a la creació dels seus òrgans independents per a la resolució de recursos i qüestions de nul·litat contractual, són aplicables les normes següents:

Actes recurribles: Els actes adoptats en procediments d'adjudicació susceptibles de recurs especial en termes de la Llei 34/2010

Òrgan competent: En el cas de les Administracions públiques: l'òrgan de contractació. Pel que fa a altres ens del sector públic: el Titular del departament, òrgan, ens o organisme d'adscripció o de tutela

Tramitació: La prevista a la Llei 34/2010

Règim de revisió: Jurisdicció contenciosa administrativa

Executivitat: Les resolucions parcialment estimatòries o estimatòries però que hagin comparegut d'altres interessats seran executives:
- quan siguin fermes o,
- si han estat recorregudes, quan l'òrgan l'òrgan jurisdiccional decideixi sobre la suspensió

JURISDICCIÓ CONTENCIÓS ADMINISTRATIVA	JURISDICCIÓ CIVIL
ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES ❑Preparació, adjudicació, efectes i extinció de tots els contractes administratius ❑Preparació i adjudicació dels contractes privats ❑Totes les resolucions dels Tribunals competents per resoldre els recursos especials	**ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES** ❑Efectes, compliment i extinció dels **contractes privats**
ALTRES PODERS ADJUDICADORS ❑Preparació i adjudicació de contractes SARHA i de contractes de serveis de les categories 17 a 27 de l'annex II d'import igual o superior a 193.000 euros	**ALTRES PODERS ADJUDICADORS** ❑Preparació i adjudicació de contractes **no** SARHA i dels que no siguin serveis de les categories 17 a 27 de l'annex II d'import igual o superior a 193.000 euros ❑Efectes, compliment i extinció de tots els contractes (possibilitat de sotmetre-ho a arbitratge)

EL TEXT REFÓS DE LA LLEI D'URBANISME (DECRET LEGISLATIU 1/2010, DE 3 D'AGOST)

Dra. Gemma Segura

ÍNDEX

1. INTRODUCCIÓ
2. ASPECTES FORMALS
3. CONTINGUT DEL NOU TEXT REFÓS DE LA LLEI D'URBANISME

1. INTRODUCCIÓ

1.1. Evolució legislativa

- Llei 2/2002, de 14 de març, d'urbanisme.
- Llei 10/2004, de 24 de desembre, de modificació de la Llei 2/2002, de 14 de març, d'urbanisme, per al foment de l'habitatge assequible, de la sostenibilitat territorial i de l'autonomia local.
- Decret Legislatiu 1/2005, de 26 de juliol, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'urbanisme.
- Decret llei 1/2007, de 16 d'octubre, de mesures urgents en matèria urbanística.
- Llei 26/2009, de 23 de desembre, de mesures fiscals, financeres i administratives (articles 48 a 51).
- Decret Legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'urbanisme.

1. INTRODUCCIÓ

1.2. Normes urbanístiques que no es refonen

- Llei 3/2009, de 10 de març, de regularització i millora d'urbanitzacions amb dèficits (disposició addicional segona del Decret Legislatiu 1/2010).
- Normes contingudes en la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge (disposició addicional tercera del Decret Legislatiu 1/2010).

1. INTRODUCCIÓ

1.3. Mandat d’adaptació del reglament (disposició final segona del Decret Legislatiu 1/2010).

2. ASPECTES FORMALS

2.1.- Canvis en la numeració de l'articulat:

- S'introdueix un nou precepte, que passa a ser l'article 35, però això només afecta l'antic article 35, que passa a ser el 36, perquè després el nou article 37 refon els anteriors articles 36 i 37.
- Per tant, la numeració i el contingut dels articles torna a coincidir des de l'article 38 fins al 68, a partir del qual canvia tota la numeració, per la divisió de l'antic article 67 en tres articles.
- Més endavant, el contingut de l'antic article 94 passa a constituir 3 articles (96,97 i 99).
- També s'inclou un nou article (104) dedicat a la regulació de la Publicitat i obligacions dels convenis urbanístics.
- L'antic article 163 (Alienació de béns immobles per les entitats urbanístiques especials i condicions resolutòries a què s'han de subjectar les alienacions de béns dels patrimonis públics de sòl i d'habitatge) s'ha dividit en dos articles: el 169 (Alienació de parcel·les de l'Institut Català del Sòl) i 170 (Condicions resolutòries a què s'han de subjectar les alienacions de terrenys dels patrimonis públics de sòl i d'habitatge).

En total, el TRLU aprovat té 227 articles, quan el TRLU de 2005 en tenia 219.

2. ASPECTES FORMALS

2.2.- Canvis en la terminologia:

-Substitució de les remissions a la legislació en matèria de règim de sòl i de valoracions, per remissions a la legislació en matèria de sòl, d'acord amb la nova denominació de la legislació estatal (articles 4, 5.1, 6, 9.5, 32.b) primer, 38.1 i 2, 54.3, 115.1, 120.1.b) i g), 121.1.b), 147.2, 193, 197.1, 204.1)

3. CONTINGUT DEL NOU TEXT REFÓS DE LA LLEI D'URBANISME

3.1.- Canvis derivats de les modificacions introduïdes pel Decret llei 1/2007, de 16 d'octubre, de mesures urgents en matèria urbanística

(a) Compatibilitat de la qualificació de zones i sistemes sobre un mateix sòl

Incorporació a l'articulat (article 35) de la referència anteriorment continguda en la disposició addicional 18a, apartat 1 del TRLU 2005 (introduïda pel Decret llei), provinent del TRLS.

(b) Àrees residencials estratègiques

El contingut de la disposició addicional 21a del TRLU de 2005 (introduïda pel Decret llei), s'incorpora a l'articulat, en l'article 157, dedicat, per tant, a la regulació de les àrees residencials estratègiques, i ubicat sistemàticament dins del Títol cinquè, relatius als instruments de la política de sòl i d'habitatge.

3. CONTINGUT DEL NOU TEXT REFÓS DE LA LLEI D'URBANISME

(c) Patrimonis públics de sòl i d'habitatge

La referència expressa al fet que aquests patrimonis es regeixen per la legislació urbanística catalana, anteriorment recollida en la disposició addicional 18a, apartat 2 del TRLU 2005, passa a integrar-se en l'article que encapçala la regulació d'aquests patrimonis (article 160, apartat 1).

(d) Dret de superfície

- La referència expressa al fet que aquest dret es regeix per la legislació urbanística catalana, per la legislació civil catalana i pel títol constitutiu del dret, anteriorment recollida en la disposició addicional 18a, apartat 3 del TRLU 2005, passa a integrar-se en l'article 171, apartats 2 i 5.

- Es corregeix una errada important de l'anterior redacció, la qual afirmava que "la titularitat dels terrenys (...) correspon als superficiaris pel termini que estableixi l'acte de constitució del dret de superfície..." (article 162.2 TRLU 2005), quan és evident, com assenyala ara l'apartat 3 de l'article 171, que el què correspon als superficiaris és la titularitat de les construccions.

3. CONTINGUT DEL NOU TEXT REFÓS DE LA LLEI D'URBANISME

3.2.- Canvis derivats de les modificacions introduïdes per la Llei 26/2009, de 23 de desembre, de mesures fiscals, financeres i administratives

(a) Major precisió en la regulació de la cessió de sòl amb aprofitament en el cas de modificacions de planejament

Canvi en la redacció dels articles 43.1.c) i 45.1.a) Tercer per aclarir l'aplicació del percentatge de cessió sobre l'increment d'aprofitament**.**

(b) Canvis en la regulació dels plans especials urbanístics

La regulació més detallada dels plans especial urbanístics, particularment pel que fa a llur relació amb el planejament general ha comportat que, si en el TRLU de 2005 es dedicava un únic article (el 67) a aquests instruments, ara siguin objecte dels articles 67 (Plans especials urbanístics), 68 (Plans especials urbanístics i planejament urbanístic general) i 69 (Determinacions i documentació dels plans especials urbanístics).

3. CONTINGUT DEL NOU TEXT REFÓS DE LA LLEI D'URBANISME

(a) Canvis en la regulació de les modificacions de planejament

La regulació més detallada de les modificacions de planejament i la incorporació de majors exigències documentals, de justificació i de caràcter material, ha comportat que el contingut de l'antic article 94 hagi passat a integrar tres articles: 96 (*Modificació de les figures del planejament urbanístic*), 97 (*Justificació de la modificació de les figures del planejament urbanístic*) i 99 (*Modificació de les figures de planejament urbanístic general que comporten un increment del sostre edificable, de la densitat de l'ús residencial o de la intensitat de l'ús industrial, o la transformació dels usos*).

(b) Novetats en la regulació dels convenis

Els canvis introduïts per la Llei 26/2009 han obligat a dedicar un article específic (l'article 104) a la regulació dels convenis urbanístics.

3. CONTINGUT DEL NOU TEXT REFÓS DE LA LLEI D'URBANISME

3.3.- Altres canvis en l'articulat

(a) Article 73.3 in fine

(b) Plans directors urbanístics i avaluació ambiental o declaració d'impacte ambiental

Article 83.4: adequació de la regulació anteriorment continguda en l'article 81.4 del TRLU 2005.

(c) Destinació dels ingressos obtinguts per l'alienació del patrimoni municipal de sòl i d'habitatge

Nova redacció del precepte (ara article 164.2), que incorpora una referència expressa a la consignació en un dipòsit específic, i reitera la destinació a la conservació i ampliació del patrimoni.

3. CONTINGUT DEL NOU TEXT REFÓS DE LA LLEI D'URBANISME

3.4.- Disposicions addicionals, transitòries i finals de la proposta de Text refós

(a) Disposicions addicionals

- Se suprimeixen les disposicions addicionals 9a (Patrimonis municipals de sòl i d'habitatge), 11a (Determinacions en matèria d'habitatge), 13a (Revitalització de nuclis rurals), 18a (Especificació de la legislació aplicable), 21a (Àrees residencials estratègiques) i 22a (Compliment de l'obligació de garantir l'accés telemàtic als convenis urbanístics) del TRLU de 2005.

- S'incorporen al TRLU 2010, com a noves disposicions addicionals o amb un contingut nou, les disposicions addicionals 4a (Àrees residencials estratègiques), 6a (Avaluació ambiental dels plans urbanístics).

- Es modifica l'ordenació sistemàtica del conjunt de disposicions addicionals, per assolir una major coherència amb la sistemàtica de l'articulat de la Llei.

TRLU 2010	TRLU 2005
1a. Situacions bàsiques de sòl	15a
2a. Actuacions de transformació urbanística	16a
3a. Especificació de conceptes urbanístics a efectes de l'aplicació de la Llei estatal de sòl	17a
4a. Àrees residencials estratègiques	21a
5a. Reserves per a noves tipologies d'habitatge amb protecció oficial	19a
6a. Avaluació ambiental dels plans urbanístics	
7a. Compliment de les obligacions de publicitat per mitjans telemàtics	20a
8a. Municipis sense planejament general	3a
9a. Formulació de programes d'actuació urbanística municipal en municipis compresos en l'àmbit d'un planejament general plurimunicipal	6a
10a. Ampliació del termini de tramitació	7a
11a. Planejament urbanístic i legislació sectorial	4a
12a. Adopció de les mesures preventives establertes per la legislació sectorial	5a
13a. Professionals que intervenen en la redacció del planejament urbanístic	8a
14a. Terminis per a la intervenció del Síndic de Greuges	10a
15a. Suport al planejament municipal	12a
16a. Règim especial del municipi de Barcelona	1a
17a. Règim especial dera Val d'Aran	2a
18a. Incorporació de la perspectiva de gènere	14a

3. CONTINGUT DEL NOU TEXT REFÓS DE LA LLEI D'URBANISME

(b) Disposicions transitòries

- La successió de règims transitoris (els previstos en la redacció originària de la Llei 2/2002 i per la Llei 10/2004, el Decret llei 1/2007 i la Llei 26/2009), ha exigit la necessària adequació de la redacció de les disposicions transitòries per aclarir, d'acord amb aquestes modificacions, la regulació de totes les situacions de transitorietat que es puguin produir.
- Se suprimeix la disposició transitòria 6a del TRLU 2005 (Avaluació ambiental dels plans urbanístics).
- S'incorporen al TRLU 2010, com a noves disposicions addicionals o amb un contingut nou, les disposicions transitòries 1a (Planejament general no adaptat), 7a (Règim aplicable als instruments urbanístics en tràmit en matèria de cessió de sòl amb aprofitament), 8a (Altres règims aplicables als instruments de planejament urbanístic en tràmit), i 12a (Convenis urbanístics).

TRLU 2010	TRLU 2005
1a. Planejament general no adaptat	
2a. Règim urbanístic del sòl	1a
3a. Adaptació del planejament urbanístic general i reserves de sòl per a habitatges de protecció pública i aplicació de les reserves en els instruments de planejament urbanístic en tràmit	2a
4a. Règim aplicable al planejament urbanístic general en tràmit	3a
5a. Supòsits d'absència de planejament general	4a
6a. Figures de planejament derivat i instruments de gestió	5a
7a. Règim aplicable als instruments urbanístics en tràmit en matèria de cessió de sòl amb aprofitament	
8a. Altres règims aplicables als instruments de planejament urbanístic en tràmit	
9a. Atribució de competències d'aprovació definitiva dels plans urbanístics derivats a determinats municipis	7a
10a. Publicació de les normes urbanístiques d'instruments de planejament aprovats entre l'entrada en vigor de la Llei 7/1985 i la de la Llei 2/200 o d'instruments en tràmit que no han estat publicades	8a
11a. Estudis de detall	9a
12a. Convenis urbanístics	
13a. Sistemes i modalitats d'actuació urbanística	10a
14a. Sol·licituds d'autorització d'usos i obres en sòl no urbanitzable i en sòl urbanitzable no delimitat i usos i obres provisionals	11a
15a. Autorització de la rehabilitació o la reconstrucció de masies i cases rurals en absència de catàleg, i ampliació d'edificacions i activitats en sòl no urbanitzable	12a
16a. Expedients de protecció de la legalitat urbanística	13a
17a. Règim d'altres procediments iniciats abans de l'entrada en vigor d'aquesta Llei	14a
18a. Disposicions reglamentàries aplicables	15a

ARTICLES

D.A. Segona DL 1/2010

Les determinacions del Text refós que s'aprova s'entenen sense perjudici de les especificitats que per a la regularització d'urbanitzacions estableix la Llei 3/2009, del 10 de març, de regularització i millora d'urbanitzacions amb dèficits.

D.A. Tercera DL 1/2010

Les determinacions del Text refós que s'aprova s'han d'entendre complementades, en matèria d'habitatge, pel que estableixen els articles 15, 16, 17, 18, 20 i 31 i les disposicions addicionals cinquena i sisena de la Llei 18/2007, del 28 de desembre, del dret a l'habitatge, amb relació, respectivament, a la delimitació d'àrees subjectes als drets de tempteig i retracte, a les directrius per al planejament urbanístic respecte els habitatges, a la destinació de sòl a habitatge amb protecció oficial, al sistema d'habitatges dotacionals públics, a la memòria social, a les declaracions de ruïna, a les reserves per a habitatges amb protecció oficial i a l'aplicació de la destinació total o parcial de l'edificació a habitatge amb protecció oficial en sòl urbà consolidat.

D.F. Segona DL 1/2010

El Govern, en el termini de divuit mesos a comptar de l'entrada en vigor d'aquest Decret legislatiu, ha d'adaptar el Reglament de la Llei d'urbanisme, aprovat pel Decret 305/2006, de 18 de juliol, al Text refós que s'aprova.

Art. 35 TRLU 2010	D.A. 18a.1 TRLU 2005
Supòsits de compatibilitat de sistemes i altres qualificacions Quan d'acord amb els supòsits que s'estableixen per la legislació urbanística, el planejament urbanístic prevegi la compatibilitat de l'aprofitament privat i el destí a sistemes de titularitat pública del sòl, del vol o del subsòl d'un terreny, es pot constituir el règim de propietat horitzontal adient d'entre els previstos en la legislació civil catalana, amb les limitacions i servituds que procedeixin per a la protecció del domini públic.	***Especificació de la legislació aplicable*** En els casos que el planejament urbanístic prevegi, d'acord amb el que estableix la legislació urbanística, la compatibilitat de l'aprofitament privat i el destí a sistemes de titularitat pública del sòl, del vol o del subsòl d'un terreny, es pot constituir el règim de propietat horitzontal adient d'entre els previstos en la legislació civil catalana, amb les limitacions i servituds que procedeixin per a la protecció del domini públic.

Art. 157 TRLU 2010

Àrees residencials estratègiques

1. Són àrees residencials estratègiques les actuacions d'interès supramunicipal que compleixen els requisits que estableix l'apartat 2, i que són promogudes per l'Administració de la Generalitat amb la finalitat de subvenir els dèficits de sòl d'ús residencial, per fer efectiu el dret de la ciutadania a un habitatge digne i adequat, mitjançant plans directors urbanístics que comporten l'ordenació i la transformació de les àrees delimitades, i, si s'escau, la modificació de la classificació urbanística del sòl o de les condicions de desenvolupament previstes pel planejament vigent.

2. Les àrees residencials estratègiques han de complir els requisits següents:

a) Cada àrea residencial estratègica ha de constituir, bé un sector de sòl urbanitzable delimitat, la classificació del qual s'estableix mitjançant el Pla director urbanístic que efectua la seva delimitació, en el cas que no tingui aquesta classificació d'acord amb el planejament general municipal vigent, bé un sector de planejament derivat en sòl urbà no consolidat establert pel planejament general municipal vigent. La transformació urbanística del sector es duu a terme directament a partir de l'aprovació definitiva del Pla director urbanístic, tramitat d'acord amb allò que disposen els articles 76.1 i 83, el qual estableix l'ordenació detallada del sector amb el grau de precisió propi d'un pla urbanístic derivat i concreta el traçat i les característiques de, com a mínim, les obres d'urbanització bàsiques, amb el contingut propi dels projectes d'urbanització.

Art. 157 TRLU 2010

b) Les àrees residencials estratègiques s'han d'emplaçar en municipis amb capacitat territorial per polaritzar el creixement urbà, d'acord amb els plans territorials parcials o els plans directors territorials o urbanístics que siguin aplicables; han de respectar els límits físics de desenvolupament que estableixin els esmentats plans; s'han de situar en continuïtat amb el teixit urbà existent o previst, han de poder garantir una bona accessibilitat a la xarxa de transport públic i tenir garantit el subministrament d'aigua. c) L'ordenació detallada de les àrees residencials estratègiques ha de preveure:

Primer. Una densitat mitjana mínima del sector de 50 habitatges/ha.

Segon. La qualificació de sòl suficient per a habitatge de protecció pública per tal que, com a mínim, la meitat dels habitatges de l'actuació tinguin aquesta destinació. En tot cas s'ha de donar compliment als requeriments que estableix l'article 57.3 i, si s'escau, la disposició addicional cinquena pel que fa als percentatges mínims de sostre a destinar a les diverses tipologies d'habitatges amb protecció oficial.

Tercer. Una dotació suficient de sòl amb destinació al sistema d'espais lliures i d'equipaments, amb compliment, en tot cas, de les reserves mínimes exigides per l'article 65, i un adequat dimensionament dels serveis per fer front als requeriments generats per la nova població dins de la pròpia actuació. També ha de determinar l'assumpció per part de l'administració actuant del cost de construcció dels equipaments previstos, la qual s'ha de dur a terme simultàniament amb la urbanització de l'àrea i la construcció dels habitatges.

Art. 157 TRLU 2010

Quart. Les mesures necessàries per garantir la sostenibilitat del desenvolupament urbà, tant pel que fa a la integració de l'actuació en el medi, com pel que fa a l'eficiència energètica, l'estalvi en el consum d'aigua i el tractament de residus, amb una especial atenció a la utilització d'energies renovables.

3. La condició d'administració actuant de les àrees residencials estratègiques correspon, en primer terme, a un consorci urbanístic del qual formin part, en tot cas, l'Institut Català del Sòl i l'ajuntament corresponent. La participació de l'Ajuntament en el consorci pot ser assumida, si així ho determina el consistori, per una entitat pública empresarial local o un organisme autònom local, sempre que reuneixin les condicions d'entitat urbanística especial d'acord amb el que estableix l'article 22. El consorci urbanístic s'ha de constituir en el termini de 3 mesos des de l'entrada en vigor del Pla director o en el termini proporcionat que aquest estableixi; en cas contrari l'administració actuant, si així ho determina la persona titular de la conselleria de Política Territorial i Obres Públiques, és l'Institut Català del Sòl.

4. Corresponen a l'administració actuant de les àrees residencials estratègiques els drets i les facultats que preveu l'article 23, inclosa l'aprovació dels projectes d'urbanització complementaris sense que sigui preceptiu el tràmit d'informació pública, llevat que calgui modificar el projecte per a l'execució de les obres d'urbanització bàsiques incorporat en el planejament. En aquest darrer cas el projecte d'urbanització complementari es tramita per l'administració actuant seguint el procediment que preveu l'article 119.2. En el cas que les àrees residencials estratègiques es desenvolupin pel sistema de reparcel·lació en alguna de les modalitats de compensació, correspon a l'administració actuant la declaració d'incompliment de l'obligació d'urbanitzar a què fa referència l'article 186, la qual obliga a acordar el canvi de sistema d'actuació o el canvi de modalitat d'aquest sistema.

Art. 160.1 TRLU 2010	D.A. 18a.2 TRLU 2005
Els patrimonis públics de sòl i d’habitatge es regeixen pel que estableix aquesta Llei.	Els patrimonis públics de sòl i d'habitatge es regeixen pel què estableix la Llei d'urbanisme. L'accés al Registre de la Propietat de les limitacions, obligacions, terminis o condicions de destinació de les finques que integren un patrimoni públic de sòl i d'habitatge, i els efectes d'aquest accés, es regulen per la legislació registral aplicable.

D.A. 18ª. 3 TRLU 2005

El dret de superfície es regeix per la Llei d'urbanisme, per la legislació civil catalana i pel títol constitutiu del dret.

Art. 171.2 TRLU 2010

El dret de superfície es regeix per aquesta llei, per la legislació civil catalana i pel títol constitutiu del dret.

Art. 171.5 TRLU 2010

Els aspectes substantius del dret de superfície no regulats per aquest article, inclosa l'extinció, i també els aspectes procedimentals d'aquest dret, són regulats per la legislació civil catalana.

Art. 171.3 TRLU 2010	Art. 162.2 TRLU 2005
La titularitat de les construccions a què es refereix l'apartat 1 correspon als superficiaris pel termini que estableixi l'acte de constitució del dret de superfície, dins dels límits establerts per la legislació civil catalana.	La titularitat dels terrenys a què es refereix l'apartat 1 correspon als superficiaris pel termini que estableixi l'acte de constitució del dret de superfície, dins dels límits establerts per la legislació aplicable.

Art. 43.1.c TRLU 2010	Art. 43.1.c TRLU 2005
En el cas que mitjançant una modificació del planejament urbanístic general s'incrementi el sostre edificable, la densitat de l'ús residencial o la intensitat de l'ús industrial, o es transformin els usos de determinades parcel·les del sector o del polígon d'actuació urbanística, les persones propietàries, a part de la cessió ordinària que corresponia a l'àmbit d'actuació, han de cedir el sòl corresponent al 15% de l'increment de l'aprofitament urbanístic o el percentatge superior que la modificació del planejament urbanístic general estableixi d'acord amb l'article 99.3, i que pot ésser de fins el 20%.	En el cas que mitjançant una modificació del planejament urbanístic general s'incrementi el sostre edificable, la densitat de l'ús residencial o la intensitat de l'ús industrial, o es transformin els usos de determinades parcel·les del sector o del polígon d'actuació urbanística, les persones propietàries, a part de la cessió ordinària que correspongui a l'àmbit d'actuació, han de cedir el sòl corresponent al 15% de l'increment de l'aprofitament urbanístic o el percentatge superior que la modificació del planejament urbanístic general estableixi d'acord amb l'article 94.6, i que pot ésser de fins el 20%.

Art. 45.1.a). 3er TRLU 2010	Art. 45.1.a). 3er TRLU 2005
En el cas que mitjançant una modificació del planejament urbanístic general s'incrementi el sostre edificable, la densitat de l'ús residencial o la intensitat de l'ús industrial, o es transformin els usos de determinades parcel·les del sector, les persones propietàries, a part de la cessió ordinària que corresponia al sector, han de cedir el sòl corresponent al 15% de l'increment de l'aprofitament urbanístic o el percentatge superior que la modificació del planejament urbanístic general estableixi d'acord amb l'article 99.3, i que pot ésser de fins el 20%	En el cas que mitjançant una modificació del planejament urbanístic general s'incrementi el sostre edificable, la densitat de l'ús residencial o la intensitat de l'ús industrial, o es transformin els usos de determinades parcel·les del sector, les persones propietàries, a part de la cessió ordinària que correspongui al sector,han de cedir el sòl corresponent al 15% de l'increment de l'aprofitament urbanístic o el percentatge superior que la modificació del planejament urbanístic general estableixi d'acord amb l'article 94.6, i que pot ésser de fins el 20%.

Art. 67 TRLU 2010

Plans especials urbanístics

1. Sens perjudici dels que es puguin aprovar en virtut de la legislació sectorial, es poden redactar plans especials urbanístics en els supòsits següents:

a) Si són necessaris, en desenvolupament de les determinacions contingudes en els plans territorials parcials i sectorials i en el planejament urbanístic general, per a l'ordenació de recintes i conjunts artístics, per a la recuperació i el millorament del paisatge urbà, per a la protecció addicional de les vies de comunicació, per al millorament d'àmbits rurals, per a la identificació i la regulació de les masies i les cases rurals a què es refereix l'article 50.2, per a la implantació de les obres i els usos en sòl no urbanitzable que estableix l'article 47.4, per a la protecció i el millorament dels espais agrícoles i forestals, dels espais fluvials i, en general, del medi natural i del paisatge, o per a qualsevol altra finalitat anàloga.

b) Amb vista a l'ordenació del subsòl, si no és objecte d'una altra figura del planejament urbanístic derivat.

c) Amb vista a la implantació de càmpings i d'establiments de turisme rural, d'acord amb el que estableix l'article 47.6.e.

d) Per concretar la titularitat i l'ús dels equipaments comunitaris, si no ho fa el planejament urbanístic general.

Art. 67 TRLU 2010

e) Per a la creació de sistemes urbanístics, generals o locals, no previstos pel planejament urbanístic general o per a la modificació dels ja previstos i per tal de legitimar l'execució directa d'obres corresponents a la infraestructura del territori o als elements determinants del desenvolupament urbà, pel que fa a les infraestructures bàsiques relatives a les comunicacions terrestres, marítimes i aèries, a la infraestructura hidràulica general, a les infraestructures de gestió de residus, a l'abastament i el subministrament d'aigua, al sanejament, al sistema energètic en totes les seves modalitats, inclosa la generació, xarxes de transport i distribució, a les telecomunicacions i a la resta de sistemes urbanístics. Si la infraestructura afecta més d'un municipi o diverses classes de sòl o no està prevista pel planejament urbanístic general, la formulació i la tramitació del pla especial són preceptives, sens perjudici del que estableix la legislació sectorial.
f) Amb vista a la implantació d'activitats vinculades a l'explotació de recursos naturals.

2. L'aprovació dels plans especials urbanístics habilita l'administració competent per executar les obres i les instal·lacions corresponents, sens perjudici de l'exigibilitat de les llicències i autoritzacions administratives que siguin preceptives i sens perjudici del que estableix la legislació sectorial.

Art. 68 TRLU 2010

Plans especials urbanístics i planejament urbanístic general

1. Es poden formular plans especials urbanístics, estiguin o no previstos pel planejament urbanístic general, per desenvolupar les determinacions del planejament urbanístic general, plans especials urbanístics autònoms per completar aquestes determinacions, i també plans especials urbanístics autònoms per implantar nous sistemes urbanístics o per modificar els previstos pel planejament.

2. Els plans especials urbanístics desenvolupen, completen o complementen les determinacions del planejament urbanístic general, en qualsevol classe o categoria de sòl o, si s'escau, en diverses classes i categories de sòl simultàniament, amb l'objecte de preveure la implantació de sistemes urbanístics generals i locals o d'assolir alguna o diverses de les finalitats a què fa referència l'article 67.1.

3. Els plans especials urbanístics no poden substituir en cap cas el pla d'ordenació urbanística municipal en la seva funció d'ordenació integral del territori, per la qual cosa no poden alterar la classificació del sòl, però sí que poden modificar-ne la qualificació per aconseguir l'objectiu legal que en justifica l'aprovació.

4. Els plans especials urbanístics han d'ésser sempre compatibles amb el planejament urbanístic general. A aquests efectes, es consideren compatibles amb el planejament urbanístic general, i no se'n requereix la modificació prèvia, els plans especials següents:

Art. 68 TRLU 2010

a) Els plans especials urbanístics que, sense alterar els usos principals establerts pel planejament general, estableixen restriccions d'ús per ordenar la incidència i els efectes urbanístics ambientals i sobre el teixit urbà que les activitats produeixen sobre el territori o per tal d'impedir la desaparició o l'alteració dels béns que integren el patrimoni cultural, de les zones d'un gran valor agrícola, forestal o ramader, de zones deltaiques o d'espais rurals o periurbans o del paisatge.

b) Els plans especials que tenen per objecte implantar nous sistemes urbanístics de caràcter general o local o modificar els previstos pel planejament urbanístic general, sempre que les infraestructures o elements a implantar compleixin algun dels requisits següents:

Primer. Que s'implantin en sòl no urbanitzable o en sòl urbanitzable no delimitat i que no entrin en contradicció amb les previsions establertes pel planejament urbanístic general.

Segon. Que siguin previstos en un pla o en un projecte aprovat d'acord amb la legislació sectorial i que aquesta imposi la qualificació de sistema dels terrenys per exercir les competències pròpies dels ens supramunicipals.

Tercer. Que siguin previstos en un projecte aprovat d'acord amb la legislació sectorial i que no entrin en contradicció amb les previsions establertes pel planejament urbanístic general.

Art. 68 TRLU 2010

c) Els plans especials urbanístics que siguin necessaris per implantar les infraestructures o per desenvolupar altres determinacions establertes per un pla director urbanístic que no requereix l'adaptació prèvia del pla d'ordenació urbanística municipal.
d) Els plans especials que modifiquen el destí concret dels terrenys qualificats pel planejament urbanístic general com a sistemes urbanístics d'equipaments comunitaris, o el seu caràcter local o general, tot mantenint la qualificació com a sistema d'equipaments comunitaris.
e) Els plans especials que tinguin per objecte la implantació en sòl no urbanitzable de qualsevol dels usos admissibles d'acord amb l'article 47, sempre que no entrin en contradicció amb les previsions establertes pel planejament urbanístic general.
f) Els plans especials per implantar i executar els serveis urbanístics bàsics, les infraestructures de telecomunicacions i altres infraestructures d'interès local.

Art. 69 TRLU 2010

Determinacions i documentació dels plans especials urbanístics

1. Els plans especials urbanístics contenen les determinacions que exigeixen el planejament territorial o urbanístic corresponent o, a manca d'aquest, les pròpies de llur naturalesa i llur finalitat, degudament justificades i desenvolupades en els estudis, els plànols, les normes i els catàlegs que escaiguin.

2. Als plans especials urbanístics que tenen per objecte preveure la implantació de les infraestructures del territori i els elements determinants del desenvolupament urbà els correspon l'establiment de la qualificació com a sistema urbanístic del sòl que requereix la implantació de la infraestructura o element, a més de les altres determinacions necessàries per a la implantació d'aquests. Aquests plans especials han de contenir l'anàlisi de les diverses alternatives d'emplaçament plantejades i la justificació de l'opció escollida i del compliment dels requisits que legitimen l'aprovació del pla.

Art. 96 TRLU 2010

Modificació de les figures del planejament urbanístic

La modificació de qualsevol dels elements d'una figura del planejament urbanístic se subjecta a les mateixes disposicions que en regeixen la formació, amb les excepcions que s'estableixin reglamentàriament i les particularitats següents:

a) En el cas de modificacions de plans urbanístics plurimunicipals la incidència territorial de les quals quedi limitada a un únic terme municipal, correspon a l'ajuntament afectat per la modificació d'acordar-ne l'aprovació inicial i l'aprovació provisional.

b) Les modificacions dels sistemes urbanístics d'espais lliures, zones verdes o d'equipaments esportius, es subjecten al procediment que estableix l'article 98 i en cas de manca de resolució definitiva dintre de termini s'entén denegada la modificació.

c) Les modificacions d'instruments de planejament urbanístic que comportin un increment del sostre edificable, de la densitat de l'ús residencial o de la intensitat de l'ús industrial, o la transformació dels usos anteriorment establerts, resten subjectes a les particularitats que estableixen els articles 99 i 100.

Art. 97 TRLU 2010

Justificació de la modificació de les figures del planejament urbanístic

1. Les propostes de modificació d'una figura de planejament urbanístic han de raonar i justificar la necessitat de la iniciativa, i l'oportunitat i la conveniència amb relació als interessos públics i privats concurrents. L'òrgan competent per aprovar la modificació ha de valorar adequadament la justificació de la proposta i, en el cas de fer-ne una valoració negativa, ha de denegar-la.

2. A l'efecte del que estableix l'apartat 1, s'ha de fer en qualsevol cas una valoració negativa sobre les propostes de modificació dels instruments de planejament urbanístic general, en els supòsits següents:

a) Quan comporten un increment del sostre edificable, de la densitat de l'ús residencial o de la intensitat de l'ús industrial o la transformació global dels usos anteriorment previstos en el supòsit que el planejament anterior no s'hagi executat i es tracti de terrenys, bé de titularitat pública on s'hagi adjudicat la concessió de la gestió urbanística, bé terrenys de titularitat privada que en els cinc anys anteriors van formar part d'un patrimoni públic de sòl i d'habitatge, sense que concorrin circumstàncies sobrevingudes que objectivament legitimin la modificació.

b) Quan l'ordenació proposada no és coherent amb el model d'ordenació establert pel planejament urbanístic general vigent o entra en contradicció amb els principis de desenvolupament urbanístic sostenible.

c) Quan l'ordenació proposada comporta una actuació excepcional d'acord amb el planejament territorial, sense que s'hagin apreciat raons d'interès territorial o estratègic, d'acord amb les normes d'ordenació territorial.

Art. 97 TRLU 2010

d) Quan en la proposta no hi ha una projecció adequada dels interessos públics.
Es considera que no hi ha una projecció adequada dels interessos públics, entre altres, en els supòsits següents:
Primer. Quan no es dóna un compliment adequat a les exigències que estableix l'article 98.1 amb relació al manteniment de la superfície i de la funcionalitat dels espais lliures, les zones verdes o els equipaments esportius considerats pel planejament urbanístic com a sistemes urbanístics generals o locals.
Segon. Quan en un àmbit d'actuació urbanística es redueix la superfície dels sòls qualificats de sistema d'espais lliures públics o de sistema d'equipaments públics en compliment dels estàndards mínims legals, llevat que la qualificació de sistema d'equipament se substitueixi per la d'habitatge dotacional públic, amb els límits i les justificacions que estableix aquesta llei.
Tercer. Quan es redueix, a nivell de l'àmbit del Pla, la superfície dels sòls qualificats d'equipaments de titularitat pública sense que quedi acreditada la suficiència dels equipaments previstos o existents, ni la concurrència d'un interès públic prevalent de destinar els sòls a un altre sistema urbanístic públic.
Quart. Quan es pretén compensar la supressió de la qualificació d'equipament de titularitat pública mitjançant la qualificació com a equipaments de sòls de pitjor qualitat o funcionalitat per a la implantació dels usos propis d'aquesta qualificació.
Cinquè. Quan es pretén compensar la supressió de la qualificació d'equipament de sòls que ja són de titularitat pública mitjançant la qualificació com a equipaments d'altres sòls de titularitat privada, sense que la modificació garanteixi la titularitat pública dels sòls abans que la modificació sigui executiva.

Art. 99 TRLU 2010

Modificació de les figures de planejament urbanístic general que comporten un increment del sostre edificable, de la densitat de l'ús residencial o de la intensitat de l'ús industrial, o la transformació dels usos

1. Les modificacions d'instruments de planejament general que comportin un increment del sostre edificable, de la densitat de l'ús residencial o de la intensitat de l'ús industrial, o la transformació dels usos anteriorment establerts, han d'incloure en la documentació les especificacions següents:

a) La identitat de totes les persones propietàries o titulars d'altres drets reals sobre les finques afectades, ja siguin públiques o privades, durant els cinc anys anteriors a l'inici del procediment de modificació, i els títols en virtut dels quals han adquirit els terrenys. Aquesta especificació es porta a terme mitjançant la incorporació a la memòria d'una relació d'aquestes persones i de les corresponents certificacions expedides pel Registre de la Propietat i, si s'escau, pel Registre Mercantil. En el cas de manca d'identificació de la persona propietària en el Registre de la Propietat s'han de fer constar les dades del cadastre. També s'ha de fer constar a la memòria l'existència, si s'escau, d'un adjudicatari o adjudicatària de la concessió de la gestió urbanística i la seva identitat.

b) La previsió, en el document de l'agenda o del programa d'actuació del Pla, de l'execució immediata del planejament i l'establiment del termini concret per a aquesta execució, el qual ha d'ésser proporcionat amb la magnitud de l'actuació.

c) Una avaluació econòmica de la rendibilitat de l'operació, en la qual s'ha de justificar, en termes comparatius, el rendiment econòmic derivat de l'ordenació vigent i el que resulta de la nova ordenació. Aquesta avaluació s'ha d'incloure en el document de l'avaluació econòmica i financera, com a separata.

Art. 99 TRLU 2010

2. Les modificacions d'instruments de planejament general a què fa referència l'apartat 1 tenen els efectes i resten també subjectes a les particularitats següents:
a) Si les determinacions del planejament general que s'han de modificar tenen una vigència inferior a cinc anys, requereixen l'informe favorable de la comissió territorial d'urbanisme competent, prèviament a la seva tramitació. L'informe ha d'ésser demanat per l'administració competent per tramitar-lo i s'entén emès en sentit favorable si transcorren tres mesos des que es va sol·licitar sense que s'hagi notificat. Els motius que justifiquen la modificació han de estar convenientment explicitats en la sol·licitud d'informe i s'han de fonamentar en raons d'interès públic degudament enumerades i objectivades.
b) Requereixen l'informe favorable de la Comissió d'Urbanisme de Catalunya, previ a l'aprovació definitiva de l'expedient, quan d'acord amb l'apartat 3 estableixen un percentatge de cessió de sòl amb aprofitament superior al 15%, o quan l'òrgan competent per a l'aprovació de l'expedient consideri necessari establir-lo. En aquest darrer cas, l'òrgan competent per a la resolució definitiva ha de suspendre la tramitació de la modificació fins a disposar de l'informe esmentat.
c) L'incompliment dels terminis establerts per la modificació per iniciar o per acabar les obres d'urbanització o per edificar els solars resultants comporta que l'administració actuant adopti les mesures necessàries perquè l'actuació s'executi o per retornar a l'ordenació anterior a la modificació.17

Art. 99 TRLU 2010

3. Si les modificacions d'instruments de planejament general a què fa referència l'apartat 1 es refereixen a sectors o a polígons d'actuació urbanística subjectes a la cessió de sòl amb aprofitament han d'establir, amb caràcter general, el percentatge de cessió del 15% d'acord amb els articles 43.1 i 45.1.a. Aquest percentatge es pot incrementar fins al 20%, de manera proporcionada i justificada, si el valor de les parcel·les resultants de la modificació, un cop descomptades les càrregues urbanístiques imputades, és sensiblement superior al valor mitjà de la resta de sòls de l'entorn de la mateixa categoria que la proposada. L'òrgan competent per a l'aprovació definitiva ha de valorar l'adequació del percentatge de cessió de sòl amb aprofitament establert i determinar-ne la modificació, dins dels límits esmentats, tant si el considera desproporcionat com si considera que no comporta una participació adequada de la comunitat en les plusvàlues generades. L'import obtingut de l'alienació del sòl de cessió amb aprofitament, en la part que correspon a l'excés del percentatge respecte el 10%, pot ésser destinat, totalment o parcialment, a pagar el cost d'obtenció i execució de sistemes urbanístics no imputables a cap àmbit d'actuació urbanística.

Art. 104 TRLU 2010

Publicitat i obligacions dels convenis urbanístics

1. Els convenis urbanístics han d'integrar la documentació del planejament o de l'instrument de gestió al qual es refereixen, s'han de sotmetre a la informació pública corresponent i poden ésser objecte de consulta un cop aprovats.

2. Les administracions públiques amb competències urbanístiques i les entitats urbanístiques especials han de garantir la consulta presencial i per mitjans telemàtics
dels convenis urbanístics que subscriuen i n'han de trametre una còpia al Departament de Política Territorial i Obres Públiques en el termini d'un mes des de llur aprovació, perquè siguin inserits en la secció de convenis urbanístics de l'instrument de divulgació telemàtica del planejament urbanístic de l'Administració de la Generalitat. En els municipis de menys de cinc mil habitants que no disposen dels mitjans tècnics necessaris, l'accés telemàtic al contingut dels convenis urbanístics es pot fer mitjançant la connexió amb l'instrument de divulgació telemàtica del planejament urbanístic de l'Administració de la Generalitat.

3. Els convenis urbanístics han d'especificar en una clàusula les obligacions de publicitat a què estan sotmesos per al coneixement de les parts signatàries.

4. Els convenis urbanístics obliguen exclusivament les parts que els han signat, i en cap cas no condicionen les competències públiques en matèria de planejament urbanístic, les quals no poden ésser objecte de transacció, i no poden comportar per a les persones propietàries obligacions o càrregues addicionals o més costoses que les establertes per la legislació aplicable.

Art. 73.3 TRLU 2010	Art. 71.3 TRLU 2005
Els acords de suspensió de tramitacions i de llicències a què fan referència els apartats 1 i 2 s’han de publicar en el butlletí oficial corresponent, i s’han de referir, en qualsevol cas, a àmbits identificats gràficament. En la informació pública de l’instrument de planejament urbanístic a què es refereixen les suspensions acordades, s’ha de donar compliment al que estableix l’article 8.5.a.	Els acords de suspensió de tramitacions i de llicències a què fan referència els apartats 1 i 2 s'han de publicar en el Butlletí Oficial corresponent, i s'han de referir, en qualsevol cas, a àmbits identificats gràficament.

Art. 83.4 TRLU 2010	Art. 81.4 TRLU 2005
En el cas que, d’acord amb la normativa aplicable, sigui preceptiu d’efectuar l’avaluació ambiental d’un pla director urbanístic regeix el que estableix la disposició addicional sisena. L’informe de sostenibilitat ambiental ha d’ésser incorporat al pla i ha d’ésser sotmès a informació pública conjuntament amb aquest pel termini mínim de 45 dies que estableix la normativa aplicable sobre avaluació ambiental de plans i programes. En el cas que el pla estableixi actuacions executables directament sense requerir el desenvolupament de projectes d’obres posteriors i s’hagi de sotmetre al procediment de declaració d’impacte ambiental, l’estudi d’impacte ambiental ha d’ésser sotmès a informació pública conjuntament amb aquest. La declaració d’impacte ambiental s’ha d’efectuar abans de l’aprovació provisional de l’expedient.	En el cas que, d'acord amb la normativa aplicable, sigui preceptiu d'efectuar algun tipus d'avaluació ambiental d'un pla director urbanístic, l'estudi o l'informe ambiental pertinent ha d'ésser incorporat al pla i ha d'ésser sotmès a informació pública conjuntament amb aquest. En el cas que el pla s'hagi de sotmetre al procediment de declaració d'impacte ambiental, aquesta declaració s'ha d'efectuar abans de l'aprovació provisional de l'expedient.

Art. 164.2 TRLU 2010	Art. 157.2 TRLU 2005
Els ingressos obtinguts mitjançant l’alienació i la gestió dels béns del patrimoni municipal de sòl i d’habitatge s’han de consignar en un dipòsit específic i s’han de destinar a conservar i ampliar l’esmentat patrimoni.	Els ingressos obtinguts mitjançant l'alienació i la gestió dels béns del patrimoni municipal de sòl i d'habitatge s'han de destinar a conservar-lo i ampliar-lo.

D.A. 4a TRLU 2010

Àrees residencials estratègiques

L'Administració de la Generalitat, a través del Departament de Política Territorial i Obres Públiques i del Departament de Medi Ambient i Habitatge, en el marc de llurs respectives competències en matèria de planificació territorial i urbanística i d'habitatge, ha d'impulsar l'elaboració, aprovació i execució dels instruments previstos a l'article 157.

2. Els plans directors urbanístics de delimitació i ordenació de les àrees residencials estratègiques a impulsar, si s'escau, després del primer quadrienni, a comptar a partir de l'entrada en vigor del Decret llei 1/2007, només es poden aprovar a partir de les previsions establertes en el Pla territorial sectorial d'habitatge i en concordança amb els plans territorials parcials i els plans directors territorials o urbanístics vigents.

D.A. 6a TRLU 2010

Avaluació ambiental dels plans urbanístics

L'avaluació ambiental dels instruments de planejament urbanístic que hi estiguin sotmesos d'acord amb la legislació en matèria d'avaluació ambiental de plans i programes, s'integra en el procediment urbanístic de conformitat amb la Llei d'urbanisme, el reglament que la desplega i donant compliment als requeriments de la legislació sobre avaluació ambiental, segons assenyalen l'article 14.4 i la disposició addicional cinquena de la Llei 6/2009, del 28 d'abril, d'avaluació ambiental de plans i programes.

D.A. 5a TRLU 2010	D.A. 19a TRLU 2005
Reserves per a noves tipologies d'habitatge amb protecció oficial Els plans d'ordenació urbanística municipal dels municipis de més de deu mil habitants i capitals de comarca i llurs modificacions i revisions, a més de les reserves mínimes que estableix l'article 57.3, han de fer una reserva mínima addicional del 10% del sostre que es qualifiqui per a l'ús residencial de nova implantació, tant en sòl urbà com en sòl urbanitzable, per a la construcció d'habitatges destinats a la nova tipologia d'habitatges concertats de Catalunya quan, d'acord amb la normativa en matèria d'habitatge, aquesta tipologia entri en vigor a l'efecte de l'esmentada reserva. La reserva mínima addicional del 10% també és obligatòria, a partir de l'esmentada entrada en vigor, en els municipis de més de deu mil habitants i capitals de comarca amb planejament general no adaptat a aquesta Llei en els supòsits establerts en les lletres a) i b) de la disposició transitòria tercera.3 .	*Reserves per a noves tipologies d'habitatge amb protecció oficial* Quan la normativa en matèria d'habitatge creï una nova tipologia d'habitatge amb protecció oficial, altra que la de preu concertat, els plans d'ordenació urbanística municipal dels municipis de més de deu mil habitants i capitals de comarca i llurs modificacions i revisions, a més de les reserves mínimes que estableix l'article 57.3, han de fer una reserva mínima addicional del 10% del sostre que es qualifiqui per a l'ús residencial de nova implantació, tant en sòl urbà com en sòl urbanitzable, per a la construcció d'habitatges destinats a aquesta nova tipologia. Aquesta reserva mínima addicional del 10% també és obligatòria en els municipis de més de deu mil habitants i capitals de comarca amb planejament general no adaptat a la Llei d'urbanisme en els supòsits establerts en les lletres a) i b) de la disposició transitòria segona.3 de la Llei d'urbanisme.

D.A. 7a TRLU 2010	D.A. 20a TRLU 2005
Compliment de les obligacions de publicitat per mitjans telemàtics 1. L'Administració de la Generalitat i els ajuntaments tenen l'obligació de garantir l'accés telemàtic al contingut íntegre dels instruments de planejament urbanístic aprovats definitivament a partir de l'1 de juliol de 2007 i dels instruments de planejament general vigents, amb independència de la data en què aquests hagin estat aprovats. Aquest accés, en els municipis de menys de 5.000 habitants que no disposin dels mitjans tècnics necessaris, es pot fer efectiu a través de la connexió amb l'instrument de divulgació telemàtica del planejament urbanístic de l'Administració de la Generalitat. 2. L'accés telemàtic a la resta d'instruments de planejament municipal vigents es farà efectiu progressivament, en funció dels mitjans tècnics, econòmics i organitzatius de què es disposi.	*Compliment de les obligacions de publicitat per mitjans telemàtics* 1. L'administració de la Generalitat i els ajuntaments han de garantir l'accés telemàtic al contingut íntegre dels instruments de planejament urbanístic aprovats definitivament a partir de l'1 de juliol de 2007 i dels instruments de planejament general vigents, amb independència de la data en què aquests hagin estat aprovats. Aquest accés, en els municipis de menys de 5.000 habitants que no disposin dels mitjans tècnics necessaris, es pot fer efectiu a través de la connexió amb l'instrument de divulgació telemàtica del planejament urbanístic de l'administració de la Generalitat. 2. L'accés telemàtic a la resta d'instruments de planejament municipal vigents es farà efectiu progressivament, en funció dels mitjans tècnics, econòmics i organitzatius de què es disposi.

D.A. 7a TRLU 2010	D.A. 20a TRLU 2005
	3. Els municipis de població inferior a 10.000 habitants han de donar compliment a les obligacions que estableix l'apartat 1 a partir de l'1 de març de 2008. L'administració de la Generalitat i la resta de municipis han de donar compliment a l'obligació de garantir l'accés telemàtic al contingut íntegre dels instruments de planejament a què fa referència l'apartat 1 en el termini d'un mes des de l'entrada en vigor d'aquest Decret llei. 4. L'obligació de donar publicitat per mitjans telemàtics de la convocatòria d'informació pública en els procediments de planejament i gestió urbanístics, i dels acords d'aprovació que s'adoptin en llur tramitació, s'ha de complir des de la data d'entrada en vigor d'aquest Decret llei, excepte en el cas dels municipis de població inferior a 10.000 habitants que no disposin dels mitjans telemàtics necessaris, els quals han de donar compliment a aquesta obligació a partir de l'1 de març de 2008.

D.A. 13a TRLU 2010	D.A. 8a.3 TRLU 2005
La contractació de persones professionals liberals per acomplir les tasques a què es refereix l’apartat 1, si correspon a un ens, entitat o organisme que formi part del sector públic, se sotmet a la legislació sobre contractes del sector públic, com també en aquells altres supòsits que preveu aquesta legislació.	La contractació de persones professionals liberals per a acomplir les tasques a què es refereix l'apartat 1, si correspon a l'administració o a una entitat pública, o si més del 50% de l'actuació és finançat amb fons públics, se sotmet a la legislació sobre contractes de les administracions públiques.

D.T. 6a TRLU 2005

Avaluació ambiental dels plans urbanístics

Mentre no es transposi la Directiva 2001/42/CE (LCEur 2001, 2530), del Parlament Europeu i del Consell, relativa a l'avaluació dels efectes de determinats plans i programes sobre el medi ambient, sens perjudici del que estableixi la legislació sectorial, el règim d'avaluació ambiental aplicable a les figures de planejament urbanístic no resoltes definitivament en el moment de l'entrada en vigor de la Llei 10/2004 és el següent:

1. Són objecte d'avaluació ambiental:

a) Els plans d'ordenació urbanística municipal i llurs revisions.

b) Les modificacions del planejament urbanístic general que alterin la classificació o qualificació urbanística del sòl no urbanitzable si la classificació o qualificació urbanística resultant comporta un canvi en els usos d'aquest sòl.

c) El planejament urbanístic derivat per a la implantació en sòl no urbanitzable de construccions destinades a les activitats de càmping, així com el planejament urbanístic derivat que es formuli per a la implantació en sòl no urbanitzable d'equipaments i serveis comunitaris no compatibles amb els usos urbans, d'instal·lacions i obres necessàries per a la prestació de serveis tècnics, d'estacions de subministrament de carburants i de prestació d'altres serveis de la xarxa viària.

d) Els plans parcials de delimitació.

e) Els instruments de planejament o llurs modificacions que estableixin el marc per a autoritzar projectes sotmesos a avaluació d'impacte ambiental d'acord amb el que estableix la legislació sectorial.

D.T. 6a TRLU 2005

2. La documentació de les figures de planejament a què fa referència l'apartat 1 ha d'incloure un informe ambiental amb el contingut que estableixen l'article 5 i l'annex 1 de la Directiva 2001/42/CE, del Parlament Europeu i del Consell, relativa a l'avaluació dels efectes de determinats plans i programes sobre el medi ambient.
3. L'informe ambiental s'ha de sotmetre a informació pública juntament amb el pla o el programa, d'acord amb el que estableix l'article 83.6.
4. El pla i l'informe ambiental s'han de trametre al departament competent en matèria de medi ambient perquè els valori. Aquest tràmit es regeix pel que estableix l'article 83.5.
5. Els instruments de planejament urbanístic i les actuacions que prevegin la transformació d'un àmbit continu de superfície superior a 100 hectàrees de sòl classificat com a no urbanitzable, o de més de 10 hectàrees de sòl classificat com a no urbanitzable en els supòsits a què fa referència el grup 9.b de l'annex I de la Llei 6/2001, del 8 de maig (RCL 2001, 1124), de modificació del Reial Decret Legislatiu 1302/1986, del 28 de juny (RCL 1986, 2113), d'avaluació d'impacte ambiental, s'han de sotmetre al procediment de declaració d'impacte ambiental que estableix el Decret 114/1988, del 7 d'abril. En aquests casos, l'aprovació del pla o de l'actuació correspon al conseller o consellera de Política Territorial i Obres Públiques, sens perjudici de la competència del Govern en els supòsits a què fa referència l'article 5 del Decret 114/1988.

D.T. 1a TRLU 2010

Planejament general no adaptat

A l'efecte de l'aplicació del règim transitori d'aquesta Llei, s'entén que el planejament general no està adaptat a les determinacions d'aquesta Llei quan en la matèria concreta que és objecte de cada disposició transitòria, l'esmentat planejament no s'ajusta al contingut normatiu de l'articulat.

D.T. 7a TRLU 2010

Règim aplicable als instruments urbanístics en tràmit en matèria de cessió de sòl amb aprofitament

1. La cessió a l'Administració actuant del sòl amb aprofitament lliure de càrregues d'urbanització s'aplica als instruments de gestió aprovats inicialment amb posterioritat a l'1 de juliol de 2007.
2. Els deures de cessió de sòl amb aprofitament que estableixen els articles 43.1.b, c i d, 45.1.a,segon i tercer, i 99.3 d'aquesta Llei s'apliquen a les modificacions del planejament urbanístic general que s'aprovin inicialment a partir de l'entrada en vigor de la Llei 26/2009.

D.T. 8a TRLU 2010

Altres règims aplicables als instruments de planejament urbanístic en tràmit

1. L'exigència d'exposar, en la informació pública dels instruments de planejament urbanístic, el document a què fa referència la lletra a de l'article 8.5, s'aplica a les convocatòries d'informació pública acordades a partir de l'entrada en vigor del Decret llei 1/2007.
2. La regulació que estableixen els apartats 4 i 5 de l'article 57 amb relació al sostre residencial de nova implantació i el sistema d'habitatge dotacional públic, respectivament, és aplicable als instruments de planejament urbanístic aprovats d'acord amb la Llei 10/2004 o amb la normativa posterior.
3. L'informe de sostenibilitat econòmica a què fan referència els articles 59.3.d, 61.1.d i 66.1.d, s'aplica a les modificacions de planejament general aprovades inicialment amb posterioritat a l'1 de juliol de 2007.
4. Les determinacions establertes pels articles 67.1.e, 68, 69, 79.1e) i 80c) amb relació als plans especials urbanístics s'apliquen a tots els plans especials que no hagin estat resolts definitivament a l'entrada en vigor d'aquesta Llei.
5. Els supòsits de valoració negativa de l'article 97.2 s'apliquen a les modificacions del planejament urbanístic general que no hagin estat resoltes definitivament a l'entrada en vigor d'aquesta Llei.
6. Les especificacions a incloure en la documentació de les modificacions de planejament urbanístic general d'acord amb l'article 99.1 s'apliquen a les modificacions aprovades inicialment a partir de l'entrada en vigor de la Llei 26/2009. Les modificacions de planejament urbanístic general aprovades inicialment entre l'1 de juliol de 2007 i el 31 de desembre de 2009, han d'especificar en la memòria la identitat de totes les persones propietàries o titulars d'altres drets reals sobre les finques afectades durant els cinc anys anteriors a l'inici del procediment de modificació, segons consti en el registre o instrument utilitzat a efectes d'identificació de les persones interessades.

D.T. 12a TRLU 2010

Convenis urbanístics

Els convenis urbanístics es regeixen per la normativa aplicable en el moment de la seva aprovació.

Addició de 2 apartats nous: 4 i 5

4. Els plans d'ordenació urbanística municipal i les modificacions i revisions d'aquests que no hagin estat resolts definitivament a l'entrada en vigor d'aquesta Llei han d'incorporar les reserves per a la construcció d'habitatges de protecció pública que resulten de l'article 57.3 i de l'apartat 3 d'aquesta disposició transitòria, en els supòsits que aquests preceptes estableixen.

5. Les reserves mínimes addicionals a què fa referència la disposició addicional cinquena s'han d'aplicar als instruments de planejament urbanístic que es resolguin definitivament a partir que entri en vigor, a l'efecte de les esmentades reserves, la nova tipologia d'habitatges concertats de Catalunya, d'acord amb la normativa en matèria d'habitatge.

D.T. 9a TRLU 2010	D.T. 7a TRLU 2005
1. Els municipis que a l'entrada en vigor de la Llei 2/2002, o posteriorment, tenien un pla general d'ordenació urbana, i estaven en la primera etapa quadriennal del programa d'actuació d'aquest pla general, i que la persona titular de la conselleria de Política Territorial i Obres Públiques els ha reconegut la competència d'aprovació definitiva dels plans urbanístics derivats a què fa referència l'article 81.1, d'acord amb el règim transitori establert per la Llei 10/2004, l'exerceixen per aquells plans que siguin promoguts d'acord amb les determinacions del dit programa d'actuació. 2. Els municipis que a l'entrada en vigor de la Llei 10/2004 tenien un pla d'ordenació urbanística municipal poden aprovar definitivament, complint prèviament el tràmit que regula l'article 87.1, els plans urbanístics derivats a què fa referència l'article 81, sempre que en la data d'entrada en vigor de la Llei 10/2004 no estiguessin aprovats provisionalment.	1. Els municipis que a l'entrada en vigor de la Llei 2/2002, o posteriorment, tenien un pla general d'ordenació urbana i es trobaven en la primera etapa quadriennal del programa d'actuació d'aquest pla general, poden assumir les competències d'aprovació definitiva dels plans urbanístics derivats a què fa referència l'article 79.1, amb les condicions següents: a) Que els plans siguin promoguts d'acord amb les determinacions del dit programa d'actuació. b) Que en el termini de sis mesos des de l'entrada en vigor de la Llei 10/2004, acreditin davant el conseller o consellera de Política Territorial i Obres Públiques el compliment dels altres requisits que exigeix aquesta disposició i llur voluntat, expressada mitjançant acord del ple municipal, d'assumir les dites competències. En el termini de dos mesos, el conseller o consellera de Política Territorial i Obres Públiques ha d'adoptar la corresponent resolució de reconeixement de competència, si escau. 2. Els municipis que a l'entrada en vigor de la Llei 10/2004 tenien un pla d'ordenació urbanística municipal poden aprovar definitivament, complint prèviament el tràmit que regula l'article 85.1, els plans urbanístics derivats a què fa referència l'article 79, sempre que en la data d'entrada en vigor de la Llei 10/2004 no estiguessin aprovats provisionalment.

D.T. 10a TRLU 2010	D.T. 8a TRLU 2005
1. Les normes urbanístiques de les figures de planejament aprovades definitivament per l'Administració de la Generalitat entre l'entrada en vigor de la Llei 7/1985, del 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local, i la de la Llei 2/2002, de 14 de març, d'urbanisme, que no hagin estat encara publicades en el Butlletí Oficial de la província, o en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya en compliment de l'obligació que té l'Administració de la Generalitat de publicar-les d'acord amb la disposició addicional segona de la Llei 2/2007, de 5 de juny, del Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, en el cas que hagin d'ésser objecte de modificació o de tramitació d'instruments de planejament urbanístic derivat o de gestió urbanística, han d'ésser publicades amb motiu de la tramitació d'aquests instruments urbanístics. A aquest efecte, als expedients de modificació s'ha d'acompanyar el text refós complet de la normativa aplicable, que ha d'ésser publicat en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, conjuntament amb l'acord d'aprovació definitiva de la modificació. Aquesta exigència és aplicable també als expedients de modificació en tràmit que encara no hagin estat aprovats definitivament.	1. Les normes urbanístiques de les figures de planejament aprovades definitivament per l'Administració de la Generalitat entre l'entrada en vigor de la Llei 7/1985, del 2 d'abril, Reguladora de les Bases de Règim Local, i la de la Llei 2/2002 que no hagin estat publicades en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya» o en el Butlletí Oficial de la província corresponent, han d'ésser publicades amb motiu de llur modificació o de la tramitació d'instruments de planejament urbanístic derivat o de gestió urbanística. A aquest efecte, als expedients de modificació s'ha d'acompanyar el Text Refós complet de la normativa aplicable, que ha d'ésser publicat en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya», conjuntament amb l'acord d'aprovació definitiva de la modificació. Aquesta exigència és aplicable també als expedients de modificació en tràmit que encara no hagin estat aprovats definitivament.

D.T. 14a TRLU 2010	D.T. 11a TRLU 2005
Els expedients de sol·licitud d’autorització d’usos i d’obres en sòl no urbanitzable i en sòl urbanitzable no delimitat i d’usos i obres provisionals es tramiten d’acord amb la normativa urbanística aplicable en el moment en què van tenir entrada en l’ajuntament, excepte pel que fa als deures de les persones propietàries a què fa referència l’article 47.7 que s’apliquen a totes les sol·licituds d’autorització d’obres en sòl no urbanitzable i en sòl urbanitzable no delimitat no resoltes definitivament a l’entrada en vigor d’aquesta Llei.	Els expedients de sol·licitud d'autorització d'usos i d'obres en sòl no urbanitzable i en sòl urbanitzable no delimitat i d'usos i obres provisionals que hagin tingut entrada en els ajuntaments abans de l'entrada en vigor de la Llei 10/2004 es continuen tramitant d'acord amb la normativa aplicable en el moment en què van tenir entrada en l'ajuntament. Les sol·licituds presentades a partir de l'entrada en vigor de la Llei 10/2004, s'han d'ajustar als aspectes substantius i formals regulats pels articles 47 al 54. Nogensmenys, es continuen tramitant d'acord amb la normativa anterior a la Llei 2/2002, al llarg d'un termini de tres anys des de l'entrada en vigor de la dita Llei, les sol·licituds de llicència en àmbits provinents de processos de parcel·lació rústica que hagin estat específicament reconeguts pel planejament general en vigor, en el règim de sòl no urbanitzable.

D.T. 16a TRLU 2010	D.T. 13a TRLU 2005
1. Els procediments de suspensió d’obres, els sancionadors i els de restauració de la realitat física alterada i de l’ordre jurídic vulnerat es regeixen per la normativa aplicable en el moment de la incoació del procediment, 2. Les infraccions urbanístiques es regeixen pel règim sancionador aplicable en el moment de la seva comissió.	1. Els expedients de suspensió d'obres, els sancionadors i els de restauració de la realitat física alterada i de l'ordre jurídic vulnerat ja incoats en el moment de l'entrada en vigor d'aquesta Llei s'han de continuar tramitant d'acord amb la normativa anterior. 2. El règim sancionador regulat per la Llei present s'aplica a les infraccions comeses a partir de l'entrada en vigor d'aquesta.

D.T. 18a TRLU 2010	D.T. 15a TRLU 2005
Mentre no s’adapti el Reglament de la Llei d’urbanisme, aprovat pel Decret 305/2006, de 18 de juliol, a aquesta Llei, s’apliquen les disposicions reglamentàries vigents en tot allò que no s’hi oposi, no la contradigui ni hi resultin incompatibles.	Mentre no s'aprovi el desplegament reglamentari d'aquesta llei, són d'aplicació les disposicions reglamentàries vigents en tot allò que no s'hi oposi, no la contradigui ni hi resultin incompatibles.

2a sessió

12/11/10

Les modificacions més importants de la Llei de contractes del sector públic.
Xavier Padrós Castillón, director general de Contractació Pública del Departament d'Economia i Finances de la Generalitat de Catalunya.

Les modificacions contractuals.
José María Gimeno Feliu, Catedràtic de dret administratiu de la Universitat de Saragossa.

LES MODIFICACIONS DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC AL LLARG DEL 2010

Barcelona, 12 de novembre de 2010

MODIFICACIONS APROVADES QUE AFECTEN L'LCSP (I)

● **<u>Reial Decret-Llei 6/2010, del 9 d'abril</u>, de mesures per a l'impuls de la recuperació econòmica i l'ocupació**

Nou tractament de les situacions concursals en relació amb la contractació: prohibicions de contractar, resolució i cessió de contractes. (arts. 49.1.b), 208.5 i 209.2 LCSP).

•A tenir en compte l'existència d'un Avantprojecte de Llei de reforma de la Llei Concursal

● **<u>Llei 14/2010, del 5 de juliol,</u> sobre les infraestructures i els serveis d'informació geogràfica a Espanya**

Regulació de la garantia definitiva en la concessió d'obres públiques: càlcul i possibilitat de reducció un cop executada l'obra (art. 83 LCSP)

MODIFICACIONS APROVADES QUE AFECTEN L'LCSP (II)

- **<u>Llei 15/2010, del 5 de juliol,</u> de modificació de la Llei 3/2004, de 29 de desembre, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials**

  Nous terminis de pagament del preu (norma general i règim transitori 2010-2012), procediment per fer efectius els deutes de les Administracions Públiques, seguiment i control de la morositat (art. 200 i 200 bis LCSP)

- **<u>Llei 34/2010, del 5 d'agost,</u> de modificació de les Lleis 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals i 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa per adaptació a la normativa comunitària de les dues primeres**

- **<u>Llei 35/2010, del 17 de setembre,</u> de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball**

  Supressió a partir de l'1 d'abril de 2011 de limitacions i prohibicions en la contractació amb ETT (Disposició Addicional 5ª LCSP)

MODIFICACIONS DE LA LCSP EN FASE DE PROJECTE

- **Projecte de Llei de captació de finançament en els mercats pels concessionaris d'obres públiques**

  Regulació de les especialitats en el finançament dels concessionaris d'obra pública.

- **Projecte de Llei d'economia sostenible**

  Nou règim de modificacions contractuals, previsions sobre contractes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat (CPP)

- **Projecte de Llei de la ciència, la tecnologia i la innovació**

  Modificacions en contractes i convenis en l'àmbit de l'activitat d'investigació, desenvolupament i innovació.

- **Avantprojecte de Llei de contractes del sector públic en l'àmbit de la defensa i la seguretat**

  Incorpora la Directiva 2009/81/CE, de 13 de juliol de 2009

LA LLEI 34/2010, DE 5 D'AGOST

OBJECTIUS PRINCIPALS DE LA REFORMA

- Incorporació de les prescripcions de la Directiva 2007/66/CE, d'11 de desembre, que modifica les Directives 89/665/CEE, de 21 de desembre i 92/13/CEE, de 25 de febrer

- Donar compliment a la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 3 d'abril de 2008 (Ass. C-444/06, Comissió contra Espanya)

- Altres adaptacions de la LCSP

ENTRADA EN VIGOR

9 setembre de 2010

RÈGIM TRANSITORI

a) De la pròpia Llei: a manca de previsió específica: DT 1ª LCSP

b) De la revisió d'actes

- Els procediments de recurs o de reclamació iniciats a l'empara de l'antiga normativa continuen sotmesos a aquella fins la seva resolució

- No obstant això, en els expedients de contractació iniciats abans de l'entrada en vigor de la Llei 34/2010, es podrà interposar la qüestió de nul·litat, el recurs especial en matèria de contractació i la reclamació previstes a la nova Llei contra actes susceptibles de ser recorreguts o reclamats si s'han dictat amb posterioritat a la seva entrada en vigor

c) **De les qüestions de nul·litat, dels recursos i de les reclamacions interposats contra actes de les Comunitats Autònomes:** Disposició Transitòria 2ª: suspensió de l'executivitat de les resolucions

EL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ (REC)

Característiques principals

- Recurs especial, potestatiu, previ al recurs contenciós administratiu

  S'exclou la interposició de recursos administratius ordinaris contra els actes susceptibles de REC, llevat que les CCAA prevegin la possibilitat de recursos administratius previs.

Contractes afectats

- Els subjectes a regulació harmonitzada (obres, concessió d'obres públiques, subministraments, serveis, CPP i Acords Marc)
- Els de serveis de les categories 17 a 27 de l'Annex II de la LCSP, amb l'import igual o superior a 193.000 euros
- Els de gestió de serveis públics, amb pressupost de despesa de primer establiment superior a 500.000 euros i termini de durada superior a 5 anys.
- Els contractes subvencionats (art. 17 LCSP)

EL RECURS ESPECIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ (REC)

Actes objecte de recurs

- Anuncis de licitació, plecs i altres documents contractuals
- Actes de tràmit sempre que decideixin directament o indirectament sobre l'adjudicació, determinin la impossibilitat de continuar el procediment (així, els de la Mesa de Contractació d'exclusió de licitadors) o produeixin indefensió o perjudici irreparable a drets o interessos legítims
- Acords d'adjudicació dels poders adjudicadors

Termini: 15 dies hàbils, en general, amb obligatorietat d'anunci previ

Mesures provisionals: es poden sol·licitar abans, junt amb o durant la tramitació del REC, sempre abans de la seva resolució. S'han de resoldre pels Tribunals competents per a resoldre el REC en 5 dies hàbils des de la sol·licitud. No hi ha recurs contra aquesta resolució

Efectes derivats de la interposició: si és recorreguda l'adjudicació, queda automàticament en suspens la tramitació de l'expedient

Resolució del recurs: a càrrec de l'òrgan previst a la Llei 34/2010 (Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, a Catalunya)

- eventual indemnització de danys i perjudicis
- eventual imposició de multes

LA QÜESTIÓ DE NUL·LITAT

Supòsits especials de nul·litat

● per haver adjudicat un contracte sense la publicació prèvia de l'anunci de licitació al DOUE, quan és preceptiu.

● per no haver respectat el termini de 15 dies hàbils per a la formalització del contracte, sempre que:

- per aquest motiu, s'hagi impossibilitat la interposició del REC;
- a més, concorri alguna infracció dels preceptes que regulen el procediment d'adjudicació

● per haver formalitzat el contracte, malgrat s'hagués interposat el REC, sense tenir en compte la suspensió automàtica de l'acte d'adjudicació i sense esperar la resolució de l'òrgan competent sobre la suspensió

● en contractes basats en Acords Marc o Sistemes Dinàmics de Contractació amb diverses empreses i subjectes a regulació harmonitzada, per haver incomplert les normes d'adjudicació respectives

LA QÜESTIÓ DE NUL·LITAT

Contractes afectats

- Els subjectes a regulació harmonitzada
- Els de serveis corresponents a les categories 17 a 27 de l'Annex II de la LCSP amb VEC igual o superior a 193.000 euros

Terminis

- 30 dies hàbils, des de la publicació de l'adjudicació del contracte o des de la notificació als licitadors en relació a les seves proposicions
- 6 mesos, des de la formalització del contracte en la resta de casos

No cal anunci previ

Efectes de la declaració de nul·litat:

- Règim general: nul·litat i, si s'escau, indemnització per danys i perjudicis
- Excepcions: per raons imperioses d'interès general i substitució de la declaració de nul·litat per la imposició de multes al poder adjudicador o la reducció proporcionada de la durada del contracte

LA MODIFICACIÓ DE LA LLEI DE LA JURISDICCIÓ CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Atribució orgànica

- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA COMUNITAT AUTÒNOMA:
Resolucions dictades per òrgans autonòmics independents i pels Tribunals Administratius Territorials de Recursos Contractuals

- AUDIÈNCIA NACIONAL: Resolucions dictades pel Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals

Legitimació

- Poden interposar recurs contenciós administratiu contra decisions dels òrgans administratius competents (Tribunals):
  * Administracions Públiques
  * Particulars
- Tenen la consideració de part demandada en els recursos contra decisions dels òrgans administratius competents (Tribunals):

  * Persones
  * Administracions

  afavorides per l'acte objecte de recurs o que s'hi personin com a tals

No la tenen els òrgans administratius competents (Tribunals)

ALTRES MODIFICACIONS

a) Nou règim d'adjudicació i formalització dels contractes

Desapareix la distinció entre l'adjudicació provisional l'adjudicació definitiva i els contractes es perfeccionen amb la formalització

b) Regulació del contingut de les notificacions

Major concreció de la notificació

c) Publicitat i terminis de la formalització

- Sempre al perfil del contractant i, en funció de l'import o del caràcter harmonitzat o no, a diaris oficials
- Formalització en contractes subjectes a REC: no abans de 15 dies hàbils des de la remissió de la notificació de l'adjudicació
- Formalització en contractes no subjectes a REC: no més tard dels 15 dies hàbils següents al de rebuda de la notificació de l'adjudicació

Generalitat de Catalunya
Departament d'Economia i Finances
Direcció General de Contractació Pública

PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

Antecedents

Directives Europees i dret intern de contractes:

- Directiva 89/665/CEE, del Consell, del 21 de desembre de 1989.
  - Manca de transposició a la LCAP de 1995 i a la reforma de la LCAP de 1999.
- Directiva 2007/66/CE del Parlament Europeu i del Consell, de l'11 de desembre de 2007, per la qual es modifiquen les Directives 89/665/CEE i 92/13/CEE, del Consell.
  - Recurs especial en matèria de contractació a la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, i reclamacions a la Llei 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals

PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

Habilitació legal al Govern de la Generalitat:

Llei 26/2009, del 23 de desembre, de mesures fiscals, financeres i administratives (Disposició Addicional 4a)

a) Dins el marc que fixi la legislació bàsica estatal

b) Dins el marc que ja fixa la pròpia Llei catalana

PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

a) El marc estatal: Llei 34/2010, de 5 d'agost:

- Òrgan autonòmic independent: amb President que ostenti qualificacions jurídiques i professionals adequades.
- Nomenament i acabament mandat, durada i revocabilitat: condicions d'independència i inamovibilitat.
- Competències de l'òrgan autonòmic: també en relació a recursos i reclamacions contra actes de les Corporacions Locals del territori.

PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

b) El marc autonòmic: Llei 26/2009, de 23 de desembre:

- Òrgan col·legiat independent, adscrit orgànicament al Departament d'Economia i Finances.
- Les seves resolucions esgoten la via administrativa
- Composició: 1 President i un nombre parell de vocals no superior a 6 (dels quals 1, almenys, designat a proposta de les entitats representatives dels ens locals), tots ells designats pel Govern d'entre:

  Funcionaris de carrera de cossos o escales del grup A, llicenciats en Dret, amb més de 15 anys d'activitat professional a l'Administració Pública, preferentment en l'àmbit del Dret públic relacionat amb la contractació pública.
- Condicions específiques de nomenament, durada i acabament del mandat i revocabilitat, a concretar en el Decret.
- Creació durant l'any 2010 i dotació pressupostària a càrrec del Govern

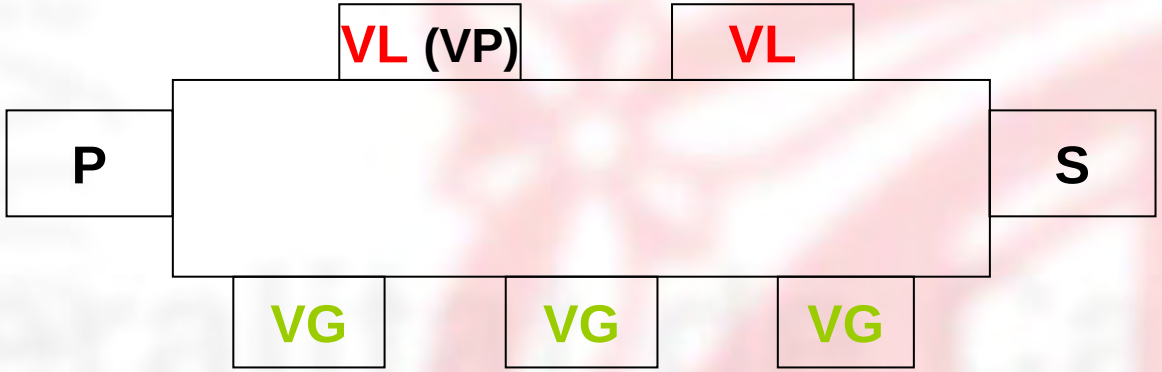
PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

Funcions del Tribunal:

- Conèixer i resoldre els recursos especials en matèria de contractació que s'interposin en relació tant amb els procediments de contractació de l'Administració de la Generalitat i de les entitats i els organismes que integren el seu sector públic que tinguin la consideració de poders adjudicadors, com també dels ens que integren l'Administració Local de Catalunya i de les entitats i els organismes que integren el seu sector públic que tinguin la consideració de poders adjudicadors.
- Conèixer i resoldre les qüestions de nul·litat que s'interposin i adoptar les decisions pertinents sobre les mesures provisionals que es puguin sol·licitar per les persones legitimades en els procediments anteriorment esmentats.
- Conèixer i resoldre les reclamacions i les qüestions de nul·litat que s'interposin i adoptar les decisions pertinents sobre les mesures provisionals que es puguin sol·licitar per les persones legitimades en els procediments d'adjudicació per a la contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals, tramitats per ens o entitats de l'àmbit de Catalunya.

PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

- Composició completa:



PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

- **Requisits i designació:**

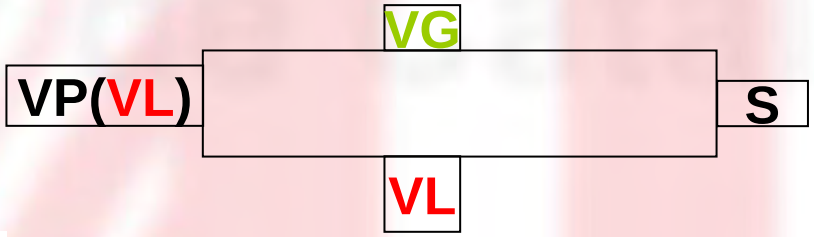
MEMBRES	CONDICIONS GENERALS	CONDICIONS ESPECÍFIQUES	IDONEÏTAT	NOMENAMENT
President/a Secretari/a	Lleis estatal i autonòmica	Norma autonòmica	PLE JCCA	GOVERN
Vocal G Vocal G Vocal G		Norma autonòmica		
Vocal L Vocal L		Norma autonòmica		

PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

Organització interna

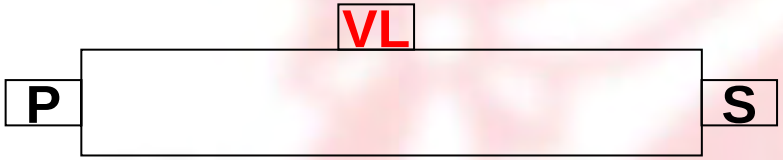
- Secció 1a (Generalitat)

- Secció 2a (Administració Local)



PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

- **Primera composició del Tribunal** (disposició transitòria 1a)



PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

- **Durada del mandat:** 6 anys improrrogables
- **Causes d'abstenció i recusació i incompatibilitats**
- **Causes de cessament**
- **Règim general de funcionament**
  - Quòrum de presència:
    - En Ple: majoria absoluta (amb president/a o vicepresident/a i secretari/a)
    - En Seccions: 3 dels 4 membres (amb president/a i secretari/a)
  - Quòrum de decisió: majoria dels assistents (amb vot diriment de president/a en cas d'empat)
  - Registre i arxiu propis
  - Comunicacions i notificacions, preferentment per mitjans electrònics

PROJECTE DE DECRET DE CREACIÓ DEL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

- **Suport tècnic i administratiu**
  - Inicialment a càrrec de la Secretaria Tècnica de la JCCA.

- **Constitució i inici de les funcions**
  - Un cop nomenats els seus membres: constitució en 10 dies.
  - L'endemà de la constitució: inici de les funcions.

- **Normes complementàries d'organització i funcionament**
  - Elaboració pel Ple del Tribunal en el termini d'un any des de l'entrada en vigor del Decret i proposta al conseller o consellera d'Economia i Finances perquè les elevi al Govern per a la seva aprovació.

EL REGIMEN DE LA MODIFICACION DE CONTRATOS PUBLICOS: REGULACION ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE CAMBIO.

José Maria Gimeno Feliu
Catedrático Derecho Administrativo
Facultad Derecho. Universidad Zaragoza
(gimenof@unizar.es)

Introducción: 1
1.- Sobre el modificado y su régimen jurídico. La opción de la LCSP..... 3
2.- La doctrina del TJCE sobre los modificados: repercusiones prácticas 10
3.- La nueva regulación de los modificados en el Proyecto de Ley de Economía sostenible: la insuficiencia de la reforma..... 14

RESUMEN: Se analiza el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos públicos en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y su propuesta de refirma en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Potestad de modificación que debe ser interpretada conforme a la jurisprudencia del TJUE con el objetivo de garantizar auténtica concurrencia y respeto al principio de igualdad de trato.

ABSTRACT: It analyzes the legal status of the changes in public procurement in the Procurement Act, Public Sector (LCSP) and reaffirms its proposal in the Proposed Law of Sustainable Economy. Power of modification which must be interpreted according to the jurisprudence of the ECJ in order to ensure genuine competition and respect for the principle of equal treatment

PALABRAS CLAVE: Contratación pública. Directiva 2004/18, de contratos públicos. Potestad modificación contratos.

KEY WORDS: Public procurement. Directive 2004/18 of public contracts. Modified power contracts.

Introducción:

Como es sabido, la contratación pública constituye un poderoso instrumento de política económica en atención al elevado volumen de recursos que compromete, ya que según los últimos datos publicados por la Comisión Europea, en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del Producto Interior Bruto (PIB) europeo[1]. Este porcentaje en el gasto público ha supuesto que la contratación pública no sea entendida únicamente como una forma de aprovisionamiento, sino también como un instrumento de política económica que puede contribuir a la consecución de otros fines o políticas públicas como puede ser la lucha contra el desempleo[2].

---

[1] Son datos extraídos del Documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*, de 27 de abril de 2010 http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf

[2] Acerca de la visión instrumental de la contratación pública, puede consultarse J. Mª GIMENO FELIÚ, La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de

Esta importancia macroeconómica justifica el interés de su regulación por las autoridades comunitarias con la finalidad de promover la apertura de los mercados públicos (como manifestación del interés general para toda la Comunidad). La nueva Directiva comunitaria 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos (acompañada para sectores especiales de la Directiva 2004/17)[3] con fecha de transposición límite de 31 de enero de 2006, amén de confirmar la tendencia hacia la formación de un derecho común europeo[4], obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional[5]. Sobre todo desde la perspectiva de

---

una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 16 y 17.

[3] En la tramitación de dichas normas pueden tenerse en cuenta los siguientes documentos: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras [COM(2002) 236 final - 2000/0115(COD); con Posición común (CE) nº 33/2003, de 20 de marzo de 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios -DOUE C 147 E, 24-6-2003 (2003/C 147 E/01). Entre sus novedades puede señalarse que la Comisión propone la introducción de mecanismos de compra electrónica, la introducción de un nuevo procedimiento (el denominado dialogo competitivo) y el reforzamiento de los criterios de selección y adjudicación, la posibilidad de concluir acuerdos-marco, la clarificación de las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas, introducción de un vocabulario común de contratos públicos. Sobre esta propuesta de reforma resulta de interés el trabajo de J.BERMEJO VERA, "Objetivos, principios y prospectiva de la política comunitaria de contratos públicos", Revista Galega de Administración Pública núm. 29, 2002, pp. 141-164.

[4] -Los antecedentes normativos de las Directivas de los años 90 son: - Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo, sobre contratos públicos de suministro;

-Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio, sobre contratos públicos de obra;

-Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras;

-Directiva 90/531/ CEE, de 29 de octubre, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones;

-Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones;

-Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

-Directiva 93/36/ CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

-Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra.

-Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones

- Directiva 2001/78/CEE, de la Comisión de 13 de septiembre (Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de Contratos públicos), que entrará en vigor a los veinte días de su publicación y que da como plazo próximo de su transposición el 1 de mayo de 2002.Estas últimas Directivas fueron objeto de reforma parcial por la Directiva 97/52/CE de 13 de octubre de 1997 –sectores clásicos- y Directiva 98/4/CE de 16 de febrero –sectores especiales-, existiendo en la actualidad un proceso de refundición de todas ellas. Aunque no es norma específica de contratación pública debe advertirse que en caso de morosidad por el impago, por efectos de la Directiva 2000/35/CE (no transpuesta antes del día 8 de agosto de 2002), se han elevado los intereses de demora de forma considerable (Interés legal del dinero fijado por el Banco Central Europeo, incrementado en 7 puntos). Por todos, véase MORENO MOLINA, J.A., "Reciente evolución del derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho común", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley núm. 34, 2004, pp. 28-53.

[5] Sobre el contenido de las misma, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de FERNANDEZ GARCIA, M., "La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo", *RAP* 166, 2005, pp. 281-320.

garantizar una adecuada satisfación del interés público sustentada en los principios de eficiencia e integridad.

La aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga, antes de analizar el régimen de los modificados en los contratos públicos, a realizar –aun suficientemente conocidas- unas precisiones previas[6]. La primera que es objetivo principal de esta normativa comunitaria garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencua el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJCE de 7 e diciembre de 200 ARGE). Publicidad que debe promover auténtica concurrencia gatantizando la efectividad del principio de igualdad de trato (como acaba de recordar la STJCE de 15 de septiembre de 2009, Acoset[7].

Pero estos principios no solo son de aplicación al procedimiento de adjudicación sino que proyectan su influencia también en la fase de ejecución de los mismos -y mas en concreto en lo relativo a los modificados- al condicionar tal posibilidad a unos concreto supuestos con el fin de preservar el principio de transparencia e igualdad de trato y evitar que , mediante dicha técnica, se pueda "pervertir" el procedimiento y sus reglas[8]. Es decir, la cuestión de los modificados está directamente relacionado con la adjudicación del contrato y la finalidad inicial en el contenida.

1.- Sobre el modificado y su régimen jurídico. La opción de la LCSP

Como es bien conocido, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi* (artículo 196 LCSP), constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*) [9]. Así, aunque tras la adjudicación de todo contrato público comienza la ejecución del contrato con el fin de cumplir adecuadamente lo pactado nada impide que, siempre por interés público, puedan introducirse modificaciones a dicho objeto[10].

---

[6] Como primera novedad de esta directiva cabe destacar la que ella misma señala en su considerando 1: "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 enumerados en el considerando 2 [principios del Tratado, libertades comunitarias, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia]".

[7] 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.

[8] Me remito a mi reciente trabajo "La Ley de Contratos del Sector Público:¿una herramienta eficaz para garantizar al integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación Pública", REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535.

[9] La inalterabilidad de lo pactado cede ante el derecho del *ius variandi*. Vid. HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.74-76. Para esta profesora el régimen diseñado por la LCAP resultaba ajustado al derecho comunitario de los contratos públicos aunque advertía que no debía superarse el límite del cincuenta por ciento del importe inicial del contrato (en tanto límite del supuesto del procedimiento negociado (pp. 205 a 210).

[10] Como bien advierte JURISTO SANCHEZ el principio de inalterabilidad del contrato que deriva del artículo 1091 del Código Civil se enuncia en los contratos públicos de forma positiva y negativa: ejecutar el contrato de conformidad al pliego y no modificar sin el procedimiento establecido. *La ejecución del contrato de obra pública*, Ed. Hauser y Menet, Madrid, 1991, 206. El interés público es, en todo caso, presupuesto habilitante para el ejercicio del ius variandi. MARTIN REBOLLO "Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)", en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,* 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 589.

Sin embargo, la práctica española ha venido interpretado de forma relajada esta regla sobre la máxima de que es una potestad administrativa cuya justificación radica en la mejor gestión del interés público (al que se considera sometido a eventual mutación)[11]. El Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación –inmutabilidad del fin público y mutabilidad del contenido prestacional del contratista- al señalar que el interés público no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato (entre otras, STS de 1 de febrero de 2000). Incluso se ha afirmado que si la coyuntura, exógena al propio contrato, cambia, es posible modificar el contrato: esta justificación es suficiente para acreditar que la modificación aprobada no excede los límites del ejercicio del «ius variandi» (STS de 19 febrero 2008. RJ 2008\1739)

Con todo, el ejercicio de esta potestad, en tanto supone una alteración del objeto de la licitación debería tener carácter excepcional, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo:

> «los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes»[12].

Así, aunque lo ordinario sería que no hubiera ninguna incidencia (en el caso de una gestión pausada del expediente[13]) y se cumpliera lo acordado entre las partes sin alteraciones ni modificación salvo en casos cuando menos excepcionales[14], la regla habitual es que es posible modificar el contrato casi a plena libertad del órgano de contratación. Y esta situación –claramente patológica- debe ser corregida para adaptar y situar adecuadamente a esta potestad de ius variandi[15].

Téngase en cuenta que con con las modificaciones contractuales injustificadas no sólo se daña al erario público por el sobrecoste que va a suponer ese contrato, sino que constituye un fraude al principio de selección objetiva del contratista[16], puesto que al final el precio pagado por la prestación objeto del contrato es con mucho la más onerosa de las ofertas presentadas por el resto de licitadores y candidatos a la adjudicación del contrato[17].

Al respecto, la LCSP –aunque incorpora certas mejoras técnicas- adolece de intentar corregir efectivamente los problemas tradicionales derivados de la ejecución de las prestaciones licitadas[18]. Y no era una cuestión no advertida: el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el

---

[11] De hecho, ya hace años el profesor VILLAR PALASI advertía que lo ordinario en los contratos administrativos de obras era la modificación de los mismos. Lo que se justificaba, entre otros motivos, en la complejidad y larga duración de los contratos. *Apuntes de Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1977, p. 374

[12] SSTS de 16 de abril de 1999, 9 de octubre de 1995 y de 30 de abril de 1977.

[13] Como recomendada el Consejo de Estado, en su Memoria de 1992, p. 50.

[14] Vid. *Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118. En el marcado carácter excepcional de esta prerrogativa ha insistido el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, sobre el anteproyecto de la LCSP.

[15] No se trata de prohibir esta técnica sino de redimensionarla a sus justos términos y hacerla compatible con el derecho comunitario.

[16] No es una constatación novedosa. Ya ARIÑO ORTIZ denunció que el sistema de modificados "encierra en el fondo verdaderos contratos adicionales" y que "debe evitarse que los modificados se conviertan en un procedimiento irregular, sin licitación ni concurrencia". *Teoría del equivalente económicos en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pp. 179 y 180 respectivamente. De especial interés por sus observaciones críticas al concreto ejercicio de esta potestad resulta igualmente el trabajo de L. MARTIN REBOLLO "Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)", ob. Cit, pp. 575 a 658.

[17] Por todos, J.A MORENO MOLINA, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 640.

[18] Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto LOPEZ-CONTRERAS y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Instituto de Empresa y Cátedra Jurídica del Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006, p. 159.

estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública elaborado en el año 2004, ya señaló que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y sus precios no son aquellos por los que se compitió[19]. Además, afirmaba que la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que, en ocasiones, mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja. Asimismo, el informe entendía que para reforzar la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: así, la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste[20].

Especialmente significativas son las previsiones de modificados que contemplan los artículos 202.1, 217 o 233 LCSP, que no parecen guardar coherencia con la Directiva 2004/18 en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la referida norma tal y como ha interpretado el TJUE[21]. A este respecto, la Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea dirigió a las autoridades españolas, con fecha 12 de diciembre de 2006, unas observaciones en relación con el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en las que se señala que ninguna disposición de la Directiva autoriza a modificar un contrato por «necesidades nuevas»[22]. En cuanto a las «causas imprevistas», la Comisión señala que éstas deben interpretarse de manera objetiva y la posibilidad de modificación por estas causas y el alcance de la misma deben encuadrarse en las limitaciones establecidas en el artículo 31.4 de la Directiva 2004/18.

Analizaremos el régimen propuesto en la LCSP y su interpretación por órganos consultivos: El artículo 202 LCSP declara que[23]:

> *"1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas*

---

[19] La práctica de las modificaciones en España acredita una clara "patología" que pervierte todo el sistema de la contratación pública y sus principios. Basta con examinar los Informes del Tribunal de Cuentas para constatar esta valoración. Elocuente es la Circular 1/2007, de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda sobre "Certificación de gastos derivados de modificaciones de contratos, del FEDER y del Fondo de Cohesión", de 31 de enero de 2007 que advierte que las actuaciones realizadas con base en los artículos 4 y 10 del Reglamento CE 438/2001 y los artículos 4 y 9 del Reglamento CE 1386/2002 han constatado una situación de riesgo en relación con el gasto declarado por modificaciones de contratos públicos por lo que se acuerda que las certificaciones de gastos a presentar no deberían incluir como regla general los gastos derivados de modificados que traen causa del artículo 101 TRLCAP.

[20] Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118. En el fondo, como advierte F. SOSA WAGNER, muchos de esos modificados pretender alterar directa y unilateralmente el objeto contractual". SOSA WAGNER, F, *La Gestión de los servicios públicos locales*, Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2008, pp. 272.).

[21] No en vano se permite las modificaciones por grandes importes - el límite del 20 por ciento como causa de resolución no es imperativo- y se constatan alteraciones sustanciales de los proyectos iniciales. De hecho, en la práctica los gestores de los contratos públicos han interiorizado al idea de que la facultad de modificación es ilimitada tanto en los supuestos y acusas como en su importe.

[22] España alegó, entre otras cosas, que las Directivas de contratos públicos no afectan a la fase de ejecución, que el *ius variandi* es una característica esencial de los contratos administrativos, que el concepto de causas imprevistas esta fuera del ámbito de las normas de contratación pública y que no es de aplicación a la Ley 31/2007. Con fecha de 27 de noviembre de 2008, la Comisión emitió Dictamen motivado contra el Reino de España al entender que el régimen de los modificados no se ajusta al derecho comunitario.

[23] Vid. JIMENEZ APARICIO (Dir.), *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo III, pp. 112-113 y J. VAZQUEZ MATILLA, «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 94, 2010, pp. 54-63 y GARCIA DE LA MATA, J.E, PIPAON PULIDO, J.G., «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Diario La Ley*, núm. 6983, 7 de julio de 2008, Editorial la Ley, (La Ley 36851/2008).

imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.

2. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual".

Pues bien, aun cuando el precepto parece claro, existe dudas interpretaivas sobre el alcance del mismo y las posibiliades que contempla. Así, como ha advertido E. MUÑOZ LOPEZ, los presupuestos que se esatblecen en este precepto son cuatro:a) interés publico, b) causas imprevistas, c) adecuada motivación y d) que no sea fecte al contenido esencial del contrato. Sin la concurrencia de todos ellos no podría existir una modificación[24].

El régimen de la LCSP ha sido analizado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en dos Informes. Así, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008, sobre *Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad,* defiende que el sistema legal contiene dos opciones: que se prevea la posibilidad de modificar el contrato en el pliego: si los documentos contractuales prevén expresamente la posibilidad de modificar determinadas cláusulas, le bastará con indicar cuáles son éstas y en qué términos pueden ser modificadas, siendo indiferente si tienen o no el carácter de condiciones esenciales del contrato. Y ello porque siendo conocida esta posibilidad de antemano por todos los licitadores no se produce la ruptura del principio de igualdad entre ellos y de su corolario el de transparencia; y una segunda que:

> ***"****cuando no se hubiese previsto la modificación, sólo podrán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que la modificación responda a necesidades del interés público, b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato."*

En el Informe 5/10, de 23 de julio de 2010, *sobre la posibilidad de modificar un contrato de obras por causas imprevistas*, se insiste en esta idea aunque advierte -de forma sorprendente- que dicha "doctrina puede no ser plenamente acorde con los pronunciamientos de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, especialmente en la Sentencia conocida como "Succhi di Frutta", pero evidentemente es la adecuada de conformidad con la norma vigente en nuestro país en el momento actual."

Aunque de la literalidad del articulo 202 LCSP se deduce que no es posible todo tipo de modificado por el mero hecho de su previsión, en tanto de conformidad con el precepto indicado el contrato sólo puede ser modificado por causa de interés público que reúna los dos requisitos adicionales de:

a) que no haya sido prevista, y habrá que entender que, además, no fuera previsible de conformidad con los criterios de una buena administración, y

b) que no afecte a las condiciones del contrato.

Como requisito formal se añade en el párrafo segundo que en el pliego de cláusulas se prevea, para el caso de que ocurra alguna de las circunstancias señaladas, las condiciones en que podrá producirse la modificación[25].

---

[24] E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo *Contratación del Sector Público Local*, La Ley, Madrid, 2ª ed., 2010, p 1034.

[25] Señala además el precepto como novedad que no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente, o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deben ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen

A juicio de la Junta, aunque conformidad con la redacción de este precepto parecería que la nueva Ley de Contratos del Sector Público no recoge la posibilidad de modificar el contrato por causas previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, tal conclusión, sin embargo, "resultaría desvirtuada, de una parte por los dispuesto en el artículo 194 que establece con carácter general la facultad de modificar los contratos por causas de interés público, lo que lógicamente incluye aquellas causas de modificación expresamente previstas en los pliegos y, por otra, por las diferentes normas reguladoras de cada tipo de contrato que de forma expresa admiten tal posibilidad (arts. 217, para el contrato de obras, 233 y 241, para la concesión de obras, 258 para el contrato de gestión de servicios públicos, 272, para el contrato de suministro y 282 para el de servicios) [26]."

En este Informe, se analizan, además, los requisitos del artículo 202 apuntando una interpretación. Así, para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato. En tal sentido, si para la redacción del proyecto se tuvo en cuenta la existencia de conducciones y servicios soterrados en la zona que debía ser ocupada por las obras y se requirió la intervención de las entidades titulares de los mismos para que aportaran la solución más adecuada para evitar que las obras pudieran ejecutarse sin causarles perjuicio, debe decirse que ninguna otra previsión era necesaria ni, probablemente, posible.

Del mismo modo, que ocurre con la determinación de cuando es imprevisible que concurran circunstancias que afecten de una u otra manera a la ejecución del contrato, ocurre con el establecimiento de un criterio general a la hora de establecer si tales circunstancias y las modificaciones derivadas de su concurrencia afectan o no a las condiciones esenciales del contrato. Así nos recuerda que:

> *"Esta Junta ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en el informe 43/08, de 28 de julio de 2008, en el que se decía, con referencia al artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público, que "la redacción empleada por el legislador en este precepto pone de manifiesto de manera clara que la expresión "condiciones esenciales del contrato" es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación, como acertadamente dice en su consulta la Intervención General, resulta difícil de hacer. Desde este punto de vista cabe decir que pueden imaginarse dos procedimientos para establecer el modo de concretar el alcance del concepto enunciado. El primero de ellos consistiría en formular criterios de carácter general tales como los mencionados en el propio texto de la consulta, es decir la alteración de condiciones del contrato que de haber figurado en el anuncio de la licitación habrían permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o las que hacen referencia a las que supongan alteración de la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato. La adopción de métodos como los indicados en realidad no resuelve tampoco de forma directa el problema pues consisten en desplazar el momento de la interpretación del concepto de unos términos a otros. En efecto, en el primero de los casos indicados es preciso hacer un juicio de carácter subjetivo acerca de cuál habría sido el comportamiento de los licitadores de haber conocido la modificación contractual y en el segundo la necesidad de concreción se traslada a la determinación de cuáles son las alteraciones que afectan a la naturaleza de la prestación.*

---

previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b) LCSP.

[26] Sobre esta dualidad de supuestos se posiciona igualmente MELLADO RUIZ L., "El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible", Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas, núm. 99, 2010, p. 63. Advierte, sin embargo, que "*subsisten aún algunas dudas interpretativas, derivadas de la dicción del artículo 202, sobre la fundamentación, el contenido y los límites de esta potestad administrativa." (p. 60).*

En realidad, lo que ocurre es que la propia esencia de la figura del "concepto jurídico indeterminado" supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo. Por ello, la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de establecer a priori una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato".

Queda, pues, claro de conformidad con lo dicho que la determinación de cuándo una modificación contractual afecta a las condiciones esenciales del contrato sólo puede hacerse mediante el análisis de cada caso concreto, no siendo aceptable con norma general más que la prevista en el artículo 221.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, relativa al contrato de obras, de conformidad con el cual *"se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido"*.

De lo anterior se infiere que para el legislador existen al menos dos supuestos en que la modificación afecta a las condiciones esenciales del contrato: la primera cuando se produce una alteración cualitativa del proyecto inicial (modificación de los fines y características básicas) y cuantitativa, la segunda, establecida en el límite de que deban sustituirse unidades previstas por otras cuyo importe suponga al menos un 30% del precio primitivo del contrato.

Sin embargo, nos indica la Junta estatal que "fuera de estos dos casos será preciso el análisis pormenorizado de cada supuesto concreto para poder considerar que las alteraciones introducidas en la prestación del contrato o en determinadas condiciones o características producen un cambio sustancial en la misma. Para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato. En tal sentido, si para la redacción del proyecto se tuvo en cuenta la existencia de conducciones y servicios soterrados en la zona que debía ser ocupada por las obras y se requirió la intervención de las entidades titulares de los mismos para que aportaran la solución más adecuada para evitar que las obras pudieran ejecutarse sin causarles perjuicio, debe decirse que ninguna otra previsión era necesaria ni, probablemente, posible".

Queda, pues, claro de conformidad con lo dicho que la determinación de cuándo una modificación contractual afecta a las condiciones esenciales del contrato sólo puede hacerse mediante el análisis de cada caso concreto, no siendo aceptable con norma general más que la prevista en el artículo 221.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, relativa al contrato de obras, de conformidad con el cual *"se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido"*.

De lo anterior se infiere que –según el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado- para el legislador existen al menos dos supuestos en que la modificación afecta a las condiciones esenciales del contrato: la primera cuando se produce una alteración cualitativa del proyecto inicial (modificación de los fines y características básicas) y cuantitativa, la segunda, establecida en el límite de que deban sustituirse unidades previstas por otras cuyo importe suponga al menos un 30% del precio primitivo del contrato. Sin embargo, fuera

de estos dos casos será preciso el análisis pormenorizado de cada supuesto concreto para poder considerar que las alteraciones introducidas en la prestación del contrato o en determinadas condiciones o características producen un cambio sustancial en la misma.

Esta posición de la Junta estatal resulta, en mi opinión, demasiado permisiva y puede dar lugar -lo que de hecho ha sucedido- a que nada haya cambiado en la relación de la práctica de los modificados.

Perspectiva más restrictiva ha defendido, por el contrario la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 15 de abril, concluyendo -para un caso en que se aplicaba la normativa anterior a LCSP- que todas las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes. En este Informe se analiza la doctrina del TJCE y se postula una interpretación del marco normativo español compatible con al misma y las exigencias comunitarias declarando que[27]:

> "Las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes".

Y ya analizando el supuesto de hecho –modificación de un contrato gestionado por el Consorcio de Teruel en relación a la gestión de residuos, con un eventual aumento del quinientos por cien- se declara que:

> "La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplia el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos [esta interpretación quedaba ya confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial]. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.
>
> Resulta evidente que, amén de no quedar justificadas las causas que permiten, en su caso un modificado –no se acredita la causa imprevista ni los motivos de interés público en este modificado–, el objeto sobre el que se emite este Informe debe ser considerado como propio para una nueva e independiente licitación por alterarse el equilibrio económico de la prestación inicial dado que se propone un modificado equivalente a un 500 por ciento del valor de la prestación inicial. Además, en modo alguno puede considerarse como causa justificativa la existencia de un único licitador para la prestación de la actividad por afectarse desproporcionadamente al principio de libre competencia. Asimismo, como recuerda la referida STJCE de 29 de abril de 2004 , «un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación» (apdos. 116-118).

---

[27] Compartimos en este punto la opinión de ORDOÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. "La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo", *Boletín informativo del Ministerio de Justicia* núm. 1921, julio de 2002, p. 2354.

En conclusión, el objeto de modificación que se propone, además de no acreditarse los presupuestos habilitantes, afecta a una condición esencial para la adjudicación del contrato y equivale a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación, recordando que el artículo 31 de la Directiva de Contratos Públicos de 2004 , permite la utilización de un procedimiento negociado sin publicación previa para adjudicar un contrato público si se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado –deben ser objeto de una interpretación estricta y que la obligación de probar que existen las circunstancias excepcionales que justifican su uso incumbe a quien pretenda ampararse en la excepción- lo que permitiría previa negociación al menos con tres licitadores, no publicar una nueva convocatoria".

Personalmente, entiendo más acorde con la lógica y finalidad de la potestad del *ius variandi* esta interpretación que sea justa, por lo demás, a la doctrina del TJUE que ahora se expondrá.

2.- La doctrina del TJCE sobre los modificados: repercusiones prácticas

En la conocida Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta)[28], el Tribunal aborda la cuestión al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato[29]:

> "*El principio de igualdad de trato entre los licitadores (...) impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores*."

Lo que se pretende con la doctrina de esta sentencia, en palabras del propio Tribunal es que:

> "*todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata*".

---

[28] Los antecedentes de esta Sentencia vienen referidos a un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán, con el objeto de poder responder a las peticiones de zumo de frutas y confituras de los países beneficiarios, y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizará en especie, y más concretamente, en frutas que estaban fuera del mercado como consecuencia de operaciones de retirada, adjudicó varios lotes a la mercantil Trento Frutta. El motivo del recurso interpuesto por la mercantil Succhi di Frutta fue la modificación del aludido contrato, que permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan, aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos (en concreto nectarinas) retirados del mercado en las proporciones de equivalencia que señaló ex novo. A la vista de todo lo anterior, Succhi di Frutta, no resultó adjudicataria, ni recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión que modificaba el contrato. La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 y T-10), CAS Succhi di Frutta SpA/Comisión, estimó el recurso de Succhi di Frutta Spa, manteniendo que se había producido una vulneración de los principios arriba aludidos, por lo que la Comisión interpuso el 5 de diciembre de 2006 recurso de casación frente a la STPI. El TJCE admitió la legitimación de Succhi di Frutta y estimó su recurso. Sobre el contenido de esta relevante Sentencia del TJCE resulta de interés el trabajo de J. VAZQUEZ MATILLA, "La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público", REDA núm. 173, 2009 en especial pp. 536 a 544.

[29] Cuestión que aborda La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008, aunque con una argumentación a mi juicio excesivamente posibilista que parece contravenir la doctrina comunitaria sobre este tema.

Y es que, con arreglo al artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como a su ejecución. Así pues, todos los poderes adjudicadores deben atenerse a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en la ejecución de un contrato público.

En consecuencia, la modificación del contrato no es posible, aun cuando concurran los requisitos habilitantes, cuando no se encuentra entre los pactos del contrato (la previsión del artículo 202.2 LCSP se presenta como principal límite a los modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación)[30]. Sólo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero "objeto del contrato", lo que exige además una cunatificación a los efectos de clacular correctamente el valor estimado del contrato.

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que oculatrái una nueva adjudicación decida directamente. Y para saber en supuestos nos encontarmos en presencia de una nueva adjudicación debe destacarse la reciente STJCE de 19 de junio de 2008 (Pressetext Nachrichtenagentur GMBH) ha declarado que esto no sucede cuando[31]:

> *"El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.*
>
> *2) El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.*
>
> *3) El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular."*[32]

---

[30] Opinión que comparte RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R., "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos", en libro col. La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 413-414. Sin embargo, una interpretación "generosa" del articulado de la LCSP (como la que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008) puede conducir a estas previsiones se comporten como una facultad ilimitada para modificar los contratos celebrados, sin restricción alguna del valor de las modificaciones y con independencia de que las modificaciones alteren o no sustancialmente el objeto del contrato o cualquier otra de las condiciones esenciales de la adjudicación del contrato. Tal posibilidad falseará, en la práctica, la competencia y vulnerará los principios y normas que tienen por objeto garantizar la efectividad de los derechos conferidos por el Tratado y la Directiva de contratos públicos.

[31] La STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset, insite en esta idea recordando su apartado 62 que "toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación".

[32] En esta Sentencia, en definitiva, se confirma que toda alteración sustancial es un nuevo contrato. Es decir, cuando las modificaciones de un contrato en fase de ejecución incumplen los principios de

Sí que existirá sin embargo una nueva adjudicación, cuando las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, STJCE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, apartados 44 y 46)[33].

Asimismo, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada[34]. Y también cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos[35]. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial[36].

En esta línea restrictiva debe reseñarse la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, Wall AG (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main - Alemania). Aun tartandose de una concesión de servicios –excluida del ámbito de aplicación- el TJCE entiende que:

> *"Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa*

---

transparencia e igualdad de trato afectan a la eficacia de la Directiva de contratos públicos por lo que es necesario un nuevo procedimiento de licitación.

[33] La STJCE de 13 de enero de 2005 (Comisión/España) entiende –apartado 43- que el precio es un elemento esencial y que, por ello, "una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato". Máxima en los casos que un incremento elevado viene a quebrar el principio de publicidad y concurrencia –Dictamen Consejo Estado de 21 de octubre de 1992-.

[34] Obviamente, corresponde al poder adjudicador la carga de al prueba a la hora de demostrar que un modificado no altera el sistema general de la licitación o los documentos de la licitación. Así lo declara, entre otras, la STJCE de 15 de mayo de 1995, Comisión/Republica Italiana, en su apartado 23, al exigir una interpretación estricta de las excepciones. Y, especialmente, en la STJCE de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España al afirmar el apartado 48 lo siguiente: "Según la jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C 57/94, Rec. p. I 1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C 318/94, Rec. p. I 1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento."

[35] Esta última interpretación quedaba ya confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

[36] Es el criterio adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 5/2009, de 19 de abril, "Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad".

situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada".

En definitiva, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –en modo entendida como una potestad condicionada- en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta del modificación[37] .

Desde desta perspectiva es como, entiendo, debe analizarse la problemática administrativa recordando que toda autoridad pública tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario[38]. Sólo así cobra sentido el principio de seguridad jurídica en un ordenamiento plural[39]. Por ello, el sistema vigente en la LCSP no parece compatible con el derecho comunitario. De todo lo anterior, cabe concluir que la actual regulación de las modificaciones de los contratos es incompatible con los principios de la contratación pública y en consecuencia con las Directivas que los desarrollan[40].

En todo caso, y en virtud de la jurisprudencia descrita, deberán ser presupuestos habilitantes en el artículo 202.1 LCSP la existencia de causas imprevistas y de interés público y que no se afecte a los elementos esenciales del objeto de la prestación[41]. Cuando se altera la esencialidad se altera el objeto del contrato -que debe ser determinado y cierto, recuérdese- de tal manera que esa "modificación" equivale a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación[42].

Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia[43] -como recuerda la referida Sentencia Succhi di Frutta "un

---

[37] Vid. J.L. MEILAN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ob. Cit., p. 243.

[38] L. MARTIN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarra y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación de la LCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA,"La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público*", Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008 (Ed. J. M. Gimeno), Zaragoza, 2008, pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las SSTJCE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C -165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en la LCSP.

[39] Vid. J. BERMEJO VERA, El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural. Discurso de ingreso Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 6 de abril de 2005,pp. 105-117 (publicado en Cuadernos Civitas, Madrid, 2005).

[40] Vid VAZQUEZ MATILLA, "La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *ob. Cit.*, pp.562 a 564.

[41] Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

[42] Ciertamente el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE, permite la utilización de un procedimiento negociado sin publicación previa para adjudicar un contrato público si se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado (deben ser objeto de una interpretación estricta y que la obligación de probar que existen las circunstancias excepcionales que justifican su uso incumbe a quien pretenda ampararse en la excepción).

[43] Criterio de la diligencia ya apuntado por BARRERO RODRIGUEZ, C., La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, p. 100. También RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R., "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos", en libro col. La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 411-412. Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. Cit, p 1035.

poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación" (apdos. 116-118)-. Y el interés público debe ser real e indubitado[44]. Así, las nuevas necesidades, en principio, deben ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial del contrato[45].

Por lo demás, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurran los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato (la previsión del artículo 202.2 LCSP se presenta como principal límite a los modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación)[46]. Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación[47]. Previsión que se deberá tener en cuenta a efectos de calcular el valor estimado del contrato.

3.- La nueva regulación de los modificados en el Proyecto de Ley de Economía sostenible: la insuficiencia de la reforma.

De lo descrito se constata que la LCSP una regulación muy posibilista con esta práctica, lo que quiebra la doctrina comunitaria sobre esta materia[48]. Conscientes de esta situación -no en vano hay demanda de la Comisión contra el Reino de España por este asunto- el Proyecto de Ley de Economía sostenible (aprobado por el Congreso de Ministros el 19 de marzo de 2010), prevé una sustancial modificación de este régimen[49].

El Proyecto de Ley de Economía Sostenible aborda esta cuestión -quizá por la demanda de la Comisión contra el Reino de España- y, mediante la Disposición Adicional Decimo octava, apartado séptimo, propone introducir un nuevo Título V en el Libro I:Modificación de los contratos -introduce cuatro nuevos preceptos (del 92.bis al 92.quinquies), se reforma el 216 (obras a tanto alzado), el 217 (modificación del contrato de obras), el 226 (modificación del proyecto), el 233 (modificación obra pública), el 272 (contrato de suministro)[50]-, advirtiendo que la modificación del

---

[44] Vid. CEPEDA MORRAS J., YÁNEZ DIAZ C., y Otros, Comentarios a la legislación de contratos del sector público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 719-721.

[45] MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

[46] Opinión dque comparte RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R., Efectos, cumplimiento…." Ob. Cit. Pp. 413-414. Sin embargo, una interpretación "generosa" del articulado de la LCSP (como la que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008) puede conducir a estas previsiones se comporten como una facultad ilimitada para modificar los contratos celebrados, sin restricción alguna del valor de las modificaciones y con independencia de que las modificaciones alteren o no sustancialmente el objeto del contrato o cualquier otra de las condiciones esenciales de la adjudicación del contrato. Tal posibilidad falseará, en la práctica, la competencia y vulnerará los principios y normas que tienen por objeto garantizar la efectividad de los derechos conferidos por el Tratado y la Directiva de contratos públicos.

[47] No se trata de incorporar al pliego una cláusula de estilo, entendiendo que es ésta una mera exigencia formal y que no ha de afectar a la modificación. Es una auténtica regla sustantiva de obligado cumplimiento. Sin previsión expresa no puede existir un modificado.

[48] Vid en este sentido VAZQUEZ MATILLA, "La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público", *REDA*, núm. 143, 2009, pp.529 -564.

[49] Resulta cuando menos cuestionable que se utilice esta norma para la modificación de la LCSP, recientemente modificada en profundidad por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Así lo entiende también en Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen sobre al norma (Dictamen 215/2010).

[50] También se modifican a estos efectos el artículo 20 y 195 LCSP. También se incluye nueva causa de resolución del contrato, como es *"la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I"* –nuevo artículo 206.h) LCSP – lo que conllevará una indemnización al

contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento[51]. Regulación que ha de aplicar todo poder adjudicador, aunque no tenga la consideración de Administración Pública (motivo por el que se ajusta el artículo 20 LCSP). Novedad ciertamente destacada en tanto tradicionalmente, bajo la argumentación de estar sometidos al derecho privado, los poderes adjudicadores no Administración Pública entendían que no existían límites a la posibilidad de acordar modificados[52].

El nuevo artículo 92 bis dice:

"Artículo 92 bis. Supuestos

1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)".

La regulación propuesta pretender limitar la práctica de los modificados tipificando los supuesto con el fin de que cualquier otro distinto se proceda a procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Se insiste en la idea de que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios –solo si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b) LCSP-.

Y para ello el artículo 92 ter desarrolla como se deberá tramitar estableciendo que tal posibilidad se condiciona a que en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden

---

contratista con el 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista – nuevo artículo 208.6 LCSP -.

[51] Cuestión analizada por M. BERNAL BLAY en su ponencia "Reflexiones sobre la fase de ejecución de los contratos: régimen de modificación y pago de los contratos", en el Seminario que sobre Novedades en la contratación pública se celebró en Formigal los días 23 y 24 de septiembre de 2010 (en el marco de las actividades del Proyecto de investigación *Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva* -DER JURI 2009-12116-).Sobre el mismo me remito a la Crónica elaborada por T. MEDINA, publicada en el num. 37 de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 2010.

[52] Una primera valoración sobre el contenido del nuevo régimen proyectado puede verse en el trabajo de MELLADO RUIZ L., "El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible", ob. Cit., pp. 64 a 68.

acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas. Es decir, el pliego no sólo debe prever al posibilidad sino que debe determinar y cuantificar en que y como procede esta modificación. Y aunque nada se dice, lógicamente, como ha insistido el TJUE, serán requisitos sine qua nom elque exista un interés público que lo aconseje, que no se afecte al contenido esencial y que se motive y acredite la causa que ampara finalmente el modificado. Es decir, no hay libertad para el ius variandi en la medida en que esta juego la necesidad de que el objeto de la contratación- prestación sea recognocible. Solo así se garantiza la igualdad de trato tal y como exige la STJUE de 29 de abril de 2004, Succhi di Frutta, en su apartado 110. Es este, por lo demás, el criterio de la Comisión que considera que el régimen de modificación de los contratos tras su adjudicación, tal y como está regulado en la LCSP, no respeta los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en la Directiva 2004/18/CE, puesto que otorga a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos públicos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca[53].

El proyectado art. 92 ter obliga, además, a indicar en los pliegos o en el anuncio de licitación el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, *con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar*. Como bien han apuntado BERNAL BLAY y VÁZQUEZ MATILLA, dicho porcentaje de modificación previsto en el Pliego o en el anuncio deberá haber sido tenido en cuenta previamente, a la hora de calcular el valor estimado del contrato, puesto que, como señala el artículo 76 LCSP, dicho valor debe incluir "cualquier forma de opción eventual" del contrato[54]. El aumento que sufrirá el valor estimado del contrato por la adición del importe del modificado previsto puede repercutir en cuestiones como el procedimiento de adjudicación a utilizar o la publicidad de la licitación.

Sin embargo, y pese a estar la cuestión subiudice ante el TJUE, el texto postula la interpretación de que hay dos opciones para los modificados: los previstos en el Pliego y aquellos que no se han previsto. Este último caso se regula en el articulo 92 quater que indica:

> "Artículo 92 quáter. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación
>
> 1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:
>
> a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.
>
> b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la

---

[53] Noticias de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2009 (IP/09/1752).

[54] BERNAL BLAY en su ponencia "Reflexiones sobre la fase de ejecución de los contratos: régimen de modificación y pago de los contratos", en el Seminario que sobre Novedades en la contratación pública se celebró en Formigal los días 23 y 24 de septiembre de 2010 (en el marco de las actividades del Proyecto de investigación *Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva* -DER JURI 2009-12116-); VÁZQUEZ MATILLA, en "La modificación de los contratos administrativos: …", *ob. cit*, p. 559.

elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

a) cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación

c) cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas

d) cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

e) en cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

Y aquí surgen las dudas de si la reforma se ajusta a la legalidad comunitaria en tanto se permiten modificados no previstos -aunque es cierto que limitados en todo caso aun máximo de diez por ciento al alta y a la baja- y a que exista inadecuación, fuerza mayor o ajuste a nuevos estandares técnicos[55], que no afecten al contenido esencial (dando parámetros para entender cuando concurre tal circunstancia), lo que puede interpretarse como que en los anteriores supuestos –los previstos- sí que podría alterarse el contenido esencial. Tal posibilidad interpretativa, creo, no encaja con la jurisprudencia del TJUE y puede suponer una quiebra del modelo.

En definitiva, aunque es cierto, que la reforma propuesta en España es un notable avance, no parece compatible con las exigencias comunitarias e introduce dudas e inseguridad jurídica, lo que no evitará que la técnica del modificado se utilice como fraude[56]. Es necesaria una regulación

[55] Este concreto supuesto es más bien una condición de ejecución -sobre todo en los de larga duración- ligada a la conocida cláusula de progreso. Vid. QUINTANA LOPEZ, A., «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, núm. 131, 2006, pp 421 a 444.

[56] Un ejemplo –aun siendo mejorable- podría ser la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos de Navarra en su artículo 105 que indica que ninguna modificación puede suponer tarnsformación del objeto y que cuando se supera el lite del cincenta por ciento debe licitarse por procedimiento negociado (no adjudicación directa al mismo licitador). M. RAZQUIN destaca como el modelo de esta Ley Foral limita la potestad del ius variandi, lo que, a su juicio, debe redundar en una mejor preparación del contrato y en evitar la fuga de los principios de la contratación pública (es especial concurrencia e igualdad de trato). “La ejecución de los

clara a partir de las exigencias fijadas por la jurisprudencia comunitaria, en al que sería posible admitir -con una previsión detallada- tanto al cláusula de progreso como de fuerza mayor como supuestos de "ajuste" del propio contrato que no quebrarían el principio de igualdad de trato

Por lo demás, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes[57], que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras y, en general de todo personal responsable ejecución proyecto (debe existir auténtica imprevisibilidad y no mera imprevisión, ni mucho menos error o cambio de criterios políticos[58]).

Por lo demás, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –en modo entendida como una potestad condicionada- en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta del modificación[59].

En suma, para que este una eventual modificación de un contrato público -para todo poder adjudicador, sea o no Administración pública y los entes sometidos a la Ley 31/2007- se atenga a la legalidad comunitaria, amén de la imprevisibilidad y necesaria existencia de interes público (presupuestos habilitantes y auténticos conceptos jurídicos indeterminados), insistimos en que sería preciso que se cumpliera las dos condiciones relativas a que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación (lo que equivaldría a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación); asi como que la posibilidad de incluir una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación[60]. Solo así se da sentido a la finalidad de los principios de la contratación pública –en especial de concurrencia e igualdad de trato-[61].

Por lo demás, es esta una cuestión que se suscitará seguramente ante los Tribunales administrativos creados al amparo de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en tanto compete a los mismos la supervisión de los contratos armonizados en lo relativo a tramitación y adjudicación. Y

---

contratos. Retribución y revisión. La extinción e invalidez de los contratos", en libro colectivo *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, INAP, Pamplona, 2006, pp. 427-428.

[57] Sorprende, cuando menos, que en los supuestos de contratos de colaboración pública privada, donde realmente existe transferencia de riesgos en la construcción, no suele darse los supuestos de modificación contractual. Y ello porque el beneficazo con este cumplimiento correcto es el propio contratista. Por todos, sobre esta ventaja del contrato de CPP en el cumplimento en fase de ejecución, me remito a T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, *La Ley*, Madrid, 2009, pp. 665 y 666. En El Reino Unido se exploró ya esta modalidad contractual a través de los Project Finance Iniciative (PFI), que se configuran como instrumentos para un efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión de sector privado y donde el criterio rector de estas PFI es el "Value for Money" en tanto parámetro de eficiencia. Al respecto resulta de interés el estudio de DE LA CRUZ FERRER , J., "Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido", *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* núms. 2 y 3, 2000, pp. 471-486 así como el trabajo de NIETO GARRIDO, E., "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido", *RAP* núm. 164, 2004, pp. 389-406.

[58] No comparto, por ello, la opinión de JIMENEZ APARICIO, al entender cumplida la imprevisión con la deficiencia del proyecto. *Comentarios…,* ob. Cit., 932 a 933.

[59] Así lo han defendido con buen criterio los profesores SAINZ MORENO ("Prerrogativas de la Administración", en libro colectivo *Derecho de los Contratos Públicos*, Praxis, Madrid, 1996, p. 448) y MARTIN REBOLLO (" Modificación…", ob. Cit, p. 579)

[60] De hecho, en la constestación del Reino de España a la referida Carta de emplazamiento por esta cuestión se aduce que el artículo 202.1 LCSP es de aplicación preferente y prevalece frente a las otras disposiciones de la LCSP en todo caso, lo que impide modificaciones que afecten al contenido esencial del contrato

[61] Insistimos en recordar la doctrina de la STJUE *Succhi di frutta*: "Todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego" (apartado 111). Por lo demás, una programación insatisfactoria o insuficiente por parte del poder adjudicador no es una circunstancia imprevisible a los efectos del Derecho comunitario.

un modificado que no cumpla con estos requerimientos equivale a una adjudicación ilegal por lo que forma parte del objeto del referido recurso.

En suma, urge adaptar correctamente la legislación sobre los modificados en al contratación pública, lo que exige un cambio de cultura en la gestión de los mismos y, sin duda, una mayor profesionalización en su tramitación con elementos de control específicos rápidos y efectivos.

3a sessió

10/12/10

Règim jurídic per a la participació del sector privat en el finançament i la gestió d'infraestructures i serveis públics.
Lluis Cases Pallarès, professor de dret administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona i advocat.

Ens locals i règim jurídic de l'activitat comercial; especial consideració de la venda ambulant.
Joaquim Tornos Mas, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona i advocat.

La incidència en els consorcis locals de la Llei 26/2010, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.
José Luis Martínez-Alonso Camps, Director dels Serveis de Secretaria, Adjunt a la Secretaria General de la Diputació de Barcelona.

La contractació per part de les Administracions Públiques mitjançant empreses de treball temporal.
Consuelo Chacartegui Jávega, professora Titular de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Pompeu Fabra.

Règim jurídic per a la participació del sector privat en el finançament i gestió d'infraestructures i serveis públics

Lluís Cases
Advocat de Garrigues
Professor de Dret Administratiu de l'UAB

Índex

1. La participació privada en el finançament i gestió d'infraestructures i serveis públics. El PPP com a novetat?

2. La configuració jurídica. La diversitat de figures contractuals

3. En especial, el Contracte de Col·laboració Sector Públic Sector Privat

4. La incidència en l'endeutament públic

5. En especial, el risc de disponibilitat

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

1. La participació privada en el finançament i gestió d'infraestructures i serveis públics. El PPP com a novetat?

- Es tracta de fórmules que habitualment es caracteritzen pels següents aspectes:
  - Contractes de llarga durada
  - Participació del sector privat en les diferents fases del projecte: disseny (en ocasions), construcció, conservació, explotació i finançament
  - Aportació financera total, o en tot cas rellevant, del sector privat
  - Assumpció de riscos pel sector privat

1. La participació privada en el finançament i gestió d'infraestructures i serveis públics. El PPP com a novetat?

- Des de fa uns anys, en diversos àmbits apareix el concepte del PPP, Public Private Partnership. Alguns exemples són:

  – Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública, 2004: "..son diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objeto es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio"

  – ONU, Comisión económica para Europa, Negotiation Platform for Public-Privat Partnership in infrastructure projects (2000): "un PPP (Partenariado Público-Privado) puede definirse generalmente como una forma de colaboración o esfuerzo común entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar. Un PPP está configurado por una serie de acuedos interrelacionados entre los agentes públicos y privados por los que se definen sus respectivos derechos y obligaciones según la configuración legal y política existente"

1. La participació privada en el finançament i gestió d'infraestructures i serveis públics. El PPP com a novetat?

- No obstant això, en el nostre ordenament des de fa temps existeixen diverses formes d'intervenció privada en les diferents fases de projectes públics del que actualment s'anomena PPP
  - El contracte de gestió de serveis públics
  - El contracte de concessió d'obra pública

2. La configuració jurídica. La diversitat de figures contractuals

- Actualment, la participació privada es pot concretar en diferents fórmules jurídiques

- Els PPP no tenen una traducció jurídica única en el nostre ordenament jurídic

- En el marc de les administracions públiques, en aplicació de la LCSP, els trobaríem principalment en:
  - Contracte de gestió de servei públic
  - Contracte de concessió d'obra pública
  - Contracte de col·laboració Sector Públic Sector Privat
  - Contractes mixtes

2. La configuració jurídica. La diversitat de figures contractuals

- Però es evident que també la participació privada es pot articular en altres fórmules jurídiques en què també opera el sector públic:
  - Drets de superfície
  - Altres contractes dels poders adjudicadors que no són administracions públiques

- Aquesta diversitat en ocasions genera dubtes sobre com aconseguir el millor encaix de la participació privada

- No es tracten fórmules d'intervenció amb perspectiva financera exclusivament en la fase d'obra de la infraestructura pública:

  - Contracte d'obra amb mètode alemany
  - Contracte d'obra amb mètode alemany seguit d'un crèdit contractista

- És evident que de les anteriors fórmules el CPP és la novetat més rellevant i per això es procedirà a un examen més detallat

3. En especial, el Contracte de Col·laboració Sector Públic Sector Privat

- Les notes del CPP són:
  - És un contracte típic (art. 5)
  - És un contracte administratiu (art. 19)
  - És un contracte subjecte a regulació harmonitzada (art. 13)
- No obstant això, es podria considerar una categoria residual en el sentit que només pot ser utilitzada quan la resta de figures contractuals no poden servir per aconseguir els objectius perseguits per l'administració pública
  - L'article 11.2 LCSP disposa que
    - "Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permitan la satisfacción de las finalidades públicas"

3. En especial, el Contracte de Col·laboració Sector Públic Sector Privat

- L'objecte del CPP fa que pugui ser difícil de distingir d'altres figures contractuals de la pròpia LCSP
- L'article 11 LCSP disposa:
  - "Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fómrulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:
    - La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
    - La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
    - La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrolada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
    - Otras prestaciones de servicios ligados al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado."

3. En especial, el Contracte de Col·laboració Sector Públic Sector Privat

- L'objecte és imprecís. En tot cas, el caracteritzarà que
  - Es tracta d'una actuació global i integrada (no parcial o segmentada)
  - Vinculada amb el servei públic o l'interès general
  - Que no pot ser afrontada en cap de la resta de contractes típics previstos a la LCSP

- Aquesta imprecisió fa que no sigui possible establir amb caràcter general el seu règim jurídic (com succeeix en la resta de contractes típics)
  - En primer lloc, seran d'aplicació les normes generals establertes en els articles 192 a 211 de la LCSP pet tots els contractes administratius
  - En segon lloc, l'article 289 indica que serà d'aplicació al CPP el règim jurídic del contracte típic quin objecte es correspongui amb la seva prestació principal
  - En tercer lloc, sempre que aquest règim jurídic no s'oposi a la seva naturalesa, funcionalitat i contingut peculiar

3. En especial, el Contracte de Col·laboració Sector Públic Sector Privat

- La durada del contracte
  - Ha de tenir una connexió imprescindible amb les prestacions encomanades a l'adjudicatari i, en especial, amb el finançament necessari pel correcte desenvolupament del contracte
  - En general la duració s'estableix en 20 anys, tot i que pot arribar a 40 quan el règim jurídic del contracte sigui el de la concessió d'obra pública

- El contractista assumirà el finançament de les inversions necessàries
  - Per tant, tret que s'assumeixi amb fons propis (absolutament improbable), caldrà accedir al mercat financer per aconseguir els recursos necessaris per la realització del projecte
  - En conseqüència, matisació necessària del principi clàssic del risc i ventura. L'article 199 disposa:
    - "La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado"

3. En especial, el Contracte de Col·laboració Sector Públic Sector Privat

- El repartiment de riscos
  - És un element clau d'aquesta figura contractual
  - Es pot modular el principi essencial de la contractació pública del de risc i ventura
  - Cada projecte requerirà el repartiment adequat de riscos entre l'administració i el contractista per assegurar l'èxit del contracte
  - En funció de la distribució de riscos es valorarà l'opció pels contractistes i per les entitats financeres que donen suport al projecte
  - Serà un element determinant per l'anàlisi de l'impacte del projecte en l'endeutament públic
- L'extensió de les facultats del contractista
  - En tractar-se d'una actuació global i integrada és habitual que el contractista disposi d'una notable extensió de facultats
  - Per això, l'article 11.3 disposa que el contractista podrà assumir la direcció de les obres que siguin necessàries, així com realitzar, totalment o parcialment, els projectes per a la seva execució i contractar els serveis precisos

3. En especial, el Contracte de Col·laboració Sector Públic Sector Privat

- La retribució del contractista
  - L'article 11.4 disposa que
    - "La contraprestación a percibir por el contratista consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato y que podrá estar vinculado al cunplimiento de determinados objetivos de rendimiento"
  - En principi, doncs, la remuneració va a càrrec de l'Administració
  - Però l'article 120 permet que el contractista rebi ingressos de l'explotació de les obres o equips objecte del contracte
  - El preu podrà ser modulat en funció de determinats paràmetres de rendiment

- El clausulat del contracte
  - L'article 120 regula en detall el clausulat del contracte. És una concreció del general article 26, encara que no té un precepte similar a la resta de contractes típics
  - Per tant, previsió que fa possible una participació activa del licitador en una definició del contracte

3. En especial, el Contracte de Col·laboració Sector Públic Sector Privat

- **Actuacions prèvies:**
  - El CPP només és procedent quan es comprova que altres fórmules alternatives no satisfan les finalitats públiques (art. 11.2). Caldrà acreditar-ho en el tràmit d'avaluació prèvia
  - S'ha de justificar que, per la complexitat del contracte, l'Administració no es troba en condicions de definir abans de la licitació els mitjans tècnics o mecanismes jurídics i financers per satisfer les necessitats
  - Anàlisi comparativa amb altres formes alternatives que justifiqui els motius jurídics, econòmics, administratius i financers que recomanen aquesta fórmula de contractació en termes de major valor per preu, de cost global, d'eficàcia o d'imputació de riscos
  - L'anàlisi serà succint a si concorren raons d'urgència no imputables a l'Administració
  - L'avaluació la realitza la Mesa Especial pel diàleg competitiu
  - Aquesta avaluació permetrà elaborar el programa funcional

3. En especial, el Contracte de Col·laboració Sector Públic Sector Privat

- El programa funcional

  - L'elabora l'òrgan de contractació i integra els elements bàsics sobre els que es dialogarà amb els contractistes

  - Identificarà:
    - La naturalesa i extensió de les necessitats a satisfer
    - Els elements jurídics, tècnics o econòmics mínims de les ofertes i
    - Els criteris d'adjudicació

  - Els plecs de clàusules administratives i de prescripcions tècniques seran substituïts pel document descriptiu al que es refereix l'article 165, en el que s'inclourà el Programa Funciona

3. En especial, el Contracte de Col·laboració Sector Públic Sector Privat

- **El procediment d'adjudicació: el diàleg competitiu**

  - Realitzades les actuacions prèvies i elaborat el programa funcional, l'administració pública dirigeix un diàleg amb els candidats seleccionats, prèvia la seva sol·licitud
  - Es publicarà un anunci de licitació per explicitar les necessitats i els requisits per participar en el diàleg competitiu
  - Les empreses seleccionades, no menys de tres, ho seran d'acord amb les regles del procediment restringit pel que fa a criteris de selecció, les sol·licituds i la mateixa selecció
  - El diàleg competitiu ha de servir per determinar els mitjans adequats per aconseguir l'objectiu perseguit amb el contracte
  - El diàleg competitiu s'ha de practicar en situació de plena igualtat entre les empreses participants

3. En especial, el Contracte de Col·laboració Sector Públic Sector Privat

- **El procediment d'adjudicació: el diàleg competitiu (cont.)**

  - La LCSP no defineix com practicar el diàleg competitiu. Les úniques regles són
    - El diàleg es podrà articular en fases successives per reduir progressivament el nombre de solucions a examinar
    - Ha de tenir la durada necessària per a fer-lo possible
    - L'administració ha de declarar tancat el diàleg i invitar a les empreses a presentar la seva oferta final
  - Les ofertes han d'incloure tots els elements requerits i necessaris per a la realització del projecte
  - La valoració de les ofertes es practicarà d'acord amb els criteris indicats en l'anunci de licitació inicial. En funció de les ofertes es determinarà l'oferta econòmicament més avantatjosa
  - Recordar que l'article 167.2 disposa que la determinació de l'oferta s'ha de fer tenint en compte diversos criteris, "sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofertado"

4. La incidència en l'endeutament públic

- No és en si mateixa un element determinant del PPP
- Ens podem trobar amb operacions de participació privada que computen a efectes d'endeutament del sector públic
- Però és evident que la preocupació per l'estabilitat financera, les restriccions al dèficit i a l'endeutament públic constitueixen un impuls decisiu dels PPP
- La terminologia contractual de la participació privada no és determinant per a la seva incidència en l'endeutament
- El règim contractual permetrà la no consolidació sempre que, a més del risc de construcció, el soci privat assumeixi el risc de demanda o de disponibilitat

4. La incidència en l'endeutament públic

- El finançament fora del balanç de l'Administració és compatible amb les diferents alternatives de retribució del soci privat
  - Finançament extrapressupostari: peatge o tarifes satisfetes per l'usuari; risc de demanda
  - Finançament pressupostari diferit vinculat a la demanda: peatge o tarifa a l'ombra (que pot anar acompanyat de peatge o tarifa satisfeta per l'usuari); risc de demanda
  - Finançament pressupostari diferit vinculat a disponibilitat: pagaments per disponibilitat, que normalment serà aplicat quan no és possible relacionar-ho amb demanda

4. La incidència en l'endeutament públic

- Per determinar la no consolidació cal:

  - L'entitat responsable de l'execució i desenvolupament del projecte ha de ser una unitat institucional, pública o privada
  - Aquesta unitat institucional ha d'estar orientada al mercat (regla del 50%)
  - La major part dels riscos han de recaure en la unitat institucional i no en l'Administració

- La gran qüestió és, sens dubte, la tercera

- La infraestructura i l'endeutament associat a la mateixa s'ha d'ubicar en el balanç de l'entitat que suporti la major part dels riscos que es deriven del projecte

4. La incidència en l'endeutament públic

- Aquest examen és evident que es practicarà en el moment inicial en base als documents contractuals

- Però també, i és important, tenir en compte que aquest examen es practicarà durant tota la vigència del contracte

- Cal assegurar la plena efectivitat real de la distribució de riscos prevista contractualment

- Per exemple, si es preveuen penalitats cal assegurar que en cas d'incompliment s'exercitin les potestats públiques i que no siguin previsions només "d'aparador" per a superar un examen inicial

4. La incidència en l'endeutament públic

- Actiu i endeutament no públic si l'operador privat te la major part del risc de construcció i la major part del risc de disponibilitat o, alternativament, de demanda
  - El risc de construcció en aplicació de la legislació de contractes no acostuma a generar problemes en la seva configuració
  - El risc de demanda estarà en funció del tipus de projecte
    - Hi ha projectes que no admeten risc de demanda
    - En alguns projectes el risc de demanda pot generar dificultats en el finançament per a la dificultat de la seva concreció
  - El risc de disponibilitat
    - És l'element que suposa més novetat
    - Pot suposar més dificultats

5. En especial, el risc de disponibilitat

- Aquest risc suposa que la unitat institucional proporcioni el volum/quantitat de servei acordat complint amb els estàndards de disponibilitat, qualitat, seguretat i altres definits contractualment

- L'Administració no ha assumit aquest risc quan té el dret a reduir significativament (via deducció o penalitat) els seus pagament periòdics com qualsevol operador faria en un contracte privat

- Els pagament públics dependran del grau efectiu de disponibilitat dels actius i de la qualitat dels serveis

- L'aplicació de les deduccions ha de ser automàtica i ha de tenir un efecte significatiu sobre el benefici o rendibilitat del soci privat i per tant no ser cosmètica o simbòlica

5. En especial, el risc de disponibilitat

- Els pagaments subjectes a disponibilitat
  - Han de respondre a un màxim anual
  - No variaran per increment de despeses
  - Dependran dels compliment dels estàndards acordats

- Possible resolució contractual en cas d'incompliments de disponibilitat rellevants

- Reequilibri únicament per causes imputables a l'Administració

- El nivell de deduccions sobre els rendiments del contracte no estan definits enlloc però han de ser rellevants

- Equilibri entre risc i capacitat de finançament del contractista

5. En especial, el risc de disponibilitat

- Per tant, la transmissió del risc de disponibilitat requereix que la documentació contractual reculli els següents aspectes:

  – Amb caràcter general, cal evitar que la retribució, independentment de la qualitat de la posada a disposició, sense incórrer en causa de resolució, tingui una entitat que garanteixi la recuperació de la inversió destinada a construir l'obra
  – La retribució por tenir un màxim anual en funció del compliment idoni dels nivells de qualitat requerits
  – Fixació de paràmetres de disponibilitat i nivell per cadascun dels serveis de forma individualitzada
  – Deduccions clares i precises per cada paràmetre
  – Distingir entre penalitats (sancions) i retribucions variables segons el nivell de qualitat: els ingressos poden ser menors sense necessitat de que existeixi incompliment d'obligacions

5. En especial, el risc de disponibilitat

- La transmissió del risc de disponibilitat requereix que la documentació contractual reculli els següents aspectes (cont.):
  - Determinació de la periodicitat (mensual, trimestral, etc) per comprovar el rendiment en qualitat i nivell de disponibilitat
  - Concreció dels imports de les sancions
  - Aplicació automàtica de les deduccions als pagaments a realitzar per l'òrgan de contractació
  - Fixació de deduccions quantitativament significatives respecte dels ingressos a percebre

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- La inversió requerida per a l'execució del projecte pot derivar de:
  - Fons propis
    - Correspondrà al Plec regulador del contracte determinar quin és el nivell de fons propis imprescindible per participar en el projecte
    - A títol informatiu, l'article 5 del Projecte de Llei de captació de finançament en els mercats pels concessionaris d'obres públiques indica que el capitat social de les empreses que pretenguin realitzar operacions de finançament amb les especialitats previstes en el projecte no podrà ser inferior al 10 % de la inversió total que ha de ser realitzada pel concessionari

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- Aportacions de recursos públics
  - L'article 236 LCSP indica que procediran "cuando existan razones de rentabilidad econòmica o social, o concurran singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión"
  - El Plec regulador establirà l'accés a aquests recursos (pot ser possibilitat), tant en la fase de construcció com en la d'explotació

- Aportacions del mercat financer. Ens obliga a analitzar la finançabilitat del projecte

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- El PPP requerirà suport financer que faciliti el desenvolupament de l'actuació d'interès públic
- No és possible pensar actualment en un model en que el soci privat operi únicament amb fons propis i per tant caldrà accedir al mercat financer
- Això requerirà que el projecte, a banda que sigui ajustat a dret, sigui finançable en el moment en que s'intenta col·locar en el mercat financer
- La finançabilitat és un paràmetre certament evolutiu i dinàmic, que estarà en funció del tipus de projecte i dels riscos associats i de les circumstàncies financeres del moment econòmic, de les de l'administració actuant i de les del soci privat
- La finançabilitat, per tant, és en ocasions un paràmetre complex de valorar

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- En general, les operacions de finançament es formularan amb una societat constituïda a l'efecte pel desenvolupament del projecte que tindrà uns fluxos de caixa molt predictibles i estables i que per tant permeten calcular amb cert grau de precisió els ingressos que podrà generar el projecte amb l'objectiu d'estructurar el reemborsament del deute

- En aquestes condicions
  - Es podran ajustar els preus del finançament (ofertes més competitives)
  - Es permetrà l'accés al finançament pel projecte "independentment" de la solvència de l'empresa
  - Es reduirà els riscos de les empreses. Recurs limitat a les empreses
  - Es podrà incrementar "l'apalancament" del projecte
  - Es podrà adequar l'estructura del finançament a l'evolució dels ingressos tot preveient llargs terminis d'amortització
  - En funció de la distribució de riscos anteriorment apuntada pot permetre no tenir impacte en els nivells d'endeutament de l'administració contractant

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- En general els principals temes a tractar són:
  - Sobre la inversió
  - Sobre els drets de crèdit
  - Sobre la durada
  - Garanties de retorn del préstec financer
  - Penalitats i deduccions
  - Resolució del contracte
  - Efectes de la resolució del contracte

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- Sobre la inversió
  - Màxima importància de determinar amb precisió la inversió (és imprescindible per tancar el finançament del projecte)
  - Màxima seguretat jurídica sobre el règim jurídic que aplicaria als instruments d'inverssió i les seves causes
  - Paradoxalment en ocasions trobem restriccions a les modificacions contractuals que impliquin un increment de la inversió ja que suposa una reobertura de l'operació financera

- Sobre els drets de crèdit
  - En cas que el projecte suposi una retribució de l'administració a l'empresa s'adoptaran en paral·lel al contracte amb l'administració i al contracte financer, contractes que tenen per objecte els drets de crèdit derivats del projecte
  - Cessió dels drets de crèdit en favor de l'entitat financera. Previsió de la seva comunicació

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- Pignoració dels drets de crèdit com a garantia
- El projecte de llei 47-1 regula en detall l'emissió per part del concessionari de tota classe d'obligacions, bons o altres valors negociables
- Transcendència del "blindatge" dels drets de crèdit objecte de finançament
- En ocasions, vinculats amb aquests negocis ens podem trobar en autèntiques substitucions de la direcció de l'empresa contractant amb l'administració

• Sobre la durada
  - Òbviament tenint en compte la durada establerta en la legislació aplicable, determinar la durada del contracte en funció de l'estructura de l'operació financera
  - Requeriment de les entitats financeres d'un període temporal (3/5 anys) en que perduri el negoci jurídic més enllà del termini del seu contracte financer
  - Pretensió que l'impacta de les modificacions contractuals no s'afronti amb allargaments de la concessió i que el plec descarti aquesta opció

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- Garanties de retorn del préstec financer
  - Pretensió que el plec habiliti mecanismes per garantir el retorn del préstec financer
  - És evident que en principi és una qüestió privada entre l'empresa i l'entitat financera i que el correcte funcionament de l'operació hauria d'assegurar aquest retorn a l'entitat financera
  - Pensem que és necessària la seva previsió en el plec regulador de l'operació, ja que en cas contrari es podria alterar la concurrència entre empreses
  - De les fórmules previstes a l'article 239 LCSP són més habituals els préstecs participatius atorgats per l'administració i les bestretes reintegrables
  - Possible contradicció amb la voluntat de transmetre riscos a l'operador privat

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- Penalitats i deduccions
  - El plec regulador ha de preveure les actuacions que es consideraran incompliment de les obligacions de l'empresa (greus i lleus) i poden generar la imposició de penalitats
  - En un altra perspectiva, en cas de previsió de retribució per disponibilitat el plec ha de preveure deduccions en la tarifa a preu a ingressar per no assolir els nivells establerts en la documentació contractual
  - Pretensió de limitar l'import de les penalitats. Per exemple, l'article 235.2 LCSP disposa que el límit màxim de les penalitats a imposar no podrà excedir del 10 per 100 del pressupost total de l'obra en la seva fase de construcció. En cas d'explotació, el límit màxim de les penalitats anuals no podrà excedir del 20 per 100 dels ingressos obtinguts per l'explotació de l'obra pública durant l'any anterior
  - En cas de projectes on hi hagi retribució directa de l'administració, pretensió de negar la compensació entre les penalitats i aquests ingressos. Intent de "blindar" els drets de crèdit que es generen (que hauran estat objecte de cessió o qualsevol altre negoci jurídic en favor de les entitats financeres)

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- Resolució del contracte
  - Delimitació de les causes de resolució en el plec i en el contracte (clàusula oberta de l'article 245 k LCSP)
  - Separació entre:
    - Causes que en tot cas generen la resolució del contracte (art. 246.2 LCSP)
    - Causes que poden generar la resolució del contracte
  - Intent de limitar la capacitat d'apreciació de l'administració contractant. Pretensió de reconduir a automatisme la resolució del contracte
  - En ocasions, pretensió de les entitats financeres de tenir capacitat d'instar la resolució del contracte

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- Efectes de la resolució del contracte
  - Importància del termini de mesos per fixar la quantia de l'abonament a l'empresa derivada de la resolució contractual
  - A continuació, rellevància del termini en que es farà efectiu el pagament
  - Distingir entre
    - Causa imputable a l'empresa
    - Causa no imputable a l'empresa
  - És important la màxima concreció en la determinació de les quanties a percebre (coneguda en el llenguatge financer com RPA)

6. La finançabilitat del projecte. Principals qüestions

- En cas de causa imputable a l'empresa confiscació de la garantia i indemnitzar el allò que excedeix a aquesta pels danys i perjudicis ocasionats. En ocasions pretensions de reconduir els danys a l'import de la garantia per aconseguir pretederminar les xifres

- En fase d'inversió l'Administració ha d'abonar l'import de les inversions executades per a la realització de l'objecte del contracte

- Pretensió que el concepte incorpori també les despeses financeres en que incorre el privat per a l'execució de l'objecte; distinció en la fase de construcció i fase d'explotació

- En fase d'explotació caldrà atendre al pla econòmic-financer que haurà de preveure el grau d'amortització de la inversió

ENS LOCALS I RÈGIM JURÍDIC DE L'ACTIVITAT COMERCIAL; ESPECIAL CONSIDERACIÓ DE LA VENDA AMBULANT.

Joaquín Tornos Mas.
Catedràtic de Dret Administratiu
Universitat de Barcelona

I.-INTRODUCCIÓN. 1

II.- EL TEMA COMPETENCIAL. LA COMPETENCIA PARA LA TRANSPOSICIÓN INTERNA DE LA DIRECTIVA 123/2006 Y EL PAPEL DE LAS ORDENANZAS LOCALES. 2

III.- EL TEMA SUSTANTIVO. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA VENTA AMBULANTE Y SU ADECUACIÓN A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS 123/2006. 4

a. La exigencia de autorización. 4
b. La delimitación de los espacios. 6
c. Los requisitos exigibles a los puestos de venta. 6
d. El límite temporal. 6
e. Carácter personal de la autorización. 6

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA VISTA DE ALGUNAS ORDENANZAS VIGENTES. 7

LEGISLACIÓN APLICABLE. 8

Estatal. 8
Catalana. 8

DICTÁMENES. 8

BIBLIOGRAFIA. 8

I.-Introducción.

La transposición de la directiva 123/2006 al ordenamiento interno ha planteado diversas cuestiones de interés, unas de orden formal, y otras de carácter sustantivo. En el caso de la ordenación del comercio interior se han hecho presentes ambas cuestiones. Por un lado se trataba de determinar a qué administración interna le correspondía la transposición y, por otro, se trataba de precisar el alcance del contenido de la directiva sobre la normativa interna existente que regulaba esta actividad .

Si bien la regulación de las grandes superficies comerciales fue desde un primer momento el "gran tema" en materia de comercio interior (el debate se centró sobre la posibilidad o no de seguir exigiendo la licencia comercial o licencia autonómica), la regulación de la venta ambulante o no sedentaria también plantea problemas de notable interés. Como trataremos de exponer a continuación estos problemas afectan tanto a los aspectos formales (qué papel corresponde al Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Ordenanzas locales), como a los sustantivos, esto es, si es posible o no seguir exigiendo autorización para llevar a cabo esta actividad comercial y en su caso qué contenido puede tener esta autorización.

II.- El tema competencial. La competencia para la transposición interna de la Directiva 123/2006 y el papel de las ordenanzas locales.

Los entes locales han regulado de forma tradicional el ejercicio de la venta ambulante, en sus diversas modalidades, dentro de su término municipal. La competencia municipal puede fundarse en varios títulos: artículo 25,2-g, "abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de los consumidores y usuarios", pero también seguridad, ordenación del tráfico, medio ambiente, salubridad pública y la derivada de la titularidad del dominio público sobre el que se ejerce esta actividad.

Ahora bien, la trasposición de la Directiva implicaba también al Estado (como lo acredita la existencia de la ley 17/1996 de ordenación del comercio minorista y el Real decreto 1010/1985 de 5 de junio no declarado básico y simplemente supletorio de la normativa autonómica), y a la Generalidad de Catalunya, que también había intervenido normativamente sobre esta matera (Ley 1/1983 y posterior Decreto legislativo 1/1993 de 9 de marzo, en concreto, artículos 9 a 19). Por ello la transposición de la Directiva devino en un proceso complejo, ya que debían intervenir los tres niveles. Este proceso se trató de ordenar desde el Estado, lo que no impidió un notable retraso en las modificaciones normativas. Por otro lado, los entes locales debieron esperar a las reformas legales, del Estado y la Generalidad, para poder llevar a cabo la reforma de sus ordenanzas. Previamente los entes locales podían a cometer la tarea de evaluación de su normativa para ver el grado de compatibilidad de la misma con la Directiva de servicios en cuanto a los regímenes de autorización y a los requisitos prohibidos evaluables, pero la modificación de las ordenanzas debía esperar a contar con la reforma del marco legal de referencia[1].

Así las cosas el Estado procedió a la transposición de la Directiva 123/2006 en materia de comercio interior a través de la ley 1/2010 de 1 de marzo, modificando el artículo 54 relativo a la venta ambulante, y mediante el Real Decreto 199/2010 de 26 de febrero, por el que se regula la venta ambulante o no sedentaria, que en su disposición final primera se declara norma básica al amparo del artículo 149,1-13 de la Constitución.

La Generalidad, por su parte, entiende que le corresponde la competencia para la transposición de la Directiva en relación a esta matera, al haber asumido como competencia exclusiva la competencia en materia de comercio interior y , en concreto, la submateria "la regulación administrativa de todas las modalidades de venta" (artículo 121,1-b del Estatuto de Autonomía).

El conflicto, por tanto, estaba servido. Sobre esta cuestión se pronunció el Consell de Garanties Estatutàries en virtud del requerimiento que le formuló el Gobierno de la Generalidad con carácter previo al posible planteamiento de un conflicto positivo de competencias (Dictamen 10/2010 de 22 de junio).

El Consell, partiendo de la tesis según la cual la modificación operada en el seno del bloque de la constitucionalidad – en virtud de la reforma estatutaria- supone un cambio en el canon de la controversia competencial (FJ 2)[2] termina por afirmar que el Real Decreto examinado invade las competencias de la Generalidad en materia de comercio interior. Los argumentos concretos que llevan a la decisión final son los siguientes:

a. El hecho de estar ante la transposición de una Directiva comunitaria no supone reconocimiento alguno de competencia a favor del Estado. Así lo ha reconocido una abundante jurisprudencia constitucional- leading case STC 79/1992 de 28 de mayo) y, en la actualidad, el artículo 113 del Estatuto de Autonomía.

---

[1] Sobre esta problemática, vid. Torres, F. Premisas para una correcta transposición de la Directiva de servicios al ordenamiento local, en Anuario de Gobierno local, Fundación Democracia y Gobierno local- IDP, 2009, y Aplicación práctica de la Directiva de servicios en las ordenanzas locales. Formularios en las fases de identificación y evaluación de la normativa local afectada y sobre simplificación administrativa y ventanilla única, Revista electrónica CEMCI, nº 3, abril-junio 2009..

[2] Tesis que ha sido rebatida de plano por el Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2010

b. El Tribunal Constitucional en su sentencia 124/2003 de 19 de junio afirmó que la competencia estatal ex artículo 149,1 y 8 CE no impide la regulación autonómica de ciertas modalidades de venta, y en concreto la ambulante, en virtud de la competencia autonómica en materia de comercio interior, siempre que la regulación autonómica se ciña al espacio de las relaciones jurídico-públicas.

c. El ejercicio de la competencia estatal en materia de ordenación general de la económica, artículo 149,1-13 CE, sólo es posible cuando se trata de una intervención necesaria para la protección de los intereses económicos generales por los que debe velar el Estado. La regulación de la venta ambulante no afecta a los intereses generales del Estado.

d. En su caso el Estado debería haberse limitado a dictar una norma básica justificando la exigencia de autorización para ejercer la venta ambulante (lo que se correspondería con el artículo 54 de la ley 1/2010), pero no puede admitirse un reglamento tan desarrollado como el Real Decreto 199/2010. El reglamento no respeta el alcance de lo básico.

La conclusión es clara: "hem de concloure, per tant, que el Reial Decret 199/2010 no troba empara dins l'article 149,1-13 i constitueix una clara invasió de la competència exclusiva de l'article 121,1-b EAC, per la qual cosa és contrari a l'ordre constitucional i estatutari".

De acuerdo con el criterio del Consell de Garanties Estatutàries el Gobierno de la Generalidad planteó conflicto de competencia, que se tramita ante el Tribunal Constitucional como conflicto 5344-2010, cuya ponencia corresponde al Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps, y que ha sido deferido a la Sala Primera.

Nos encontramos, pues, con dos normas en principio válidas y vigentes. Por un lado el Real Decreto 199/2010 de uno de marzo (norma declarada básica), y por otro, el Decreto ley catalán 1/1993 de comercio interior, modificado en parte por el Decreto legislativo 3/2010 de 5 de octubre, para su adaptación a la Directiva de servicios[3].

La norma estatal, en la medida en que es un reglamento, regula de forma detallada el ejercicio de la venta ambulante en el marco de lo dispuesto por el artículo 54 de la ley 1/2010. Define las modalidades de venta ambulante, establece el régimen de la autorización, sus características, el procedimiento para el otorgamiento de la autorización, los registros y el régimen de inspección y sanción. Con respecto a la normativa anterior (el Real Decreto 1010/1985, no básico), como dice su exposición de motivos "se suprimen los requisitos de naturaleza económica y los criterios económicos de otorgamiento de la autorización, entre otros, aquellos que supeditaban el otorgamiento de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, o a que se evaluaran los efectos económicos posibles o reales de la actividad o a que se hiciera una apreciación de si la actividad se ajustaba a los objetivos de programación económica establecidos por la autoridad competente". En este mismo sentido, el artículo 5,3 establece que "en ningún caso el procedimiento podrá exigir el deber de residencia en el municipio respectivo como requisito de participación".

La norma catalana, un Decreto legislativo por el que se modifica en parte la ley 1/1993, se limita a establecer el nuevo marco general de la regulación de la venta ambulante, suprimiendo algunas de las exigencias anteriores contrarias a la Directiva (la supresión de los apartados 14,2 y 18,2 de la ley de 1993)[4]. Por lo que se refiere a la nueva autorización, el Decreto legislativo da nueva

---

[3] La exposición de motivos del Decreto legislativo 3/2010 dice: "el Capitol 5, relatiu als serveis comercials i publicitaris, modifica el text refós sobre comerç interior, aprovat pel Decret legislatiu 1/1993 de 9 de març…pel que fa al text refós només s'admet el manteniment del regim d'autorització en determinats tipus de venda quan ho justifiquen raons imperioses d'interés general. D'acord amb aquest principi, se suprimeix el regim d'autorització per a la venda domiciliaria i per a la venda a distància, i es simplifiquen els requisits per a dur a terme determinades activitats. L'afectació de l'espai públic i la limitació del nombre de prestadors que en deriva, comporta el manteniment del regim d'autorització en la venda no sedentària. Atès que el nombre d'autoritzacions és limitat, s'estableix que no es poden atorgar per temps indefinit i es preveu un termini màxim que es considera suficient, en tot cas, per permetre l'amortització de les Inversions i una remuneració equitativa dels capitals invertits".

[4] El párrafo suprimido del artículo 14 limitaba los días en los que se podían autorizar nuevos mercados periódicos, y el párrafo segundo del artículo 18 también suprimido establecía que para autorizar

redacción al artículo 10 de la ley de 1993, reconociendo la posibilidad de exigir autorización y de delimitar las zonas en donde se podrá llevar a cabo la actividad, pero contiene a su vez una amplia remisión a las ordenanzas locales. No parece necesaria la interposición de una norma reglamentaria autonómica entre el Decreto legislativo y la ordenanza local.

Así las cosas se suscita el problema de determinar cuál es la norma aplicable en Cataluña. El ente local que debe aprobar su ordenanza ¿ está sujeto a lo que establece el Real Decreto básico 199/2010? ¡Puede entender que este Real Decreto ha sido desplazado por el contenido del Decreto legislativo 3/2010 de 3 de octubre, y que sólo se debe sentir vinculado por lo que establece esta norma autonómica?.

Si atendemos al contenido de ambas normas lo cierto es que no existen diferencias sustanciales. Ambas normas reconocen la posibilidad de exigir una autorización, exigen la fijación de un plazo (el Decreto legislativo lo concreta en un máximo de 8 años), la revocación por incumplimiento de la normativa. Las diferencias se centran fundamentalmente en la extensión de la normativa, ya que como hemos señalado la norma estatal trata de agotar la regulación, dejando un escaso margen a la norma básica autonómica de desarrollo (que de hecho debería poder dictarse tomando como única norma básica el artículo 54 de la ley 1/2010), mientras que la normativa autonómica, la ley de 1993 modificada en parte por el Decreto legislativo 3/2010, dejan un mayor margen a la ordenanza.

Pues bien, ante esta duplicidad de normas válidas y vigentes entendemos que el único criterio legal para resolver este conflicto de normas es el que nos ofrece el principio de prevalencia del derecho estatal establecido en el artículo 149,3 de la Constitución. Este criterio debe entenderse que sólo es aplicable por el operador jurídico, la administración o el juez ordinario, no por el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional, si se le plantea el conflicto, lo resolverá atendiendo únicamente al principio de competencia, pero el operador jurídico que no puede resolver el conflicto de forma definitiva, debe actuar al seleccionar la norma aplicable según algún criterio general, y este es el de la prevalencia.

Por tanto, mientras no se declare la nulidad del Real Decreto 199/2010, esta es la norma básica válida que debe respetar la ordenanza local. En la medida en que no exista contradicción, también será aplicable la legislación catalana.

III.- El tema sustantivo. La nueva regulación de la venta ambulante y su adecuación a la Directiva de servicios 123/2006.

Una vez conocemos cual es la norma aplicable, procede examinar su contenido, ya que las ordenanzas municipales deberán adecuarse a la nueva regulación estatal básica y autonómica.

a. La exigencia de autorización.

Una nota característica fundamental del nuevo régimen de la venta ambulante, con la que coinciden el legislador estatal y autonómico, es que será posible exigir una autorización para el ejercicio de esta actividad. Esta previsión es importante ya que según el criterio general de la Directiva 123/2006, y la ley estatal 17/2009[5], la autorización es un control previo que sólo puede

---

determinadas variedades de venta ambulante se tendría en cuenta el nivel de equipamientos comerciales en la zona, así como la adecuación de la venta a la estructura de consumo y compra de la población, es decir, las pruebas económicas que expresamente prohibe la Directiva 123/2006.

5 Artículo 5 de la ley 17/2009: " La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen.

a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

exigirse de forma excepcional y motivada. En la reforma de la legislación de comercio llevada a cabo tras la Directiva 123/2006 las autorizaciones se han reducido. Así, en materia de apertura de establecimientos comerciales, las leyes autonómicas han limitado con carácter general la exigencia de la licencia comercial a los grandes establecimientos, tratando de fundar este control previo en razones urbanísticas y medioambientales.

La exigencia de una autorización para la venta ambulante puede parecer, en un primer momento, contraria a la Directiva, ya que difícilmente se puede justificar la existencia de alguna de las razones imperiosas de interés general a las que alude la Directiva. Ahora bien, lo que ocurre es que esta autorización no responde a los principios de la licencia de actividad, si no a las reglas propias del derecho de bienes de los entes locales, concretamente al uso privativo del dominio público.

Como ya hemos expuesto la justificación de esta autorización en el Decreto legislativo 3/2010 se encuentra en "l'afectació de l'espai públic i la limitació del nombre de prestadors que en deriva". En el Real Decreto 199/2010, tras reconocerse el carácter excepcional de las autorizaciones en las actividades de servicios de distribución, se añade que "en lo relativo al ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria se ha considerado conveniente su mantenimiento, así como la introducción de ciertas modificaciones, que a continuación se expondrán, en la medida que este tipo de actividad comercial requiere del uso de suelo público que debe conciliarse con razones imperiosas de interés general como el orden público, la seguridad y la salud pública".La referencia final, en este segundo caso, a las "razones imperiosas de interés general", no altera el hecho de que la razón fundamental para poder exigir la autorización es que se trata del uso privativo de suelo público.

Esta justificación de la autorización queda confirmada en el artículo 4 del Real Decreto 199/2010. Este precepto, al regular el procedimiento para otorgar la autorización, se remite a lo dispuesto en los artículos 86 y siguientes de la ley 33/2003 de 3 de noviembre de patrimonio de las administraciones públicas[6], y subsidiariamente al capítulo segundo de la ley 17/2009. Por tanto, se reconoce que la autorización se funda en el régimen propio del derecho de bienes[7], y que el procedimiento de autorización a través de concurrencia competitiva se explica por la existencia de un número limitado de autorizaciones posibles[8].

Este hecho no excluye que pueda exigirse el cumplimiento de otros preceptos normativos (por ejemplo de la normativa sanitaria, artículo 3,4 del Real Decreto 199/2010) y que con este fin se pueda condicionar la autorización a la presentación de determinada documentación o cumplimiento de cargas (artículo 5 del Real Decreto 199/2010). Pero estas exigencias no se articulan a través del control previo autorizatorio, sino a través de una declaración responsable (

---

b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y
c) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

[6] El artículo 86,2 de la ley 33/2003 establece que "el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización". El artículo 92 establece el régimen de concurrencia competitiva si el número de autorizaciones está limitado.

[7] Sobre los criterios para fijar la cuantía de la tasa por ocupación del dominio público local en caso de venta ambulante vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2010, RJ 2010/1380.

[8] Por tanto, deberá estarse también a lo que establezca al respecto el reglamento catalán de bienes de los entes locales.

artículo 5,1 del Real Decreto 199/2010: “la presentación de la solicitud requerirá a los interesados, únicamente, la firma de una declaración responsable en la que manifieste…”).

b. La delimitación de los espacios.

La autorización se otorgará a través de un procedimiento de concurrencia competitiva dado que, como ya hemos dicho, el número de autorizaciones está limitado por razones de espacio y de días de venta. Tanto la normativa estatal como la autonómica atribuyen a los Ayuntamientos la tarea previa de fijar dónde y cuándo se podrá llevar a cabo la venta ambulante en sus diversas modalidades. Esta delimitación determinará el número de autorizaciones posibles.

Lo que no está claramente resuelto es si existe o no una obligación municipal de permitir la venta ambulante en su término municipal y, en su caso, con que extensión territorial y temporal. Si la venta ambulante es una actividad comercial puede someterse a control previo por razón de la utilización del dominio público, pero cuestión diversa es si puede llegar a prohibirse indirectamente al no habilitar este espacio. En tanto actividad comercial podría sostenerse que está amparada por el principio de libre iniciativa económica y por la Directiva de servicios. Podría concluirse que existe una amplia discrecionalidad municipal para fijar el dónde y cuándo, pero la solución debe ser razonable y no debe impedir de hecho el ejercicio de esta actividad.

La discrecionalidad municipal se reduce algo en el Real Decreto 199/2010 en tanto establece que “los puestos de venta ambulante o no sedentaria no podrán situarse en los accesos a edificios de uso público, establecimientos comerciales e industriales , ni en lugares que dificulten el acceso y circulación”. El Decreto legislativo catalán 1/1993 es en este punto mucho más abierto, ya que se limita a decir que “los Ayuntamientos, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1 de esta ley, tiene que fijar el número de licencias de vendedores no sedentarios disponibles para cada una de las modalidades establecidas en el artículo 13 y determinar los días y el horario correspondientes para el ejercicio de la actividad”.

c. Los requisitos exigibles a los puestos de venta.

El ejercicio de la actividad autorizada se somete a una mínima regulación, consistente en determinar las condiciones de los puestos de venta, fundamentalmente por razones de salubridad pública. Así, el artículo 1 del Decreto legislativo catalán exige que este tipo de venta se lleve a cabo en “puestos de venta desmontables o transportables – aparece aquí el régimen de los bienes públicos-, teniendo siempre en cuenta que su instalación tiene que ofrecer las condiciones de seguridad y de higiene exigidas por la normativa específica vigente. Los productos a la venta no pueden exhibirse en ningún caso directamente sobre el suelo o pavimento, y siempre que sus características de volumen y de peso lo permitan deben situarse a una altura no inferior a ochenta centímetros respecto al nivel del suelo”.

d. El límite temporal.

Al tratarse de un régimen de concurrencia competitiva se impone un límite temporal a la autorización y se impiden renovaciones que favorezcan a los anteriores titulares. Así se establece de forma clara en los artículos 10,4 y 5 del Decreto legislativo catalán. La norma catalana fija un plazo máximo de ocho años. Por su parte el Real Decreto 199/2010 no fija un plazo concreto pero si un criterio general para determinar el plazo (artículo 3,1), de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de la ley 1/2010. Este artículo dispone que “la duración de las mismas – las autorizaciones- no podrá ser por tiempo indefinido, debiendo permitir, en todo caso, la amortización de las inversiones y una remuneración equitativa de los capitales invertidos”.

e. Carácter personal de la autorización.

El Decreto legislativo catalán, artículo 17, y el Real Decreto estatal, artículo 3,2, difieren en cuanto a la naturaleza de la autorización. Para la norma catalana se trata de una autorización personal y, por tanto, no transmisible, si bien se admite que ejerzan la actividad autorizada, en nombre del comerciante, su cónyuge y sus hijos, así como los empleados que estén dados de alta en la Seguridad Social por cuenta del titular comercial. La norma estatal, por el contrario, afirma que la autorización será transmisible previa comunicación a la administración competente.

A la vista de lo expuesto puede concluirse que las Ordenanzas pueden establecer un régimen de autorización basado en la normativa de dominio público, con las especialidades propias de la normativa singular en materia de venta ambulante. El ejercicio de la actividad podrá a su vez quedar condicionado por el cumplimiento de otras obligaciones o cargas. En la medida en que estas otras condiciones o cargas no estén amparadas en las razones propias del régimen del uso privativo de los bienes no podrán condicionar el otorgamiento o denegación de la autorización, y sólo podrán exigirse a través de la técnica de la presentación de una declaración responsable y la posterior comprobación de su cumplimiento. La autorización deberá, por tanto, otorgarse o denegarse en razón de los principios propios del régimen de los bienes municipales.

En todo caso la administración municipal mantiene sus potestades de inspección, sanción y revocación de la autorización por incumplimiento de los mandatos normativos y de las condiciones impuestas en la autorización.

IV. Algunas consideraciones a la vista de algunas ordenanzas vigentes.

A modo de un test muy simple, dado que hemos limitado el análisis a tres ordenanzas, podemos avanzar algunas consideraciones sobre los problemas que pueden plantear las ordenanzas actualmente vigentes y aún no adecuadas a la Directiva de servicios y a la normativa interna de transposición de la misma. Estas ordenanzas de referencia son las de los Ayuntamientos de San Adriá del Besos, Cornellá y la normativa de regulación de las actividades de venta no sedentaria y/o otras actividades en la Avenida del Portal del Ángel de Barcelona.

Pues bien, algunos de los preceptos de estas normas locales plantean dudas sobre su adecuación al nuevo marco normativo, si bien creemos que los problemas de adaptación al nuevo régimen legal no son excesivos. Veamos algunos ejemplos extraídos de estas tres normas locales:

a. Se establece la duración limitada a un año, con renovaciones automáticas. Esta duración no se compadece con un régimen de concesión en pública concurrencia y con la voluntad de favorecer nuevos concursos una vez transcurrido el plazo.

b. Se prohíbe la venta de determinados productos, o se condiciona la venta a unos determinados productos. De esta forma se impone un límite al contenido de la autorización que no se justifica por razones de utilización del suelo público.

c. La autorización se concede a precario. No parece razonable que una autorización que se otorgue por concurrencia competitiva se conceda a precario. Las causas de revocación deben estar fundadas en incumplimientos del autorizado o modificaciones normativas.

d. Se exige como condición para otorgar la autorización la acreditación de determinadas condiciones que podrían pasar al régimen de declaración responsable. Artículo 7,5 de la ordenanza de San Adriá del Besos.

e. Establecer que en caso de vacante de una parada tendrán preferencia para su ocupación los vendedores del mismo mercado.

f. Establecer que para obtener la autorización tendrán preferencia las tiendas situadas en la zona del mercado.

e. Establecer el sorteo como procedimiento de adjudicación de las autorizaciones.

g. Establecer los siguientes criterios para otorgar la autorización: “l’autorització d’establiments de venda no sedentària té caràcter excepcional. Les sol·licituds que s’hi presenten seran valorades segons la utilitat pública de l’activitat que s’hi porti a terme, la compatibilitat amb els usos i activitats de la zona i l’adequació de l’estètica de la instal·lació a l’entorn”. Normas de Portal de l’Angel”.

h. Establecer la participación de representantes del sector en los procedimientos de autorización.

En todo caso debemos reconocer la dificultad de adecuar un sector tan singular como la venta ambulante, con sus diferentes modalidades, a los marcos reguladores generales. Las ordenanzas están llamadas a cumplir esta difícil tarea.

Legislación aplicable.

Estatal.

Ley 17/1996 de 15 de enero de ordenación del comercio minorista.

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

Ley 1/2010 de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista

Real Decreto 199/2010 de 26 de febrero por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria (planteado conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional).

Catalana.

Decret legislatiu 1/1993, de 9 de març, sobre comerç interior, pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de la Llei 1/1983, de 18 de febrer, i la Llei 23/1991, de 29 de novembre.

Llei 5/2010 de 26 de març de bases de delegació en el Govern per a l'adequació de diverses normes amb rang de llei a la Directiva 123/2006.

Decret legislatiu 3/2010 de 5 d'octubre per a l'adequació de normes amb rang de llei a la Directiva 123/2006.

Dictámenes.

Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya 10/2010 de 22 de junio, sobre el Real Decreto 199/2010 de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria.

Bibliografia.

BULLEJOS CALVO.- Aplicación práctica de la Directiva de servicios en las ordenanzas locales. Formularios en las fases de identificación y evaluación de la normativa local afectada y sobre simplificación administrativa y ventanilla única. Revista electrónica CEMCI, nº 3, abril-junio 2009.

MOLINA FLORIDO.- La Directiva de servicios y las entidades locales, "El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados", nº 15, octubre 2009.

MORA BOCANEGRA.- La transposición de la Directiva Bolkestein, la libertad de establecimiento y las competencias de las entidades locales, "El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados", nº 4 de 2009.

RODRIGUEZ FONT.- Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local, en Anuario del Gobierno local, Fundación democracia y gobierno local-IDP, 2009.

TORRES COBAS.- Premisas para una correcta transposición de la Directiva de servicios al ordenamiento local, en Anuario del Gobierno local, Fundación democracia y gobierno local-IDP, 2009.

Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales, en "Revista electrónica del CEMCI, nº 4, julio-septiembre 2009.

La incidència en els consorcis locals de la Llei 26/2010, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya

José Luis Martínez-Alonso Camps
Director dels Serveis de Secretaria,
Adjunt a la Secretaria General de la Diputació de Barcelona, i
Professor associat de la Universitat de Barcelona

ÍNDEX

1. Introducció..... 4
1.1. Àmbit d'aplicació de la L 26/2010 i objecte.....4
1.2. Títols competencials i aplicació al cas dels consorcis en què hi participen els ens locals (EAC/2006).....4

2. Concepte, naturalesa i règim jurídic consorci locals.....10
2.1. Regulació anterior a la L 26/2010.....10
2.2 Regulació de la L 26/2010.....11

3. Estatuts i constitució consorcis.....12
3.1. Regulació anterior a la L 26/2010.....12
3.2. Regulació de la L 26/2010.....14
3.3. Conclusions sobre novetats en relació amb estatuts i constitució consorcis 18

4. Potestats administratives.....19
4.1. Regulació anterior a la L 26/2010.....19
4.2. Regulació L 26/2010.....20

5. Relacions entre el consorci i les administracions matriu.....23
5.1. Àmbits.....23
5.2. Coordinació i assistència des d'administració/ns matriu/s al consorci..23
5.3. El consorci com a mitjà propi de les administracions matriu.....27

6. Personal.....30
6.1. Previsions anteriors a la L 26/2010.....30
6.2.Previsions L 26/2010.....31

7. Possibilitat de crear o participar en societats mercantils o altres ens instrumentals.....32
7.1. Previsions anteriors a la L 26/2010.....32
7.2.Previsions L 26/2010.....32

8. Règim funcionament òrgans col·legiats.....33

9. Recapitulació.....36

10. Bibliografia.....37

1. INTRODUCCIÓ

1.1. ÀMBIT D'APLICACIÓ DE LA L 26/2010 I OBJECTE

Article 3

Àmbit d'aplicació

Aquesta llei és aplicable a les ***administracions públiques*** *de Catalunya* ***següents:***

a) L'Administració de la Generalitat.

b) Les entitats que integren l'Administració local.

c) L'Administració pròpia d'Aran.

d) Els organismes autònoms i les entitats públiques dependents o vinculats a qualsevol de les administracions públiques catalanes quan exerceixen potestats administratives.

e)Els consorcis en què participen majoritàriament les administracions, *els organismes i les entitats públiques inclosos en aquest article,* ***i també les entitats públiques que depenen dels consorcis o hi estan vinculades, quan exerceixen potestats administratives.***

f) Les entitats creades per llei del Parlament no dependents ni vinculades a l'Administració de la Generalitat quan exerceixen potestats administratives.

Article 1

Objecte

*1. **L'objecte** d'aquesta **llei** és:*

*a) **Regular el règim jurídic de les administracions públiques de Catalunya i regular les especificitats del procediment administratiu que els són pròpies.***

b) Regular el procediment d'elaboració de disposicions reglamentàries en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat.

a) Conseqüències

- Aplicació L 26/2010 a les entitats locals en constituir consorcis (regulats art. 113-115).

- Consideració com a administracions públiques dels consorcis participats majoritàriament per ens públics i malgrat que no es defineix quan hi ha participació majoritària.

- Aplicació als consorcis participats majoritàriament per ens públics, i a les seves entitats dependents o vinculades.

b) El criteri de que la llei s'aplica *quan exerceixen potestats administratives*; la seva reiteració i relativa indefinició:

Reiteració L 30/1992 (2.2): L 38/2003 (subvencions, art. 3.2, inclusió EPE i altres, *potestat subvencionadora*); LFRJACAL Rioja /2005 (subjecció EPE);

Protecció dades – RD 1720/2007 (art. 5.1.m, fitxers titularitat pública); i RD 707/2002 (Inspecció de Treball, inclusió EPE); entre altres.

Relativa indefinició; relació potestats:

- L 7/1985, art. 4 (autoorganització, reglamentària, etc.)
- Vinculades amb la contractació administrativa: potestats (prerrogatives) d'interpretació i modificació (LCSP, 194).
- Creació i organització del servei, control i direcció, i fiscalització en gestió directa (TRLCat/2003, 246, 251 i 259, respectivament).
- Altres

La concreció del Consell de Garanties Estatutàries (Dictamen 17/2010, 17.7), en relació amb el projecte de llei:

"... la diversa tipologia d'organismes, ***consorcis*** *i entitats de dret públic, a banda de la subjecció a les seves respectives normes de cració i regulació, s'hauran de sotmetre preceptivament a la legislació objecte del Dictamen quan* ***actuïn exercint potestats de naturalesa administrativa****. És a dir, quan* ***exerceixin*** *algun* ***poder públic*** *atribuït directament per una norma de l'ordenament jurídic, habitualment una llei i, de manera excepcional, un reglament,* ***que implica una posició de preeminència administrativa com****, per exemple,* ***les funcions d'inspecció i de sanció per citar les més rellevants i freqüents, que afecten terceres persones****" (pàg. 17).*

"...Així mateix, afirmem que les lletres d, e i f del mateix precepte (el 3), *en relació amb les administracions públiques que són llistades com a subjectes d'aplicació del Projecte de llei, no són contràries a l'Estatut"* (pàgs. 18 i 19).

Mateixa clàusula que la L 30/11992 per sotmetre a la seva aplicació les *Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de la Administraciones Públicas* (art. 2.2), per bé que aquest precepte afegeix: *somentiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación*; conseqüències:

- En les EPE i EDPDP s'aplicarà el dret privat.

- En altres s'aplicarà el dret públic com és el cas de la majoria d'Administracions independents i crec que també el dels consorcis, com a mínim el locals.

- Per tant, la L 26/2010 entenc que s'ha d'aplicar als consorcis locals sempre, no sols quan exerceixin potestats administratives.

1.2. TÍTOLS COMPETENCIALS I APLICACIÓ AL CAS DELS CONSORCIS EN QUÈ HI PARTICIPEN ELS ENS LOCALS (EAC/2006):

Art. 159.1 atorga Generalitat, en matèria de règim jurídic i procediment administratiu, competència per regular **normes de procediment administratiu que derivin de particularitats dret substantiu de Catalunya** o de les especialitats de l'organització de la Generalitat.

Art. 160.1 correspon a Generalitat **competència exclusiva** en **matèria de règim local**, que, respectant principi d'autonomia local, inclou:

- règim de les relacions entre les institucions de la Generalitat i els ens locals,
- també les **tècniques d'organització i de relació per a la cooperació i la col·laboració entre els ens locals**
- **entre aquests i l'Administració de la Generalitat, incloent-hi les diverses formes** associatives, mancomunades, convencionals i **consorciades**.

Art. 2 que configura el **sistema institucional de la Generalitat**, del qual **formen part també les administracions locals de Catalunya**, aquesta **llei** és **aplicable** a totes les administracions públiques catalanes.

2. CONCEPTE, NATURALESA I RÈGIM JURÍDIC CONSORCIS LOCALS

2.1. REGULACIÓ ANTERIOR A LA L 26/2010

Consorcis: entitats públiques de caràcter associatiu i voluntari, que poden constituir els ens locals amb altres administracions públiques per gestionar serveis públics i per a altres finalitats d'interès comú, o amb entitats privades sense ànim de lucre que tenen finalitats d'interès públic concurrents amb les dels ens locals.

Regulació: L 7/85 (87), TRLCat (269-272) i ROAS (312-324).

Naturalesa consorci: consideració d'entitat local si tenen aquest caràcter la majoria dels ens consorciats i les competències exercides, i així consta als estatuts; STS 30.4.1999 i 18.9.2001.

Règim jurídic: públic, però cal precisar-lo: local, autonòmic o general, per determinar la legislació aplicable.
Els problemes d'indefinició o del règim jurídic *per acumulació*.

2.2. REGULACIÓ DE LA L 26/2010

"Article 113. Caràcter

1. *Les **administracions públiques** de Catalunya poden constituir consorcis, o bé adherir-se a d'altres ja existents, **amb altres administracions**, **organismes o entitats públiques**, o amb **entitats privades sense ànim de lucre**, que tinguin finalitats d'interès públic concurrents.*

2. *Els consorcis són **entitats de dret públic**, tenen **caràcter associatiu**, naturalesa **voluntària**, personalitat jurí-dica pròpia i capacitat per a crear i gestionar serveis i realitzar activitats i obres en els termes que estableix la normativa aplicable a les administracions, organismes o entitats públiques consorciats."*

* Reiteració característiques.

3. ESTATUTS I CONSTITUCIÓ CONSORCIS

3.1. REGULACIÓ ANTERIOR A LA L 26/2010

a) APROVACIÓ CONSTITUCIÓ I ESTATUTS (ROAS 313 i 160; L 7/85, 47.2.g)

Remissió al procediment de creació dels serveis, trifàsic:

- Aprovació inicial constitució i estatuts del consorci pel Ple (majoria absoluta).

- Informació pública 30 dies hàbils, amb anunci a BOP, DOGC i taulers d'anuncis Corporacions; simultàniament audiència interessats i entitats.

- Aprovació definitiva, amb resolució de suggeriments o reclamacions; elevació a definitiva de l'inicial (previsió expressa en aquest acord i aplicació 49 L 7/85 i 178.1.c TRLCat/2003).

- Publicació estatuts BOP i referència DOGC.

- Tramesa a Generalitat acords i estatuts i inscripció Registre d'ens locals de Catalunya.

Problemàtica de la tramitació en paral·lel per diversos ens locals i, eventualment, Generalitat.

- Discrepàncies entre els textos; informacions públiques no compassades en el temps; etc.

- Asimetria aprovació Generalitat: acte únic (L 13/1989, 55.1).

b) CONTINGUT ESTATUTS CONSORCIS (ROAS, 316):

- Ens públics i privats que en formen part.
- Denominació i domicili
- Finalitats, caràcter i duració
- Òrgans de govern, forma de designació dels representants i règim de funcionament
- Recursos econòmics, pressupost i comptes.
- Modificació estatuts i separació membres
- Dissolució i liquidació
- Altres (potestats, règim jurídic, personal, patrimoni i contractació).

c) NATURALESA JURÍDICA DELS ESTATUTS DELS CONSORCIS

Tema controvertit

Tesi de la naturalesa normativa dels estatuts:

- Tràmit d'aprovació anàleg als dels reglaments.

- Alteritat i majoria doctrina.

3.2. REGULACIÓ DE LA L 26/2010

a) APROVACIÓ CONSTITUCIÓ I ESTATUTS (ART. 115)

"Article 115. Procediment i expedient

1. La constitució dels consorcis segueix el procediment següent:

a) L'òrgan competent de cada una de les entitats interessades a constituir el consorci aprova l'acord d'inici del procediment.

*b) El **projecte d'estatuts** del consorci se sotmet als **tràmits d'audiència i d'informació pública.***

c) Els estatuts del consorci són aprovats per totes i cada una de les entitats consorciades, de conformitat amb el procediment i els requisits establerts per la normativa respectiva.

*d) Els **estatuts** del consorci es **publiquen en el diari o butlletí oficial** que correspongui, en atenció a les entitats consorciades.*

e) L'acte de constitució formal del consorci es duu a terme mitjançant una reunió del màxim òrgan de govern del consorci.

2. L'adhesió a un consorci que ja estigui constituït s'ha de realitzar seguint el mateix procediment que estableixen les lletres a, b, c i d de l'apartat 1.

3. En el cas de l'Administració de la Generalitat i dels organismes o les entitats públiques dependents o vinculades, l'expedient de constitució o adhesió a un consorci ha de contenir els antecedents, la memòria justificativa, l'informe jurídic i la memòria econòmica amb la concreció de les aportacions dels membres del consorci i, si escau, les regles d'actualització del consorci."

b) NATURALESA I CONTINGUT ESTATUTS CONSORCIS (ART. 114)

"Article 114. Naturalesa i contingut dels estatuts

*Els **estatuts** són la **norma reguladora** dels **consorcis** i, com a mínim, han d'establir els elements següents:*

a) La composició del consorci, amb indicació singularitzada de les entitats, públiques o privades, que el constitueixen i amb el règim i el procediment aplicables a les eventuals baixes i les futures incorporacions.

b) Els òrgans de govern i administració del consorci, amb les atribucions respectives. En qualsevol cas s'ha de garantir la representació de totes les entitats consorciades en el màxim òrgan de govern, amb les regles de proporcionalitat que, si escau, es determinin.

c) Les funcions del consorci, que en qualsevol cas han de formar part de l'àmbit de les competències de les entitats consorciades.

*d) **El règim jurídic aplicable a les relacions del consorci amb les entitats consorciades.***

e) La forma de gestió de les activitats i els serveis del consorci, ***inclosa la possibilitat de crear o participar en societats mercantils o altres ens instrumentals.***

f) El ***règim del personal*** *del consorci,* ***que pot ésser funcionari o laboral****. Els consorcis també poden tenir adscrit personal de les entitats consorciades.*

g) El règim jurídic i la gestió dels béns del consorci i dels que li hagin estat adscrits per les entitats consorciades, que poden ésser patrimonials o de domini públic.

h) ***Les potestats que el consorci pot exercir. Els consorcis poden exercir qualsevol potestat administrativa, inclosa la sancionadora i les tributàries.***

i) Els recursos econòmics i el règim aplicable a l'obtenció, l'administració i el control d'aquests recursos.

j) El procediment i el règim aplicables a la modificació dels estatuts i a l'extinció i la liquidació del consorci i, en aquest cas, la destinació dels béns i els actius del consorci i les responsabilitats amb relació als deutes."

3.3. CONCLUSIONS SOBRE NOVETATS EN RELACIÓ AMB ESTATUTS i CONSTITUCIÓ CONSORCIS

- Ajust de procediment: sempre ha d'haver informació pública; 20 dies per a la Generalitat (L 26/2010, 52.2).

- Naturalesa normativa, reglamentària dels estatuts.

- Relació consorci-entitat matriu.

- Possibilitat creació / participació personificacions instrumentals

- Personal funcionari

- Generalització potestats

- Més precisió en el contingut dels estatuts.

4. POTESTATS ADMINISTRATIVES

4.1. REGULACIÓ ANTERIOR A LA L 26/2010

POTESTATS; tema complex:

- Imprecisió normativa:

◦ L 7/1985, art. 4.2: remissió a legislació autonòmica.
◦TRLCat/2003, 8.3: remissió a estatuts, però concreció tributària a taxes i contribucions especials, i negació expropiatòria.

- En tot cas, imprescindible que hi constin als estatuts.

- Analogia amb mancomunitats (L 7/85, 4.3).

- Potestats susceptibles d'atribuir als consorcis: *autoorganització* (en el marc del seus estatuts); *reglamentària* (referida als serveis que presti); *tributària i financera* (amb exclusió dels impostos, i concretada a taxes, preus públics i l'apel·lació al crèdit); *programació o planificació*; *execució forçosa i sancionadora* (en relació amb els serveis i béns del consorci); *revisió d'ofici dels actes*; les necessàries per a la *protecció dels béns; presumpció de legitimitat i executivitat dels seus actes; prelacions i preferències del seus crèdits i inembargabilitat de llurs béns i drets en els termes establerts per les lleis.*

4.2. REGULACIÓ L 26/2010

"Article 114

Naturalesa i contingut dels estatuts

Els estatuts són la norma reguladora dels consorcis i, com a mínim, han d'establir els elements següents (…)

h) Les potestats que el consorci pot exercir. Els consorcis poden exercir qualsevol potestat administrativa, inclosa la sancionadora i les tributàries."

Conclusions:

Reconeixement legal que el Consorci pot tenir **totes** les potestats administratives; valor declaratiu.

Consignació estatuts: valor constitutiu.

També l'expropiatòria?; novetat: restringida a les Administracions territorials; perquè no l'han citat expressament?

Limitacions en relació amb la potestat sancionadora; Dictamen 17/2010, de 17.7, del Consell de Garanties Estatutàries (pàgs. 48-50 i conclusió segona), en relació amb el projecte de llei:

- Atribució potestat sancionadora sols admissible als *consorcis constituïts entre administracions públiques* (tatxa d'inconstitucionalitat en cas de pertànyer entitat privada sense ànim de lucre – ESAL).

- Exercici per personal que tingui la condició de funcionari i seguint el procediment establert a la legislació.

Valoració:

- Certament és molt contundent la negació en relació amb consorcis en què la participació d'una ESAL pot ser testimonial i minoritària.
- Realment pot afectar *les garanties dels ciutadans* (ex. CE, 103 i EAC, 30.2) la presència d'un o dos vocals en l'Assemblea del consorci de representants d'una fundació o una associació?
- Alternativament, la potestat sancionadora haurà de ser exercida, en relació amb els serveis i béns, per les Administracions consorciades en aplicació dels criteris de territorialitat i/o titularitat, respectivament.
- Contrasta la rigidesa del criteri de l'exercici de la potestat sancionadora per personal funcionari amb les pròpies determinacions de la L 26/2010 sobre la intervenció en l'exercici de les potestats d'inspecció i control, relatives als fets constatats pel *"personal de l'Administració encarregat de les funcions públiques d'inspecció i control"* i el seu valor probatori (art. 90); potestat citada pel mateix Consell de Garanties i no objectada (pàg. 17).

De tota manera, la vinculació entre potestat i funcionariat ve exigida per l'EBEP (9.2).

5. RELACIONS ENTRE EL CONSORCI I LES ADMINISTRACIONS MATRIU

5.1. ÀMBITS

Caràcter bidireccional; de les Administracions matrius al consorci, i d'aquest a aquelles.

5.2. COORDINACIÓ I ASSISTÈNCIA DES D'ADMINISTRACIÓ/NS MATRIU/S AL CONSORCI

A) Justificació

- que els consorcis es dediquin a exercir les activitats i prestar els serveis per als quals van ser constituïts, i

- que no dediquin mitjans ni recursos a tasques i funcions generals que seran assumides per administració/ns matriu/s.

B) Àmbits i actuacions

- Contractació administrativa
- Selecció personal, provisió llocs de treball, confecció de nòmines i protecció de riscos laborals, entre els més adients.
- Logística (seguretat, neteja i altres).

C) Configuració i articulació jurídica

a) L'encomana de gestió (L30/1992, 15 i L 26/2010, 10.1.a.6 i 116.2)

L'objecte de l'encomanda (o encàrrec) de gestió:

- realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència d'entitats de dret públic que s'encomana a altres òrgans o entitats de la mateixa o de distinta Administració,
- per raons d'eficàcia o quan no es posseeixin els mitjans tècnics idonis per al seu desenvolupament.

Relació entre el consorci i l'Ad. matriu: reconeguda expressament a l'art. 15.3 de la L 30/1992 i 10.3 i .4 de la L 26/2010.

b) La delegació

Justificació de l'aplicació: per a aquells casos en què l'encomanda resulta insuficient, com ara:

- execució d'obres o prestació de serveis complexos (o que ultrapassin la capacitat de gestió de la PIL),

- i/o que requereixin l'exercici de potestats administratives

Règim jurídic:

Es configura des del consorci a favor de l'Ad. matriu (en sentit invers al de les previsions generals; L 7/85, 27.1: de l'Ad. 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 i L 26/2010, 8).

c) Formalització jurídica

- Reglament orgànic Administració/ns matriu/s (ex. RODB, 45 i 46, BOPB 42, 18.2.2003).

- Estatut del consorci (ex. Consorci Drassanes, art. 30-35, BOPB 98, 23.4.2004).

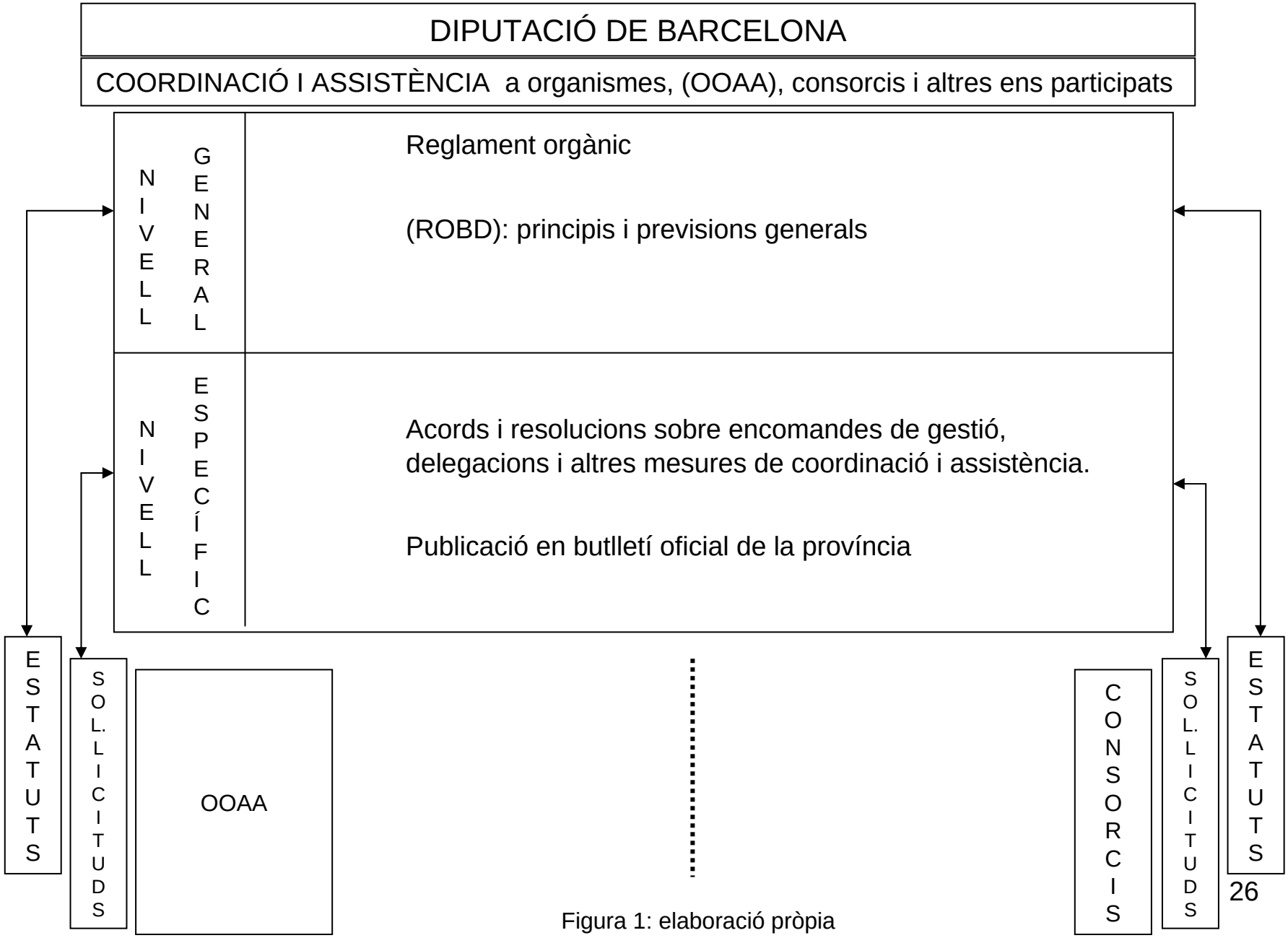


Figura 1: elaboració pròpia

5.3. EL CONSORCI COM A MITJÀ PROPI DE LES ADMINISTRACIONS MATRIU

A) RÈGIM JURÍDIC

LCSP, 4.1.n) i 24.6

L 26/2010, 10.6 i .7

B) DEFINICIÓ DEL MITJÀ PROPI (LCSP)

El reconeixement de la condició de mitjà propi i servei tècnic, entès com una tècnica organitzativa que possibilita els encàrrecs que una Administració efectua a d'altre ens amb personalitat jurídica, de realitzar una determinada prestació i que resta fora del règim de competència propi de la legislació contractual, requereix d'acord amb l'art. 24.6 en relació amb el 4.1.n de la LCSP, el compliment d'una sèrie de requisits generals, com són:

-que existeixi sobre l'ens al que es fa encàrrec un control anàleg al que s'exerceix el poder adjudicador sobre els seus propis serveis;

- que l'ens realitzi la seva activitat essencial per a qui el controla, que podrà fer-li encàrrecs de gestió, en el marc de les activitats i funcions que preveuen els Estatuts;

- que als Estatuts o norma de creació del poder adjudicador es faci esment de la condició de *"mitjà propi o servei tècnic";*

- i que la retribució es fixi per referència a tarifes aprovades per l'entitat pública de la que depenguin.

C) LA REGULACIÓ DE LA L26/2010

"*Article 10. Encàrrec de gestió (…)*

6. *L'òrgan, organisme o entitat pública que rep l'encàrrec el pot gestionar directament o pels mitjans que es-tableixen la legislació de contractes del sector públic i, si escau, la normativa de règim local.*
7. *Si l'encàrrec de gestió té un objecte propi d'un contracte inclòs en l'àmbit d'aplicació de la legislació de contractes del sector públic, només es pot fer a organismes o entitats públiques que tinguin la condició de mitjà propi de l'administració, organisme o entitat pública que fa l'encàrrec, de conformitat amb el que disposa la dita legislació."*

"*Article 116. Delegacions i encàrrecs de gestió*

1. *Les administracions públiques catalanes, els organismes i les entitats públiques poden delegar les competències de llur titularitat a altres administracions o entitats en els termes que estableix la normativa sectorial aplicable.*
2. *Les administracions públiques catalanes, els organismes i les entitats públiques poden encarregar la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis a altres administracions, organismes o entitats públiques, de conformitat amb el que disposa l'article 10."*

D) RECAPITULACIÓ

- Relació entre consorci i entitats que l'han constituït.

- Problemàtica dels consorcis no integrats exclusivament per Administracions públiques; l'efecte de la participació de l'ESAL.

- Rigidesa de les relacions entre el mitjà propi i l'Administració/ns matriu, sotmesa a la consideració de l'excepcionalitat, en el marc d'un subsistema local atomitzat (2.500 entitats aprox.) i on les relacions són contínues.

- I com afecta tot això a la cooperació entre les entitats locals?

6. PERSONAL

6.1. PREVISIONS ANTERIORS A LA L 26/2010

TIPOLOGIA DE PERSONAL:

a) Personal laboral:

- seleccionat pel consorci o subrogat de les Administracions consorciades;
- fix o temporal;

b) Personal funcionari:

- adscrit per les Administracions consorciades (de carrera o interí) o
- incorporat de resultes de procediments de provisió de llocs de treball (mobilitat)

*Criteri general doctrina s/ impossibilitat funció pública pròpia (manca la previsió legal) i problemàtica del personal dels consorcis (precarietat, inestabilitat, impossibilitat exercici de potestats, etc).

6.2. PREVISIONS L 26/2010

"Article 114. Naturalesa i contingut dels estatuts

*Els **estatuts** són la **norma reguladora** dels **consorcis** i, com a mínim, han d'establir els elements següents: (...)*

*f) El **règim del personal** del consorci, **que pot ésser funcionari o laboral**. Els consorcis també poden tenir adscrit personal de les entitats consorciades.*

Valoració

- Distingueix el *personal funcionari del consorci* del *personal adscrit per les entitats consorciades*.

- Via oberta a la possibilitat que els consorcis tinguin funció pública pròpia?

7. POSSIBILITAT DE CREAR O PARTICIPAR EN SOCIETATS MERCANTILS O ALTRES ENS INSTRUMENTALS

7.1. PREVISIONS ANTERIORS A LA L 26/2010

La possibilitat era admesa amb caràcter general a l'empara de la previsió que:

"El consorci pot utilitzar qualsevol de les formes de gestió del servei establerts per la legislació de règim local" (L 8/1987, TRLCat /2003, 270.2 i TRL/1986, 110.5).

Justificada especialment en els casos de consorcis múltiples (atesa la dificultat de requerir l'acord de les moltes entitats consorciades).

7.2. PREVISIONS L 26/2010

"Article 114. Naturalesa i contingut dels estatuts

*Els **estatuts** són la **norma reguladora** dels **consorcis** i, com a mínim, han d'establir els elements següents: (...)*

*e) La forma de gestió de les activitats i els serveis del consorci, **inclosa la possibilitat de crear o participar en societats mercantils o altres ens instrumentals. (...)***

En tractar-se d'un contingut mínim:

- El fet de no contemplar la possibilitat de creació o participació,
- ha d'interpretar-se com una negació o prohibició de fer-ho?

8. RÈGIM FUNCIONAMENT ÒRGANS COL.LEGIATS

A) CONFIGURACIÓ L 26/2010

Regulació òrgans col·legiats: art. 13 a 20 (Títol I, capítol II).

Previsió que els òrgans col·legiats es regeixen pel que fa a composició, funcions i funcionament per les seves normes específiques o convenis reguladors (art. 13.1, en línia del 22.2 L 30/1992).

Aplicació preferent, però, art. 14.2, 17.4 i 5, 18.4 i 19.3; els quals reprodueixen els preceptes bàsics 25.1, 26.1, 1er i 2on paràgrafs, 26.3 i 27.4, respectivament, de la L 30/1992.

B) CONTINGUTS PRECEPTES L 26/2010

Art. 14.2; Secretaria: vocal o no de l'òrgan.

Art. 17.4; quòrum constitució: meitat com a mínim membres, i presidència i secretaria, sens perjudici de:

Art.17.5; vàlida constitució si són presents portaveus representants administracions i / o organitzacions socials.

Art.18.4; tractament assumptes no inclosos en l'Ordre del Dia si hi són presents tots els membres i es declara la urgència per majoria absoluta.

Art.19.3; exempció de responsabilitat per adopció d'acords dels que *fan constar en acta llur vot contrari o llur abstenció*.

DA 2a Òrgans col·legiats de govern: no aplicació capítol II, títol **I** *ni al ple ni, si s'escau, a la comissió de govern entitats Administració local* (correcció errata DOGC 5718, 20.9.2010); redacció anàloga a DA 1a L 30/1992.

C) CRITERIS PER ALS CONSORCIS LOCALS

El règim jurídic ha de ser uniforme, i determina l'aplicació de les especificitats (patrimoni, personal, contractació i formació voluntat òrgans) de l'ordenament jurídic local.

Inclusió expressa de l'aplicació de la normativa sobre el funcionament dels òrgans col·legiats locals en els estatuts del consorci; i sense renunciar a exercir potestat autoorganització (segona convocatòria, *mitja hora després*, per exemple)

9. RECAPITULACIÓ

Valoració general positiva:

- Regulació dels consorcis en una llei general de règim jurídic i procediment administratiu .
- En el doble sentit: per a les administracions que els creen i per als mateixos consorcis.

Aspectes concrets positius:

- Caràcter normatiu dels estatuts.
- Declaració legal sobre la possibilitat d'exercir totes les potestats (reforç de la gestió) amb la limitació per a la sancionadora, però, respecte dels consorcis amb ESAL.
- Unificació règim de tramitació (informació pública sempre).

Altres aspectes:

- Configuració consorci com a mitjà propi de l'Administració matriu.
- El dubte sobre la funció pública pròpia.

10. BIBLIOGRAFIA

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.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2009): “Mitos y realidad del personal propio al servicio de los organismos autónomos locales”. *Revista española de derecho administrativo*, núm. 141. Madrid.

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. i MATAS, J. (eds). *El sistema polític de Catalunya. Barcelona*. Tecnos/Ed. Universitat de Barcelona/S. Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona.

MARTÍNEZ-ALONSO, J.L. i 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. i 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. i E. PANO (2006): “Personificacions instrumentals locals”. A: 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. extraordinari-juliol 2007.

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. (2008): "Serveis públics (I): introducció i prestació directa". A: GIFREU I FONT, J. i J.R. FUENTES I GASSÓ: *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya.* València: Tirant lo Blanc.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. i E. PANO (2009): "Personificacions instrumentals locals". A: MAGRE FERRAN, J. (Ed): *Informe de l'Observatori de Govern Local - 2007*. Barcelona. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals. En premsa.

NIETO, E. (1997): *El Consorcio Administrativo*. Barcelona. Cedecs.

PERROW, Ch. (1999): Sociología de las organizaciones. Mèxico. 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.

La contratación por las Administraciones Públicas a través de Empresas de Trabajo Temporal

Consuelo Chacartegui Jávega
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Pompeu Fabra

Sumario:

¿Cuál ha sido la evolución legislativa sobre la posibilidad de que las Administraciones Públicas contraten con empresas de trabajo temporal? 1

¿Cuál es el estado de la cuestión en el momento presente? 5

¿Cuáles son las ventajas que se alegan en relación a la apertura a las empresas de trabajo temporal en el ámbito de la Administración Pública? 5

¿Cuáles son los inconvenientes o problemas fundamentales que plantea esta apertura a las empresas de trabajo temporal en la Administración Pública? 6

La cuestión de la contratación a través de empresas de trabajo temporal por parte de la Administración Pública ha sido siempre discutida por la doctrina laboralista desde el primer momento que se produce la legalización de este tipo de empresas por parte de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal. Efectivamente, es en el año 1994 cuando se rompe el monopolio público de la intermediación y se da entrada al sector privado en materia de intermediación, colocación y cesión de trabajadores, legalizándose las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal.

Sin embargo, conceptualmente estamos ante dos figuras bien diferentes, ya que mientras las agencias de colocación ponen en contacto la oferta y la demanda de trabajo y aquí acaba su papel, la actividad de las empresas de trabajo temporal consiste en la puesta a disposición de otra empresa (denominada empresa usuaria), con carácter temporal, de trabajadores por ella contratados (art. 1 de la Ley 14/1994). Por tanto, al contratar al trabajador puesto a disposición, las ETTs se convierten así en el empresario formal de éste, limitándose la empresa usuaria a ejercer el poder de dirección y control de la prestación de servicios.

¿Cuál ha sido la evolución legislativa sobre la posibilidad de que las Administraciones Públicas contraten con empresas de trabajo temporal?

Desde la primera etapa en la legalización de las ETTs, ya en algunos sectores de la Administración Pública se recurrió tempranamente al recurso a este tipo de empresas, interpretando que, ante el silencio de la Ley 14/1994, se permitía dicha posibilidad –lo no prohibido está permitido-, siendo especialmente indicativas las prácticas que, en este sentido, había llevado

a cabo la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) a través de la adjudicación de contratos de asistencia técnica, relativos a supuestos de servicios y trabajos específicos, concretos y no habituales de la Administración, para empresas adjudicatarias que contrataban, a su vez, a su personal propio a través de empresas de trabajo temporal.

Más recientemente, la doctrina ha puesto el acento de la generalización de la contratación a través de empresas de trabajo temporal en el ámbito de los servicios sociales de las Comunidades Autónomas[1]. Estamos ante prácticas que, a nivel judicial, han recibido tratamientos bien diferentes, puesto que, en algunos casos, han obtenido la reprobación expresa de la jurisprudencia -al ser declaradas como supuestos de cesión ilegal-, si bien en otros casos sí que se ha apostado por la plena legitimidad de dichas prácticas, como una expresión más de la posibilidad de contratar por parte de las Administraciones Públicas[2].

Con fecha 25 de marzo de 1998, se aprobó -en el seno de la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados y con el apoyo de todos los grupos políticos[3]-, una Proposición no de Ley contraria al uso de las empresas de trabajo temporal por la Administración del Estado y las empresas públicas. Según dicha Proposición no de Ley, "el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que emita instrucciones a la Administración central y periférica del Estado, sus organismos autónomos, las entidades gestoras de la Seguridad Social, así como las empresas públicas y concertadas de unos y otras dependientes, a fin de que empleen los servicios del INEM para las contrataciones temporales de carácter estacional, becas, campañas contra incendios, etc., que debieran realizar, excluyéndose la utilización de las empresas de trabajo temporal".

Sin embargo, el camino legislativo no transcurrió por aquí, sino que es a partir del año 2000 cuando se abrió la posibilidad de contratar a través de este tipo de empresas, si bien sólo en determinados casos excepcionales previstos en el art. 196.3.e) del RD 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. A partir de ese momento se abre la posibilidad de recurrir a ETTs para “la realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos” con una duración máxima de 6 meses y sin posibilidad de prórroga. Paralelamente, se prohibía que, vencido su plazo de duración, se produjera la consolidación como personal del ente público –esto es, la imposibilidad de aplicar el art. 7.2 de la Ley 14/1994-, por las especiales circunstancias en las que el acceso al empleo público obliga a seguir los mecanismos reglados de selección que garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, fundamentalmente.

Posteriormente, en la Disposición Adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos en el Sector Público, bajo la rúbrica “Límites a la contratación con empresas de trabajo temporal” se establecen las limitaciones para contratar a través de este tipo de empresas. A través de dicha disposición, y siguiendo lo marcado en el RD 2/2000 al que nos referíamos en el párrafo anterior, se dispone, en su párrafo 1º que “no podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”, y en el párrafo 2º que “en estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. La duración de estos contratos en ningún caso podrá superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga”.

---

[1] LLANO SÁNCHEZ, “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”, Relaciones Laborales, núm. 2, 2006, pág. 167

[2] SSTS 17 de enero de 1991, Ar. 58; 19 de enero de 1994, Ar. 352; 21 de marzo de 1997, Ar. 2612; 12 de diciembre de 1997, Ar. 9315. A favor de la legitimidad de dicha contratación, vid. STSJ Madrid 18 de marzo de 1999 (Ar. 1072).

[3]."El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que emita instrucciones a la Administración central y periférica del Estado, sus organismos autónomos, las entidades gestoras de la Seguridad Social, así como las empresas públicas y concertadas de unos y otras dependientes, a fin de que empleen los servicios del Inem para las contrataciones temporales de carácter estacional, becas, campañas contra incendios, etc., que debieran realizar, excluyéndose la utilización de las empresas de trabajo temporal".

En algunas administraciones se hizo una interpretación restrictiva de esta posibilidad, como fue el caso de Cataluña[4]. Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en un informe del año 2001, consideraba que "la Comisión Permanente entiende que las actividades comprendidas en la letra e) del apartado 3 del artículo 196 LCAP, denominadas «encuestas, recogida de datos y otros servicios análogos», hacen referencia a la obtención de datos por medio de encuestas de opinión y otros sistemas similares y que las actividades de registro, introducción o tratamiento de datos en soportes informáticos y otros formatos hacen referencia a procesos posteriores a la obtención de datos. No se pueden considerar incluidas en las actividades que se mencionan en la letra e) del apartado 3 del art. 196 y, por tanto, en ningún supuesto las puede llevar a cabo personal eventual (mediante la contratación administrativa regulada en la LCAP) ni se pueden ceder a empresas de trabajo temporal".

Con el RD 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, comienza el camino a nivel legislativo, a través de la apertura de mucho más amplio alcance que las previsiones que hasta ahora se contemplaban en la Ley 30/2007. Actualmente, es de aplicación el art. 17 de la Ley 35/2010, que introduce una nueva redacción a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 14/1994, bajo la rúbrica de "Validez de limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal". Según dicho precepto, desde el 1 de abril de 2011 se suprimirán todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para celebrar contratos de cesión de trabajadores por ETTs, incluidas las establecidas para las Administraciones Públicas. Antes de esa fecha, previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, el Gobierno establecerá los criterios funcionales de aplicación de esa supresión limitativa.

La única excepción estriba en que "las empresas de trabajo temporal no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos".

En relación con dicha excepción, el art. 9 del EBEP reserva en exclusiva a los funcionarios públicos el ejercicio de funciones "que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas", en los términos en que la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca. Así pues, estamos ante un concepto jurídico indeterminado cuya concreción final se deja al desarrollo legal que se lleve a cabo en cada ámbito territorial, lo que puede plantear importantes problemas, no sólo teóricos, sino también prácticos, tal como ha destacado la doctrina administrativista[5].

Por otra parte, hay que tener en cuenta la doctrina recogida en la STC 99/1987, de 11 de junio, en virtud de la cual –al haber optado la Constitución en su artículo 103.3 por un régimen funcionarial- la regla general es que los puestos se han de cubrir por funcionarios, debiendo ser la excepción la cobertura a través de personal laboral, excepción que, en todo caso, debe venir específicamente prevista por el legislador ordinario –sea estatal o autonómico-.

Dado que la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 14/1994 excluye del ámbito de la actuación de las ETTs aquellas tareas que estén reservadas a los funcionarios públicos, el primer problema que se nos plantea es precisamente concretar la reserva funcionarial, ya que, al no existir ninguna definición legal de lo que haya de entendersse por potestades públicas ni por salvaguardia de intereses generales, debería entenderse que toda función que realiza la Administración, y, por tanto, cualquiera de sus empleados, tiene como objetivo velar por el interés general. Así se

---

[4] Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña. Informe 1/01, de 13 de julio de 2001. Puede consultarse en Contratación Administrativa Práctica, Nº 9, Sección La administración opina, Mayo 2002, pág. 18, Editorial LA LEY.

[5] FERNÁNEZ-MIRANDA, J., "El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 139, 2008, pág. 490. Para dicho autor, el legislador estatal se limita a cumplir con el requitisto de la reserva de ley en esta materia, pero sin ir más allá. Por ello, hubiese sido más razonable que hubiera sido el propio legislador básico estatutario quien hubiera regulado en el EBEP los términos y criterios de la distinción entre funcionarios y laborales.

establece claramente por parte del art. 103.1 CE, cuando señala que "la Administración sirve con objetividad los intereses generalees". Por tanto, la tutela de los intereses generales "no nos aporta ningún criterio sustantivo para afrontar la distinción entre funcionarios y laborales"[6].

Tampoco está exenta de problemas la cláusula relativa al ejercicio de potestades públicas, al ejercicio de autoridad, pues en nuestro Derecho positivo no existe ninguna definición de lo que haya de entenderse por ejercicio de potestades públicas, aunque se intuye que debe tratarse de una categoría específica de funciones públicas, de funciones reservadas al poder público como parte de su núcleo duro e irreductible, de su propia autoridad pública y, por consiguiente, irrenunciables e indisponibles[7].

En el ámbito local, existe una reserva expresa para el ejercicio de funciones en el artículo 92 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de Bases de Régimen Local. Según dicho precepto, quedan reservadas exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcionarial:

- las funciones que impliquen ejercicio de autoridad,
- las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo,
- las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria,
- las de contabilidad y tesorería
- y, en general, aquellas que en desarrollo de la presente ley se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia de su función.

SÁNCHEZ MORÓN se refiere al ejercicio de las funciones de policía en sentido amplio, es decir, a "las que supongan la eventual imposición de limitaciones al ejercicio de derechos particulares o sean instrumentales a ellas, tales como las de inspección, sanción, control, decisiones mediante actos limitativos de derechos y similares", excluyéndose las actividades de mera gestión, prestación de servicios y las simplemente administrativa[8].

Por su parte, la jurisprudencia comunitaria[9] ha proporcionado criterios más concretos y útiles para acotar el ejercicio de potestades públicas. Así, se ha interpretado que la noción de "ejercicio de los poderes públicos" se refiere a aquellas prerrogativas que sobrepasan el ámbito del Derecho común, en especial respecto al ejercicio de autoridad, entendida ésta como el ejercicio de los poderes coercitivos que obligan a los ciudadanos -mando, potestad, imperio, la posibilidad de determinar la conducta de otras personas y la facultad de decisión-.

Así pues, cuando ni siquiera está solventado el problema de qué puestos han de estar reservados a funcionarios y cuáles a laborales, abrimos una nueva espita en cuanto a los puestos que puedan ser provistos por ETTs. A modo meramente ejemplificativo, la doctrina[10] ha señalado que el legislador habría habilitado al personal laboral para el desempeño de los puestos siguientes -por lo que podría hacerse una extensión al ámbito de ETTs, siempre con carácter temporal, por la propia naturaleza de la actividad que llevan a cabo este tipo de empresas según el art. 1 de la Ley 14/1994-:

- Para la realización de actividades de carácter periódico y discontinuo;
- Para las tareas propias de oficios o de mantenimiento y conservación de edificios (limpieza, vigilancia, recepción, información, custodia, porteo, reproducción de documentos, conducción de vehículos, etc).

---

[6] CANTERO MARTÍNEZ, J., "Funcionarios y laborales. A propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcionarial", texto de la ponencia presentada al VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública. Vitoria, junio 2010, pág. 11.

[7] SAINZ MORENO, F., "Ejercicio privado de funciones públicas", *RAP*, nºs 100-102, págs. 1778 y 1779.

[8] SÁNCHEZ MORÓN, M., "Derecho Administrativo. Parte General", Ed. Tecnos, 2009.

[9] STJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-47/02, Ander; STJCE de 31 de mayo de 2001, Asunto C-283/99 y STJCE de 2 de julio de 1996, C-290/94. Se valora así la concreción del art. 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual art. 45.4 en la versión consolidada del DOCE de 9-5-2008).

[10] CANTERO MARTÍNEZ, J., "Funcionarios y laborales. A propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcionarial", op. cit., pág. 24.

- Aquellos puestos que requieran conocimientos técnicos especializados, si no existen cuerpos funcionariales que puedan desempeñarlos;

Incluso se ha señalado por algunos autores que hay que asumir la posibilidad de que puedan existir tareas de dirección que no impliquen una participación directa en el ejercicio de potestades públicas, y, en consecuencia, que la intensidad del contenido de una función pública como es la directiva, no implique la reserva a favor del régimen funcionarial. Respecto a aquellas funciones típicamente administrativas y auxiliares, el recurso a laborales –y, por tanto, a ETTs- presentan más dudas, ya que se ha señalado que podrían encuadrarse en lo que se ha llamado el ejercicio indirecto de potestades públicas[11].

¿Cuál es el estado de la cuestión en el momento presente?

En el sector de ETTs, algunas multinacionales que operan en este ámbito ya se han apresurado a crear sus propias sucursales especializadas en prestar sus servicios a Administraciones Públicas. Así, antes de que se promulguen los criterios funcionales a los que se refiere la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 14/1994, diversas ETTs ya han creado una división para actuar en este sector, habiendo publicitado esta vía a través de notas de prensa[12], en vistas de la posibilidad que se les abre en relación al "mercado" potencial en el empleo público, a juzgar por los altos índices de temporalidad que son predicables de las Administraciones Públicas y que desde ya hace algunos años viene poniendo de manifiesto el Consejo Económico y Social[13].

Ya se ha comentado que la actividad de las empresas de trabajo temporal consiste en la puesta a disposición de otra empresa (denominada empresa usuaria), con carácter temporal, de trabajadores por ella contratados. El trabajador es, pues, contratado por la ETT, y ésta asume el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social relativas al mismo (art. 12 Ley 14/1994) y las facultades disciplinarias (art. 15.2 Ley 14/1994), en tanto que la empresa usuaria –en nuestro caso, por ejemplo, un Ayuntamiento- ostenta básicamente las facultades de dirección y control de la actividad laboral durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito (art. 15.1 Ley 14/1994) y la responsabilidad de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo (art. 16.2 Ley 14/1994).

Con esta distribución del contenido del vínculo laboral, el trabajador no se integrará en la estructura organizativa de la corporación local, sino que desempeñará funciones en la misma "desde" su pertenencia a la plantilla de la ETT, que es quien lo contrata formalmente.

¿Cuáles son las ventajas que se alegan en relación a la apertura a las empresas de trabajo temporal en el ámbito de la Administración Pública?

La principal razón que se alega como ventaja de este sistema de cobertura de vacantes para la Administración es, según la patronal del sector -Asociación de Empresas de Trabajo Temporal (FEDETT) y la Asociación Estatal de Empresas de Trabajo Temporal (AETT)- la de responder a criterios de eficacia, urgencia y de celeridad para cubrir determinados puestos, cuya provisión no

---

[11] ORTEGA ÁLVAREZ, L., "Introducción general a los comentarios sobre el Estatuto Básico del Empleado Público", en AA.VV., Estatuto Básico del Empleado Público, La Ley, 2007, pág. 37 y ss.

[12] Como es el caso de Adecco España. Dicha ETT estrena una división sobre la que se ha creado una potente infraestructura, destinada a actuar en el ámbito de las administraciones públicas. Aunque aún no se atreven a adelantar datos en España, ponen como referencia los de Adecco Francia, que estima gestionar 150.000 trabajadores entre 2010 y 2011. Vid. http://www.lasprovincias.es/v/20101018/dinero/administracion-incapaz-cubrir-puesto-20101018.html

[13] Según el Informe del Consejo Económico y Social "Temporalidad en el Empleo Público" de 22 de diciembre de 2004, ya se destacaba que la incidencia de la temporalidad es, no obstante, muy diferente en las distintas AA.PP. Las mayores tasas de temporalidad las registran las entidades locales, situándose en el 29,7%; alcanza al 23% del empleo en las CC.AA; pero sólo el 13% en la Administración Central. Por su parte, la temporalidad en la sanidad alcanza un 29%, mientras que en el ámbito de la educación se sitúa en el 22%.

puede esperar a la resolución del correspondiente proceso de selección. De hecho, se alega que de la Constitución no deriva ningún mandato en el sentido de que todos los servicios deban prestarse exclusiva, o prioritariamente, por personal al servicio de la Administración; por el contrario, lo que sí impone la Constitución a la Administración es que actúe con eficacia al servicio de los intereses generales (art. 103.1 CE), y tal mandato legitima a ésta para decidir la modalidad de prestación del servicio en orden a asegurar la mayor efectividad del mismo[14]. También se alega el hecho de que el personal de ETT no cuenta como personal de plantilla de la Administración. Por tanto, estaría fuera del capítulo de Personal.

¿Cuáles son los inconvenientes o problemas fundamentales que plantea esta apertura a las empresas de trabajo temporal en la Administración Pública?

1.- En primer lugar, ello podría plantear serias dudas del encaje con los principios de igualdad, mérito y capacidad, que podrían quedar sustituidos por los criterios de selección de dichas empresas, propios de la empresa privada y que no tienen que ser necesariamente coincidentes con los principios expuestos. En este punto, la reforma operada por la Ley 35/2010 plantea dudas sobre su constitucionalidad (art. 23 CE y 103.3 CE), ya que la Ley no prevé los mecanismos para que este tipo de empresas realicen los procesos reglados de selección, a menos que entendamos que estos criterios deben preverse necesariamente en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, a la que alude la nueva Disposición Adicional Cuarta de la Ley 14/1994 como requisito imprescindible a la hora de recurrir a ETTs. Por otra parte, la necesidad de proceder a un procedimiento reglado en materia de selección de personal es básicamente inoperante con la propia actividad de las ETTs, que se caracteriza por la inmediatez y la celeridad en la puesta a disposición de su personal.

Por ello, habría que poner en relación esta cuestión con otras disposiciones, en especial la Ley 30/2007, de contratos en el sector público y también la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, según el cual las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el EBEP seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los siguientes principios:

a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.

b) Transparencia

c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección

d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección

e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar

f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

En el ámbito jurisprudencial, algunas resoluciones ya han manifestado sus dudas sobre la adecuación de la contratación a través de ETTs a los principios constitucionales de acceso a la función pública, en especial cuando estamos ante la cobertura de determinados puestos de trabajo, si bien se muestran favorables en otros casos. Así, para alguna resolución jurisprudencial, “sería cuestionable la adecuación a derecho de la contratación de una ETT por parte de la Administración, en los supuestos de las letras c) y d) del art. 6.2° de la Ley 14/1994, es decir: para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo, o para cubrir

[14] Así, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en línea con la del TJCEE en la sentencia de 3 de junio de 1986, Comisión c/República Francesa, o la STJCE de 16 de junio de 1987, o STJCE de 30 de julio de 1989) han ido introduciendo un concepto estricto y restringido de lo que debe considerarse como ejercicio de funciones públicas, entendiendo que el ejercicio de actividades no específicas de la Administración por parte de entidades privadas o trabajadores no unidos a la misma por vínculo estatutario, no constituyen propiamente empleo en la Administración Pública.

de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción, pues nos hallamos ante supuestos de vacancia de puestos de trabajo existentes en el seno de la Administración y cuya cobertura debe llevarse a cabo con sujeción a las garantías constitucionales. Pero en el caso previsto en su letra a), es decir: "Para la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta", se nos muestra como un mecanismo válido y ajustado a derecho; y debe tenerse en cuenta, en este sentido, que no existen en el Ayuntamiento de Villena puestos de trabajo específicos cuyo contenido funcional sea el desempeño de los cometidos "vigilancia de parques"[15].

2.- Por otra parte, existen mecanismos adecuados para llevar a cabo –en el ámbito de lo público- los procesos de selección, que garantizan además una cobertura rápida de puestos de trabajo temporales, y que ya poseen una amplia tradición en relación a asu utilización en el ámbito de la Administración Pública, tales como:

- los servicios públicos de empleo, que están llamados a cumplir esta función según lo previsto en el Convenio núm. 181 de la de la OIT de 1997, sobre Agencias de Empleo Privadas y del Convenio núm. 88 del Servicio Público de Empleo16.
- a través del recurso a las bolsas de empleo o listas de espera, normalmente reguladas por las Entidades Locales o autonómicas, una vez apreciada su necesidad y oportunidad, con el fin de objetivar la selección de interinos o eventuales, mediante las correspondientes bases en que normalmente se establecen los baremos y su valoración para establecer el orden preferencial de llamamiento[17].

3.- Por otra parte, teniendo en cuenta la coyuntura actual en la que nos encontramos, también el argumento del equilibrio financiero del sistema habría de barajarse en este ámbito, siendo además que el art. 1 de la Ley 30/2007 establece que el objetivo de la Ley de Contratos en el Sector Público es, entre otros, garantizar una eficiente utilización de los fondos públicos, la selección de la oferta económica más ventajosa y la atención de los fines institucionales de carácter público que a través de los contratos administrativos se tratan de realizar.

En este contexto, puede y debe llevarse a la práctica la función ejemplificadora por la que debería velar la Administración Pública[18]. Y ello porque contratar a través de empresas de trabajo temporal sale más caro a las Administraciones Públicas que los mecanismos de que disponen las mismas a través de la contratación directa previstos por el EBEP. Este tipo de empresas poseen ánimo de lucro, por la propia configuración legal que se establece en la Ley 14/1994, por lo que es lógico y lícito que cobren a las empresas usuarias un margen por el desempeño de la actividad de cesión de trabajadores. En este sentido, las Administraciones Públicas también tendrán que pagar esa plusvalía. Por ello, difícilmente se entiende que la Administración Pública haya de recurrir a este tipo de empresas con las limitaciones presupuestarias de contención del déficit público expresadas, entre otras normas, por el RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de Medidas

---

[15] Vid. la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de junio de 2001 (Ar. 305427).

[16] Cuyo art. 1.2 señala que "la función esencial del servicio del empleo, en cooperación, cuando fuere necesario, con otros organismos interesados, públicos y privados, deberá ser la de lograr la mejor organización posible del mercado del empleo, como parte integrante del programa nacional destinado a mantener y garantizar el sistema del empleo para todos y a desarrollar y utilizar los recursos de la producción".

[17] Tal como señala VÉLEZ TORO, JA., Contratación Administrativa Práctica, núm. 10, 2002, pág. 32, son "baremos en los que suelen contenerse criterios de carácter social, tales como tiempo en situación de desempleo o cargas familiares. Son criterios de selección que suelen constituir un híbrido, en el que se aúnan junto a los de «mérito y capacidad», los «de necesidad». Este último propio de los dispositivos de servicios sociales".

[18] En la línea que señala RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, "Contratación pública y condiciones de Trabajo", Relaciones Laborales, núm. 4, 2008, pág. 39 "la contratación administrativa, cuyo volumen se ha incrementado por la tendencia a las privatizaciones, a la descentralización productiva y a la externalización de actividades, afecta a los trabajadores del contratista, que inmediatamente realizan su trabajo por cuenta y a cargo de la Administración; para ella no puede ser indiferente la conducta del contratista como empleador. También en esa actuación empleadora del contratista se debe tratar de evitar arbitrariedades, fraudes y corrupciones y asegurar el respeto de la legalidad social".

Extraordinarias para la Reducción del Déficit Público, en la que se destaca el esfuerzo de contención y reducción del gasto, medidas a las que debe contribuir toda la sociedad[19].

En todo caso, antes de adoptar el criterio de recurrir a ETTs, deberían tenerse en cuenta los posibles efectos que ello pueda tener en relación al aumento considerable de las tasas de precariedad en la Administración, que "se ha convertido en un factor desencadenante de fuertes presiones para realizar políticas de estabilización del personal afectado"[20].

[19] Según la Exposición de Motivos del RD 8/2010 se trataría de "distribuir de la forma más equitativa posible el esfuerzo que toda la sociedad debe realizar para contribuir a la sostenibilidad de las finanzas públicas".
[20] CANTERO MARTÍNEZ, J., "Funcionarios y laborales. A propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcionarial", op. cit., pág. 24.

4a sessió

14/01/11

La nova legislació catalana de règim jurídic de les administracions públiques i de procediment administratiu i els ens locals.
Xavier Bernadí Gil, secretari de la Comissió Mixta de Transferències Estat-Generalitat de Catalunya.

Delictes de funcionaris i autoritats públiques en la perspectiva de la modificació del Codi penal.
Daniel de Alfonso Laso, magistrat de l'Audiència Provincial de Barcelona.

Campanya i publicitat institucional, especial referència a la problemàtica sobre el repartiment dels espais electorals.
Gemma Segura López, advocada del despatx Pareja Associats.

Caducitat, pròrroga i renovació de les llicències urbanístiques, tenint en compte el fenomen dels edificis a mig construir.
Joan Anton Font Monclús, Secretari General de l'Ajuntament de Tarragona.

LA NOVA LEGISLACIÓ CATALANA DE RÈGIM JURÍDIC DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES I DE PROCEDIMENT ADMINISTRATIU COMÚ I ELS ENS LOCALS

Dr. Xavier Bernadí Gil
Professor de Dret Administratiu
Universitat Pompeu Fabra

Sumari

1. Objecte de la ponència 1
2. Superació de la Llei 13/1989? Un apunt sobre l'estructura de la regulació catalana del règim jurídic i el procediment administratiu 2
3. Objectius i novetats principals de la regulació objecte d'anàlisi 4
3.1. Aplicació de la nova regulació a totes les Administracions públiques de Catalunya i, en particular, als ens locals 5
3.2 Canvis en la intervenció administrativa 7
3.3 Drets dels ciutadans 8
3.4 Relacions interadministratives 10
4. Consideració final 11

1. Objecte de la ponència

L'any 2010 el Parlament de Catalunya va aprovar dues lleis centrals per a les Administracions catalanes: la Llei 26/2010, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, i la Llei 29/2010, de l'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya. Un dels aspectes més destacats d'aquestes normes és que el seu àmbit d'aplicació afecta, conjuntament, tant a l'Administració de la Generalitat, com als ens locals (art. 3, lletres *a* i *b*, i art. 2.1.a, respectivament).

Aquesta ponència té per objecte analitzar el contingut d'aquestes lleis, tant amb caràcter general, com des de la perspectiva dels ens locals, per bé que atesa la gran amplada de la regulació establerta per aquestes normes, l'anàlisi ha de ser necessàriament selectiva i centrar-se en alguns dels aspectes més rellevants o novedosos. Cal tenir en compte que la Llei 26/2010 té un total de 117 articles, estructurats en deu títols: un Títol preliminar (finalitats i àmbit d'aplicació) i nou títols específics (Títol I: Òrgans administratius; Títol II: Actuació administrativa; Títol III: Procediment administratiu; Títol IV: Procediment d'elaboració de disposicions reglamentàries; Títol V: Revisió

d'ofici, recursos administratius i reclamació prèvia en via administrativa; Títol VI: Responsabilitat patrimonial; Títol VII: Potestats d'inspecció i control; Títol VIII: Potestat sancionadora; Títol IX: Relacions interadministratives), regulació a la qual cal sumar-hi un bon nombre de disposicions addicionals, transitòries, derogatòries i finals. I que, per la seva banda, la Llei 29/2010, de menor amplada inclou una quarantena llarga de preceptes.

Precisament per això, l'objecte d'atenció principal per part d'aquesta ponència el constitueix la Llei 26/2010, de règim jurídic i procediment, la qual regula un nombre d'institucions més amplis i divers que la Llei 29/2010, sobre l'ús dels mitjans electrònics.

L'anàlisi es pot encetar amb unes reflexions prèvies sobre la regulació del règim jurídic i del procediment administratiu existent abans de l'aprovació d'aquestes lleis i sobre el repartiment de competències en aquesta matèria. El punt de partida el podem situar a la Llei 13/1989, de 14 de desembre, d'organització, règim jurídic i procediment de l'Administració de la Generalitat de Catalunya (LOPRJ), a la qual vindria a substituir la Llei 26/2010.

2. Superació de la Llei 13/1989? Un apunt sobre l'estructura de la regulació catalana del règim jurídic i el procediment administratiu

La Llei 13/1989, de 14 de desembre, d'organització, procediment i règim jurídic de l'Administració de la Generalitat de Catalunya (LOPRJ) ha estat vigent més de vint anys. Si dins l'ordenament jurídic català hi havia una norma que requeria la seva actualització –que demanava a crits l'eutanasia normativa- era precisament aquesta. La LOPRJ havia estat objecte de modificacions i derogacions, més o menys puntuals, per part de nou lleis posteriors, però, sobretot, havia patit una profunda desactualització arran de l'aprovació i el desplegament de la normativa bàsica estatal en aquesta matèria (singularment per la Llei 30/1992, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, LRJPAC, i, més recentment, per la Llei 11/2007, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, LAE). Era, per tant, una norma molt obsoleta.

Des d'un punt de vista institucional, aquesta situació mereix una valoració negativa, tant pels problemes pràctics que això genera per als operadors jurídics, com perquè denota una escassa consideració cap a l'ordenament propi, com pel fet donar fins a cert punt la raó a aquells que sostenen que no és lògic reclamar més competències quan no s'exerceixen aquelles de les quals ja som titulars.

No obstant i això, la no substitució o la manca d'actualització de la LOPRJ s'explica en bona part perquè el legislador bàsic estatal no va optar per establir unes bases o uns principis mínims en matèria de règim jurídic i procediment, sinó que es va inclinar per regular aquesta matèria amb una notòria densitat normativa, de forma que la LRJPAC constitueix un text molt complet i en bona part autosuficient, que deixa un espai molt limitat per al seu desenvolupament per part del legislador autonòmic. En altres paraules, una norma que es pot aplicar pràcticament sense altres complements. Quelcom semblant ocorre amb la LAE, encara que aquesta conté més remissions al legislador autonòmic (i, també, a la normativa local).

Si fem una mica de memòria potser recordarem que a l'inici de l'Estat autonòmic, l'expressió "règim jurídic de les Administracions públiques i procediment administratiu comú", com a objecte d'una competència exclusiva de l'Estat de caràcter bàsic recollida a l'art. 149.1.18 CE, s'havia interpretat de formes diferents. Concretament, des de Catalunya hi havia un corrent d'opinió que

considerava que aquesta competència únicament es podria projectar sobre les posicions bàsiques dels ciutadans en les seves relacions amb les Administracions públiques, entenent per aquestes, essencialment, les normes generals del procediment i el règim general dels recursos administratius. El Tribunal Constitucional va descartar ben aviat aquesta concepció restrictiva i es va inclinar per l'acepció ampla o amplíssima de l'expressió, que l'equipara amb el Dret administratiu general o amb el dret estatutari dels subjectes administratius. La jurisprudència posterior va confirmar aquesta visió ampla de la matèria, consagrada igualment per la LRJPAC, Llei que les Comunitats Autònomes van acceptar amb caràcter general, ja que només fou impugnada per dues Comunitats Autònomes (Castella i Lleó i Catalunya) i en uns pocs preceptes, principalment de caràcter organitzatiu. La STC 50/1999 va declarar que alguns d'aquests preceptes no tenien caràcter bàsic i que les bases estatals no podien tenir la mateixa intensitat quan afectaven a la relació Administració-ciutadà, que quan es projectaven sobre l'organització i el funcionament interns dels òrgans administratius, cas, aquest darrer, en què calia una certa autocontenció del legislador estatal.

En qualsevol cas, com tots sabem, el legislador del Dret Administratiu ha estat i és, molt principalment, el legislador de l'Estat. I el mateix ocorre amb la regulació dels governs locals. Tot i la competència exclusiva en matèria de règim local, recollida a l'art. 9.8 de l'Estatut d'Autonomia de 1979, la projecció de la pròpia competència estatal bàsica sobre el règim jurídic i el procediment i l'esvaïment del règim local com a "matèria", arran de l'aplicació prevalent d'altres títols concurrents, ens han dut cap a la coneguda bifrontalitat del règim local i, en particular, cap a una clara prevalença del legislador estatal com a legislador d'aquest règim local.

Un fet molt il·lustratiu és que l'article 159 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006 (EAC), on es recullen les competències de la Generalitat en matèria de règim jurídic i procediment de les Administracions públiques catalanes no va ser impugnat pel recurs d'inconstitucionalitat formulat contra l'EAC per part del Grup Parlamentari del Partit Popular (a diferència de l'article 160 EAC, sobre les competències en matèria de règim local, que sí que ho fou, vid. el FJ 100, on es desestima aquesta impugnació, prèvia interpretació desactivadora del precepte).

Més enllà de la valoració que això ens pugui merèixer, l'anàlisi de les iniciatives normatives catalanes en matèria de règim jurídic i procediment, en matèria d'Administració electrònica, i també en matèria de règim local, ha de tenir molt present que la Generalitat no té el protagonisme regulador en aquests àmbits, sinó una capacitat legislativa existent, però força limitada.

Malgrat tot, més o menys limitada, aquesta capacitat existeix i, per tant, convé utilitzar-la i utilitzar-la de la millor manera possible. Es pot considerar que la nova legislació catalana de règim jurídic i procediment de les administracions públiques de Catalunya ha fet aquest millor ús possible de les competències pròpies en la matèria?

Al meu parer, ho ha fet en bona part, per bé que, lògicament, hi ha solucions millorables. I encara que no és, de lluny, la qüestió més important, una primera crítica que cal formular és que la derogació de la LOPR no hagi estat completa. En efecte, la Llei 26/2010 opta per una derogació molt important, però parcial de la LOPR (Disposició derogatòria primera). D'aquesta en sobreviuen, bàsicament, els articles relatius a l'organització administrativa (Títol I, arts. 4-26), tret del règim dels òrgans col·legiats (Títol I, cap. 6è, arts. 27-34), incloses algunes normes en matèria de suplència, coordinació intraadministrativa i conflictes d'atribucions (arts. 45-53). Aquesta solució pot haver facilitat l'aprovació de la norma, en simplificar-ne els continguts, però no és molt

positiva des del punt de vista de la claredat i la racionalitat de l'ordenament. Caldrà esperar, probablement, a l'aprovació de la llei d'organització de l'Administració de la Generalitat per acabar de superar aquesta situació i certificar la mort definitiva de la Llei 13/1989.

Quelcom similar ocorre amb la Llei 29/2010, de l'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya: tot i les dificultats existents, aquest nou cos legal potser es podria haver incorporat com una part o un títol més de la Llei 26/2010. Pensem, per exemple, que per resoldre una qüestió de procediment administratiu en que hi estiguin implicats aspectes d'Administració electrònica (una notificació, un acte registral, etc) ens podem trobar amb la necessitat d'utilitzar de forma simultània quatre cossos legals, no precisament senzills: dos d'estatals (LRJPAC i LAE) i dos de catalans (Llei 26 i Llei 29/2010).

Les solucions adoptades a Catalunya s'expliquen en bona part pel procés de gestació de les lleis 26 i 29/2010. Inicialment, aquestes iniciatives normatives formaven part d'un conjunt de d'avantprojectes de llei. Així, la Llei 13/1989 es volia substituir per una Llei de règim jurídic i procediment i per una altra Llei dedicada específicament a l'organització de l'Administració de la Generalitat, mentre que en paral·lel es volia impulsar l'avantprojecte de llei dels governs locals i la Llei d'ús dels mitjans electrònics. D'altra banda, aquest darrer avantprojecte es tramitava inicialment com a Llei d'administració electrònica de Catalunya, separada de la Llei de règim jurídic i procediment, seguint la solució estatal, bastant discutible, d'escindir aquesta mateixa realitat en dos cossos legals, però al darrer moment es va optar per regular de forma integrada, en una única Llei, el règim jurídic i el procediment de les Administracions públiques catalanes, per la qual cosa la Llei 29/2010 acaba tenint un objecte més limitat, centrat –tot i que no de forma exclusiva- en els aspectes instrumentals i en les relacions institucionals en l'àmbit dels mitjans electrònics. En fi, les iniciatives legals esmentades eren impulsades des de departaments de la Generalitat diferents.

Aquesta evolució contribueix a explicar la situació actual de la regulació catalana en matèria de règim jurídic i procediment, però no ens obliga necessàriament a donar-la per bona, ni ens eximeix d'intentar millorar-la, tot i les dificultats existents. Per tant, no podem descartar que una futura norma amb rang de llei contingui una autorització al Govern per refondre i harmonitzar tota aquesta normativa.

3. Objectius i novetats principals de la regulació objecte d'anàlisi

L'objecte principal de les lleis objecte d'anàlisi és el d'adaptar la regulació catalana del règim jurídic i el procediment de les Administracions públiques a les novetats més importants que s'han produït en aquest àmbit en els darrers anys. I per darrers anys podem entendre tant la darrera dècada, com tots els anys transcorreguts des de la Llei 13/1989 o des de la Llei 30/1992.

Aquest objectiu –que al meu parer s'assoleix amb un èxit notable- era realment molt ambiciós, ja que allò que el legislador català es proposa és, ni més ni menys, el següent:

Desplegar les previsions de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006, almenys des d'una triple perspectiva: les previsions sobre el sistema institucional de la Generalitat i, en particular, sobre els ens locals; les previsions sobre els drets dels ciutadans; i les previsions competencials recollides als articles 159 (règim jurídic i procediment administratiu) i 160 (règim local).

Adaptar la regulació catalana als continguts de la Llei 30/1992 i a la Llei 11/2007, incloent, per tant, la normativa pròpia en matèria d'Administració electrònica.

Incorporar a la regulació catalana les regles de la Directiva 2006/123/CE, relativa als serveis en el mercat interior, així com altres tendències reguladores esteses internacionalment o globalment, en la direcció de simplificar els tràmits i els procediments, amb l'objectiu d'aconseguir una intensa reducció de càrregues administratives.

Aprofitar els marges –no gaire amples- de capacitat legislativa per imprimir a aquesta regulació un caràcter innovador, en la línia encetada en el seu dia per la Llei 13/1989.

Les novetats principals introduïdes pel legislador català en la persecució d'aquests objectius les podem agrupar de la forma següent.

3.1. Aplicació de la nova regulació a totes les Administracions públiques de Catalunya i, en particular, als ens locals

La diferència principal que presenta la nova regulació amb la Llei 13/1989 és que aquesta darrera només s'aplicava a l'organització de l'Administració de la Generalitat i als seus organismes autònoms, mentre que aquesta nova regulació s'aplica a totes les Administracions públiques de Catalunya (o al sector públic de Catalunya) incloent dins d'aquest concepte els ens locals (així com als organismes autònoms d'aquestes Administracions, a les seves entitats públiques dependents o vinculades quan exerceixin potestats administratives i als consorcis en què tots aquests subjectes públics hi participin de forma majoritària).

La raó d'aquesta ampliació de l'àmbit subjectiu d'aplicació i, en particular, de l'aplicabilitat de la Llei als ens locals es troba en l'Estatut d'Autonomia aprovat l'any 2006. L'Estatut assenyala que la Generalitat és el sistema institucional en què s'organitza políticament l'autogovern de Catalunya (art. 2.1) i que aquest sistema institucional està integrat pel Parlament, la Presidència, el Govern i altres institucions autonòmiques (art. 2.2) i, també, que els municipis i els altres ens locals integren igualment el sistema institucional de la Generalitat, com a ens en els quals aquesta s'organitza territorialment, sens perjudici de llur autonomia (arts. 2.3 i 83.1). Des d'una altra perspectiva, s'afirma que la competència de la Generalitat sobre el règim jurídic i el procediment administratiu es projecta sobre totes les "administracions públiques catalanes" (art. 159.1 i 2).

L'Estatut, per tant, aposta per aquest nou concepte d'Administracions públiques catalanes –o per un sistema d'Administracions públiques de Catalunya- que pressuposa la integració dels ens locals dins del concepte ampli de Generalitat. Aquesta és, precisament, la base explicativa de la Llei 26/2010, l'element que legitima l'aplicació de les seves solucions tant a l'Administració de la Generalitat, com als ens locals. Aquesta opció entronca doncs amb allò que s'ha denominat, amb una certa preocupació, com la "interiorització dels governs locals" per part de la Generalitat. No és possible ara aprofundir en aquesta temàtica, però sí que voldria aportar una visió diferent i més positiva d'aquesta qüestió. En primer lloc, cal advertir que aquesta conceptualització de l'autogovern de Catalunya, com a autogovern compartit i integrat per les institucions autonòmiques i les locals té clars antecedents en l'etapa de la segona república i també en el dret comparat. Es tracta, a més, d'una concepció que, sense menystenir la preocupació que pugui generar pel fet d'abonar una minoració de l'autonomia local, té també una lectura diferent, en sentit *pro* local. En efecte, aquesta interpretació negativa es pot capgirar, entenent que allò que hi pot haver és una interiorització de la Generalitat per part dels ens locals. És a dir, que així com afirmem que "la

Generalitat és Estat" (art. 3.1) –un altre principi que caldria aprofundir- també podem afirmar que els "governs locals són Generalitat".

Aquest principi permetria entendre que l'alcalde, a més d'alcalde, és el màxim representant de la Generalitat en el municipi i que, com a tal, pot assumir les competències i els serveis d'aquesta en el seu àmbit territorial, ja sigui a través de l'Administració municipal, que actuaria com a Administració indirecta de la Generalitat, ja sigui dirigint els serveis territorials d'aquesta i, de forma particular, els serveis d'ordre públic que actuïn en el seu terme municipal. Aquest enfocament també permetria reforçar els principis de descentralització i de subsidiarietat en la titularitat i l'exercici del poder públic i una major flexibilitat en les tècniques d'alteració de l'exercici de les competències en sentit descendent. La Llei 26/2010 es fa ressò d'aquesta voluntat flexibilitzadora en la regulació de l'encàrrec de gestió (art. 10) i, sobretot, en la regulació de les relacions interadministratives (Títol IX: convenis, consorcis, òrgans de cooperació, delegacions i encàrrecs de gestió).

Més enllà d'aquesta reflexió, cal assenyalar que la regulació de la Llei 26/2010 no s'aplica, tota ella i de forma homogènia, a totes les Administracions públiques de Catalunya. En efecte, hi ha força supòsits en que les seves previsions s'apliquen únicament a l'Administració de la Generalitat (el cas més evident és del capítol relatiu al procediment d'elaboració de disposicions generals). En molts altres casos (declaració responsable, comunicació prèvia, règim d'inspecció, encàrrec de gestió) la Llei es remet a la legislació sectorial, com a regulació preferent, i també hi ha molts supòsits en què aquesta remissió, com a normativa d'aplicació preferent es fa a la legislació local, a més d'altres camps on la Llei té únicament un caràcter supletori.

Un àmbit on aquesta aplicació generalitzada de la Llei podria tenir una especial repercussió seria el relatiu a les fonts i, en particular, en el tractament de la potestat reglamentària. Des de la perspectiva local interessa retenir, sobretot, que el Títol IV de la Llei 26/2010, on es regula el procediment d'elaboració de disposicions reglamentàries s'aplica, com hem avançat, a les disposicions que s'elaboren en l'àmbit competencial de l'Administració de la Generalitat (art. 59.1). El preàmbul de la Llei confirma que aquest procediment s'aplica, en efecte, en l'àmbit exclusiu de l'Administració autonòmica. Tanmateix, l'art. 59.2 genera dubtes sobre l'abast de l'aplicació supletòria que s'hi estableix ("El procediment regulat per aquest títol és aplicable supletòriament a les disposicions reglamentàries que tenen establert, per una norma amb rang de llei, un procediment específic"). Estem davant d'una concreció del primer apartat, és a dir, d'un previsió que s'aplica a les disposicions elaborades en l'àmbit de la Generalitat, però a través d'un procediment específic establert legalment? O bé es podria arribar a interpretar com una previsió cumulativa o addicional a l'establert en l'apartat primer, en el sentit que s'aplica supletòriament aquest títol a qualsevol disposició de qualsevol Administració que, per llei, tingui previst un procediment específic d'elaboració. Per raons sistemàtiques ens inclinem –gairebé tothom s'inclina- per la primera solució, però el fet és que la tècnica normativa emprada no ha desembocat en una regulació excessivament clara.

És del tot rellevant, dins d'aquest mateix Títol IV, la previsió continguda a l'article 70 de la Llei, sobre la intervenció de les entitats que integren l'Administració local: "L'òrgan responsable de la tramitació d'un projecte de disposició reglamentària ha d'adoptar les mesures necessàries per fer possible la participació de les entitats locals de Catalunya en el procediment d'elaboració quan el projecte de disposició reglamentària les afecti de manera específica". Aquesta concepte

indeterminat d'*afectació específica*, s'haurà d'anar omplint i perfilant de forma progressiva (com s'ha fet, no sense problemes, amb d'altres expressions similars, com ara la e reglaments "que despleguen una llei", als efectes de la sol·licitud preceptiva de dictamens d'òrgans consultius). És clar, en qualsevol cas que l'afectació no ha de ser *exclusiva*, ni *principal,* ni particularment *rellevant*. Només cal que l'afectació existeixi i que es produeixi de forma específica perquè no es pugui prescindir d'aquest moment de participació local.

On la potestat reglamentària autonòmica podria incidir de forma més clara en l'autonomia i la potestat normativa local és en l'àmbit del desplegament reglamentari de la pròpia Llei per part de la Generalitat. La Disposició final 5a de la Llei 26/2010 autoritza, en efecte, al Govern per dictar les disposicions reglamentàries necessàries per a aplicar i desplegar la llei. I res no impedeix, per bé que calgui servar el principi d'autonomia local, que aquests reglaments autonòmis s'apliquin, igualment, a totes les administracions públiques de Catalunya. En aquest cas, el marge de regulació normativa local podria arribar a quedar compromès. Una aplicació específica d'aquesta problemàtica la trobem directament resolta per la Llei 26/2010 en l'àmbit del procediment sancionador. Així, amb subjecció al principi de legalitat, les entitats que integren l'Administració local de Catalunya poden establir per ordenança el procediment sancionador aplicable en l'àmbit de llurs competències (art. 104.3). Tanmateix, la Llei encomana al Govern autonòmic que reguli per decret el procediment sancionador de l'Administració de la Generalitat i afegeix expressament que aquest decret "té caràcter supletori per a les entitats que integren l'Administració local" (art. 104.2).

Finalment, també cal deixar aquí constància de la dificultat de conciliar una regulació del règim jurídic i el procediment administratiu pretesament uniforme amb el principi de diferenciació municipal consagrat per l'EAC (art. 84.3 i 88 EAC), un principi que la Llei atén en l'àmbit de l'adaptació dels procediments municipals a l'ús dels mitjans electrònics.

3.2 Canvis en la intervenció administrativa

La Llei 26/2010 es fa ressò de la tendència europea i internacional que s'expressa amb conceptes com la *millora de la regulació* o el *canvi regulatori*, concretada entre altres iniciatives en la Directiva de serveis i aposta clarament per les mesures de simplificació i de reducció de càrregues administratives. Aquesta filosofia travessa bona part de la Llei, s'eleva a principi general de l'actuació administrativa (art. 31.2.sisè: simplificació i racionalitat administrativa; i art. 33: principi d'intervenció mínima) i es concreta en el capítol III del Títol II, que du precisament per títol "Mesures de simplifiació administrativa".

Una primera característica que cal remarcar és que la Llei va més enllà de l'àmbit de les activitats de servei, és a dir, més enllà d'allò que era estrictament obligatori com a transposició de la directiva europea i de la legislació bàsica que l'ha desplegat, i imposa –o fa possible- aquest canvi de concepte i de tècniques d'intervenció amb caràcter general a l'actuació administrativa.

La idea bàsica d'aquest canvi profund que afecta les nostres Administracions és la de desplaçar les càrregues burocràtiques que pesaven sobre les empreses i els ciutadans a l'Administració, de forma que l'activitat de control preventiu que aquesta realitzava passi a ser un control ex-post. Per això, els procediments i tràmits d'aquesta naturalesa, és a dir, les autoritzacions, en les seves diverses manifestacions (llicències, permisos, habilitacions, inscripcions prèvies) o l'aportació de documents, s'han de transformar, sempre que sigui possible, en simples declaracions

responsables o en comunicacions prèvies, així com en inscripcions d'ofici, a partir de les quals les Administracions hauran d'activar les seves facultats de control, inspecció i verificació.

Aquesta transformació no ha de comportar cap perjudici als interessos generals ni als drets i interessos dels ciutadans. En aquest sentit, la Llei afirma que "en cap cas les mesures de simplificació administrativa poden suposar una limitació dels drets i les garanties que la legislació vigent reconeix als ciutadans i a terceres persones interessades en qualsevol procediment administratiu" (art. 34.2). Però això, òbviament, és molt més fàcil dir-ho que aconseguir-ho realment, sobretot perquè l'actuació preventiva de l'Administració s'orientava, sovint, a la protecció d'aquests tercers a través de tràmits (crida al procediment, informació pública) anteriors a l'habilitació dels ciutadans interessats en exercir un dret o una activitat. Tanmateix, les dificultats que es generen amb aquest canvi d'intervenció administrativa s'hauran de superar des d'una major celeritat en la capacitat de reacció, per bé que, almenys fins ara, l'activitat administrativa i la celeritat no han anat precisament de la mà, situació que la contenció o la reducció de la despesa, particularment en l'àmbit dels recursos humans, no ajudarà a millorar.

El fet que el centre de gravetat de l'actuació administrativa es desplaci del control preventiu al control *ex post* obliga a reforçar i afinar les potestats d'inspecció i verificació administrativa. Per això és un encert de la Llei 26/2010 el fet d'haver incorportat el Títol VII, dedicat a les potestats d'inspecció i control, on s'estableix una regulació mínima prou equilibrada entre els interessos pels quals ha de vetllar l'Administració i les garanties amb què han de comptar les persones subjectes a aquestes potestats. Destaca, en aquest àmbit, la novetat d'incorporar també una regulació força encertada de les entitats col·laboradores a les quals les Administracions poden encomanar l'exercici de les funcions d'inspecció i control, prèvia habilitació (arts. 91-101). Aquestes entitats col·laboradores i controladores també hauran de ser, al seu torn, controlades, i així ho preveu la Llei, però el seu suport pot ser fonamental per als municipis –i per altres Administracions- atesa la dimensió i la complexitat de la realitat que caldrà avaluar i atesa, també, la contracció pressupostària tan pregona que afecta tot el sector públic.

La regulació de l'Administració electrònica, tant per part de la Llei 26/2010 com per part de la Llei 29/2010 camina cap a aquesta mateixa direcció de la simplificació i la reducció de càrregues administratives. Són molt variats els mecanismes que permeten alleugerir tant els tràmits dels particulars com afavorir la celeritat de l'actuació administrativa (redisseny de procediments, registres electrònics, notificacions electròniques, actuació automatitzada, interoperabilitat, finestretes úniques). Per això mateix és del tot convenient desenvolupar, perfeccionar, implementar i estendre les solucions tecnològiques que han de fer possible aquest model d'Administració (des de la signatura electrònica, als registres electrònics i les notificacions, a la gestió documental i l'arxiu electrònic i fins arribar a una interoperabilitat general, real i efectiva). Sense aquesta infraestructura tecnològica, les millors normes en matèria d'Administració electrònica seran paper mullat.

3.3 Drets dels ciutadans

Les novetats que presenta la regulació dels drets dels ciutadans davant les Administracions públiques de Catalunya per part d'una i altra Llei mereix una valoració ambivalent.

Abans d'entrar-hi, convé anotar que la lectura d'aquestes Lleis pot tenir un efecte acomplexador en els servidors públics, els quals, a més de trobar-se retributivament retallats, ens podem arribar

a sentir com a presumptes buròcrates, alentidors de la iniciativa econòmica, i maltractadors impenitents dels ciutadans, a qui imposem trabes i requisits recalcitrants i a qui limitem o neguem drets tan essencials com el dret a la no-discriminació o a una atenció adequada.

La qüestió és que la sistematització de drets que fa la legislació catalana és positiva, tant per l'èmfasi que es posa en el reconeixement d'aquests drets, molts d'ells relativament nous, com per l'efecte didàctic que aquest reconeixement genera sobre els mateixos ciutadans –que els assimilen i tendeixen a exigir-ne el respecte progressivament-, com sobre els servidors públics.

La Llei 26/2010 agrupa aquests drets amb caràcter general al primer capítol del Títol II, relatiu a l'actuació administrativa (art. 21-30). Hi consta el dret a la no-discriminació i a una atenció adequada, el dret a una bona administració, el dret a uns serveis públics de qualitat, a l'ús dels mitjans electrònics, a la presentació de documents, a l'accés al expedients, a l'accés a arxius i registres i a una informació veraç i de qualitat. Aquests drets són reiterats o completats en alguns casos per la Llei 29/2010 (en destaca l'art. 13, sobre el dret dels ciutadans i les empreses a un espai personalitzat a la seu electrònica corporativa de les Administracions amb qui es relacionin).

Menys positiu és que aquests drets, amb caràcter general, no van gaire més enllà de constituir mandats a les Administracions o declaracions essencialment programàtiques. En altres paraules, són drets sense garanties, o amb poques garanties, en cas d'incompliment. No hi ha en la regulació catalana mecanismes específics de protecció d'aquests drets, ni de sanció pel seu incompliment.

La Llei 26/2020 afirma solemnement que la primera finalitat de la Llei és "fer efectius els drets reconeguts per la Constitució, l'Estatut d'Autonomia i la resta de l'ordenament jurídic, i garantir-ne la plenitud, en les relacions de la ciutadania amb les administracions públiques de Catalunya" (art. 2.a). També proclama que "les administracions públiques de Catalunya han de garantir en llur actuació l'exercici i l'efectivitat dels drets dels ciutadans, qualsevol que sigui el mitjà de relació" (art. 29, "Garantia dels drets"), però, com avançava, no consten instruments específics de protecció, més enllà de les garanties generals que el Dret administratiu confereix als ciutadans per a la defensa de les seves posicions jurídiques.

En alguns casos es poden constatar fins i tot alguns retrocessos, problemàtics des de la seva compatibilitat amb la legislació bàsica aplicable. Així, els ciutadans tenim el dret a no aportar documents que ja es trobin en poder de les administracions públiques, "si bé en aquest cas se'ls pot requerir que facilitin la informació sobre l'expedient, actuació o arxiu en què es troba la dada o el document" (art. 25.4). El dret a una informació veraç i de qualitat podrà restar subjecte als "terminis i condicions" que s'estableixin per reglament (art. 28.3) i el dret a utilitzar un mitjà electrònic es pot exercir en qualsevol moment del procediment, però "requereix una sol·licitud expressa de la persona interessada" (art. 43.5).

Encara dins l'apartat dels dèficits, cal remarcar que la nova regulació posa un èmfasi especial en el principi de transparència (recollit igualment a l'EAC: art. 71.4). La Llei 26/2010 assenyala que garantir la transparència és una de les finalitats de la Llei (art. 2.d) i consagra aquest principi com a principi general de l'actuació administrativa (art. 31.2.setè). La transparència també és un principi informador de la incorporació dels mitjans electrònics al sector públic (art. 4.segon). La regulació catalana es mou, per tant, en la mateixa línia que la regulació espanyola del procediment administratiu i l'Administració electrònica, és a dir, en una línia d'emfasitzar i solemnitzar aquest principi de transparència. Malgrat tot, no ens hem de confondre: el règim d'accés a la informació

pública, en el sentit de millora del dret d'accés a arxius i registres, no ha millorat en absolut i es manté en la situació de dubtosa constitucionalitat imposat per la Llei 30/1992. Al meu parer, tot i que amb moltes dificultats, la legislació catalana disposava aquí d'un espai on innovar, espai que, tanmateix, no ha volgut aprofitar. Caldrà esperar, per tant, a l'aprovació de la promesa Llei estatal d'accés a la informació pública i tornar, de nou, a rebre i, si escau, desplegar, la legislació bàsica de l'Estat.

Una dificultat afegida per a les Administracions públiques catalanes, relacionada amb els drets dels ciutadans, prové de les novetats que s'han produït en la regulació de l'ús de les llengües. A pesar dels esforços dels estatuents catalans, la STC 31/2010 ha potenciat la conflictivitat en aquest àmbit i apunta cap a un major bilingüisme en les nostres Administracions. La LAE ja va apuntar en aquesta direcció en establir que en els territoris amb més d'una llengua oficial, les seus electròniques havien de possibilitar l'accés als seus continguts i serveis en les llengües corresponents (DA 6ª). La Llei 29/2006 també conté una regulació que no podem passar per alt: "Les aplicacions que les entitats que integren el sector públic posen a disposició dels ciutadans han de permetre que la consulta, la participació i la tramitació es puguin fer en la llengua oficial escollida per la persona interessada i han de permetre de canviar l'opció lingüística en qualsevol moment (DA 5a). El segon apartat d'aquesta disposició conté una previsió igualment interessant en el sentit d'habilitar l'ús, sense efectes jurídics, d'altres llengües a fi d'afavorir la integració de col·lectius de persones immigrades.

3.4 Relacions interadministratives

D'acord amb l'EAC (art. 160.1.a), la competència exclusiva de la Generalitat en matèria de règim local, respectant el principi d'autonomia local, inclou la regulació de les relacions entre les institucions de la Generalitat i els ens locals, i també de les tècniques d'organització i de relació per a la cooperació i la col·laboració, incloent-hi les diverses formes associatives, mancomunades, convencionals i consorcials.

El darrer títol de la Llei 26/2010 desplega aquesta habilitació competencial continguda a l'Estatut i regula les relacions interadministratives entre les administracions públiques incloses en l'àmbit d'aplicació de la Llei. En bona part, aquesta regulació constitueix una gran novetat en l'ordenament jurídic català, ja que es regula de forma sistemàtica i amb un cert detall els principis que regeixen les relacions interadministratives i els instruments al servei d'aquestes relacions, com ara els convenis de col·laboració, els consorcis interadministratius, les delegacions i els encàrrecs de gestió i la participació en òrgans de cooperació. La Llei preveu expressament que les relacions que mantenen cadascuna de les administracions públiques amb els organismes i entitats públiques que hi estan vinculades o en depenen es regeixen per la legislació específica, i no els són aplicables les disposicions del títol IX de la Llei. El contingut d'aquest títol constitueix una sistematització d'allò que succeeix en la realitat (o que hauria de succeïr). Sense introduir grans rigidesa, aporta una major seguretat i una major disciplina en un àmbit que tendeix a la disparitat o l'heterogeneïtat i en el qual no sempre queden prou garantits els interessos de les Administracions interessades. És possible que algunes solucions puguin suscitar dubtes o generar algunes tensions en regular amb una certa densitat alguns fenomens que es movien fins ara dins del marc d'una gran llibertat d'actuació.

Per sobre d'aquestes disfuncions, el marc legal adoptat és prou flexible i respectuós amb els interessos de les Administracions afectades i aconsegueix legitimar algunes solucions

institucionals que s'estaven assejant sense el suport normatiu necessari per operar amb una mínima seguretat.

El principi bàsic que cal assegurar és el de l'autonomia de totes les Administracions intervinents i el respecte als àmbits competencials respectius. Aquest repte és especialment pregon en les relacions interadministratives que s'estableixen en l'àmbit de l'Administració electrònica on, d'altra banda, són especialment necessàries i també proteiques. La Llei 29/2010, no de forma exclusiva, però sí de forma principal, és una Llei reguladora de les relacions interadministratives en l'àmbit electrònic. La intensitat d'aquestes relacions , que arriben a constituir un "model català d'Administració electrònica" (marc d'interoperabilitat, catàleg de dades i documents interoperables, Consorci Administració Oberta de Catalunya, xarxa de comunicacions electròniques de les administracions públiques catalanes) exigeix incrementar l'atenció per barrar el pas a les temptacions d'envair esferes jurisdiccionals alienes sota el pretext de la tècnica i el servei als ciutadans. Aquesta reflexió és aplicable en particular a les finestretes úniques electròniques, previstes a l'art. 40 de la Llei 26/2010, com a mesura de simplificació administrativa, atès que la finestreta és única, però les Administracions, els cercles d'interessos i les competències són diverses, com divers és el sistema institucional de la Generalitat.

4. Consideració final

En definitiva, la nova regulació catalana de règim jurídic i procediment administratiu s'enfronta a reptes importants i ens n'obre d'altres, que només des de l'estudi i l'aplicació d'aquestes normes podrem arribar a copsar plenament, per aprofitar-ne al màxim les possibilitats que ens ofereixen i també per corregir els problemes o les disfuncions que puguin generar. Cal esperar que la regulació catalana d'aquest àmbit central del dret públic sigui, a partir d'ara, menys reverencial o menys abúlica i, també, més rigorosa i racional. Ens convindria, de ben segur, que bona part dels principis que el legislador pretén imposar a l'actuació administrativa –eficàcia i eficiència, simplificació i racionalitat i lleialtat institucional- s'apliquessin igualment a l'actuació legislativa i, en particular, al nostre legislador de règim jurídic i de procediment de les Administracions públiques de Catalunya.

DELITOS DE FUNCIONARIOS Y AUTORIDADES PÚBLICAS A LA VISTA DE LA NUEVA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. DEL COHECHO, DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS, DE LOS FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES, Y DE LAS NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS (Tras la reforma de la LO 5/2010).

Daniel de Alfonso Laso.
Magistrat de la Sala de lo Penal
Audiència Provincial de Barcelona
Professor Associat UAB, UOC, UB

1- INTRODUCCIÓN. 1
2- EXAMEN DE LOS TIPOS PENALES. 3
2-a- COHECHO COMETIDO POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO. 3
2-a-1- EL ARTÍCULO 419. COHECHO PASIVO PROPIO. 3
2-a-2- EL ARTÍCULO 420 4
2-a-3- EL ARTÍCULO 421. 5
2-a-4- EL ARTÍCULO 422. 5
2-b- COHECHO ACTIVO O COMETIDO POR PARTICULAR. ARTÍCULO 424. 6
3- LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 426. 6
4- EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE COHECHO. 7
5- BREVES NOTAS SOBRE EL INSTRUMENTO EN EL DELITO DE COHECHO. 7

1- INTRODUCCIÓN.

El Código Penal en su Título XIX regula y sanciona los "Delitos contra la Administración Pública", abarcando en él aquellas conductas que lesionan de manera más gravosa el recto y normal funcionamiento de la actividad de la Administración Pública. Y es ahí precisamente donde se enclavan los delitos cometidos por los funcionarios y autoridades públicos. Si bien no podemos dejar de afirmar que dentro de esta rúbrica se acogen multitud de conductas de signo bien dispar, por lo que la dificultad para encontrar el bien jurídico protegido se hace evidente. Aun cuando estimo que podemos afirmar que el nexo de todas estas conductas es el carácter patrimonial, por el cuál se pretende torcer el correcto y ordenado funcionamiento de la Administración Pública.

Con la reforma del Código Penal de la ya famosa Ley Orgánica 5/2010 estos delitos sufren alguna modificación, aunque lo cierto es que el Legislador de los que más se ha ocupado es de los relativos al cohecho, al tráfico de influencias y a las transacciones internacionales.

Los importantes cambios que ahora se introducen con la reforma se justifican en atención a los compromisos internacionales derivados del Convenio Penal sobre la corrupción de 10 de mayo de 2005 ratificado el pasado 28 de abril. Con él se pretende homologar nuestra legislación con regulación penal internacional en materia de cohecho y tráfico de influencias.

Los ejes básicos, pues, de esta nueva reforma contemplan una simplificación de los tipos del cohecho. Siendo así que de los actuales (hasta la reforma, quiero decir) cinco tipos de cohecho pasivo se pasa ahora a tres categorías: - cohecho pasivo propio (art. 419), el cuál agrupa a los tipos contemplados en los artículos 419, 420, y 421 del C.P. del 95. – la del cohecho pasivo

impropio (art. 420), que era el anterior 425 nº1. – y la del cohecho en atención al cargo o función del empleado público (art. 422) que antes recogía el art. 426.

La simplificación es tal que implica, como luego veremos, la imposibilidad de realizar interpretaciones como la que hizo el TSJ de Valencia el 1 de agosto de 2009 en el asunto de "los trajes del Presidente Camps", y que fue revocado por la STS. de 17 de mayo de 2010.

Además la reforma prevé un delito de cohecho activo autónomo que ya no remite de ningún modo a las disposiciones pertinentes sobre cohecho pasivo y que aumenta de modo sensible su ámbito al incorporar la referencia tanto a los actos lícitos como a la simple consideración del cargo.

Como quiera que nos encontramos ante una figura jurídico penal de cierta complejidad pues el mismo admite varias modalidades en función de cuál sea el sujeto que tome la iniciativa en la corrupción y en función de cuál sea la conducta pedida u ofertada, trataremos en adelante de llevar a cabo un estudio mínimamente sistemático para su mejor comprensión. No sin antes avanzar, al menos, el origen de esta figura penal.

El Derecho Griego[1] ya preveía sanciones para el incumplimiento de los deberes del cargo, pero es en el Derecho Romano donde con mayor nitidez se presentó este delito y de donde proviene su concepto etimológico. Cohechar significaba ni más ni menos que "sobornar, corromper con dádivas al Juez, o a persona que intervenga en el juicio o a cualquier funcionario público para que contra justicia o derecho haga o deje de hacer lo que se le pida". En latín se nominaba "conficere"[2].

Cuando Roma extendió sus conquistas, los Pretores y los Cónsules que se enviaban para gobernar las nuevas provincias reunían en su persona el poder de todas las magistraturas de la metrópoli (militar, justicia, y finanzas) por lo que tales funcionarios provistos de tan ilimitado poder no encontraban dificultad para llevar a cabo toda suerte de abusos y desmanes. Ello fue lo que motivó, precisamente, la queja de las dos provincias de España y originó así una legislación tendente a erradicar tales abusos.

Así pués,insisto, podemos afirmar que todas las novedades que ahora se encuentran en la nueva regulación son:

- Se ha procedido a una reorganización sistemática de las distintas formas de cohecho, distinguiéndose cuatro tipos: * cohecho que tiene por objeto un acto contrario a los deberes inherentes al cargo (cohecho propio 419). * cohecho que tiene por objeto un acto propio del cargo (cohecho impropio 420). * cohecho que persigue la gratificación de un acto ya realizado (cohecho subsiguiente 421). Que será de aplicación tanto a los cohechos del 419 y del 420. * cohecho de "facilitación" (art. 422) que supone la admisión de ventajas en consideración al cargo o función, sin vinculación con acto del cargo determinado o determinable.
- Se aclara la responsabilidad que corresponde al particular corruptor. En el artículo 421 se sanciona a los particulares en los mismos supuestos y con las mismas penas que a los funcionarios, tanto en relación al cohecho propio como al impropio como al de facilitación.
- Las penas se han visto aumentadas.
- Se ha aumentado el círculo de sujetos responsables, al extenderse la condición de funcionario a sujetos que sin serlo en sentido estricto desempeñan funciones públicas de relevancia (artículo 423). Y se han incorporado los funcionarios comunitarios y nacionales de otros Estados de la Unión (artículo 427).
- Se prevé la posibilidad de que responda una persona jurídica.

---

[1] Véase Gambara L. "El Derecho Penal en la antigüedad".

[2] La consideración que se tenía de los derechos individuales hizo que se reprimieran con rigor las expoliaciones y los abusos de los funcionarios públicos no sólo cometidos en el seno de la ciudad capital, sino también los perpetrados en las lejanas provincias conquistadas en torno al mar Mediterráneo y sometidas a la égida romana.

Pero situándonos en nuestros días, pasemos al examen de las distintas modalidades de cohecho.

2- EXAMEN DE LOS TIPOS PENALES.

2-a- COHECHO COMETIDO POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO.

Dentro de esta clase específica de cohecho a su vez podrán distinguirse otras muchas en función de la concreta acción típica de solicitar o recibir dádiva o presente, o de aceptar ofrecimiento o promesa *"o favor o retribución de cualquier clase" –reforma 2010-*(art 419). O de solicitar o recibir dádiva o promesa *"o favor o retribución de cualquier clase" –reforma 2010-* (art. 420).

O en función del momento en que se realiza la acción. Anterior o posterior a la conducta contrapartida de la dádiva. Así puede ser antecedente; O subsiguiente.

2-a-1- EL ARTÍCULO 419. COHECHO PASIVO PROPIO.

Contiene este precepto un tipo alternativo mixto. En realidad se recogen tres conductas: la solicitud de dádiva favor o retribución de cualquier clase; la aceptación de la promesa de su entrega futura; y la recepción efectiva.

Tales conductas se ejecutan todas ellas para realizar en el ejercicio del cargo una acción contraria a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o para retrasar injustificadamente el acto que debiera de practicar.

De la expresión "en el ejercicio de su cargo" podemos afirmar –y así diremos a continuación algunos ejemplos- que han de excluirse toda acción y omisión constitutiva de delito que no guarde relación con el cumplimiento de sus funciones. Por ejemplo: no cometerá el delito de cohecho el profesor universitario que recibe una cantidad de dinero para llevar a cabo una detención ilegal o para no socorrer a una persona desamparada.

Mientras que por el contrario, sí se incluirán las conductas como la del Juez que acepta la entrega de un presente a cambio de dictar una sentencia injusta. O el Secretario Judicial que se compromete a destruir un documento cuya custodia tiene encomendada. O el Inspector perteneciente a la ITV que recibe una dádiva para alterar los datos del certificado de inspección técnica de un vehículo haciéndole que pueda pasar la inspección. O el agente de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que solicita una cantidad de dinero para no perseguir un determinado delito del que ha tenido conocimiento.

Por lo tanto, este artículo se configura como un delito mutilado en dos actos. Un primer acto de solicitud, recepción o aceptación de una dádiva. Y un segundo acto de realización en el ejercicio del cargo de una acción contraria a los deberes del mismo o de una omisión de realizar un acto o el retraso injustificado.

Con ello el Legislador ha pretendido reforzar la protección del bien jurídico, considerando consumado formalmente el delito incluso antes de haberse producido la lesión del bien jurídico tutelado.

Quedando así completado el tipo objetivo en el momento en que el funcionario público solicita o recibe una dádiva o acepta la promesa de su entrega futura, sin que sea necesario siquiera que comience a ejecutarse el delito contrapartida de tal dádiva.

Pero como crítica también podemos decir que de la comparación de este artículo -419- con los delitos contrapartida de la dádiva (por ejemplo prevaricación, nombramiento ilegal, omisión del deber de perseguir un delito, etc., respecto de los cuáles el cohecho no dejaría de ser más que un acto preparatorio) se evidencia una intolerable desproporción entre la gravedad de la pena

prevista en el cohecho –de 3 a 6 años de prisión- y la gravedad de la pena del resto de los tipos penales[3].

Así pues, además de dejar constancia del escaso respeto de este precepto sobre el principio de proporcionalidad y, por tanto, de mis dudas sobre su adecuación a la Constitución, en su día me cuestioné (hace ahora un año aproximadamente en otra ponencia sobre la materia) incluso hasta su propia existencia.

Ya dije entonces que el artículo 419 no tutela un único bien jurídico, sino tantos como acciones u omisiones constitutivas de delito pueda realizar el funcionario en el ejercicio de su cargo y a cambio de la dádiva, pues bien, como ya señalara, las conductas de este precepto, puestas en relación con los delitos que se puedan cometer por el funcionario público, no dejarían de ser actos preparatorios de éstos. Partiendo el Código Penal del 95 de la impunidad –como regla general- de los actos preparatorios, exceptuándose la provocación, la proposición y la conspiración para delinquir en los casos en que específicamente así lo prevea cada tipo penal.

Más ahora con la reforma, de forma tácita pero consciente, el Legislador ha endurecido el castigo y de manera sutil se ha sustituído la expresión "constitutivo de delito", referido al acto del funcionario por la expresión "contrario a los deberes inherentes al cargo".

Así pues, si analizamos dicha expresión veremos que la interpretación del cohecho pasivo experimenta un giro copernicano. Pongamos un ejemplo: imaginémonos a un funcionario político que vota a favor o en contra de una modificación de un plan urbanístico, o cambia su voto a favor de otro partido a consecuencia de una dádiva. En estos se exigía que el acto fuera injusto o delictivo. Y para ello la actividad del funcionario se convertía en injusta por estar vinculada a la dádiva, por lo que si su conducta se ejercitare sin mediar el precio la calificación de la misma no podría merecer la consideración de injusta ni de contraria a derecho.

Más al no requerir ahora el artículo 419 que el acto objeto del cohecho sea injusto, sino contrario a los deberes inherentes al cargo, las conductas podrán ser calificadas de delito de cohecho con mucha mayor facilidad.

Además, ya no será necesario equiparar ni plantear la equiparación entre ilícito penal (delito) e ilícito administrativo, pues en ambos casos se resolverá de manera idéntica, haciendo un concurso real –penando por separado- el delito comtido y el cohecho, tal y como se infiere del inciso final del nuevo artículo 419 al señalar que "la pena prevista se impondrá sin perjuicio de la pena que corresponda al acto realizado, omitido o retrasado si fuera éste constitutivo de delito".

2-a-2- EL ARTÍCULO 420

El artículo 420 castiga con prisión de dos años a cuatro años al funcionario público o autoridad que en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba por sí sólo o por persona interpuesta alguna dádiva, favor o retribución para ejecutar un acto propio de su cargo.

Con esta nueva redacción, se está incluyendo en el Código el denominado cohecho pasivo impropio.

Se sanciona así el cohecho que tiene por objeto adoptar actos que son conforme a derecho. Son en definitiva las situaciones en las que la autoridad o el funcionario público se comprometen a cambio de una ventaja a adoptar un acto propio de su cargo cuya valoración en términos de legalidad no conculca ni el derecho penal (no son delitos) ni el derecho administrativo. Y en ellas estimo que se pueden abarcar tanto los actos de naturaleza reglada como los de naturaleza discrecional.

---

[3] El principio de proporcionalidad ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como existente en tres preceptos constitucionales -1 nº1, 9 nº3, y 10 nº1 de la C.E.. Así se infiere de la STC de 28 de marzo de 1996.

2-a-3- EL ARTÍCULO 421.

Por su parte el artículo 421 tipifica el denominado cohecho subsiguiente. En él la conducta consiste en recibir una ventaja con posterioridad a la toma de decisión. Esto es, recibir la ventaja una vez adoptado el acto propio del cargo.

Por tanto, se está acordando sancionar al funcionario público o autoridad en los que aún no haya existido un acuerdo previo entre el funcionario y el corruptor o no haya existido ni siquiera solicitud de la dádiva.

En estos supuestos no se "compra" a la función pública sino que lo que se sanciona es el indebido cobro de honorarios por el funcionario.

En realidad el Legislador lo que ha buscado con este precepto es evitar la impunidad de quien ha realizado un acto justo, ajustado a derecho, sin acuerdo con el corruptor, pero del cuál a posteriori recibe una dádiva.

2-a-4- EL ARTÍCULO 422.

Se recoge en este nuevo redactado un tipo novedoso de cohecho pasivo impropio, que podríamos denominar como cohecho de facilitación, en el que se elimina ya la valoración penal en función de si la contraprestación a realizar por el funcionario público es un acto no prohibido legalmente o sí lo es.

En este precepto se persigue castigar las conductas o comportamientos en los que la gratificación al funcionario público tiene por objeto el "tenerle contento" o siempre en buena disposición.

Son conductas en las que se entabla una relación entre el funcionario público y el particular a fin de predisponerle favorablemente sin que se persiga la adopción de ningún concreto acto ni justo ni injusto. Parece pues que este precepto se acomoda a lo establecido por el TS en la sentencia de 12 de mayo de 2010 en la que se reconoce que la aceptación de regalos es o puede ser punible (caso Camps).

Señalar que el tipo exigirá, obviamente, la aceptación de la dádiva.

Otra cuestión en relación a este precepto es la relativa a si se castiga la conducta cuando el funcionario admite regalos que le son ofrecidos como retribución por actos ejecutados en el pasado???.

La expresión que antes se contenía en el artículo 426, ahora englobado en el actual artículo 422, "en consideración a su función" es sinónima de "en atención a su función, o de debido a su función". Se exige así una conexión entre el regalo y la función pública que ejerce el funcionario que lo admite. Sin que sea preciso que el regalo esté conectado a un concreto funcionamiento del funcionario.

Es importante destacar el importante papel que juega el dolo en este tipo penal. El dolo comprenderá que el sujeto conozca la condición de funcionario público, como que los regalos son ofrecidos en consideración a la función que desempeña. Es decir, el funcionario habrá de conocer la conexión causal entre el regalo que se le ofrece y la función pública que ejerce. (Auto del TSJ Valenciano sobre el caso Gurtel-Camps-motivo del archivo).

Por último nos preguntaremos si este concreto tipo penal debería de subsistir o por el contrario, desaparecer???. Bien, si tratamos de encontrar cuál sea el bien jurídico protegido en este artículo, concluiremos (y así lo hace la mayoría de la doctrina) que el mismo es "la honradez y la integridad". Ahora bien no del concreto funcionario público que comete el delito, pues en tal caso los siguientes cohechos serían impunes ya que el que una vez se ha deshonrado ya no puede seguir deshonrándose; sino del funcionario público considerado como entidad propia.

Pues bien, dicho bien jurídico protegido no resulta de entidad suficiente como para ser protegida penalmente de manera necesaria. Si la Constitución opera como filtro, este bien jurídico no ha encontrado reconocimiento alguno en la Norma Fundamental.

Por tal motivo yo soy partidario de la despenalización del artículo 422, si bien, será suficiente con la intervención del Derecho Administrativo.

2-b- COHECHO ACTIVO O COMETIDO POR PARTICULAR. ARTÍCULO 424.

El artículo 424, donde se recoge el cohecho cometido por particular, tiene o encuentra su reverso en los artículos 419, 420 y 421.

Me refiero a que el particular cuando trata de "corromper" con su dádiva solicitará alguna cosa de la autoridad o funcionario público. Siendo precisamente dicha solicitud la que se castiga cuando es el funcionario quien comete el delito.

El delito se consuma sin necesidad de que el funcionario público o autoridad realice la contrapartida de la dádiva. Ni siquiera es preciso que haya un principio de ejecución del acto para que tenga lugar la consumación del cohecho. Así se infiere del apartado primero de este artículo 424.

Sí habrá de decirse que si el funcionario o la autoridad dieran comienzo a la ejecución o ejecutaran totalmente el hecho relativo al ejercicio de su cargo contrapartida de la dádiva, en tal caso el particular habría de responder como inductor de la tentativa o del delito consumado, respectivamente, cometido por la autoridad o funcionario público.

Con la nueva redacción se pretende por el Legislador sancionar al particular en el mismo modo y casos en que se sanciona al funcionario público.

Incluso en los supuestos del artículo 422 (cohecho de facilitación), donde el pasado año yo mostrara mi duda sobre la punibilidad de tal conducta para el particular, quedará ahora recogida como típica tras la reforma del Código Penal. Me refiero a la conducta del particular que en la simple consideración del cargo del funcionario público le hace por tal motivo sin pedir nada a cambio la promesa o entrega la dádiva. Llegando incluso el Legislador en tal equiparación a igualar la pena imponible a ambos. De modo que desaparece ahora la prevención del antiguo artículo 423 a tenor del cuál se posibilitaba atenuar la pena al particular cuando éste no fuera quien tomara la iniciativa (artículo 424, párrafo 2º).

Una cuestión que merece ser destacada es la relativa a la posibilidad de hacer responder al particular como inductor del delito cometido por el funcionario público a consecuencia del cohecho. En mi opinión ello, de ser así, podría dar lugar a infringir el principio del non bis in idem.

Por último señalar que en el párrafo tercero, se previene específicamente el cohecho cuando tuviera lugar en relación a un procedimiento de contratación, de subvenciones, o de subastas. En estos casos la pena para el particular se amplía incluyéndose la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, o para contratar con entes públicos por tiempo de tres a siete años.

3- LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 426.

Resulta evidente que el mayor problema para la persecución de estos delitos radica en la dificultad de su descubrimiento. Por ello la política legislativa ha sido partidaria de entroncar un sistema que favorezca la delación por parte de funcionarios y de particulares. Y en concreto, los particulares pueden ser una fuente útil de información para descubrir las prácticas corruptas. El artículo 426, sigue esta tesis al disponer que "quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por la autoridad o funcionario público, denunciare el hecho antes de la apertura de procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos".

Con ello se persigue conseguir un doble objetivo: de una parte romper los vínculos de solidaridad o el pactum sceleris que pudiera haber entre el particular y el funcionario o autoridad. Y de otro, de

carácter preventivo para el funcionario o autoridad, que debe de saber que queda en manos del particular que podrá denunciarle incluso aún cuando hubiera llegado a un pacto con él.

4- EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO A LOS EFECTOS DEL DELITO DE COHECHO.

El artículo 427 extiende ahora el ámbito de aplicación de estos delitos al considerar que los mismos resultan aplicables también cuando intervienen funcionarios Comunitarios o nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

5- BREVES NOTAS SOBRE EL INSTRUMENTO EN EL DELITO DE COHECHO.

Resta sólo dar unas breves pinceladas sobre el instrumento a través del cuál se logra la "mal llamada corrupción" del funcionario.

En cuanto al concepto, las expresiones dádiva, presente, ofrecimiento, promesa, regalo, o soborno, son utilizadas por nuestro Legislador como términos sinónimos en cuanto que todos ellos encierran un similar sentido. Siendo empleada tal variedad de expresiones con la única finalidad de amplificar el significado del concepto.

En relación al contenido, y en concreto al contenido cualitativo, los autores no se ponen de acuerdo acerca de si la dádiva ha de tener un contenido netamente económico o si por el contrario se puede la misma extender a otras utilidades o beneficios en los que tal significado no está tan presente. Quiero decir, "corrupciones" de otro género en forma de seducciones, ascensos o menciones honoríficas.

A priori, parece que tales "ofertas" no integrarían los cohechos, sino que en su caso constituirían inducciones a la comisión de los actos delictivos o injustos de que se tratase. En esta línea se encuentran autores como Rodríguez Devesa, Muñoz Conde o Quintano sobre la base de que en el delito de cohecho la pena también lo es de multa. Multa que se fija en función del valor de la dádiva (tanto al sextuplo).

A pesar de ello, el criterio defendido por el Tribunal Supremo (STS 8 de noviembre de 1995 y de 6 de noviembre de 1993) es el de superar el contenido exclusivamente económico de la dádiva para incluir en la misma cualquier tipo de ventaja o beneficio. En la primera de las Sentencias expuestas se trataba de un sujeto que le pidió al presidente del tribunal que dictara una Sentencia absolutoria en una causa seguida contra él mismo y le ofreció a cambio un cargo como el de presidente de la Audiencia "Territorial" de Barcelona, o de Magistrado del Tribunal Supremo.

Por lo que al contenido cuantitativo se refiere, el Código Penal no establece una cuantía para la dádiva. Lo que en principio permitiría afirmar que el delito existiría cualquiera que fuere la cuantía de la dádiva siempre que concurrieran todos los elementos del delito, Sin embargo tanto doctrina como Jurisprudencia se han mostrado contrarias a esta tesis.

El Tribunal Supremo se ha preocupado de excluir los regalos que fueran meramente afectivos o de insignificancia, separándolos de los que son penalmente relevantes. Así en la STS de 28 de noviembre de 1956 se entendió que no había delito de cohecho en el obsequio de boda que se le hizo a un funcionario. Regalo que se realizó en la creencia de que así se cumplía con una obligación social.

No obstante, sí se ha apreciado el delito de cohecho cuando las dádivas han sido escasas en su cuantía pero se han producido de forma reiterada y repetida en el tiempo. Tal y como se infiere de la STS de 31 de octubre de 1992.

Quisiera finalizar, la ponencia, significando que no sólo se habla de dádiva o de presente u ofrecimiento en el Código Penal cuando éste se refiere al delito de cohecho, sino que tales expresiones se emplean en otros tipos penales tales como el falso testimonio para mover al

testigo o al perito, en el favorecimiento en la evasión de presos, en los delitos de tráfico de influencias, en los delitos cometidos por funcionarios públicos para solicitar favores sexuales y en los delitos de revelación de secretos o de información privilegiada.

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

Con carácter previo, y analizada la reforma de los delitos de cohecho, lo primero que deberemos de zanjar no es sino la apreciación de cuáles sean las diferencias con aquel delito.

En el delito de tráfico de influencias, a diferencia del delito de cohecho, lo importante no va a ser la dádiva o promesa, pues los métodos requeridos para lograr torcer la voluntad del Funcionario o Autoridad serán otros.

Piénsese que en este delito no se busca conseguir un acto justo o injusto, sino que lo pretendido y por tanto el bien jurídico protegido va a serlo el "principio de imparcialidad" de la Función Pública.

Lo anterior va a suponer una diferencia sustantiva respecto del cohecho. En concreto, en este delito (el tráfico de influencias) no se sanciona al Funcionario Público o Autoridad influenciado, sino que el castigo lo será sólo para el influenciante (bien sea Funcionario, autoridad o un particular).

Los delitos de tráfico de influencias, siguen regulándose en los artículos 428**,** 429 y 430 del Código Penal y su estructura y tipos son los mismos que hasta ahora existían.

Tan sólo se ven alterados por dos cuestiones. La primera el aumento de las penas, que pasan a llegar o abarcar hasta los dos años de prisión. Con lo que la posibilidad de sustitución de la pena de prisión se hace más dificultosa si la misma impuesta superare el año de privación de libertad por lo dispuesto en el artículo 88 del Código Penal.

La segunda cuestión es la relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas que viene expresamente prevista para estos delitos. Ahora bien, conviene, no obstante, no olvidar que el artículo 31 en su apartado 5º excluye la responsabilidad penal del Estado y los organismos de derecho público tanto administraciones como partidos políticos y sindicatos.

De modo que la responsabilidad penal de la persona jurídica tendrá lugar sólo en los supuestos en que ésta, la persona jurídica, haya sido creada con el fin concreto de eludir la responsabilidad criminal. O en otros términos, si se comete el delito de tráfico de influencias por una persona física que actúa en provecho y por cuenta de un organismo estatal al que pertenece, y lo hace influyendo sobre un funcionario público en los términos penalmente regulados, ello no ha de suponer la responsabilidad penal para el citado organismo estatal.

Indicar, por último, que este delito es de los que expresamente están recogidos en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, como delito a enjuiciar por esta clase de Tribunal.

EL DELITO DE FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES.

La novedad única en estos delitos se encuentra en el artículo 436 del Código Penal. Como quiera que la materia que me ha sido encomendada se refiere a las novedades legislativas introducidas, omitiremos toda la materia genérica de los delitos, para centrarnos en eso que se me pide. Las novedades.

El artículo 436 que rezaba "la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usare de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.

Se añade ahora un segundo párrafo que dice: “al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años”.

La conducta por tanto consiste en concertarse el funcionario público o la autoridad con el particular. Estamos, pues, ante un tipo penal de “encuentro de voluntades” por lo que el Tribunal Supremo ya dijera que la acción típica del precepto es el concierto, el ponerse de acuerdo en funcionario con los especuladores o interesados, siendo en ese mismo momento cuando se consuma el delito (STS 2-2-94).

El interés jurídico protegido no es sino la asignación equitativa del gasto público por lo que el delito se configura como un delito de peligro y de mera actividad en el que no se precisa para su consumación el enriquecimiento personal de ninguno de los intervinientes, ni tampoco el efectivo daño para el patrimonio del ente público (STS 18-2-2003).

De este modo se evita tener que acudir a la dogmática penal explicativa de los delitos especiales propios o impropios, que hasta ahora se había empleado, castigando al particular como un tercero extráneus, al que se le aplicaba la atenuante analógica de no ser funcionario público (fundamentada sobre el inferior merecimiento de la pena que el sujeto activo funcionario público o autoridad).

DE LAS NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

También en este grupo de delitos se experimenta una novedad en la reforma. En concreto se altera el redactado del artículo 439 del Código Penal que antes decía “la autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse 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 inhabiltiación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años”.

Pasando a la siguiente redacción: “la autoridad o funcionario público que, **debiendo intervenir por razón de su cargo** en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en **la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años”.**

Como puede fácilmente apreciarse de la lectura de ambos preceptos, se ha sustituído la fórmula “debiendo informar”, por la expresión “debiendo intervenir”.

Ello no es baladí y presenta mayor calado del que a simple vista pudiere parecer.

En efecto, la Jurisprudencia del T.S. venía interpretando el antiguo artículo 439 en el sentido de incluir como autores del delito a todos los funcionarios públicos incluso aunque no informaran sobre el asunto en cuestión (SSTS. 4-7-97, 28-3-98, entre otras).

Pero con una Sentencia, la STS de 28 de diciembre de 2003, se dio un giro radical en dicha interpretación y se pasó a entender que la condena tan sólo podría serlo del funcionario público que por razón de su cargo debiera de informar el asunto. Quedando extramuros del tipo penal y de la autoría los funcionarios públicos que resolvían sin tener el deber de informar.

Esta Jurisprudencia, qué duda cabe, es más acorde con el principio de legalidad tasada.

Más con la nueva redacción del artículo 439 el delito se configura como delito de peligro abstracto en el que no se requiere ni el perjuicio a la Administración, ni el beneficio del funcionario público. Y

se permitirá la inclusión de todo funcionario público que incluso se abstenga de intervenir debiendo de hacerlo, e incluso al que no tenga capacidad de decisión.

Ahora bien, este tipo penal presentará así redactado problemas concursales con el artículo ya examinado del 436. Pues si antes la diferencia entre ambos residía en el comportamiento del funcionario público ("interviniendo por razón de su cargo -436-"), en la nueva redacción del 439 se incrimina al funcionario público "que debiendo de intervenir por razón de su cargo…".

El único elemento diferenciador que se aprecia entre ambos preceptos será que en el artículo 436 se exige y requiere un elemento subjetivo específico (el propósito de defraudar a cualquier ente público), circunstancia que no se exige en el artículo 439 en el que se castiga la simple intervención del funcionario público o autoridad con independencia de que con ello se irrogue o no un perjuicio a la Administración ni de que se obtenga un beneficio económico por el autor del delito.

En Barcelona a 14 de enero de 2011.

Publicitat i Informació durant la campanya electoral

Dra. Gemma Segura

ÍNDEX

1. INTRODUCCIÓ
2. DEFINICIÓ DE CONCEPTES
3. PUBLICITAT INSTITUCIONAL I PERÍODE ELECTORAL
4. PUBLICITAT (O PROPAGANDA) ELECTORAL EN ELS MITJANS DE COMUNICACIÓ DE TITULARITAT LOCAL
5. LA INFORMACIÓ SOBRE LA CAMPANYA ELECTORAL EN ELS MITJANS DE TITULARITAT PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓ

Marc legal

a) Publicitat institucional

- Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya.
- Llei 18/2000, de 29 de desembre, per la qual es regula la publicitat institucional (publicitat institucional de les administracions de Catalunya, incloent-hi les administracions locals i supralocals).
- Llei estatal 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional (campanyes institucionals de l'administració general de l'Estat i del sector públic estatal). L'article 4, que regula les prohibicions, té caràcter bàsic.

1. INTRODUCCIÓ

b) Propaganda electoral

- Llei orgànica del règim electoral general (LOREG)
- Llei orgànica 10/1991, de 8 d'abril, de publicitat electoral en emissores municipals de radiodifusió sonora.
- Llei orgànica 14/1995, de 22 de desembre, de publicitat electoral en emissores de televisió local per ones terrestres.
- Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya.

c) Informació durant el període electoral

- Article 66 de la LOREG.
- Article 89.2 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya.

2. DEFINICIÓ DE CONCEPTES

2.1. Propaganda electoral i informació

a) Definició de propaganda

Acció o efecte de donar a conèixer alguna cosa amb la finalitat d'atraure adeptes o compradors.

b) La propaganda electoral

En el cas de la propaganda (o publicitat) electoral: activitat consistent en donar a conèixer les diverses candidatures i sol·licitar el vot per a elles. Segons el Tribunal Constitucional:

> *"el mensaje deja de ser neutral cuando quien lo transmite lo utiliza para pedir el voto o el apoyo político de los ciudadanos a ese mensaje. Los mensajes electorales no pretenden informar, sino captar sufragios y, en consecuencia, no sólo pretenden que los ciudadanos formen su opinión en libertad, sino que acepten el mensaje que difunde y traduzcan ese beneplácito en la dación del voto"* (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 17º).

2. DEFINICIÓ DE CONCEPTES

c) La informació: concepte i llibertat d'informació

- La informació es defineix com l'activitat de comunicació o d'adquisició de coneixements sobre una matèria.
- La llibertat per a comunicar i per a rebre informació veraç constitueix un dret fonamental reconegut per la Constitució (article 20) i pel Conveni Europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals (article 10).
- El dret a la llibertat d'informació és un dels principals fonaments de tota societat democràtica, i així ho ha afirmat reiteradament la jurisprudència del TC i del TEDH.
- Contingut i objecte de la llibertat d'informació:

  → El dret a comunicar informació es refereix a la difusió de fets que mereixen ser considerats com a noticiables (STC 144/1998, de 30 de juny). Es diferencia de la llibertat d'expressió en què aquesta té per objecte els pensaments, idees i opinions (que inclouen apreciacions i judicis de valor), mentre que la llibertat d'informació té per objecte fets constatables o veraços.

2. DEFINICIÓ DE CONCEPTES

→ L'article 20.1.d) CE exigeix expressament que la informació comunicada en l'exercici d'aquest dret ha de ser veraç i la jurisprudència del TC i del TS ha concretat què cal entendre per informació veraç.

→ De conformitat amb aquesta jurisprudència, l'article 7 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de comunicació audiovisual de Catalunya, disposa que *La informació difosa pels prestadors de serveis de comunicació audiovisual ha d'ésser veraç. S'entén per informació veraç la que es fonamenta en fets que es poden sotmetre a una comprovació diligent, professional i fidedigna*.

→ En definitiva, per veracitat informativa no s'ha d'entendre l'exigència de limitar l'exercici del dret d'informació a la transmissió de fets provats científicament o sense cap tipus de dubte, sinó de fets que reuneixen unes condicions o aparença raonables d'haver estat contrastats de conformitat amb el paràmetre de la professionalitat dels informadors.

2. DEFINICIÓ DE CONCEPTES

d) Conclusions:

- L’emissió de propaganda electoral no suposa l’exercici del dret d’informació definit per l’article 20.1 de la Constitució, atès que a la propaganda no se li exigeix veracitat, sinó que, d’acord amb la seva finalitat d’obtenir el vot, pot ser exagerada o tendenciosa.
- La comunicació d’informació durant la campanya electoral i respecte a l’activitat pròpia d’aquesta campanya sí comporta l’exercici del dret fonamental esmentat.

2. DEFINICIÓ DE CONCEPTES

2.2. Publicitat institucional i propaganda electoral

a) Concepte de publicitat: inclou no només la propaganda, sinó també l'activitat de divulgació d'informació sobre fets o actuacions.

b) Concepte legal de publicitat institucional (article 3 de la Llei 18/2000, per la qual es regula la publicitat institucional).

c) Diferències amb la propaganda

Les normes que regulen la publicitat institucional prohibeixen la seva utilització partidista i li exigeixen veracitat, en el sentit de requerir que aquesta publicitat sigui clara, completa, i no porti a conclusions errònies, ni per ambigüitat, inexactitud, omissions o d'altres circumstàncies (article 4.a) i d) de la Llei 18/2000).

3. PUBLICITAT INSTITUCIONAL I PERÍODE ELECTORAL

3.1. Règim general de la publicitat institucional

- Requisits relatius al contingut de la publicitat institucional (article 4 de la Llei estatal 29/2005, de publicitat i comunicació institucional i article 109.2.a). b) i c) de la Llei 22/2005).

  (a) Prohibició de campanyes institucionals:

  - Que tinguin com a finalitat destacar la gestió o els objectius assolits per les administracions públiques. STS de 14 de juny de 2010 (JUR\2010\256456), que desestima el recurs de cassació contra la STSJ núm. 785/2009, de 8 de juliol (RJCA\2009\875).
  - Que obstaculitzin o pertorbin les polítiques públiques, incloguin missatges discriminatoris o contraris als principis, valors i drets constitucionals, o incitin a la violència o a comportaments contraris a l'ordenament jurídic.
  - Que llur presentació indueixi a confusió amb el símbols, idees o imatges utilitzades per qualsevol formació política o organització social.
  - Que no s'identifiquin clarament com a campanyes institucionals i no incloguin la menció expressa a l'Administració o entitat promotora.

  (b) La publicitat institucional per ràdio i televisió només pot tenir com a objecte la informació sobre els serveis públics.

3. PUBLICITAT INSTITUCIONAL I PERÍODE ELECTORAL

- Correspon al Consell de l'Audiovisual de Catalunya la verificació del compliment de tots els requisits que estableix l'apartat 2 de l'article 109 (article 109.3 de la Llei 22/2005).

3. PUBLICITAT INSTITUCIONAL I PERÍODE ELECTORAL

3.2. Règim aplicable durant el període electoral

- Prohibició de la publicitat institucional durant els períodes electorals, llevat de l'adreçada a informar els ciutadans sobre la data de les eleccions, el procediment per a votar i els requisits i tràmits del vot per correu (article 8 de la Llei 18/2000, per la qual es regula la publicitat institucional i article 109.2.d) i e) de la Llei 22/2005, més restrictius que l'article 10 de la Llei estatal 29/2005, de publicitat i comunicació institucional).
- Des de la data de publicació de la convocatòria de les eleccions municipals, les administracions locals catalanes no poden emetre cap publicitat institucional a través dels mitjans audiovisuals (article 50.1 de la LOREG i Document CAC de 5 de febrer de 2007).
- La infracció de l'article 50.1 de la LOREG constitueix infracció administrativa (article 153.1 de la LOREG), que correspon sancionar a la Junta Electoral Central. STS d'11 de novembre de 2009 (RJ\2010\1723).

4. PUBLICITAT (O PROPAGANDA) ELECTORAL EN ELS MITJANS DE COMUNICACIÓ DE TITULARITAT LOCAL

4.1. Disposicions generals

- Prohibició de difondre propaganda electoral fora del termini de la campanya electoral (article 53 de la LOREG).
- Possibilitat de realitzar publicitat en la premsa periòdica i en les emissores de ràdio de titularitat privada (article 58.1 de la LOREG).
- Prohibició de contractació d'espais de publicitat electoral en els mitjans de comunicació de titularitat pública (article 60.1 de la LOREG). Es reitera:
  - Per a les emissores de televisió local (article 1.1 de la Llei orgànica 14/1995, de 22 de desembre).
  - Per a les emissores municipals de radiodifusió sonora (article 1.1 de la Llei orgànica 10/1991, de 8 d'abril).
  - Per a qualsevol altre mitjà de les noves tecnologies de la informació i la comunicació electròniques (Instrucció de la JEC 4/2007, de 12 d'abril, apartats primer i segon).

4. PUBLICITAT (O PROPAGANDA) ELECTORAL EN ELS MITJANS DE COMUNICACIÓ DE TITULARITAT LOCAL

- Dret dels partits, federacions, coalicions i agrupacions que concorrin a les eleccions municipals a espais gratuïts de propaganda electoral, durant la campanya electoral, en els mitjans de comunicació de titularitat pública (article 60.1 de la LOREG). Es reitera:
  - Per a les emissores de televisió local (article 1.2 de la Llei orgànica 14/1995, de 22 de desembre).
  - Per a les emissores municipals de radiodifusió sonora (article 1.2 de la Llei orgànica 10/1991, de 8 d'abril).
- Les emissores de televisió local i les emissores municipals de radiodifusió sonora no distribuiran espais gratuïts de propaganda electoral en eleccions diferents a les municipals (articles 1.2 de la Llei orgànica 14/1995, de 22 de desembre i de la Llei orgànica 10/1991, de 8 d'abril).
- El dret als temps d'emissió gratuïts correspon només als partits, federacions o coalicions que presentin candidatures en municipis que comprenguin al menys al 50 per cent de la població de dret de les circumscripcions incloses en l'àmbit de difusió o de programació del mitjà corresponent (article 188 de la LOREG).

4. PUBLICITAT (O PROPAGANDA) ELECTORAL EN ELS MITJANS DE COMUNICACIÓ DE TITULARITAT LOCAL

4.2. Distribució dels espais gratuïts de propaganda electoral en el cas de les eleccions municipals

- Regla general: la distribució es fa atenent al nombre total de vots que va obtenir cada candidatura en les anteriors eleccions municipals (article 61 de la LOREG).
- Barem de distribució per a tots els mitjans de titularitat pública (article 64.1 de la LOREG).
- Determinació del moment i l'ordre d'emissió dels espais de propaganda electoral segons les preferències de les candidatures en funció del nombre de vots que van obtenir en les anteriors eleccions (article 67 de la LOREG).
- Correspon a la JEC la distribució dels espais gratuïts de propaganda electoral que s'emetin pels mitjans de comunicació públics, però en el cas de les eleccions municipals (i també en d'altres) la JEC delega la competència per a distribuir aquests espais en els mitjans de comunicació de titularitat autonòmica i local (article 65.1 i 5 de la LOREG).

5. LA INFORMACIÓ SOBRE LA CAMPANYA ELECTORAL EN ELS MITJANS DE TITULARITAT PÚBLICA

(a) Exigència de respecte al pluralisme polític i social i de neutralitat informativa durant el període electoral (article 66 de la LOREG i article 89.2 de la Llei 22/2005):

- Correspon garantir el compliment als òrgans de govern i de control del mitjà corresponent.
- Les decisions d'aquests òrgans són recurribles davant les juntes electorals competents.

(b) Interpretació de la JEC sobre les conseqüències d'aquest precepte: la imposició dels anomenats blocs informatius electorals.

- Davant dels recursos presentats pels partits polítics, normalment exigeix l'assignació predeterminada de temps i d'ordre de presentació dels espais informatius corresponents a cada candidatura, en funció dels resultats de les anteriors eleccions, i no en el conjunt de la campanya electoral, sinó dia a dia.
- Els acords adoptats fins a la data només es refereixen a la campanya electoral, i no al conjunt del període electoral.

5. LA INFORMACIÓ SOBRE LA CAMPANYA ELECTORAL EN ELS MITJANS DE TITULARITAT PÚBLICA

(c) Sobre els blocs informatius electorals i el dret fonamental a la llibertat d'informació.

- La imposició dels blocs informatius electorals constitueix una restricció a l'exercici de la llibertat d'informació?
- Requisits per a considerar constitucionalment legítima una restricció d'un dret fonamental: existència de cobertura legal clara i explícita; i necessitat, congruència i proporcionalitat de la limitació per a la protecció del principi o dret que la justifica.

ARTICLES

Art. 20 CE

1. Es reconeixen i es protegeixen els drets:

a) A expressar i difondre lliurement els pensaments, les idees i les opinions mitjançant la paraula, l'escriptura o qualsevol altre mitjà de reproducció.

b) A la producció i a la creació literària, artística, científica i tècnica.

c) A la llibertat de càtedra.

d) A comunicar o a rebre lliurement informació veraç per qualsevol mitjà de difusió. La llei regularà el dret a la clàusula de consciència i al secret professional en l'exercici d'aquestes llibertats.

2. L'exercici d'aquests drets no pot ser restringit per mitjà de cap tipus de censura prèvia.

3. La llei regularà l'organització i el control parlamentari dels mitjans de comunicació social que depenguin de l'Estat o de qualsevol entitat pública i garantirà l'accés a aquests mitjans dels grups socials i polítics significatius, respectant el pluralisme de la societat i de les diferents llengües d'Espanya.

4. Aquestes llibertats tenen el límit en el respecte als drets reconeguts en aquest títol, en els preceptes de les lleis que el desenvolupin i, especialment, en el dret a l'honor, a la intimitat, a la imatge pròpia i a la protecció de la joventut i de la infància.

5. Només podrà acordar-se el segrest de publicacions, gravacions i altres mitjans d'informació en virtut de resolució judicial.

Art. 10 Conveni Europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals

Libertad de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. **Este derecho comprende** la libertad de opinión y **la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas** y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa.

2. **El ejercicio de estas libertades**, que entrañan deberes y responsabilidades, **podrá ser sometido a** ciertas formalidades, condiciones, **restricciones** o sanciones **previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática**, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la saludo de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Jurisprudència

“Sobre la veracidad de la información, este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina según la cual este requisito constitucional “no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado” (SSTC 6/1988, de 21 de enero, y 192/1999, de 25 de octubre). La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, y 144/1998, de 30 de junio)” (STC 136/2004, de 13 de setembre)

Jurisprudència

“No es requisito de la prueba de veracidad ... la demostración plena y exacta de los hechos imputados. Basta con un indicio significativo de probanza, que no es, ni lógicamente puede ser, la de la prueba judicial, es decir, más allá de la duda razonable. Exigir tal tipo de prueba a quien imputa hechos irregulares a otro –hechos que, en el presente caso, en ningún momento son calificados por los Tribunales ordinarios más que de graves y nunca de delictivos- supondría cercenar de raíz la posición capital que la formación de la opinión pública a través de la libertad de información tiene en una sociedad democrática” (STC 143/1991, d’1 de juliol, FJ 6º).

“Información veraz significa información comprobada y contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias ... y que el requisito de la veracidad de la información ... no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, porque no es preciso que la verdad sea absoluta sino como resultado de una diligente búsqueda que asegure la seriedad del esfuerzo informativo” (STS 203/2006, de 9 de març, RJ 5412/2006).

Art. 3 de la Llei 18/2000

Descripció

1. Als efectes del que disposa aquesta Llei, s'entén per publicitat institucional la publicitat que duen a terme les ***institucions públiques per promoure i defensar els valors i les conductes que permetin consolidar la democràcia, el benestar social, la salut o la prevenció i la seguretat****.*

2. D'acord amb la concepció especificada per l'apartat 1, la publicitat institucional té per objecte:

a) ***Promoure*** *i defensar la democràcia i els valors de la societat, com ara el benestar social, la cultura de la pau, la solidaritat o la salut.*

b) Informar sobre els drets i les obligacions dels ciutadans o grups de ciutadans.

c) ***Informar*** *sobre l'existència de les entitats i les institucions públiques, de les activitats que duen a terme, dels serveis que presten o dels productes que promouen.*

d) ***Informar*** *de les activitats o els projectes duts a terme per l'Administració pública en l'àmbit de les seves atribucions o competències.*

e) ***Promoure*** *qualsevol altre missatge en l'àmbit de les competències o l'objecte social de l'entitat, la societat o la persona juridicopública que promou la comunicació.*

Art. 3 de la Llei 18/2000

3. La publicitat institucional prové de l'Administració i, per tant, està inherentment al servei de tots els ciutadans i ciutadanes de Catalunya.
4. La publicitat institucional ha de constituir un instrument útil per al desenvolupament global, i vetllar pels drets de les persones destinatàries i pel respecte de l'ètica publicitària.
5. La publicitat institucional, a més d'ésser explicativa de la institució en el seu marc global, ha de difondre missatges que contribueixin a implicar els ciutadans i les ciutadanes en el procés de construcció d'una societat avançada des del punt de vista del seu progrés econòmic i social i de la seva consciència cívica. Així mateix, ha de tenir sempre present en els seus missatges una voluntat cohesionadora i integradora del conjunt de la societat.

Art. 4.a) de la Llei 18/2000

La publicitat institucional ha de respectar les disposicions establertes sobre publicitat, sobretot quant a publicitat enganyosa, deslleial, subliminar i encoberta, i també el codi de conducta publicitària següent:

a) La utilització no partidista de la publicitat institucional: cap comunicació publicitària institucional no ha d'ésser partidista, ni tenir punts de similitud amb la publicitat que dugui a terme cap partit polític per a la seva pròpia imatge o la captació d'afiliats. Sempre cal desmarcar clarament la publicitat institucional de la propaganda política. En aquest sentit, s'ha d'evitar la confusió i la coincidència de les campanyes institucionals amb les campanyes electorals, amb l'excepció de les campanyes institucionals referides al mateix procés electoral.

Art. 4.d) de la Llei 18/2000

d) La veracitat: els anuncis institucionals han d'ésser clars i complets. La publicitat institucional no ha de portar a conclusions errònies, ni per ambigüitat, per inexactitud de dades o per omissió ni per altres circumstàncies.

Art. 4 de la Llei 29/2005

1. No se podrán promover o contratar campañas institucionales de publicidad y de comunicación:

a) Que tengan como finalidad destacar los logros de gestión o los objetivos alcanzados por los sujetos mencionados en el artículo 1 de esta Ley.

b) Que manifiestamente menoscaben, obstaculicen o perturben las políticas públicas o cualquier actuación legítimamente realizada por otro poder público en el ejercicio de sus competencias.

c) Que incluyan mensajes discriminatorios, sexistas o contrarios a los principios, valores y derechos constitucionales.

d) Que inciten, de forma directa o indirecta, a la violencia o a comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico.

2. Los mensajes o la presentación de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación no podrán inducir a confusión con los símbolos, ideas, expresiones, diseños o imágenes empleadas por cualquier formación política u organización social.

3. No se podrán difundir campañas institucionales de publicidad que no se identifiquen claramente como tales y que no incluyan la mención expresa de la Administración o entidad promotora o contratante.

Art. 109.2. a) b) i c) de la Llei 22/2005

La publicitat institucional ha de complir els requisits següents:

a) Només pot tenir com a objecte la informació sobre els serveis públics.

b) No pot promoure ni desenvolupar campanyes que tinguin com a finalitat destacar la gestió o els objectius assolits pels poders públics.

c) No pot induir a confusió directa o indirecta amb relació a elements identificatius de partits polítics o de les campanyes de propaganda electoral.

Art. 109.3 de la Llei 22/2005

El Consell de l'Audiovisual de Catalunya és l'òrgan competent per a verificar el compliment del que estableix l'apartat 2.

Art. 109.2. d) i e de la Llei 22/2005

d) Les administracions de Catalunya, durant els períodes electorals, únicament poden fer campanyes de caràcter institucional destinades a informar els ciutadans sobre la data en què han de tenir lloc les eleccions o el referèndum, el procediment per a votar i els requisits i els tràmits del vot per correu. Aquestes campanyes en cap cas no poden suggerir, directament o indirectament, opcions de vot.

e) El termini de prohibició de la publicitat institucional durant els períodes electorals s'inicia el dia de la publicació de la convocatòria d'eleccions.

Art. 10 de la Llei 29/2005

Las campañas institucionales reguladas en esta Ley y realizadas durante un proceso electoral o de referéndum se sujetarán, además, a la normativa especial prevista en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio (RCL 1985, 1463 y RCL 1986, 192; ApNDL 4080) , del Régimen Electoral General, y en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero (RCL 1980, 163; ApNDL 11680) , sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum.

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, los poderes públicos y las entidades a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley, se abstendrán de realizar campañas institucionales en período electoral, entendiendo por tal el lapso temporal comprendido entre la convocatoria de elecciones y el día mismo de la votación, con las siguientes excepciones:

a) Las expresamente previstas en la normativa electoral en relación con la información a los ciudadanos sobre la inscripción en las listas del censo electoral o las demás previstas en el artículo 50.1 de la LOREG.

b) Las que puedan resultar imprescindibles para la salvaguarda del interés público o para el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos.

Art. 50.1 de la Llei 5/1985

Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden realizar durante el período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores. Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña.

Art. 153.1 de la Llei 5/1985

Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 20.000 a 200.000 pesetas si se trata de autoridades o funcionarios y de 5.000 a 100.000 si se realiza por particulares.

Art. 53 de la Llei 5/1985

No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado ni tampoco durante el período comprendido entre la convocatoria de las elecciones y la iniciación legal de la campaña. La prohibición referida a este último período no incluye las actividades habitualmente realizadas por los partidos, coaliciones y federaciones en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente reconocidas y, en particular, en el artículo 20 de la Constitución (RCL 1978, 2836) .

Art. 60.1 de la Llei 5/1985

No pueden contratarse espacios de publicidad electoral en los medios de comunicación de titularidad pública.

Art. 1.1 de la Llei 14/1995

No podrán contratarse espacios de publicidad electoral en las emisoras de televisión local por ondas terrestres.

Art. 1.1 de la Llei 10/1991

No pueden contratarse espacios de publicidad electoral en las emisoras de radiodifusión sonora de titularidad municipal.

Instrucció de la JEC 4/2007, de 12 d'abril, apartats primer i segon

Primero.-El objeto de esta Instrucción es aclarar que las prescripciones establecidas por la legislación vigente en materia de campaña electoral, o de campaña de propaganda en un referéndum, son aplicables cuando se empleen las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación electrónicas.
A efectos de esta Instrucción, se entiende por nuevas tecnologías de información y de la comunicación electrónicas, cualquier tipo de equipos, sistemas, programas o dispositivos electrónicos que permitan la difusión de información, ideas u opiniones, sea mediante páginas web, foros, «chats», correo electrónico u otros medios en Internet, sea mediante mensajes de telefonía móvil (SMS) u otros análogos.

Segundo.-Los poderes públicos velarán para que en el empleo de los sistemas de información y de comunicación electrónicas que directa o indirectamente se encuentren bajo su dependencia respeten las limitaciones que en materia de campaña electoral o de propaganda establecen la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de Referéndum y la legislación aprobada por las Comunidades Autónomas en la materia. Con independencia de la responsabilidad que pudiera incumbir a los autores de las infracciones electorales, los responsables de los referidos sistemas de información y de comunicación electrónicos podrán incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de dicho deber conforme a lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como en el resto de la normativa aplicable en la materia.

Art. 60.1 de la Llei 5/1985

No pueden contratarse espacios de publicidad electoral en los medios de comunicación de titularidad pública.

Art. 1.2 de la Llei 14/1995

No obstante, los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que concurran a las elecciones municipales tendrán derecho durante la campaña electoral a espacios gratuitos de propaganda en las emisoras gestionadas por los Ayuntamientos de aquellas circunscripciones donde presenten candidaturas. Los criterios aplicables de distribución y emisión de estos espacios serán los establecidos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio (RCL 1985, 1463 y RCL 1986, 192; ApNDL 4080) , del Régimen Electoral General.

Estas emisoras no distribuirán espacios gratuitos de propaganda electoral en elecciones distintas a las municipales.

Art. 1.2 de la Llei 10/1991

Los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que concurran a elecciones municipales tendrán derecho durante la campaña electoral a espacios gratuitos de propaganda en las emisoras de titularidad municipal de aquellas circunscripciones donde presenten candidaturas. Los criterios aplicables de distribución y emisión son los establecidos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio (RCL 1985, 1463 y RCL 1986, 192; ApNDL 1975-85, 4080) , del Régimen Electoral General.

Art. 1.2 de la Llei 14/1995

No obstante, los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que concurran a las elecciones municipales tendrán derecho durante la campaña electoral a espacios gratuitos de propaganda en las emisoras gestionadas por los Ayuntamientos de aquellas circunscripciones donde presenten candidaturas. Los criterios aplicables de distribución y emisión de estos espacios serán los establecidos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio (RCL 1985, 1463 y RCL 1986, 192; ApNDL 4080) , del Régimen Electoral General.

Estas emisoras no distribuirán espacios gratuitos de propaganda electoral en elecciones distintas a las municipales.

Art. 1.2 de la Llei 10/1991

Los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que concurran a elecciones municipales tendrán derecho durante la campaña electoral a espacios gratuitos de propaganda en las emisoras de titularidad municipal de aquellas circunscripciones donde presenten candidaturas. Los criterios aplicables de distribución y emisión son los establecidos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio (RCL 1985, 1463 y RCL 1986, 192; ApNDL 1975-85, 4080) , del Régimen Electoral General.

Art. 188 de la Llei 5/1985

El derecho a los tiempos de emisión gratuitos en los medios de titularidad pública, regulado en el artículo 64, corresponde en el caso de elecciones municipales a aquellos partidos, federaciones o coaliciones que presentan candidaturas en municipios que comprendan al menos al 50 por 100 de la población de derecho de las circunscripciones incluidas en el ámbito de difusión o, en su caso, de programación del medio correspondiente.

Art. 61 de la Llei 5/1985

La distribución de espacios gratuitos para propaganda electoral se hace atendiendo al número total de votos que obtuvo cada partido, federación o coalición en las anteriores elecciones equivalentes.

Barem de distribució

- Partits, federacions i coalicions que no van concórrer o no van obtenir representació a les anteriors eleccions. - Federacions d'agrupacions d'electors, si presenten candidatures en municipis que comprenen com a mínim el 50% de la població de dret de la circumscripció inclosa en l'àmbit de difusió del mitjà corresponent.	10 minuts
Partits, federacions i coalicions que, havent obtingut representació, no haguessin arribat al 5% del total de vots vàlids emesos en les circumscripcions compreses en l'àmbit de difusió del mitjà.	15 minuts
Partits, federacions i coalicions que, havent obtingut representació, haguessin obtingut entre el 5 i el 20% del total de vots vàlids emesos en les circumscripcions compreses en l'àmbit de difusió del mitjà.	30 minuts
Partits, federacions i coalicions que, havent obtingut representació, haguessin obtingut almenys un 20% del total de vots vàlids emesos en les circumscripcions compreses en l'àmbit de difusió del mitjà.	45 minuts

Art. 64.1 de la Llei 5/1985

La distribución del tiempo gratuito de propaganda electoral en cada medio de comunicación de titularidad pública y en los distintos ámbitos de programación que éstos tengan, se efectúa conforme al siguiente baremo:

a) Diez minutos para los partidos, federaciones y coaliciones que no concurrieron o no obtuvieron representación en las anteriores elecciones equivalentes.

b) Quince minutos para los partidos, federaciones y coaliciones que habiendo obtenido representación en las anteriores elecciones equivalentes, no hubieran alcanzado el 5 por 100 del total de votos válidos emitidos en el territorio nacional o, en su caso, en las circunscripciones a que hace referencia el artículo 62 .

c) Treinta minutos para los partidos, federaciones y coaliciones que habiendo obtenido representación en las anteriores elecciones equivalentes, hubieran alcanzado entre el 5 y el 20 por 100 del total de votos a que se hace referencia en el párrafo b).

d) Cuarenta y cinco minutos para los partidos, federaciones y coaliciones que habiendo obtenido representación en las anteriores elecciones equivalentes, hubieran alcanzado, al menos, un 20 por 100 del total de votos a que hace referencia el párrafo b).

Art. 67 de la Llei 5/1985

Para la determinación del momento y el orden de emisión de los espacios de propaganda electoral a que tienen derecho todos los partidos, federaciones o coaliciones que se presenten a las elecciones, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, la Junta Electoral competente tendrá en cuenta las preferencias de los partidos, federaciones o coaliciones en función del número de votos que obtuvieron en las anteriores elecciones equivalentes.

Art. 65.1 de la Llei 5/1985

Para la determinación del momento y el orden de emisión de los espacios de propaganda electoral a que tienen derecho todos los partidos, federaciones o coaliciones que se presenten a las elecciones, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, la Junta Electoral competente tendrá en cuenta las preferencias de los partidos, federaciones o coaliciones en función del número de votos que obtuvieron en las anteriores elecciones equivalentes.

Art. 65.5 de la Llei 5/1985

La Junta Electoral Central puede delegar en las Juntas Electorales Provinciales la distribución de espacios gratuitos de propaganda electoral en las programaciones regionales y locales de los medios de comunicación de titularidad estatal y de aquellos otros medios de ámbito similar que tengan también el carácter de públicos. En este supuesto, se constituye en dicho ámbito territorial una Comisión con las mismas atribuciones previstas en el párrafo 2 del presente artículo y con una composición que tenga en cuenta la representación parlamentaria en el Congreso de los Diputados del ámbito territorial respectivo. Dicha Comisión actúa bajo la dirección de la correspondiente Junta Electoral Provincial.

Art. 66 de la Llei 5/1985

El respeto al pluralismo político y social, así como la neutralidad informativa de los medios de comunicación de titularidad pública en período electoral, serán garantizados por la organización de dichos medios y su control previstos en las Leyes. Las decisiones de los órganos de administración de los referidos medios en el indicado período electoral son recurribles ante la Junta Electoral competente de conformidad con lo previsto en el artículo anterior y según el procedimiento que la Junta Electoral Central disponga.

Art. 89.2 de la Llei 22/2005

En els períodes electorals, els mitjans de comunicació han de garantir especialment la pluralitat informativa. Els mitjans públics han d'assegurar una informació suficient sobre les diverses ofertes electorals i sobre l'activitat dels representants sortints.

LA CADUCITAT DE LES LLICÈNCIES URBANÍSTIQUES

Joan Anton Font Monclús
Secretari General
'Ajuntament de Tarragona

1. Concepte, motiu i efectes 1
2. Termini d'inici i execució de les obres 2
a.- Principi de proporcionalitat. 2
b.- Inici del còmput per iniciar les obres. 2
c.- Inici del còmput per acabar les obres 2
3. Procediment 2
4. Pròrrogues 3
a.- Pròrroga legal. 3
b.- Pròrroga discrecional. 3
5. Efectes fiscals 4
a.- ICIO 4
b.- Taxa. 4

1. Concepte, motiu i efectes

Podríem entendre la caducitat de les llicències urbanístiques, com l'efecte que produeix el transcurs del termini previst en una llicència per a iniciar una obra o per a executar-la, o de les pròrrogues corresponents, sense que aquesta s'hagi iniciat o executat. Aquest efecte és el de desaparició del mon jurídic de la llicència, la seva pèrdua de vigència, com si la mateixa no s'hagués atorgat: s'extingeix

En conseqüència, si es volen executar les obres, i aquestes han caducat, d'acord amb l'art. 189.3 TRLUC, s'haurà de sol·licitar una nova llicència urbanística. Les obres s'hauran d'ajustar a l'ordenament urbanístic en vigor en el moment en el qual se sol·liciti de nou la llicència, no l'ordenament vigent en el moment en el qual es va obtenir la llicència caducada. Això vol dir que si no hi ha hagut variació del règim urbanístic, la caducitat de la llicència no té cap efecte, a part del tributari pel que fa a noves taxes, ja que es podrà sol·licitar una nova llicència, que s'haurà de concedir.

Si les obres estan en un àmbit en relació al qual s'hagi acordat la suspensió de l'atorgament de llicències, d'acord amb el previst als articles 73 i 74 TRLUC, no es podrà tramitar la nova llicència.

2. Termini d'inici i execució de les obres

Totes les llicències urbanístiques tenen un termini per començar-les i un altra per acabar-les. El fet de no iniciar-les o acabar-les en aquest termini en pot provocar la caducitat. L'art. 189.1 TRLUC preveu l'obligació que totes les llicències fixin aquests terminis en funció del principi de proporcionalitat.

Si les llicències no el fixen, el termini per començar-les és d'un any des de la notificació de la concessió de la llicència, i per acabar-les, de tres anys.

Són tres les qüestions que ens genera aquest concepte:

a.- Principi de proporcionalitat.

Aquest principi està relacionat amb l'abast de les obres. És evident que depenent de la tipologia de les obres els terminis poden ser variables, tant pel que fa al seu inici, com pel que fa a la seva finalització. En relació a l'inici, per la complexitat dels treballs preparatoris (maquinària, contractació personal, ...), i a la finalització, per la seva pròpia naturalesa i complexitat tècnica o constructiva.

Aquesta proporcionalitat en principi s'hauria de justificar. No obstant, aquesta necessitat de justificació perd força quan és la pròpia norma la que preveu uns terminis supletoris en el cas que la llicència no els prevegi, terminis que són fixes independentment de la naturalesa de l'obra.

No obstant, podria ser motiu d'impugnació de la llicència, per exemple, fixar terminis excessivament curts sense justificar, que podrien provocar una ràpida declaració de caducitat, amb els efectes que comporta, bàsicament si la normativa urbanística ha experimentat alguna variació.

b.- Inici del còmput per iniciar les obres.

El còmput del termini per iniciar les obres s'ha d'entendre des del moment en el qual es notifica la llicència al seu titular, no a partir de la data de concessió de la llicència. Per tant, hi haurà d'haver constància a l'expedient d'aquest data.

c.- Inici del còmput per acabar les obres

La qüestió és si aquest termini es compta a partir de la notificació de la llicència d'obres, a partir de l'inici de les obres o transcorregut el termini previst per l'inici de les obres (1 any si no es diu res).

Per no generar cap tipus de conflicte en aquest sentit, seria desitjable que a les ordenances urbanístiques constés com es computa el termini, o en altre cas que es fes constar sense cap tipus de dubte a la pròpia llicència. A partir d'aquí, entenc que qualsevol opció és correcta. Per tant dependrà de la previsió a la norma o a la mateixa llicència, respectant el principi de proporcionalitat.

Si no es diu res, s'ha d'entendre que el termini s'inicia a partir de la notificació de la resolució.

3. Procediment

Passats els terminis previstos d'inici o execució, o de les seves pròrrogues, la llicència s'entén caducada.

Malgrat tot, s'ha d'analitzar si aquesta caducitat opera de forma automàtica, pel transcurs del temps, o requereix d'una declaració prèvia tramitació d'expedient contradictori.

La Sala Contenciós Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en la Sentència número 270/95 (Ref. Aranzadi RJCA 1995/46), s'havia pronunciat en el sentit que la caducitat no opera de forma automàtica, sinó que aquesta s'ha de declarar de forma expressa, prèvia

audiència a l'interessat. No obstant, El Tribunal Suprem, en STS 13/10/93 (ref. Aranzadi 1995/7363), i el propi TSJC en Sentència 11/02/2000 (ref. Ar. RJCA/1713), conclouen que quan la normativa especifica els terminis màxims d'inici i acabament de les obres, aquestes operen de forma automàtica a efectes de caducitat, sempre i quan aquests s'hagin fet constar a la llicència.

Malgrat aquestes sentències, l'art. 189.5 TRLUC preveu de forma expressa que la caducitat s'ha de declarar prèvia audiència a l'interessat.

En conseqüència, s'haurà de tramitar un procediment en totes les seves fases, donant-ne audiència als interessats. Això vol dir que no opera de forma automàtica com a declaració, malgrat el supòsit de la caducitat tant sols requereixi del transcurs del termini.

Tenint en compte que fins a que no es declari la caducitat la llicència s'ha d'entendre com a plenament vigent, seria recomanable, de forma simultània a la incoació de l'expedient acorda com a mesura cautelar la suspensió dels efectes de la llicència i la paralització de les obres, si és el cas.

O sigui, per ser efectiva la caducitat de la llicència, aquesta s'haurà de declarar mitjançant una resolució expressa, i prèvia audiència a l'interessat. L'únic objecte de l'expedient serà comprovar si realment han transcorregut els terminis per a l'inici o acabament de les obres sense que aquestes s'hagin iniciat o acabat, així com al fet que aquesta situació no s'ha produït per una causa imputable a l'administració. Constatat el transcurs del termini (independentment de la possibilitat de tramitar pròrrogues que analitzarem més endavant), procedeix la declaració de caducitat. L'art. 189.5 utilitza un temps verbal imperatiu. En conseqüència hem d'entendre que la declaració de caducitat no és discrecional, sinó que constatat el transcurs del termini (tant d'inici, com d'acabament) , s'ha de declarar preceptivament la caducitat.

4. Pròrrogues

Podríem diferencia entre dos tipus de pròrrogues:

- La legal, com un dret del titular de la llicència i de concessió obligatòria.
- La discrecional.

a.- Pròrroga legal.

Regulada a l'art. 189.4 TRLUC, com un dret del titular de la llicència, i que afecta tant al termini d'inici, com al d'acabament de les obres. Aquesta pròrroga opera per ministeri de la llei. O sigui, si es dona el supòsit previst, s'ha de concedir obligatòriament.

Requisits:

- S'ha de sol·licitar abans que transcorri el termini d'inici o d'acabament de les obres. En altre cas, desapareix el dret.
- S'ha de justificar el motiu d'endarreriment de l'inici o acabament de les obres.

La pròrroga ho és per la meitat del termini de que es tracti. S'ha de tenir present que aquestes pròrrogues no es veuen afectades per la suspensió de llicències de l'art. 73 TRLUC.

b.- Pròrroga discrecional.

No està prevista a la normativa. Es tracta d'analitzar si es poden concedir altres pròrrogues a part de la legal prevista a l'art. 189.4.

Entenc que no hi ha cap inconvenient en concedir aquest tipus de pròrroga. L'art. 189.2 TRLUC fa referència a pròrrogues corresponents, sense fer referència expressa a la legal. I no s'observa cap impediment jurídic en la seva concessió. Per tant s'hauria de concloure que es possible sol·licitar altres pròrrogues.

Requisits:

- S'ha de sol·licitar abans que transcorri el termini d'inici o d'acabament de les obres. En altre cas, desapareix el dret. Així ho preveu l'art. 49.3 de la Llei 30/1992 (no fa referència a pròrroga sinó a ampliació de terminis), segons el qual tant la petició com la decisió d'ampliació de terminis s'han d'efectuar abans del venciment del termini de que es tracti.
- S'ha de justificar el motiu d'endarreriment de l'inici o acabament de les obres.

No existeix termini màxim previst. Per tant, aquest s'haurà de justificar. Tenint en compte que la resolució no és reglada, sinó discrecional, s'haurà de justificar el motiu de la concessió o de la denegació (54.1.f L 30/1992). El fet d'haver obtingut una pròrroga anterior, en principi, no hauria de servir d'obstacle per concedir-ne una altra de posterior. En relació a aquest exercici discrecional, s'hauria de tenir en compte el principi de proporcionalitat.

S'ha de tenir present que aquestes pròrrogues sí que es veurien afectades, si és el cas, per la suspensió de llicències de l'art. 73 TRLUC.

5. Efectes fiscals

a.- ICIO

En el cas de declaració de caducitat, si s'ha ingressat, s'haurà de retornar.

En cas de pròrroga, s'ha de tenir present l'actualització de la liquidació provisional, tenint en compte que l'impost es merita amb l'inici de les obres.

b.- Taxa.

La declaració de caducitat és irrellevant, ja que la tasca administrativa de concessió de la llicència s'ha realitzat.

Seria convenient preveure una taxa pels tràmits de pròrroga de llicències.

5a sessió

11/02/11

El desplegament de la legislació d'ocupació pública a Catalunya.
Joan Mauri i Majós, professor de dret administratiu de la Universitat de Barcelona.

El Tractat de Lisboa, en relació amb les institucions de govern local.
Ricardo Alonso García, catedràtic de dret administratiu i comunitari de la Universitat Complutense de Madrid.

Consideracions en relació a les ordenances tipus de prevenció i control ambiental d'activitats i d'espectacles públics i d'activitats recreatives.
Susana Martínez Novella, directora dels Serveis jurídics de la Diputació de Barcelona, i **Conxa Puebla Pons,** cap del Servei d'assistència jurídica local de la Diputació de Barcelona.

Incidència de la normativa sectorial en la tramitació del planejament urbanístic.
Conxa Castro Álvarez, lletrada dels serveis jurídics Federació de Municipis de Catalunya.

EL DESPLEGAMENT DE LA LEGISLACIÓ D'OCUPACIÓ PÚBLICA A CATALUNYA

Joan Mauri Majos

Professor de dret administratiu
Universitat de Barcelona

1. Finida la legislatura i decaigut el Projecte de llei de mesures en matèria d'ocupació pública presentat en l'anterior període de sessions, ens hem de preguntar sobre el desenvolupament de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (EBEP) a Catalunya. Tanmateix, convé tenir present que algunes coses han canviat. En primer lloc, la STC 31/2010, de 28 de juny, té un indubtable impacte sobre el sistema de distribució de competències en matèria d'ocupació pública i, per tant, ens ha de fer revisar la posició de la nostra Comunitat Autònoma en el moment de configurar-la; en segon lloc, l'EBEP es va definir com un model de funció pública per una etapa de creixement econòmic que dissortadament sembla haver finalitzat; la crisi econòmica o, si es vol, la crisi fiscal i de la despesa pública, porta a reflexionar sobre un model d'ocupació pública fonamentat en un sistema de drets i garanties amb un seguit de disfuncions que sembla arribat el moment de resoldre, el que significa la necessitat de recórrer dos camins: el camí de l'ajust, amb la corresponent reducció de costos laborals, i el camí de la flexibilitat i la productivitat, el que significa un increment del rendiment basat en una modificació de les condicions de l'entorn laboral. Dit més planerament, també a l'ocupació pública, aquesta crisi és una crisi d'ocupació i una crisi de les condicions de treball que hem conegut fins al moment. En tercer lloc, l'entorn jurídic de l'ocupació pública s'ha mobilitzat; en alguns supòsits assistim a l'aparició d'un dret de transició entre la legislació antiga i la nova, en altres les comunitats autònomes del nostre Estat han decidit preparar i tramitar lleis de funció pública que han de servir per un desenvolupament sistemàtic de l'EBEP, però també apareix un dret de la funció pública d'emergència per fer front a les necessitats pressupostaries que la crisi planteja, d'aquesta manera es detecta un moviment de reforma i adaptació de la legislació d'ocupació pública que ofereix diferents fruits i que incita a una acció sensata i reflexiva sobre una aparell burocràtic i institucional que pot ser, sens dubte, un factor essencial de la competitivitat econòmica d'un país o una dada decisiva del seu estancament. Recollir i sistematitzar els problemes plantejats i les tendències de canvi que van emergint és certament una de les finalitats principals d'aquest treball.

2. L'entrada en vigor del nou Estatut d'Autonomia de Catalunya va fer pensar en la substitució de l'antic sistema de distribució de competències en matèria de funció pública, articulat en base a l'esquema "bases més desenvolupament", per un nou model més complex fonamentat en la distinció entre bases estatals, enteses com a mínims normatius, i configuració autonòmica de les matèries exclusives i de les compartides en el marc de les limitacions establertes per les bases. Des d'aquesta perspectiva, l'EBEP es considerava una norma que no havia d'esser objecte de directa aplicació; per tant, la pròpia norma estatal assumia com a limitació una determinada forma de configuració, ordenant un seguit de matèries amb normes obertes susceptibles de desenvolupament i concreció des d'una perspectiva autònoma. De fet una bona part de les normes de l'Estatut Bàsic tenen com a tret estructural el seu caràcter principial, directiu i, fins i tot, dispositiu. El plantejament és simple i senzill: l'EBEP és un marc general que ha d'ésser concretat i desenvolupat per les lleis de funció pública de l'Estat i de les comunitats autònomes, sense les quals, el marc establert solament pot ser objecte d'una aplicació parcial en aquells preceptes dotats de suficiència prescriptiva per a la regulació d'una determinada situació. A més, la disposició final segona de l'EBEP, en establir que les seves prescripcions haurien de respectar les posicions singulars en matèria de sistema institucional i les competències exclusives i compartides en matèria de funció pública i d'autoorganització que els atribueixen els respectius Estatuts d'Autonomia, en el marc de la Constitució, semblava dotar d'una

extraordinària resistència l'atribució competència que en matèria d'ocupació pública hagués realitzat un determinat Estatut d'Autonomia.

3. Sobre aquest estat de coses, és evident que l'Estatut d'Autonomia de 2006 va tornar a definir la competència de la Generalitat de Catalunya en matèria d'ocupació pública, establint tres àmbits principals: a) una competència exclusiva sobre el règim estatutari del personal al servei de les administracions públiques catalanes i sobre l'ordenació i l'organització de la funció pública, salvant la competència compartida; b) una competència compartida per al desenvolupament dels principis ordenadors de l'ocupació pública, sobre l'adquisició i la pèrdua de la condició de funcionari, les situacions administratives i els drets, els deures i les incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques; c) una competència exclusiva en matèria de personal laboral, per a l'adaptació de la relació de llocs de treball a les necessitats derivades de l'organització administrativa i sobre la formació d'aquest personal. Aquest precepte estatutari en la pràctica se acabava saldant afirmant una competència "general" sobre el "règim estatutari del personal al servei de les administracions públiques catalanes", és a dir, de l'Administració de la Generalitat, dels ens locals del territori de Catalunya, de les universitats públiques de Catalunya, de les seves entitats institucionals i de les entitats adscrites al seu sector públic; aquesta competència general tenia un caràcter exclusiu sobre la matèria "ordenació i organització de la funció pública", concepte que semblava abastar els instruments d'ordenació de l'ocupació pública, amb la inclusió de la creació de cossos, escales o altres estructures professionals de la funció pública; en canvi, aquesta competència exclusiva venia matisada per la competència compartida que es projectava sobre els principis ordenadors de l'ocupació pública, l'adquisició i pèrdua de la condició de funcionari, les situacions administratives, els drets, els deures i les incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques.

4. Tanmateix, el problema es situava en aclarir l'abast del concepte "ordenació i organització de la funció pública" que a vegades s'estirava per incorporar totes les matèries incloses genèricament en el concepte "estructuració de l'ocupació pública", i en saber fins a quin punt la noció "drets i deures" no acabava tenint un abast expansiu que en la pràctica pogués incloure tot el règim jurídic de la funció pública. Tot i això, deixant de banda la debilitat intrínseca de la competència autonòmica en matèria de personal laboral, debilitat accentuada pel caràcter "fort" de la competència estatal en matèria de "legislació laboral" i per la pròpia turpitud del legislador autonòmic en la configuració del títol, reservant-se aspectes menors com pot ser l'adaptació de les relacions de llocs de treball o la formació, i obviant el que pot ser considerat essencial que és l'adaptació de la legislació laboral a un tipus d'empresari peculiar anomenat administració, en base precisament, al règim constitucional i jurídic d'aquesta particular persona jurídica. En tot cas, es considerava que aquests títols jurídics quedaven suficientment protegits per la disposició final segona de l'EBEP que suposava el reconeixement de les excepcions estatutàries a la normativa bàsica estatal, excepcions que en el nostre Estatut es podien centrar en el reconeixement d'un marge d'exclusivitat per regular "l'ordenació i l'organització" de les funcions públiques de les administracions de Catalunya, concepte que també podria incloure amb relativa facilitat altres temes com per exemple la provisió de llocs de treball, la mobilitat, la carrera, l'avaluació del desenvolupament o el sistema retributiu, ja que tots ells tindrien una estreta connexió amb els aspectes orgànics de l'ocupació pública.

5. Tanmateix, la STC 31/2010, de 28 de juny, ha relativitzat les declaracions d'exclusivitat d'un determinat àmbit material per un Estatut d'Autonomia, recordant que aquest tipus de declaració no pot impedir que l'Estat exerceixi les competències que la Constitució li atribueix, exercici que podrà ser interpretat sempre pel Tribunal Constitucional, que resulta ser l'únic competent per a delimitar l'abast del títol competencial discutit. Per tant, en una primera conclusió, s'entén que la declaració d'exclusivitat produïda per un Estatut sobre un sector material no és determinant, i solament podrà ser considerada constitucional si s'entén que no impedeix a l'Estat exercir les competències pròpies; i encara més, l'exercici per l'Estat de les seves competències reservades es projectarà quan correspongui sobre les competències exclusives autonòmiques amb plena llibertat de configuració. Això vol dir que la competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya en matèria d'ordenació i organització de la funció pública, cal situar-la en el marc de les bases estatals, marc que a l'EBEP té molt poques regles i, sens dubte, permetrà un ampli ventall de possibilitats a la legislació autonòmica, però que en el sistema de funció pública local pot ser particularment incisiu pel que fa a la configuració de les estructures professionals de l'escala d'administració general, ja que convé no oblidar que els articles 167 i 169 es consideren bàsics de conformitat amb la Llei 53/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social. Una segona consideració en aquesta mateixa direcció ens ha de portar a matisar la importància de la disposició final segona de l'EBEP, relativa al respecte de les competències exclusives i compartides en matèria de funció pública, assumides pels Estatuts d'Autonomia, en el marc de la Constitució; certament, les previsions de l'EBEP han de respectar aquestes assumpcions, però sempre que aquestes s'hagin produït d'acord amb el sistema de competències establert pel text constitucional i, que a la vegada, hagin

respectat les competències estatals, amb la qual cosa la garantia continguda en aquest precepte es relativitza, ja que el respecte que assegura es subordina a una interpretació del sistema de competències conforme a Constitució. Per acabar, la STC 31/2010, de 28 de juny, entén que l'enumeració dels supòsits de competència compartida es poden estendre als aspectes que el Tribunal ha anat considerant com a bàsics, amb la qual cosa en aquest paràgraf es podrien integrar sense un particular esforç interpretatiu els no enunciats explícitament al precepte estatutari; això permetria considerar que matèries com la carrera administrativa, el règim retributiu o el règim disciplinari, en ser considerats drets i deures dels empleats públics, són també matèries compartides i, per tant, es subjecten a les bases estatals i pressuposen la seva plena virtualitat. De la mateixa manera es podrien qualificar com a exclusius aquells aspectes sobre l'ordenació i l'organització de la funció pública que no són matèria compartida i sobre els quals la legislació bàsica no esgota la seva regulació, el que indirectament vol dir que la competència exclusiva de la Generalitat sobre ordenació i organització de la funció pública és limita al règim estatutari no bàsic; precisament, aquest raonament permet al Tribunal reafirmar la seva jurisprudència que entén que les bases del règim estatutari dels funcionaris públics, incloent la normació relativa a l'adquisició i pèrdua de la condició de funcionari, a les condicions de promoció de la carrera administrativa y a les situacions que en aquesta es puguin donar, als drets i deures i responsabilitats dels funcionaris i al seu règim disciplinari, així com a la creació i integració, en el seu cas, de cossos i escales de funcionaris i al mode de provisió de llocs de treball al servei de les administracions públiques (STC 37/2002, de 14 de febrer). Resumint, la competència exclusiva de la Generalitat en matèria d'ordenació i organització de la funció pública s'estén als aspectes no declarats bàsics per una norma estatal, la competència compartida de la Generalitat de Catalunya incorpora també les submatèries carrera administrativa i règim retributiu considerades com "drets" dels funcionaris, i "règim disciplinari" considerat entre els "deures" d'aquests, amb la qual cosa resulta subsistent la interpretació constitucional sobre el règim de distribució de competències en matèria de funció pública anterior a l'Estatut de Catalunya de 2006.

6. Tanmateix, això no vol dir que la situació sigui exactament idèntica a la de l'aprovació de l'EBEP, bàsicament perquè l'EBEP estableix un sistema de bases poc prescriptiu i amb un alt component dispositiu. Altra cosa és que segurament l'actual Estatut d'Autonomia, després de la sentència del Tribunal Constitucional, no pugui modular o prescindir de la legislació bàsica en aspectes estrictament relacionats amb l'organització de l'aparell burocràtic de les administracions públiques catalanes, però el marge de maniobra existeix i permet concretar o configurar un model autonòmic d'ocupació pública, sobretot si s'entén que la regulació del personal laboral al servei de les administracions públiques catalanes pressuposa l'adaptació del règim laboral a les necessitats de les organitzacions públiques, adaptació que passaria a formar part del títol competencial "règim jurídic de les administracions públiques" que també està inclòs en l'article 149.1.18 CE.

7. L'exercici de la competència autonòmica en matèria d'ocupació pública i la formulació d'una llei d'ocupació pública s'haurà de fer en un entorn condicionat per la crisi econòmica, per tant, formarà part d'una legislació de crisi que obligadament marcarà una agenda de prioritats. Precisament, en aquests moments un dels conceptes essencials que va recorrent de manera universal el debat sobre l'adaptació dels sistemes de relacions laborals de la Unió Europea a les conseqüències de la crisis econòmica és el de flexibilitat. En el sector privat, la flexibilitat es refereix bàsicament a la capacitat empresarial de gestionar la força de treball per fer front a les canviants necessitats del mercat, amb la finalitat de reforçar la competitivitat i la productivitat reduint els costos del treball. En el sector públic, la noció de flexibilitat hauria de remetre a vells conceptes sovint oblidats com són els de continuïtat i mutabilitat de l'activitat de servei públic. El punt de partida és senzill: si els poders públics entenen que s'han d'encarregar d'una activitat és perquè es considera que existeix una necessitat de la comunitat que s'ha de satisfer de forma prioritària, per tant, l'activitat de servei públic ha de prosseguir quotidianament d'una manera regular, continua i adaptada. El principi de continuïtat és inherent a l'existència mateixa del servei públic, sense que es pugui concebre la tesi d'un servei públic intermitent, d'un servei públic inestable o arrítmic. Per tant, els diferents òrgans de govern de les administracions públiques han d'adoptar les mesures necessàries per garantir el funcionament regular del servei públic, tenint en compte que el seu assegurament corre parell de la seva mutabilitat. Les prestacions garantides pels serveis públics s'han d'adaptar constantment a les necessitats dels ciutadans. Si les circumstàncies canvien, si l'interès general presenta noves exigències, els serveis públics han de seguir el mateix camí. De manera general, la llei del progrés aplicada al servei públic exigeix que les prestacions assegurades als ciutadans estiguin en condicions de millorar incessantment en economia, eficàcia i qualitat: els procediments tècnics nous i les formes de gestió més eficients s'han de poder implantar sense cap trava derivada del règim de personal. L'assegurament i l'adaptació constant del servei s'imposa per naturalesa als agents públics. Precisament aquesta és una dada essencial del règim jurídic del treball públic: la situació del conjunt d'empleats, que apareix dotada

d'una especial estabilitat en l'ocupació per assegurar la seva imparcialitat i neutralitat, no garanteix unes determinades condicions de treball, que sempre resulten relatives i sotmeses a la llei de l'adaptació del servei a l'entorn econòmic i social del moment. Per tant, aquí el concepte de flexibilitat es dota de nous continguts, es refereix a una estratègia permanent i continuada d'increment de les capacitats de les autoritats públiques per gestionar el procés d'assegurament i adaptació dels serveis públics a les condicions canviants de la societat i a les bases fiscals que els sustenten, estratègia que ha de permetre l'adopció de mesures tendents a incrementar la productivitat del treball, optimitzar el factor de personal i limitar el seu cost. Lògicament, en aquesta situació es fa prevaler el principi d'economia i eficàcia sobre el principi de protecció dels drets dels empleats públics, de manera que la legislació sobre ocupació pública és més una legislació protectora del servei públic i menys una legislació protectora de l'empleat públic.

8. A partir d'aquí ens hem de plantejar si la nostra legislació de funció pública té els mecanismes suficients per respondre a un doble ordre de prioritats: garantir les necessitats de prestació del servei i mantenir l'ocupació de les persones que treballen en el sector públic en el marc d'una gestió de personal més rigorosa amb la professionalitat, la responsabilitat i la plena dedicació. En tot cas, en aquesta operació convindrà recordar que encara que són moltes les possibles utilitzacions del concepte de flexibilitat, avui per avui es pot dir que hi ha dos tipus de flexibilitat: la numèrica o externa i la funcional o interna. La flexibilitat externa al·ludeix a la capacitat per realitzar contractacions i acomiadaments, depenent, per tant, de les diverses modalitats legals de contractació o d'acomiadament, així com de les facultats per organitzar el procés productiu, ja sigui acudint als serveis d'altres empreses o a la descentralització mitjançant el recurs a la contractació i a l'externalització d'activitats. La flexibilitat interna al·ludeix a la capacitat empresarial de modificar les condicions d'ocupació i l'organització del treball dintre de l'empresa. Consegüentment, aquesta modalitat es troba vinculada als diferents elements que defineixen les condicions dels treballadors i els poders de l'empresari per a la seva modificació. En concret, influeixen en la flexibilitat interna regulacions relatives a diferents institucions com l'enquadrament professional, la configuració dels instruments d'ordenació i gestió del personal, la mobilitat funcional, les perspectives de carrera professional, el sistema de modificació de les diferents condicions de treball o, en un catàleg no tancat, els sistemes de remuneració i rendiment, i els relatius a l'organització del temps de treball. En tot cas, un principi essencial ha de quedar clar: l'objectiu de les polítiques de flexibilitat és afavorir l'assignació i adaptació del factor treball.

9. A l'àmbit de la funció pública, la flexibilitat interna s'ha de subordinar al dret a la inamovibilitat del funcionari públic, dret que impedeix utilitzar mecanismes extintius de la relació de servei com a possible instrument per a la reducció de personal, encara que això es pugui arribar a plantejar en alguna previsió autonòmica, com la incorporada al denominat "Pla Moderna" de la Comunitat Foral de Navarra que planteja com un dels seus objectius essencials "suprimir el caràcter vitalici dels funcionaris". Avui per avui, la relació de funció pública, de conformitat amb la legislació bàsica de l'Estat, no es pot extingir, però si que es pot suspendre, utilitzant a l'efecte el règim de situacions administratives i el sistema de plans d'ocupació. Amb tot, la flexibilitat numèrica a l'administració pública es pot obtenir a través de l'ús de les diferents modalitats de nomenaments temporals que no impliquen estabilitat en l'ocupació. Igualment, a partir del mes d'abril d'aquest any serà possible acudir als serveis de les ETT per a la realització de tasques que no estiguin reservades als funcionaris públics per una norma amb rang de llei, amb la qual cosa l'espai de les funcions reservades adquireix una altra matisació d'indubtable interès, atès que les funcions dels llocs de treball que no estiguin reservades, encara que estiguin ocupats per funcionaris públics, podran ser desenvolupades per treballadors d'una ETT. D'altra banda, el recurs a la contractació i a la externalització d'activitats és ben conegut per les nostres entitats locals, fins al punt que la utilització d'aquest mitjà ha donat lloc a una veritable redistribució de tasques entre la administració corporativa, els ens instrumentals i els tercers privats.

10. Una especial atenció cal prestar en l'administració a les mesures de flexibilitat interna. Al sector públic existeix un ampli recorregut per a l'adopció de mesures d'eficàcia orientades a facilitar una gestió dels recursos humans més funcional que permeti una aprofitament racional de l'ocupació existent, faciliti la redistribució interna de recursos cap a àmbits prioritaris, reforci la productivitat i permeti una optimització dels mitjans públics. En aquesta direcció, cal prestar una especial atenció als elements següents: a) la consideració dels sistemes d'ordenació professional, la millora dels processos de selecció i l'equilibrada ordenació de les funcions que es pugui produir a través de les relacions de llocs de treball o d'altres instruments d'especificació de tasques en lloc de treball; b) la referida a la mobilitat que s'articula a través dels mecanismes de provisió i de la posició en les distintes situacions administratives; c) la millora de les expectatives professionals dels empleats públics, que es produirà a través d'uns sistemes de carrera fonamentats en l'avaluació del desenvolupament; d) els relatius a l'ajust de les retribucions i, sobretot, a la necessitat d'actuar en matèria retributiva, sobre una estructura molt rígida, en la que caldrà que ens

plantegem els corresponents canvis en el sistema de compensació i incentivació; e) les relatives a l'organització del temps de treball i a la introducció de formes de treball no ordinàries, com pot ser el treball a temps parcial.

11. Tanmateix, cal ser conscient que la introducció d'una estratègia de flexibilitat exigeix una reorientació de les polítiques de relacions laborals. Adoptar mesures de flexibilitat implica un sistema que canviï el paper dels subjectes col·lectius, l'estructura i el mateix àmbit de la negociació col·lectiva. Si es vol donar prioritat a una adaptabilitat interna negociada necessitem un sistema eficient, rigorós i legal de negociació col·lectiva. I en aquesta reflexió, seria bo que ens plantegéssim, donada l'experiència adquirida fins al moment, el tema de la modificació de l'acord de condicions de treball durant la seva vigència, o la possible negociació "ante tempus" de l'acord col·lectiu i, sens dubte, el tema de la pacificació dels conflictes que acaba patint tota la població aprofundint el sistema de mitjans de solució. En tot cas, la premissa de partida es evident: els sindicats han d'admetre que una política de defensa de l'ocupació i d'estabilitat dels serveis públics que es consideren indispensables per a la població s'ha de fonamentar en la possibilitat real de seguir-los mantenint en un entorn d'equilibri fiscal i pressupostari, el que connecta amb la necessitat d'aprofundir en els mecanismes d'adaptació dels recursos humans a les necessitats del sector públic.

12. Semblantment, no estarà de més advertir de la necessitat d'una nova organització de la funció de recursos humans en les nostres administracions públiques. Una de les modalitats essencials de la flexibilitat organitzativa resideix en l'articulació d'estratègies de cooperació entre organitzacions que permetin una millor utilització de recursos i la constitució d'àmbits efectius de gestió. Sens dubte és fa precisa una política d'agregació de recursos tècnics mitjançant el bastiment d'un sistema d'institucions de funció pública que prestin serveis a totes les administracions d'una comunitat autònoma. De la mateixa manera, resulta essencial una política de cooperació per a la modernització dels sistemes de gestió de personal en les entitats locals de petita i mitjana població que fomentin l'associació per a la funció de personal.

13. D'aquesta manera ens hem introduït en els elements essencials de configuració del que pot ser una futura llei de funció pública de Catalunya per una època de crisi, per tant, tindrem que atendre primer a l'àmbit d'aquesta regulació, a les classes d'empleats públics, prestant atenció a les modalitats de prestació temporal de serveis, a les estructures de l'ocupació pública, a l'accés a l'ocupació pública, als instruments de planificació i d'ordenació de llocs de treball, a les formes de provisió, de mobilitat i a les situacions administratives relacionades amb les necessitats organitzatives, a les modalitats de carrera fonamentades en el mèrit i l'avaluació del desenvolupament, a les retribucions enteses com sistemes de compensació i d'incentivació, a l'organització del temps de treball, i als sistemes de negociació col·lectiva. Es evident que existeixen altres possibles àmbits de tractament, però entenc que l'agenda elaborada queda plenament justificada, sobretot si tenim en compte que sobre la majoria d'aquestes àrees tenen les comunitats autònomes un elevat grau d'opció i innovació, atesa la feble densitat de la matèria bàsica en aquestes regulacions, el que permet una major varietat de formes de creació.

14. A partir d'aquí ens hem de referir al contingut d'aquests aspectes regulats o tractats per normes o projectes publicats fins al moment, a saber: a) existència de dos normes de transició com poden ser la Llei 13/2007, de 27 de juliol, de la funció pública de Galicia, articulada en el Decret legislatiu 1/2008, de 13 de març, de llei de funció pública de Galicia i la Llei 3/2007, de 27 de març, de funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears; b) existència d'una Llei 10/2010, de 9 de juliol, de la Generalitat, d'Ordenació i Gestió de la Funció Pública Valenciana i d'un seguit de projectes, esborranys i documents preparatoris com poden ser el projecte de llei de mesures en matèria d'ocupació pública de Catalunya, de 20.1.2010, de l'esborrany de projecte de llei de funció pública de Canàries, de 1.3.2010, de l'esborrany d'avantprojecte de la llei de funció pública de Cantàbria, de 3.3.2010, de l'esborrany de la llei d'ocupació pública de Castella-La Manxa, de 2010, i de l'avantprojecte de llei d'ocupació pública d'Aragó, de 2010, en aquest mateix apartat cal tenir constància del document informatiu sobre un possible contingut de la llei d'ocupació pública d'Andalusia, de 28.10.2009 i del document tècnic per a l'elaboració de l'avantprojecte de llei d'ocupació pública d'Euskadi, de 3.2009; c) existència d'un seguit de normes puntuals que introdueixen àmbits de regulació pel desenvolupament de l'EBEP, com poden ser la Llei 5/2009, de 29 de desembre del Principat d'Astúries, per la regulació de la carrera horitzontal, la Llei 5/2008, de 26 de desembre, de pressupostos generals de la Comunitat Autònoma d'Extremadura per a 2009, que regula el dret a la carrera professional i a la promoció interna, i l'avaluació del desenvolupament dels funcionaris d'aquesta Comunitat Autònoma i la Llei 15/2010, de 28 de desembre, de mesures fiscals i administratives de Galicia, que regula diferents aspectes de la seva funció pública; d) dintre del que podríem anomenar la legislació de crisi, tenim dos normes de diferent significació, el Decret-llei 5/2010, de 27 de juliol, de la Junta de Andalusia, pel qual s'aproven mesures urgents en matèria de reordenació del sector públic i la

Llei 5/2010, de 27 de desembre, de la Regió de Murcia, de mesures extraordinàries per a la sostenibilitat de les finances públiques, tot això sens perjudici d'altres normes menors consistents fonamentalment en acords de condicions de treball o de normes secundaries provinents de les corresponents meses de negociació.

15. L'àmbit d'aplicació de la legislació de funció pública és un dels aspectes principals de la regulació, aspecte que s'ha de situar en si les lleis autonòmiques han d'incloure o no a l'ocupació pública local dintre del seu àmbit d'aplicació. Incorporada a aquesta qüestió es plantegen dos temes importants: l'extensió de la legislació d'ocupació pública a determinats àmbits sectorials que disposen de normes específiques d'aplicació (educació, sanitat, policia), el que ara no ha d'esser objecte de la nostra atenció i, una qüestió no menor, l'aplicació de les normes de dret públic al personal laboral al servei de les entitats del sector públic autonòmic i local. Pel que fa a la primera de les qüestions plantejades, és evident que la legislació de funció pública de les comunitats autònomes es pensa en termes generals, comprensiva, per tant, de tots els empleats públics de les administracions de la comunitat autònoma i, per tant, també del personal de les corporacions locals, deixant de banda algunes matisacions que s'introdueixen en alguns dels texts amb la finalitat de salvaguardar la competència de l'Estat per dictar bases en matèria de funció pública local, el que per cert, no deixa d'ésser preocupant. De fet, tots els projectes consultats plantegen aquesta hipòtesi amb l'única excepció del projecte de Cantàbria, en el qual la legislació de la funció pública autonòmica resulta d'aplicació supletòria al personal al servei de les entitats locals. Estem, per tant, davant de regulacions generals de l'ocupació pública del conjunt d'administracions que formen l'entramat institucional d'una comunitat autònoma, el que sens dubte exigeix una visió del model de gestió d'aquest sistema d'ocupació radicalment diferent del conegut fins al moment, una visió que accentuí les tècniques de coordinació en els processos de regulació i presa de decisions, així com la participació real i efectiva de les corporacions locals en les institucions del sistema d'ocupació pública. Pel que fa al tractament de les entitats del sector públic, i més concretament, de les entitats del sector públic local, les lleis autonòmiques que no es limiten a reproduir les previsions de l'EBEP opten per caminar en una doble direcció: una, de concreció del concepte "entitat del sector públic" que sembla referir-se a les societats mercantils i fundacions públiques amb una participació directa o indirecta del 50 per cent en el seu capital social o en el seu patrimoni fundacional, en aquesta direcció no estarà de més aclarir que solament el projecte català matisa, al meu parer adequadament, que aquest concepte ha d'incorporar també aquelles entitats en les que les respectives administracions disposin de la majoria de drets de vot en els seus òrgans de govern; dos, la extensió de regles i principis del dret públic a aquestes entitats, així per exemple, la majoria dels projectes i documents presentats preveuen l'aplicació del règim jurídic general del personal directiu als òrgans de direcció de les entitats públiques, més concretament l'avantprojecte del País Basc pretén estendre a aquest àmbit les previsions sobre oferta pública d'ocupació i planificació de recursos humans, i el projecte català preveu que siguin d'aplicació a aquestes entitats els elements d'ordenació de l'ocupació pública, és a dir, el sistema d'agrupacions de llocs, relacions i plantilles de personal, tot i què s'exclou d'aquesta extensió a les entitats del sector públic local que s'han de limitar a aplicar els principis generals sobre l'accés, deures i codi de conducta en la línea establerta per la disposició addicional primera de l'EBEP.

16. L'article 11.b) EBEP estableix que les lleis de funció pública que es dictin en el desenvolupament de l'Estatut establiran els criteris per a la determinació dels llocs de treball que puguin ser desenvolupats per personal laboral, amb l'única limitació de reservar als funcionaris l'exercici de funcions de sobirania o que impliquin exercici d'autoritat, limitació que es considera compatible amb una presència ordinària del personal laboral que és ara una classe més de personal i no una modalitat extraordinària o excepcional. Tanmateix de les normes autonòmiques o del projectes coneguts es poden destacar les característiques següents: a) totes les lleis o projectes de lleis reiteren la reserva de funcions pel personal funcionari, encara que la mateixa s'amplia per abastar altres funcions de gestió administrativa i, en general, totes les que calgui reservar a aquest personal per una major garantia de l'objectivitat, imparcialitat i independència en l'exercici de la funció; b) es manté la regla de que amb caràcter general els llocs seran coberts per funcionaris; c) la presència de personal laboral es redueix a supòsits excepcionals, taxats per les lleis; d) el criteri definidor dels llocs de treball que poden ser ocupats per personal laboral és el de la instrumentalitat o el d'especialitat. A partir d'aquí, sembla que s'imposa l'opció funcionarial en el sistemes de gestió de recursos humans de l'administració pública, amb la qual cosa la no introducció de mesures de flexibilitat en l'estatut dels funcionaris públics ens podria abocar a un entorn de rigidesa que convindria evitar. El repte és doncs definir un model de flexibilitat per a una funció pública en una època de crisi.

17. La temporalitat a l'ocupació pública resulta ser molt similar a l'ocupació privada (25,2 per cent/2009) i a l'ocupació pública (24,5 per cent/2009). Sens dubte es tracta d'una temporalitat excessiva amb tendència a estabilitzar-se o a disminuir lleugerament, llevat que els ajuts pressupostaris en la reposició d'efectius no

acaben produint un moviment de cobertura de necessitats reals amb personal temporal. La temporalitat a l'ocupació pública de Catalunya es fonamentalment laboral: el 42 per cent (2006) del personal laboral de les nostres administracions públiques es personal no permanent. Però convé tenir present que aquesta dada pot inflexionar per la flexibilització del règim del personal interí funcionari que introdueix l'article 10 EBEP. Aquest precepte estableix un seguit de figures de temporalitat en el sistema de funció pública que encara no ens ha mostrat tota la seva potencialitat, principalment, la figura de l'interí per a l'execució de programes de caràcter temporal o per a cobrir l'excés o l'acumulació de tasques per un termini màxim de sis mesos, dintre d'un període de dotze mesos. Aquestes figures són nous supòsits funcionarials que en realitat repliquen els supòsits laborals d'obra o servei i d'eventualitat. Però són alguna cosa més si tenim en compte els aspectes següents: en primer lloc, l'elevat grau d'imprecisió del concepte "programa de caràcter temporal", atès que l'esmentat concepte permet atendre la prestació de serveis derivats de l'activitat normal de l'entitat, amb l'únic límit dels serveis de caràcter obligatori i de les activitats de caràcter estructural; això vol dir que els esmentats programes temporals es podran disposar en base a subvencions o ajudes que permeten mantenir activitats de caràcter voluntari per part de l'entitat local; en segon lloc, no estarà de més tenir present el diferent tractament de la irregularitat en la gestió de la temporalitat en l'àmbit laboral i administratiu, de fet la irregularitat en la contractació laboral desemboca en la conversió de la relació temporal en un contracte celebrat per temps indefinit, en canvi l'absència del factor de temporalitat en la formulació d'un programa no comporta la transformació de la relació en un nomenament d'interí per vacant sinó la seva nul·litat procedint el corresponent cessament, cessament que també pot ordenar l'administració finalitzada l'execució del programa o si, senzillament, desisteix de portar-lo a terme; finalment, convé reflexionar sobre un dada objectiva no menor, després de la reforma laboral produïda per la Llei 35/2010, de 17 de setembre, de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball s'ha de produir un increment progressiu de la indemnització per finalització dels contractes temporals laborals que passa dels actuals 8 dies per any treballat en el 2011, a 12 dies per any treballat en l'any 2015, sense que la mateixa indemnització s'hagi previst per als nomenaments interins. Per tant, en el nomenament interí per programes o en el eventual tenen les administracions públiques un via de flexibilització de les seves necessitats d'ocupació que lògicament es pot condicionar per la legislació de funció pública de les comunitats autònomes en direccions diverses. Doncs bé, les propostes normatives en aquesta matèria semblen anar en les direccions següents: a) Es procura una millor definició d'aquestes figures ressaltant el seu caràcter determinat, excepcional i circumstancial i la voluntat de que el seu ús respongui a necessitats no permanents de l'administració; b) es detecta l'obertura d'un debat en torn a la necessitat o no de que els nomenaments interins s'efectuïn sobre places o llocs de treball o sobre crèdits pressupostaris oberts adreçats al nomenament de personal no permanent; c) es tendeix a restringir el possible ús de la figura, establint límits percentuals de la mateixa envers al total d'efectius presents en un determinat centre directiu (5 per cent) o una duració màxima del programa (24 o 30 mesos).

18. En principi, es indubtable que l'estructura professional de la nostra plantilla de personal, amb el seu sistema d'escales, subescales, classes i categories influeix sobre la capacitat d'assignació dels recursos humans d'una corporació. Atesa la immobilitat de l'escala d'administració general, el marge de gestió d'una administració local es projecta sobre la seva escala d'administració especial. El tema es senzill de plantejar: un desenvolupament extens de l'escala d'administració especial permet orientar les polítiques de selecció de l'entitat local fins a quasi fer-les coincidir amb les necessitats d'un lloc de treball o d'un grup de llocs de treball, però aquesta mateixa opció introdueix un factor de notable rigidesa i resulta incompatible amb un elevat grau de mobilitat interna davant de les canviants necessitats dels serveis públics. Un sistema d'escales, sots escales, classes, categories i especialitats desemboca en un procés d'especialització excessiva que genera una veritable individualització de les places i els llocs de treball, especialització que en temps de crisi es pot constituir en una veritable barrera per un marc flexible de gestió de personal que demanda classificacions professionals obertes que permetin una mobilitat amplia entre els diferents sectors i àrees funcionals d'activitat. Per posar algun exemple, té poc sentit distingir entre un tècnic especialista, un tècnic especialista en gestió administrativa o un tècnic especialista en processos administratius o entre un tècnic superior en dret i un tècnic superior en dret local. Molt possiblement la solució en aquest camp consisteixi en una feble determinació legal de l'estructura professional de les entitats locals, una contenció del sistema d'escales, subescales y classes a les plantilles de les nostres entitats locals i la seva combinació a efectes selectius amb un model d'àmbits funcionals que permeti pautar el procés de selecció sense condicionar el sistema de classificació professional. Doncs bé, el cert és que es detecta una tendència a la regulació per llei d'un sistema de cossos, escales, classes u altres opcions classificatòries i especialitats que s'acaben identificant amb àrees funcionals de llocs de treball, tendència que culmina amb la configuració sencera d'un sistema de cossos i escales pel personal de totes les administracions públiques d'una comunitat autònoma que

segurament permet una millor mobilitat externa però que també prepararà el camí d'una especialització interna excessiva que condiciona intensament la capacitat d'autoorganització de les nostres administracions locals i en la pràctica deixa sense contingut selectiu a les agrupacions de llocs de treball, que si tenien alguna sentit era el d'adaptar el procés de selecció als perfils professionals dels llocs de treball sense necessitat d'especificar l'estructura professional.

19. La selecció de personal de les nostres entitats locals s'està estructurant cada dia més en sistemes de concurs-oposició, que valoren d'una manera determinant el temps de serveis prestats o la formació rebuda, ja sigui com a personal no permanent o com a personal permanent en un grup inferior. D'aquesta manera, el criteri decisiu d'accés es fonamenta en el supòsit que l'experiència prèvia en el lloc i la formació rebuda es relaciona positivament amb el futur desenvolupament d'un lloc de treball; per aquesta finalitat s'utilitza a més un sistema de punts per anys d'experiència o per cursos, sense introduir cap criteri qualitatiu sobre si els anys acreditats i els aprenentatges rebuts han incrementat les competències professionals claus pel desenvolupament d'un lloc o d'una agrupació de llocs. Tanmateix, estudis recents ens indiquen que la validesa predictiva d'un mètode de selecció que adopta com a criteri diriment l'antiguitat i la formació interna té una validesa molt baixa, quasi propera a cero. Per tant, l'èxit d'un concurs oposició i la posició decisiva de la fase de concurs en aquests sistemes de selecció, solament s'explica en la seva constant utilització per a la consolidació de l'ocupació d'interins i temporals, que sovint han accedit a aquesta condició sense un veritable procediment selectiu, i també en l'existència de pràctiques endogàmiques de reserva de places que permeten promocions no competitives a grups superiors, de tal manera que al final l'accés a l'ocupació pública a través de proves obertes i lliures es quasi sempre excepcional. A partir d'aquí ens podem plantejar tres problemes essencials: a) en un moment en que la flexibilitat és un valor i en que s'admet que les estructures de llocs de treball tendeixen a la seva volatilitat, el que portarà el canvi de tasques i la mobilitat, sembla que convindria introduir sistemes de medició de mèrits relacionats amb característiques com la capacitat d'aprenentatge, la innovació i la creativitat, el treball en equip, la capacitat d'adaptació, la motivació l'orientació al servei, la consciencia i l'estabilitat emocional, les habilitats de comunicació, l'ús de tecnologies de la informació i els idiomes. Lògicament, això vol dir que convé revisar els sistemes i les tècniques de selecció utilitzades fins al moment afegint a les proves de coneixements, proves d'habilitat mental general i de personalitat, proves pràctiques o de simulació, entrevistes estructurades i, sobretot, veritables períodes de prova i de formació selectiva, sota la tutela dels òrgans de selecció; b) en aquesta direcció, atès el paper determinat de l'ocupació temporal, convindria introduir processos de reclutament que assegurin la igualtat i la qualitat de les persones en el accés a aquest tipus d'ocupació; c) també es fa palesa la necessitat d'equilibrar el sistema de promoció interna amb un percentatge significatiu d'accés superior que incrementi la professionalitat de l'ocupació pública i asseguri el relleu generacional.

20. Si analitzem ara els projectes elaborats podem arribar a les conclusions següents: a) en la primera de les temàtiques esmentades relativa a la renovació dels sistemes i dels instruments de selecció, es detecta una especial preocupació per millorar l'instrumental tècnic dels processos amb la introducció de proves pràctiques d'avaluació de competències professional, anàlisi i exposició del currículum acadèmic i professional dels candidats, de proves psicotècniques, d'entrevistes de selecció, comprovació del domini de llengües estrangeres i superació de proves relacionades amb les tecnologies de la informació i la comunicació, però es especialment en la previsió de períodes de prova d'una duració mitjana d'entre tres i sis mesos i en la superació de cursos de formació selectiva de la mateixa durada, a realitzar en les corresponents escoles o instituts d'administració pública, on s'acredita el canvi més notable que es podria produir, canvi que s'acaba definit correctament quan s'assenyala que les fases de formació i prova formen part del procés de selecció i es desenvolupen en estreta relació amb l'òrgan de selecció que es qui acaba prenent la corresponent decisió selectiva, tal com succeïa al projecte català i com s'explicita a l'avantprojecte basc; b) alguns dels projectes estudiats preveuen l'existència de proves de habilitació prèvia o reclutament amb la finalitat de seleccionar personal interí i poder disposar d'una reserva ordenada d'efectius per a la provisió de les ocupacions temporals, de manera àgil i amb totes les garanties, ja que el procés de reclutament consisteix en la superació d'una o diverses proves selectives; en tot cas, les persones que superen aquest procés s'inclouen en una relació de reserva que té una vigència màxima de tres o quatre anys, tot i què les esmentades proves es poden valorar com a mèrit o considerar una fase dels processos de selecció d'accés al corresponent cos, escala o categoria; c) si tinguéssim que assenyalar alguna tendència en els sistemes de promoció interna, aquesta hauria d'ésser la disminució del nombre de dotacions que hi ha l'obligació de convocar a través d'aquesta modalitat d'accés que es situa entre el 25/30/40 per cent de les places ofertades; també es pot detectar una orientació a determinar el percentatge de punts que es post assolir per la valoració de mèrits en la fase de concurs (40/45 per cent) i a subratllar que les proves de la fase de oposició tindran el mateix contingut que les proves d'accés en la

modalitat oberta, amb l'única matisació que solament hi haurà exempcions de proves quan s'acrediti que ja es van realitzar o del contingut funcional dels llocs de treball desenvolupats es pugui deduir el coneixement o aptitud requerida en el procés de selecció, finalment, convé detallar que alguns dels projectes presentats preveuen expressament la procedència de la promoció creuada, és a dir, l'accés de personal laboral fix de grups i categories laborals equivalents als cossos i escales de personal funcionari, i l'anomenada promoció interna temporal o desenvolupament temporal de llocs de treball corresponents a un grup o subgrup immediatament superior.

21. L'objectiu de la planificació de recursos humans en les administracions es contribuir a una millor prestació dels serveis públics mitjançant una utilització eficient dels recursos humans, el que implica la seva adequada distribució i adequació, mitjançant polítiques de formació, promoció i mobilitat i, si s'escau, mitjançant l'articulació de programes específics de racionalització. Els programes de planificació d'efectius i ordenació del personal, fets des de l'anàlisi de les disponibilitats i necessitats de personal i des de la perspectiva del número d'efectius i dels perfils professionals requerits pel desenvolupament dels llocs de treball, poden incloure diferents mesures com poden ser la reordenació del temps de treball,la flexibilització del lloc de la seva prestació, la reassignació d'efectius de personal, la racionalització de les estructures de llocs de treball, la promoció de mesures de mobilitat forçosa o de promoció interna, el foment dels contractes de formació o de la jubilació parcial, incentius a l'excedència o a la renuncia al servei actiu i, si s'escau, la incorporació selectiva de recursos humans o l'exclusió de places de plantilla inicialment previstes. En tot cas, l'efecte fonamental de la planificació d'efectius és la reassignació de personal a altres sectors, àmbits funcionals o entitats dependents de la mateixa administració o d'altres administracions i els seus efectes subsegüents que permet posicionar a aquestes persones en diferents situacions administratives que acaben desembocant en l'excedència forçosa com a forma de suspensió temporal de la relació. Dit això, el cert és que la planificació d'efectius segueix essent un procediment dual d'aproximació a la falta d'adequació dels efectius i de les competències a les necessitats de recursos humans de les nostres administracions públiques; aquesta manca d'adequació permet aproximacions de caràcter estratègic o, senzillament, l'adopció de mesures de racionalització adreçades a col·lectius específics de personal o a àrees o sectors determinats de l'activitat administrativa i, avui per avui, la seva principal virtualitat rau en constituir la mesura que permet iniciar el procés de reassignació d'efectius. De l'instrument de planificació com a tal sabem que consisteix en un anàlisi de les disponibilitats i les necessitats d'efectius i d'optimització de les seves competències en funció dels perfils professionals dels llocs de treball que s'han de desenvolupar, sabem també que haurà de ésser negociat amb les organitzacions sindicals de l'àmbit corresponent i que la seva aprovació correspondrà als respectius òrgans de govern, però el cert és que les propostes presentades poca cosa més aporten a aquest esquema inicial. En aquesta direcció no estarà de més esmentar que alguns dels projectes analitzats es refereixen expressament a aquests tipus de plans aclarint que han d'assenyalar el seu termini de vigència, han de contenir una memòria justificativa, els objectius a assolir, els efectius i l'estructura d'ocupació pública que es consideren adequats per complir amb aquests objectius, les mesures necessàries per transformar la dotació inicial en la que es considera necessària i les actuacions necessàries a l'efecte, els terminis d'execució de les mesures i actuacions adoptades i un informe econòmic en termes cost-benefici, mentre que la majoria dels projectes consultats coincideixen en les mesures que poden ser objecte d'adopció que es refereixen a la modificació d'estructures i de llocs de treball, amb la corresponent amortització de places, mesures de mobilitat i de promoció interna, l'adopció d'accions formatives específiques, la suspensió d'incorporacions i els incentius a la no prolongació de l'activitat, a la jubilació o a la renuncia de la condició de funcionari o l'adopció de mesures relacionades amb la selecció de personal, com poden ser la suspensió d'incorporacions de personal extern o la convocatòria de procediments selectius de caràcter general o limitat. Finalment, no estarà de més explicitar que en la última legislació més preocupada per les necessitats de sostenibilitat de les finances públiques, el sistema de planificació de recursos humans tendeix a l'especialització i es formula com un pla general de redistribució d'efectius que incideixi en la racionalització de les plantilles pròpies, procedint a la mobilitat del personal cap els serveis que més ho requereixin en cada moment, el que habilita el trasllat dels empleats públics a unitats, departaments u organismes distints dels de la seva destinació originària o, més senzillament, la planificació d'efectius es substituïda en els supòsits de supressió de centres directius o d'extinció d'entitats empresarials per protocols d'integració que permeten la mobilització de les corresponents dotacions de personal en un sistema de regles legals que garanteix els drets adquirits.

22. És evident que el lloc de treball segueix essent el nucli bàsic de la gestió de personal de la funció pública espanyola i, per tant, s'ha de concloure que les relacions de llocs de treball es constitueixen en elements essencials de l'ordenació de personal a les nostres administracions públiques. Aquest és un aspecte clau: sense llocs de treball, sense relacions de llocs de treball, no hi ha organització de l'ocupació

pública. Però, també, existeix avui un cert consens sobre la necessitat de diferenciar el paper que acompleix la relació de llocs de treball com a instrument que serveix per a la seva identificació i classificació, assenyalant la ubicació del lloc en l'estructura organitzativa i la missió que el lloc assumeix envers al conjunt de l'organització, els requisits essencials exigits pel seu desenvolupament i les retribucions complementàries que se li vulguin assignar, de la identificació i concreció precisa de les tasques que l'ocupant del lloc ha de desenvolupar, tasques que es poden establir en un document intern sense qualificació jurídica o es poden confiar a les potestats de direcció del centre directiu al que el lloc queda adscrit. Dit d'una altra manera, el contingut funcional del lloc de treball és un espai disponible i configurable propi de la capacitat d'especificació de tasques que pertany al poder de direcció de l'administració. D'aquesta manera s'impedeix la utilització defensiva dels llocs de treball en base a la invocació del seu contingut funcional amb la voluntat de desenvolupar únicament les tasques prèviament assignades i refusar totes les que no es continguin en la descripció dels llocs d'adscripció. En aquesta direcció, l'article 74 EBEP ha disminuït els requisits exigits legalment per a la formulació de la relació de llocs de treball, que es limiten a la denominació dels llocs, la determinació dels grups de classificació, cossos o escales d'adscripció, als sistemes de provisió i a les retribucions complementàries, evitant d'aquesta manera que les relacions de llocs de treball continguin una descripció detallada de les característiques dels llocs o del seu contingut funcional, el que sens dubte millora la flexibilitat en l'assignació de tasques i en la mobilitat interna. Doncs bé, aquesta intenció de l'EBEP sembla que no ha estat percebuda per alguna proposta autonòmica que preveu uns instruments d'ordenació de llocs de treball on s'assenyalen dades com el tipus de lloc i el seu contingut funcional, localització d'adscripció, requisits exigits i mèrits a valorar per a la seva provisió i qualsevol altra circumstància que es consideri rellevant, el que ordinàriament refereix al règim de jornada i de dedicació. Lògicament aquest plantejament sens dubte tendeix a la "individualització" del lloc de treball i a la confusió amb la seva dotació, oblidant que el lloc de treball com a unitat bàsica de l'estructura de l'ocupació pública admet un nombre indeterminat de dotacions que es consideren necessàries per satisfer la responsabilitat última que assumeix en el sí de l'organització. Precisament en aquelles propostes autonòmiques en que el contingut de la relació de llocs de treball es limita fonamentalment a les previsions de l'EBEP, el plantejament s'acompanya de la previsió d'altres instruments de gestió dels llocs de treball que complementen la informació recollida en les relacions, amb la finalitat de flexibilitzar el sistema i poder-lo adaptar als requeriments que en cada cas es puguin plantejar.

23. Uns dels problemes estructurals del nostre règim d'ocupació pública consisteix en haver identificat el sistema de provisió de llocs de treball amb el sistema de carrera, oblidant que, fonamentalment, la provisió és un sistema de satisfacció de les necessitats de personal d'una determinada administració pública. Aquest fet ha acabant derivant en la manifesta incapacitat dels sistemes ordinaris de gestió de personal per assignar i distribuir d'una forma racional i flexible els recursos existents. D'aquí l'articulació d'un seguit de formes de provisió de llocs de treball que intenten donar una resposta a les necessitats d'assignació de recursos, formes que no tenen com a pressupòsit la voluntat del funcionari, ni es relacionen amb la seva promoció professional, sinó que persegueixen una distribució d'efectius en funció de les canviants necessitats de la prestació de serveis, superant la rigidesa i la falta de flexibilitat de les formes ordinàries de provisió. Des d'una perspectiva interna, aquestes formes són el trasllat o redistribució d'efectius, i la seva variant la readscripció de lloc de treball, i la reassignació d'efectius. El trasllat és una figura de provisió de llocs de treball que facilita la mobilitat dels funcionaris públics per decisió administrativa sense necessitat d'una figura de planificació administrativa. La idea és simple: les administracions públiques podran traslladar als seus funcionaris per necessitats del servei a unitats, departaments i organismes públics diferents al de la seva destinació, respectant les seves retribucions, les seves condicions essencials de treball i la seva província de destinació. Aquest trasllat pot ser única i exclusivament d'efectius o consistir també en una readscripció de llocs de treball, és a dir, en una mobilitat forçada de la persona per una nova adscripció del lloc de treball a un centre directiu. En tot cas, aquesta figura s'ha de diferenciar de la reassignació d'efectius que habilita una facultat concedida a l'administració per a destinar als funcionaris ocupants de llocs de treball suprimits com a conseqüència d'un pla d'ocupació a un altre lloc de treball. Les normes i les propostes autonòmiques sobre funció pública tendeix a concretar els termes específics de la figura d'un trasllat articulat en torns als conceptes necessitats dels serveis, respecte de les retribucions i de les condicions de treball. Així, per exemple, sembla quedar clar que les necessitats del servei han d'estar expressament motivades i que el respecte a les retribucions abasta també la conservació de les complementàries derivades del lloc de treball, és a dir, el complement de destinació i l'específic, mentre que el concepte condicions de treball s'independitza de la seva visió més "laboral" –jornada, horari, torn, sistema de treball- i pren com a referència la naturalesa del lloc de treball i la identitat en el seu procediment de provisió. Pel que fa a la reassignació d'efectius, les propostes

analitzades tenen en compte que aquesta operació. conseqüència sempre d'un pla d'ocupació o d'una mesura de racionalització, es realitzi amb criteris objectius relacionats amb les capacitats, les aptituds i les habilitats dels funcionaris interessats, tot i que un possible canvi de localitat d'adscripció es constitueix en una barrera efectiva per una nova assignació en les primeres fases del procés, atès que en aquest supòsit la reassignació adopta la forma d'un procediment voluntari acompanyant de les corresponents indemnitzacions. En tot cas, l'operació de reassignació es segueix plantejant en tres fases: a) la primera dintre del mateix departament o dels seus organismes vinculats o dependents, amb una duració d'entre tres i sis mesos contats a partir de la supressió de llocs de treball; b) la segona, dintre de l'àmbit de la mateixa administració i sector públic, amb una duració de tres mesos; c) la tercera suposa ja l'entrada en la situació d'expectativa de destinació i l'adscripció a una relació de llocs de treball de reassignació per un termini d'un any que permet l'adscripció a llocs, amb naturalesa permanent o temporal, prenent com a referència d'una nova localització del lloc d'adscripció forçosa l'àmbit provincial. Convé assenyalar que en los dos primeres fases es manté un criteri de "similitud" entre les característiques, funcions i retribucions dels llocs a ocupar, mentre que en la última d'aquestes fases els llocs a oferir solament han de guardar una certa "semblança" amb la forma de provisió i retribucions respecte del què es venia desenvolupant.

24. En matèria de situacions administratives, el cert és que el legislador de l'Estatut Bàsic ha reduït el nombre de situacions administratives a cinc: servei actiu, serveis especials, serveis en altres administracions públiques, excedència i suspensió de funcions. Per tant, hi ha tres situacions administratives que deixen de tenir caràcter bàsic: expectativa de destinació, excedència forçosa i excedència voluntària incentivada. Les tres tenen en comú que la seva declaració correspon a finalitats d'interès públic i no a actes de voluntat del funcionari, doncs normalment tenen el seu origen en mesures organitzatives que impliquen la supressió de llocs de treball i el redimensionament d'efectius, és a dir, l'adequació d'efectius a les necessitats de l'organització. A partir d'aquí, el legislador habilita les lleis de funció pública per a crear noves situacions administratives en supòsits distints, resultant d'interès les que es puguin configurar quan per raons organitzatives, de reestructuració interna o excés de personal, resulti una impossibilitat transitòria d'assignar un lloc de treball o la conveniència d'incentivar la cessació en el servei actiu. A les propostes tècniques i normatives presentades la situació d'expectativa de destinació és una posició de trànsit amb una duració d'un any que pot desembocar en la situació d'excedència forçosa. A aquesta situació es veuen abocats els funcionaris afectats per un procés de reassignació d'efectius com a conseqüència de les mesures adoptades en un pla d'ocupació. Els funcionaris situats en aquesta posició perceben les seves retribucions bàsiques i de lloc de treball amb la matisació de la disminució del 50 per cent del complement específic de l'últim lloc ocupat sempre que l'hagin obtingut per algun dels procediments ordinaris de provisió de llocs de treball. Possiblement les úniques matisacions que introdueixen les noves propostes autonòmiques en la configuració d'aquest tipus de situació fan referència al sistema de deures, ja que el funcionari que es trobi en expectativa de destinació ve obligat a acceptar les destinacions en llocs de característiques similars als desenvolupats anteriorment en l'àmbit espacial de la província o de la comunitat autònoma de destí, però també ha de desenvolupar temporalment els llocs de treball d'aquestes característiques, sempre que se'l requereixi per necessitats del servei, la qual cosa produeix la interrupció del termini màxim fixat per aquest tipus de situació, el que no deixa de ser una novetat sobre el règim establert anteriorment amb caràcter general. Pel que fa a l'excedència forçosa, convé dir que algunes de les propostes normatives estudiades aprofundeixen en el caràcter dual d'aquesta figura. De fet, avui per avui, podríem dir que existeix dos tipus d'excedència forçosa: el primer es el tipus general previst ja a l'antiga Llei de funcionaris civils de l'Estat, que es produeix per una reforma de plantilla que comporta la supressió de places amb el cessament obligat dels afectats en la prestació de servei actiu. Per tant, en aquest text legal l'excedència forçosa és una situació autònoma que s'atorga als funcionaris que cessen provisionalment en el desenvolupament de les responsabilitats corresponents a un lloc de treball, com a conseqüència de una reestructuració orgànica o de la supressió de les dotacions de places corresponents als lloc de treball que ocupen. Tanmateix, a aquesta excedència forçosa "general" se li sobreposa, a partir de la Llei 22/1993, de 29 de desembre, una excedència forçosa connectada estretament amb l'esgotament del període d'expectativa de destinació com a conseqüència de l'afectació dels llocs de treball per un pla d'ocupació; per tant, en aquest marc, l'excedència forçosa és la fase següent a la d'expectativa de destinació, o bé la seva alternativa si s'incompleixen les obligacions pròpies de l'esmentada condició. Doncs bé, el cert és que algunes de les normes autonòmiques semblen mantenir aquesta dualitat de figures advertint del possible pas a aquesta situació en els supòsits de supressió de llocs de treball, o si es procedeix de la situació d'expectativa de destinació pel transcurs del temps màxim de permanència o per incompliment de les obligacions pròpies de la mateixa, mentre que altres la mantenen única i exclusivament com a conseqüència d'una mesura de planificació. En tot cas, és sabut que el funcionari en aquesta situació té dret a la percepció de les retribucions bàsiques i al còmput del

temps a efectes de triennis, drets passius i consolidacions; semblantment el funcionari situat en aquesta posició està obligat a participar en totes les provisions que es convoquin per a la cobertura de llocs de treball del seu cos o escala i a participar en les accions formatives que se li ofereixin amb la finalitat de reforçar la seva empleabilitat. La novetat que aporten ara les propostes autonòmiques consisteix en la possibilitat de disposar el reingrés obligatori al servei actiu en el moment en que existeixi vacant pressupostària dotada obligatòriament en la destinació que se li adjudica sempre que es tracti de llocs de treball propis del seu cos o escala i compleixi els requisits exigits en les relacions de llocs de treball; de la mateixa manera el funcionari en aquesta situació podrà ser obligat a ocupar un lloc vacant temporalment, propi del seu cos o escala, sempre que acompleixi els requisits establerts. Finalment, l'excedència voluntària incentivada es segueix mantenint per als funcionaris afectats per un procés de reassignació d'efectius o en la situació d'expectativa de destinació o d'excedència forçosa com a conseqüència de l'aplicació d'un programa o d'altres mesures de racionalització de recursos humans. Tanmateix, el que varia ara és el període definit per aquest tipus d'excedència que es situa entre cinc i set anys, i la indemnització que oscil·la entre dotze i divuit mensualitats de les retribucions bàsiques i complementàries del lloc de treball, amb la part proporcional de les pagues extraordinàries, però no s'ha acaba de resoldre el factor que actua com a limitació d'aquest tipus d'excedència, ja que no es garanteix la reserva del lloc de treball o el reingrés, ni el temps de permanència en aquest tipus de situació computa a efectes de triennis, drets passius i carrera professional, tot i que alguna de les propostes presentades flexibilitza la rigidesa d'aquesta situació preveien la possibilitat d'un reingrés negociat, transcorreguts dos anys des de la concessió d'aquesta situació, prèvia devolució de la part proporcional de les retribucions rebudes com a indemnització. En tot cas, la baixa utilització d'aquesta situació, per la seva manca evident de garanties, acaba produint com efecte la seva desaparició en alguns dels projectes presentats que senzillament ja no la mencionen.

25. La millora de les expectatives de carrera dels funcionaris, en base a un sistema de progressió en el lloc de treball i d'avaluació del desenvolupament, sembla introduir un factor de motivació dels empleats públics més competents i, alhora, permet la iniciació d'un procés d'individualització de les retribucions en base al mèrit. Amb tot les primeres propostes i experiències produïdes sobre aquest model projecten un seguit de llums i ombres de difícil valoració si tenim en comptes els aspectes següents: a) l'accés al sistema de carrera és limita als funcionaris permanents i, excepcionalment, al personal laboral fix, en el sentit contrari, s'exclou del sistema al personal interí i temporal, el que en principi no implica una ruptura del principi d'igualtat; en canvi, semblen haver fracassat altres exclusions que convindria haver considerat amb atenció com podria ser la necessitat de dedicació exclusiva o l'existència d'una jornada normalitzada; qüestió distinta i que no esta de més destacar és que algun dels models proposats preveu un sistema de quotes, la qual cosa vol dir que cada administració pot fixar prèviament el nombre de funcionaris que en cada moment pot haver en un determinat esgraó de la carrera administrativa; b) una de les línees vermelles que està essent objecte d'una forta discussió és el període de desenvolupament ple de la carrera horitzontal, amb models fonamentats en còmputs de temps relativament breus per a la consolidació dels corresponents graus (cinc anys), el que suposa un desenvolupament curt del sistema de carrera organitzat en quatre esgraons (vint anys); aquesta opció es contraposa a un altra que planteja sistemes diferenciats de còmput per cadascun dels graus (per exemple, cinc anys, el primer, sis, el segon, vuit el tercer i deu el quart, o alternativament, sis anys per cinc esgraons) el que acaba suposa un recorregut temporal que es situa entre els vint-i-nou o trenta anys, també s'ha de tenir present que aquesta discussió es pot complicar quan es vol introduir un període transitori de carència que garanteix a tots els empleats públics en servei actiu que ho sol·liciten, excepcionalment i per una sola vegada, l'accés i la consolidació del primer grau, sense cap altre requisit de desenvolupament o avaluació, el que indirectament suposa un escurçament del recorregut de la carrera; c) l'altre dilema que semblen plantejar les iniciatives presentades fa referència al tema de la reversibilitat; de fet, la majoria de les propostes en curs adopten com a punt de partida la no reversibilitat del nivell professional assolit, llevat que es produeixi com a conseqüència d'una sanció disciplinària, tanmateix, alguns altres models aposten decididament pel caràcter reversible de la carrera per no superar el procés d'avaluació, un o dos cops de forma consecutiva, situació que a més activa un període d'espera per poder sol·licitar una nova avaluació (tres anys), no faltant algun model del que s'ha denominat d'irreversibilitat relativa, és a dir, l'adquisició dels primers graus tindrà caràcter d'irreversibilitat i pel últim s'estableix la reversibilitat per una avaluació no superada; d) un efecte indirecte i no esperat del sistema de carrera en lloc de treball, sembla que es projecta sobre l'anàlisi i la classificació de llocs de treball; el plantejament és simple: si l'avaluació és del desenvolupament de les funcions del lloc, sembla lògic insistir en la necessitat de descriure i fixar detalladament les funcions del lloc, el que col·lateralment provoca la introducció de nous factors de rigidesa en l'estructura de llocs, d'aquí que es consideri fonamental advertir que l'objecte de l'avaluació no és pròpiament el lloc sinó els

coneixements, l'experiència, la conducta professional i la implicació i el compromís amb l'organització de l'ocupació pública, dit d'una altra manera, la carrera horitzontal que es desenvolupa en el sí d'un lloc de treball té un caràcter estrictament subjectiu o personal i un element essencial de mèrit i no de productivitat; e) en els aspectes conflictius de desenvolupament del sistema de carrera està sens dubte, la forma i manera del procés d'avaluació i, sobretot, la participació del superior jeràrquic en l'avaluació del desenvolupament, participació que sembla essencial atès que, sens dubte, és la figura més indicada per comprovar i valorar la conducta professional de l'empleat públic, participació a la que s'oposa la crítica a la subjectivitat que tota relació interpersonal genera; els models aquí són oscil·lants, entre els que afirmen el protagonisme del superior en l'avaluació del desenvolupament sense perjudici de la introducció de procediments garantistes en base a entrevistes individuals estructurades i revisió dels resultats pel superior de l'avaluador, incloent la possibilitat pel funcionari d'aportar documentació valorant aspectes de la seva conducta professional, procediments que s'acompanyen de la creació d'una comissió de revisió de les avaluacions realitzades amb una composició eminentment tècnica, els models que fonamenten el sistema de valoració en la creació d'òrgans tècnics amb incorporació de persones externes a la corresponent administració i els models que proposen la configuració d'un òrgan avaluador de caràcter col·legiat amb una intensa participació de la representació sindical; f) finalment, no estarà de més esmentar un dels principals errors comesos per les experiències en curs en aquesta matèria, error que suposa la seva introducció per la via de pacte o acord col·lectiu, amb una finalitat eminentment remuneradora, prenent com a criteri el d'anticipar les conseqüències retributives que pot suposar la implantació del nou model de carrera; aquí, senzillament, la carrera s'utilitza com una coartada del complement de carrera i del corresponent increment, prescindint de tota connexió amb el sistema d'avaluació i acudint a l'apreciació simple del temps d'exercici efectivament desenvolupat, el que permet la consolidació del primer grau de carrera i l'accés a les pertinents remuneracions, tot això, sense tenir en compte altres experiències en les que directament s'assenyala una bestreta a compte de la implantació del nou model de carrera.

26. Més enllà de l'ajust de les retribucions dels funcionaris públics que s'ha realitzat amb un evident menyspreu pels principis d'igualtat i d'equitat, en haver quedat exclosos del mateix els treballadors de determinades entitats del sector públic en funció de la seva capacitat de conflicte i per s'ha adoptat una política de proporcionalitat inversa, es dir, les categories inferiors han estat poc o res "reduïdes" mentre que les superiors han patit decrements salarials importants sobre el que s'ha projectat un diferencial d'inflació no menor, el cert és que l'estructura retributiva del sector públic sembla donar signes d'un evident esgotament. La determinació dels complements de llocs de treball s'ha independitzat dels sistemes objectius de valoració i catalogació dels llocs de treball i respon a processos de negociació o assignacions discrecionals dels òrgans de govern de les administracions, amb la qual cosa el complement de destinació no actua com un indicador de la importància o de l'especialitat del lloc de treball, mentre que el complement específic avui es un complement general i comú per a tots els llocs de treball que permet "quadrar" les retribucions dels funcionaris i, en el millor dels supòsits es relaciona estretament amb la gestió del temps de treball del funcionaris, i en el pitjor serveix de cobertura a un autèntic sistema de "plusos" que sovint encobreix una estructura de partides retributives pròpies i concretes de grups de funcionaris que d'aquesta manera assoleixen una situació de privilegi. Pel que fa al complement de productivitat, quan s'ha aplicat, s'ha utilitzat per complementar les retribucions dels funcionaris públics, donant lloc a les conegudes "bufandes", o s'ha relacionat estretament amb l'assistència i la puntualitat en el lloc de treball amb la finalitat última de reduir i controlar l'absentisme. Sobre aquesta situació, sembla necessari configurar una recomposició de les estructures retributives que, tal com succeeix al sector privat, tindria que incorporar els elements següents: a) la necessitat de diferenciar en els complements de lloc de treball entre complements funcionals estrictes (dificultat tècnica, responsabilitat i complexitat) i complements relacionats amb la disponibilitat del treballador i la seva implicació amb aspectes substancials relacionats amb el temps de treball que es poden materialitzar en funció de les necessitats del lloc i del moment de la prestació (dedicació, flexibilització, prolongació, horaris especials, disponibilitat), perden importància o interès els factors relacionats amb condicions de treball que remuneren aquelles circumstàncies materials a les que s'exposa l'empleat a l'hora de realitzar el seu treball que es consideren íntimament lligats a la prestació a la prevenció de riscos laborals (penositat, perillositat); b) la progressiva centralitat de la retribució per productivitat, però d'una productivitat directament lligada a l'activitat i l'assistència, la quantitat i la qualitat del treball i, de forma diferenciada, a l'exercici d'una pluralitat de competències professionals que retribueixen la capacitat per a realitzar distintes funcions en un mateix lloc de treball en base a mòduls integrats de diferents tipus de funcions i responsabilitats; en aquest camp és particularment important la introducció de tècniques d'avaluació del rendiment entre les que cal diferenciar les aplicades a la valoració del mèrit i la competència professional, i les relacionades amb la millora del

rendiment i l'acompliment dels objectius. Doncs bé, sembla que d'una forma quasi imperceptible alguns d'aquests projectes donen compte de l'esmentada evolució quan assenyalen que les retribucions complementàries es percebran en raó de les característiques del lloc de treball, la progressió en la carrera professional o el desenvolupament assolit en l'acompliment de les funcions, tasques i responsabilitats assignades al lloc de treball. Però el cert és que sobre aquesta base inicial que sembla prometedora assistim a la recuperació de l'esquema retributiu ja conegut prefigurant un sistema de retribucions complementaries caracteritzat per l'existència d'un o més complements de llocs de treball, el que permet la recuperació del complement de destinació i d'un complement específic que s'assigna ara a tots els llocs de treball en base als factors d'especial dificultat tècnica, especial responsabilitat, incompatibilitat, dedicació, penositat o perillositat, o altres peculiars condicions de desenvolupament que queden sense determinar, un o dos complements de carrera vertical i horitzontal, el que permet la conservació del grau i la nova implantació del complement de carrera horitzontal, que queda absorbit pel primer en aquells supòsits en que es planteja la seva compatibilitat, i un complement o incentiu de desenvolupament o de resultats que retribueix el rendiment o l'obtenció de resultats en base a la corresponent avaluació. A ressaltar la novetat que presenta la norma de la Generalitat Valenciana, que estructura el seu sistema de complementàries en base a un complement de carrera administrativa que depèn de la progressió assolida dintre del sistema horitzontal establert, d'un complement de lloc de treball que desglossa entre un complement competencial, adreçat a retribuir la dificultat tècnica i la responsabilitat i un complement de desenvolupament, que retribueix les condicions particulars d'alguns llocs de treball, així com la dedicació o la incompatibilitat exigides pel seu desenvolupament, i un complement de desenvolupament que exigeix la prèvia planificació dels objectius a assolir i la posterior avaluació dels resultats obtinguts per la persona responsable del corresponent centre directiu, avaluació que serà certificada per un òrgan "ad hoc". En tot cas, des d'una perspectiva general, podríem dir que llevat de la introducció del nou complement de carrera horitzontal i de l'estret lligam que sembla establir-se entre el complement de productivitat i l'avaluació del desenvolupament, tenim la impressió que les propostes normatives de les comunitats autònomes opten per mantenir l'estabilitat del sistema retributiu, opció que segurament resta molt condicionada per la consolidació dels drets adquirits de naturalesa retributiva que ha efectuat l'EBEP. Possiblement sigui aquesta una política raonable però no estarà de més afirmar que sembla que s'ha estat perdent l'oportunitat de redefinir les estructures retributives de les nostres administracions públiques atorgant un pes específic als complements i als factors adreçats a flexibilitzar la prestació del servei i la disponibilitat del factor treball.

27. La jornada de treball en el sector públic espanyol es baixa i tendeix a la seva disminució. Segons l'OIT, a l'any 2004, la jornada de treball efectiva era de 32,3 hores setmanals, aquesta mateixa jornada era de 31,2 hores setmanals per l'any 2008. També els referents comparats en deixen en evidencia, en aquests mateixos anys Alemanya i Gran Bretanya han passat de les 38 a les 39 hores setmanals, mentre que altres països com Suècia o Holanda apropen les seves jornades setmanals a les 38 hores. Per tant, sembla que una jornada com la nostra difícilment serà mantenible a curt termini i existeixen ja experiències com la de la Llei 5/2010, de 27 de desembre, de Murcia, que ha produït un recuperació brusca de les 35 a les 37,5 hores de treball setmanal, mentre que altres experiències més locals, plantegen una doble escala de jornades de treball, distingint entre els funcionaris ingressats abans d'una determinada data que mantenen una jornada de 35 hores setmanals i els ingressats amb posterioritat que recuperen la jornada de 37,5 hores setmanals. To i això, en matèria de temps de treball, el cert és que la majoria de les nostres administracions públiques han optat fins al moment per posicions més pragmàtiques, establint o mantenint la jornada de treball de 35 hores, però conservant jornades de 37,5 hores i 40 hores, amb les corresponents retribucions. Dit d'una altra manera, en aquests supòsits la reducció de la jornada de treball desemboca en un simple increment salarial, sense que la seva limitació es transformi en un instrument de la política d'ocupació. També, convé tenir present que la majoria de reduccions de jornada que s'han produït en el nostre país se ha plantejat d'una forma aïllada sense procedir a una reordenació general del temps de treball que pogués pal·liar els seus efectes sobre els serveis públics. El resultat de tot plegat acaba essent una proliferació de jornades i horaris especials, cadascun amb la seva corresponent projecció retributiva, de manera que els ajustos sobre la gestió de l'escàs temps de treball disponible, es porten a terme amb l'únic instrument de flexibilitat que queda en mans de l'administració, és a dir, amb uns serveis extraordinaris que sovint es compensen amb un sobre cost important sobre el preu de l'hora ordinària d'un empleat públic. Per tant, el problema no és única i exclusivament de reducció del temps de treball disponible en els serveis públics, sinó també d'organització i gestió de la seva disponibilitat i efectivitat. Dit això, deixant a banda la legislació de crisi, podríem dir que la gestió del temps de treball no ocupa un paper rellevant en la nostra projecció legislativa. De fet la majoria dels projectes analitzats semblen partir de la data de que la fixació d'una jornada de treball és un assumpte domèstic de cada

administració a determinar mitjançant el corresponent procés de negociació col·lectiva, oblidant que la jornada com a tal és un elemental essencial de productivitat, el que justificaria la seva determinació directa per mitjà de la llei, sostraient-la al procés de negociació. En tot cas, la gestió del temps de treball sembla preocupar a algunes de les propostes plantejades que indiquen directament la necessitat de determinar la jornada en còmput anual, el que permet la seva distribució irregular al llarg de l'any, la creació de bosses de hores per front a fluctuacions en la prestació del servei i la determinació de franges horàries de permanència obligatòria més racionals per evitar l'obertura de centres oficials fora dels horaris habituals.

28. La jornada a temps parcial, entesa com la prestació d'una activitat de duració inferior a la jornada a temps complert de referència, es considera com la mesura de flexibilització del temps de treball per excel·lència. Aquesta jornada permet un ampli marge de distribució flexible del temps de treball per l'amplitud de les possibilitats de reducció i pels diversos mòduls temporals de referència. Per tant, en entorns rígids de gestió del temps de treball, la jornada a temps parcial es considera indispensable per a dotar al sistema de marges d'adaptació i flexibilitat. De fet, la modalitat de prestació de serveis a temps parcial permet contractar activitat per qualsevol temps de treball i per qualsevol freqüència de servei, a les que es pot sumar la cobertura de necessitats no previstes mitjançant l'establiment d'una borsa d'hores complementaries per ampliar el nombre de les previstes. Els projectes legislatius autonòmics en aquesta matèria semblen abordar el tema des de dos perspectives diferents: una, configurant una figura específica d'interí a temps parcial en funció de les necessitats del servei, tot i què alguns dels projectes analitzats semblen reduir la seva utilització a supòsits taxats que es relacionen amb reduccions de jornades, jubilacions parcials o permisos; dos, admeten la figura, i per tant, la possibilitat de nomenar funcionaris de carrera amb jornada a temps parcial, però remeten la seva possible concreció a una norma reglamentària, amb la qual cosa l'operativitat de la proposta queda demorada a un moment posterior.

29. El sistema de negociació col·lectiva a l'ocupació pública local està fora de control. Les nostres organitzacions sindicals consideren la llibertat sindical i la negociació col·lectiva com a drets absoluts que es poden sobreposar a la llei. S'oblida, doncs, que la negociació a la funció pública és un dret de configuració legal que solament es pot exercitar en els termes establerts pel legislador. Per tant, la llei pot assenyalar límits a la negociació, pot, semblantment, reservar-se determinades matèries que queden excloses del procés de negociació i, encara més, pot penetrar en la norma pactada, modificant el seu contingut, sense que això suposi desconèixer el dret de llibertat sindical dels funcionaris públics. Els problemes de la negociació col·lectiva funcionarial són ben coneguts i estan identificats: la deficient articulació del sistema de meses de negociació, la falta de capacitat tècnica de la part pública de la negociació, la no existència d'unes regles mínimes i segures que garanteixin el procés de negociació i la manca de determinació de les matèries objecte de negociació que produeix el desconeixement del dret legal objectiu i un sistema de microconcertació consistent en la introducció de límits i substitucions al poder de direcció dels òrgans gestors de l'ocupació pública. Doncs bé, cal dir que les propostes normatives en curs semblen avalar l'esquema establert sense introduir millores significatives. Pel que fa a l'estructura de la negociació, la novetat més significativa que es recull en els texts analitzats passa per la constitució d'una mesa de negociació de les administracions públiques d'una comunitat autònoma, mesa que estarà presidida pels representants de l'administració general de la comunitat autònoma i que comptarà amb representants de la resta d'administracions públiques de la comunitat. Precisament, aquesta mesa tindrà com a funció la negociació de les matèries que prèviament hagin estat definides com de determinació conjunta de les condicions de treball dels empleats públics al servei d'aquestes administracions, amb la qual cosa no s'acaba d'esbrinar correctament la dimensió funcional d'aquesta mesa de negociació, és a dir, si la seva matèria negocial pren com a referència la capacitat normativa de la mateixa comunitat que es pugui projectar sobre les condicions de treball comuns a tots els empleats públics, amb la qual cosa tindríem un nivell de negociació sobreposat que no desplaça els existents en el si de cadascuna de les administracions públiques del territori de la comunitat, o, alternativament, si aquest és un nivell articulat que desenvolupa aquesta funció però que també es fa càrrec de la negociació d'aquelles matèries concretes que les administracions públiques decideixen tractar en aquest àmbit de l'estructura de la negociació, cosa que lògicament suposaria el seu desplaçament de seu negocial i la impossibilitat de ser tractats en els nivells inferiors. A destacar una variable d'aquest model que es limita a constituir una mesa general de negociació "mixta", comprensiva de la negociació de totes aquelles matèries i condicions de treball comuns al personal funcionari, estatutari i laboral de l'administració d'una comunitat autònoma i de les seves entitats instrumentals, mesa que funciona com un àmbit general de concertació amb independència que els acords obtinguts es formalitzin en els instruments adequats i tinguin la consideració negocial que es correspongui a cada àmbit jurídic, administratiu o laboral, amb la qual cosa sembla que s'afirma la separació entre el règim jurídic de la unitat de negociació i el règim jurídic de l'instrument obtingut en el procés de negociació. En la mateixa direcció, els texts treballats perfilen d'una manera més

detallada la negociació col·lectiva supramunicipal, negociació que es vol articular a través de dos vies diferents: la primera reconeix la legitimació negocial de la corresponent federació o associació de municipis per establir "un model d'acord regulador de les condicions de treball" dels empleats públics de les institucions locals de la comunitat al que es podran adherir els municipis amb caràcter previ o de manera successiva, definició que acaba perfilant la naturalesa última del producte d'aquesta negociació, que no és un altra cosa que una proposta normativa sense eficàcia jurídica fins que l'acord d'adhesió el incorporà al corresponent ordenament local; la segona preveu explícitament la constitució d'una mesa de negociació de l'administració local de la corresponent comunitat autònoma, presidida per representants d'aquesta i que compta amb representants de les associacions d'entitats locals de la comunitat, en la que es negocien les condicions de treball del personal d'aquelles administracions locals en les que no existeixi òrgans de representació, sens perjudici que la resta d'ens locals es puguin adherir també, si s'escau, als acords assolits en aquesta mesa. Al marge de l'estructura de la negociació, el cert és que costa trobar algun element d'innovació en els textos proposats, sobretot en allò que afecta a matèries incloses i excloses de la negociació col·lectiva, àmbit normatiu en el qual únicament s'assenyala que les decisions derivades de les potestats d'organització no tenen repercussió sobre les condicions de treball, i per tant, no han d'ésser objecte de negociació, quan l'afectació sobre les condicions de treball es produeixi directament i de forma específica en les condicions d'un lloc de treball concret o dotació. Més enllà d'aquestes qüestions, sembla que el legislador autonòmic renuncia a explorar la seva capacitat d'innovació en el sistema de relacions laborals de les administracions públiques. D'aquesta manera s'abandona la oportunitat d'introduir rigor i seguretat en un model de negociació que no pot servir únicament per multiplicar els drets d'un col·lectiu de treballadors, sinó que ha de contribuir necessariament a la consecució del interès general i a l'estabilitat d'uns serveis públics que en un moment de crisi són un dels instruments essencials de solidaritat social.

Barcelona, 7 de febrer de 2011.

El Tratado de Lisboa en relación con las instituciones de gobierno local

Ricardo Alonso García
Catedràtic de Dret administratiu i comunitari
Universitat Complutense de Madrid

1. Introducción. 1
2. El respeto de la identidad nacional en lo referente a la autonomía local. 2
3. El principio de subsidiariedad en su dimensión local. 4
4. El fortalecimiento de las instituciones locales a través del Comité de las Regiones. 5
5. Otras cuestiones vinculadas a políticas sectoriales de la Unión. 6

1. Introducción.

La Unión Europea fue en sus orígenes completamente ajena a la estructura organizativa de los Estados miembros. Lo que no significa que las entidades locales hayan sido ajenas a las reglas de funcionamiento de la Unión.

Así, debe tenerse en cuenta que el Derecho Comunitario (ahora de la Unión Europea[1]), vincula a todos los poderes públicos, incluidas las instituciones locales de los Estados miembros.

Es el caso, por poner un ejemplo paradigmático, del principio de primacía, que abarca, según doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la obligación de las Administraciones públicas, incluidas las locales, de inaplicar, por su propia autoridad, Derecho interno, cualquiera que sea su rango, incompatible con el Derecho europeo ("al igual que al Juez nacional", reza el fallo del Tribunal europeo en el *asunto Fratelli Costanzo*, "a la Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo, así como la de no aplicar aquellas disposiciones de Derecho nacional que infrinjan dicho precepto"[2]).

---

[1] Respecto de la incertidumbre que rodea, tras Lisboa, al futuro de la expresión "Derecho Comunitario", una vez sustituida y sucedida la Comunidad Europea por la Unión Europea (artículo 1 TUE post-Lisboa), cabe señalar que el Tribunal Constitucional alemán, en la Sentencia a la que me referiré a continuación, opta por referirse al "Derecho de la Unión Europea" (FJ 241 *ab initio*: "Tanto el control *ultra vires* como el control de la identidad pueden conducir a que *el Derecho comunitario, o en el futuro el Derecho de la Unión*, sea declarado inaplicable en Alemania"). Cfr. en la misma línea las Conclusiones de la Abogado General Sharpston en el *asunto Ruiz-Zambrano* (C-34/09), pendiente de resolución, cdo. 43 ("En una serie de asuntos, el Tribunal de Justicia ha aceptado que debe dictar una sentencia prejudicial cuando «la interpretación de disposiciones del Derecho comunitario [ahora de la UE] puede resultar útil al órgano jurisdiccional nacional, incluso ante situaciones calificadas de puramente internas, en particular en el supuesto de que el Derecho del Estado miembro de que se trate exija que todo nacional de dicho Estado disfrute de los mismos derechos que el Derecho comunitario [ahora de la UE] reconoce a un nacional de otro Estado miembro en una situación que dicho órgano jurisdiccional considere comparable»"; *las aclaraciones entre corchetes, de la propia Abogado General*).

[2] Sentencia de 22 de junio de 1989 (103/88). El Consejo de Estado español, en su *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, evacuado a petición del Gobierno el 14 de febrero de 2008, aborda los problemas que plantea tal poder-deber de la Administración de inaplicar normas contrarias al ordenamiento jurídico comunitario. Así, tras exponer las dificultades que encierra una asunción sin matices de la *doctrina Fratelli Costanzo* (entre otras razones, como correctamente advierte, ante la dificultad, cuando no imposibilidad, de activar la cuestión

Es el caso, asimismo y descendiendo del marco general de la interacción entre el Derecho de la Unión y el de los Estados miembros a cuestiones más concretas vinculadas a reglas sustantivas de la Unión que afectan directamente al ciudadano, del derecho de los europeos a participar en las elecciones locales, a acceder en condiciones de igualdad a la función pública o a un contrato laboral, o a optar a la gestión de un servicio público municipal o, en general, contratar con la Administración.

Por otro lado, la incidencia cada vez mayor del Derecho de la Unión Europea en el ámbito interno, condujo a la creación (en 1992, con el Tratado de Maastricht), en el seno organizativo de la propia Unión, del Comité de las Regiones, destinado a hacer valer, en el plano ascendente de producción de la normativa europea, los intereses de los entes regionales y locales, protagonistas de la implementación, en el sentido amplio de la expresión, de muchas políticas de la Unión. El mayor grado de incidencia del Derecho de la Unión en el ámbito interno también ha terminado por reflejarse, desde la otra cara de la moneda, en un reforzamiento de la autonomía organizativa de los Estados miembros, aflorando de forma implícita en un primer momento, explícitamente después, sobre todo de la mano del Tratado de Lisboa.

Ello sin olvidar que la implicación de las instituciones locales en el marco de la Unión sigue constituyendo, al margen de Lisboa, un objeto de reflexión dinámica de primer orden en el contexto de los propios ordenamientos jurídicos nacionales, como manifiesta, en el caso español, el reciente *Informe del Consejo de Estado, de 15 de diciembre de 2010, sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, el cual incluye numerosas referencias al fenómeno específicamente local.

2. El respeto de la identidad nacional en lo referente a la autonomía local.

Los tratados constitutivos de la Unión Europea reconocen el respeto de la "identidad nacional", también en lo referente, disponen ahora por vez primera de forma expresa, a la "autonomía local y regional" (el artículo 6.3 TUE en la versión pre-Lisboa, se limitaba a establecer que "la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros; según el artículo 4.2 TUE post-Lisboa, más explícito y profuso, la Unión Europea se obliga a respetar junto a la identidad nacional de los Estados miembros, "inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, *también en lo referente a la autonomía local y regional*", la "igualdad de los Estados miembros ante los Tratados" y "las funciones esenciales del Estado", citándose a modo de ejemplo las que tienen por objeto "garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional"[3]).

---

prejudicial) y subrayar que "conviene fijar la atención en la mejora de las tareas de incorporación y de depuración, y no tanto en la potestad de la Administración para inaplicar disposiciones internas cuando dichas tareas no han sido ejecutadas correctamente", el Consejo de Estado propone, creo que acertadamente, condicionar el ejercicio de dicha potestad al previo dictamen favorable del propio Consejo (u órgano equivalente autonómico), abriendo las puertas a un posible diálogo vía prejudicial con Luxemburgo (diálogo que, en cambio, no sería posible, frente a lo que erróneamente cree el Consejo, en el marco de la "infrautilizada técnica de la revisión de oficio de disposiciones de carácter general" prevista en el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo, habida cuenta de la criticada exclusión de la "acción de nulidad" que permitía la Ley de 1958, lo que a su vez conlleva la exclusión de siquiera cualquier indicio de un litigio, necesario en el planteamiento de la cuestión prejudicial).

[3] Por su parte, el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, instrumento jurídicamente vinculante tras la reforma de Lisboa (artículo 6.1 TUE), arranca en los siguientes términos:

"Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes.

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

La Unión contribuye a defender y fomentar estos valores comunes dentro del *respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local*; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento."

Según el Tribunal Constitucional Federal alemán (Sentencia de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa, BVerfG, 2 BvE 2/08):

> "El Tratado no conduce a ninguna desestatalización de la República Federal de Alemania. La delimitación de competencias se mejora, y se transfieren competencias complementarias solamente en ámbitos limitados. La salvaguardia de la soberanía estatal se pone claramente de manifiesto en el expreso reconocimiento del respeto a la identidad nacional según el art. 4.2 TUE versión Lisboa, así como en el derecho de revocar la vinculación conforme al art. 50 TUE versión Lisboa" (FJ 153).

Y puntualiza más adelante:

> "Desde la perspectiva del principio democrático, la vulneración de la identidad constitucional establecida en el art. 79.3 LFB es al mismo tiempo una usurpación del poder constituyente del pueblo. El poder constituyente no ha dado a los representantes y órganos del pueblo mandato alguno para poder disponer sobre la identidad constitucional. No se ha dado a ningún órgano constitucional la competencia para modificar los principios constitucionales que el art. 79.3 LFB establece como fundamentales" (FJ 218)… "La autorización para la integración europea permite una organización diferente de la formación de la voluntad política de la que la Ley Fundamental establece para el orden constitucional alemán. Esto es aplicable hasta el límite de la identidad constitucional indisponible (art. 79.3 LFB)" (FJ 219). Lo cual resulta corroborado por el propio Derecho de la Unión, al reconocer y aceptar éste la identidad nacional de los Estados miembros: "El principio de atribución singular y restringida de competencias es por ello no sólo un principio de Derecho europeo (artículo 5.1 TCE; artículo 5.1 frase 1 y 5.2 del TUE versión Lisboa; véase Kraußer, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*, 1991), sino que toma – al igual que la obligación de la Unión Europea de respetar la identidad nacional de los Estados miembros (artículo 6.3 TUE; artículo 4.2 frase 1 TUE versión Lisboa)- principios constitucionales de los Estados miembros. El principio de Derecho europeo de atribución singular y restringida de competencias y la obligación de Derecho europeo de respeto a la identidad son en esta medida expresión en los tratados del fundamento del poder de la Unión en el Derecho constitucional estatal" (FJ 234).

Asumido lo anterior, el TCFA va a sumir el rol de garante último del respeto de la identidad nacional alemana, incluidas sus vertientes regional y local:

> "Para proteger la viabilidad del ordenamiento jurídico comunitario, la aplicación del Derecho constitucional abierta al Derecho europeo requiere, desde la consideración del precepto jurídico contenido en el artículo 100.1 LFB, que tanto un control *ultra vires* como el control de una vulneración de la identidad constitucional correspondan en exclusiva al Tribunal Constitucional Federal. No resulta ahora necesario decidir en qué tipo de procedimientos en concreto puede el Tribunal Constitucional Federal ejercer este control. Puede tomarse en consideración el recurso a procedimientos ya existentes, como son el control de normas abstracto (artículo 93.1.2 LFB) y concreto (artículo 100.1 LFB), el conflicto entre órganos (artículo 93.1.1 LFB), el conflicto entre la Federación y los Länder (artículo 93.1.3 LFB) y el recurso de amparo (artículo 93.1.4.a LFB). Pero también es plausible la creación por el legislador de un procedimiento adicional y específico ante la jurisdicción constitucional para el control *ultra vires* y para el control de identidad, para asegurar el deber de las instituciones alemanas de dejar sin aplicar en casos concretos las normas jurídicas de la Unión que sobrepasen sus competencias o que vulneren la identidad" (FJ 241).
>
> En una trascendental decisión posterior (de 6 de julio de 2010 sobre la Sentencia Mangold del Tribunal de Justicia, BVerfG, 2 BvE 2661/06), el TCFA precisa que "antes de aceptar que un acto ha incurrido en *ultra vires*, debe darse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la oportunidad de interpretar los Tratados, así como de pronunciarse sobre la validez e interpretación del acto de que se trate, en el marco del procedimiento prejudicial *ex* artículo 267 TFUE, a los efectos de poder clarificar cuestiones pendientes de aclaración" (primera directriz de la decisión, apartado b). Obvio es que el razonamiento resulta aplicable, *mutatis mutandis*, al control sobre el respeto de la identidad nacional…

Así las cosas, el principal problema que plantea la doctrina del TCFA radica en cómo conciliar la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión (en última instancia, su uniformidad respaldada por el principio de primacía), con el respeto de la identidad nacional de cada Estado miembro:

> "La Ley Fundamental aspira a integrar a Alemania en una comunidad jurídica de Estados pacíficos y libres, pero no renuncia a la soberanía contenida en última instancia en la Constitución alemana. Por eso no hay contradicción con respecto al objetivo de apertura al Derecho internacional si el legislativo, excepcionalmente, no cumple con el derecho de los tratados internacionales -aceptando, sin embargo, las consecuencias correspondientes en las relaciones internacionales- en caso de que ésta sea la única manera de evitar una violación de los principios fundamentales de la Constitución (véase BVerfGE 111, 307 <317-318>). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas basó su Sentencia de 3 de septiembre de 2008 en el asunto Kadi en una interpretación similar, según la cual se pueden aducir principios jurídicos fundamentales de la Comunidad frente a la pretensión de validez de Derecho internacional de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (TJCE, casos acumulados C- 402/05 P y C-415/05 P, EuR, 2009, p. 80 <100 y ss.>). El Tribunal de Justicia, de esta manera, ha situado, en un caso límite, la afirmación de su propia identidad como comunidad jurídica por encima del compromiso que en cualquier otro caso respeta: tal figura jurídica no sólo resulta habitual en las relaciones jurídicas internacionales como invocación del *ordre public* como límite a un compromiso adquirido en un tratado; también corresponde, en todo caso en una relación constructiva, con la idea de relaciones políticas entre ordenamientos que no están estructurados de forma acorde con una estricta jerarquía. En todo caso, objetivamente no resulta contradictorio con respecto al objetivo de apertura al Derecho europeo, es decir, a la participación de la República Federal de Alemania en la realización de una Europa unida (Preámbulo, artículo 23.1 frase 1 de la Ley Fundamental) que, excepcionalmente, y bajo condiciones especiales y estrictas, el Tribunal Constitucional Federal declare el Derecho de la Unión Europea inaplicable en Alemania" (FJ 340).

Asumido por el TCFA (y por el TC español en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) la obligación de permitir un pronunciamiento del Tribunal europeo de Justicia antes de efectuar cualquier control de constitucionalidad que pudiera afectar al Derecho de la Unión, la intervención de Luxemburgo a los efectos de delimitar el concepto de "autonomía local" como elemento esencial de la identidad nacional pasa, parece, por la utilización, como herramienta hermenéutica de primer orden, de la Carta Europea de Autonomía Local, firmada en el marco del Consejo de Europa el 15 de octubre de 1985.

3. El principio de subsidiariedad en su dimensión local.

Los tratados constitutivos de la Unión Europea reconocen el respeto del principio de subsidiariedad, también en lo referente, disponen ahora por vez primera de forma expresa (al igual que sucedía en relación con el principio de respeto de la identidad nacional), a la autonomía regional y local (artículo 5.3 TUE: "En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, *ni a nivel central ni a nivel regional y local*, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión"); mención ésta a la dimensión específicamente local y regional de la subsidiariedad que, por lo demás, va a reiterar el *Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* (artículo 2: "Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, *la dimensión regional y local* de las acciones previstas. En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivará su decisión en su propuesta")[4].

[4] El artículo 5 del Protocolo, por su parte, incorpora la exigencia, que ya preveía su versión anterior, en el sentido de que "los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o

Tal importancia explícitamente conferida a la dimensión regional y local del principio de subsidiariedad tiene su reflejo, además y como veremos más adelante, en la apertura, también por vez primera, del acceso directo al Tribunal de Justicia por parte del Comité de las Regiones en defensa de dicho principio.

4. El fortalecimiento de las instituciones locales a través del Comité de las Regiones.

Las instituciones locales van a ver reforzada su posición en el *proceso decisorio de la Unión* a través de su participación en el Comité de las Regiones, en relación con el cual Lisboa amplía el radio de acción de sus prerrogativas consultivas. Concretamente, se prevé su intervención consultiva en relación con las novedosas políticas en materia de energía (artículo 194 TFUE) y de cohesión territorial, que se va a sumar a las atribuciones que ya tenía la Unión en materia de cohesión económica y social (artículos 175, 177 y 178 TFUE), así como en relación al igualmente novedoso terrenos del cambio climático, al cual van a alcanzar, con Lisboa, las atribuciones de la Unión en materia de política medioambiental (artículo 192 TFUE)[5]. Precisamente en el contexto de la política medioambiental, por otro lado y también como novedad, se prevé la intervención del Comité, igualmente consultiva, a los efectos de activar el "régimen de pasarela", consistente en transformar en procedimiento legislativo ordinario el procedimiento legislativo especial que preside la toma de decisiones de la Unión en lo concerniente a las disposiciones de carácter fiscal, a la ordenación territorial, la gestión de recursos hídricos y la utilización del suelo, y a la elección de las fuentes de energía y estructuras generales de su abastecimiento; régimen éste de pasarela que, hay que advertir, se constituye como régimen especial si comparadas sus reglas procedimentales de activación con las generales previstas en el artículo 48.7 TUE, que no contempla la intervención consultiva del Comité (sí contempla dicho precepto, en cambio y a diferencia del artículo 192 TFUE, la intervención de los Parlamentos nacionales, incluido su trascendental derecho individual de veto).

También en el terreno del *control jurisdiccional* va a reforzar indirectamente Lisboa la posición institucional de los entes locales, a través del reconocimiento de *locus standi* en términos semi-privilegiados al Comité de las Regiones.

En efecto, se reconoce por vez primera expresamente en los Tratados la legitimación activa del Comité para interponer un recurso directo de anulación ante el Tribunal de Justicia en defensa de sus prerrogativas (párrafo tercero del artículo 263 TFUE).

Además, y al margen del artículo 263 TFUE, el párrafo segundo del artículo 8 del *Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, amplía su referida legitimación a los efectos de salvaguardar el principio de subsidiariedad en relación, se puntualiza, con los "actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta"[6]. Quedan, no

---

locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar."

[5] Tales prerrogativas de naturaleza se suman a las que ya ostentaba el Comité de las Regiones en el régimen pre-Lisboa, concretamente en el ámbito de: transportes (91 y 100 TFUE); empleo (148 y 153 TFUE); política social (153); Fondo Social Europeo (164 TFUE); educación, formación profesional, juventud y deporte ((165 y 166 TFUE); cultura (167 TFUE); salud pública 8168 TFUE); y redes transeuropeas (172 TFUE). A ello debe añadirse la posibilidad, que también preveía el Tratado de la Comunidad Europea, de que el Consejo, el Parlamento y la Comisión consulten al Comité en cualesquiera otros casos, y de que éste emita dictámenes por su propia iniciática cuando lo considere conveniente.

[6] Por cierto, Lisboa también ha dado protagonismo en este terreno a los Parlamentos nacionales (párrafo primero del artículo 8 del protocolo nº 2), al prever que los Estados miembros (formalmente, a través de sus Gobiernos), puedan "transmitir" directamente al Tribunal de Justicia, "de conformidad con su ordenamiento jurídico" y "en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo", recursos contra "actos legislativos" (quedan asimismo excluidos, pues, los "actos no legislativos") por vulneración del principio de subsidiariedad.

Podría debatirse sobre si estamos ante una prerrogativa directamente otorgada por el Protocolo a los Parlamentos nacionales, de manera que los Gobiernos se limitarían a ser simples transmisores formales del recurso en su caso interpuesto por aquéllos, o si, por el contrario, estamos ante una remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales, que

obstante y *a contrario sensu*, excluidos de su legitimación para impugnar, *sobre la base de la subsidiariedad*: 1) los actos no legislativos; y 2) los actos legislativos respecto de los cuales no exista la obligación de consultar al Comité de las Regiones (y ello pese a que el Comité, en el ejercicio de la potestad que le reconoce el artículo 307 TFUE, haya emitido *motu proprio*, o a solicitud facultativa de las Instituciones políticas europeas, un dictamen previo denunciando posibles vulneraciones de la subsidiariedad).

Por lo demás, cabe advertir que en el marco de la *Convención sobre el futuro de Europa*, el Informe final del Grupo de Trabajo I "Subsidiariedad"[7] proponía "una innovación que consistiría en otorgar también el derecho de recurso al Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad al Comité de las Regiones, órgano consultivo competente para representar a escala europea el conjunto de entidades regionales y locales que existen en la Unión". Y añadía: "Este derecho de recurso se referiría a aquellas propuestas sometidas al Comité de las Regiones para que emita un dictamen y que, una vez emitido, éste incluye objeciones en cuanto al respeto de la subsidiariedad". Pues bien, la ausencia de cualquier referencia a esta última puntualización tanto en la Constitución europea como, posteriormente, en el Tratado de Lisboa, parece conducir a descartar el condicionamiento consistente en exigir que el Comité haya presentado, previa y expresamente, objeciones a la subsidiariedad con ocasión del dictamen preceptivamente solicitado[8].

5. Otras cuestiones vinculadas a políticas sectoriales de la Unión.

Cabe destacar que el ámbito local aparece vinculado, también por primera vez con el Tratado de Lisboa, a la novedosa política de protección civil. En efecto, frente a la genérica referencia en el régimen pre-Lisboa a la protección civil en cuanto ámbito potencial de intervención de la Comunidad Europea a los efectos de alcanzar los fines a ella atribuidos por el Tratado (artículos 2[9] y 3[10] TCE), el TFUE incorpora ahora un Título específico, el XXIII, dedicado a la "protección civil", que dispone lo siguiente:

---

tendrían la última palabra, incluida la de admitir cierta (o mucha) discrecionalidad gubernamental al respecto. Esta última sería la lectura que ha hecho del Protocolo el legislador español, al prever en la reforma de 22 de diciembre de 2009 (Ley 24/2009) de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta de las Cortes Generales para la Unión Europea, que "el Gobierno podrá descartar, de forma motivada, la interposición del recurso de anulación solicitado por alguna de las Cámaras o por la Comisión Mixta para la Unión Europea".

[7] Por decirlo brevemente, la operación de Lisboa consistió en meter por la puerta de atrás lo que no pudo entrar por la de delante. Esto es, se mantuvo prácticamente intacto el cuerpo de la fallida Constitución europea firmada en Roma el 29 de octubre de 2004, la cual fue desnudada, eso sí, de revestimiento constitucional.

Así lo ha entendido no sólo la práctica generalidad del mundo académico, sino alguien tan cualificado como Jean-Paul Jacqué (en su momento Director en el Servicio Jurídico del Consejo de la Unión), quien ha ejemplificado la operación en los siguientes términos: cuando un fabricante de automóviles no está satisfecho con las ventas de uno de sus novedosos modelos (i.e., la Constitución Europea), puede bien abandonar la producción y concebir un vehículo completamente nuevo, lo que conllevaría una importante inversión, bien, al precio de algunas modificaciones de diseño, volver a introducir el antiguo vehículo en el mercado presentándolo como totalmente nuevo (que es lo que el "constituyente" europeo hizo con Lisboa).

Interesa destacar lo anterior para no olvidar en el baúl de los recuerdos los trabajos de la *Convención sobre el futuro de Europa,* de donde saldría el "Proyecto" de Constitución europea que, sin apenas cambios significativos, se convertiría finalmente en el "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa" firmado, como ya señalé, en Roma en octubre de 2004.

[8] De modo similar a lo que sucede con la legitimación del Comité de las Regiones, la opinión del Informe final del Grupo de Trabajo I "Subsidiariedad" en el sentido de condicionar la legitimación de los Parlamentos nacionales al hecho de que hubiesen emitido "un dictamen motivado presentado al comienzo del procedimiento o con motivo de la celebración de un Comité de Conciliación [en el contexto, en el último caso, del procedimiento legislativo ordinario]", no fue expresamente acogida ni por la Constitución europea primero, ni por el Tratado de Lisboa después, por lo que parece que tal condicionamiento debe también tenerse por inexistente.

[9] "La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros."

> "1. La Unión fomentará la cooperación entre los Estados miembros con el fin de mejorar la eficacia de los sistemas de prevención de las catástrofes naturales o de origen humano y de protección frente a ellas.
>
> La acción de la Unión tendrá por objetivo:
>
> a) apoyar y complementar la acción de los Estados miembros *a escala nacional, regional y local* por lo que respecta a la prevención de riesgos, la preparación de las personas encargadas de la protección civil en los Estados miembros y la intervención en caso de catástrofes naturales o de origen humano dentro de la Unión;
>
> b) fomentar una cooperación operativa rápida y eficaz dentro de la Unión entre los servicios de protección civil nacionales;
>
> c) favorecer la coherencia de las acciones emprendidas a escala internacional en materia de protección civil.
>
> 2. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, establecerán las medidas necesarias para contribuir a la consecución de los objetivos contemplados en el apartado 1, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros."

Ello sin olvidar la nueva dimensión "territorial", antes apuntada, de la cohesión en el seno de la Unión que, con Lisboa, viene a sumarse a sus vertientes económica y social, y cuya importancia ha sido ya puesta de manifiesto por las Instituciones europeas, las cuales, adelantándose a la entrada en vigor de la reforma de Lisboa, abrieron ya el debate acerca de su devenir: cfr. el Libro Verde de la Comisión, de 6 de octubre de 2008, sobre la cohesión territorial titulado «Convertir la diversidad territorial en un punto fuerte» [COM(2008)0616], y la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de marzo de 2009, sobre el Libro Verde sobre la cohesión territorial y el estado del debate sobre la futura reforma de la política de cohesión [2008/2174(INI)][11].

También cabe destacar como novedad de la mano de Lisboa, en fin, la explícita referencia al "papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, *regionales y locales* para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios" (artículo 1 del *Protocolo nº 26 sobre los servicios de interés general*).

---

[10] "1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: […] u) medidas en los ámbitos de la energía, de la protección civil y del turismo."

[11] En clave más general, resulta asimismo digna de mención la "Agenda de Barcelona", que reúne un conjunto de recomendaciones y propuestas resultado de los debates llevados a cabo con ocasión de la Cumbre Europea de Gobiernos Locales celebrada entre los días 22 y 24 de febrero de 2010 bajo el lema de "Gobiernos locales en red para una nueva Europa".

Avantprojecte d'ordenança tipus de prevenció i control ambiental de les activitats

Direcció de Serveis Jurídics
Secretaria General de la Diputació de Barcelona

11 de febrer de 2011

Característiques generals de l'ordenança

- **Innovadora:**

➢ Desenvolupa les noves formes d'intervenció municipal en les activitats: la comunicació prèvia i la declaració responsable
➢ Desenvolupa aquells aspectes que materialment tenen el caràcter d'una autorització substantiva en els termes que preveu la Llei 17/2009 de 23 de novembre.

- **Integradora:**

➢ Integra l'actuació de l'Ajuntament en tots els procediments de prevenció i control ambiental de les activitats
➢ Integra procedimentalment el règim de intervenció en la prevenció d'incendis
➢ En seguretat Industrial
➢ En equipaments comercials

- **Procedimental**

Estructura

•185 articles distribuïts en XI Títols, 4 disp. Addicionals, 8 disp. Transitòries, 1 disp. Final i 1 derogatòria.

•L'ordenança comença amb una sèrie de disposicions generals sobre la intervenció ambiental en les activitats. Desprès enuncia i defineix breument els règims d'intervenció.

•Regula cada procediment d'intervenció de manera autònoma.

•Es regula de manera conjunta, la clausura, el cessament de les activitats, les inspeccions, les infraccions i les sancions.

•S'incorporen els annexes del projecte de reglament de LPCAA de 22/09/2010 i un model del projecte bàsic que incorpora les dades i condicions que ha de contenir.

Règims d'Intervenció (1)

•Autorització ambiental i declaració d'impacte ambiental.

•Informe urbanístic previst a l'article 60 de la LPCAA.

•Declaració d'impacte ambiental amb una autorització substantiva.

• Procés de decisió prèvia sobre la necessitat de declaració d'impacte ambiental.

•Llicència ambiental sense necessitat de sotmetre-la a un procés de decisió prèvia sobre la necessitat de declaració d'impacte ambiental.

•Llicència ambiental de les explotacions ramaderes

Règims d'Intervenció (2)

•Informes vinculants que cal emetre en el procediment de llicència ambiental.

•Projecte d'equipaments i d'activitats de titularitat municipal que han d'integrar l'avaluació ambiental.

•Acta de control ambiental inicial i Actuacions de control ambiental periòdic.

•Comunicació ambiental municipal. Comunicació en activitats mòbils de caràcter temporal.

•Declaració responsable

Intervenció administrativa mitjançant informe urbanístic 1/5

(article 60 LPCAA i art. 20 a 25 Ordenança)

Totes les activitats s'han d'exercir d'acord amb el planejament urbanístic.

Sota aquesta premissa s'ha desenvolupat un règim d'intervenció complert on s'ha previst:

a) Procediments als quals s'ha d'aportar l'informe (art. 20 OLPCAA)

S'ha de sol·licitar amb caràcter previ a les autoritzacions ambientals i a la presentació de determinades comunicacions prèvies. En les llicències s'emetrà d'ofici durant la seva tramitació (si no s'ha demanat amb caràcter previ). I a la formulació de la consulta prèvia prevista per les activitats dels annexes II, III i IV pel fet d'estar sotmeses a una avaluació d'impacte ambiental, en els termes que disposa l'article 33 de LPCAA.

Intervenció administrativa mitjançant informe urbanístic 2/5

(article 60 LPCAA i art. 20 a 25 Ordenança)

b) Documentació que cal aportar amb la petició:

Plànol de l'emplaçament, memòria descriptiva de l'activitat, en supòsits d'accidents greus, haurà de contenir la informació prevista en la Llei 12/2008 i el reglament en relació a l'anàlisi quantitatiu del risc. (art. 60.4 de LPCAA)

c) Possibilitat d'efectuar esmenes de la sol·licitud i les seves conseqüències (art. 22 OLPCAA)

Intervenció administrativa mitjançant informe urbanístic 3/5

(article 60 LPCAA i art. 20 a 25 Ordenança)

d) Termini per emetre'l 1 mes i 20 dies en les comunicacions prèvies.

e) S'ha determinat el seu contingut (art.23 OLPCAA):

Respecte de la finca d'emplaçament de l'activitat

Respecte de l'activitat projectada

Respecte les activitats en sòl no urbanitzable.

Intervenció administrativa mitjançant informe urbanístic 4/5

(article 60 LPCAA i art. 20 a 25 Ordenança)

f) Davant d'establiments industrials en què es poden produir accidents greus cal tenir en compte que és l'Ajuntament qui en el sí de la tramitació de l'informe urbanístic demana a l'Agència Catalana de Seguretat Industrial l'informe de seguretat industrial (article 60.5 LPCAA).També en aquelles activitats que, tot i no estar incloses, projecten tenir alguna de les substàncies químiques o categoria de substàncies tòxiques o molt tòxiques.

g) La resolució expressa que posa fi al procediment de sol·licitud de l'informes es dictarà per l'Alcalde. (En sentit favorable o desfavorable, i contindrà:

Intervenció administrativa mitjançant informe urbanístic 5/5

(article 60 LPCAA i art. 20 a 25 Ordenança)

CONTINGUT DE L'INFORME URBANÍSTIC

La compatibilitat urbanística, la disponibilitat i suficiència de serveis públics que exigeix l'activitat; termini de caducitat de l'informe. La resolució serà susceptible de recursos atenent el seu caràcter material d'autorització i s'adoptarà sense tràmit d'audiència previ

Autorització ambiental (articles 12 a 32 de la LPCAA)

Article 22 LPCAA. Informe municipal preceptiu i vinculant sobre els aspectes ambientals (30 dies per emetre'l, sens perjudici que hagi de ser tingut en compte si l'òrgan ambiental competent el rep abans de dictar resolució).

Hem incorporat el pronunciament municipal respecte la contaminació lumínica

Procediments concurrents en la intervenció ambiental

Hem incorporat un capítol II (arts. 47 a 49) que tracta els procediments concurrents en la intervenció ambiental i hem previst:

1) ***Llicència sectorial que afecta a una activitat de l'annex II de LPCAA***

La intervenció ambiental s'integrarà, si és possible en la sectorial mitjançant un informe de l'òrgan tècnic municipal o comarcal en la llicència sectorial (Llevat d'equipaments comercials).

2) ***Activitats de l'Annex III de LPCAA subjectes a altres llicències sectorials***

La intervenció ambiental s'integrarà en la sectorial mitjançant un informe ambiental de l'òrgan tècnic municipal o comarcal

Procediments concurrents en la intervenció ambiental

3) ***Llicència d'obres per usos i activitats determinades:***

a) El peticionari pot demanar simultàniament ambdues llicències (obres i activitats) acompanyant la documentació que sigui necessària per a cadascuna d'elles.

b) En cap cas s'atorgarà la d'obres sense la prèvia o simultània llicència ambiental.

c) Hem previst la possibilitat de presentar ambdues peticions acompanyades d'un únic projecte executiu, si el tècnic autor del projecte fos competent alhora per redactar el d'activitats i el d'obres.

d) Hem resolt tramitar-les en un sol expedient i reduït a la meitat els terminis d'atorgament de la d'obres.

Llicència ambiental municipal
(articles 33 a 50 LPCAA)

Informe d'incendis, integració en el procediment de llicència ambiental i d'obres:

1.- Procediment d'atorgament de llicència ambiental, integra l'informe d'incendis, distingint:

a) Si l'activitat està inclosa en els annexes 1 i 2 de la Llei 3/2010, d'incendis, en aquest cas, es demana per l'Ajuntament a la Direcció General competent, el control preventiu consistent en l'emissió d'un informe.

(2 mesos per emetre'l, el silenci s'entén favorable)

Llicència ambiental municipal 2
(articles 33 a 50 LPCAA)

b) Si l'activitat no està inclosa en cap annex de la Llei 3/2010, però és susceptible de generar risc o perill d'incendi:

L'Ajuntament després de verificar la documentació presentada en matèria d'incendis (pendent de determinar per Ordre del Conseller competent) procedirà a realitzar una actuació de control preventiu, mitjançant l'emissió d'un informe.

Llicència ambiental municipal
(articles 33 a 50 LPCAA)

2.- Activitats i instal·lacions de titularitat municipal

informe d'incendis previ a l'aprovació definitiva del projecte constructiu.

En el cas que siguin obres o equipaments inclosos en els annexes 1 i 2 de la Llei 3/2010, es demanarà preceptivament l'informe de prevenció en matèria d'incendis, amb caràcter previ a l'aprovació definitiva del projecte constructiu o projecte bàsic per part de l'òrgan municipal competent.

L'acte de comprovació l'ha de fer personal del Cos de Bombers o de la Direcció General competent en matèria d'incendis.

El resultat ha de ser favorable perquè es pugui posar en marxa la infrastructura municipal corresponent.

Ordenança:

Article 62. Verificació del projecte i petició de l'informe preceptiu de prevenció i seguretat en matèria d'incendis.

1. L'Ajuntament en la tramitació de llicències d'obres o d'activitats, en exercici de la seva competència municipal en matèria de prevenció d'incendis i sens perjudici de les altres actuacions que es duguin a terme d'acord amb el que estableixi la normativa de règim local, abans de dictar la resolució ha de verificar que el projecte tècnic aportat pel sol·licitant, s'ajusta a la normativa vigent de prevenció i seguretat en matèria d'incendis.
En cas que es detecti manca de documentació, es procedirà segons l'establert a l'article anterior.

2. Quan es constati que l'activitat es comprèn en algun dels supòsits dels annexes 1 o 2 de la Llei 3/2010, l'Ajuntament sol·licitarà informe de la Direcció General competent de la Generalitat.

Article 62. Verificació del projecte i petició de l'informe preceptiu de prevenció i seguretat en matèria d'incendis[1].

3. L'Administració de la Generalitat disposa del termini de dos mesos, per a l'emissió de l'esmentat informe de prevenció d'incendis que, un cop transcorregut sense que s'hagi emès, s'entén que aquest és favorable.

4. Quan l'activitat o instal·lació per a la qual se sol·licita llicència d'obres o d'activitats no es comprèn en els annexes 1 i 2 de la Llei 3/2010, però és susceptible de generar risc o perill d'incendi, l'Ajuntament després de verificar la documentació presentada relativa a la prevenció i seguretat en matèria d'incendis, procedirà a realitzar una actuació de control preventiu consistent en l'emissió d'un informe.

.

Llicència ambiental municipal

(articles 33 a 50 LPCAA)

Informes preceptius dels arts. 42 i 43 de la LPCAA:

L'Ordenança preveu la seva petició simultània al tràmit intern de verificació i anàlisi de suficiència.

Art. 63 Verificació i anàlisi de la suficiència i la idoneïtat del projecte bàsic amb estudi ambiental i petició d'informes preceptius dels articles 42 i 43 de la LPCAA

1. *En el cas d'activitats que s'hagin de sotmetre als informes preceptius establerts pels articles 42 i 43 de la LPCAA, l'Ajuntament, de forma simultània al tràmit intern de verificació i anàlisi de la suficiència i la idoneïtat del projecte i documentació, haurà d'adreçar el projecte bàsic amb estudi ambiental als organismes del Departament competent en matèria de medi ambient perquè, en un termini de deu i de trenta dies, respectivament, es pronunciïn sobre la seva suficiència i idoneïtat i emetin els esmentats informes preceptius.*

2. *Transcorregut el termini de deu dies perquè la Generalitat es pronunciï sobre la suficiència i la idoneïtat del projecte bàsic amb estudi ambiental, sense que s'hagi manifestat al respecte, s'entendrà que el seu pronunciament és favorable, als efectes que l'Ajuntament pugui prosseguir el tràmit d'informació pública, d'acord amb el que preveu l'article 41 de la LPCAA, prèvia subsanació, en el seu cas, de les esmenes que l'Ajuntament hagi pogut detectar en el tràmit intern de verificació.*

3. *Els organismes competents en matèria de medi ambient hauran de pronunciar-se, així mateix, sobre el sistema d'autocontrols periòdics en les matèries de la seva competència, en el supòsit que aquesta modalitat de control hagi estat proposada pel titular de l'activitat en la sol·licitud de la llicència o bé posteriorment.*

Llicència ambiental municipal

(articles 33 a 50 LPCAA)

Oposició i recursos contra els informes vinculants (art. 71)

Artículo 71 Oposició i recursos contra els informes vinculants

1. *Els interessats podran oposar-se als informes vinculants emesos en el procediment d'atorgament de llicència ambiental mitjançant la impugnació de la resolució administrativa que posi fi al procediment.*

2. *Quan la impugnació, en via administrativa, de la resolució que posi fi al procediment d'atorgament de la llicència ambiental afecti les condicions establertes en els informes vinculants, l'òrgan municipal competent per resoldre el recurs donarà trasllat d'aquest als òrgans que haguessin emès els informes, per tal que, si ho estimen oportú, contestin les al·legacions que s'hi contenen, en el termini de quinze dies. D'emetre's en termini, la resposta d'aquests òrgans serà vinculant per a la resolució del recurs administratiu per part de l'Ajuntament.*

3. *Si en el recurs contenciós administratiu interposat contra la resolució que posi fi a la via administrativa es deduïssin pretensions relatives als informes preceptius i vinculants, l'Administració que els hagués emès tindrà la consideració de codemandada, d'acord amb el que estableix en la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.*

4. *Les eventuals responsabilitats patrimonials i de tot ordre que s'estableixin en la sentència, com a conseqüència de la declaració de nul·litat o infraccions dels informes preceptius i vinculants, seran assumides per les Administracions Públiques en les quals s'integren els òrgans que els han emès.*

Llicència ambiental municipal

(articles 33 a 50 LPCAA)

- **Dades generals del projecte, variacions destacables respecte règim anterior (LIIA)**

Al contrari del què va fer el Reglament de la LIIA, la LPCAA (art. 17.1 b) ha renunciat a regular les diferents tipologies de projectes i exigeix:

"Un projecte bàsic que, signat per un tècnic competent, contingui la descripció detallada i l'abast de l'activitat i de les seves instal·lacions."

Així doncs, el seu contingut específic estarà determinat per les normatives sectorials i les normes tècniques que siguin d'aplicació a cada activitat.

Llicència ambiental municipal

(articles 33 a 50 LPCAA)

- **Òrgan tècnic ambiental municipal no apreciem variacions substancials respecte règim anterior.**

- **Contingut de la llicència, integra accidents greus**

- **Caducitat de la llicència, 4 anys des de l'atorgament, o bé per aturar injustificadament l'activitat durant 2 anys ininterromputs.**

Llicència ambiental municipal

(articles 33 a 50 LPCAA)

Article 83 Caducitat de la llicència ambiental

1. La llicència ambiental caduca quan l'activitat no se sotmet al control ambiental inicial en el termini establert en la mateixa llicència, o bé, si aquesta no estableix el termini, transcorreguts quatre anys des de la data en què es va atorgar. També es podrà declarar la caducitat quan s'aturi l'exercici de l'activitat injustificadament durant més de dos anys ininterromputs.

2. La persona o l'empresa titular d'una llicència ambiental té dret a obtenir una pròrroga del termini de control ambiental inicial i de la posada en funcionament, si en justifica amb anterioritat a la finalització del termini els motius i la necessitat. La pròrroga no pot excedir de la meitat del termini inicialment establert a la llicència.

3. La caducitat de les llicències ambientals és efectiva a partir de la seva declaració per resolució de l'Ajuntament. A aquests efectes, un cop transcorregut el termini establert en aplicació de l'apartat anterior, l'Ajuntament notifica a la persona titular de la llicència la resolució provisional de declaració de caducitat, tot atorgant-li quinze dies per formular-hi al·legacions. Si s'han presentat al·legacions, es dicta proposta definitiva de resolució i s'eleva a l'òrgan competent per tal que dicti la resolució definitiva. Si no s'han presentat al·legacions la proposta provisional es considera definitiva i s'eleva a l'òrgan competent perquè dicti resolució acordant l'arxiu de les actuacions. Un cop declarada la caducitat el particular pot sol·licitar una nova llicència.

Revisió i modificació de la llicència

(OP arts. 85 i ss revisió, arts. 89 i ss modificació)

Revisió

S'innova només en que els terminis de revisió periòdica no són fixes, sinó que depenen de cada un dels vectors.

L'Ordenança es refereix sempre a entitat col·laboradora de l'administració –ECA– (no a entitat ambiental de control)

Modificació:

L'Ordenança incorpora els annexes del projecte de Reglament de la LPCAA de 22.09.2010: criteris de qualificació de les modificacions com a substancials i no substancials (annex II)

Llicència: control inicial i periòdic

(arts. 91 i ss)

- En el sistema de control, l'Ordenança ambiental es refereix als annexes II i IV de la LPCAA
- Control extern: La llicència determina si el control es farà per ECAS o pels tècnics municipals.

  equiparació dels efectes ECA – Serveis tècnics municipals

  en control periòdic: es prioritza que es faci per ECA

  En l'Ordenança proposem deixar el sistema d'elecció, entre ECA o serveis tècnics municipals i que l'Ajuntament es pronunciarà a la llicència.

- Control intern: possibilitat de la modalitat d'autocontrol, en el periòdic

  el sistema l'ha de proposar l'interessat i ha d'estar verificat per una ECA

  Aquesta verificació l'hem integrada per analogia amb el tracte que la Generalitat fa pels autocontrols de les autoritzacions.

- Incendis: cal la presentació del certificat de l'acte de comprovació (es comprèn en el control inicial d'incendis, única actuació, si el fa una ECA)

Comunicació prèvia ambiental

(arts. 51 a 53 LPCAA arts. 116 i ss OP)

- L'Ordenança preveu tràmits anteriors a la seva presentació, petició de:

  informe urbanístic
  certificacions ambientals específiques (annex I de l'ordenanca)
  informe d'incendis
  certificat de l'acte de comprovació

- Informe urbanístic en la comunicació prèvia:

  (Ajuntament té 20 dies, per emetre'l, art. 52.2 LPCAA)

  - si es vol utilitzar per un ús concret edificis existents sense ús específic

  - si hi ha llicència d'obres o comunicació d'obres: l'interessat farà referència a aquestes

Comunicació prèvia ambiental

(arts. 51 a 53 LPCAA 116 i ss OP)

- **Certificacions ambientals específiques**
  en els supòsits de l'annex I de l'ordenança
  emeses pels s. tècnics municipals en 20 dies o bé per ECA (art. 120 OP)

- **Informe d'incendis**, dos supòsits:
  - Activitat dels annexes Llei 3/2010: petició directa i prèvia a la Generalitat: a la comunicació prèvia s'hi acompanya l'informe de la Direcció General
  aportar també amb la comunicació: **el certificat de l'acte de comprovació**
  - Si l'activitat no és dels annexes Llei 3/2010, s'haurà d'aportar certificat signat per tècnic competent que acrediti les mesures en matèria de prevenció d'incendis a les que està subjecta l'activitat, així com la seva instal·lació i compliment.????

Comunicació prèvia ambiental

(arts. 116 i ss)

- **Documentació:**

  projecte bàsic amb memòria ambiental

  o

  memòria ambiental (casos de l'annex IV de l'ordenança)

- **Inexactitud, falsedat o omissió** de dades de caràcter essencial, aportades amb la comunicació prèvia:

  procediment amb audiència a l'interessat i possible ineficàcia de la comunicació, responsabilitats i clausura (si s'ha iniciat l'activitat)

Comunicació prèvia ambiental

(arts. 116 i ss)

- La comunicació és transferible acreditant-ho davant l'Ajuntament (art. 131 OLPCAA)
- Règim d'autocontrol (art. 137 OLPCAA)

  Els tècnics municipals han de comprovar que aquest règim proposat estigui verificat per una ECA
- Terminis per als autocontrols: cada 8 anys

Declaració responsable

(arts. 139 i ss)

- **Activitats sotmeses a aquest règim:**
  - Les que estan fora dels annexos de la LPCAA.
  - I les que no estan subjectes a cap altre règim d'intervenció.
- **Contingut:**
  - certificacions ambientals, si és el cas.
  - memòria ambiental o d'instal·lacions
- **Inscripció al registre d'activitats**
- **Inexactitud, falsedat o omissió** (mateix règim que el previst per a la comunicació)

Cessament i clausura

(arts. 151 i ss)

- Nou règim jurídic del **cessament** definitiu i/o temporal d'activitats:

  Declaració responsable de què s'han pres les mesures per evitar riscos ambientals

- **Clausura**: (art. 65 LPCAA i 153 OLPCAA)

  procediment independent del règim sancionador

  En cas de riscos imminents: suspensió provisional immediata (mesura cautelar)

Règim d'inspecció i sanció

(arts. 154 i ss)

- Règim similar a l'existent, en el que pren més importància l'acció inspectora municipal en els nous règims de comunicació prèvia i declaració responsable, en no haver-hi intervenció municipal precedent ni control inicial
- Es preveu que en l'acció inspectora per a les activitats del annex II l'Ajuntament demanarà la participació de tècnics degudament acreditats de la Generalitat, per les matèries de la seva competència.

ALTRES QÜESTIONS DESTACABLES:

Trasllat de la responsabilitat del funcionament de l'activitat en els tècnics intervinents en la redacció i execució del projecte, emissió de certificacions o en qualsevol altre requisit necessari per exercir l'activitat i, en el seu titular.

Proposta d'avantprojecte d'Ordenança municipal tipus d'espectacles públics i activitats recreatives

Direcció de Serveis Jurídics
Secretaria General de la Diputació de Barcelona
11 de febrer de 2011

Innovadora:

Homogeneitza l'informe de compatibilitat urbanística ambiental i el d'espectacles i activitats recreatives

Estableix el règim jurídic dels actes materialment autoritzatoris (informes vinculants i preceptius; el legislador en preveu molts i diversos)

Proposa un règim jurídic per a les comunicacions prèvies per resoldre els buits i les imprecisions legals (vigència indefinida, renuncia, revocació i caducitat dels efectes; transmissió o efectes de les comprovacions formals)

Preveu contractes de serveis amb empreses que tinguin la capacitat tècnica per emetre informes, certificacions i actes de verificació o control

Integradora:

Integra en tot cas: legislació urbanítica, ambiental, de prevenció d'incendis i d'espectacles i activitats receratives.

Preveu el caràcter prevalent dels requisits i obligacions previstos en les ordenances, respecte de les normes reglamentaries estatals o del govern de Catalunya, que constituiexen dret supletori

Procedimental

El reglament aprovat per Decret 112/2010, conté regulació material i procedimental i l'ordenança és preferentment organitzativa, competencial i procedimental

ESTRUCTURA

TÍTOL PRELIMINAR (Àmbit objectiu i marc competencial i tipologia d'intervenció)

TÍTOL I COMPETÈNCIES I ORGANITZACIÓ

TÍTOL II DRETS I OBLIGACIONS

TÍTOL III REQUISITS I OBLIGACIONS ESPECÍFIQUES QUE HAN DE COMPLIR EN AQUEST MUNICIPI ELS ESTABLIMENTS OBERTS AL PÚBLIC, ELS ESPECTACLES I LES ACTIVITATS RECREATIVES

TÍTOL IV RÈGIM JURÍDIC D'INTERVENCIÓ ADMINISTRATIVA DELS ESTABLIMENTS OBERTS AL PÚBLIC, ELS ESPECTACLES PÚBLICS I LES ACTIVITATS RECREATIVES

TÍTOL V ELS RÈGIMS D'INTERVENCIÓ

TÍTOL VI ELS CONTROLS INICIALS I PERIÒDICS

TÍTOL VII INSPECCIÓ

TÍTOL VIII POTESTAT SANCIONADORA I PROCEDIMENT SANCIONADOR

DISPOSICIONS ADDICIONALS, TRANSITÒRIES I FINAL

Règims d'Intervenció (1)

- Informe urbanístic

-Llicència municipal d'establiments fixos oberts al públic, d'espectables públics i activitats recreatives.

- Projecte d'establiments fixos oberts al públic d'espectacles públics i activitats recreatives de titularitat municipal.

- Comunicació prèvia municipal d'establiments fixos oberts al públic, d'espectables públics i activitats recreatives ordinàries

- Llicències municipals d'establiments oberts al públic de règim especial i informe municipal en les autoritzacions que atorga la Generalitat

- Llicència i comunicació prèvia municipal d'establiments no permanents desmuntables

- Llicència o comunicació prèvia per a espectacles públics o activitats recreatives de caràcter extraordinari

- Memòria dels espectacles i activitats de caràcter extraordinari organitzades pels ajuntaments

.-Acta de control inicial d'establiments fixos oberts al públic sotmesos a llicència

-Acta de control inicial d'establiments permanents no desmuntables i d'espectacles públics o activitats recreatives de caràcter extraordinari

- Actuacions de control periòdic

Aquesta tipologia resulta del marc legal següent:

-El catàleg d'espectacles i activitats recreatives , recollit a l'annex de definicions de l'ordenança (sotmeses a un regim d'intervenció)

-L'annex IV de la Llei 20/2009

-L'annex III 12.59 (Activitats d'espectacles públics i activitats recreatives no incloses en la legislació específica que regula aquesta matèria, en els termes que s'estableixi per reglament.)

-L'annex 1 i 2 de la Llei 3/2010 (que indirectament condiciona les decisions)

El catàleg d'espectacles i activitats recreatives , recollit a l'annex de definicions de l'ordenança (sotmeses a un regim d'intervenció

L'annex IV de la Llei 20/2009

L'annex 1 i 2 de la Llei 3/2010 (que indirectament condiciona les decisions

L'annex III 12.59 (Activitats d'espectacles públics i activitats recreatives no incloses en la legislació específica que regula aquesta matèria, en els termes que s'estableixi per reglament.)

- Règims d'Intervenció Administrativa

- **a) pel que fa a les activitats sotmeses a llicència:** d'una lectura inicial del Reglament i de la Llei, es conclou que totes les activitats resten sotmeses a llicència amb excepció de les que queden sotmeses al règim de comunicació d'acord amb el que preveu l'article 95 del Reglament en relació a l'article 124 del mateix text. També queden subjectes a llicència les activitats previstes a l'annex IV de la LPCAA de caràcter permanent.

- No obstant l'anterior, i atenent a que l'article 95 té el caràcter de supletori de les ordenances municipals (DF 1ª) i vist el que preveu l'article 29.6 de la Llei d'Espectacles, segons el qual els Ajuntaments mitjançant les ordenances municipals poden substituir aquest règim pel de comunicació, sempre que no hi hagi una raó imperiosa d'interès general (article 9.1.b de la Directiva 2006/123/CE), sembla clar que diferents supòsits previstos a l'article 95 podrien ser sotmesos al règim de comunicació.

- **Per tant, sembla clar que es poden passar supòsits del règim de llicència al de comunicació**.

- **b) pel que fa a les activitats sotmeses al règim de comunicació:** queda clar que són les previstes a l'article 124 del Reglament que a més no té caràcter supletori i, per tant, necessàriament aquestes activitats queden sotmeses al mateix règim de comunicació.
- D'acord amb el raonament esmentat a l'anterior paràgraf a),el nombre de les activitats subjectes al règim de comunicació pot ampliar-se respecte a les previstes a l'article 124 R.

Per acabar d'entendre aquest marc, cal destacar que l'article *Article 29.6 i 7 de la Llei 11/2009 Activitats sotmeses a llicència o a autorització*

6. En els casos *en què la legislació sobre el control ambiental preventiu no requereix autorització ni llicència, els reglaments de la Generalitat o les ordenances municipals poden substituir el règim d'autorització pel de comunicació prèvia a l'Administració*, si consideren que no hi ha una raó imperiosa d'interès general, a què fa referència l'article 9.1.b de la Directiva 2006/123 (CE) del Parlament Europeu i del Consell, del 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior. Els establiments oberts al públic, els espectacles públics i les activitats recreatives sotmesos a comunicació prèvia han de complir les mateixes condicions generals establertes per a les llicències i les autoritzacions.

• Article 124 del Reglament

Supòsits en què és procedent

Estan sotmesos al règim de la **comunicació prèvia** els casos següents:

- La modificació no substancial dels establiments oberts al públic que comptin amb la llicència municipal corresponent.
- Els establiments oberts al públic destinats a espectacles cinematogràfics.
- Els establiments oberts al públic destinats a espectacles públics i activitats recreatives musicals amb un aforament autoritzat fins a 150 persones.
- Establiments oberts al públic d'activitats de restauració amb un aforament autoritzat fins a 150 persones, i sempre que no disposin de terrassa o qualsevol altre espai complementari a l'aire lliure.
- Les actuacions en directe en els establiments recollits en el catàleg de l'annex I.

7. *Resten exempts de la necessitat de llicència municipal*, llevat que les ordenances o els reglaments municipals, en supòsits expressament justificats i de caràcter excepcional, estableixin el contrari:

a) Els establiments oberts al públic que són de titularitat del mateix ajuntament.

b) Els espectacles públics i les activitats recreatives de caràcter extraordinari organitzats pels municipis amb motiu de festes i revetlles populars, amb independència de la titularitat de l'establiment o de l'espai obert al públic on es duen a terme.

c) Els espectacles públics i les activitats recreatives d'interès artístic o cultural amb un aforament reduït, en el cas que es duguin a terme ocasionalment en espais oberts al públic o en qualsevol tipus d'establiments de concurrència pública. En aquest cas, es pot establir l'obligatorietat d'una comunicació prèvia.

d) Els espectacles i les activitats esportives de caràcter esporàdic.

En resum tots els espectacle i activitats recollits en el catàleg, llevat les recollides a l'annex IV de la Llei 20/2009, podrien, per ordenança, ser comunicades, si consideren (argumenten) que no hi ha una raó imperiosa d'interès general i no estan subjectes legalment a autorització de la Generalitat

El nostre criteri ha estat de prudència i advertir de les possibilitats que el marc legal preveu.

L'ordenança no preveu activitats objecte de declaració responsable entesa com :

"el document subscrit per la persona interessada en què declara, sota la seva responsabilitat, que compleix els requisits establerts per la present Ordenança i les normes que aquesta aplica, per accedir al reconeixement d'un dret o d'una facultat relatius a una activitat o per al seu exercici, que disposa de la documentació acreditativa corresponent i que es compromet a mantenir-ne el compliment durant la vigència d'aquest reconeixement o exercici"

Només es podria plantejar per algun dels supòsits de l'article 29.7 de la Llei 11/2009

- **pel que fa als espectacles de circ i altres de caràcter no permanent desmuntable** : sembla que específicament d'acord amb el que preveu l'article 41 de la Llei i article 107 del Reglament, hagin de ser sotmesos a llicència de manera específica. Per tant, es pot concloure inicialment que les fires d'atraccions i els circs ambulants queden sotmesos a llicència.

- **pel que fa a l'opció que ha seguit la proposta d'ordenança :** s'ha fet la previsió d'acord amb el contingut expressat al Reglament sense posar a la pràctica l'opció de passar de llicència a comunicació tot advertint de la mateixa possibilitat i deixant a criteri de l'Ajuntament a quin règim d'intervenció sotmet determinades activitats que inicialment estan subjectes al règim de llicència.

Alguns aspectes diferencials entre els règims d'intervenció: la LPCAA i la Llei d'Espectacles (article 91 del Reglament)

- **Pel que fa l'autorització:**
  a) La LPCAA: Generalitat de Catalunya
  b) Llei Espectacles: Generalitat de Catalunya

- **Pel que fa a la llicència:**
  a) La LPCAA: Ajuntament
  b) Llei Espectacles: Ajuntament

- **Pel que fa a la comunicació prèvia:**
  a) La LPCAA: Ajuntament
  b) Llei Espectacles: Ajuntament i Generalitat de Catalunya

- **Pel que fa a la declaració responsable:**
  a) La LPCAA: No hi ha
  b) Llei Espectacles: Ajuntament* i Generalitat de Catalunya (art. 94R)

** Excepcionalment només per alguns d'aquells casos en que no es necessita llicència municipal (art. 29.7 Llei)*

- **Règim d'Intervenció de la Prevenció i Seguretat en Matèria d'Incendis**

S'integra la intervenció en la tramitació de la llicència

(articles 54 i 84 de l'Ordenança i article 93 del Reglament)

INCIDÈNCIA DE LA NORMATIVA SECTORIAL EN LA TRAMITACIÓ DEL PLANEJAMENT URBANÍSTIC

Conxa Castro Álvarez
Lletrada dels Serveis Jurídics
Federació de Municipis de Catalunya

ÍNDEX

I. Introducció 2

II. Algunes qüestions generals sobre el tràmit d'informe en la tramitació dels plans urbanístics 2

1) La Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú 2
2) Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment administratiu de les administracions públiques de Catalunya 3
3) Regla específica en matèria d'Urbanisme 3
4) Sobre el posicionament de la jurisprudència en els casos d'informes exigits per la normativa sectorial: caràcter dels informes i conseqüència de la no emissió en termini 4
5) Conclusions 8

III. Referència a la normativa sectorial a tenir en compte a l'hora de demanar informe en la tramitació del planejament 8

1) Administració de l'Estat 9
a) Informe quan s'afectin competències estatals 9
b) Carreteres 9
c) Infraestructures ferroviàries 9
d) Infraestructures aeroportuàries 10
e) Domini públic portuari estatal 11
f) Costes 11
g) Domini públic hidràulic 12
h) Defensa nacional 12
i) Telecomunicacions i instal·lacions radioelèctriques 13
j) Infraestructures del sector energètic 13
2) Administració de la Generalitat 14
a) Sostenibilitat ambiental 14
b) Carreteres 15
c) Infraestructures ferroviàries 15
d) Infraestructures aeroportuàries 16
e) Domini públic portuari autonòmic 16
f) Aigües 16
g) Mobilitat 17
h) Paisatge 18
i) Riscos geològics 18
j) Habitatge 19
k) Turisme 19
l) Equipaments comercials 20
m) Terrenys forestals 20
n) Béns culturals 20

IV. Sobre algunes determinacions que caldrà tenir en compte en l'elaboració del planejament urbanístic d'acord amb la normativa sectorial. 21

1) Esports..... 21
2) Habitatge..... 21
3) Patrimoni cultural 21
4) Equipaments culturals 22
6) Accessibilitat..... 22
7) Incendis 23
8) Contaminació acústica..... 23
9) Telecomunicacions..... 23
10. Masies i cases rurals 24

I. Introducció

En els últims anys estem assistint a un procés en què, per la via de la regulació del legislador sectorial, s'ha incrementat el nombre de determinacions que ha de tenir en compte el planificador municipal en elaborar els plans urbanístics i, fins i tot, els informes que s'han de sol·licitar d'altres administracions o organismes competents.

Com tots sabem, la norma substantiva aplicable a Catalunya en matèria de planejament, tant pel que fa als aspectes purament materials del contingut dels plans com els formals relatius a la seva tramitació i aprovació és el Text refós de la Llei d'urbanisme, aprovat per Decret legislatiu 1/2010, del 3 d'agost. La disposició addicional onzena d'aquesta norma que porta per títol "planejament urbanístic i legislació sectorial" estableix que:

1. El planejament urbanístic ha de tenir en compte les determinacions que conté la legislació sectorial en relació amb el territori i que, en conseqüència, limiten, condicionen o impedeixen la urbanització, l'edificació, la utilització i la divisió o la segregació de finques.
2. Les administracions amb competències sectorials participen en els procediments de planejament urbanístic en la forma que determina aquesta Llei i el seu desenvolupament reglamentari. Correspon als òrgans o als departaments que tenen la respectiva competència sectorial de vetllar per l'adequació del planejament urbanístic a les determinacions de la legislació sectorial, mitjançant l'emissió dels informes preceptius, llur representació en els òrgans col·legiats amb competència urbanística i la resta d'accions i mitjans que estableix la legislació aplicable".

L'objecte d'aquesta sessió és intentar fer una breu però el més completa possible, repassada a tots els àmbits sectorials que cal tenir present en el moment de tramitar un pla urbanístic bàsicament perquè des del Departament de Territori i sostenibilitat se'ns ha comentat en diverses ocasions que molts dels plans que arriben al Departament per a la seva aprovació no disposen de tots els informes necessaris i, per tant, el seu contingut no té en compte tota la normativa aplicable que caldria.

Abans d'abordar l'anàlisi de la normativa sectorial convindrà, però, que ens detinguem en la regulació que del tràmit d'informe es fa tant en la legislació de procediment administratiu com en el text refós de la llei d'urbanisme de Catalunya, fent referència també al que la jurisprudència ha anat dictaminant en aquesta matèria.

II. Algunes qüestions generals sobre el tràmit d'informe en la tramitació dels plans urbanístics

1) La Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú

Els articles 82 i següents de la Llei 30/1992, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú estableixen que per resoldre el procediment, se sol·licitaran tots

els informes que siguin preceptius per disposicions legals i els que siguin necessaris per resoldre. En el primer cas, l'òrgan sol·licitant de l'informe haurà de concretar la disposició que exigeix l'evacuació de l'informe i, en el segon cas, els motius que justifiquen la petició.

Com ja sabem, els informes poden ser preceptius o facultatius. Els informes preceptius poden tenir caràcter vinculant o determinant per a la resolució del procediment o no. Els concepte d'informes amb caràcter determinant va ser introduït per l'article 42.5.c) de la Llei 30/1992 però sense definir-los. Ha estat la jurisprudència qui ha perfilat aquesta figura. Seran informes determinants per a la resolució del procediment aquells que "ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en un procedimiento, los que le permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo" (Sentència del Tribunal Suprem de 18 de febrer de 2004, Ar. 4089).

D'acord amb l'article 42.5.c) de la Llei 30/1992, la petició d'informe, en el cas dels preceptius que siguin vinculants i/o determinants per a la resolució del procediment, haurà de ser comunicada als interessats i també la recepció de l'informe.

A partir de la Llei 30/1992 podem dir que la regla general és que:

- Els informes són facultatius i no vinculants. El caràcter vinculant dels informes ha de derivar d'una disposició que així ho exigeixi.
- S'han d'emetre en el termini de 10 dies.
- Si no s'emeten en aquest termini es podran prosseguir les actuacions, llevat del cas d'informes preceptius que siguin determinants per a la resolució del procediment, ja que en aquest cas es podrà interrompre el termini dels tràmits successius.
- S'estableix, així mateix, que l'informe emès fora de termini podrà no ésser tingut en compte en adoptar la corresponent resolució.
- En la sol·licitud d'informe s'ha de concretar per l'òrgan consultant, l'extrem sobre els quals se sol·licita l'informe, amb indicació així mateix, del precepte que exigeix l'informe o fonamentant la conveniència de la seva emissió en cas que l'informe no sigui exigit per la normativa.

2) Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment administratiu de les administracions públiques de Catalunya

Aquesta llei es refereix als informes en dos moments diferenciats:

- Per una banda, en els preceptes relatius a la iniciació i instrucció del procediment, per assenyalar que és funció de l'instructor del procediment, sol·licitar els informes preceptius i els necessaris per a la resolució del procediment, i
- Per una altra, en els preceptes relatius al procediment d'elaboració de disposicions reglamentàries (títol IV) que s'aplica a les disposicions reglamentàries que s'elaborin en l'àmbit competencial de l'Administració de la Generalitat; s'estableix que aquest procediment té caràcter supletori respecte d'aquells casos en què existeixi un procediment d'elaboració específic, que seria doncs, el supòsit, del procediment de tramitació i aprovació dels plans urbanístics, procediment que es troba previst en el text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya.

En termes generals, podem dir que aquesta Llei no introdueix cap canvi o matís significatiu respecte de la llei de procediment administratiu estatal.

3) Regla específica en matèria d'Urbanisme

Hem de tenir en compte l'article 85 del text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya, el qual estableix en el paràgraf cinquè:

> *"Simultàniament al tràmit d'informació pública d'un <u>pla d'ordenació urbanística municipal o d'un pla urbanístic derivat</u>, s'ha de sol·licitar un informe als organismes afectats per raó de*

llurs competències sectorials, els quals l'han d'emetre en el termini d'un mes, llevat que una disposició n'autoritzi un de més llarg".

Què passa si no s'emet l'informe en termini? En ocasions la normativa sectorial s'encarrega de determinar els efectes que la no emissió de l'informe en termini, produirà.

Si la normativa sectorial no estableix res, caldria estar a la regla general que preveu la normativa de procediment administratiu segons la qual en principi, es podran prosseguir les actuacions excepte en els supòsits d'informes preceptius que siguin determinants per a la resolució del procediment, ja que en aquest cas es podrà interrompre el termini dels tràmits successius. Aquí entraria en joc l'article 42.5.c) de la Llei 30/1992 segons el qual aquest termini no podrà anar més enllà dels 3 mesos. La pregunta que ens plantegem és què passa si transcorren aquests tres mesos i l'Administració no ha contestat.

Finalment, segons l'apartat quart de l'article 83 de la Llei 30/1992, si l'informe hagués d'ésser emès per una Administració pública diferent de la que tramita el procediment en ordre a expressar el punt de vista corresponent a les seves competències, i transcorrís el termini sense que s'hagués evacuat, es podran prosseguir les actuacions. I, afegeix el precepte, l'informe emès fora de termini podrà no ésser tingut en compte a l'hora d'adoptar la corresponent resolució.

Però aquesta qüestió no és tan clara i senzilla, tal i com ho pot constatar qualsevol tècnic o funcionari encarregat de la tramitació dels plans urbanístics.

A continuació ens referirem a algunes sentències que s'han dictat en relació als informes que cal incorporar a l'expedient de tramitació d'un pla urbanístic per veure si podem treure alguna conclusió clara.

4) Sobre el posicionament de la jurisprudència en els casos d'informes exigits per la normativa sectorial: caràcter dels informes i conseqüència de la no emissió en termini

<u>Abast del caràcter vinculant dels informes</u>

Amb caràcter general es pot sostenir que els informes que exigeix la normativa sectorial són vinculants. Aquest caràcter vinculant ho és només en relació a les competències que són pròpies de l'Administració o de l'organisme que informa.

En aquest sentit, va resultar clarificadora la STC 149/1991, de 4 de juliol, que, en relació a la Llei de costes va establir una doctrina que després han aplicat el Tribunal Suprem i els Tribunals Superiors de Justícia:

- El caràcter vinculant de l'informe de l'Administració de l'Estat a què es refereix l'article 112 de la Llei de costes <u>només és constitucionalment admissible quan aquests informes es refereixen a assumptes de la seva competència</u>.
- Quan l'Administració de l'Estat entengui que els plans urbanístics infringeixen les normes sobre la zona de protecció o la zona d'influència, podran fer aquesta objecció però no resultarà vinculant ja que no és a l'Administració de l'Estat, sino als Tribunals als qui correspon el control de la legalitat de les administracions autonòmiques.
- Quan l'informe de l'Administració de l'Estat proposi objeccions basades en l'exercici de facultats pròpies (inclosa la d'atorgar títols per a l'ocupació o utilització del demani o preservar les servituds de trànsit o d'accés) la seva voluntat vincularà a l'Administració autonòmica que haurà de modificar els plans i normes d'ordenació territorial o urbanística.

És a dir, l'Administració de l'Estat haurà d'informar exclusivament pel que fa al concret exercici de les seves competències, si inclou altre tipus de consideracions com per exemple, la possible no conformitat a Dret d'alguna determinació del pla, aliena a les seves concretes competències, això podrà no ésser tingut en compte per l'Administració receptora de l'informe.

En aplicació d'aquesta doctrina del Constitucional, el Tribunal Suprem, en la STS de 22 d'abril de 1999, Ar. 3087, va considerar que l'Ajuntament no estava obligat a acatar la part de l'informe emès per l'Administració de l'Estat que establia la disconformitat amb el fet que determinats sòls es classifiquessin com a urbans per considerar que aquest fet vulnerava la Llei de costes. El Tribunal

Suprem va assenyalar que l'Administració de l'Estat podia impugnar aquesta classificació davant els Tribunals però no podia obligar a que la part de l'informe on es recollís aquesta apreciació fos assumida per l'Ajuntament o per l'Administració autonòmica.

Supòsit de falta de sol·licitud de l'informe

Caldria diferenciar segons es tracti d'informes facultatius o informes preceptius.

En el primer cas, la falta de sol·licitud de l'informe, en principi, no produiria cap efecte.

En el segon cas, la seva omissió suposaria un vici del procediment. En el que no s'ha posat d'acord la jurisprudència és a l'hora de determinar si aquest vici seria determinant de la nul·litat del procediment, o si només seria constitutiu d'un supòsit d'anul·labilitat.

Amb la Llei de procediment administratiu de 1958 es prohibia expressament la possibilitat de convalidar informes preceptius, per tant, s'estava reconeixent d'alguna manera la nul·litat de ple dret. Actualment, la Llei 30/1992 no preveu la impossibilitat de convalidar la falta d'informes preceptius de manera que no és clar que la solució que vulgui imposar la llei sigui la de la nul·litat del procediment.

El professor González Pérez, seguint a García de Enterría i Tomás Ramón Fernández ha assenyalat que:

> "*El defecto formal –omisión de un informe preceptivo, por ejemplo- sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido. En consecuencia, el vicio de forma, sólo puede por sí mismo determinar la anulación de un acto en aquellos casos en que no es posible averiguar si la decisión formal es correcta o no, porque precisamente, la infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la solución adoptada.*
>
> *Por tanto, si aun habiéndose omitido un informe preceptivo hay en el expediente datos bastantes para valorar la justicia de la solución adoptada, el tribunal deberá entrar en el fondo del asunto y no detenerse ante la barrera del vicio de forma como "de orden público" o interés general. Y el acto resultará o no válido según su adecuación o no al derecho material. Todo ello porque la forma debe tener un merco valor instrumental*[1]".

Per tant, a judici d'aquest autor, l'omissió d'un informe preceptiu no sempre produirà l'anul·labilitat de l'acte sinó només quan concorrin els requisits previstos en l'article 63.2 de la Llei 30/1992.

Alguns exemples de sentències que estableixen que la manca d'informes preceptius **no** produirien efectes invalidants del pla, serien les següents:

- La Sentencia del Tribunal Suprem de 20 de març de 2001, Ar. 2901, va establir que l'omissió d'informes preceptius no determinants per a la resolució del procediment no constituiria causa d'anul·labilitat o de nul·litat de ple dret de l'acte.
- La Sentència del Tribunal Suprem de 2 de desembre de 2003, Ar. 8899, en què un Ajuntament no va sol·licitar l'informe previst a la Llei de carreteres estatal, es va expressar en els termes següents:

  > "*La configuración del informe examinado es la de tener naturaleza "preceptiva" (deberá enviarse establece el texto legal) y vinculante. De tal modo que su ausencia impide que el acto alcance su fin lo que constituye no tanto una infracción del artículo 62 de la LRJ-PAC como del artículo 63.2 del mismo texto legal*".

- La Sentència del Tribunal Suprem de 25 de març de 1999, Ar. 2355, va considerar un supòsit en que l'Ajuntament no havia complert allò disposat en l'article 10.2 de la Llei 25/1988, de carreteres que estableix que "acordada la redacción, revisión o modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico que afecta a carreteras estatales, el órgano competente para

[1] JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ i FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Civitas, II edición, Madrid, pág. 2177.

otorgar su aprobación inicial deberá enviar, con anterioridad a dicha aprobación, el contenido del proyecto al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo para que emita, en el plazo de un mes, y con carácter vinculante, informe comprensivo de las sugerencias que estime convenientes".

En aquest cas, l'informe va ser sol·licitat però no en aquell moment procedimental sinó amb posterioritat. Aquest defecte, segons el Tribunal no podia tenir cap conseqüència invalidant per les raons següents:

- "*Porque la aprobación inicial de los planes de urbanismo es un acto de trámite (...) y, en consecuencia, importa poco que el informe se solicitara posteriormente, al existir un acto final (la aprobación definitiva) en el que aquél pueda recogerse.*
- *Porque la Administración autonómica no ha ni siquiera alegado que, de haberse solicitado el informe en su momento, hubiera podido decir o solicitar lo que más tarde no pudo, único caso en que, en efecto, el vicio temporal habría desnaturalizado la finalidad del informe*".

- La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castilla y León, de 31 de maig de 2000, Ar. 1677, en què l'Ajuntament no havia demanat l'informe de carreteres a la Conselleria, en la forma que ho preveia la norma autonòmica, és a dir, abans de l'aprovació inicial del Pla, va considerar que no procedia sancionar amb la nul·litat aquest vici. Com hem vist, la Llei de carreteres estatal es pronuncia en el mateix sentit, en exigir que s'enviï l'expedient abans de l'aprovació inicial del pla. El Tribunal Superior de Justícia d'aquella comunitat va considerar que no calia ordenar la retroacció d'actuacions ja que si bé no es va donar compliment al tràmit d'enviar l'expedient i sol·licitar l'informe abans de l'aprovació inicial, sí que es va demanar aquest informe durant la tramitació del pla, abans de la seva aprovació definitiva. Concretament el Tribunal va dictaminar:

  "*En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en la sentencia de 22 de diciembre de 1989 que en tema de nulidades siempre es necesario ponderar la trascendencia que pueda tener la retroacción de actuaciones para que la omisión o los defectos posiblemente determinantes de aquéllas se corrijan, ya que es opuesto a otro principio tan elemental como el de economía procesal la práctica de actuaciones cuyo resultado para nada va a alterar la situación procesal preexistente*".

  En aquest cas, com en l'examinat en la sentència anteriorment comentada, no és que no s'hagués sol·licitat informe a Carreteres sinó que no es va seguir la concreta tramitació que establia la llei que exigia obtenir el parer de la Conselleria competent en matèria de carreteres abans de l'aprovació inicial. Això no obstant, com que la Conselleria va poder comparèixer en l'expedient i informar en matèria de les seves competències, el Tribunal va considerar aquest vici com a no invalidant.

  Alguns exemples de sentències que estableixen que la manca d'informes preceptius **sí** produirien efectes invalidants del pla, serien les següents:

- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella-La Manxa de 2 de juliol de 1999, Ar. 4907, que va considerar que l'omissió de l'informe de la Demarcació de Carreteres previst a l'article 10.2 de la Llei de carreteres seria causa suficient per motivar la nul·litat de l'acte d'aprovació del pla.

- Sentència del Tribunal Suprem de 24 de novembre de 1992, Ar. 9068, relativa a la tramitació d'un pla en què s'havia omès l'informe del Ministeri de Defensa, en tant que Departament directament interessat en l'expedient ja que determinades edificacions i instal·lacions incloses en l'àmbit d'aplicació del pla tenien caràcter militar. El Tribunal Suprem va assenyalar en aquesta sentència que aquesta omissió era determinant de la nul·litat del pla. En aquest cas es va considerar directament vulnerat el precepte de la Llei de sòl que exigia que en la tramitació dels plans es demanessin els informes dels organismes o administracions afectades (en el nostre cas, actualment, es tractaria de l'article 85.5 del text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya).

- Sentència del Tribunal Suprem de 8 d'octubre de 1998, Ar. 7155, relativa a la tramitació d'un pla especial on no es va sol·licitar informe de la Comissió del patrimoni històric-artístic; aquesta circumstància a judici del Tribunal determinava la nul·litat de ple Dret del pla.

Supòsit de falta d'emissió de l'informe dintre del termini assenyalat

La no emissió en termini dels informes preceptius no vinculants i dels informes facultatius, permetrà prosseguir el procediment.

En relació als informes facultatius, podem portar a col·lació la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 31 de març de 2001, Ar. 1396, que va dictaminar que no es podia considerar vici formal invalidant de l'aprovació del pla, el fet que el Consell de Protecció de la Natura emetés un informe amb posterioritat a la fase d'aprovació provisional del pla i això: "*por no ser el tal informe preceptivo y, en todo caso, haber sido evacuado y recibido por la Administración antes de la aprobación definitiva de aquel instrumento urbanístico por el Consell Executiu de la Generalitat*."

En canvi, la no emissió dels informes preceptius vinculants o determinants podrà comportar la interrupció del procediment. D'acord amb el que ha assenyalat la jurisprudència, aquesta suspensió no és automàtica. És una facultat de l'òrgan competent per a la instrucció del procediment. Podrà ser acordada o bé en el moment de demanar l'informe o bé, un cop transcorregut el termini legal per emetre'l. En tot cas, el termini màxim de suspensió és de 3 mesos (a comptar des de la petició de l'informe).

La suspensió automàtica del termini per a la resolució del procediment es preveu expressament pel legislador sectorial pel que fa a l'informe de domini públic marítim-terrestre (art. 117 Llei de costes).

La qüestió que ens podem plantejar és que succeeix si transcorre el termini corresponent, fins i tot, el màxim de 3 mesos en cas que s'hagi acordat la suspensió del procediment, i l'informe preceptiu no ha estat emès.

La Direcció del Servei Jurídic de l'Estat, en un dictamen de 7 de juny de 1999, va assenyalar que si es tracta d'informes necessaris o imprescindibles per resoldre el procediment, la seva omissió impediria la resolució expressa de manera que l'òrgan competent hauria de reiterar la petició o bé abstenir-se de dictar resolució expressa, amb la possible aplicació del silenci administratiu. Ara bé, la mateixa Direcció reconeix que la Llei 30/1992 sembla no seguir aquest criteri ja que dels arts. 42.5.c) i 83.3 es desprèn efectivament, que si transcorregut el termini de suspensió del procediment, que no pot excedir de 3 mesos, no s'hagués emès l'informe, l'Administració podrà continuar la tramitació fins a dictar resolució. Però la Direcció del Servei Jurídic de l'Estat interpreta que això serà així sempre que l'omissió d'aquest informe pugui ésser suplida amb altres mitjans (informe d'un altre òrgan, documents nous o altres mitjans alternatius de prova); si no es donés aquesta circumstància, no semblaria existir una altra solució que reiterar la sol·licitud de l'informe i abstenir-se de resoldre.

Es podrien produir situacions peculiars si amb posterioritat a la resolució dictada prescindint de l'informe vinculant, l'òrgan informant emetés la seva opinió en sentit contrari a la resolució. Segons la doctrina, en aquest cas, si la resolució fos de gravamen seria possible la revocació per motius de legalitat, però si no fos el cas (com succeiria en el supòsit de planejament urbanístic), seria necessari acudir als procediments de revisió d'ofici previstos en l'article 102 i 103 de la Llei 30/1992.

La STS de 15 de desembre de 2005, Ar. 2757, estableix que per veure els efectes que pot tenir la no emissió d'un informe en el termini establert, caldrà tenir en compte el que assenyala la normativa sectorial. En el cas objecte d'aquesta sentència no es va emetre en termini l'informe de la Demarcació de Carreteres. Davant aquesta situació, l'Administració va optar per continuar la tramitació en aplicació de l'article 83.4 de la Llei 30/1992 i, un cop emès extemporàniament l'informe, no el va prendre en consideració. En aquest cas, el Tribunal Suprem va considerar ajustada a Dret l'actuació de l'Ajuntament en aquest extrem ja que d'acord amb l'article 10.2 de la Llei 25/1988, de 29 de juliol, calia entendre que la Demarcació de carreteres, en no emetre l'informe en el termini assenyalat, estava conforme amb la solució del pla. (Malgrat això, en el cas objecte de la sentència es va acordar pel Tribunal que calia que l'Ajuntament retrotreiés les

actuacions al moment previ a l'aprovació provisional, per altres motius, no per la manca d'aquest informe i, per aquesta circumstància va dictaminar que caldria tenir en compte també aquest informe de carreteres, emès extemporàniament). El problema es planteja si la legislació sectorial no preveu els efectes de la no emissió de l'informe en termini.

Entenem que l'aprovació del pla veurà limitada la seva eficàcia en els casos de falta d'emissió d'informes preceptius vinculants i/o determinants quan la normativa no prevegi una presumpció favorable. No es podrà entendre aprovat pel que fa a competències estatals, d'acord amb el que estableix l'apartat quart de la disposició addicional segona de la Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obra pública.

5) Conclusions

Primera.- Caràcter vinculant dels informes

- *Informes no vinculants: les determinacions de l'informe no obligarien a l'Ajuntament però si aquest no les tingués en compte, la decisió de l'Administració hauria de ser motivada.*
- *Informes vinculants: les determinacions de l'informe obligarien a l'Ajuntament només en relació a les qüestions pròpies de la competència estatal o autonòmica.*

Segona.- Supòsit de falta de sol·licitud de l'informe

- *Informes facultatius: la falta de sol·licitud d'informe per part de l'Ajuntament no produiria, en principi, cap efecte.*
- *Informes preceptius: la falta de sol·licitud d'informe viciaria el procediment. I, en aquest sentit, la jurisprudència ha anat oscil·lant entre la nul·litat i l'anul·labilitat de l'acte que finalitza el procediment. Tot i així, entenem que, com sigui que estaríem davant d'un vici de forma, la regla general hauria de ser la de l'article 63.2 de la Llei 30/1992, és a dir, l'omissió d'aquest informe determinarà l'anul·labilitat del procediment* "cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados".

Tercera.- Informes extemporanis

- *Informes facultatius: es podrà prosseguir el procediment.*
- *Informes preceptius: caldrà estar als efectes que aquesta emissió fora de termini tingui d'acord amb la normativa sectorial. Si la normativa sectorial no assenyala res i es tracta d'informes preceptius vinculants o determinants de la resolució, l'aprovació del pla veuria limitada la seva eficàcia pel que fa a l'àmbit concret que afectés les competències estatals o autonòmiques*.

III. Referència a la normativa sectorial a tenir en compte a l'hora de demanar informe en la tramitació del planejament

L'Administració promotora del pla ha de requerir a l'Administració estatal i a l'autonòmica l'evacuació dels informes necessaris d'acord amb la normativa sectorial.

Però, segons el que assenyala l'article 85.5 del Text refós de la Llei d'urbanisme, podríem entendre que no només s'han de sol·licitar els informes expressament previstos en la normativa sectorial sinó també els informes d'aquells organismes que "per raó de llurs competències sectorials" puguin resultar afectats. Entenem que aquesta interpretació àmplia és la que ha utilitzat el Departament de Territori i Sostenibilitat per requerir dels Ajuntaments, en alguns casos, informes que, en puritat, no serien exigibles expressament per la normativa sectorial.

Aquests informes s'han de limitar a expressar el punt de vista corresponent de l'Administració requerida pel que fa a les seves competències respectives (art. 83.4 Llei 30/1992). Això significa que l'Administració informant ha de limitar-se a dictaminar sobre aquelles qüestions que afectin els interessos generals que gestionin i s'incloguin dintre de l'àmbit de les seves competències.

A continuació diferenciarem entre aquells informes que cal sol·licitar a l'Administració de l'Estat i aquells altres que corresponen a l'Administració autonòmica.

1) Administració de l'Estat

a) Informe quan s'afectin competències estatals

La disposició addicional segona de la Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públiques estableix el següent:

> "*L'Administració General de l'Estat, en l'exercici de les seves competències, ha d'emetre informe en la instrucció dels procediments d'aprovació, modificació o revisió dels instruments de planificació territorial i urbanística que puguin afectar l'exercici de les competències estatals*.
>
> *Aquests informes tenen caràcter vinculant pel que fa a la preservació de les competències de l'Estat, i són evacuats, si s'escau, després dels intents que siguin procedents de trobar una solució negociada, en el termini màxim de dos mesos, transcorregut el qual s'entenen emesos amb caràcter favorable i es pot continuar amb la tramitació del procediment d'aprovació, llevat que afecti el domini o el servei públic de titularitat estatal*.
>
> *A falta de sol·licitud de l'informe preceptiu, així com en el supòsit de disconformitat emesa per l'òrgan competent per raó de la matèria o en els casos de silenci esmentats en què no opera la presumpció del caràcter favorable de l'informe, no es pot aprovar el corresponent instrument de planificació territorial o urbanística en el que afecti les competències estatals".*

Caldrà tenir en compte aquesta disposició addicional en aquells casos en què en l'elaboració dels plans urbanístics calgui sol·licitar informe de l'Administració de l'Estat, quan es trobin afectades infraestructures d'aquesta Administració.

b) Carreteres

Administració que informa

Demarcació de Carreteres de l'Estat a Catalunya –Servei perifèric de la Direcció General de Carreteres – MINISTERI DE FOMENT.

Normativa aplicable

Article 10 Llei 25/1988, de 29 de juliol, de carreteres de l'Estat.

Article 15.3 Text refós de la Llei del sòl, aprovat per RDLeg. 2/2008, de 20 de juny.

Informe sectorial

L'aprovació o modificació d'un instrument de planejament urbanístic que afecti a carreteres estatals haurà de ser informada pel Ministeri competent en la matèria (la Llei de carreteres fa referència al Ministeri d'Obres públiques i Urbanisme, però avui cal entendre que es refereix al Ministeri de Foment), perquè emeti informe.

La llei estableix que la sol·licitud d'informe s'haurà de fer abans de l'aprovació inicial. En aquest sentit, s'estableix que l'òrgan competent per fer l'aprovació inicial haurà d'enviar el contingut del projecte al Ministeri perquè emeti el corresponent informe.

> Sentit de l'informe: vinculant.
>
> Termini: un mes. Transcorregut aquest termini, i un mes més, sense que s'hagi emès l'informe s'entendrà favorable.

c) Infraestructures ferroviàries

Administració que informa

Direcció General d'Infraestructures ferroviàries, de la Secretaria general d'Infraestructures – Secretaria d'Estat d'Infraestructures – MINISTERI DE FOMENT.

Normativa aplicable

Article 7 Llei 39/2003, de 17 de novembre, del sector ferroviari.

Article 15.3 Text refós de la Llei del sòl, aprovat per RDLeg. 2/2008, de 20 de juny.

Informe

Quan s'acordi la redacció, revisió o modificació d'un instrument de planejament urbanístic que afecti a línies ferroviàries, als seus trams, o a altres elements de la infraestructura ferroviària o a les zones de servei, l'òrgan competent per a l'aprovació inicial del pla haurà d'enviar, amb anterioritat a aquesta, el contingut del projecte al Ministeri de Foment per tal que emeti el corresponent informe.

Sentit de l'informe: vinculant.

Termini: un mes. Transcorregut aquest termini sense que s'hagi emès l'informe, s'entendrà que és favorable.

d) Infraestructures aeroportuàries

Administració que informa

Direcció General d'Aviació Civil – Secretaria d'Estat de Transports –MINISTERI DE FOMENT

Normativa aplicable

Article 9 Llei 21/2003, de 7 de juliol, de seguretat aèria.

DA única Llei 48/1960, de 21 de juliol, de navegació aèria.

Informe

Abans de l'aprovació inicial de plans o instruments d'ordenació caldrà un informe conjunt del Ministeri de Foment i del Ministeri de Defensa sobre la incidència de les determinacions d'aquest pla en l'estructuració, ordenació i control del espai aeri, en el trànsit i el transport aeris i en l'afecció als aeroports d'interès general o als espais circumdants subjectes a servituds aeronàutiques.

La disposició addicional única de la Llei de navegació aèria estableix que el planejament territorial, l'urbanístic i qualssevol altres que ordenin àmbits afectats per les servituds aeronàutiques incloses les acústiques, hauran d'incorporar les limitacions que aquestes imposin a les determinacions d'aquells instruments.

Sentit de l'informe: vinculant.

Termini: sis mesos. Transcorregut aquest termini sense que s'hagi emès l'informe, s'entendrà que és favorable.

En el cas de plans de naturalesa aeroportuària

Organisme que informa

Aena

Normativa aplicable

Article 166.2 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social.

Informe

Els plans generals hauran de qualificar els aeroports i la seva zona de servei com a sistema general aeroportuari i no podran incloure determinacions que suposin interferència en l'exercici de les competències d'explotació aeroportuària. Aquest sistema es desenvoluparà a través d'un pla especial formulat per AENA i es tramitarà d'acord amb allò previst en la legislació urbanística.

L'autoritat urbanística competent per a l'aprovació del pla especial donarà trasllat a AENA de l'acord d'aprovació provisional perquè emeti el corresponent informe.

Sentit de l'informe: no s'assenyala res expressament.

Termini: un mes + possible període de consultes de sis mesos entre l'autoritat urbanística i AENA. Si no hi ha acord, haurà d'informar el Consell de Ministres. En aquest cas, l'informe serà vinculant.

e) Domini públic portuari estatal

Administració que informa

Secretaria d'Estat de Transports - Ports de l'Estat – MINISTERI DE FOMENT

Normativa aplicable

Article 18 Llei 27/1992, de 24 de novembre, de ports, modificada per Llei 33/2010, de 5 d'agost.

Informe

Els plans generals i la resta d'instruments d'ordenació urbanística hauran de qualificar la zona de servei dels ports estatals així com el domini públic portuari afecte al servei de senyalització marítima, com a sistema general portuari i no podran incloure determinacions que suposin una interferència o pertorbació en l'exercici de les competències d'explotació portuària i de senyalització marítima. Es requerirà informe previ vinculant de Ports de l'Estat en els casos en què pugui veure's afectat el servei de senyalització marítima per actuacions fora d'aquells espais, quan en llurs proximitats existeixi alguna instal·lació d'ajuts a la navegació marítima.

El sistema general portuari es desenvoluparà a través d'un pla especial o instrument equivalent. Serà l'Autoritat portuària qui formularà el pla, que es tramitarà d'acord amb allò previst en la legislació urbanística per l'Administració competent en matèria d'urbanisme. Abans de la seva aprovació definitiva, i quinze dies després de l'aprovació provisional, donarà trasllat del contingut del pla a l'Autoritat Portuària perquè aquesta informi.

Sentit de l'informe: preceptiu i vinculant.

Termini: un mes. En principi si no s'emet l'informe o aquest és desfavorable, no es podrà procedir a l'aprovació definitiva del pla i s'hauran d'efectuar les consultes necessàries per arribar a un acord. Si aquest desacord persisteix durant un període de sis mesos comptats a partir del pronunciament negatiu de l'Autoritat portuària, haurà d'informar el Consell de ministres. Aquest informe tindrà caràcter vinculant.

f) Costes

Administració que informa

Demarcació de Costes de l'Estat a Catalunya –Servei perifèric de la Direcció General de sostenibilitat de la costa i el mar - MINISTERI DE MEDI AMBIENT I MEDI RURAL I MARÍ.

Normativa aplicable

Articles 112 i 117 Llei 22/1988, de 28 de juliol, de costes.

Article 15.3 Text refós de la Llei del sòl, aprovat per RDLeg. 2/2008, de 20 de juny.

Informe sectorial

D'acord amb l'article 112 de la Llei de costes, els plans i normes d'ordenació territorial o urbanística, així com la seva modificació o revisió hauran de ser informats per l'Administració general de l'Estat pel que fa al compliment de les determinacions de la Llei de costes, concretament per la Demarcació de Costes de Catalunya, del Ministeri de Medi ambient i Medi rural i marí.

L'article 117 estableix que en la tramitació de qualsevol pla que ordeni el litoral, l'òrgan competent per a l'aprovació inicial haurà d'enviar amb anterioritat a aquesta aprovació, el contingut del

projecte corresponent a l'Administració de l'Estat per tal que aquesta emeti, en el termini d'un mes, l'informe corresponent.

Un cop conclosa la tramitació del pla i abans de la seva aprovació definitiva, l'Administració competent donarà trasllat a la de l'Estat del contingut del pla perquè en el termini de dos mesos es pronunciï sobre el mateix. Si l'informe no és favorable en aspectes de la competència de l'Estat, caldrà obrir un període de consultes per arribar a un acord. Si com a resultat d'aquest acord es modifiqués substancialment el contingut del pla haurà de sotmetre's novament a informació pública i audiència dels organismes que haguessin intervingut preceptivament en l'elaboració. El compliment de tots aquests tràmits interromprà el còmput dels terminis que per a l'aprovació dels plans d'ordenació estableixi la legislació urbanística.

Sentit de l'informe: vinculant.

Termini: un mes (abans de l'aprovació inicial) i dos mesos (abans de l'aprovació definitiva).

g) Domini públic hidràulic

Administració que informa

Secretaria d'Estat del Medi rural i aigua – Direcció general de l'Aigua – MINISTERI DE MEDI AMBIENT I MEDI RURAL I MARÍ

Normativa aplicable

Articles 25 i 128 Reial Decret legislatiu 1/2001, de 20 de juliol, que aprova el Text refós de la Llei d'aigües.

Article 15.3 Text refós de la Llei del sòl, aprovat per RDLeg. 2/2008, de 20 de juny.

Informe

L'article 25 del Text refós de la Llei d'aigües estableix que les Confederacions hidrogràfiques emetran informe previ sobre els actes i plans que les comunitats autònomes aprovin en matèria de medi ambient, ordenació del territori i urbanisme, espais naturals, pesca, monts, regadius i obres públiques d'interès regional, sempre que aquests plans afectin el règim i aprofitament de les aigües continentals o als usos permesos en terrenys de domini públic hidràulic.

Quan els actes o plans de les comunitats autònomes o de les entitats locals comportin noves demandes de recursos hídrics, l'informe de la Confederació hidrogràfica es pronunciarà expressament sobre l'existència o inexistència de recursos suficients per satisfer aquestes demandes. L'informe s'entendrà desfavorable si no s'emet en el termini establert reglamentàriament.

D'altra banda, d'acord amb l'article 128 del text refós de la Llei d'aigües, l'aprovació, modificació o revisió d'instruments d'ordenació territorial i planificació urbanística que afectin directament als terrenys previstos per als projectes, obres i infraestructures hidràuliques d'interès general contemplats en els Plans hidrològics de conca o en el Pla hidrològic nacional requeriran, abans de la seva aprovació inicial, informe del Ministeri de Medi Ambient sobre la relació entre aquestes obres i la protecció i utilització del domini públic hidràulic.

Sentit de l'informe: vinculant.

Termini: dos mesos. Si no s'emet en aquest termini, s'entendrà favorable.

h) Defensa nacional

Administració que informa

MINISTERI DE DEFENSA

Normativa aplicable

DA 2a.1 Text refós de la Llei del sòl, aprovat per RDleg. 2/2008, de 20 de juny.

Informe

Els instruments d'ordenació territorial i urbanística que incideixin sobre terrenys, edificacions i instal·lacions, incloses les zones de protecció, afectes a la defensa nacional hauran d'ésser sotmesos, pel que fa a aquesta incidència, a informe vinculant de l'Administració General de l'Estat amb caràcter previ a la seva aprovació.

Sentit de l'informe: vinculant

Termini: la disposició addicional del text refós de la Llei de sòl no estableix cap termini.

i) Telecomunicacions i instal·lacions radioelèctriques

Administració que informa

Direcció General de Telecomunicacions de la Secretaria d'Estat de Telecomunicacions i per a la Societat de la informació - MINISTERI D'INDÚSTRIA, TURISME I COMERÇ

Normativa aplicable

Article 26 Llei 32/2003, de 3 de novembre, general de telecomunicacions.

Informe

Els òrgans encarregats de la redacció dels instruments urbanístics hauran de sol·licitar de l'Administració general de l'Estat el corresponent informe sobre les necessitats de xarxes públiques de comunicacions electròniques en l'àmbit territorial a què es refereixin. Aquests instruments urbanístics hauran de recollir les necessitats de xarxes públiques de comunicacions electròniques contingudes en els informes emesos pel Ministeri de Ciencia i Tecnologia (cal entendre, que avui es tracta del Ministeri d'Indústria).

Sentit de l'informe: no s'estableix res en la normativa. Cal entendre que seria vinculant pel que fa a les competències de l'Administració general de l'Estat.

Termini: no s'estableix res en la normativa. Cal entendre que el tràmit de consulta al Ministeri haurà de fer-se abans de l'aprovació inicial.

j) Infraestructures del sector energètic

Administració que informa

Organisme competent per raó de la matèria – ADMINISTRACIÓ GENERAL DE L'ESTAT

Normativa aplicable

Disposició addicional 12a. de la Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públiques. (Aquesta disposició es remet a les disposicions addicionals 2a. i 3a. de la mateixa Llei).

Informe

Durant la tramitació d'un pla que es refereixi a les instal·lacions de la xarxa de transport d'energia elèctrica regulades en l'article 35 de la Llei 54/1997, de 27 de novembre, del sector elèctric, i a les instal·lacions de la xarxa bàsica de transport de gas natural regulades per l'article 59 de la Llei 34/1998, de 7 d'octubre, del sector d'hidrocarburs, caldrà que el Departament competent de l'Administració de l'Estat per raó de la matèria emeti el corresponent informe.

Sentit de l'informe: vinculant.

Termini: dos mesos. Transcorregut aquest termini s'entendrà favorable l'informe excepte en tot allò que afecti al domini públic o servei públic de titularitat estatal.

2) Administració de la Generalitat

a) Sostenibilitat ambiental

Administració implicada

Secretaria de Medi ambient i sostenibilitat - DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT

Observacions

L'Ajuntament, en tant que promotor del pla general, haurà de donar compliment a les obligacions que imposa la Llei 9/2006, de 28 d'abril, sobre avaluació dels efectes de determinats plans i programes en el medi ambient, i la Llei 6/2009, del 28 d'abril, d'avaluació ambiental de Catalunya[2].

En aquest sentit, seguint l'esquema de la Llei estatal, l'Ajuntament haurà de realitzar les següents actuacions:

- Haurà d'adreçar un escrit a l'òrgan ambiental (Generalitat), acompanyat del projecte del pla general i d'un document de síntesis realitzat tot tenint en compte els criteris previstos per l'Annex II de la Llei 9/2006, als efectes que aquest pugui determinar si l'instrument la tramitació del qual es pretén ha de sotmetre's al procediment d'avaluació ambiental estratègica i, en cas afirmatiu, l'amplitud, nivell de detall i grau d'especificació de l'informe de sostenibilitat ambiental (arts. 4 i 9 de la Llei 9/2006). Pel que fa a la normativa catalana caldrà tenir en compte l'article 15 de la Llei 6/2009, del 28 d'abril i l'article 115 en relació al 106 del Reglament de la Llei d'urbanisme.
- Si el pla s'ha de sotmetre a avaluació ambiental estratègica caldrà integrar entre la seva documentació un informe de sostenibilitat ambiental (ISA) elaborat per l'òrgan promotor del pla d'acord amb les pautes marcades en el document de referencia emès per l'òrgan ambiental en el pas descrit en l'apartat anterior (arts. 8 i 9 Llei 9/2006). Sobre les determinacions que ha de contenir l'ISA, caldrà tenir en compte l'article 21 de la Llei 6/2009, del 28 d'abril.
- El pla general inicialment aprovat, i l'informe de sostenibilitat ambiental, s'han de sotmetre a una fase de consultes que implica la posada a disposició del públic –informació pública- i la consulta a les Administracions publiques afectades i al públic interessat, que disposaran d'un termini mínim de 45 dies per examinar aquesta documentació i formular observacions (article 10 Llei 9/2006; article 23 Llei 6/2009).
    - En aquesta fase de consultes hauran de sol·licitar-se els següents informes, quan sigui preceptius i no haguessin ja estat emesos i incorporats a l'expedient: - el de l'Administració hidrològica sobre l'existència de recursos hídrics necessaris per satisfer les noves demandes i sobre la protecció del domini públic hidràulic; - el de l'Administració de costes sobre el deslinde i la protecció del domini públic marítim terrestre, si escau; - els de les Administracions competents en matèria de carreteres i resta d'infraestructures afectades, sobre aquesta afecció i de l'impacte de l'actuació sobre la capacitat de servei d'aquestes infraestructures. Aquests informes són determinants per al contingut de la memòria ambiental que només podran separar-se del criteri en ells expressat de forma expressament motivada.
- Un cop resoltes en la fase d'aprovació provisional les al·legacions, observacions o suggeriments que puguin tenir lloc després de l'aprovació inicial, caldrà elaborar amb caràcter preceptiu una memòria ambiental, amb l'objecte de valorar la integració dels aspectes ambientals en el pla general, analitzar el procés d'avaluació, l'informe de sostenibilitat ambiental, avaluar el resultat de les consultes realitzades i estudiar la previsió dels impactes significatius de l'aplicació del pla. La memòria ambiental contindrà les determinacions finals que hagin d'incorporar-se en el pla (art. 12 Llei 9/2006; article 24 Llei 6/2009).

[2] Veure l'article 5 de la Llei 6/2009, del 28 d'abril per conèixer els plans que han d'esser objecte d'avaluació ambiental.

- La memòria ambiental integra també el contingut del pla general, el qual ha de prendre en consideració l'informe de sostenibilitat ambiental, les al·legacions formulades en les consultes i la memòria ambiental. Aquesta requereix, en tot cas, l'acord de l'òrgan ambiental abans que el pla sigui objecte d'aprovació definitiva (articles 12 i 13 Llei 9/2006; article 27 Llei 6/2009). En la norma estatal s'estableix que tramès l'expedient complet a l'òrgan competent per aprovar definitivament l'instrument de planejament, serà aquest l'encarregat de demanar la conformitat de l'òrgan ambiental sobre la memòria, prèvia a aquell acord. En el cas de la norma catalana, l'acord sobre la memòria ambiental ha de formar part de la documentació que s'enviï a l'òrgan competent per a l'aprovació definitiva, de manera que haurà de ser el mateix Ajuntament –si és l'òrgan promotor- qui s'encarregui de realitzar aquest tràmit.
- L'avaluació ambiental realitzada conforme a la Llei 9/2006 no exclou l'exigència dels informes preceptius que hagin de sol·licitar-se a l'empara de la legislació sectorial corresponent.

En aquest sentit, hem de tenir en compte el que estableix l'article 15 del Decret Legislatiu 2/2008, de 20 de juny, que aprova el text refós de la llei de sòl, precepte que es refereix a l'avaluació i seguiment de la sostenibilitat del desenvolupament urbà i que es pronuncia, pel que fa als informes que cal sol·licitar en la fase de consultes dels instruments d'ordenació urbanística, en sentit idèntic a la Llei 9/2006.

Aquest article 15 estableix altres obligacions com ara que l'informe de sostenibilitat ambiental haurà d'incloure un mapa de riscs naturals de l'àmbit objecte d'ordenació o que la documentació dels instruments d'ordenació haurà d'incloure un informe o memòria de sostenibilitat econòmica en el qual es ponderi l'impacte de l'actuació en la Hisenda pública afectada per la implantació i el manteniment de les infraestructures necessàries o la prestació dels serveis necessaris, així com la suficiència i adequació del sòl destinat a usos productius. Aquest precepte estableix el caràcter determinant per al contingut de la memòria ambiental dels informes sectorials a què es refereix (en matèria de recursos hídrics, costes, carreteres i infraestructures).

b) Carreteres

Administració que informa

Secretaria de Territori i Mobilitat, Direcció General de carreteres – DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT

Normativa aplicable

Article 14 Decret legislatiu 2/2009, de 25 d'agost, que aprova el Text refós de la Llei de carreteres.

Informe sectorial

Els instruments de planejament urbanístic s'han de trametre, una vegada aprovats inicialment, a la Direcció general competent en matèria de carreteres, per tal que pugui informar sobre les qüestions de la seva competència.

Sentit de l'informe: la llei sectorial assenyala que el règim jurídic aplicable a aquests informes és el que regula la legislació urbanística per a les administracions sectorials que han d'informar sobre els instruments de planejament.

Termini: un mes. La normativa sectorial res no assenyala sobre els efectes que produiria la no emissió de l'informe en termini.

c) Infraestructures ferroviàries

Administració que informa

Secretaria de Territori i Mobilitat – DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT

Normativa aplicable

Article 12 Llei 4/2006, de 31 de març, ferroviària de Catalunya.

Informe

Caldrà sol·licitar un informe al departament competent en matèria d'infraestructures i serveis de transport (ara, Departament de Territori i Sostenibilitat)[3] en la tramitació dels instruments de planejament general o derivats o en el cas de les seves modificacions, un cop aprovats inicialment, si afecten a elements de les infraestructures ferroviàries o de les zones de servei.

Sentit de l'informe: vinculant pel que fa als aspectes de naturalesa ferroviària.

Termini: un mes. La normativa sectorial no assenyala els efectes que produiria la no emissió de l'informe en termini.

d) Infraestructures aeroportuàries

Administració que informa

Secretaria de Territori i Mobilitat – DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT

Normativa aplicable

Llei 14/2009, del 22 de juliol, d'aeroports, heliports i altres infraestructures aeroportuàries.

Informe sectorial

L'actual llei d'aeroports no estableix clarament l'exigència d'un informe en la tramitació del planejament urbanístic. Això no obstant, seria exigible quan es tracti de plans que afectin aeroports inclosos en l'àmbit d'actuació d'aquesta Llei. La necessitat d'emetre aquest informe radicaria en el fet que si el pla comprèn una infraestructura aeroportuària, lògicament, el Departament competent de la Generalitat en matèria d'aeroports seria organisme o administració interessada.

Sentit de l'informe: preceptiu d'acord amb les consideracions que acabem d'exposar.

Termini: la normativa sectorial no assenyala res al respecte.

e) Domini públic portuari autonòmic

Administració que informa

Secretaria de Territori i Mobilitat – DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT

Normativa aplicable

Article 35 de la Llei 5/1998, de 17 d'abril, de ports de Catalunya.

Informe sectorial

Els instruments de planejament urbanístic dels ajuntaments del litoral de Catalunya, un cop aprovats inicialment, hauran d'ésser informats per la Direcció general competent en matèria de ports.

Sentit de l'informe: preceptiu. La normativa sectorial no assenyala res explícitament pel que fa al seu caràcter vinculant o no. Únicament assenyala que la Direcció general informarà sobre les qüestions de la seva competència.

Termini: es remet a la legislació urbanística però matisa que el termini per emetre'ls no podrà ésser en cap cas superior a dos mesos. La normativa sectorial res no assenyala sobre els efectes que produiria la no emissió de l'informe en termini.

f) Aigües

Administració que informa

[3] Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya i l'Ens d'infraestructures ferroviàries de Catalunya, s'adscriuen al Departament de Territori i Sostenibilitat mitjançant la Secretaria de Territori i Mobilitat (Decret 44/2011, de 4 de gener).

Secretaria General de Medi Ambient i Sostenibilitat (Agència catalana de l'Aigua) – DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT[4]

Normativa aplicable

Article 8.5 Dleg 3/2003, de 4 de novembre, que aprova el text refós de la legislació en matèria d'aigües de Catalunya.

Informe sectorial

En la tramitació dels plans d'ordenació urbanística municipal, les normes de planejament urbanístic, els plans de millora urbana, els plans parcials urbanístics i els plans especials urbanístics, caldrà sol·licitar informe a l'Agència catalana de l'aigua un cop aprovats inicialment.

Sentit de l'informe: preceptiu. La normativa sectorial no assenyala res explícitament pel que fa al seu caràcter vinculant o no.

Termini: no s'estableix en la normativa sectorial, de manera que caldrà entendre que regeix el termini supletori d'un mes previst en l'article 85.5 del text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya. La normativa res no assenyala sobre els efectes que produiria la no emissió de l'informe en termini.

Observacions: quan no es disposi del corresponent instrument de planificació sectorial aprovat per l'administració hidràulica competent que delimiti les zones inundables, el planejament urbanístic que inclogui en el seu àmbit terrenys emplaçats en zones potencialment inundables ha d'incorporar, com a document integrant de l'informe ambiental, un estudi d'inundabilitat, que ha de ser informat favorablement per l'administració hidràulica competent en el si de la tramitació del pla. En aquest estudi, que s'ha de realitzar sobre cartografia digital, s'han de determinar les zones inundables d'acord amb els criteris que consten en la DT 2a. del RLUC (DT 2a. RLUC).

Pel que fa a l'abast de l'informe de l'ACA, aquest analitza l'abastament, el sanejament d'aigua, la inundabilitat i possibles afeccions ambientals.

Finalment, cal tenir en compte que normalment s'acostuma a sol·licitar informe també de les societats o empreses que tenen assumit l'abastament d'aigua en el municipi.

g) Mobilitat

Administració que informa

Autoritat territorial de la Mobilitat

Normativa aplicable

Article 18 de la Llei 9/2003, de 13 de juny, de la mobilitat de Catalunya.

Informe

Els plans d'ordenació municipal o instruments equivalents hauran d'incloure un estudi d'avaluació de la mobilitat generada. Aquest estudi ha d'ésser sotmès a informe de l'autoritat territorial de la mobilitat.

Sentit de l'informe: l'aprovació definitiva dels plans o projectes que han motivat l'elaboració de l'estudi d'avaluació de la mobilitat generada hauran de prendre en consideració les conclusions de l'informe. Si no ho fan, s'haurà de justificar convenientment.

Termini: la normativa sectorial no regula cap termini específic.

[4] D'acord amb el Decret 200/2010, de 27 de desembre, de creació, denominació i determinació de l'àmbit de competència dels departaments de l'Administració de la Generalitat de Catalunya (DOGC 29-12-2011) correspon al Departament de Territori i Sostenibilitat la competència sobre aigües.

h) Paisatge

Administració que informa

Direcció general de planificació territorial[5] - Secretaria de Territori i Mobilitat – DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT

Normativa d'aplicació

Article 12 Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge

Articles 19 i ss. Reglament de la Llei de protecció, gestió i ordenació del paisatge, aprovat per Decret 343/2006, de 19 de setembre.

Informe sectorial

En els casos en què el pla urbanístic hagi d'acompanyar un estudi d'impacte i integració paisatgística, caldrà informe preceptiu del Departament de Territori i sostenibilitat, d'acord amb el que estableix l'article 22 del Reglament de la Llei del paisatge.

Correspon emetre aquest informe amb caràcter preceptiu en els supòsits següents:

a) Quan d'acord amb l'article 12.2 i la disposició transitòria primera de la Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge, així ho determinin els plans territorials parcials i els plans directors territorials.

b) En tots els altres supòsits que ho estableixi la legislació territorial i urbanística, i en tot cas, en les actuacions, usos, activitats i noves construccions que s'han d'autoritzar pel tràmit previst en l' article 48 del Decret Legislatiu 1/2005, de 26 de juliol, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei d'Urbanisme.

c) En tots aquells supòsits que la normativa general o sectorial ho determini, a demanda de l'òrgan urbanístic a qui correspon l'aprovació del planejament o del projecte.

Sentit de l'informe: la normativa sectorial no assenyala res explícitament pel que fa al seu caràcter vinculant o no.

Termini: un mes, transcorregut el qual, si no ha estat emès, se seguiran les actuacions.

i) Riscos geològics

Administració que informa

Secretaria de Territori i Mobilitat – Institut geològic de Catalunya – DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT

Normativa d'aplicació

Article 6 del Decret 168/2009, de 3 de novembre, de desplegament de la Llei de l'Institut geològic de Catalunya

Informe

L'Institut haurà d'informar en el procediment d'aprovació dels instruments de planejament urbanístic general.

Sentit de l'informe: aquest informe té caràcter preceptiu. La normativa sectorial no assenyala res explícitament pel que fa al seu caràcter vinculant o no.

Termini: un mes. El Decret 168/2009 que regula aquest informe no assenyala res sobre els efectes que es produirien en cas que no s'emetés l'informe en termini.

[5] D'acord amb el Decret 44/2011, de 4 de gener, d'estructuració del Departament de Territori i Sostenibilitat (DOGC núm. 5791, de 7-01-2011).

j) Habitatge

Administració que informa

Secretaria d'Habitatge i millora urbana[6] – DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT

Normativa aplicable

Article 21 Llei 18/2007, del 28 de desembre, del dret a l'habitatge.

Informe sectorial

Si les determinacions d'un pla urbanístic afecten l'ús residencial, simultàniament al tràmit d'informació pública, s'ha de sol·licitar un informe al departament competent en matèria d'habitatge, el qual ha de vetllar perquè el pla s'adeqüi a les determinacions aplicables en matèria d'habitatge.

> Sentit de l'informe: La normativa sectorial no assenyala res explícitament pel que fa al seu caràcter vinculant o no.
>
> Termini: un mes. Si no emet l'informe en aquest termini s'entén que és favorable.

k) Turisme

Administració que informa

Direcció General de Turisme[7] - DEPARTAMENT D'EMPRESA I OCUPACIÓ

Normativa aplicable

Article 12.3 Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya.

Informe sectorial

La tramitació de la primera formulació o de la revisió d'una figura de planejament urbanístic general requereix un informe del departament competent en matèria de turisme (ara, Departament d'empresa i ocupació). Les modificacions del planejament urbanístic general i dels plans derivats precisaran d'aquest informe en el cas que desenvolupin un dels models turístics definits en la llei de turisme.

> Sentit de l'informe: preceptiu. La normativa no assenyala res explícitament pel que fa al seu caràcter vinculant o no.
>
> Termini: la normativa sectorial no regula cap termini específic.

Normativa aplicable

Article 8 Decret 183/2010, de 23 de novembre, d'establiments d'allotjament turístic.

Informe sectorial

En el supòsit de formulació i tramitació d'instruments de planejament urbanístic que prevegin la nova implantació o ampliació d'establiments d'allotjament turístic, els ajuntaments han de sol·licitar l'emissió d'informe, amb caràcter preceptiu, a la Direcció general competent en matèria de turisme.

> Sentit de l'informe: Preceptiu. La normativa no assenyala res explícitament pel que fa al seu caràcter vinculant o no.
>
> Termini: un mes. Transcorregut aquest termini sense que s'hagi donat resposta s'entén que l'informe és favorable (art. 8.2. Decret 183/2010).

---

[6] La Secretaria d'Habitatge i Millora urbana passa a estar integrada en el Departament de Territori i Sostenibilitat, d'acord amb el Decret 44/2011, de 4 de gener, d'estructuració del Departament de Territori i Sostenibilitat (DOGC núm. 5791, de 7-01-2011).

[7] La Direcció general de Turisme passa a estar integrada en el Departament d'Empresa i Ocupació, d'acord amb el Decret 52/2011, de 4 de gener, d'estructuració del Departament d'Empresa i Ocupació.

l) Equipaments comercials

Administració que informa

Direcció General de Comerç[8] – DEPARTAMENT D'EMPRESA I OCUPACIÓ

Normativa aplicable

Article 10 del Decret llei 1/2009, de 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials de Catalunya.

Informe sectorial

En la tramitació del planejament urbanístic general i derivat, i en la de les modificacions respectives, una vegada aprovats inicialment, s'ha de demanar informe al departament competent en matèria de comerç sobre les reserves de sòl per a usos comercials.

> Sentit de l'informe: preceptiu i vinculant si és desfavorable. S'estableix concretament que si l'informe conté prescripcions, es considera favorable un cop que aquestes es recullin en l'aprovació definitiva del pla. En cas contrari, l'informe s'entén desfavorable i té caràcter vinculant.
>
> Termini: dos mesos. Transcorregut aquest termini sense que s'hagi emès l'informe, s'entén que és favorable i es poden prosseguir les actuacions.

m) Terrenys forestals

Administració que informa

DEPARTAMENT D'AGRICULTURA, RAMADERIA, PESCA, ALIMENTACIÓ I MEDI NATURAL

Normativa aplicable

Article 39 Llei 43/2003, de 21 de novembre

Informe

Els instruments de planejament urbanístic quan afectin a la qualificació de terrenys forestals requeriran l'informe de l'Administració forestal competent (ara, Departament d'agricultura, ramaderia, pesca, alimentació i medi natural).

> Sentit de l'informe: preceptiu. Tindrà caràcter vinculant si es tracta de monts catalogats.
>
> Termini: la normativa sectorial no regula cap termini específic.

Si es tracta de plans especials per a la protecció del medi natural, elaborats per les entitats locals, caldrà que en el seu procés de tramitació es sol·liciti informe del Departament d'agricultura, ramaderia, pesca, alimentació i medi natural així com del Consell de protecció de la natura quan els plans afectin el territori de més d'un municipi (art. 5.1 Llei 12/1985, de 13 de juny, d'espais naturals protegits).

> Sentit de l'informe: preceptiu. La normativa sectorial no assenyala res explícitament pel que fa al seu caràcter vinculant o no.
>
> Termini: la normativa sectorial no regula cap termini específic.

n) Béns culturals

Administració que informa

Direcció general del patrimoni cultural - DEPARTAMENT DE CULTURA

Normativa aplicable

[8] La Direcció general de Comerç passa a estar integrada en el Departament d'Empresa i Ocupació, d'acord amb el Decret 52/2011, de 4 de gener, d'estructuració del Departament d'Empresa i Ocupació.

Article 33.2 Llei 9/1993, de 30 de setembre, del patrimoni cultural català

Informe sectorial

En el cas dels anomenats conjunts històrics, les zones arqueològiques, les zones paleontològiques, els llocs històrics i les zones d'interès etnològic i en el cas dels entorns de protecció de qualsevol bé cultural d'interès nacional, l'Ajuntament elaborarà un instrument urbanístic de protecció o adequarà un de vigent. L'aprovació d'aquests instruments de planejament requerirà l'informe favorable del Departament de Cultura.

Sentit de l'informe: preceptiu. La normativa sectorial no assenyala res explícitament pel que fa al seu caràcter vinculant o no.

Termini: la normativa sectorial no regula cap termini específic.

IV. Sobre algunes determinacions que caldrà tenir en compte en l'elaboració del planejament urbanístic d'acord amb la normativa sectorial.

Com sabem, l'elaboració del planejament urbanístic exigeix tenir en compte no només les prescripcions que deriven de la mateixa normativa urbanística sinó també les que recull la normativa sectorial. A continuació ens referirem a algunes d'aquestes prescripcions que han estat introduïdes, algunes, per normes de recent aparició.

1) Esports

- Decret legislatiu 1/2000, de 31 de juliol, que aprova el text únic de la Llei de l'esport (art. 39)

L'Ajuntament haurà de vetllar pel compliment de les previsions urbanístiques sobre reserva d'espais i qualificacions de zones per a la pràctica de l'esport i l'emplaçament d'equipaments esportius.

Malgrat que del Decret legislatiu 1/2000 no es deriva directament, el Departament de Territori i Sostenibilitat acostuma a comprovar si en l'expedient de tramitació del pla s'ha demanat informe del Consell Català de l'Esport[9], quan en el seu àmbit d'aplicació existeix afectació d'usos esportius.

2) Habitatge

- Llei 18/2007, del 28 de desembre, del dret a l'habitatge.

El planejament urbanístic ha d'ésser coherent amb les determinacions de la planificació i la programació en matèria d'habitatge. Els articles 16 i 17 de la Llei del dret a l'habitatge contenen una sèrie de directrius que el planificador haurà de tenir en compte a l'hora de qualificar el sòl com a residencial (ex. l'elecció dels emplaçaments i l'ordenació han de tenir en compte les condicions geogràfiques i climàtiques que poden influir en l'estalvi energètic i en el manteniment dels habitatges; la localització de les reserves per a habitatge amb protecció oficial, com a regla general, ha d'ésser uniforme per a tots els àmbits d'actuació en sòl urbà no consolidat i en sòl urbanitzable).

3) Patrimoni cultural

- Llei 9/1993, de 30 de setembre, del patrimoni cultural català (art. 6)

Els municipis que tenen la condició d'històric artístics han de crear un òrgan d'estudi i proposta per a la preservació, la conservació, la protecció i la vigilància del seu patrimoni cultural. (Si es tracta de municipis de menys de 1000 habitants, aquest òrgan serà creat pel consell comarcal).

[9] El Decret Llei 4/2010, de 3 d'agost, de mesures de racionalització i simplificació de l'estructura del sector públic de la Generalitat de Catalunya, ha creat l'Agència catalana de l'esport en el si de la qual s'integra el Consell Català de l'Esport.

Aquests òrgans han d'emetre informe prèviament a l'adopció d'acords municipals que afectin a l'aprovació o a la modificació del planejament urbanístic.

4) Equipaments culturals

- Decret 40/2010, de 16 de març, pel qual s'aprova el pla d'equipaments culturals de Catalunya 2010-2020 (art. 18)

Aquesta norma conté determinats mandats al planificador ja que assenyala que els equipaments culturals de nova construcció s'han d'ubicar en terrenys qualificats com a equipaments culturals en el sòl destinat específicament a aquest ús en el planejament municipal vigent o en un sòl que sigui compatible i que aquests equipaments s'hauran de situar prioritàriament en sòl urbà consolidat.

S'assenyala, així mateix (art. 19), que els ajuntaments han de tenir en compte les necessitats i els dèficits d'equipaments culturals quan es modifiqui o revisi el pla d'ordenació urbanística municipal corresponent i hauran de quantificar el sòl necessari en el municipi que permeti la construcció dels equipaments corresponents.

5) Centres de culte

- Llei 16/2009, del 22 de juliol, i el seu reglament, aprovat per Decret 94/2010, de 20 de juliol

Aquestes normes estableixen l'obligació per al planificador municipal de, en el moment de redactar un pla d'ordenació urbanística municipal, analitzar quines són les necessitats religioses del municipi i en funció de les mateixes, reservar sòl per a ús religiós.

L'article 3 del Reglament assenyala:

"*La memòria dels plans d'ordenació urbanística municipal ha de contenir una avaluació i justificació de les necessitats quantitatives i de localització de sòl per a la implantació de centres de culte en el municipi*."

Concretament s'obliga al planificador a realitzar aquesta tasca investigadora de quantificar les necessitats religioses del municipi i, si es determina que amb els equipaments actualment destinats a aquest ús, n'hi ha prou sòl, fer un informe motivat, que haurà de formar part de l'expedient del pla, on consti que no caldrà reservar més sòl.

Existeix, a més, un altre mandat al planificador municipal ja que de la dicció de l'article 4 de la Llei en relació a l'article 6 del Reglament es desprèn que els espais destinats a ús religiós no es podran situar en un lloc on s'impossibiliti o es dificulti l'exercici del dret de llibertat de culte.

Pel que fa l'obligació de reservar sòl per a ús religiós o de justificar la no necessitat –obligació que no existia abans de l'entrada en vigor de l'esmentada llei- això no s'ha traduït en la previsió en aquesta normativa, de l'exigència d'un nou informe sectorial a emetre per la Direcció general d'afers religiosos, del Departament de Governació i Relacions institucionals. Tot i així, és probable que el Departament de Territori i Sostenibilitat, un cop l'arribi l'expedient del pla per a la seva aprovació definitiva, demani aquest informe en la mesura que d'acord amb l'article 85.5 del text refós de la Llei d'urbanisme, la Direcció general d'Afers religiosos pugui tenir la condició de Departament interessat.

Finalment, caldrà tenir en compte el que estableix la disposició transitòria primera de la Llei de centres de culte que assenyala que els municipis tindran l'obligació d'adequar llur planejament general a l'article 4 – és a dir, hauran de realitzar la tasca d'avaluar les necessitats religioses i reservar els sòls corresponents- en el termini màxim de 10 anys (abans del 20 d'agost de 2019).

6) Accessibilitat

- Llei 20/1991, de 25 de novembre i Decret 135/1995, que desenvolupa la Llei de promoció de l'accessibilitat i supressió de barreres arquitectòniques de Catalunya

D'acord amb aquesta normativa, la planificació i la urbanització de les vies publiques, parcs i altres espais d'ús públic s'ha d'efectuar de manera que s'adaptin a les persones amb mobilitat reduïda. En aquest sentit, els plans urbanístics i els projectes d'urbanització hauran de garantir

l'accessibilitat dels espais públics i no podran ésser aprovats si no s'observen les determinacions i els criteris bàsics establerts en la llei 20/1991, de 25 de novembre, de promoció de l'accessibilitat i supressió de barreres arquitectòniques i el seu reglament.

En matèria d'accessibilitat caldrà tenir en compte, així mateix, les determinacions que estableix el Reial Decret 505/2007, de 20 d'abril, que aprova les condicions bàsiques d'accessibilitat i no discriminació de les persones amb discapacitat per a l'accés i la utilització dels espais públics urbanitzats i edificacions i l'Ordre VIV/561/2010, d'1 de febrer. Segons aquesta normativa, els espais públics hauran de ser dissenyats i projectats de forma que es compleixen les condicions bàsiques d'accessibilitat que es contenen en aquestes normes.

7) Incendis

- Llei 3/2010, de 18 de febrer, de prevenció i seguretat en matèria d'incendis de Catalunya (article 17)

El planejament urbanístic i els projectes d'urbanització han de tenir en compte les necessitats derivades de la prevenció i la seguretat en matèria d'incendis per tal que en l'execució urbanística es compleixi la normativa aplicable.

8) Contaminació acústica

- Llei 16/2002, de 28 de juny, de protecció contra la contaminació acústica (article 9.7)

Els instruments de planejament urbanístic hauran de tenir en compte les zones de sensibilitat acústica definides en els mapes de capacitat acústica d'àmbit municipal i les normes per a les noves construccions en zones de soroll.

9) Telecomunicacions

La Direcció General de Xarxes i Infraestructures de Telecomunicacions va elaborar l'any 2008 un document de criteris que la Direcció feia servir a l'hora d'avaluar els plans urbanístics tramitats pels diferents municipis de Catalunya. Aquest document pretenia servir com a suport en les funcions de planificació urbanística dels ajuntaments en allò que afecta les telecomunicacions. Es tracta de criteris que no tenen caràcter normatiu sinó només orientador.

En aquest document s'assenyala que d'acord amb la normativa urbanística, són els ajuntaments, en els corresponents plans urbanístics, les administracions que han d'identificar les xarxes de telecomunicacions existents (art. 69.2.b.5 i 72.1.e del Reglament de la Llei d'urbanisme), han d'efectuar la diagnosi dels dèficits existents (article 69.2.d.5 del Reglament) i les propostes i solucions respecte d'aquestes xarxes (art. 73.3.c del Reglament).

I, tot seguit, s'afegeix que serà la Secretaria de Telecomunicacions i Societat de la Informació (ara depenent del Departament d'Empresa i Ocupació)[10] l'òrgan competent per elaborar els informes sectorials en matèria de telecomunicacions previstos a l'article 85.5 del Text refós de la Llei d'urbanisme. Concretament s'assenyala que per als plans d'ordenació urbanística municipal, que reglamentàriament inclouran determinacions en relació amb matèries de telecomunicacions, la Secretaria ha de tenir la consideració d'organisme afectat. En relació amb el planejament derivat, aquesta Secretaria en serà igualment organisme afectat quan els plans tractin d'assumptes directament vinculats amb matèries de telecomunicacions.

Segons es desprèn d'aquest document, no existeix normativa sectorial que d'alguna manera estableixi la necessitat que l'Administració autonòmica emeti informe en la tramitació de plans que afectin aquest tipus d'infraestructura. La necessitat d'informar, en tot cas, derivaria de l'article 85.5 de la Llei d'urbanisme segons el qual haurien d'informar els organismes sectorials afectats i, en aquest sentit, caldria considerar, segons l'Administració autonòmica, organisme afectat, l'esmentada Secretaria.

[10] Decret 52/2011, de 4 de gener, d'estructuració del Departament d'Empresa i Ocupació.

El document referit es pot trobar en aquesta adreça:

http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Telecomunicacions%20i%20Societat%20de%20la%20Informacio/Documents/Telecomunicacions/Arxius/CRITERIS%20VALORACIO%20PLANEJAMENT%20v100.pdf

10. Masies i cases rurals

La Llei d'urbanisme estableix que, per a la reconstrucció i rehabilitació de les masies i cases rurals que calgui recuperar i preservar, per raons arquitectòniques, històriques, paisatgístiques o socials, caldrà que estiguin incloses en un catàleg específic de planejament urbanístic. No existeix cap directriu en la normativa urbanística per a l'elaboració d'aquests catàlegs de manera que la Direcció General d'Urbanisme va elaborar, el gener de 2009, un document de criteris que els Ajuntaments hauran de tenir en compte a l'hora d'elaborar els esmentats catàlegs. Aquests criteris no constitueixen norma jurídica però la Generalitat els exigeix en els catàlegs que es presenten pels Ajuntaments per a la seva aprovació definitiva.

Aquest document es pot trobar en l'adreça següent:

http://www20.gencat.cat/docs/ptop/Home/Serveis%20i%20tramits/Biblioteca%20i%20documentacio/Planificacio%20territorial/Publicacions/Planejament%20territorial/pdfs/CatMASIEs-gener2009-corregit_tcm32-45522.pdf

6a sessió

11/03/11

La nova legislació sobre prevenció i control de les activitats i les ordenances locals.
Domènec Sibina Tomàs, professor de dret administratiu de la Universitat de Barcelona.

El procés de fiscalització externa en el nostre ordenament jurídic: formes d'executar-lo i conseqüències dels seus informes.
Francesc Bosch Ferré, interventor d'Administració Local i Comissionat per a l'anàlisi dels Assumptes Econòmics Locals de la Diputació de Barcelona.

La nacionalització d'estrangers. Requisits i circumstàncies.
Projecte de Llei del Registre Civil .
Maria del Mar Ortega Arias, Magistrada jutge del Registre Civil de Barcelona.

La nova legislació sobre prevenció i control de les activitats i les ordenances locals

Domènec Sibina Tomàs

Professor titular (EU) de dret administratiu
Universitat de Barcelona

Sumari

1.- OBJECTE DE EXPOSICIÓ 1
2.- LA LLEI 20/2009: ÀMBIT OBJECTIU, PROCEDIMENTS INTEGRATS I COORDINATS 5
2.1- L'àmbit objectiu i els procediments integrats 5
A) El control de la incidència ambiental de les activitats incloses en els seus annexos 5
B) La integració del procediment d'avaluació d'impacte ambiental, en el si dels procediments de control de la incidència ambiental i en el d'autoritzacions autonòmiques sectorials. 8
C) La integració en el si dels procediments de control de la incidència ambiental del procediment de prevenció del risc d'accidents greus 8
D) La integració en els procediments de control de la incidència ambiental, del control de la compatibilitat urbanística i de la disponibilitat i la suficiència dels serveis públics que exigeixi l'activitat. 9
E) Procediments que s'estableixen en la Llei 20/2009, que preveuen actuacions municipals o procediments que impulsa el municipi, que precisen delimitar-ne o precisar-ne el règim jurídic d'aspectes concrets o completar el procediment legalment previst 10
2.2.- Els àmbits i les matèries exclosos del control a través dels procediments per garantir el control de la incidència ambiental i de l'avaluació d'impacte ambiental. 12
3.- EL DESENVOLUPAMENT REGLAMENTARIA QUE NECESSÀRIAMENT HA DE REALITZAR EL GOVERN DE CATALUNYA. 15
4.-LA COORDINACIÓ I INTEGRACIÓ DE PROCEDIMENTS 17
5.-QUATRE QÜESTIONS QUE EXAMINAREM DE MANERA BREU 21
5.1.-El règim jurídic del informes vinculants 21
5.2. La intervenció administrativa mitjançant informe urbanístic 23
5.3. Contractes de serveis amb empreses que tinguin la capacitat tècnica per emetre informes, certificacions i actes de verificació o control 23
5.4.-Extinció dels efectes de la comunicació prèvia i la declaració responsable 24

1.- Objecte de exposició

La nova legislació a que es refereix el títol, la Llei 29/2009 de prevenció i control ambiental de las activitats, no pel temps transcorregut, sinó que per la seva importància, ha estat objecte de debat i comentari en aquesta i altres seus. La perspectiva que ara se'm demana es projecta en relació a la potestat normativa local, i entenc, en relació als procediments i règims a establir o regular, en matèria d'intervenció administrativa de competència municipal en la prestació de serveis.

Aquesta perspectiva, però, no es pot concretar només en relació a la nova legislació catalana de prevenció i control ambiental. Cal tenir present tots els canvis normatius produïts en temps recents en àmbits connexos (urbanisme, espectacles públics i activitats recreatives, seguretat industrial, prevenció d'incendis, establiments industrials en els que es poden produir accidents greus, avaluació ambiental, salut pública i ordenació comercial), i les normes específicament de transposició de la Directiva de serveis.

Tot plegat ens dirigeix, necessàriament, a una anàlisi de les normes de règim local i de règim jurídic de les AAPP i procediment administratiu comú estatals i al seu desplegament pel legislador català, i a les normes sectorials, principalment la Llei 20/2009, que estableixen l'abast material i procedimental de la intervenció municipal. Aquestes normes satisfan la reserva material a la llei que es conté a l'article 149.18 CE, i

permeten l'exercici de la potestat normativa municipal per delimitar i concretar els procediments, que facin possible l'exercici de les concretes competències d'intervenció atribuïdes al municipi.

Cal entendre que el procediment administratiu comú no constitueix un iter rígid i tancat que estableix l'Estat i que vincula a totes les AAPP. De fet es configura com els instruments i les tècniques (l'ordenació jurídica), que garanteix que tots els ciutadans tinguin unes garanties comunes i resolucions de qualitat i que s'incorporen i conviuen amb d'altres regles pròpies d'una multiplicitat de procediments especials.[1]

Cal advertir, que la competència municipal d'intervenció (control i inspecció), de les activitats que es duen a terme en el seu municipi, és pràcticament universal a tenor dels àmbits i finalitats de les normes més rellevants, entre les quals s'inclou la Llei 20/2009, que atribueixen competència als municipis[2]. Aquesta possibilitat universal d'intervenció no es tradueix sempre en les concretes normes sectorials, en règims d'intervenció taxats i concrets (modalitats autoritzatòries en sentit estricte, inscripcions reglades en registres, comunicacions prèvies, declaracions responsables o només actuacions inspectores) i, per tant, el que adquireix transcendència especial ara és: el *"com",* de la intervenció administrativa municipal potencialment universal i la *"integració o coordinació"* dels procediments sectorials en els que es preveu la intervenció del municipi.

L'expressió, "activitats que es duen a terme en el municipi" pot semblar anacrònica, ancorada en el reglament estatal de serveis de els corporacions locals de 1955[3] i en el reglament català d'obres, activitats i

---

[1]La STS 227/1988 ja estableix: que "(…)sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del «procedimiento administrativo común», que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia -lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18.ª-, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa ratione materiae"

En paraules de la STC 50/1999: "Ciertamente este Tribunal no ha reducido el alcance de esta materia competencial a la regulación del procedimiento, entendido en sentido estricto, que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración (iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos); en esta competencia se han incluido también los principios y normas que «prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento» (STC 227/1988).

Pel que fa a les bases del règim jurídic de les AAPP la STC 59/1999 estableix que: "La materia competencial en la que deben encuadrarse los preceptos impugnados, dejando de momento aparte el enjuiciamiento del art. 36, es, pues, como hemos avanzado, la relativa al régimen jurídico de las Administraciones públicas. En efecto, en esta materia este Tribunal ha incluido, por lo que aquí importa, «la regulación de la composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones públicas» (STC 32/1981, fundamento jurídico 6º), «la organización de todas las Administraciones públicas» (STC 76/1983 [RTC 1983\76], fundamento jurídico 38), «los aspectos organizativos e institucionales de esas Administraciones» (STC 214/1989 [RTC 1989\214]) o «la composición, funcionamiento y organización» de las mismas (STC 35/1982).

[2]Urbanisme i ordenació del territori, patrimoni cultural, habitatge i qualitat del parc immobiliari residencial, prevenció d'incendis, control de la incidència ambiental, espectacles públics i activitats recreatives i salut pública,

[3] Modificat pel Decret 2009/2009, de 23 de desembre, que estableix:

"La aprobación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre , del Parlamento Europeo y del Consejo, de servicios en el mercado interior, supone un nuevo marco de referencia en la regulación del sector servicios.

Asimismo, la nueva redacción del artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril , Reguladora de las Bases del Régimen Local, que adapta dicho artículo a la citada Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, ha introducido la comunicación previa o la declaración responsable como mecanismo ordinario de intervención en el ámbito local, junto a las licencias, que quedarán sujetas, respecto de las actividades de servicios, a los principios incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Estos principios implican la introducción de nuevas formas de control de la actividad más eficaces, pero menos gravosas para ciudadanos y empresas.

Por tanto, es necesario realizar una modificación de la redacción de los artículos 5 y 22.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 , exclusivamente con el fin de adecuar su contenido a lo previsto en la mencionada modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y sin menoscabo de las competencias normativas que corresponden a las Comunidades Autónomas y de la autonomía local.

Asimismo, se suprimen los artículos 8 y 15.2 dado que son manifiestamente incompatibles con la nueva redacción de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como con el contenido y principios de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

Este Real Decreto se dicta en virtud de lo previsto en el 149.1.18ª, que atribuye al Estado la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

En la elaboración y tramitación de este proyecto han sido consultadas las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Política Territorial, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su día 26 de diciembre de 2009, dispongo:

serveis de 1995[4], i desvinculada de la nova fornada de normes reguladores de l'activitat privada de prestació de serveis. És, però molt gràfica i entrelliga les inquietuds més rellevants, no només dels municipis, també la dels empresaris i prestadors de serveis (en el sentit emprat a l'article 57 TFUE[5]), adreçades a disposar d'un marc procedimental que doti de seguretat jurídica el fet d'iniciar una activitat de prestació de serveis, que necessàriament s'emplaça en municipi.

L'emplaçament en un municipi, no és en va, una qüestió sense importància. Contràriament, té un a clara rellevància jurídica. Els municipis han d'exercir competències de control i inspecció per protegir béns jurídics que el legislador ha decidit que, en tots o en alguns aspectes, han de tutelar. Així ens ho acrediten les normes legals a les que ens referirem en relació a la salut i la seguretat de les persones i els béns, la tranquil·litat dels veïns i la convivència veïnal i la protecció el medi ambient, el territori i l'entorn urbà, els béns públics i els béns col·lectius i el patrimoni cultural, i alguns dels drets dels usuaris i els consumidors.

L'establiment dels procediments mitjançant els quals el municipi exerceix el control de les activitats de prestació de serveis en els àmbits en els que té atribuïda competència, ha de respectar d'una banda la legislació sectorial[6] i d'altra legislació de règim jurídic i procediment administratiu comú i de règim local, que impulsa, en transposar-se la directiva de serveis, la simplificació i l'agilitació del control administratiu .

La seguretat jurídica, no ho podem oblidar, s'alça també com un valor enormement rellevant per impulsar l'activitat econòmica. En aquest punt es oportú recordar l'opinió de MUÑOZ MACHADO, quan analitza les comunicacions prèvies i les declaracions responsables i afirma: "(...) no cabe duda de que la falta de intermediación de la Administración Pública sume, inevitablemente, al administrado en una inquietante inseguridad. Ambas instituciones permiten el ejercicio de las actividades privadas bajo la responsabilidad del interesado, que es el único que, en principio, tiene la carga de valorar y decidir si la iniciativa que va a poner en marcha se ajusta a la legalidad, y también que cuenta con la documentación y cumple los requisitos previos consignados en aquélla."[7]

Els nous aires normatius són de simplificació, d'eliminar obstacles administratius, de control administratiu un cop iniciada l'activitat, d'impulsar l'administració electrònica (imprescindibles o en tot cas desitjables) , però

Artículo único. Modificación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, queda modificado como sigue:

Uno. El artículo 5 queda redactado del siguiente modo:

«La intervención de las corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios enunciados en la legislación básica en materia de régimen local».

Dos. Se suprime el artículo 8.

Tres. Se suprime el apartado 2 del artículo 15.

Cuatro. El apartado 1 del artículo 22 queda redactado del siguiente modo:

«La apertura de establecimientos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio».

Disposición Final primera. Título competencial

Este Real Decreto se dicta 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.

Disposición Final segunda. Entrada en vigor

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

[4] Que no ha estat adaptat a les normes legals de transposició de la Directiva de serveis

5 L' article 57 (antic article 50 TCE) del Tractat sobre el Funcionament de la Unió Europea (TFUE, consolidat segons Tractat de Lisboa, Tractat de 13 desembre 2007) estableix que :"D'acord amb els Tractats, es consideraran com a serveis les prestacions realitzades normalment a canvi d'una remuneració, en la mesura que no es regeixin per les disposicions relatives a la lliure circulació de mercaderies, capitals i persones. Els serveis comprendran, en particular: a) activitats de caràcter industrial; b) activitats de caràcter mercantil; c) activitats artesanals; d) activitats pròpies de les professions liberals.

Sense perjudici de les disposicions del capítol relatiu al dret d'establiment, el prestador d'un servei podrà, a fi de realitzar aquesta prestació, exercir temporalment la seva activitat a l'Estat membre on es dugui a terme la prestació, en les mateixes condicions que imposi aquest Estat als seus propis nacionals".

[6] Les normes sectorials més significatives - i que s'han dictat o refós després d'haver-se transposat la directiva de serveis o per transposar-la-, són la legislació catalana urbanística, de prevenció i control ambiental, de prevenció d'incendis, d'establiments comercials, d'espectacles públics i activitats recreatives i de sanitat i salut pública.

[7] MUÑOZ MACHADO, Santiago *"Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)"* número 9 , El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. 2010, página 68.

no podem oblidar que una activitat empresarial també precisa crèdit (i les entitats financeres volen garanties que l'activitat es pot dur a terme, també des de la perspectiva de les exigències de l'ordenament objecte de control i inspecció per les AAPP) i patrimonialitzar el seus actius materials i immaterials. Bé està posar l'accent en la simplificació i en l'agilitat (ara una obligació legal), però sense oblidar que la simplificació no hauria de significar un sobrepreu per la via de generalitzar l'exigència de certificacions, acreditacions i homologacions d'entitats col·laboradors de l'administració, ni convertir-se en un laberint de procediments suposadament simplificats [8].

La simplificació administrativa demanada per l'article 5 de la Directiva de serveis (article 17 de la Llei 17/2009), no només es exigible per a cada procediment, sinó també pel sistema d'intervencions que cada nivell d'administració du a terme per cada concreta activitat. El sistema de autoritzacions i comunicacions/declaracions responsables, de tramitació simultànies i en paral·lel, per a tutelar cada una de les raons d'interès general que obliguen la intervenció administrativa municipal, és pel cap baix susceptible de valoració crítica.

Com sabem l'article 52.5 de la Llei 20/2009, reconeix la multiplicitat d'intervencions administratives , en establir per a les activitats de l'annex III, que: "Un cop efectuada la comunicació, l'exercici de l'activitat es pot iniciar sota l'exclusiva responsabilitat de les persones titulars i tècniques que hagin lliurat les certificacions, els mesuraments, les anàlisis i les comprovacions als quals es refereixen els apartats anteriors, sens perjudici que per a iniciar l'activitat s'ha de disposar dels títols administratius habilitants o controls inicials que, d'acord amb la normativa sectorial no ambiental, són preceptius."[9]

---

[8] Així, per exemple, una activitat d'establiment comercial dedicat principalment al venda de queviures i aliments:

- haurà d'emplaçar-se on l'ús comercial no estigui prohibit o estigui permès per la legislació urbanística i el planejament urbanístic;

- disposar de les autoritzacions, o haver realitzat les comunicacions prèvies, exigides per la legislació urbanística i de règim local per a les obres que calgui dur a terme:

- si està inclòs en l'annex 1 o 2 de la Llei 3/2010, de prevenció i seguretat en matèria d'incendis, li caldrà un informe del projecte de la direcció general competent i una certificació d'una entitat col·laboradora de l'Administració abans de començar l'activitat.

- si no si està inclòs en l'annex 1 o 2 de la Llei 3/2010, de prevenció i seguretat en matèria d'incendis, cal preguntar-se quina mena de control en aquesta matèria cal dur a terme;

- si és un GEC, gran establiment comercial, d'acord amb el Reial decret llei 1/2009 ordenació dels equipaments comercials de Catalunya, li caldrà realitzar la corresponent declaració responsable o si és el cas, disposar de llicència comercial.

- si està inclòs en l'annex III de la llei 20/2009 sobre prevenció i control ambiental de les activitats li caldrà presentar i formalitzar la comunicació prèvia ambiental.

A tot això, cal afegir que l'article 68 de la Llei 15/1990 de sanitat de Catalunya, estableix que els ajuntaments són competents per prestar els serveis necessaris per a complir les responsabilitats mínimes, en relació a l'obligat compliment de les normes i plans sanitaris, mitjançant el control sanitari d'edificis i llocs d'habitatge i de convivència humana, especialment, i dels centres d'alimentació, perruqueries, saunes i centres d'higiene personal, hotels i centres residencials, escoles, campaments turístics àrees d'activitat físico-esportiva i d'esbarjo i del control sanitari de la distribució i subministrament d'aliments, begudes i altres productes, directament o indirectament relacionats amb l'ús o el consum humà.

[9]Cal advertir que una activitat sotmesa a comunicació prèvia ambiental precisa acompanyar, per donar compliment a la Llei 20

a l'exterior en horari nocturn, aigua contaminada i/o residus no assimilables. Aquestes certificacions específiques podran ser lliurades per una entitat col·laboradora de l'administració.

d) Establir el règim d'autocontrols.

e) En els casos que sigui necessari, l'informe urbanístic municipal o una còpia de la seva sol·licitud, si aquest no s'ha emès en el termini

f) /2009 i atendre les exigències de control de la incidència ambiental , la documentació següent:

a) El projecte bàsic amb memòria ambiental o, en el seu cas, únicament memòria ambiental [9], que es presenta en el format i de conformitat amb els requeriments i criteris que es determinin per Ordre de la Generalitat, atenent però les característiques de les petites i mitjanes empreses i la incidència ambiental de la respectiva activitat.

b) La certificació general tècnica acreditativa que l'activitat i les seves instal·lacions s'ajusten al projecte bàsic o la memòria ambiental i compleixen tots els requisits ambientals exigibles. Aquesta certificació anirà signada pel personal tècnic competent o bé pel director de l'execució del projecte.

c) Les certificacions ambientals específiques per aquells casos que l'activitat generi emissions de gasos o fums, sorolls o vibracions, llums En cas d'activitats ramaderes subjectes al règim de comunicació, s'acompanya també d'un pla de gestió de les dejeccions ramaderes, amb les condicions i continguts determinats en la normativa que desenvolupa el programa d'actuació, aplicable a les zones vulnerables per la contaminació de nitrats que procedeixen de fons agràries i de gestió de les dejeccions ramaderes.

Una concreta activitat pot estar subjecte molt diversos requisits, condicions i requisits que l'ordenament imposa per raons d'interès general[10]. La regulació normativa material (requisits, condicions i limitacions en l'exercici de les activitats), que impulsa i aprova el nivell de govern territorial que té la competència per regular normativament la intervenció administrativa, sempre ha estat segmentada. Quasi bé es pot afirmar que és una ordenació d'origen orgànic, en el sentit que el seu àmbit objectiu (si el nivell de govern que impulsa la norma té competències executives), és una replica normativa de l'atribució orgànica de les competències, en el si de l'organització administrativa de l'Administració de l'Estat i de la Generalitat. Tant se val que el producte normatiu sigui de rang legal o reglamentaria, darrera de l'escena, quasi sempre hi ha una direcció general gelosa del compliment del seu contingut, que en ocasions valora només - i en excés, en termes comparatius amb altri interessos en joc -, la rellevància dels interessos generals que li pertoca protegir , i a qui la norma atribueix competències d'intervenció .

Recolza la idea assenyalada, que en relació a la Unió Europea, una nova administració, és excepcional el fet que les directives tinguin caràcter horitzontal, i destaca aquest caràcter de la Directiva de serveis i de les Directives d'avaluació d'impacte ambiental (tant la de autoritzacions i projectes com la de plans)

Per tot plegat, l'exposició, prenent com a punt de partida la Llei 20/2009, una norma legal de contingut procedimental respecte de la intervenció de control de la incidència ambiental de les activitats que relaciona en els seus annexos, intentarà argumentar les possibilitats que l'ordenament vigent transposada ja la directiva de serveis pel legislador estatal, ofereix a les ordenances municipals per:

a) completar el règim de la intervenció municipal de control i inspecció que preveu la Llei 20/2009 i

b) resoldre de manera integrada o coordinada procedimentalment, la intervenció municipal potencialment universal de les activitats (essencialment de prestació de serveis), que es duen a terme al seu municipi.

2.- La Llei 20/2009: àmbit objectiu, procediments integrats i coordinats

Ja hem dit que podria considerar-se que l'anàlisi de la nostra exposició hauria de fer atenció només al desenvolupament normatiu local dels procediments de control ambiental previstos en la Llei 20/2009, per a les activitats relacionades en els seus annexos. La pròpia llei ens delimitarà quin seria aquest desenvolupament estrictament reduït als seus procediments de control i els motius per no limitar l'àmbit d'estudi a aquest desenvolupament estricte.

2.1- L'àmbit objectiu i els procediments integrats

La Llei 20/2009 en delimitar el seu àmbit objectiu, especialment a l'article 1 , el concreta en

A) El control de la incidència ambiental de les activitats incloses en els seus annexos

L'àmbit de la Llei és en primer lloc l'establiment dels procediments per garantir el control de la incidència ambiental[11] (els procediments bàsics que preveu són les autoritzacions, les llicències i les comunicacions prèvies ambientals), de les activitats (iniciades *ex novo* o modificades) relacionades en els seus annexos (que són un relació tancada). El control de la incidència ambiental pretén, en tot cas, prevenir i reduir a l'origen les emissions contaminants a l'aire, l'aigua i el sòl que produeixen les activitats i que són susceptibles d'afectar el medi ambient i a més a més, prendre en consideració el consum dels recursos naturals i l'energia. En el cas de les activitats de l'annex 1 sotmeses a autorització ambiental, pretén també fixar les condicions per a gestionar correctament aquestes emissions (articles 13.1 i 36.1 de la Llei 20/2009)

---

g) En el cas que l'activitat inclogui l'abocament d'aigües residuals a la llera pública o al mar, resta sotmesa al règim respectiu d'autorització d'abocaments, que haurà d'acreditar-se la corresponent autorització d'abocaments.

h) En el cas que l'activitat es situï en un espai natural protegit la comunicació s'acompanya de la declaració d'impacte ambiental favorable o amb mesures correctores, o de la resposta de l'Administració en el sentit que no hi ha necessitat d'avaluació d'impacte ambiental.

[10] La directiva se serveis reconeix expressament com a raons d'interès general, l'ordre públic, la seguretat pública, la protecció civil, la salut pública, la preservació de l'equilibri financer del règim de seguretat social, la protecció dels consumidors, dels destinataris de serveis i dels treballadors, les exigències de la bona fe en les transaccions comercials, la lluita contra el frau, la protecció del medi ambient i de l'entorn urbà, la sanitat animal, la propietat intel·lectual i industrial, la conservació del patrimoni històric i artístic nacional i els objectius de la política social i cultural.

[11] Empro l'expressió incidència ambiental en el sentit que estableix l'article 1 de la Llei 20/2009, d'acord amb el qual, l'objecte de la llei és establir el sistema d'intervenció administrativa de les activitats amb incidència ambiental, en el qual es prenen en consideració les afeccions sobre el medi ambient i les persones.

El control de la incidència ambiental te una doble exigència. La primera que, mitjançant la documentació aportada en els procediments regulats en al Llei 20/2009 (en especial el projecte bàsic[12] que haurà de contenir la descripció detallada i l'abast de l'activitat i de les instal·lacions i l' l'estudi ambiental, en el benentès que els continguts exigits als apartats a,c,d,f i g de l'article 18.1 del estudi ambiental que cal acompanyar a l'autorització, són tots ells exigibles a l'estudi ambiental que cal acompanyar a la petició de la llicència ambiental i que cal acreditar a les certificacions exigides en la formalització de la comunicació prèvia ambiental [13]) i els informes i actuacions que integren aquest procediments, s'acrediti el compliment de les exigències materials contingudes en múltiples normes ambientals i que es satisfan el requisits tècnics ambientals exigibles per acomplir las finalitats de les autoritzacions, llicències i comunicacions ambientals.

La segona que s'integrin en un procediment únic els diferents permisos escrits exigits en el dret comunitari (directament, Directiva IPPC 96/61/CE de Consell, avui Directiva 1/2008/CE del Parlament i del Consell, que serà modificada en breu; d'aigües residuals Directiva 91/271/CEE; i residus Directiva 2008/98/CE; i indirectament aire i atmosfera Directiva 2008/50 CE i soroll Directiva 2008/49/CE).

Ambdós qüestions expliquen:

a) d'una banda, la llarga llista de normes sectorials ambientals que cal tenir present per avaluar els diferents vectors integrats en els procediments regulats en la Llei 20/2009[14] i la importància dels criteris tècnics ambientals par assolir les finalitats del control de la incidència ambiental de les activitats;

---

[12] Article 17 Sol·licitud 1. La sol·licitud d'autorització ambiental ha d'anar acompanyada de la documentació següent:

a) Estudi d'impacte ambiental del projecte, que ha de contenir, com a mínim, la informació que es detalla en l'article 18, signat pel personal tècnic competent.

b*) Projecte bàsic, signat pel personal tècnic competent, que contingui la descripció detallada i l'abast de l'activitat i de les instal·lacions. Les normatives sectorials de les diferents administracions amb competències d'intervenció administrativa i, si escau, les normes tècniques que estableixen el contingut del projecte de l'activitat, en determinen el contingut específic.*

[13] Article 18 Estudi d'impacte ambiental 1. L'estudi d'impacte ambiental del projecte ha d'incloure, com a mínim, les dades següents:

a) Descripció general del projecte i exigències previsibles en el temps, amb relació a la utilització del sòl i altres recursos naturals. Estimació del tipus i la quantitat dels residus abocats i les emissions de matèria o energia resultants, i descripció del medi receptor.

b) Exposició de les principals alternatives estudiades i justificació de la solució adoptada, atenent l'ús i l'aplicació de les millors tècniques disponibles i els efectes ambientals.

c) Avaluació dels efectes previsibles, directes i indirectes, del projecte sobre la població, la flora, la fauna, el sòl, l'aire, l'aigua, tant terrestres com marítims, els factors climàtics, el paisatge i els béns materials, inclòs el patrimoni cultural. Igualment, s'ha d'atendre la interacció entre tots aquests factors i els possibles efectes transfronterers, entre municipis o entre comunitats autònomes.

d) Mesures establertes per a reduir, eliminar o compensar els efectes ambientals significatius.

e) Programa de vigilància ambiental.

f) Estudi d'impacte acústic.

g) Descripció de les característiques de la il·luminació exterior.

h) Resum de l'estudi i les conclusions en termes fàcilment comprensibles, i, si escau, de les dificultats informatives o de les tècniques trobades en el procés d'elaboració.

2. (...)

Article 39 Sol·licitud 2. La sol·licitud de la llicència ambiental ha d'anar acompanyada de la documentació següent: a) El projecte bàsic amb estudi ambiental, signat pel personal tècnic competent, amb el contingut de les lletres a, c, d, f i g de l'article 18 que sigui necessari en cada cas, atenent les característiques i la incidència de l'activitat en el medi ambient.

[14] Amb el risc d'oblidar alguna norma rellevant ambientalment, des d ela perspectiva material. es pot fer la llista següent:

- Llei catalana 16/2002, de 28 de juny, de protecció contra la contaminació acústica i la Llei estatal 37/2003, de 17 de novembre, del soroll i les normes reglamentàries que les desenvolupen.

- Llei catalana 6/2001, de 31 de maig, d'ordenació ambiental per a la protecció del medi nocturn i les normes reglamentàries que la desenvolupen.

- Decret legislatiu 3/2003, de 4 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la legislació en matèria d'aigües de Catalunya.

- Decret legislatiu 1/2009, de 21 de juliol, pel que s'aprova el text refós de la Llei catalana reguladora dels residus.

- Llei estatal 1/2005, de 9 de març, de comerç de drets d'emissió de gasos d'efecte hivernacle i normes complementàries.

- Llei estatal 34/2007, de 15 de novembre, de qualitat de l'aire i protecció de l'atmosfera.

- Decret català 319/1998, de 15 de desembre, de límits d'emissió per a instal·lacions industrials de combustió de potència tèrmica inferior a 50 MWt i instal·lacions de cogeneració.

b) de l'altra, la substitució d'autoritzacions ambientals per informes vinculants, extrem que ja va dur a terme la LLIIAA en transposar, sense manifestar-ho explícitament la Directiva IPPC de 1996, i la Llei estatal 16/2002 en transposar-la formalment. Aquesta darrera consideració es manifesta expressament a la Llei 20/2009, entre d'altres, en els articles 13 apartat c[15], 36 apartat c[16] i 52 3 apartat b), 4 i 6.[17]

Aquestes consideracions acrediten tres de les qüestions claus que cal tenir present en el desenvolupament procedimental de la Llei 20/2009:

a) El contingut dels documents tècnics que fan possible el control i la prevenció de la incidència ambiental des de la perspectiva material (el projecte bàsic que haurà d'acompanyar-se d'un estudi ambiental en les autoritzacions i llicències ambientals o de les certificacions en la comunicació prèvia) i la reserva a la regulació reglamentària pel Govern de Catalunya d'aquestes matèries;

b) El règim jurídic dels informes vinculants que substitueixen autoritzacions d'ens i òrgans diferents del competent per formular la proposta o concedir autoritzacions i llicències ambientals i per rebre i comprovar formalment la documentació aportada amb les comunicacions prèvies ambientals. De fet, malgrat integrar-se en el procediment com a actes de tràmit, són materialment autoritzacions, tal com són definides a l'article 3 de la Llei 17/2009.

c) Advertir que les autoritzacions i llicències ambientals només poden ser denegades, des del punt de vista dels vectors ambientals que materialment es comproven. Es a dir, per la vulneració de les normes ambientals que estableixen els requisits i les condicions per prevenir i reduir a l'origen les emissions contaminants a l'aire, l'aigua i el sòl que produeixen les activitats i que són susceptibles d'afectar el medi ambient; per prendre en consideració el consum dels recursos naturals i l'energia i que estableixen les condicions per a gestionar correctament aquestes emissions.

No és possible, per tant, sense vulnerar la Llei 20/2009, denegar una llicència ambiental per vulneració de les normes reguladores d'altes matèries, així la prevenció d'incendis o el control de la salut publica, la qual cosa no impedeix integrar procedimentalment el control de la prevenció d'incendis o de la salut pública, en la tramitació d'una llicència ambiental (extrem que ja examinarem).

- Llei estatal 8/2003, de 24 d'abril, de sanitat animal i Reial Decret 324/2000, de 3 de març, per el qual s'estableixen normes bàsiques d'ordenació de les explotacions porcines, i els Decrets catalans, Decret 283/1998, de 21 d'octubre, de designació de les zones vulnerables en relació amb la contaminació de nitrats procedents de fonts agràries i ulteriors modificacions i Decret 136/2009, d'1 de setembre, d'aprovació del programa d'actuació aplicable a les zones vulnerables en relació amb la contaminació de nitrats que procedeixin de fonts agràries i de gestió de les dejeccions ramaderes.

- Reial Decret 117/2003, de 31 de gener, sobre limitació d'emissions de compostos orgànics volàtils causades per l'ús de disolvents en determinades activitats.

[15] Article 13 Finalitats de l'autorització ambiental Les finalitats de l'autorització ambiental són les següents:

c) Disposar d'un règim de prevenció i control de la contaminació que integri en un sol acte l'avaluació i la declaració d'impacte ambiental, les autoritzacions sectorials en matèria de producció i gestió dels residus; d'abocament a les aigües continentals, inclosos els abocaments al sistema públic de sanejament d'aigües residuals, i els abocaments des de terra cap al mar; les determinacions de caràcter ambiental en matèria de contaminació atmosfèrica, i l'autorització d'emissions de gasos amb efecte d'hivernacle.

[16] Article 36. Finalitats de la llicència ambiental Els objectius de la llicència ambiental són:

b) Garantir que les activitats sotmeses a la Llei en compleixen l'objecte mitjançant un procediment que asseguri la coordinació de les distintes matèries, inclosa l'autorització dels abocaments al sistema públic de sanejament d'aigües residuals existent, i la participació de les altres administracions públiques que han d'intervenir en l'atorgament de la llicència ambiental.

[17] Article 52 Formalització de la comunicació 1(...) 3. La comunicació ha d'anar acompanyada de la documentació següent: a) (...) b) La certificació lliurada pel personal tècnic competent que, si escau, ha d'ésser el director o la directora de l'execució del projecte que acrediti que l'activitat i les instal·lacions s'adeqüen a l'estudi ambiental i al projecte o a la documentació tècnica presentats i que es compleixen tots els requisits ambientals.

4. En els casos que es determini per reglament, atenent la necessitat de comprovar emissions de l'activitat a l'atmosfera, com ara sorolls, vibracions, lluminositat i d'altres, i a l'aigua, o la caracterització de determinats residus, cal acompanyar també la comunicació d'una certificació lliurada per una entitat col·laboradora de l'Administració ambiental o pels serveis tècnics municipals.

6. En el cas que l'activitat inclogui abocament d'aigües residuals a la llera pública o al mar, resta sotmesa al règim d'autorització d'abocaments.

7. En el cas que l'activitat se situï en un espai natural protegit, està sotmesa al procés de consulta prèvia respecte a la necessitat d'avaluació d'impacte ambiental.

B) La integració del procediment d'avaluació d'impacte ambiental, en el si dels procediments de control de la incidència ambiental i en el d'autoritzacions autonòmiques sectorials.

En el cas de l'avaluació ambiental, l'article 1 de la Llei 20/2009 assenyala expressament que el sistema d'intervenció administrativa que regula la llei, integra l'avaluació d'impacte ambiental de les activitats, el que significa que la Llei 20/2009 és de fet la que regula a Catalunya la avaluació del impacte ambiental dels projectes.

La competència de la formulació de la declaració d'impacte ambiental correspon a la Ponència ambiental, òrgan col·legiat adscrit a la Direcció general que impulsa la Llei 20/2009, el que constitueix un primer fet que explica la integració procedimental. També ho justifica la connexió entre control de la incidència ambiental i de l'avaluació ambiental: concretament totes les activitats sotmeses a autorització ambiental a la LPCA resten subjectes a estudi, avaluació i declaració d'impacte ambiental [18]. Tot hi que n'hi d'altres incloses en altres annexos que també s'hi sotmeten, la LPCA inclou en l'annex 1 per aquest motiu, activitats que eren incloses abans en l'annex II de la LLIIA.

La regulació de la Llei 20/2009 exigeix que siguin sotmeses a procediment d'estudi, avaluació i declaració d'impacte ambiental**:**

a) Les activitats incloses en els annexos I.1 i I.2 de la LPCAA[19], per la incidència que tenen en el medi

b) Les activitats incloses en l'annex I.3 de la LPCAA el qual procediment s'incorpora, per tant, en l'autorització substantiva de l'Administració autonòmica, en matèria de mines, parcs eòlics, instal·lacions fotovoltaiques i domini públic hidràulic, quan incloses l'annex assenyalat. La intervenció ambiental es duu a terme mitjançant la integració de la declaració d'impacte ambiental o l'informe ambiental, amb els valors límit d'emissió associats, els controls i altres requeriments ambientals, en l'autorització de l'òrgan competent per raó de la matèria substantiva, d'acord amb el procediment que s'estableix a la LPCAA.

La Llei exigeix que siguin sotmeses a un procés de decisió prèvia sobre la necessitat de declaració d'impacte ambiental**,** les activitats següents:

a) Les que a l'epígraf corresponent a l'annex II de la LPCAA es determina específicament la necessitat d'aquest procés.

c) Les activitats o les instal·lacions que estan classificades en els annexos II, III o IV de la LPCAA, en aplicació dels criteris fixats a l'annex V de la LPCAA, quan afectin directament als espais naturals amb una sensibilitat ambiental elevada, inclosos en el Pla d'espais d'interès natural (PEIN), aprovat pel Decret 328/1992, als espais naturals de protecció especial, declarats d'acord amb la Llei 12/1985, a les zones humides i les àrees designades en aplicació de les Directives 1979/409/CE i 1992/43/CE (Xarxa Natura); a zones humides incloses a la llista del Conveni de Ramsar, i altres espais protegits que es determini legalment.

Des de la perspectiva de la potestat normativa del municipis té especial transcendència regular amb més precisió que la legal, la participació del municipi en el procediment d'avaluació de l'impacte ambiental; en el de decisió prèvia sobre la necessitat de declaració d'impacte ambiental i completar la regulació legal de integració d'aquest procediment en la tramitació de la llicència municipal ambiental i de la comunicació prèvia ambiental, que es formalitza sota la responsabilitat municipal.

C) La integració en el si dels procediments de control de la incidència ambiental del procediment de prevenció del risc d'accidents greus

En el cas de la prevenció de risc dels accidents greus la competència de control correspon a l'Agència Catalana de Seguretat Industrial, i la integració procedimental s'explica pel fet que totes les activitats que són susceptibles de generar risc d'accidents greus precisen també d'autorització ambiental (tot i que també és possible que d'altres amb risc d'accidents greus, restin sotmeses a llicència ambiental).

La LPCAA integra el control en les autoritzacions ambientals, exigint que:

---

[18] L'article 12.1 de la LPCA "Activitats sotmeses a una autorització ambiental" estableix que:"L'activitat o les activitats, amb les instal·lacions o les parts de les instal·lacions corresponents, que estan ubicades en un mateix centre o en un mateix establiment i que estan relacionades en els annexos I.1 i I.2, *se sotmeten a l'autorització ambiental amb l'avaluació d'impacte ambiental del departament competent en matèria de medi ambient."*

[19] L'annex I.1 inclou les activitats especificades per la Llei de l'Estat 16/2002, de l'1 de juliol, de prevenció i control integrats de la contaminació i l'annex I.2 inclou activitats, no establertes a la legislació estatal però que la LPCAA ha considerat necessari de sotmetre a una autorització ambiental i a una declaració d'impacte ambiental, ja sigui pel fet que estan incloses a l'annex I o II del Text refós de la Llei d'avaluació d'impacte ambiental, aprovada pel Reial Decret Legislatiu 1/2008, de l'11 de gener.

a) S'aporti amb la petició d'autorització la documentació preceptiva sobre accidents greus que determini la legislació sectorial corresponent (article 17 Llei 20/2009).

b) En el cas que l'activitat sotmesa autorització ambinetal, estigui afectada per la normativa en matèria d'accidents greus, l'òrgan ambiental competent ha de requerir un informe de caràcter vinculant al departament competent en la matèria (article 21 Llei 20/2009).

b) La sol·licitud d'informe de l'informe urbanístic que ha d'acompanyar-se a la sol·licitud d'autorització ambiental haurà de contenir la informació que determini la Llei 12/2008, quan es tracti establiments industrials en què es poden produir accidents greus o que tenen algunes de les substàncies químiques o categoria de substàncies tòxiques o molt tòxiques incloses en aquesta legislació d'accidents greus, de conformitat amb els llindars que estableix la normativa de seguretat industrial.

Aquesta sol·licitud d'informe urbanístic, a petició de l'Ajuntament, haurà de ser sotmesa a informe previ preceptiu i vinculant[20] de l'Agència Catalana de Seguretat Industrial. L'informe de l'Agència Catalana de Seguretat Industrial s'ha d'emetre en el termini de quinze dies a comptar de la recepció de la petició, en aquests casos[21]. (article 60. 3 i 4 de la Llei 20/2009)

No resulta del tot entenedora la doble petició d'informe, però simplifica l'actuació del municipi pel cas que l'informe no s'emeti en els quinze dies previstos legalment[22] .

En el cas d'activitats sotmeses a llicència ambiental que, tot i que no estan incloses en la legislació d'accidents greus, projecten tenir alguna de les substàncies químiques o categoria de substàncies tòxiques o molt tòxiques, de conformitat amb els llindars que s'estableixin en la normativa de seguretat industrial, és preceptiu l'informe que ha d'emetre l'Agència Catalana de Seguretat Industrial (article 39.4 de la Llei 20/2009).

Les qüestió a resoldre en via de ordenança municipal és resoldre la integració procedimental de la petició d'informe a la agència catalana de seguretat industrial, en el si dels procediments de responsabilitat municipal (informe urbanístic i llicència ambiental).

D) La integració en els procediments de control de la incidència ambiental, del control de la compatibilitat urbanística i de la disponibilitat i la suficiència dels serveis públics que exigeixi l'activitat.

Finalment, la darrera integració procedimental fa referència a la compatibilitat urbanística de l'activitat i de la disponibilitat i la suficiència dels serveis públics que exigeixi l'activitat.

L'informe urbanístic municipal s'ha d'acompanyar:

- A la sol·licitud d'autorització ambiental

- Amb l'estudi d'impacte ambiental, de les activitats extractives de l'annex I. 3 de la LPCAA, en les quals la declaració d'impacte ambiental s'incorpora a l'autorització substantiva.

Si l'informe urbanístic és desfavorable, independentment del moment en què s'ha emès, sempre que s'hagi rebut abans que s'atorgués l'autorització ambiental, l'òrgan ambiental del Departament competent en matèria de medi ambient ha de dictar una resolució que posi fi al procediment i arxivar les actuacions. D'igual manera haurà de procedir l'òrgan que tramita l'autorització substantiva en relació a les activitats extractives de l'annex I.3 de la LPCAA.

- A la formulació de la consulta prèvia prevista per les activitats dels annexes II, III i IV pel fet d'estar sotmeses a una avaluació d'impacte ambiental, en els termes que disposa l'article 33 de LPCAA[23].

---

[20] El atorga caràcter vinculant també ve determinat expressament per l'article 7.4 de la Llei 12/2008, de 31 de juliol, de seguretat industrial de Catalunya.

[21] La qual cosa comportarà, tot i que no s'esmenti a la Llei 20/2009, que el còmput del termini per emetre l'informe urbanístic se suspèn d'acord amb allò que preveu l'article 42.5 de la LRJPAC.

[22] Transcorregut aquest termini l'Ajuntament podrà dictar resolució en relació a les qüestions de compatibilitat urbanística i de la disponibilitat i suficiència de la capacitat dels serveis públics municipals per atendre els requeriments de l'activitat, amb indicació expressa, de no haver obtingut l'informe de l'Agència Catalana de Seguretat Industrial i de la impossibilitat d'acompanyar-lo a la resolució.

[23] Article 33 Règim de llicència ambiental amb una decisió prèvia sobre la necessitat de declaració d'impacte ambiental (...) 2. La consulta prèvia se sotmet al procediment següent:a) La persona o l'empresa titulars de l'activitat ha d'adreçar la sol·licitud a l'OGAU del territori on s'emplaça l'activitat projectada, acompanyada de l'informe municipal de

En les activitats sotmeses a llicència ambiental, l'informe urbanístic s'emetrà d'ofici durant la tramitació, això sens perjudici que potestativament el titular el pugui demanar amb caràcter previ. En les llicències urbanístiques, singularment la d'obres, es tramitarà de manera conjunta quan sigui exigible.

Abans de formalitzar la comunicació prèvia ambiental serà necessari disposar de l'informe urbanístic favorable quan es vulguin utilitzar per a un ús concret, edificacions existents construïdes sense ús específic. Quan es tracti d'obres o instal·lacions noves, la compatibilitat urbanística vindrà determinada per la llicència urbanística o per la comunicació prèvia d'obres no subjectes a llicència. Si l'informe és desfavorable i notificat fora de termini, però abans de presentar la comunicació prèvia ambiental, aquesta no es pot formalitzar vàlidament.

Transcorregut el termini de vint dies, sense que l'informe s'hagi emès, l'interessat podrà presentar la comunicació prèvia amb una còpia de la sol·licitud de l'informe urbanístic, entenent que els efectes són els de l'article 52.2 de la LPCAA[24].

Si l'informe urbanístic és desfavorable, la comunicació prèvia ambiental no es pot presentar vàlidament, ni exercir legítimament l'activitat.

Les ordenances municipals hauran de delimitar en aquesta matèria:

- les conseqüències del fet que l'informe té materialment el caràcter d'autorització definida a la Llei 17/2009 de 23 de novembre, com qualsevol acte exprés o tàcit de l'autoritat competent que s'exigeixi, amb caràcter previ, per a l'accés a una activitat de serveis o el seu exercici;

- la seva consideració com una resolució recurrible independent;

- les conseqüències de la no resolució expressa dins de termini i el termini per emetre l'informe;

- si la disponibilitat i la suficiència dels serveis públics que exigeixi l'activitat es pot exigir només en les autoritzacions ambientals i

- quin és el contingut que haurà de tenir l'informe en les activitats que es vulguin realitzar en el sòl no urbanitzable.

E) Procediments que s'estableixen en la Llei 20/2009, que preveuen actuacions municipals o procediments que impulsa el municipi, que precisen delimitar-ne o precisar-ne el règim jurídic d'aspectes concrets o completar el procediment legalment previst

Per finalitzar aquest anàlisi de la Llei 20/2009, fem la relació dels procediments que cal ponderar als efectes de una possible regulació complementària a través d'ordenança:

1.- Autorització ambiental i declaració d'impacte ambiental

Són sotmeses a aquest procediment les activitats incloses en els annexos I.1 i I.2 de la LPCAA[25] i per la incidència que tenen en el medi, s'han de sotmetre a una declaració d'impacte ambiental.

2.- Declaració d'impacte ambiental amb una autorització substantiva

Es sotmeten al procediment de declaració d'impacte ambiental incorporada en l'autorització substantiva de l'Administració autonòmica, les activitats en matèria de mines, parcs eòlics, instal·lacions fotovoltaiques i domini públic hidràulic, incloses en l'annex I.3 de la LPCAA.

3.- L'informe urbanístic previst a l'article 60 de la LPCAA

L'informe urbanístic municipal s'ha d'acompanyar i sol·licitar en els supòsits que hem explicat en l'apartat anterior.

4.-Procés de decisió prèvia sobre la necessitat de declaració d'impacte ambiental

---

compatibilitat urbanística i d'una memòria tècnica descriptiva de l'emplaçament de l'activitat i de les característiques ambientals bàsiques que té, amb el contingut mínim següent:

(…)

[24] Els efectes que l'article 52.2 LPCAA atribueix a aquest silenci, és que "*es pot procedir a executar-lo*".

[25] L'annex I.1 inclou les activitats especificades per la Llei de l'Estat 16/2002, de l'1 de juliol, de prevenció i control integrats de la contaminació i l'annex I.2 inclou activitats, no establertes a la legislació estatal però que la LPCAA ha considerat necessari de sotmetre a una autorització ambiental i a una declaració d'impacte ambiental, ja sigui pel fet que estan incloses a l'annex I o II del Text refós de la Llei d'avaluació d'impacte ambiental, aprovada pel Reial Decret Legislatiu 1/2008, de l'11 de gener.

Són sotmeses a un procés de decisió prèvia sobre la necessitat de declaració d'impacte ambiental, les activitats sque hem assenyalat també en els apartats anteriors

5.-Llicència ambiental sense necessitat de sotmetre-la a un procés de decisió prèvia sobre la necessitat de declaració d'impacte ambiental

Estan sotmeses al règim de llicència ambiental municipal les activitats ubicades en un mateix centre o en un mateix establiment i que pertanyen a la mateixa persona o empresa titulars, que es relacionen a l'annex II de la LPCAA, que no precisen d'un procés de decisió prèvia sobre la necessitat de declaració d'impacte ambiental, i les noves tipologies que estableixi el Departament de la Administració de la Generalitat competent, a proposta de la Comissió d'Avaluació i Seguiment per a l'aplicació de la Llei[26], tant per ser implantades, com per a tot canvi substancial que s'hi pretengui introduir un cop atorgades.

6.-Llicència ambiental de les explotacions ramaderes

Si l'activitat té per objecte una explotació ramadera inclosa a l'annex II de la LPCAA, la sol·licitud també ha d'anar acompanyada d'un pla de gestió de les dejeccions ramaderes.

7.-Informes preceptius que cal emetre en el procediment de llicència ambiental

En la tramitació del procediment de llicència ambiental, l'Ajuntament haurà de demanar preceptivament informe de l'Administració hidràulica, de l'Administració de residus de Catalunya, del Departament competent en matèria de protecció del medi ambient, segons s'estableix als articles 42 i 43 de la LPCAA.

Els informes preceptius en matèria de medi ambient s'exigeixen en els supòsits següents:

a) Cal un informe preceptiu de l'Administració hidràulica i de l'Administració de residus de Catalunya, i també del Departament competent en matèria de protecció del medi ambient, en l'àmbit de les competències respectives, per a les activitats enumerades en l'annex VI de la LPCAA.

Quan el sistema públic de sanejament del municipi on es pretén exercir l'activitat sigui a càrrec d'un altre ens gestor diferent de l'Ajuntament o de l'Administració hidràulica de Catalunya, l'informe sobre l'abocament d'aigües residuals a aquest sistema o al clavegueram municipal l'ha de sol·licitar l'Ajuntament, directament, a l'ens gestor.

b)S'ha de sol·licitar un informe als òrgans competents en relació a les mesures de prevenció d'incendis forestals per a les activitats situades a una distància de la massa forestal inferior a cinc-cents metres, i també per a les activitats situades als municipis declarats d'alt risc d'incendis forestals.

c) S'han de sol·licitar també tots els altres informes que siguin preceptius per la normativa sectorial ambiental.

d) L'informe en matèria de seguretat industrial quan sigui preceptiu

Aquests informes quan són vinculants tenen materialment el caràcter d'autorització, definida a la Llei 17/2009, de 23 de novembre.

7.-Projecte d'equipaments i d'activitats de titularitat municipal que han d'integrar l'avaluació ambiental

Les activitats de titularitat municipal de l'annex II de la LPCAA, subjectes a l'aprovació d'un projecte, han d'integrar l'avaluació ambiental de l'equipament o l'activitat en la tramitació del projecte.

8.-Acta de control ambiental inicial

L'acta de control ambiental inicial verifica el compliment de les condicions de l'autorització o la llicència ambientals. I és també materialment una autorització

---

[26] LPCAA: "Disposició final primera. Desplegament reglamentari

1. El Govern ha d'aprovar el desplegament reglamentari d'aquesta llei en un termini de vuit mesos comptats des que es publica oficialment. Fins que no entri en vigor aquest desplegament són aplicables les disposicions reglamentàries que no contradiguin aquesta llei, que no s'hi oposin i que no hi siguin incompatibles.

2. S'habilita el Govern per a adaptar les activitats de l'annex I.1 d'aquesta llei a les prescripcions determinades per les directives europees i per la legislació bàsica estatal en matèria de avaluació d'impacte ambiental i en matèria de prevenció i control integrat de la contaminació.

3. S'habilita la persona titular del Departament de l'Administració de la Generalitat competent en matèria de medi ambient per a incorporar noves tipologies d'activitats en els annexos I.2, II, III i IV o per a adaptar les existents. Aquestes incorporacions o modificacions s'han de dur a terme a proposta de la Comissió d'Avaluació i Seguiment per a l'aplicació d'aquesta llei regulada per la disposició addicional cinquena."

9.-Actuacions de control ambiental periòdic

El control ambiental periòdic té per objecte garantir l'adequació permanent de les activitats als requeriments legals aplicables i, específicament, als requeriments fixats en l'autorització o la llicència ambientals, amb la incorporació de les modificacions no substancials. La conformitat del compliment de les condicions de la llicència ambiental o sectorial es duu a terme, per a les activitats dels annexos II i IV de la LPCAA, mitjançant una entitat col·laboradora de l'Administració ambiental, llevat que en la llicència ambiental o sectorial l'Ajuntament encomani els controls periòdics als serveis tècnics municipals

Les activitats de l'annex III de la LPCAA es poden sotmetre al règim d'autocontrols periòdics per comprovar les emissions de l'activitat

10.-Comunicació prèvia ambiental municipal

Hi són sotmeses les activitats incloses a l'annex III de la LPCAA.

11.-Comunicació prèvia / Declaració responsable d'obertura

Hi són sotmeses aquelles activitats o noves tipologies d'activitats, la normativa reguladora de les quals no les sotmeti a cap altre règim d'intervenció i/ o les activitats no incloses als annexes de la LPCAA.

2.2.- Els àmbits i les matèries exclosos del control a través dels procediments per garantir el control de la incidència ambiental i de l'avaluació d'impacte ambiental.

En una aquesta direcció, cal assenyalar que la Llei 29/2009:

a) Exclou expressament[27] del seu àmbit de prevenció i control, el sistema de prevenció i seguretat en matèria d'incendis a Catalunya, regulat per la Llei catalana 3/2010[28].

b) Exclou del sistema d'autoritzacions, llicències i comunicacions prèvies ambientals, els espectacles públics i les activitats recreatives, a l'article 56, a l'annex IV i a l'epígraf 12.59 de l'annex III, la interpretació sistemàtica dels qual presenta diverses qüestions que ja examinarem[29].

---

[27] Ho fa a l'article 1 i les disposicions addicionals primera "intervenció dels ens locals en l'obertura d'activitats per raons de seguretat i salut de les persones", segona "simultaneïtat de les tramitacions"· i, especialment. la tercera "actuació única de control inicial ambiental i comprovació prèvia en matèria de prevenció d'incendis"

La disposició addicional tercera estableix :" En els casos en què, prèviament a l'inici d'una activitat o de la posada en funcionament d'un establiment, s'hagi de dur a terme un control inicial segons les determinacions d'aquesta llei i, alhora, s'hagi de fer una actuació de comprovació prèvia d'acord amb la normativa de prevenció i seguretat en matèria d'incendis en establiments, activitats, infraestructures i edificis, la persona titular de l'autorització o de la llicència ambiental pot sol·licitar una única actuació de control d'una entitat col·laboradora de l'Administració en la qual s'acrediti el compliment dels requisits exigibles en matèria de prevenció i seguretat pel que fa a incendis, i també les determinacions ambientals exigibles."

Cal advertir el diferent redactat de l'article de la LIIAA i de la LPCA

Article 1. Objecte L'objecte d'aquesta Llei és establir el sistema d'intervenció administrativa de les activitats susceptibles d'afectar el medi ambient, **la seguretat** i la salut de les persones, en l'àmbit territorial de Catalunya.	Article 1 Objecte Aquesta llei té per objecte establir el sistema d'intervenció administrativa de les activitats amb incidència ambiental, en el qual es prenen en consideració les afeccions sobre el medi ambient i les persones. Aquest sistema d'intervenció administrativa integra l'avaluació d'impacte ambiental de les activitats.

[28] L'objecte d'aquesta llei es defineix al seu article 1 :" L'objecte d'aquesta Llei és l'ordenació i regulació generals de les actuacions públiques de prevenció i seguretat en matèria d'incendis en establiments, activitats, infraestructures i edificis. Aquestes actuacions constitueixen el sistema de prevenció i seguretat en matèria d'incendis a Catalunya"

[29] Pel fet que inclou en l'annex III, l'epígraf 12.59, que incorpora a l'annex les activitats d'espectacles públics i activitats recreatives *no incloses en la legislació específica que regula aquesta matèria, en els termes establerts reglamentàriament* i en l'annex IV que relaciona les activitats que, en el supòsit de no subjecció al règim de llicència estableix la normativa administrativa dels espectacles públics i les activitats recreatives, queden subjectes al règim de llicència ambiental establert pel títol III d'aquesta Llei. En concret en l'annex IV es relaciones les activitats següents :

a) Activitats recreatives: 1. Bars musical; 2. Discoteques; 3. Sales de ball; 4. Restaurants musicals; 5. Sales de festes amb espectacle: 6. Discoteques de joventut. b) Activitats de naturalesa sexual: 1. Locals amb servei de bar i ambientació musical; 2. Locals que ofereixen actuacions i espectacles eròtics. c) Activitats i instal·lacions esportives amb una capacitat superior a 150 persones o amb una superfície superior a 500 m2.

En relació a aquests preceptes és difícil d'interpretar quines puguin ser les activitats d'espectacles públics i recreatives que no inclogui aquesta legislació específica, Cal suposar que el que preocupava al legislador és que el catàleg dels espectacles públics i activitats recreatives vigent en el moment d'aprovar-se la llei 20/2009 (Decret 239/1999, de 31 d'agost, pel qual s'aprova el catàleg dels espectacles, les activitats recreatives i els establiments públics sotmesos a la

c) Exclou del seu àmbit de control la seguretat industrial, llevat la seguretat de les activitats que poden produir accidents greus[30]

c) Subjecta a comunicació prèvia ambiental l'obertura d'establiments comercials amb una superfície total superior a 400 metres quadrats, la qual cosa no significa, que d'acord amb el Decret Llei 1/2009 de 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials de Catalunya, l'interessat no hagi de disposar de la llicència comercial que atorga la Direcció general competent en matèria de comerç, en els casos que aquesta sigui preceptiva[31] o haver de formalitzat la declaració responsable dirigida igualment a aquella direcció general [32] Aquest fet, cal tenir-lo present per a l'atorgament de la llicència municipal d'obres en projectes que admetin l'ús comercial i per a la formalització de la comunicació prèvia d'obres per a usos comercials.

d)Estableix una norma transitòria (la DT segona), intitulada "la intervenció administrativa dels ens locals si no hi ha procediments específics"[33] i que pretén habilitar als ens locals per aprovar ordenances locals per establir mecanisme de control alternatius a la llicència d'obertura prevista a l'article 92 del ROAS[34].

Llei 10/1990, de 15 de juny, sobre policia de l'espectacle, les activitats recreatives i els establiments públics) fos modificat , com així ha estat pel Reglament que desplega la Llei 13 /3009, d'espectacles públics i activitats recreatives.

En aquesta modificació es suprimeixen activitats en el nou catàleg d'espectacles i activitats recreatives i caldrà estar atent a com ho resol el futur reglament o reglaments de la Llei 20/2009 (els projectes que coneixen fins avui no ho resolen).Per exemple, ja no s'incorporen al catàleg les activitats esportives consistents en la pràctica de l'esport i/o cultura física en establiments adequats, com centres de gimnàstica, aeròbic o similars i les activitats zoològiques, entre d'altres, els parcs zoològics, els safaris i els aquàriums.

Pel que fa a l'annex IV la legislació d'espectacles i activitats recreatives ha sotmès a llicència les activitats a les que es refereix l'annex.

[30] Aquesta matèria es regula a la Llei 12/2008, del 31 de juliol, de seguretat industrial.

[31] La llicència comercial l'atorga la Generalitat de Catalunya a través de la Direcció general competent en matèria de comerç, en els supòsits previstos a l'article 19 del Decret Llei 1/2009, de 22 de desembre, que estableix que estan sotmeses al règim de llicència comercial: 1. Les noves implantacions i els canvis d'activitat d'establiments comercials, individuals o col·lectius, amb una superfície de venda igual o superior a 2.500 metres quadrats i les seves ampliacions quan la superfície de venda sigui igual o superi, abans o després de l'ampliació, els 2.500 metres quadrats. 2. Les noves implantacions i els canvis d'activitat d'establiments comercials, individuals o amb una superfície de venda igual o superiors a 800 metres quadrats i inferiors a 2.500 metres quadrats que se situen fora de la TUC, quan s'acullin a les excepcions previstes en l' article 9.3.a) i 9.3. b). 3. Les noves implantacions i els canvis d'activitat dels establiments comercials singulars, individuals o col·lectius, amb una superfície de venda igual o superior a 5.000 metres quadrats i les seves ampliacions quan, abans o després de l'ampliació, es iguali o superi aquesta superfície de venda.

[32]D'acord amb l'article 18 del Decret Llei 1/2009, de 22 de desembre:

-La declaració responsable s'ha de formalitzar en el moment de la sol licitud de la llicència d'obres municipal o juntament amb la comunicació prèvia d'obres no subjectes a llicència. S'ha de presentar bé davant l'ajuntament del municipi on es pretén realitzar l'actuació o bé en qualsevol punt de la xarxa d'oficines de gestió empresarial (OGE) *i ha de dirigir-se a la direcció general competent en matèria de comerç.*

-En els casos en què no es realitzin obres d'adequació de l'espai, la declaració responsable s'ha de presentar directament davant de qualsevol punt de la xarxa d'oficines de gestió empresarial (OGE) *i ha de dirigir-se a la direcció general competent en matèria de comerç, amb una antelació mínima d'un mes abans de començar l'activitat.*

-El departament competent en matèria de comerç ha de facilitar models actualitzats de declaració responsable, i també en suport electrònic al web institucional a l'Administració de la Generalitat de Catalunya.

Cal efectuar la declaració responsable en la implantació d'establiments comercials individuals o amb una superfície de venda igual o superior a 1.300 metres quadrats i inferiors a 2.500 metres quadrats està subjecta a la presentació d'una declaració responsable que ha d'anar signada per la persona promotora, el titular de l'activitat comercial o la persona que els representi, i en què ha de constar, com a mínim, la categoria de l'establiment, que el projecte presentat es porta a terme en una localització adequada i, que compta amb la dotació d'aparcament que per reglament s'estableixi 2. La declaració responsable s'ha de formalitzar en el moment de la sol licitud de la llicència d'obres municipal o juntament amb la comunicació prèvia d'obres no subjectes a llicència.

S'ha de presentar bé davant l'ajuntament del municipi on es pretén realitzar l'actuació o bé en qualsevol punt de la xarxa d'oficines de gestió empresarial (OGE) i ha de dirigir-se a la direcció general competent en matèria de comerç.

3. En els casos en què no es realitzin obres d'adequació de l'espai, la declaració responsable s'ha de presentar directament davant de qualsevol punt de la xarxa d'oficines de gestió empresarial (OGE) i ha de dirigir-se a la direcció general competent en matèria de comerç, amb una antelació mínima d'un mes abans de començar l'activitat.

4. El departament competent en matèria de comerç ha de facilitar models actualitzats de declaració responsable, i també en suport electrònic al web institucional a l'Administració de la Generalitat de Catalunya.

[33] DT Segona Determinació dels procediments en el marc dels quals s'efectua la intervenció administrativa dels ens locals si no hi ha procediments específics

1. Per a fer efectiu el principi d'harmonització de la legislació reguladora dels diferents sectors materials de l'acció pública que atribueixen competències específiques d'intervenció administrativa als ens locals en àmbits relacionats amb

La DT transitòria segona conté una habilitació legal innecessària (que no vol dir que sigui sobrera), pel fet que, quan una norma sectorial atribueix competències de control als municipis de les activitats de prestació serveis, sigui en matèria de prevenció d'incendis, de salut pública, de protecció civil o qualsevol altra, i la norma que atribueix la competència no estableix la forma en que ha d'exercir-se el control, els municipis poden establir la categoria i el règim d'intervenció "procedimental", que exigiran als prestadors de serveis, en exercici de la potestat normativa que els hi confereix la CE en atribuir-los-hi autonomia, i en el marc establert per la legislació de transposició de la directiva de serveis, de la de regim jurídic i procediment administratiu i de la règim local , i sense vulnerar-la.

La prescripció normativa, segons cada cas, podrà establir com a forma de control:

a) bé comunicació prèvia, inscripció en un registre, declaració responsable i excepcionalment, llicència;

b) bé només actuacions inspecció, o

c) bé incorporar el control en el si de la tramitació d'altres autoritzacions, o de la recepció i comprovació formal d'altres comunicacions prèvies o declaracions responsables.

La incorporació d'aquest control sense procediment establert, en la legislació sectorial (bàsicament salut pública i prevenció d'incendis, i en ocasions el control de l'adequació dels usos als previstos a la legislació i al planejament urbanístic), al si d'altres procediments de control de competència municipal es pot fer, segons el cas, en la tramitació:

- de la llicència o en la recepció i comprovació formal de la comunicació prèvia d'obres;
- del control inicial de les activitats sotmeses a autorització ambiental
- de la llicència o comunicació prèvia ambiental;
- de la llicència o comunicació d'espectacles i activitats recreatives, o

---

el control preventiu de les activitats que no disposin de procediment específic per a exercir aquest control, cal dur a terme un únic procediment marc.

2. Mentre la normativa de règim local no articuli el procediment marc i a fi d'aplicar el que determina aquesta llei, i en tot allò que no la contradigui, s'ha de seguir els procediments establerts pel Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, aprovat pel Decret 179/1995, del 13 de juny, o la norma que el substitueixi pel que fa a la regulació de l'activitat local d'ordenació i intervenció administrativa, respecte a les atribucions que per a l'obertura d'activitats fixi l'esmentada legislació sectorial i la potestat normativa i d'autoorganització que correspon als ens locals. Les remissions de l'article 92.1 del dit reglament al règim d'activitats classificades com a molestes, nocives, insalubres i perilloses s'han d'entendre fetes als règims d'intervenció establerts per aquesta llei i per les legislacions sectorials en matèria de seguretat, prevenció d'incendis i salut. Pel que fa a l'article 92.3 del Reglament, s'han de verificar les condicions dels locals en les matèries en què s'atribueixi la competència als ens locals, de conformitat amb el principi de no-concurrència amb altres administracions.

3. Mentre no es disposi del procediment marc, els ens locals, en exercici de llurs competències, han de facilitar:

a) Que les persones interessades a obrir o modificar una activitat puguin presentar una única sol·licitud davant de l'Administració competent, que ha d'ésser suficient per a instar les diverses intervencions administratives concurrents en l'activitat de què es tracti.

b) Informació a les persones interessades sobre l'estat de la tramitació de llurs sol·licituds.

c) Que els diferents tràmits administratius que concorren en una mateixa activitat es puguin dur a terme d'una manera simultània.

[34] Article 92. Llicència d'obertura d'establiments

1Estan subjectes a llicència l'obertura i el trasllat d'establiments industrials o mercantils i de les instal·lacions, quan siguin destinats a l'exercici d'activitats classificades com a molestes, nocives, insalubres i perilloses. 2. Les ordenances municipals poden establir que per a l'exercici o el canvi d'activitats no classificades o innòcues i els traspassos i les novacions subjectives de les activitats en general, sigui suficient la comunicació prèvia, d'acord amb el que disposen els articles 96 i 97 d'aquest Reglament. 3. En el procediment per a l'atorgament de la llicència s'ha de verificar si els locals o les instal·lacions i les activitats reuneixen les condicions de tranquil·litat, seguretat, salubritat i d'altres exigides per les normes i ordenances municipals. 4. Aquesta intervenció s'ha de realitzar de conformitat amb el que estableix la normativa sobre activitats classificades i d'altra legislació sectorial procedent i, en el que sigui aplicable, d'acord amb els preceptes d'aquest Reglament sobre procediment de concessió de llicències. Tanmateix s'ha de tenir en compte el que disposin el planejament i les ordenances municipals en relació amb l'emplaçament i altres requisits que condicionin aquestes activitats.

Article 93. Posada en funcionament d'instal·lacions i activitats

Executades l'edificació i les instal·lacions destinades a l'exercici d'activitats classificades, s'ha d'instruir en un expedient únic la comprovació del compliment efectiu de les condicions urbanístiques de la construcció i la deguda instal·lació de les activitats d'acord amb les mesures correctores i les condicions imposades en la llicència, de conformitat amb el que disposa la normativa en vigor a Catalunya sobre activitats molestes, nocives, insalubres i perilloses.

- de la llicència o en la recepció i comprovació formal de la comunicació prèvia o declaració responsable que l'ordenança local estableixi a través d'ordenança.

La decisió serà ajustada a l'ordenament sempre que no es vulneri, ni la legislació de transposició de la directiva de serveis (especialment, la Llei 17/2009), ni la legislació de règim jurídic i procediment administratiu comú, ni la legislació sectorial. .

Aquesta no és l'opció que preferentment es pot deduir del contingut de la Llei 20/2009. Tot i no establir-ho expressament, hi ha una clara opció al text normatiu per la tramitació simultània dels diferents procediments autoritzatoris o de recepció i control formal del actes privat als que la llei atribueix l'efecte de reconèixer un dret o facultat o d'habilitar per exercir-lo.

Aquesta presa de posició en favor d'una de els possibles solucions no impedeix que, per assenyalar un exemple d'especial interès, en el si de la tramitació d'una llicència ambiental, el municipi, a través d'ordenança, demani a l'interessat que aporti l'informe de la direcció general competent en matèria de prevenció i extinció d'incendis, exigit per les activitats incloses en els annexos 1 i 2 de la Llei 3/2010. El que prohibeix la Llei 20/2009 es denegar l'atorgament de la llicència ambiental pel fet que l'informe d'incendis sigui desfavorable o pel fet que el projecte bàsic aportat per demanar la llicència no estableixi les determinacions exigides per la Llei 3/2010, per la emissió d'aquell informe. Són coses diferents i aquest extrem es resol, si es vol optar per la integració de procediments, si l'ordenança dóna la possibilitat de la presentació d'un o dos projectes (un que integri els aspectes ambientals i els d'incendis o dos diferenciats) i adverteix , en tot cas, que l'atorgament de la llicència ambiental no enerva l'obligació de complir el que preveu la Llei 3/2010 (informe de la direcció general i una acta de comprovació d'una entitat col·laboradora de la Administració en el àmbit de la prevenció i la seguretat en matèria d'incendis, que verifiqui l'establiment, l'activitat, la infraestructura o l'edifici compleix les prescripcions establertes per la legislació sectorial aplicable en prevenció i seguretat en matèria d'incendis)

El fet que la Llei 20/2009 proposi una forma de control a determinar pels municipis, només acredita un fet conegut: la existència de normes que atribueixen competència als municipis de control de les activitat públiques i privades de prestació de serveis, normes les qual no estableixen la tipologia i el procediment de control [35]

En definitiva, per satisfer l'exigència imperativa del sector privat que vol emprendre noves activitats productives, per què els municipis ha donar una resposta d'intervenció administrativa (la que sigui), com pel contingut de la pròpia nova legislació sobre prevenció i control de les activitats, cal examinar la potestat normativa municipal més enllà dels procediments que expressament aquesta llei regula.

En aquest sentit, la primera qüestió que cal examinar és com integrar o coordinar, a través de la regulació per ordenances municipals, els procediments en els que el municipi exerceix competències de control en relació a les mateixes activitats o en aspectes connexes o imprescindibles tots ells, per dur-les a terme.

3.- El desenvolupament reglamentaria que necessàriament ha de realitzar el Govern de Catalunya.

Com hem assenyalat, el desenvolupament reglamentari que ara ens ocupa l'examinem des dos perspectives. La primera una llei concreta, la 20/2009, amb l'objecte de completar el règim de la intervenció municipal de control i inspecció que preveu. La segona, resoldre de manera integrada o coordinada procedimentalment, la intervenció municipal potencialment universal de les activitats (essencialment de prestació de serveis), que es duen a terme al seu municipi.

La primera perspectiva, ha de tenir present el fet que el desenvolupament reglamentari s'ha dut a terme mitjançant dos projectes de decret, que han estat informats per la Comissió jurídica assessora el desembre de l'any 2010, però que hores d'ara no han estat aprovats pel Govern. Cal ser, per tant, especialment curós

---

[35] A Catalunya ho fa així la Llei 3/2009, que estableix el sistema de prevenció i seguretat en matèria d'incendis i la Llei 15/1990 de sanitat, que a l'article 68 regula les competències municipals de control en matèria de salut pública.

L'article 8 de la Llei 3/2009 "Competencia municipal de verificación de las condiciones de seguridad", estableix que: 1. Corresponde a la Administración municipal, en el marco de la competencia municipal de prevención de incendios, verificar el cumplimiento de las condiciones de seguridad en caso de incendio en los casos en que tengan la competencia para conceder la licencia de obras o de actividades, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 22. 2. En los casos en que el otorgamiento de la licencia de obras o de actividades a la que hace referencia el apartado 1 es competencia municipal, el control preventivo para determinar que el establecimiento o el edificio cumple las condiciones de seguridad en caso de incendio corresponde a la Administración municipal, directamente o mediante las entidades colaboradoras de la Administración previamente autorizadas.

en delimitar els àmbit reservats a la regulació reglamentària del Govern, per un doble motiu: garantir la legalitat de les ordenances municipals sense disposar d 'una reglamentària de contrast i resoldre l'aplicabilitat de la llei mentre no es produeix el desenvolupament reglamentari.

La primera reserva a la competència del Govern, pel que fa al desenvolupament reglamentari d'una norma procedimental com la Llei 20/2009, es refereix al que hem anomenat anteriorment el compliment de les exigències materials contingudes en les normes ambientals i dels requisits tècnics ambientals exigibles per acomplir las finalitats de les autoritzacions, llicències i comunicacions ambientals. Es a dir, les competències procedimentals indissolublement lligades a les competències materials, motiu pel qual la Llei reserva al desenvolupament reglamentari la determinació dels paràmetres per a qualificar les modificacions com a substancials o no substancials; la documentació que cal aportar i el contingut de la documentació de la sol·licitud i de la resolució de les autoritzacions ambientals, les declaracions d'impacte ambiental, les llicències i les comunicacions prèvies ambiental.

En altres ocasions es reserva al reglament el procediments sencer, cas en el qual, es menys intensa la competència reglamentària del govern si la responsabilitat del procediment és municipal, doncs la competència exercida ja no és estrictament ambiental, sinó d'un procediment especial que ha de respectar la legislació de règim jurídic de les AAPP i procediment comú i la de règim local. Hi ha un cas singular, que es la reserva a reglament del Govern de la determinació de la documentació de la sol·licitud d'informe urbanístic, cas en el qual, sent la competència de disciplina substantivament de competència municipal i el procediment de responsabilitat municipal, no sembla que es pugui negar la competència per establir-ho mitjançant ordenança municipal[36].

---

[36] Així ho acrediten els articles següents:

-L'article 6 estableix que els activitats són desenvolupades i utilitzades, respectivament, d'acord amb la finalitat i l'ús que els són propis i si compleixen entres d'altres la condició d'estar projectades, instal·lades, controlades i mantingudes d'acord amb la *reglamentació i les instruccions del departament competent de la Generalitat*, i, si no hi ha reglamentació o instruccions específiques, quan s'ajusten a les normes tècniques de reconeixement general. Aquesta última indicació ens serà especialment útil per determinar l'actuació local a l'espera del desenvolupament reglamentari.

-L'article 17 delimita expressament una concreta documentació que ha d'acompanyar-se a la sol·licitud d'autorització ambiental i afegeix "*qualsevol altra documentació que es determini per reglament* o que sigui exigible per la legislació sectorial aplicable a l'activitat.

- L'article 26 estableix que en la proposta de resolució provisional de la declaració d'impacte ambiental s'inclouen els continguts determinats per l'article 29, i també els que *es poden establir per reglament.*

- L'article 39 delimita expressament una concreta documentació que ha d'acompanyar-se a la sol·licitud de llicència ambiental 'autorització ambiental i afegeix "*qualsevol altra documentació que es determini per reglament* o que sigui exigible per la legislació ambiental aplicable a l'activitat.

-L'article 45 estableix que en la proposta de resolució provisional de llicència ambiental que emet l'òrgan competent municipal elabora la proposta de resolució provisional inclourà els continguts que es determinen en l'article 49, i també els que es puguin establir per reglament.

-En els articles 51 52 en regular la comunicació prèvia ambiental es fa una crida al reglament per establir la documentació no prevista legalment; al fet si serà precís acompanyar un projecte bàsic o una memòria ambiental i per acabar que en les "en els casos que es determini per reglament, atenent la necessitat de comprovar emissions de l'activitat a l'atmosfera, com ara sorolls, vibracions, lluminositat i d'altres, i a l'aigua, o la caracterització de determinats residus, cal acompanyar també la comunicació d'una certificació lliurada per una entitat col·laboradora de l'Administració ambiental o pels serveis tècnics municipals".

-L'article 59 estableix que "s'han de definir, per reglament, els paràmetres per a qualificar les modificacions com a substancials o no substancials, tenint en compte la major incidència de la modificació projectada i segons els criteris següents:

-L'article 63 estableix que "la sol·licitud de la revisió de l'autorització o de la llicència ambientals ha d'anar acompanyada d'una avaluació ambiental, total o parcial, de l'activitat, amb el contingut determinat per reglament, verificada per una entitat col·laboradora de l'Administració ambiental degudament acreditada, que es pot substituir per la darrera acta de control ambiental periòdic en la part que correspongui, sempre que s'hagi dut a terme amb una antelació màxima de sis mesos a comptar de la data de presentació de la sol·licitud de revisió " i que "el procediment de revisió periòdica s'ha de desenvolupar per reglament i ha de respectar el principi de simplificació administrativa. S'ha de resoldre en el termini màxim de sis mesos, en el cas de revisió de l'autorització ambiental, i de quatre mesos en el cas de revisió de la llicència ambiental."

-L'article 59 estableix que "s'han de definir, per reglament, els paràmetres per a qualificar les modificacions com a substancials o no substancials, tenint en compte la major incidència de la modificació projectada i segons els criteris següents:a) La dimensió de l'activitat o les activitats afectades; b) La producció; c) Els recursos naturals emprats i, concretament, el consum d'aigua i energia. d) El volum, el pes i el tipus dels residus generats. e) La qualitat i la capacitat regenerativa dels recursos naturals de les àrees geogràfiques que poden ésser afectades o les limitacions derivades de la declaració de zones de protecció especial per a la capacitat i la vulnerabilitat del medi.f) El grau de contaminació produïda. g) El risc d'accident. h) La incorporació de substàncies perilloses o el fet d'augmentar-ne l'ús. i) L'acumulació de modificacions no substancials.

De totes aquestes qüestions són especialment rellevants: a) el contingut del projecte bàsic i de la memòria ambiental; b) les certificacions emeses per una entitat col·laboradora de l'Administració ambiental o pels serveis tècnics municipal, que cal acompanyar amb la comunicació prèvia ambiental i c) els paràmetres per a qualificar les modificacions com a substancials o no substancials. La resta d'extrems es resolen directament aplicant el que la llei disposa, sens perjudici del que estableixi el desenvolupament reglamentari en el futur i el que resulti d'integrar i harmonitzar altres normes vigents aplicables.

El contingut del projecte bàsic i de la memòria ambiental si no està precisat normativament amb un detall suficient (el reglament de la LIIIAA establia el contingut del projecte tècnic i el projecte de decret informat pe la Comissió jurídica assessora no ho fa), genera una tensió de legitimitat tècnica entre l'enginyer i el personal tècnic de l'Administració i el redactor del projecte que es presenta amb la sol·licitud de llicència o que s'acompanya a la comunicació prèvia. En el si del procediment de llicència, la controvèrsia es resol per via de deficiències esmenables o no esmenables, però en el règim de comunicació el cost de resoldre la controvèrsia pot ser molt més alt, doncs ja no s'esmena al paper, s'ha de reparar la instal·lació ja feta.

La seguretat jurídica recomana que, amb caràcter general, el reglament de desplegament de la Llei 20/2009 ho faci, en altre cas, hauria d'intentar-se consensuar entre els especialistes que formen part dels serveis tècnics municipals i els col·legis professionals, el contingut d'unes directrius tècniques orientatives que canalitzessin i resolguessin els conflictes d'interpretació tècnica més habituals. De tota manera aplicar la llei sense norma reglamentària, com argumentarem tot seguit, farà convenient utilitzar també,aquesta tècnica de directrius per altres qüestions.

En el cas de les certificacions que cal acompanyar amb la comunicació prèvia ambiental i dels paràmetres per a qualificar les modificacions com a substancials o no substancials, seria convenient com assenyalavem, aprovar pel municipis directrius tècniques, si pot ser, consensuades, per poder aplicar la llei, mentre no es produeix el desenvolupament reglamentari [37].

Una altra qüestió reservada al reglament que aprovi el Govern de Catalunya és la relativa a les activitats incloses en les diferents annexos. La qüestió que pot generar alguna incertesa és la relativa al contingut d l'epígraf 12.59, de l'annex III, que inclou les activitats d'espectacles públics i activitats recreatives *no incloses en la legislació específica que regula aquesta matèria, en els termes establerts reglamentàriament*

És difícil d'interpretar quines puguin ser les activitats d'espectacles públics i recreatives que no inclogui aquesta legislació específica. Cal suposar que el que preocupava al legislador, és que el catàleg dels espectacles públics i activitats recreatives vigent en el moment d'aprovar-se la Llei 20/2009 (Decret 239/1999, de 31 d'agost, pel qual s'aprova el catàleg dels espectacles, les activitats recreatives i els establiments públics sotmesos a la Llei 10/1990, de 15 de juny, sobre policia de l'espectacle, les activitats recreatives i els establiments públics), fos modificat, com així ha estat pel Reglament que desplega la Llei 13 /3009, d'espectacles públics i activitats recreatives. En aquesta modificació es suprimeixen activitats en el nou catàleg d'espectacles i activitats recreatives i caldrà estar atent a com ho resol el futur reglament o reglaments de la Llei 20/2009 (els projectes que coneixen fins avui no ho resolen). Per exemple, ja no s'incorporen al catàleg les activitats esportives consistents en la pràctica de l'esport i/o cultura física en establiments adequats, com centres de gimnàstica, aeròbic o similars i les activitats zoològiques, entre d'altres, els parcs zoològics, els safaris i els aquàriums. Aquestes activitats, en aquests moments, no estan sotmeses a cap procediment de control de la seva incidència ambiental

4.-La coordinació i integració de procediments

La primera qüestió és com integrar o establir, el control que encomana als municipis l'article 8 de la Llei 3 /2010, llei que afirma en la seva exposició de motius "Paral·lelament, el sistema integrat definit per la Llei 3/1998 s'ha modificat en virtut de la Llei 20/2009, del 4 de desembre, de Prevenció i Control Ambiental de les Activitats. Aquesta Llei adequa la normativa vigent a la normativa europea corresponent, en facilita l'aplicació, evita la dispersió i la inseguretat jurídica i desvincula la seguretat en cas d'incendi del procediment estrictament ambiental".

L'article 8 estableix:

Article 8. Competència municipal de verificació de les condicions de seguretat

---

-L'article 60 estableix que l'informe urbanístic establert per aquesta llei s'ha de sol·licitar a l'ajuntament presentant la documentació fixada per reglament.

[37] En aquest cas es ajuda a establir els criteris el que preveuen els annexos dels projectes de decret informats per la Comissió jurídica assessora.

1. Correspon a l'Administració municipal, en el marc de la competència municipal de prevenció d'incendis, verificar el compliment de les condicions de seguretat en cas d'incendi en els casos en què tinguin la competència per a concedir la llicència d'obres o d'activitats, sens perjudici del que estableix l'article 22.

2. En els casos en què l'atorgament de la llicència d'obres o d'activitats a què fa referència l'apartat 1 és competència municipal, el control preventiu per a determinar que l'establiment o l'edifici compleix les condicions de seguretat en cas d'incendi correspon a l'Administració municipal, directament o per mitjà de les entitats col·laboradores de l'Administració prèviament autoritzades.

Aquest article pressuposa l'existència d'una llicència d'activitats general (d'obertura), que ha estat expulsada del nostre ordenament per les normes de transposició de la Directiva de serveis. Així ho interpreta el Real decret 2009/2009 quan assenyala que " (...) la nova redacció de l'article 84 de la Llei 7 / 1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local, que adapta aquest article a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre, ha introduït la comunicació prèvia o la declaració responsable com a mecanisme ordinari d'intervenció en l'àmbit local, al costat de les llicències, que quedaran subjectes, respecte de les activitats de serveis, als principis incorporats al nostre ordenament jurídic per la Llei 17/2009, de 23 de novembre. Aquests principis impliquen la introducció de noves formes de control de l'activitat més eficaços, però menys costoses per a ciutadans i empreses. Per tant, cal fer una modificació de la redacció dels articles 5 i 22.1 del Reglament de Serveis de les corporacions locals, aprovat per Decret de 17 de juny de 1955, exclusivament amb la finalitat d'adequar el seu contingut al que preveu l'esmentada modificació de la Llei 7 / 1985, de 2 d'abril, i sense detriment de les competències normatives que corresponen a les comunitats autònomes i de l'autonomia local.

Allà on el RSCL en la redacció de 1955 exigia llicència d'obertura, la redacció vigent de l'article 22.1 estableix "L'obertura d'establiments industrials i mercantils podrà subjectar-se als mitjans d'intervenció municipal, en els termes previstos en la legislació bàsica en matèria de règim local i en la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici". La mateixa interpretació fa la DT segona de la Llei 20/2009, intitulada "la intervenció administrativa dels ens locals si no hi ha procediments específics", que pretén habilitar als ens locals per aprovar ordenances locals per establir mecanisme de control alternatius a la llicència d'obertura prevista a l'article 92 del ROAS.

La Llei 3/2010 estableix que, en els supòsits inclosos en els seus annexos 1 i 238, l'Administració de la Generalitat realitza un control preventiu mitjançant l'emissió dels informes de prevenció d'incendis

---

[38] ANNEX 1. Supòsits sotmesos al control preventiu de l'Administració de la Generalitat

1. Establiments d'ús docent, si tenen una alçada d'evacuació de més de 15 m o una superfície superior als 2.000 m2 construïts, o als 300 m2 en el cas de les escoles bressol.

2. Establiments d'ús sanitari de caràcter ambulatori, si tenen una alçada d'evacuació de més de 15 m i una superfície per planta superior als 750 m2 construïts.

3. Establiments d'ús hospitalari, d'acord amb el Codi Tècnic de l'Edificació.

4. Establiments d'ús residencial públic, d'acord amb el Codi Tècnic de l'Edificació si tenen un nombre de places superior a 20.

5. Establiments d'ús comercial, tant locals individuals com conjunts de locals comercials, si tenen una superfície total construïda superior a 750 m2 i estan situats sota edificis de qualsevol ús, i tots els que tinguin una superfície total construïda superior als 2.000 m2.

6. Càmpings situats a menys de 500 m de terreny forestal.

7. Establiments d'ús industrial, d'acord amb el que estableixen la taula i les especificacions de l'annex 2.

8. Establiments subjectes a la normativa d'accidents greus en els quals intervinguin substàncies perilloses.

9. Túnels de carretera i ferroviaris, a partir de 400 m de longitud.

10. Carreteres i línies ferroviàries, d'acord amb el que s'estableixi per reglament.

11. Ports i aeroports.

12. Línies aèries de conducció elèctrica d'alta tensió instal·lades en sòl no urbà.

13. Subestacions elèctriques.

14. Instal·lacions de conducció de gasos i líquids inflamables i combustibles.

15. Edificis d'una alçada d'evacuació igual o superior a 28 m, independentment de l'ús a què estiguin destinats.

16. Establiments d'espectacles públics.

17. Establiments d'activitats recreatives o de pública concurrència, d'acord amb el Codi Tècnic de l'Edificació, de més de 500 m2 de superfície o amb un aforament de més de 500 persones.

18. Establiments destinats a l'aparcament de vehicles sota un edifici amb una superfície superior als 750 m2.

19. Establiments destinats a l'aparcament de vehicles amb una superfície superior als 2.000 m2 o de dues o més plantes sota rasant.

20. Establiments o edificis singulars: centres penitenciaris.

21. Àrees d'estacionament per al transport de mercaderies perilloses per carretera i ferrocarril.

corresponents, els quals han d'ésser sol·licitats preceptivament per l'administració responsable de tramitar la llicència d'obres o d'activitats, segons que escaigui, o l'autorització de les modificacions significatives corresponents, tan aviat com aquesta administració disposi de la sol·licitud de llicència o autorització corresponent i, afegeix el projecte tècnic presentat ha de contenir la documentació que s'estableixi per ordre del conseller o consellera del departament competent en matèria de prevenció i extinció d'incendis (article 22 Llei 3/2010). En aquest mateixos supòsits, d'acord amb l'article 25 de la Llei 3/2010, abans d'iniciar l'activitat, els titulars de l'establiment, l'activitat, la infraestructura o l'edifici han de sol·licitar a una entitat col·laboradora de l'Administració en l'àmbit de la prevenció i la seguretat en matèria d'incendis, que efectuï un acte de comprovació per a verificar que l'establiment, l'activitat, la infraestructura o l'edifici compleixen totes les prescripcions establertes per la legislació sectorial aplicable en prevenció i seguretat en matèria d'incendis i, específicament, les establertes per l'autorització o llicència sol·licitada.

Les solucions, en via d'ordenança municipal, són diverses, entre d'altres, les següents

A) Elaborar una llista d'establiments, activitats, la infraestructures o edificis que tot i no ser inclosos en l'annex 1 y 2 de la Llei 3/2010 compleixen els requisits que preveu l'article 5 de la Llei 17/2009 per sotmetre'ls a autorització municipal, o en el seu cas comunicació prèvia, i la resta d'activitats no incloses en aquest "tercer annex" , sotmetre-les a declaració responsable. Aquesta solució universalitza el control en matèria d'incendis de forma paral·lela a la resta de sistemes d'intervenció.

B) Incorporar la variable del control de prevenció d'incendis de les infraestructures i de les activitats previstes en el annexos 1 y 2 d e la Llei 3/2010 i del resta que presentin perill en aquets àmbit, en el si dels procediments de:

- La llicència ambiental i comunicació prèvia ambiental, en el benentès que el incompliment de les exigències i condicions de prevenció d'incendis, només impedeixen el inici de l'activitat i no comporta la denegació de la llicència .

- En les llicències i comunicacions prèvies d'establiment oberts al públic on es realitzen espectacles públics i activitats recreatives

---

22. Estacions i intercanviadors de transport terrestre situats en plantes sota rasant i els de més de 500 persones d'ocupació.

23. Establiments i instal·lacions subjectes a la normativa d'accidents greus en els quals intervinguin substàncies explosives.

ANNEX 2. Establiments d'ús industrial sotmesos al control preventiu de l'Administració de la Generalitat

	Tipus AV	Tipus AH	Tipus B	Tipus C	Tipus D	Tipus E
Risc baix,	> 500 m2	> 1.500 m2	> 1.500 m2	En cap cas	En cap cas	En cap cas
Risc mitjà,	Sempre	Sempre	Sempre	> 5.000 m2	En cap cas	En cap cas
Risc alt,	No admès	No admès	Sempre	> 2.500 m2	En cap cas	En cap cas
	s/RSCIEI	s/RSCIEI				

Característiques amb relació a l'entorn

Tipus AV: l'establiment industrial ocupa parcialment un edifici de disposició vertical que té, a més, altres establiments, siguin o no d'ús industrial, que ocupen plantes superiors o inferiors.

Tipus AH: l'establiment industrial ocupa parcialment un edifici de disposició horitzontal que té, a més, altres establiments, siguin o no d'ús industrial.

Tipus B: l'establiment industrial ocupa totalment un edifici adossat a altres edificis, o està separat d'altres edificis d'altres establiments per una distància igual o inferior a tres metres, tant si aquests són d'ús industrial com si tenen altres usos.

Tipus C: l'establiment industrial ocupa totalment un edifici o, si escau, diversos edificis, i està separat de l'edifici més pròxim d'altres establiments per una distància superior a tres metres; aquesta distància ha d'estar lliure de mercaderies combustibles o elements intermedis susceptibles de propagar un incendi.

Tipus D: l'establiment industrial ocupa un espai obert, pot estar totalment cobert i alguna de les seves façanes manca totalment de tancament lateral.

Tipus E: l'establiment industrial ocupa un espai obert, pot estar parcialment cobert (fins a un 50 per 100 de la seva superfície) i alguna de les seves façanes en la part coberta manca totalment de tancament lateral.

Nivell de risc intrínsec (baix, mitjà o alt) d'acord amb les definicions establertes pel Reglament de Seguretat contra Incendis en Establiments Industrials, aprovat pel Reial Decret 2267/2004, del 3 de desembre.

Les superfícies indicades corresponen a superfícies construïdes.

Reial Decret 2267/2004, del 3 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de Seguretat contra Incendis en Establiments Industrials.

- Establir que el municipi obligarà a presentar a les activitats sotmeses autorització ambiental, de manera simultània o successiva al control inicial ambiental, una certificació que acrediti el compliment de les normes de prevenció d'incendis

- Finalment, preveure per a la resta, el control mitjançant comunicació prèvia o declaració responsable d'obertura, de manera especial, de les qüestions relatives a prevenció d'incendis i salut pública

En aquest segon cas, també s'universalitza el control municipal en matèria de prevenció d'incendis i es una solució que dóna compliment i s'empara a l'article 20.2 de la Llei 3/2010 que estableix: "2. En els casos en què la normativa tècnica corresponent *o la normativa municipal estableixin la necessitat* que, abans de l'inici d'una activitat, de la posada en funcionament d'un establiment o una infraestructura o de l'ocupació d'un edifici, es faci un acte de comprovació per a verificar que compleixen totes les prescripcions establertes per la legislació sectorial en matèria de prevenció i seguretat en matèria d'incendis i, específicament, les establertes per la llicència sol·licitada, l'acte de comprovació ha d'ésser sol·licitat pels titulars a l'Administració municipal corresponent o a una entitat col·laboradora de l'Administració en l'àmbit de la prevenció i la seguretat en matèria d'incendis, segons que s'estableixi."

Hi ha altres alternatives, però, amb el que hem di,t intentem centrar la qüestió

La integració o coordinació de procediments no finalitza en aquest tema. Una segona qüestió és la relativa a la possibilitat de regulació conjunta de les llicències i comunicacions ambientals i de les llicencies municipals i comunicacions prèvies municipals en matèria d'espectacles públics i activitats recreatives, que han d'incorporar el control ambiental . En aquest punt establir si es desplega respecte de la Llei 20/2009 i de la Llei 11/2009 una única ordenança o dues , està condicionada per la multiplicitat de procediments que cal regula en un i altre cas, que poden fer molt carregosa la redacció i estructuració de la norma[39]. Es cert, però, que alguns dels procediments de control tenen una estructura molt semblant.

La coordinació entre els actes de control urbanístic i el de les "activitats" és més senzill pel fet que està normativitzat des del RSCL de 1955, i a Catalunya aquesta coordinació es preveu en el ROAS.

Els trets essencials de la regulació, prou coneguda, són:

- Quan a l'emplaçament, local o lloc on es pretén realitzar l'activitat projectada sigui necessari efectuar-hi obres d'edificació, de reforma, de reparació o de rehabilitació per dur-hi a terme l'activitat, el peticionari d'una autorització o llicència ambientals o d'espectacles i activitats recreatives o de prevenció d'incendis si s'ha establert (totes les anomenarem en endavant "d'activitats"), les pot sol·licitar de forma simultània a d'obres o bé esperar que li sigui atorgada o denegada l'autorització o la llicència "s'activitats"

39

Desplegament Llei 11/2009	Desplegament Llei 20/2009
- Informe de compatibilitat urbanística -Llicència municipal d'establiments fixos oberts al públic, d'espectables públics i activitats recreatives. - Projecte d'establiments fixos oberts al públic d'espectacles públics i activitats recreatives de titularitat municipal. - Comunicació prèvia municipal d'establiments fixos oberts al públic, d'espectables públics i activitats recreatives ordinàries - Llicències municipals d'establiments oberts al públic de règim especial i informe municipal en les autoritzacions que atorga la Generalitat - Llicència i comunicació prèvia municipal d'establiments no permanents desmuntables - Llicència o comunicació prèvia per a espectacles públics o activitats recreatives de caràcter extraordinari - Memòria dels espectacles i activitats de caràcter extraordinari organitzades pels ajuntaments .-Acta de control inicial d'establiments fixos oberts al públic sotmesos a llicència -Acta de control inicial d'establiments permanents no desmuntables i d'espectacles públics o activitats recreatives de caràcter extraordinari - Actuacions de control periòdic	- Autorització ambiental i declaració d'impacte ambiental. - Informe urbanístic municipal. - Declaració d'impacte ambiental amb una autorització substantiva. - Procés de decisió prèvia sobre la necessitat de declaració d'impacte ambiental. - Llicència ambiental sense necessitat de sotmetre-la a un procés de decisió prèvia sobre la necessitat de declaració d'impacte ambiental. - Llicència ambiental de les explotacions ramaderes. - Informes vinculants que cal emetre en el procediment de llicència ambiental. - Projecte d'equipaments i d'activitats de titularitat municipal que han d'integrar l'avaluació ambiental. - Acta de control ambiental inicial. -Actuacions de control ambiental periòdic. - Comunicació prèvia ambiental municipal. - Comunicació en activitats mòbils de caràcter temporal. -Declaració responsable

-Si la petició de llicència d'obres es realitza de forma simultània a la petició de llicència "d'activitats", s'haurà d'acompanyar a dita petició la documentació tècnica que correspongui a cadascuna de les llicències sol·licitades.40

-En cap cas l'Ajuntament pot atorgar la llicència d'obres sense la concessió prèvia o simultània de l'autorització o la llicència "d'activitats".41

-Si el tècnic autor del projecte de la instal·lació o activitat fos, alhora, competent per redactar el projecte d'obres, les peticions de llicència "d'activitats" i de llicència d'obres podran venir acompanyades d'un únic projecte executiu, el qual haurà de contenir, a més de les determinacions referides a les dades generals del projecte, les determinacions requerides per les ordenances municipals i la normativa sectorial per als projectes d'obres

- Les peticions simultànies de llicència "d'activitats" i de i llicència d'obres es tramiten, si s'escau, en un sol expedient i, sempre que sigui possible, els diferents tràmits es practicaran de forma simultània..42

El darrer aspecte de coordinació és el que fa referència als actes de control urbanístics i la regulació de les activitats comercials. D'acord amb el Decret Llei 1/2009 de 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials de Catalunya, l'interessat haurà de disposar de la llicència comercial que atorga la Direcció general competent en matèria de comerç, en els casos que aquesta sigui preceptiva43 o haver formalitzat la declaració responsable dirigida igualment a aquella direcció general 44 La declaració responsable s'ha de formalitzar en el moment de la sol licitud de la llicència d'obres municipal o juntament amb la comunicació prèvia d'obres no subjectes a llicència. S'ha de presentar, bé davant l'ajuntament del municipi on es pretén realitzar l'actuació o bé en qualsevol punt de la xarxa d'oficines de gestió empresarial (OGE) i ha de dirigir-se a la direcció general competent en matèria de comerç.

5.-Quatre qüestions que examinarem de manera breu

5.1.-El règim jurídic del informes vinculants

El procediment de l'autorització i el de la llicència ambiental són procediments complexos, que utilitzen els informes preceptius i / o vinculants com a tècnica principal d'articulació de les competències de les diverses administracions o dels òrgans de la mateixa administració[45], la major part dels quals tenen caràcter vinculant si són desfavorables o imposen condicions [46]

---

[40] Pel que fa a la documentació de la llicència d'obres, resta prevista als articles 75 i 77.2 del Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS).

[41] Article 77.4 del ROAS.

[42] L'article 81.4 del ROAS estableix: "Els ens locals poden reduir els terminis assenyalats en aquest article respecte de les actuacions de la seva competència".

[43] La llicència comercial l'atorga la Generalitat de Catalunya a través de la Direcció general competent en matèria de comerç, en els supòsits previstos a l'article 19 del Decret Llei 1/2009, de 22 de desembre

[44]Està regulada a l'article 18 del Decret Llei 1/2009, de 22 de desembre:

[45] A tall d'exemple en el procediment de llicència ambiental cal demanar informe preceptiu de l'Administració hidràulica, de l'Administració de residus de Catalunya, del Departament competent en matèria de protecció del medi ambient, i dels òrgans competents en matèria de prevenció d'incendis forestals i de l'Agència Catalana de Seguretat Industrial, d'acord amb el que s'estableix als articles 42, 43 i 60.4 de la LPCAA.

Cal un informe preceptiu de l'Administració hidràulica de Catalunya en les activitats que comporten:

a) Abocaments directes o indirectes a les aigües subterrànies.

b) Abocaments directes a les aigües superficials.

c) Abocaments directes al domini marítim i terrestre.

d) Abocaments no domèstics a sistemes de sanejament que siguin a càrrec de l'administració hidràulica de Catalunya, sempre que l'activitat que els genera estigui compresa en les seccions *c, d* i *e* del Codi de classificació de les activitats, o siguin potencialment contaminants o el cabal abocat sigui superior a 6.000 m^3 per any.

e) Abocaments d'aigües residuals al clavegueram municipal o al sistema públic de sanejament d'aigües, cal informe sobre l'abocament per part de l'entitat gestora d'aquest sistema (llevat que sigui el mateix Ajuntament).

f) Abocaments d'aigües residuals a les conques i al mar. Informe que fixarà els límits i la resta de determinacions que estableix la legislació en matèria d'aigües i costes.

g) Centrals hidroelèctriques de qualsevol mida.

Se sotmeten a un informe de l'Administració de residus de Catalunya les activitats de gestió de residus següents:

La Llei 16/2002, en transposar la Directiva IIPV, tal com indica DOMÍNGUEZ, estableix que "(...) la categoria de l'autorització ambiental integrada substitueix totes les autoritzacions ambientals regulades en la legislació sectorial, de manera que la transposició de la Directiva IPPC implica la tècnica de concentració de llicències " i "'(…) l'exigència d'integració de les diverses resolucions administratives ambientals en un sol permís, va portar a la substitució de les diverses autoritzacions sectorials que atorgaven altres administracions diferents de l'autonòmica per informes vinculants".[47]

La conseqüència des de la perspectiva de l'exercici d ela potestat normativa municipal, es la conveniència de d'establir el expressament el règim jurídic que, que d'acord amb l'ordenament vigent , és aplicable a aquests actes , materialment autoritzacions, d'acord amb la definició de l'article 3 de la Llei 17/2009[48], la qual cosa fa que en la seva regulació sectorial calgui aplicar l'article 5 del a Llei 17/2009 (quant que obligació imposada pel dret comunitari) i, el que més interessa ara, calgui tenir-lo present també en el procés d'aplicació i interpretació (en especial l'exigència de proporcionalitat).

No podem oblidar que el règim jurídic dels informes vinculants en el procés de control i prevenció d ela incidència ambiental de les activitats sotmeses a autorització ambiental integrada, ja ha estat establert per la Llei 16/2002, i creiem que es d'aplicació a les llicències ambientals. En concret, en adaptació d'aquest règim. es pot afirmar que:

- Els interessats podran oposar-se als informes vinculants emesos en el procediment d'atorgament de llicència ambiental, mitjançant la impugnació de la resolució administrativa que posi fi al procediment (no es configuren a la Llei 20/2009, com a actes de tràmit susceptibles d'impugnació independent).

-La Llei 20/2009 (sí la ho fa la Llei 16/2002 en relació a l'informe de l'organisme competent en matèria d'abocaments en el domini públic hidràulic), no preveu amb caràcter general (només en el cas que en el cas dels informes urbanístics), quina ha de ser la resolució que posa fi al procediment en cas d'informes vinculants desfavorables no esmenables. Es pot deduir, però, que ha dictar-se una resolució que posi fi al procediment i arxivar les actuacions.

-Quan la impugnació, en via administrativa, de la resolució que posi fi al procediment d'atorgament de la llicència ambiental, afecti les condicions establertes en els informes vinculants, l'òrgan municipal competent

---

a) Dipòsits controlats de residus de la construcció per garantir l'adequació de l'activitat al Programa de gestió de residus de la construcció de Catalunya.

b) Instal·lacions per a la gestió dels residus municipals, que no consisteixin en deixalleries, per garantir-ne l'adequació al Programa de gestió de residus municipals de Catalunya i al Pla territorial sectorial d'infraestructures de gestió de residus municipals de Catalunya.

c) Les activitats compreses a l'annex II de la LPCAA, en els apartats 10.9, 10.10 i 10.11, que tinguin una capacitat igual o superior a 2.000 tones.

Se sotmeten a un informe de l'òrgan ambiental del Departament competent en matèria de protecció del medi ambient les activitats sotmeses a un règim d'intervenció i control específics per la legislació de referència de qualitat de l'aire i protecció atmosfèrica i en les activitats següents que s'indiquen en l'annex II de la LPCAA:

a) Les activitats incloses en els grups A i B del catàleg d'activitats potencialment contaminants de l'atmosfera incloses a l'article 13.2 de la Llei de l'Estat 34/2007, de 15 de novembre, de qualitat de l'aire i protecció de l'atmosfera.

b) Les activitats afectades per la normativa de comerç de drets d'emissió de diòxid de carboni (CO_2).

c) Les activitats amb instal·lacions que, segons el Decret 319/1998, de 15 de desembre, sobre límits d'emissió per a instal·lacions industrials de combustió de potència tèrmica inferior a 50 MW i instal·lacions de cogeneració, hagin de disposar d'un pla de vigilància de llurs emissions mitjançant mesurament contínu.

d) Les activitats afectades pel Reial Decret 117/2003, de 31 de gener, sobre limitació d'emissions de compostos orgànics volàtils causades per l'ús de dissolvents en determinades activitats.

S'ha de demanar un informe als òrgans competents en relació amb les mesures de prevenció d'incendis forestals per a les activitats situades a una distància de la massa forestal inferior a cinc-cents metres, i també per a les activitats situades en els municipis declarats d'alt risc d'incendis forestals.

S'han demanar també tots els altres informes que siguin preceptius per la normativa sectorial ambiental.

En els casos d'activitats subjectes a la legislació d'accidents greus o que tenen algunes de les substàncies químiques o categoria de substàncies tòxiques o molt tòxiques incloses en aquesta legislació d'accidents greus, l'Ajuntament haurà de demanar informe a l'Agència Catalana de Seguretat Industrial, de conformitat amb el què preveu la Llei 12/2008 i el Reglament que la desenvolupa.

[46] L'article 44 de la Llei 20/2009, estableix que els informes regulats pels articles 42 i 43 s'han d'emetre en un termini màxim de trenta dies, i tenen caràcter vinculant si són desfavorables o imposen condicions.

[47] J DOMÍNGUEZ SERRANO, Judith "Coordinación de la autorización ambiental integrada con otros instrumentos de intervención ambiental: la licencia de actividades clasificadas" Cuadernos de derecho local, número 116, 2008.

[48] «Autorización»: cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

per resoldre el recurs haurà de donar trasllat d'aquest als òrgans que haguessin emès els informes, per tal que, contestin les al·legacions que s'hi contenen i la resposta d'aquests òrgans serà vinculant per a la resolució del recurs administratiu per part de l'Ajuntament.

- Si en el recurs contenciós administratiu interposat contra la resolució que posi fi a la via administrativa es deduïssin pretensions relatives als informes preceptius i vinculants, l'Administració que els hagués emès tindrà la consideració de codemandada, d'acord amb el que estableix en la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

I cal afegir que no es sobrer establir expressament que les eventuals responsabilitats patrimonials i de tot ordre que s'estableixin en la sentència, com a conseqüència de la declaració de nul·litat o infraccions dels informes preceptius i vinculants, seran assumides per les Administracions Públiques en les quals s'integren els òrgans que els han emès.

Per tancar aquestes consideracions cal interpretar l'article 44 de la Llei 20/2009 quan estableix "(...) Transcorregut el termini establert sense que s'hagin tramès els informes preceptius, poden prosseguir les actuacions, sens perjudici que s'hagi de considerar, per a atorgar la llicència ambiental, els informes emesos fora de termini, però rebuts abans que es dicti la resolució". La possibilitat de continuar el procediment no té els mateixes conseqüències que assenyalar legalment que el silenci és positiu (què és el que fa l'article 22.7 de la Llei 3/2010 en establir que un cop transcorregut el termini de dos mesos establert per l'apartat 6 i no s'hagi emès l'informe de prevenció, d'incendis, s'entén que l'informe és favorable.). El municipi ha de resoldre el procediment de llicència ambiental i , per tant, serà responsable del contingut de la resolució i de les seves conseqüències , per a la qual cosa caldria que els serveis tècnics municipals valoressin els aspectes de l'informe no emès.

5.2. La intervenció administrativa mitjançant informe urbanístic

Els supòsits en què és exigible i el seu règim jurídic bàsic ja l'hem explicat. Ara només vull fer dos consideracions:

- L'informe urbanístic ha ser considerat com una autorització i cal que l'òrgan competent municipal dicti una resulució, prèvia la tramitació del procediment que s'estableix per ordenança en allò que no està específicament previst en la Llei 2009

-Les activitats que es vulguin dur a terme en el sòl no urbanitzable, han de ser informades d'acord amb les singularitat del règim jurídic legal d'aquesta classe de sòl, no nomes ponderant el que preveu el planejament. Per aquest motiu considero que l'informe hauria de ser desfavorable quan la compatibilitat amb el planejament calgui establir-la en els procediments previstos als articles 48, 49 i 50 del Text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya, aprovat per Decret Legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, mitjançant la valoració dels interessos públics i privats en presència i d'acord amb els béns jurídics que tutela l'ordenament en la regulació del sòl no urbanitzable. No obstant això, quan hi hagi la possibilitat de tramitar un dels esmentats procediments per fer compatible l'activitat, caldria fer constar aquesta circumstància a l'informe urbanístic, a fi que la Generalitat pugui condicionar l'eficàcia de la seva autorització ambiental.

5.3. Contractes de serveis amb empreses que tinguin la capacitat tècnica per emetre informes, certificacions i actes de verificació o control

Una de les qüestions centrals en l'aplicació de la Llei 20/2009, i també de les lleis 11/2009 i 3/2010, és la intervenció d'entitats col·laboradores de l'Administració (ambientals, en matèria d'espectacles públic i activitats recreatives ien matèria de prevenció d'incendis): Aquestes normes, en els procediments que són de responsabilitat municipal, preveuen en ocasions, la possibilitat alternativa d'intervenció dels serveis tècnics municipals o d'aquestes entitats col·laboradores. Cal tenir present que en tots els casos, aquelles normes legals preveuen que és un òrgan de l'Administració de la Generalitat, el competent per atorgar l'habilitació i per supervisar-les i inspeccionar-les

Des de aquesta perspectiva entenem convenient que es posi de manifest en l'exercici de la potestat normativa municipal, que en el supòsit que, no estant prevista l'actuació obligatòria d'entitats col·laboradores de l'Administració, no sigui possible o convenient realitzar els informes tècnics, certificacions i actes de verificació o control, directament a través de l'actuació total i completa pels serveis tècnics i d'inspecció municipals, l'Ajuntament pugui procedir a licitar i adjudicar els contractes de serveis[49] amb empreses que tinguin la capacitat tècnica exigible en cada cas, en l'àmbit de les condicions de seguretat i de protecció de

[49] Els contractes de serveis es poden licitar i adjudicar per més d'un ajuntament o per diverses administracions públiques en interès de totes elles, d'acord amb el que estableix la Llei de contractes del sector públic, o per mancomunitats i comunitats de municipis, consorcis o ens supramunicipals de caràcter territorial.

les persones; control acústic; altres impactes de prevenció i control ambiental i, estructura i seguretat dels edificis, per tal de:

a) Realitzar les comprovacions, verificacions, anàlisis, medicions i d'altres actuacions de control inicial, de control de funcionament i de revisió previstes en aquesta Ordenança.

b) Redactar els informes, les certificacions i les verificacions previstes en aquesta Ordenança.

Entenem, clar que aquesta actuació s'incorpora al càlcul de la taxa per l'atorgament d ela llicència

5.4.-Extinció dels efectes de la comunicació prèvia i la declaració responsable

Una ultima qüestió, entre les moltes que podríem plantejar, és la relativa a l'extinció dels efectes de la comunicació prèvia i la declaració responsable. En aquest punt, es important destacar l'article 7 de la Llei 17/2009 quan disposa

1. *Con carácter general* la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá acceder a una actividad de servicios *y ejercerla por tiempo indefinido*. Sólo se podrá limitar la duración cuando:

a) La declaración responsable o la autorización se renueve automáticamente o sólo esté sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos;

b) el número de autorizaciones disponibles sea limitado de acuerdo con el siguiente artículo o;

c) pueda justificarse la limitación de la duración de la autorización o de los efectos de la comunicación o la declaración responsable por la existencia de una razón imperiosa de interés general.

A los efectos previstos en este apartado, no tiene la consideración de limitación temporal el plazo máximo que se pueda imponer al prestador para iniciar su actividad a contar desde el otorgamiento de la autorización o desde la realización de la comunicación o la declaración responsable.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no afectará a la posibilidad de las autoridades competentes de revocar la autorización, en especial cuando dejen de cumplirse las condiciones para la concesión de la autorización.

Asimismo, cuando el acceso a la actividad o su ejercicio esté condicionado a la realización de una comunicación o de una declaración responsable por parte del prestador, la comprobación por parte de la administración pública de la inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiere aportado o del incumplimiento de los requisitos señalados en la legislación vigente determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

L'extinció dels efectes d'una autorització es por produir perquè l'activitat s'ha dut a terme o perquè s'ha complert el termini al qual està sotmesa, si escau; per renúncia de llurs titulars; per revocació o per caducitat. El primer supòsits només precisen d'un acte administratiu "declaratiu" que fa saber l'extinció del efectes i els altres tres un altre de signe contrari comporta la retirada definitiva per la pròpia Administració (no pels jutges), d'un acte seu anterior que resulta (en paraules de GARCÍA DE ENTERRÍA i FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, quan defineixen la revocació) desplaçat o reemplaçat, més que pròpiament anul·lat.

En el cas de les comunicacions prèvies i els declaracions responsables no és possible dictar un acte de signe contrari, perquè no existeix un acte primer originari. Existeixen actes privats als que la norma atribueix l'efecte de permetre exercir un dret o una activitat, respecte del quals es possible dictar un acte administratiu "declaratiu" de que no són susceptibles de produir-los, quan

- Les persones que han presentat les comunicacions prèvies o declaracions responsables amb la voluntat de ser titulars de l'exercici d'un dret o d'una activitat, incompleixen els requisits o les condicions necessaris per produir l'efecte de permetre d'exercir del dret o de l'activitat; bé perquè no l'has complert mai, bé perquè les incompleixen amb posterioritat

b- Si canvien o desapareixen les circumstàncies que permetien produir l'efecte de permetre d'exercir el dret o l'activitat o si en sobrevenen altres de noves que, en el cas d'haver existit, haurien comportat que aquell efecte no s'hagués pogut produït.

c) Si les persones que han presentat les comunicacions prèvies o declaracions responsables amb la voluntat de ser titulars de l'exercici d'un dret o d'una activitat, incompleixen les noves normes que els afectin, dins el termini que s'hagi atorgat amb aquesta finalitat.

c) Si les persones que han presentat les comunicacions prèvies o declaracions responsables amb la voluntat de ser titulars de l'exercici d'un dret o d'una activitat,, un cop presentades, sense causa justificada,

no hagin iniciat la activitat o aturi l'activitat de manera injustificada durant el termini que fixi la norma aplicable .

L'acte administratiu "declaratiu" de que no són susceptibles de produir aquest efectes s'ha de tramitar d'ofici, donant audiència als interessats i generarà o no indemnització, d'acord amb el règim jurídic de la responsabilitat patrimonial de les AAPP.

Barcelona 9 de març de 2011

El Procés de Fiscalització Externa en el nostre Ordenament Jurídic: Formes d'executar-lo i Conseqüències dels seus Informes

(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

EL CICLE PRESSUPOSTARI (I)

FORMACIÓ i APROVACIÓ DELS PRESSUPOSTOS GENERALS (LRBRL i RP)

- Abans de 1r de gener
  S'ha de tenir en compte
  Edictes de publicitat
- Després de 1r de gener
  Pròrroga pressupostària

- Pressupost de l'Ajuntament
- Pressupostos OO.AA.
- Pressupost resta Ens
  - Societats
  - Fundacions
  - Etc.

GESTIÓ PRESSUPOSTÀRIA (Responsable segons Bases d'Execució)

- Des de 01/01 fins 31/12
  No hi ha període d'ampliació pressupostària

Sistema de control intern
- Funció Interventora
- Funció de control financer
- Funció de control d'eficàcia
- Societats: control financer i d'eficàcia.

Societats
- Control financer i d'eficàcia
- Auditoria financera

LIQUIDACIÓ PP. GG. COMPTES ANUALS

- Fins 01/03
  Fins 30/03

- Interventor Ajuntament
- Administradors (Comptes anuals)

CONFECCIÓ COMPTE GENERAL (Interventor Ajuntament)

- Abans de 15/10
  S'ha de trobar aprovada

- Interventor Ajuntament i OO.AA
- Responsable gestió pressupostària en la resta d'Ens

- Edictes
- Comissió Especial de Comptes
- Edictes
- Aprovació Ajuntament Ple

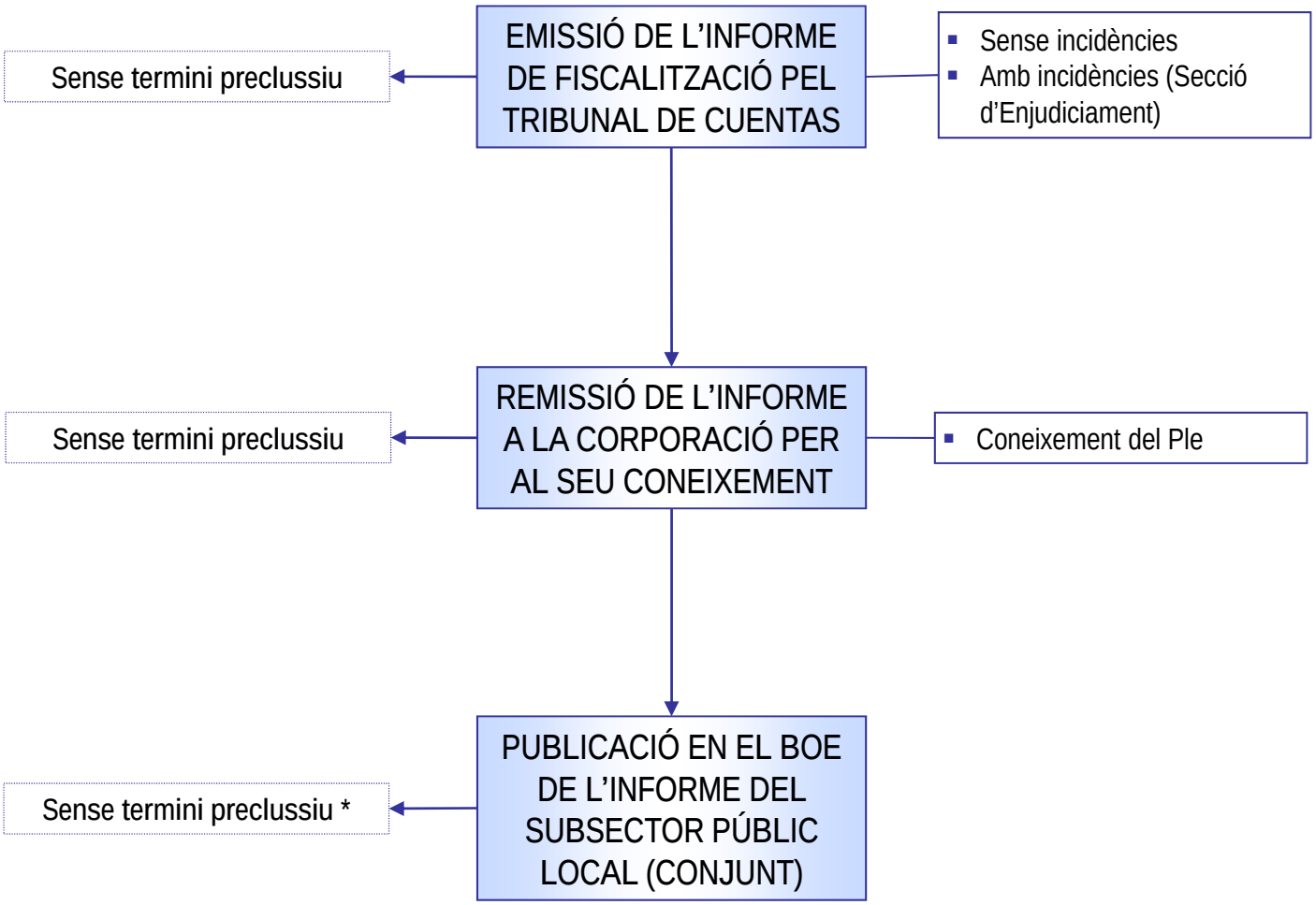
REMISSIÓ A SINDICATURA DE COMPTES I AL TRIBUNAL DE CUENTAS

- Abans de 15/10

PROCÉS DE FISCALITZACIÓ PEL TRIBUNAL DE CUENTAS

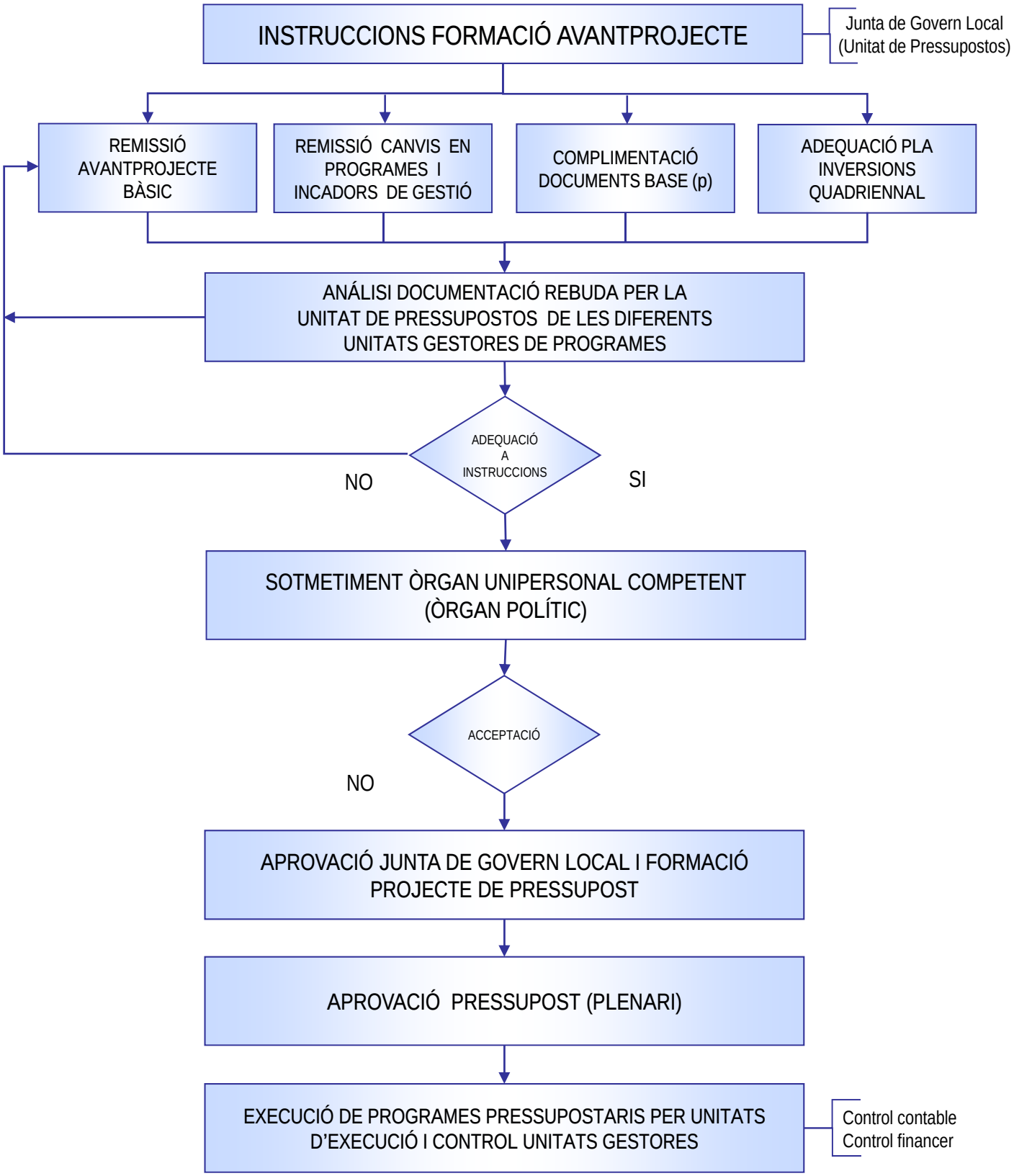
- Sense termini preclussiu
  Per al Tribunal de Cuentas

EL CICLE PRESSUPOSTARI (II)

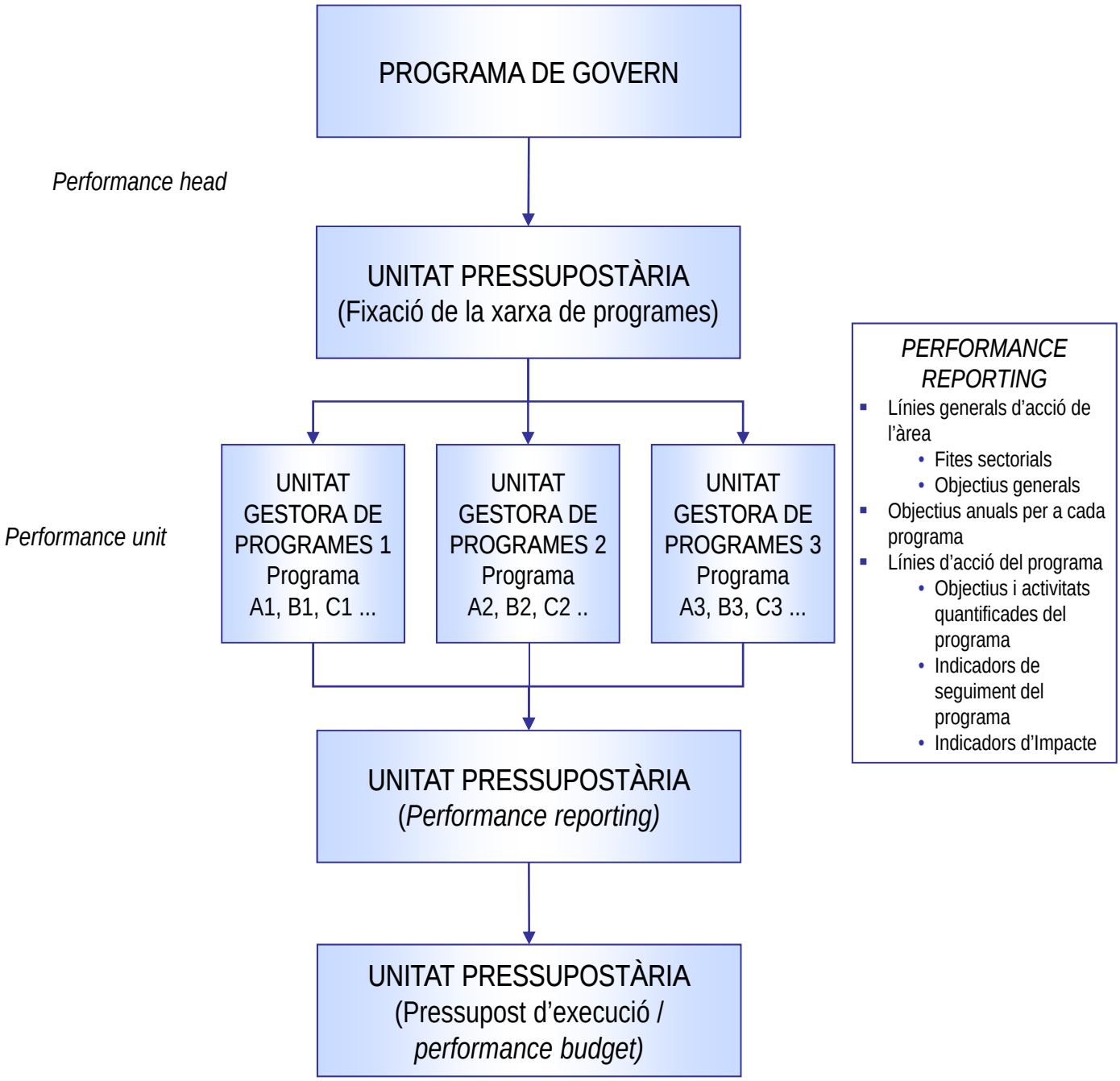


* El Tribunal de Cuentas porta un retràs aproximadament de 5 anys en l'emissió dels informes de fiscalització (complerts). L'Informe perd, a causa d'aquest retràs, quasi tota la seva efectivitat.

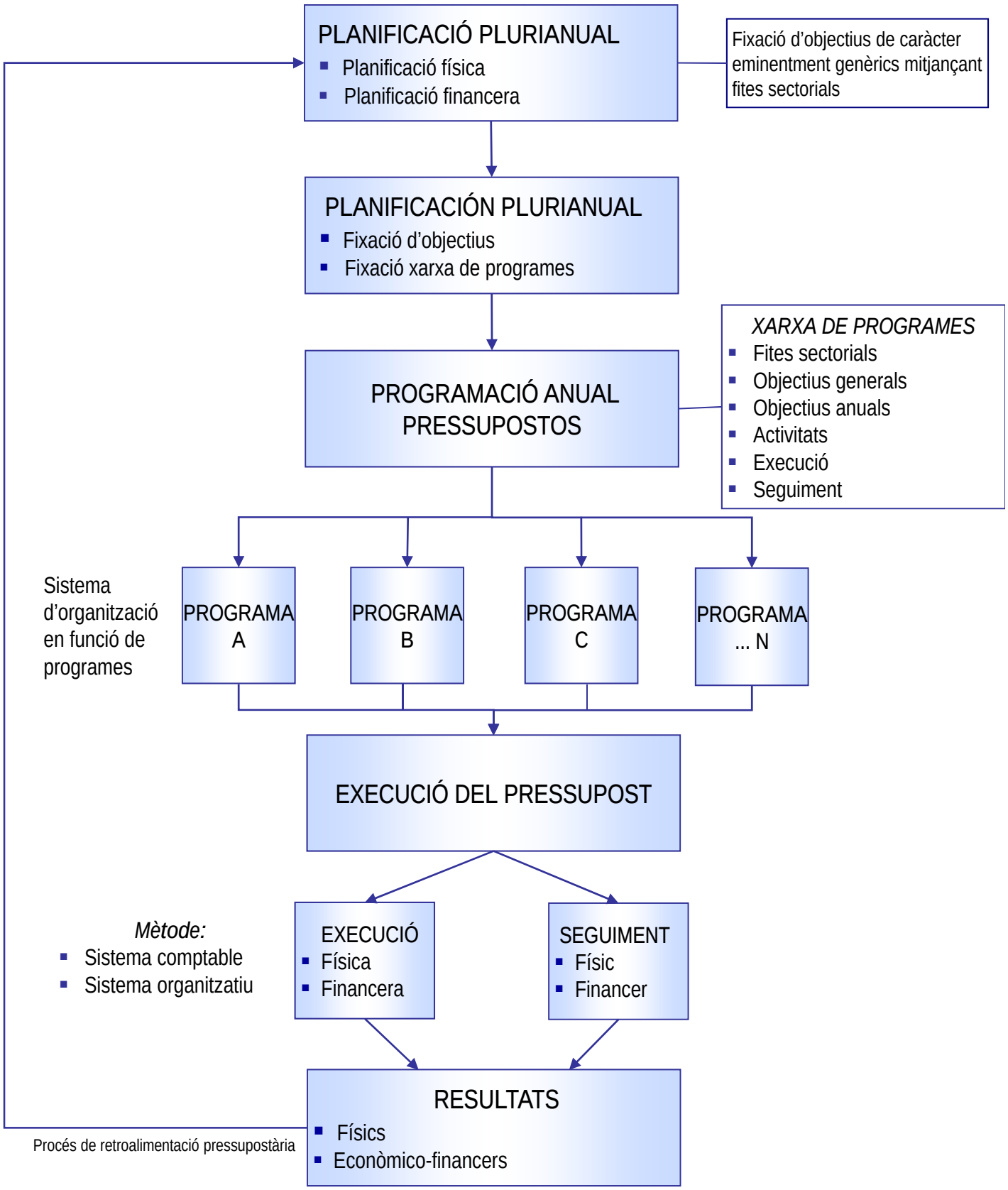
EL PRESSUPOST DE PROGRAMES : FORMACIÓ DE L'AVANTPROJECTE



EL PROCÉS D'INFORMACIÓ PRESSUPOSTÀRIA (I)



EL PROCÉS D'INFORMACIÓ PRESSUPOSTÀRIA (II)



EL PROCÈS DE GESTIÓ PRESSUPOSTÀRIA

Període de gestió pressupostària
Des de 01/01 fins 31/12

Període de gestió comptable
Des de 01/01 fins 31/12

AJUNTAMENTS i OO.AA.

Fases RC / A / D / O / P, i aprovació de les fases pels Òrgans unipersonals col·legiats que estableixin les Bases d'execució.

SOCIETATS i RESTA D'ENS

Segons organització interna, encara que aplicant el Pla General de Comptabilitat de l'Empresa.

Període de control
Des de 01/01 fins 31/12
Interventor

Període de control
Des de 01/01 fins 31/12
Auditor intern. Auditoria
(control financer)

AJUNTAMENTS i OO.AA.

Gestió sotmesa al Principi de Comptabilitat pública i control intern de la gestió a través de la Intervenció de l'Ajuntament (sotmesos a més a més a control financer i d'eficàcia).

SOCIETATS i RESTA D'ENS

Sotmesos a control intern, que és regulat pel Consell d'Administració o Òrgan equivalent, i aprovat per la Junta General (Auditor intern).

Redacció dels Comptes Anuals pels Administradors abans de 31/03

EL PROCÈS DE LIQUIDACIÓ DELS PRESSUPOSTOS GENERALS

AJUNTAMENTS i OO.AA.

- Procés de tancament comptable i confecció del Balanç de situació a 31/12 — Abans de 01/01 any següent
- Confecció de la Liquidació del Pressupost. **Responsable:** Intervenció de l'Ajuntament — Abans de 30/03 any següent; Abans de 15/05 any següent

Liquidació
(Compte General)

SOCIETATS i RESTA D'ENS:

- Procés de tancament comptable i redacció dels Comptes Anuals o Comptes similars.
  Responsable: Gerent o equivalent de l'Ens (Redacció dels Comptes anuals per part dels Administradors) — Abans de 01/01 any següent

Gestió comptable
(Balanç situació i resta documents)
Abans de 30/03
Compte general

Abans de 15/05 any següent

Gestió comptable
(Compte General)

En ambdós casos, la remissió de la documentació, un cop aprovats els Comptes Anuals es fa a la Intervenció de l'Ajuntament per a la formació del Compte General

EL PROCÈS DE CONFECCIÓ I REMISSIÓ DEL COMPTE GENERAL

SOCIETATS I ENS DE L'AJUNTAMENT

Remissió dels Comptes Anuals i Informe d'Auditoria a la Intervenció General

← Abans de 15/04 any següent

OO.AA.

Remissió del Balanç i Liquidació

← Abans de 15/04 any següent

COMPTE GENERAL

COMISSIÓ ESPECIAL DE COMPTES

← Abans de 01/06 any següent

APROVACIÓ PLE AJUNTAMENT

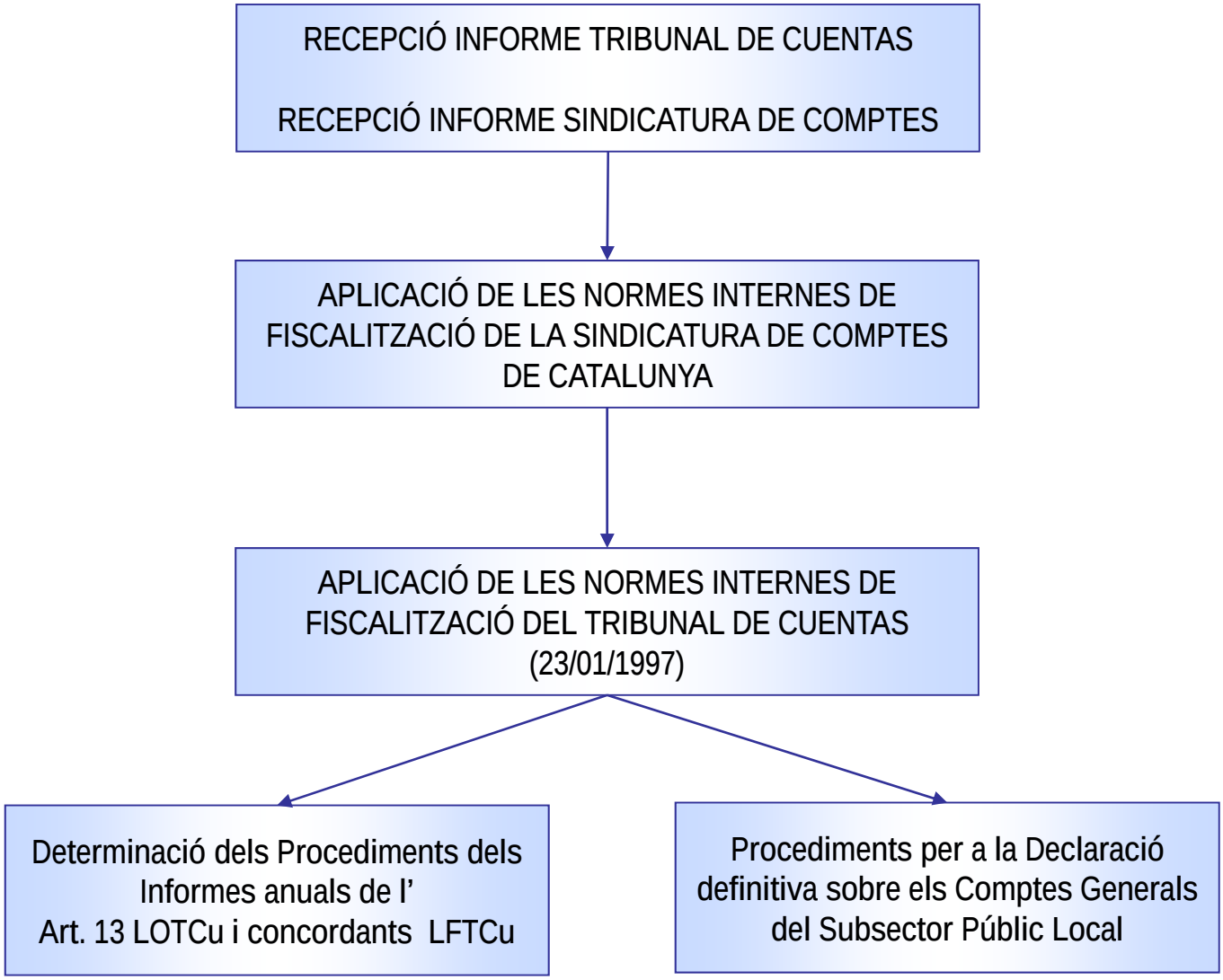
← Abans de 01/10 any següent

SINDICATURA DE COMPTES

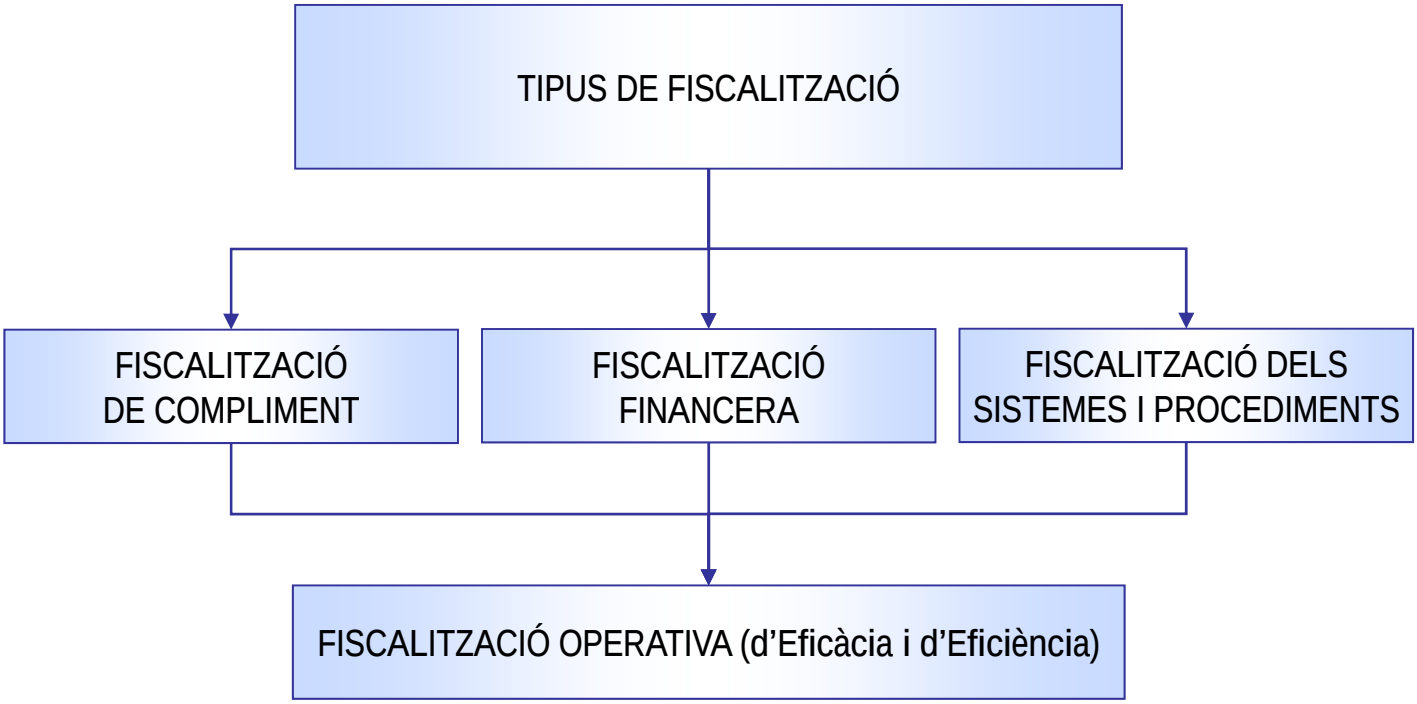
TRIBUNAL DE CUENTAS

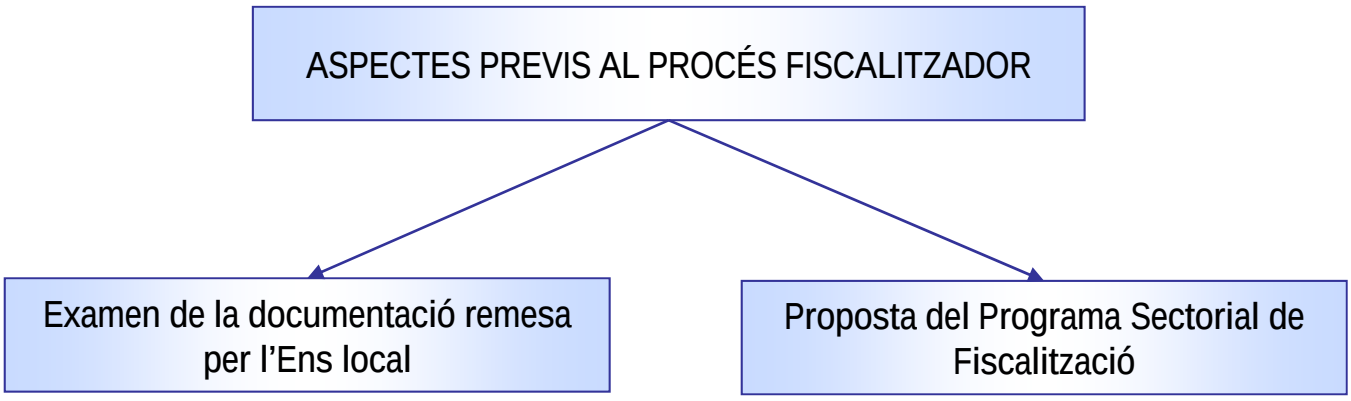
← Abans de 15/10 any següent

EL PROCÉS DE FISCALITZACIÓ PEL TRIBUNAL DE CUENTAS (I)

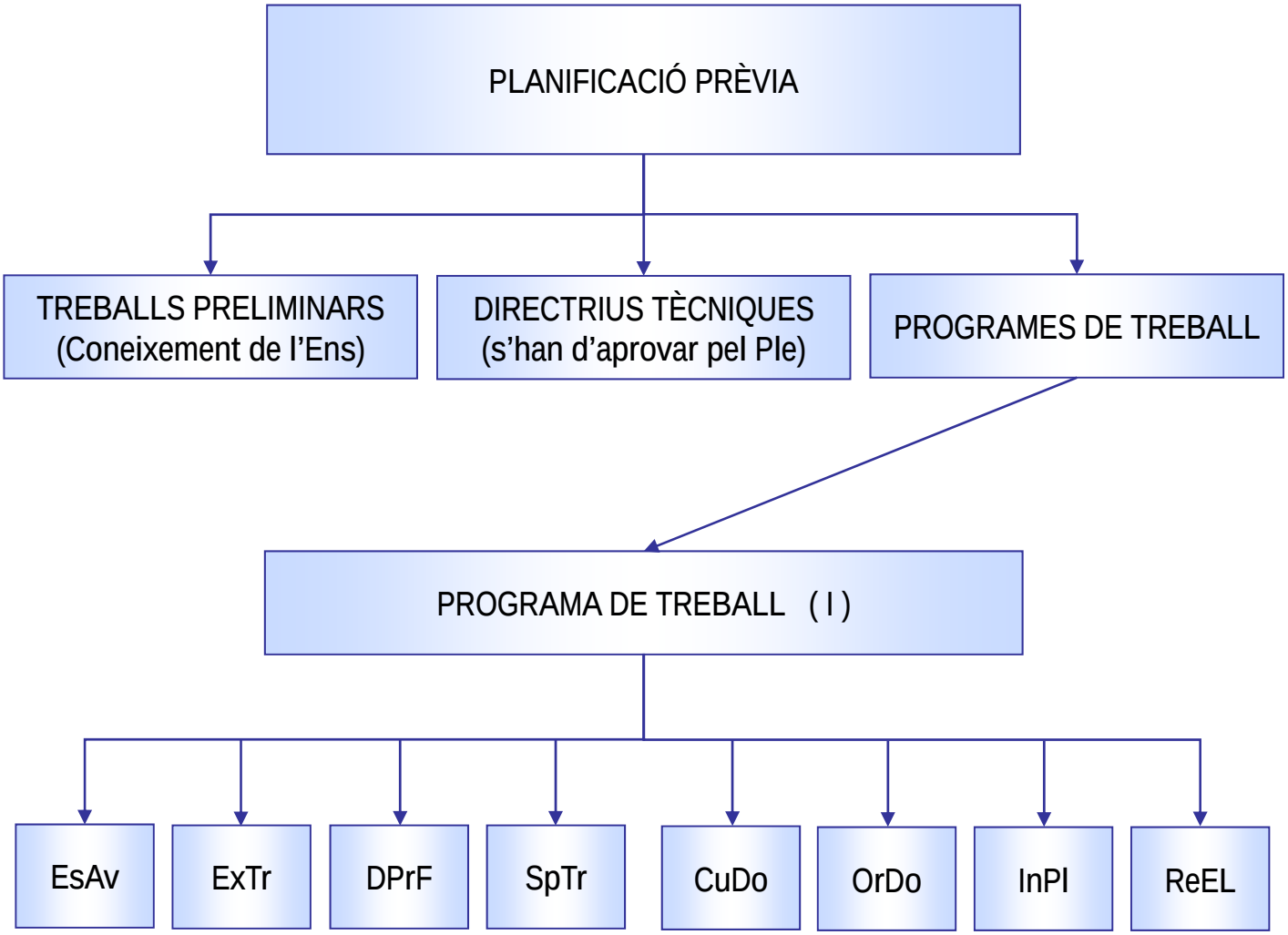


EL PROCÉS DE FISCALITZACIÓ PEL TRIBUNAL DE CUENTAS (II)



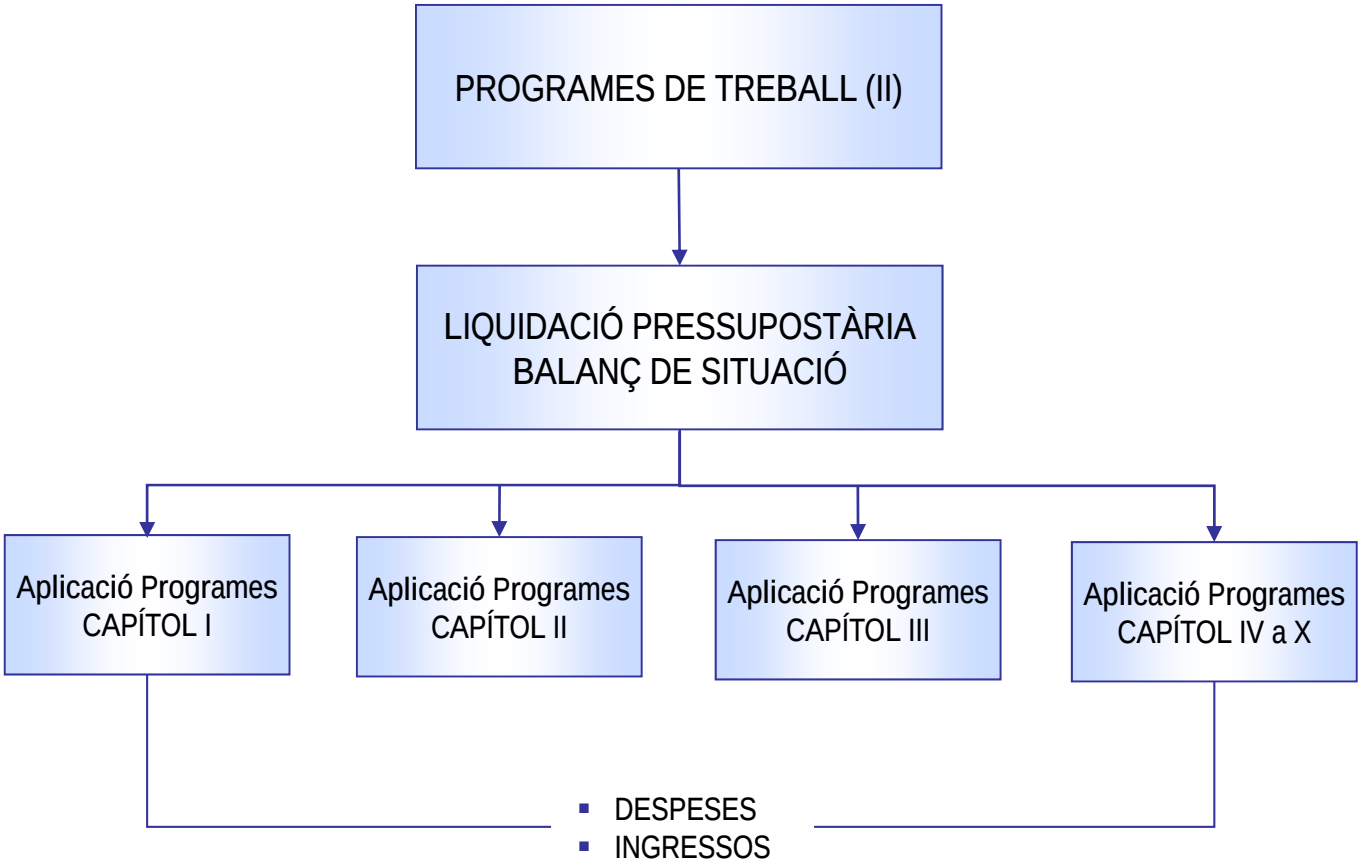


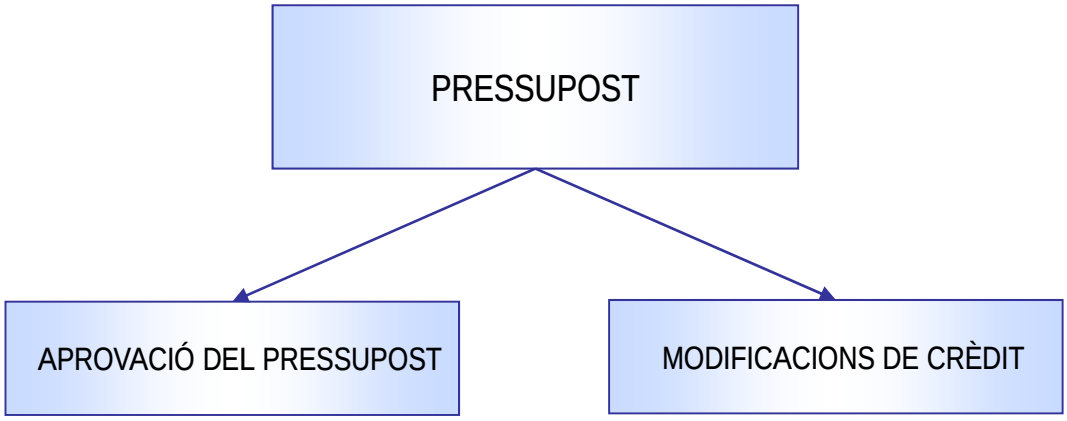
EL PROCÉS DE FISCALITZACIÓ PEL TRIBUNAL DE CUENTAS (III)



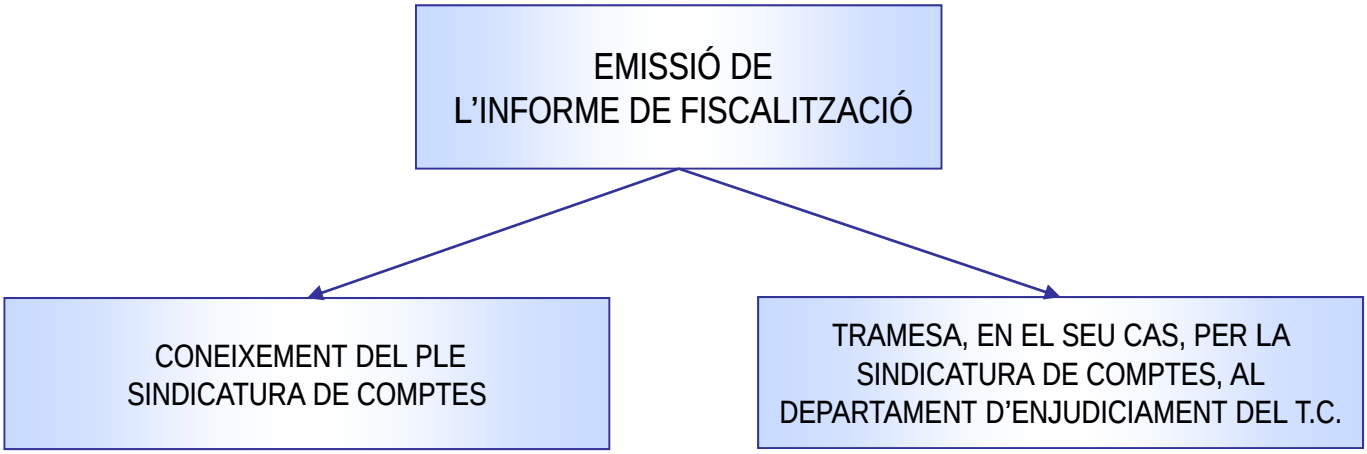
- EsAv: Estudi i Avaluació de control intern
- ExTr: Execució del Treball
- DPrF: Documentació del Procés Fiscalitzador
- SpTr: Supervisió dels Treballs
- CuDo: Custòdia de la Documentació
- OrDo: Organització de la Documentació
- InPl: Informació al Ple de les incidències en el desenvolupament dels treballs
- ReEL: Relacions en l'Entitat Local fiscalitzada

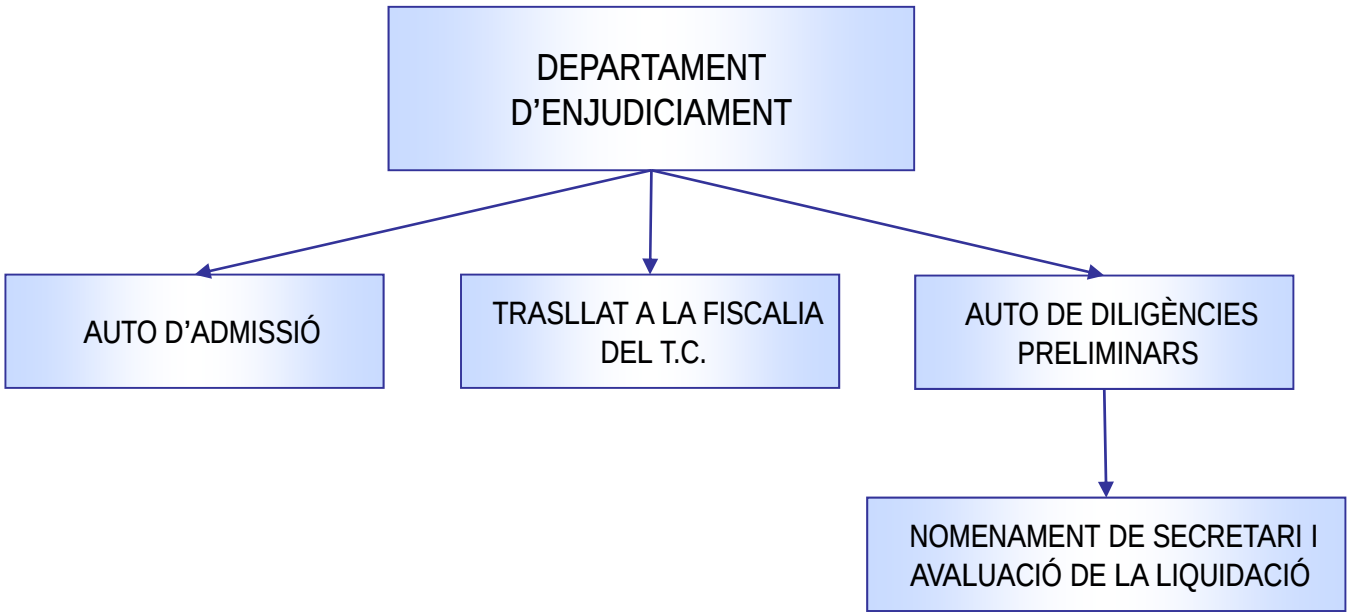
EL PROCÉS DE FISCALITZACIÓ PEL TRIBUNAL DE CUENTAS (IV)



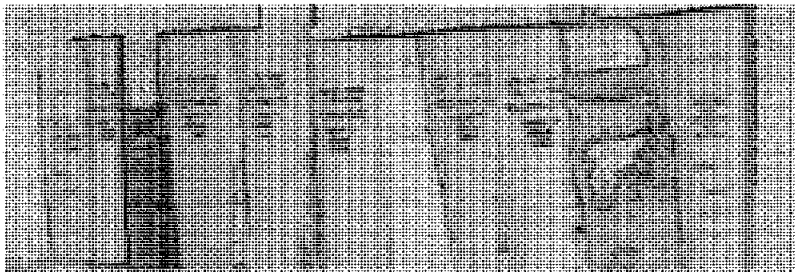


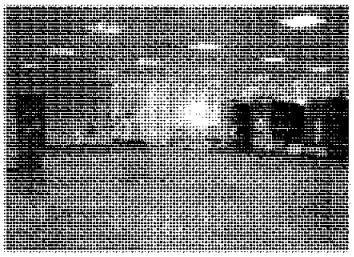
EL PROCÉS DE FISCALITZACIÓ PEL TRIBUNAL DE CUENTAS (V)

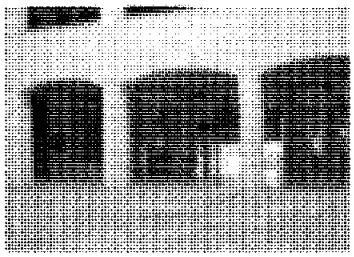




TEMAS de Registro Civil







MATRIMONIO CIVIL

NOMBRE Y APELLIDOS

ADOPCIÓN

EXPEDIENTES Y ACTAS

JUZGADOS DE PAZ

LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS

ENLACES INTERNACIONALES

LEGISLACIÓN REGISTRAL

BASE DE DATOS

FORO DEL ESTADO CIVIL

VOLVER A PÁGINA PRINCIPAL

Enlaces con el texto

A) POR RESIDENCIA
> Tiempo necesario
> Quién puede solicitarla
> Dónde debe presentarse
> Tramitación de solicitudes
> Procedimiento
> Plazo para la Concesión
> Trámites posteriores
B) POR OPCIÓN
> ¿Quién puede optar?
> Plazo para optar
> ¿Dónde presentar la documentación?
> ¿Quién puede formular la declaración de opción?
> Acta de la Opción
> Documentos recomendables
> Inscripción de la Opción
C) Declaración de nacionalidad con VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN
> No son españoles de origen
> Son españoles de origen
> Documentos recomendables
CH) Pérdida y conservación dela Nacionalidad Española
D) Recuperación de la Nacionalidad Española
Donde presentar la solicitud
Recuperación de la nacionalidad por emigrantes e hijos de emigrantes

LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Página revisada el 02/12/2009

ADVERTENCIA IMPORTANTE: La documentación que en determinados lugares de esta página se indica como recomendable para realizar un tramite o ejercitar un derecho tiene un carácter general **y podría no ser suficiente para obtener lo que se pretende**. El Encargado o el personal del Registro Civil que tramite su expediente o atienda su petición, podrá recabar de usted, ésta o cualquier otra documentación que estime necesaria para la resolución del caso concreto y que no esté mencionada en esta página.

A) ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA.

TIEMPO DE RESIDENCIA NECESARIO PARA PODER SOLICITAR LA NACIONALIDAD NATURALIZACIÓN Y RESIDENCIA

· **10 años**: Con carácter general.

· **5 años**: Personas que hayan obtenido la condición derefugiado.

· **2 años**: Nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, o sefardíes.

· **1 año:** En los siguientes casos:

- Nacidos en el territorio español.
- Nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.
- Casados con español o española no separados legalmente o de hecho (deben llevar al menos un año casados al tiempo de la solicitud).
- Viudos de española o español si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho.
- Q uienes hayan estado sujetos legalmente a la tutela guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles, durante dos años consecutivos, incluso si continuaran en esta situación en el momento de la solicitud.
- Quienes no hayan ejercitado oportunamente la facultad de

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Recuperación de nacionalidad perdida por adquisición voluntaria de otra extranjera.

E) OTROS SUPUESTOS DE INSCRIPCION EN EL RCCENTRAL

Español nacido en el extranjero y no inscrito en España

Extranjera casada con español antes de 1975

F) INSCRIPCION DE LA NACIONALIDAA. Efectos.

G) LEGALIZACION Y TRADUCCIÓN DE DOCUMENTOS

H) LA OPCION A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A TRAVÉS DE LA DISPOSICION ADICIONAL 7ª DE LEY DE MEMORIA HISTÓRICA. MODELOS Y REQUISITOS

I) CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A LOS VOLUNTARIOS INTEGRANTES DE LAS BRIGADAS INTERNACIONALES

L) DESCARGA DE DOCUMENTOS

optar prevista en los artículos 17.2, 19 y 20 del Código Civil.

La residencia efectiva en España tiene que ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud.

QUIÉN PUEDE SOLICITARLA

El escrito por el que se solicita la nacionalidad española por residencia debe formularse por:

Los propios interesados si están emancipados o son mayores de 18 años.

Los interesados, asistidos por sus representantes legales (padres o tutores), cuando sean mayores de 14 años, pero no hayan cumplido 18 años de edad ni estén emancipados.

Si son menores de 14 años, por sus representantes legales (padres o tutores).

Si son incapacitados, por sus representantes legales o por sí mismos, según resulte de la sentencia de incapacitación.

En los dos últimos casos, los representantes legales sólo podrán formular la solicitud si previamente han obtenido autorización del Encargado del Registro Civil correspondiente, previo dictamen del Ministerio Fiscal.

DÓNDE DEBE PRESENTARSE

La solicitud de la nacionalidad española por residencia hay que presentarla en el Registro Civil correspondiente al domicilio del interesado, con las salvedades que a continuación se expresan:

TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES

INSTRUCCIÓN de 26 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia. Ver la Instrucción (PDF)

Primera . El expediente de nacionalidad por residencia, en su fase registral, se conformará con los documentos o, en su caso, copia cotejada de los mismos, que se indican a continuación:

DOCUMENTOS A APORTAR POR LOS SOLICITANTES

1º) Solicitud normalizada aprobada por Resolución de 7 de mayo de 2007, de la Subsecretaría, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización. (Boletín Oficial del Estado de 25 de julio de 2007). Esta solicitud se encuentra disponible en www.mjusticia.es

2º) Tarjeta de Identidad de Extranjero, Tarjeta de Familiar de Ciudadano de la Unión Europea o Certificado del Registro Central de Extranjeros.

3º) Pasaporte.

4º) Certificado de empadronamiento, en su caso.

5º) Autorización judicial para actuar en representación del menor o incapaz, en su caso.

6º) Certificado de nacimiento del interesado.

7º) Certificado de matrimonio con español, en su caso.

8º) Certificado literal de nacimiento del cónyuge español, en su caso.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

9º) Certificado de nacimiento de los hijos menores de edad.

10º) Certificado expedido de antecedentes penales del país de origen, o consular de buena conducta.

11º) Documentos acreditativos de los medios de vida para residir en España.

12º) Otros documentos que quiera aportar el interesado, o, que sean requeridos por el Encargado del Registro Civil y que guarden relación con el objeto del expediente.

DOCUMENTOS QUE APORTA EL REGISTRO CIVIL

A) Acta de las audiencias practicadas.

B) Informe del Ministerio Fiscal.

C) Auto-propuesta del Encargado del Registro Civil.

Los folios resultantes se foliaran consecutivamente

Segunda. Control de autenticidad de los documentos expedidos por funcionarios extranjeros.

La legalización exigida con carácter general, y a salvo la excepción prevista en el artículo 89 RRC, a los documentos expedidos por funcionarios extranjeros (art 88 RRC) es en particular exigible en el expediente de adquisición de la nacionalidad por residencia al certificado de nacimiento del promotor, al de nacimiento de los hijos menores de edad y al certificado de antecedentes penales del país de origen del solicitante.

Ha de examinarse, pues, cuidadosamente el expediente para comprobar tanto las legalizaciones que se hayan efectuado como las que no se hayan hecho, por tratarse en este último caso de documentos expedidos por funcionarios de Estados parte del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961,o a los que sea aplicable el Convenio de Atenas de 15 de septiembre de 1977 de la Comisión Internacional de Estado Civil, en cuyo caso la legalización se sustituye por el trámite de la apostilla.

Tercera. Acreditación de la residencia en España: Supresión de la obligación de aportar los interesados el certificado de tiempo de residencia expedido por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.-El Registro Civil competente podrá dar por completada la tramitación del expediente previa a su elevación a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cuanto a la justificación de la residencia del interesado en España, cuando el mismo aporta la documentación que como extranjero residente en España le hayan facilitado las autoridades españolas (Tarjeta de Identidad de Extranjero, Tarjeta de Residencia de Familiar de ciudadano de la Unión, Certificado del Registro Central de Extranjeros), no siendo, por tanto, necesario aportar certificado de la Dirección General de la Policia y de la Guardia Civil sobre períodos de residencia.

Cuarta. Buena conducta cívica: Supresión de la obligación de aportar los interesados el certificado de antecedentes penales en España .-Si bien la buena conducta cívica exigida por el artículo 22.3 CC para adquirir la nacionalidad no se puede identificar, simplemente, con la carencia de antecedentes penales, policiales o administrativos, la ausencia de antecedentes penales es un primer indicador. Esta es la razón por la que el artículo 221 RRC exige certificado del Registro Central de Penados y Rebeldes. Al tratarse de una información que ya posee la Administración y más concretamente el Ministerio de Justicia, a partir de esta Instrucción el Encargado podrá considerar completada la

tramitación registral del expediente, aunque el interesado no aporte el certificado de antecedentes penales español, siempre que se compruebe que ha expresado su consentimiento por escrito en el texto de la solicitud por la que se inicia el expediente para que sea la Dirección General de los Registros y del Notariado la que lo solicite directamente del Registro Central de Penados y Rebeldes. Si del examen de la solicitud resulta que el interesado no ha otorgado dicho consentimiento, el Encargado deberá exigirle el certificado de antecedentes penales, sin el cual no podrá dar por completada la tramitación del expediente previa a su elevación a este Centro Directivo.

Quinta. Valoración del suficiente grado de integración en la sociedad española.- En el expediente de nacionalidad por residencia, el Encargado debe hacer constar el juicio que le merece el grado de integración en la sociedad española del peticionario, tras oírle personalmente, abordando en la audiencia las cuestiones reveladoras de la adaptación a las costumbres y modo de vida españoles. El examen de integración del extranjero en la sociedad española, en la fase de instrucción del expediente, constituye un elemento esencial para la justificación del requisito de suficiente grado de integración exigido en el artículo 22.4 del Código Civil.

Sexta. Tramitación del expediente cuando hay interesados menores o incapacitados.- ¿Quien puede actuar en su representación o asistencia? En aquellos expedientes en los que el interesado en adquirir la nacionalidad sea un menor de edad, y dado el entorno familiar en el que actualmente se desenvuelven muchos menores, el instructor del expediente ha de tener especial cuidado en el examen de los siguientes extremos.

a) Patria potestad. Si el menor está sometido a patria potestad, que esté siendo ejercida conjuntamente por ambos progenitores, se necesitará el consentimiento de ambos para poder instruir el expediente (cfr. art 154 CC).

b) En el caso de que haya habido procesos de separación, nulidad o divorcio , habrá de estarse a lo que el convenio regulador establezca, en su caso, respecto de la atribución total o parcial a uno de los cónyuges del ejercicio de la patria potestad (cfr. art 92.4 CC). En caso de desacuerdo entre los progenitores, sobre la conveniencia o no de promover el expediente de nacionalidad, habrá de acudirse al Juez (cfr. art 156).

c) Acogimiento familiar . En los supuestos en los que el menor se encuentre en régimen de acogimiento familiar, y siempre que el titular del acogimiento no sea un Organismo Público, ha de recordarse que es criterio de este Centro Directivo (vid. Resolución de 29 de noviembre de 2002) que la competencia para conceder la autorización prevista en los artículos 20.2 a) y 21.3 c) del Código Civil corresponde al Encargado del Registro Civil del domicilio de los padres, no al del domicilio del menor y de la persona que lo tenga en acogimiento familiar, ya que si el titular del acogimiento no es una Administración Pública, la situación de acogimiento no supone suspensión de la patria potestad.

d) Residencia de los titulares de la patria potestad o tutela en municipios distintos . Si los titulares y ejercientes de la patria potestad o tutela, residen en municipios distintos será Juez competente el del Registro correspondiente al progenitor que tenga al menor en su compañía, rigiendo en este punto por conexión lo dispuesto en el artículo 20.2 a) del Código Civil y no la norma general sobre competencia del artículo 365 RRC.

e) Tutela. En el caso de menores o incapacitados sometidos a tutela si hay más de un tutor, pero uno lo es de la persona y otro

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

de los bienes, la necesaria representación legal para la adquisición de la nacionalidad corresponde solamente al tutor de la persona (cfr. arts 20.2. a) y 236 CC).

Séptima. Intervención del Ministerio Fiscal.-En los expedientes gubernativos siempre ha de ser oído el Ministerio Fiscal (art. 97.2 LRC y 348. III RRC), que tiene asignada la función de velar por la instrucción y tramitación adecuada del expediente y atribuida la facultad de proponer las diligencia o pruebas oportunas (cfr art. 344 RRC y 97 LRC), pruebas que pueden ir dirigidas a verificar la concurrencia en el solicitante de las circunstancias que reducen el tiempo exigido de residencia en España; si habla castellano u otra lengua española; cualquier hecho relativo a su adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, como estudios, actividades, benéficas o sociales, y los demás que estime convenientes.

El Encargado del Registro Civil podrá recabar, además, cualquier otra documentación que estime necesaria para la mejor resolución del expediente. Cualquier cambio, de domicilio u otro dato relevante, deberá comunicarse al Encargado del Registro Civil que tramita el expediente .

PPROCEDIMIENTO

En el Registro Civil del domicilio se presentará toda la documentación, y el interesado comparecerá ante el Encargado del Registro Civil. El Juez Encargado del Registro Civil entrevistará al solicitante para comprobar su adaptación a la cultura y estilo de vida españoles. Caso de estar casado con español también se oirá al cónyuge. Después el Ministerio Fiscal emitirá su informe y el Juez dictará un Auto enviando el expediente completo a la Dirección General de los Registros y del Notariado para que, por delegación del Ministro de justicia, proceda a conceder o denegar la nacionalidad española.

TIEMPO DE CONCESIÓN

El plazo aproximado para la concesión de la nacionalidad española una vez remitido el expediente al MInisterio de Justicia es de dos años y medio

TRÁMITES POSTERIORES A LA CONCESIÓN

L a concesión de la nacionalidad española por residencia caduca a los 180 días siguientes a su notificación si el interesado, en dicho plazo, no comparece en el Registro Civil para cumplir los siguientes requisitos:

- Juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes (para mayores de 14 años).
- Renuncia a la anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o sefardíes.
- ***Inscripción*** de la adquisición de la nacionalidad española en el Registro Civil español. Este trámite es esencial pues **hasta que no se ha practicado la inscripción el solicitante NO es español.**

Para practicar la inscripción principal de nacimiento, soporte de la marginal de nacionalidad, Deberá rellenarse por los interesados una **HOJA DE DATOS**. Descargar HOJA DE DATOS

B) ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD POR OPCIÓN.

¿QUIÉN PUEDE OPTAR?

NATURAL X OPCIÓN

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

1. La persona cuya nacionalidad española se ha determinado después de los 18 años.
2. El mayor de dieciocho años adoptado por un español.
3. Los que estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español
4. Personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España
5. Las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y para los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio (Ver apartado H)

PLAZO PARA EJERCER LA OPCIÓN

- Personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español: antes de cumplir los 20 años de edad o a los 2 años de su emancipación.
- Personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España: sin límite alguno de plazo.
- Personas cuya filiación o nacimiento en España se determine después de los 18 años de edad: dos años desde la determinación de la filiación o nacimiento en España
- Personas adoptadas por un español, mayores de 18 años: dos años desde la adopción.

¿DÓNDE DEBE PRESENTARSE LA DOCUMENTACIÓN?

La solicitud y documentación deberá presentarla ante el Registro Civil donde el solicitante de la opción tenga su domicilio.

¿QUIÉN PUEDE FORMULAR LA DECLARACIÓN DE OPCIÓN?

a) El representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado, en nombre de éste. En este caso la opción requiere autorización del Encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz.

b) El propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquel sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación.

c) El interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.

d) El interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa el caso en que haya caducado el derecho de opción conforme al apartado c).

ACTA DE OPCIÓN: CONTENIDO.

Es un acta simple, levantada ante el Encargado del Registro Civil, que recoge la Declaración de Opción para adquirir la nacionalidad española

El **mayor de 14 años** deberá prestar en el Acta JURAMENTO o PROMESA de fidelidad al Jefe del Estado y obediencia a la Constitución y a las Leyes, y RENUNCIA a la anterior nacionalidad a no ser que se trate de naturales de

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, o sefardíes.

DOCUMENTACIÓN RECOMENDABLE

Como se ha dicho en la Advertencia inicial de esta página, dependerá del supuesto concreto en el que se basa el derecho de Opción, pero, **con carácter general**, y sin perjuicio de que **el Encargado o funcionario del Registro Civil que atienda su caso podrán recabar del interesado ésta o cualquier otra documentación que estimen necesaria para la mejor resolución de la solicitud, aunque no se halle *indicada en la enumeración que sigue,*** se recomienda aportar los siguientes documentos: .

1. Certificado literal de nacimiento del padre/s ESPAÑOL/ES
2. Fotocopia DNI del padre/s español/es y, en su caso, fotocopia Pasaporte o Permiso Residencia del progenitor extranjero
3. En su caso, Certificado de Matrimonio **de los padres del optante** (si se celebró fuera de España, legalizado apostillado y traducido)
4. Certificado de Empadronamiento de los padres del optante o de éste si es mayor de edad.
5. Partida de Nacimiento del optante, (si nació fuera de España, legalizada o apostillada y traducida)

ATENCIÓN: Deberá rellenarse por los interesados una **HOJA DE DATOS** para practicar la inscripción de nacimiento. Descargar HOJA DE DATOS (PDF 25 KB)

TRÁMITES POSTERIORES A LA OPCIÓN: LA INSCRIPCIÓN

La **inscripción** de la adquisición de la nacionalidad española en el Registro Civil español. Los efectos de este trámite se explican con detalle más abajo, en el apartado F) Inscripción de la Nacionalidad Española.

C) DECLARACIÓN DE NACIONALIDAD CON VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN.

Este tipo de expedientes se utiliza para declarar con valor de simple presunción la nacionalidad española (art. 17-1º CC) de los recién nacidos, inscritos en nuestros Registros Civiles, a los cuales la legislación de sus padres no les atribuye de forma automática la nacionalidad extranjera. Está relacionado directamente con el número de hijos de inmigrantes nacidos en España, sobre todo, a hijos de nacionales de países *iberoamericanos*.

Como señalan innumerables resoluciones de la DGRN, por todas la (1ª) de 21 de enero de 2002: 'El artículo 17-1-c del Código civil establece que son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad»

Los términos de este artículo, interpretados por la Dirección General, excluyen la concesión de origen de la nacionalidad española al nacido en nuestro territorio ***sólo*** en los supuestos de atribución automática de la nacionalidad de uno o ambos padres, por un sistema de ius sanguinis puro, como el español. En los demás casos, cuando la atribución de la nacionalidad de los progenitores depende del cumplimiento de algún requisito, declaración de voluntad o formalidad por parte de éstos, ocurre,

17.2.C

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

salvo en contadas ocasiones, v.g. situación transitoria en España, o estar al servicio de su país u organismo internacional, que el recién nacido adquiere la nacionalidad española de origen. Se trata de evitar una situación de apatridia originaria en la cual la atribución iure soli de la nacionalidad española se impone. No ha de importar que el nacido pueda adquirir más tarde iure sanguinis la nacionalidad de sus padres, pues este hecho no puede llevar consigo por sí solo la pérdida de la nacionalidad española, atribuida ex lege y de modo definitivo en el momento del nacimiento.

La **Instrucción de la DGRN de 28 de marzo de 2007 sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad con valor de simple presunción** establece una serie de puntos de gran interés en relación con este tipo de expedientes:

Procedimiento y competencia.- En primer lugar, la vía registral para determinar la aplicabilidad en cada caso concreto del precepto contenido en el artículo 17, n.º 1, c), del Código civil, es el expediente de declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción (cfr. art. 96-2.º L.R.C. y 338 R.R.C.), que decide en primera instancia el Encargado del Registro Civil del domicilio (cfr. art. 335 R.R.C.). Este régimen de competencia lo es tanto para instruir como para resolver el expediente, conforme a lo previsto por el artículo 342 del Reglamento del Registro Civil en la redacción dada por el Real Decreto de 29 de agosto de 1986.

Cuando no se respeta la norma de competencia antes indicada, es decir cuando no es exclusivamente el Encargado del domicilio del interesado el que instruye o resuelve el expediente, al igual que ocurre en general con todo tipo de procedimiento, dicha infracción implica la nulidad de lo actuado, nulidad que puede ser declarada por la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando conozca de la misma a través de los recursos entablados.

En el caso de que no sean coincidentes el Registro que ha resuelto el expediente y el que ha de anotar la resolución al margen de la inscripción de nacimiento, la resolución adoptada por el Encargado del Registro Civil del domicilio, una vez devenida firme, habrá de ser calificada por el Encargado del Registro Civil del nacimiento. Ahora bien, el control que este último realizará en su calificación se encuentra limitado por lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 27 de la Ley del Registro Civil, de forma que dicha calificación no podrá enjuiciar el fondo del asunto, debiendo circunscribirse a «la competencia y clase de procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro, aunque en la práctica tal limitación desaparece en muchos casos

No obstante, cuando por haber padecido una errónea interpretación del Derecho extranjero se haya aplicado indebidamente la regla del apartado c) del n.º 1 del artículo 17 del Código civil, ha de ser posible que, de oficio o por iniciativa del Ministerio Fiscal, o de las autoridades de la Dirección General de la Policía, con ocasión de la expedición del D.N.I., o de cualquier interesado, y con intervención en todo caso del Ministerio Público, se inicie de nuevo expediente para declarar con valor de presunción que a los nacidos les corresponde o no les corresponde la nacionalidad española. La nueva declaración recaída en tal expediente, en caso de ser negativa, ha de tener acceso al Registro Civil para cancelar en su virtud la anotación preventiva practicada.

RELACION DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN RECAÍDAS EN INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 17, n.º 1, c), del Código civil:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

1. Conforme al artículo 17-1-c del Código civil (redacciones de 1982 y de 1990) son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». Esta norma beneficia, y por tanto **SON ESPAÑOLES DE ORIGEN** , los nacidos en España hijos de:

a) **Argentinos** (Resoluciones de 23-1.ª de septiembre y 19-1.ª de diciembre de 2002; 28-2.ª de junio y 3-2.ª de diciembre de 2003; 21-2.ª de febrero y 5-3.ª de marzo de 2004).

b) **Bolivianos nacidos antes del 7 de febrero de 2009** (Resoluciones de 5-2.ª de marzo y 25 de septiembre de 2004; 16-3.ª de septiembre de 2005; 27-4.ª de diciembre de 2006; 3-5.ª de enero de 2007). (ATENCION! Ver nota 11, abajo)

c) **Brasileños** Ver la Enmienda Constitucional nº 54, de 20 de septiembre de 20072, en la cual se modifica el apartado c) del artículo 12 nº1 del texto constitucional. Ver **Circular de la DGRN de 16 de diciembre de 2008** en el apartado Legislación Registral - Internacional de esta web.

d) **Colombianos** (Resoluciones de 16-2.ª de octubre y 7-4.ª y 5.ª de noviembre de 2002; 28-4.ª de junio y 4-1.ª de julio de 2003; 28-3.ª de mayo y 23-1.ª de julio de 2004; 30-4.ª de noviembre y 7-2.ª de diciembre de 2005; 14-3.ª de febrero y 20-1.ª de junio de 2006; 17-4.ª de enero de 2007). (Ver nota 11, abajo)

e) **Costarricenses** (Resolución de 16-3.ª de marzo de 2006).

f) **Cubanos** (Resolución de 26-2.ª de marzo de 2003).

g) **Chilenos nacidos antes del 26 de agosto de 2005** (Ver Circular DGRN de 16 de Diciembre de 2008 en la página Legislación Registral - Española, de esta web)

h) **Ecuatorianos nacidos antes del 20 de octubre de 2008** (Resoluciones de 27-2.ª de noviembre y 30-2.ª y 3.ª de diciembre de 2002; 28-1.ª de junio y 5-2.ª de diciembre de 2003; 29-1.ª de octubre y 5-3.ª de noviembre de 2004; 12-2.ª de julio de 2005; 15-4.ª de noviembre y 27-5.ª de diciembre de 2006) (ATENCIÓN: Ver nota 1, abajo)

i) **Guineanos** (**Guinea-Bissau**) (Resolución de 30-1.ª de septiembre de 2005).

j) **Marroquíes** –madre marroquí y padre conocido apátrida o que no transmite su nacionalidad al hijo– (Resoluciones de 31-7.ª de octubre de 2005 y 10-3.ª de febrero de 2006).

k) **Palestinos** –apátridas– (Resolución de 12-4.ª de septiembre de 2000).

l) **Peruanos** (Resoluciones de 8-2.ª de mayo de 2002; 19-3.ª de marzo y 10 de abril de 2004; 11-1.ª de marzo y 14-4.ª de octubre de 2005).

m) **Saharauis** –apátridas– (Resolución de 10-3.ª de enero de 2005). (Ver nota 2, abajo)

n) **Suizos** (Resolución de 6-4.ª de junio de 2006). (nota 3)

ñ) **Santotomenses (Santo Tomé y Príncipe**) (Resolución de 4-1.ª de marzo de 2003).

o) **Venezolano/Colombiana** (Resolución de 23 de abril de 2005)(Ver nota 4, abajo)

Por el contrario **NO SON ESPAÑOLES DE ORIGEN**, por corresponderles «iure sanguinis» la nacionalidad de uno de los progenitores, los nacidos en España hijos de:

a) **Angoleños** (Resoluciones de 14-1.ª de septiembre de 2004; 13-3.ª de septiembre de 2005).

b) **Argelinos** (Resoluciones de 3-4.ª de junio de 2005; 6-1.ª de junio de 2006).

b) **Bolivianos** nacidos a partir del 07/02/2009 inclusive, fecha de entrada en vigor de su nueva Constitución que modifica el artículo 141 (Ver Circular DGRN de 21 de mayo de 2009 en la página Legislación Registral - Española, de esta web)

c) **Búlgaros** (Resolución de 22-2.ª de septiembre de 2000).

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

d) **Congoleños** (Resoluciones de 15-3.ª de noviembre de 2005; 10-4.ª de abril y 19-1.ª de septiembre de 2006).

e) **Chilenos** nacidos a partir del 26 de agosto de 2005 (Ver Circular DGRN de 16 de Diciembre de 2008 en la página Legislación Registral - Española, de esta web)

f) **Dominicanos** (Resoluciones de 16-1.ª de marzo y 27-3.ª de mayo de 2005; 5-2.ª y 19-1.ª de octubre de 2006; 14-4.ª de enero de 2007).

g) **Ecuatoguineanos** (Resolución de 23-5.ª de septiembre de 2005).

h) **Ecuatorianos**, si el nacimiento se produjo durante una estancia transitoria en España de los padres (Resoluciones de 10-4.ª de septiembre de 2002; 14-3.ª de septiembre de 2005; 3-4.ª de enero de 2007) y, en todo caso, a partir del día 20 de Octubre de 2008 , fecha de entrada en vigor de su nueva Constitución. (Ver nota 5, abajo)

i) **Etíopes** (Resolución de 28-3.ª de junio de 2005).

j) **Jamaicanos** (Resolución de 6-4.ª de junio de 2006)(nota 6)

k) **Jordanos** (Resolución de 22-2.ª de marzo de 2004).(nota 7)

l) **Kazajos** (Kazajstán) (Res. de 22-1.ª de abril de 2005).

m) **Letones** (Resolución de 14-1.ª de octubre de 2005).

n) **Lituanos** (Resolución de 21-3.ª de noviembre de 2005).

ñ) **Marroquíes** :

n.1) Padre y madre marroquíes, hijo matrimonial, aunque el matrimonio contraído haya sido civil en España (Resoluciones de 7-3.ª de noviembre de 2005).

n.2) Padre y madre marroquíes, hijo no matrimonial, si existe reconocimiento paterno o se acredita la cohabitación durante el periodo probable de la concepción (Resoluciones de 31-7.ª de octubre de 2005 y 10-3.ª de febrero de 2006).

n.3) Madre marroquí y padre desconocido (Resoluciones de 23-2.ª y 31-3.ª de octubre de 2003; 26-4.ª de enero de 2004; 20-5.ª de septiembre y 14-1.ª de noviembre de 2005; 20-4.ª de marzo de 2006).(Ver nota 8, abajo)

o) **Mauritanos** (Resoluciones de 5-1.ª y 2.ª y 6-4.ª de julio de 2006)

p) **Nicaragüenses** (5-5.ª de noviembre de 2004; 17-3.ª de enero de 2006).

q) **Nigerianos** (Resoluciones de 20-3.ª de marzo y 28-3.ª y 4.ª de octubre de 2003; 8-4.ª de marzo de 2004; 21-1.ª de septiembre y 18-5.ª de noviembre de 2005; 16-4.ª de mayo y 20-4.ª de octubre de 2006).

r) **Paquistaníes** (Resolución de 22-4.ª de mayo de 2006). (nota 9)

s) **Polacos** (Resolución de 29-1.ª de noviembre de 2002).

t) **Rumanos** (Resoluciones de 23-3.ª de junio de 2003; 16-4.ª de febrero y 14-2.ª de septiembre de 2005; 22-3.ª de febrero de 2006).

u) **Rusos** (Resoluciones de 21-4.ª de octubre y 22-4.ª de noviembre de 2005).

v) **Senegaleses** (Res. de 21-3.ª de septiembre de 2005).

w) **Sierraleoneses** (Res. de 10-5.ª de septiembre de 2002).

x) **Sirios** (Resolución de 24-5.ª de noviembre de 2005).

y) **Suizos** (Resolución de 6-4.ª de junio de 2006).(nota 10)

z) **Tanzanos** (Resolución de 23-5.ª de septiembre de 2005).

aa) **Uzbekos** (Resolución de 17-2.ª de abril de 2002)

bb) **Zaireños** (Resolución de 11-3.ª de junio de 2001 y 5-2.ª de enero de 2002).

NOTAS:

(1) El hijo de padres ecuatorianos es español si su nacimiento en España tuvo lugar durante una estancia no transitoria de aquellos en España. Así resulta de la Resolución de 10-4.ª de

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

septiembre de 2002 que, por excepción, declara que no es español de origen, sino ecuatoriano, el nacido en España de padres ecuatorianos cuya estancia en España debía considerarse transitoria: el padre residía en Ecuador y la madre no estaba empadronada en España. Asimismo los hijos de ECUATORIANOS nacidos en España han dejado de ser españoles de origen a partir del 20/10/2008 inclusive , fecha de entrada en vigor de su nueva Constitución.

(2) Por el contrario no beneficia el artículo 18 del Código civil, redacción de 1990, a los saharauis que no han estado en posesión y utilización de la nacionalidad española durante diez años o no prueban haber residido en el Sahara cuando estuvo en vigor el Real Decreto de 1976, de modo que quedara imposibilitado «de facto» para optar a la nacionalidad española (Resoluciones de 5-2.ª de diciembre de 2002, 15-2.ª de marzo de 2007, entre otras muchas).

(3) Los hijos de padre suizo no casado con la madre nacidos en el extranjero no adquieren automáticamente la nacionalidad de su padre, sino que para ello es preciso un acto posterior.

(4) Si ambos progenitores son venezolanos el hijo nacido en España es venezolano. Si sólo uno de ellos lo es –caso de la Resolución– hay que residir en Venezuela o declarar la voluntad de ser venezolano para adquirir dicha nacionalidad.

(5) El hijo de padres ecuatorianos no es español si el nacimiento en España se produjo durante una estancia transitoria de sus padres.

(6) Son jamaicanos desde la fecha de su nacimiento, los nacidos en el extranjero cuando a tal fecha uno de los padres es jamaicano por nacimiento, descendencia o adquisición de la nacionalidad por matrimonio con un ciudadano de Jamaica.

(7) Para que la mujer jordana transmita la nacionalidad se requiere que el padre sea de nacionalidad desconocida y que el nacimiento haya acaecido en Jordania.

(8) Aunque la Dirección General de los Registros y del Notariado no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el supuesto de padre marroquí y madre desconocida, este caso hay que entenderlo como subsumible en este apartado ya que el artículo 6 del Dahir n.º 250- 58-1 de 6 de septiembre de 1958, relativo al Código de la nacionalidad marroquí, establece que tiene la nacionalidad marroquí de origen por filiación: «1.º El niño nacido de padre marroquí».

(9) Los nacidos fuera de Pakistán son pakistaníes si los padres hubiesen nacido en Pakistán, en otro caso, lo serán si son inscritos en el Registro Consular correspondiente.

(10) Los hijos de padre suizo no casado con la madre, nacidos en el extranjero, no adquieren automáticamente la nacionalidad de su padre, sino que para ello es preciso un acto posterior

(11) Los hijos de BOLIVIANOS nacidos en España han dejado de ser españoles de origen a partir del 07/02/2009 inclusive, fecha de entrada en vigor de su nueva Constitución que modifica el artículo 141. Ver la **Circular de 21 de Mayo de 2009 del Ministerio de Justicia respecto a los hijos de extranjeros nacidos en España** (Puede hallarse en el apartado Legislación Registral - Española de esta web)

DOCUMENTACIÓN RECOMENDABLE (Conforme al Modelo aprobrado por el Ministerio de Justicia que puede Descagarse a través del enlace L) DESCARGA DE DOCUMENTOS del apartado 'Enlaces con el Texto' situado al principio de esta página.)

1. Certificado de empadronamiento de los padres.
2. Certificado literal de nacimiento del menor. (Se expide en el Registro Civil donde nació el menor)
3. Certificado del Consulado donde conste la ley personal del país referida a los nacidos en el extranjero

4. Certificado de nacionalidad de cada uno de los padres (en su Consulado).
5. Certificado de nacimiento del padre/madre nacido en España
6. Certificado negativo de nacionalidad del nacido (Expide: Su consulado o Embajada)

D) PÉRDIDA Y CONSERVACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Art. 24 Código Civil

1. **Pierden la nacionalidad española** los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuviera atribuida antes de la emancipación. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de **conservar la nacionalidad española** al Encargado del Registro Civil

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen.

2. En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero.

3. Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, perderán, en todo caso, la nacionalidad española si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación.

4. No se pierde la nacionalidad española, en virtud de lo dispuesto en este precepto, si España se hallare en guerra.

Art. 25 Código Civil

1. Los españoles **que no lo sean de origen** perderán la nacionalidad:
a. Cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales.
b. Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo público en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

2. La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española, produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe.
La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años.

E) RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Recuperación

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Art. 26 Código Civil

1. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos:
   a. Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurran circunstancias excepcionales.
   b. Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española.
   c. Inscribir la recuperación en el Registro Civil.
2. No podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno, los que se encuentren incursos en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 25

¿DÓNDE DEBE PRESENTARSE LA DOCUMENTACIÓN?

La solicitud y documentación deberá presentarla ante el Registro Civil o Consular donde el solicitantes tenga su domicilio.

PRIMER SUPUESTO: RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR PARTE DE EMIGRANTES E HIJOS DE EMIGRANTES. Conforme al criterio sentado por la DGRN en resoluciones, entre otras, de 27 de febrero de 1997; 6 de junio de 2002; 3 de julio de 2002 y 15 de septiembre de 2003, 'a los efectos de la recuperación de la nacionalidad española, **es emigrante el nacido en España que ha adquirido la nacionalidad española, trasladado su domicilio al extranjero y adquirido otra nacionalidad, sin necesidad de investigar los motivos de la emigración ni los de la adquisición de la nacionalidad extranjera**. Este concepto amplio del término emigración es el que ha seguido siempre este Centro Directivo ya para las Leyes 51/1982, de 13 de julio y 18/1990, de 17 de diciembre y no hay motivos para seguir otro criterio respecto de la redacción del artículo 26 del Código, a partir de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre.'

En aplicación de la doctrina sentada por la DGRN y lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil, se entiende que los hijos de emigrantes perdieron también la nacionalidad española POR RAZÓN DE EMIGRACIÓN, por lo que, para recuperarla, tanto a los emigrantes como a sus hijos, NO LES HACE FALTA ser residentes en España ni, por lo tanto, la TARJETA DE RESIDENCIA.

La condición de hijo de inmigrante debe alegarse en el momento de levantar el acta de recuperación de la nacionalidad española ante el Encargado del Registro Civil o Consular de su domicilio. Se sobreentiende que su padre fue al extranjero a ejercer la profesión que consta en su partida de nacimiento.

SEGUNDO SUPUESTO: RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DESPUES DE HABER ADQUIRIDO OTRA VOLUNTARIAMENTE.

REQUISITO ESENCIAL: Tener la **Residencia Legal en España**. No obstante tal requisito podrá ser dispensado por el Ministerio de Justicia cuando concurran circunstancias excepcionales

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

DOCUMENTACIÓN RECOMENDABLE:

- Fotocopia de la tarjeta de residencia
- Certificación literal de nacimiento
- Certificado de empadronamiento.

El expediente DE HABILITACION Y DISPENSA del requisito de la RESIDENCIA LEGAL, antes mencionado, que se inicia con una solicitud, debe presentarse la siguiente documentación:

1. - Certificado literal de nacimiento del interesado
2. - Certificado de empadronamiento
3. - Certificado de antecedentes penales españoles
4. - Certificado de antecedentes penales de su país
5. - Certificado de inscripción consular
6. - Certificado Consular con expresión de cuando adquirió el interesado la nacionalidad extranjera.

E) OTROS SUPUESTOS DE INSCRIPCION DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA EN EL REGISTRO CIVIL CENTRAL

1) INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL CENTRAL DEL NACIMIENTO DE UN ESPAÑOL NACIDO EN EL EXTRANJERO Y NO INSCRITO EN SU DÍA EN EL CORRESPONDIENTE REGISTRO CONSULAR

DOCUMENTACIÓN RECOMENDABLE

- Certificado literal de nacimiento del nacido, legalizado y traducido en su caso.
- Certificado literal de nacimiento del progenitor/es español/es del nacido, legalizado y traducido en su caso.
- Certificado de empadronamiento o convivencia de los padres.
- DNI o pasaporte español de los padres o del padre/madre español (fotocopia)
- En su caso pasaporte del progenitor extranjero (fotocopia)
- En su caso, certificado literal de matrimonio de los padres, legalizado y traducido caso de haberse producido fuera de España
- En su caso, Libro de familia (fotocopia)

2) INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL CENTRAL DEL NACIMIENTO DE MUJER EXTRANJERA CASADA CON ESPAÑOL ANTES DEL AÑO 1975 Y QUE NUNCA HAYA ESTADO PROVISTA DE DOCUMENTACION ESPAÑOLA.

REQUISITO ESENCIAL: **Estar provista de Tarjeta de Residencia**. No importa por que tiempo.

DOCUMENTACIÓN RECOMENDABLE:

- Fotocopia Tarjeta de Residencia.
- Certificado de Nacimiento de la interesada, legalizado y traducido.
- Certificado literal de nacimiento del marido español.
- Fotocopia del D.N.I. del marido español.
- Fotocopia del libro de Familia (asiento matrimonio)
- Certificado de Empadronamiento.

F) LA INSCRIPCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. LUGAR DONDE PUEDE PRACTICARSE Y

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

EFECTOS

Hasta hace poco tiempo la inscripción de la concesión de la nacionalidad española para un extranjero no nacido en España se llevaba a cabo en el Registro Civil Central de Madrid, pero la MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY DE 8 DE JUNIO DE 1957, REGULADORA DEL REGISTRO CIVIL ha alterado este régimen, otorgando a los interesados la posibilidad de que soliciten la inscripción, bien en el **Registro Civil Central**, como antes, bien ante el **Registro Civil del domicilio en el que se haya instruido el expediente registral**, que puede coincidir o no con el del domicilio del interesado/a en el momento de irse a practicar la inscripción; y así el artículo 16 LRC queda modificado en el siguiente sentido:

«Igualmente, en las inscripciones de nacimiento que sean consecuencia de la adquisición de la nacionalidad española por ciudadanos cuyo lugar de nacimiento sea un país extranjero, los interesados podrán solicitar, en el momento de levantarse el acta de juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes, que se extienda la inscripción de nacimiento en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio en el que se haya instruido el oportuno expediente registral.

El Registro Civil en el que se practique la inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero conforme a lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo, comunicará dicha inscripción al Registro Civil Central, que seguirá siendo competente para todos los demás actos de estado civil que afecten al inscrito.»

En los supuestos de adquisición de nacionalidad por parte de ciudadanos extranjeros, en caso de optar por la competencia del Registro Civil municipal, la solicitud se habrá de formalizar necesariamente ante el Registro Civil en que se instruyó el oportuno expediente, cualquiera sea el domiciliodel interesado en el momento de levantarse el posterior acta de juramento o promesa de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las Leyes. Este mismo Registro será competente para la tramitación y, en su caso, inscripción de nacimiento por opción u opciones que traigan causa de un expediente de nacionalidad por residencia.

EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.- Como señala la Resolución de la DGRN de 14 de junio de 2005, la inscripción registral de las naturalizaciones o adquisiciones sobrevenidas de nacionalidad **por razón de residencia** tienen carácter constitutivo. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 330 del Código Civil, conforme al cual «**No tendrán efecto *alguno* legal las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro**, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubiesen sido concedidas».

Por el contrario el párrafo tercero del artículo 64 de la Ley del Registro Civil, tras fijar las reglas determinativas de quién es el funcionario competente para recibir y documentar en acta tales declaraciones, añade que «**Se considerará fecha de la inscripción, a partir de la cual surten sus efectos tales declaraciones, la del acta que constará en dicho asiento** ».

Pero este precepto, en cuanto establece una retroactividad de la fecha de la inscripción a la fecha de la declaración, constituye una **regla especial aplicable exclusivamente a los casos de opción, conservación y recuperación de la nacionalidad**, pero resulta impertinente, por el contrario, su aplicación a otros supuestos como el de la adquisición de la nacionalidad por residencia, en el que, como se ha indicado, dicha adquisición sólo surtirá efecto desde la fecha de la inscripción en el Registro Civil (cfr. art. 330 C.C.)

No obstante lo anteriormente expuesto, las Resoluciones de la DGRN de 29 de marzo de 2006 (BOE 128/2006) y 19 de enero de 2007 han flexibilizado este criterio en el sentido

siguiente: "*una vez extendida la inscripción en el Registro Civil competente de la adquisición de la nacionalidad española por residencia, su eficacia, por aplicación del párrafo tercero del artículo 64 de la Ley del Registro Civil en relación con el artículo 224 de su Reglamento, se retrotrae a la fecha del acta de juramento o promesa, porque éste es el momento en el que el adquirente ha agotado la actividad fundamental a él exigida (cfr. Resoluciones de 18-6.ª de septiembre de 1993 y 5 de septiembre de 1994, entre otras)*".

H) SOBRE EL DERECHO A OPTAR A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR LOS HIJOS DE ESPAÑOLES DE ORIGEN Y LOS NIETOS DE LOS QUE LA PERDIERON O RENUNCIARON A ELLA A CAUSA DEL EXILIO. DISPOSICIÓN ADICIONAL 7ª DE LA LEY 52/2007, DENOMINADA DE MEMORIA HISTÓRICA.

El BOE 285/2008, de 26 de noviembre, publicó la INSTRUCCIÓN de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura (B.O.E. de 27 de diciembre) establece, en su Disposición Adicional séptima, la posibilidad de adquirir por opción la nacionalidad española de origen para las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y para los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. La entonces inminente entrada en vigor de la Disposición Adicional citada, llevó a la DGRN a dictar las directrices sobre el ejercicio y alcance de este derecho, así como las normas de procedimiento precisas para agilizar la tramitación de solicitudes en los Registros Civiles. Las posibles dudas que se planteen a los Encargados de los Registros Civiles españoles en cuanto al alcance e interpretación del ámbito de aplicación de la mencionada Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, sobre los supuestos incluidos o excluidos de la misma, o sobre los requisitos que deben reunir los optantes, se resolverán -afirmaba- con arreglo al cuerpo de doctrina que se contiene en la mencionada Instrucción, que se puede encontar en el apartado 'Legislación' - 'Legislación Española' de esta web.

FORMA Y LUGAR DE PRESENTAR LAS SOLICITUDES. MODELOS Y REQUISITOS

Las solicitudes podrán presentarse en el Ministerio de Justicia, así como en el Registro Civil Municipal o Consular del domicilio del interesado.

Para obtener los modelos de solicitud, los requisitos para su presentación, documentos a aportar, plazos, recursos y obtención de certificados de nacimientos españoles consulte la página del Ministerio de Justicia: www.leymemoria.mjusticia.es

CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A LOS VOLUNTARIOS INTEGRANTES DE LAS BRIGADAS INTERNACIONALES

Por otra parte, el BOE 277/2008, de 17 de noviembre, publicó también el Real Decreto 1792/2008, de 3 de noviembre, sobre concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

El sentido de la disposición era el siguiente: El Real Decreto 39/1996, de 19 de enero, sobre concesión de la nacionalidad española a los combatientes de las Brigadas Internacionales en la Guerra Civil española, pretendió reconocer en aquella fecha la labor de defensa de la libertad y de los principios democráticos que llevaron a cabo los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales en la Guerra Civil Española. Se arbitró la concesión de la nacionalidad española a través de la carta de naturaleza prevista en el apartado primero del artículo 21 del Código civil, y se consideró que concurrían circunstancias excepcionales «en los voluntarios integrantes de las de las Brigadas Internacionales que hayan participado en la contienda en territorio español durante la guerra civil de 1936 a 1939». Sin embargo, el acceso a la nacionalidad española por carta de naturaleza está sujeto -por mandato expreso del artículo 23 b) del Código-a la declaración de renuncia del interesado a su anterior nacionalidad. Esta renuncia debe formalizarse, de acuerdo con el artículo 224 del Reglamento del Registro Civil, mediante comparecencia ante el funcionario competente en el plazo de ciento ochenta días posteriores a la notificación de la concesión de la nacionalidad. Esta exigencia llevó a un buen número de brigadistas a no hacer efectiva la adquisición de la nacionalidad española y a que, por lo tanto, un buen número de solicitudes fueran archivadas por haber transcurrido el plazo previsto en el Real Decreto 39/1996, de 19 de enero. Consciente el legislador actual del rigor de la exigencia de renunciar a la anterior nacionalidad, el artículo 18 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, **exime del requisito de la renuncia a la anterior nacionalidad** al colectivo integrado por las Brigadas Internacionales.

Este Real Decreto también se puede encontar en el apartado 'Legislación' - 'Legislación Española' de esta web.

L) DESCARGA DE DOCUMENTOS

A. **Solicitud de adquisición de NACIONALIDAD POR RESIDENCIA.** Descargar MODELO OFICIAL de SOLICITUD (Mº de JUSTICIA) (PDF)

B. **Solicitud para la declaración con VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN de la nacionalidad española.** Descargar MODELO OFICIAL de SOLICITUD (Mº de JUSTICIA) (PDF)

C. **Solicitud para la adquisición de nacionalidad española por CARTA DE NATURALEZA.** Descargar MODELO OFICIAL de SOLICITUD (Mº de JUSTICIA) (PDF)

Página revisada el 02/12/2009

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR EL IMPRESO

GENERALES:

- El documento deberá cumplimentarse a máquina o con letras mayúsculas, sin enmiendas ni tachaduras.
- No escribir en los espacios correspondientes a los recuadros punteados.

ESPECÍFICAS:

1.- DATOS DEL SOLICITANTE:

- **Nombre y apellidos del solicitante:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos.
- **Fecha de Nacimiento:** En los recuadros establecidos al efecto y con el número de dígitos que se piden se consignará la fecha de nacimiento.
- **Localidad y país de nacimiento:** Se indicarán la localidad y el país en que ha nacido.
- **Nacionalidad:** Se consignará la nacionalidad que posea el solicitante. En el supuesto de que no se tenga ninguna se indicará "apátrida".
- **Número de Identificación de extranjeros (NIE):** Se indicará el número correspondiente.
- **Residencia en España:** Se indicará el año de inicio de la residencia legal en España del solicitante.
- **Otros nombres:** Se marcará con una "X" la opción que corresponda. En caso afirmativo se consignarán el nombre y apellidos del resto.
- **Estado civil:** Marcará con una "X" la opción en que se encuentre el solicitante.
- **Datos del cónyuge (En el caso de estar casado):**
  - **Nombre y apellidos:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos del cónyuge.
  - **Nacionalidad:** Se consignará la nacionalidad que posee el cónyuge. En el supuesto de que no tenga ninguna se indicará "apátrida".
- **Datos de los hijos menores de edad (En su caso):**
  - **Nombre y apellidos:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos de la totalidad de hijos menores de edad del solicitante.
  - **Fecha de nacimiento:** Se consignará la fecha de nacimiento(dd/mm/aaaa) de los hijos relacionados.
  - **Lugar de nacimiento:** Se reflejarán el lugar y país de nacimiento de los hijos relacionados.

2.- DOMICILIO DEL SOLICITANTE:

- **Avda., calle o plaza:** Se consignará el tipo de vía (avenida, calle, plaza, etc.) con la denominación y número que al mismo corresponde.
- **Localidad y provincia:** Se indicarán la localidad correspondiente al domicilio y la provincia a que pertenece. En el supuesto de que la localidad sea entidad inferior a municipio, se reflejará su denominación (concejo, pedanía, aldea, barrio, parroquia, caserío, etc.), cuando sea necesario para su correcta identificación. Las denominaciones se escribirán completas y sin abreviaturas.
- **Código postal:** Se consignará el código postal correspondiente al domicilio indicado.
- **Teléfono fijo:** Se reflejará el número de teléfono, incluidos los prefijos que correspondan, del solicitante.
- **Teléfono móvil:** Se indicará el número de teléfono móvil del solicitante.
- **Correo electrónico:** Se consignará la dirección de correo electrónico del solicitante. En este supuesto se podrá escribir en minúscula si así corresponde.

3.- DATOS RELATIVOS A LA SOLICITUD :

- Documentos que se aportan: Se marcarán con una "X" los documentos que se aportan de los que figuran expresamente en la solicitud.
- Los documentos deberán ser originales o, en su caso, copias compulsadas. En el recuadro de "Otros documentos" se consignarán en las líneas establecidas para ello, los demás documentos que se acompañen.
- Tal como se indica en el modelo, cuando no se preste consentimiento para la comprobación de los datos de empadronamiento a través del Sistema de Verificación Oficial, se deberá aportar certificado de empadronamiento.
- Si el interesado estuviese casado con un español, deberá aportar el certificado de matrimonio expedido por el Registro Civil español.
- Si el interesado, en caso de ser mayor de edad, no consiente en que la Dirección General de los Registros y del Notariado acceda a los datos a su nombre que consten, en su caso, en el Registro Central de Penados y Rebeldes, deberá aportar el Certificado expedido por dicho Registro junto con el resto de la documentación.

LUGAR Y FECHA: Se consignarán el lugar y fecha en que se cumplimenta el impreso.

FIRMA: Se firmará el impreso de solicitud.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE DE NACIONALIDAD Y ESTADO CIVIL

SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

1. DATOS DEL SOLICITANTE

Nombre | Primer apellido | Segundo apellido

Fecha de nacimiento: día mes año | Localidad | País | Nacionalidad

Número de identificación de extranjeros (NIE) | Reside en España desde el año

¿Tiene otros nombres? SI NO En caso afirmativo, indíquelos:

Nombre (2.º) | Primer apellido | Segundo apellido

Nombre (3.º) | Primer apellido | Segundo apellido

Estado civil (Rellene con una X la opción que corresponda):

Soltero/a Casado/a (*) Viudo/a Separado/a Divorciado/a

* En el caso de estar casado/a, indique los datos del cónyuge

Nombre | Primer apellido | Segundo apellido

Nacionalidad

En el caso de que tuviese hijos menores de edad:

Nombre	Apellidos	Fecha de nacimiento	Lugar de nacimiento

2. DOMICILIO DEL SOLICITANTE

Avda., calle o plaza:

Localidad | Provincia | Código postal

Teléfono fijo | Teléfono móvil | Correo electrónico

Dirección de correo electrónico:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

3. DATOS RELATIVOS A LA SOLICITUD

SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA *al amparo de lo establecido en los artículos 21 y 22 del Código Civil, artículos 63 y 97 de la Ley del Registro Civil y el artículo 265 del Reglamento del Registro Civil*

A esta solicitud se acompañan los siguientes documentos (Rellene con una ☒ los documentos que se aportan):

Consiento ☐ Sí ☐ No en la comprobación de mis datos de empadronamiento a través del Sistema de Verificación Oficial (R.D. 523/2006, de 28 de abril). (Tachar lo que no proceda)

☐ En caso negativo, deberá aportar certificado de empadronamiento

☐ Autorización judicial para actuar en representación del menor o incapaz

☐ Certificado de nacimiento

☐ Certificado de matrimonio

☐ Certificado literal de nacimiento del cónyuge español

☐ Certificado de nacimiento de los hijos menores de edad

☐ Certificado de antecedentes penales del país de origen, o de conducta expedido por el Consulado

☐ Documentos acreditativos de los medios de vida para residir en España

☐ Tarjeta de residencia

☐ Pasaporte

Otros documentos:

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

☐ Consiento en que la Dirección General de los Registros y del Notariado acceda a los datos a mi nombre que consten, en su caso, en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Lugar y fecha	Firma

SR./SRA. MINISTRO DE JUSTICIA

MINISTERIO DE JUSTICIA

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MODELO DE SOLICITUD DE PRESUNCIÓN DE NACIONALIDAD

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTO CIVIL DE:

Don: _____

Hijo de: _____ y de _____

Nacido en: _____ País nacimiento: _____

Fecha nacim.: _____ Estado civil: _____

Nacionalidad: _____ Vecino de: _____

Domicilio: _____

CP: _____ Doc. identificador: _____

Tel: (opcional) _____ E-mail: (opcional) _____

y Doña: _____

Hija de: _____ y de _____

Nacido en: _____ País nacimiento: _____

Fecha nacim.: _____ Estado civil: _____

Nacionalidad: _____ Vecino de: _____

Domicilio: _____

CP: _____ Doc. identificador: _____

SOLICITAN:

Por medio del presente escrito y al amparo de lo dispuesto en los artículos 96-2 de la Ley del Registro Civil, en relación con el artículo 17-1-C del Código Civil, solicitan la incoación de expediente registral para obtener la declaración, con valor de simple presunción, de la nacionalidad española de origen de su hijo/a:

Nombre: _____

Localidad nacim.: _____ Provincia nacim.: _____

Fecha nacim.: _____

Su petición se basa en primer término en que, conforme a lo dispuesto en el artículo 335 y siguientes del Reglamento del Registro Civil, la competencia para resolver el expediente corresponde al Juez-Encargado del Registro Civil del domicilio y, en segundo lugar, debido a que la legislación correspondiente a la nacionalidad de los padres no atribuye al nacido dicha nacionalidad.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos anteriormente mencionados, (conforme a lo exigido por el artículo 221 del RRC.)

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MODELO DE SOLICITUD DE PRESUNCIÓN DE NACIONALIDAD

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN:

Tales extremos se acreditan con la documentación que se adjunta:

- ☐ Certificado de empadronamiento de los padres.
- ☐ Certificado literal de nacimiento del menor. (en el Registro Civil donde nació el menor).
- ☐ Certificado de nacionalidad de cada uno de los padres (en su Consulado).
- ☐ Certificado del Consulado donde conste la ley personal del país referida a los nacidos en el extranjero.
- ☐ Certificado del Consulado respectivo de los padres referido a la no inscripción del menor en el mismo.
- ☐ Certificado de nacimiento del padre/madre nacido en España.
- ☐ Otros documentos: .....

En ..... a ..... de ..... de .....

Firma:

INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR EL IMPRESO

1. Todos los documentos excepto las partidas de nacimiento caducan a los tres meses.
2. Los expedientes se presentarán por el padre y la madre del menor y no es necesaria la presencia del mismo.

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR CARTA DE NATURALEZA

INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR EL IMPRESO

GENERALES:

- El documento deberá cumplimentarse a máquina o con letras mayúsculas, sin enmiendas ni tachaduras.
- No escribir en los espacios correspondientes a los recuadros sombreados.

ESPECIFICAS:

1.- **DATOS DEL SOLICITANTE:**

- **Nombre y apellidos del solicitante:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos.
- **Hijo/a de:** Se consignará el nombre del padre.
- **Y de:** Se reflejará el nombre de la madre.
- **Fecha de nacimiento:** En los recuadros establecidos al efecto y con el número de dígitos que se piden se consignará la fecha de nacimiento.
- **Localidad y país de nacimiento:** Se indicarán la localidad y el país en que ha nacido.
- **Nacionalidad:** Se consignará la nacionalidad que posea el solicitante. En el supuesto de que no se tenga ninguna se indicará "apátrida".
- **Pasaporte, Tarjeta de residencia Nº.:** Se marcará con una "X" el tipo de documento de documento identificativo que corresponda y se consignará su número.
- **Datos del cónyuge (En el caso de estar casado):**
  - **Nombre y apellidos:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos del cónyuge.
  - **Nacionalidad:** Se consignará la nacionalidad que posea el cónyuge. En el supuesto de que no tenga ninguna se indicará "apátrida".
- **Datos de los hijos menores de edad:**
  - **Nombre y apellidos:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos de la totalidad de hijos menores de edad del solicitante.
  - **Fecha de nacimiento:** Se consignará la fecha de nacimiento (dd/mm/aaaa) de los hijos relacionados.
  - **Lugar de nacimiento:** Se reflejarán el lugar y país de nacimiento de los hijos relacionados.

2.- **DOMICILIO DEL SOLICITANTE:**

- **Avda., calle o plaza:** Se consignará el tipo de vía (avenida, calle, plaza, etc.) con la denominación y número que al mismo corresponda.
- **País:** Se indicará el país en que se encuentra ubicado el domicilio.
- **Localidad y provincia:** Se indicarán la localidad correspondiente al domicilio y la provincia a que pertenece. En el supuesto de que la localidad sea entidad inferior a municipio, se reflejará su denominación (concejo, pedanía, aldea, barrio, parroquia, caserío, etc.), cuando sea necesario para su correcta identificación. Las denominaciones se escribirán completas y sin abreviaturas.
- **Código postal:** Se consignará el código postal correspondiente al domicilio indicado.
- **Teléfono fijo:** Se reflejará el número de teléfono, incluidos los prefijos que correspondan, del solicitante.
- **Teléfono móvil:** Se indicará el número de teléfono móvil del solicitante.
- **Correo electrónico:** Se consignará la dirección de correo electrónico del solicitante. En este supuesto se podrá escribir en minúscula el así correspondiente.

3.- **CONTENIDO:**

- **Nacionalidad del progenitor:** Se indicará la nacionalidad del padre del solicitante. En el supuesto de que no tenga ninguna se indicará "apátrida".
- **Circunstancias excepcionales por las que se solicita la nacionalidad española:** Se expondrán brevemente, en el espacio establecido al efecto, las circunstancias que motivan, a juicio del solicitante, la solicitud efectuada.
- **Opción de vecindad civil:** Se marcará con una "X" la vecindad civil por la que se opta.
- **Requisitos de juramento/promesa y renuncia previstos:** Se marcará con una "X" la opción u opciones que correspondan.
- **Documentos que se aportan:** Se marcarán con una "X" los documentos que se aportan de los que figuran expresamente en la solicitud. En el recuadro de "Otros documentos" se consignarán en las líneas establecidas para ello, los demás documentos que acompaña a la solicitud.

4.- **DATOS RELATIVOS A LA NOTIFICACIÓN:**

- El solicitante consignará con una "X" el medio preferente para la notificación de entre los indicados expresamente en el impreso (fax, correo electrónico, servicio postal y mensajería). Cuando el medio preferente no fuere ninguno de estos, se marcará el apartado de "Otros", indicándose a continuación el mismo.
- Como lugar para primer domicilio de notificación se señalará con una "X" la opción elegida entre las existentes en el impreso (domicilio particular, domicilio laboral y otro domicilio). A continuación, indicará los datos relativos al domicilio elegido, teniendo en cuenta lo siguiente:
  - **Avda., calle o plaza, localidad, provincia y país:** Se seguirán las mismas instrucciones de cumplimentación que las indicadas para estos datos en el apartado 2 "Domicilio del solicitante".
  - **Código postal:** Se consignarán los dígitos correspondientes al código postal del domicilio indicado.
  - **Provincia:** Se indicará la provincia a que pertenece el domicilio indicado.
  - **País:** Se señalará el país al que pertenece el domicilio indicado.
  - **Teléfono nº:** Se reflejarán el prefijo y número telefónico que correspondan.
- En el supuesto de que se quiera facilitar un segundo domicilio de notificación, las instrucciones de cumplimentación son igualmente válidas para éste.

LUGAR Y FECHA: Se consignarán el lugar y fecha en que se cumplimenta el impreso.

FIRMA: Se firmará el impreso de solicitud.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

MINISTERIO
DE JUSTICIA

DIRECCIÓN GENERAL DE
LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE
DE NACIONALIDAD Y
ESTADO CIVIL

SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR CARTA DE NATURALEZA

1. DATOS DEL SOLICITANTE

Nombre | Primer apellido | Segundo apellido

Hijo de: | Y de:

Fecha de nacimiento (Día / Mes / Año) | Localidad | País | Nacionalidad

☐ Pasaporte ☐ Tarjeta de Residencia Nº

En el caso de estar casado/a, indique aquí los datos del cónyuge:

Nombre | Primer apellido | Segundo apellido

Nacionalidad

En el caso de que tuviese hijos menores de edad:

Nombre	Apellidos	Fecha de nacimiento	Lugar de nacimiento

2. DOMICILIO DEL SOLICITANTE

Avda., calle o plaza:

País | Localidad | Provincia | Código postal

Teléfono fijo | Teléfono móvil | E-Mail

dirección correo electrónico:
[illegible]@mjusticia.es

PZA. JACINTO BENAVENTE, 3
28012 MADRID
TEL.: 91389 59 76
FAX: 91389 54 40

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

3. CONTENIDO

Por medio del presente escrito, al amparo del artículo 21 del Código Civil, solicita la incoación del expediente para la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, indicando, a efectos previstos en el artículo 220 del R.R.C. lo siguiente:

QUE LA NACIONALIDAD DE SU PROGENITOR ES: _____

QUE NO ESTÁ PROCESADO Y CARECE DE ANTECEDENTES PENALES.

QUE LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES POR LAS CUALES SOLICITA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA SON:

QUE DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 15 DEL CÓD. CIVIL, SE DECLARA LA OPCIÓN POR LA VECINDAD CIVIL:

☐ Común	☐ Dº Civil de Islas Baleares	☐ Dº Civil Foral de Navarra
☐ Foral del País Vasco	☐ Dº de Galicia	☐ Fuero del Baylío
☐ Dº Civil de Cataluña	☐ Dº Civil de Aragón	☐ Tierra de Ayala

PROMETE CUMPLIR EN SU DÍA LOS REQUISITOS DE JURAMENTO O PROMESA Y RENUNCIA PREVISTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL:

☐ Renuncia a la nacionalidad anterior (excepto en los supuestos previstos en los artículos 23 y 24 del Código Civil)

☐ Obediencia a la Constitución Española y a las leyes.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos anteriormente mencionados, conforme a lo exigido por el artículo 221 del R.R.C.

En virtud de lo expuesto, se solicita la admisión del escrito y los documento adjuntos y la incoación del oportuno expediente.

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN

Tales extremos se acreditan con la documentación que se adjunta: (*)

(*)*Los documentos deberán ser originales.*

☐ Certificado literal de nacimiento, legalizado y, en su caso, traducido. Además, si está casado/a, certificado original de matrimonio, legalizado y, en su caso, traducido; y si el cónyuge es español/a, certificado literal de nacimiento del mismo.

☐ Documentos acreditativos de los motivos por los cuales solicita la nacionalidad española.

☐ Otros documentos: .....

.....

.....

.....

.....

PZA. JACINTO BENAVENTE, 3
28012 MADRID
TEL: 91389 54 39
FAX: 91389 54 40

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

4. DATOS RELATIVOS A LA NOTIFICACIÓN (*) *(Rellene con una ☒ la opción elegida)*

(*) Rellenar sólo en el caso de que sea distinto a su domicilio.

A los efectos de notificación, el interesado señala como medio preferente:

N.º de fax: ..... Correo electrónico: ..... ☐ Servicio postal ☐ Mensajería: .....

Otros (indíquese): .....

y como lugar:

Primer domicilio de notificación: ☐ Domicilio particular ☐ Domicilio laboral ☐ Otro domicilio

Avda., calle o plaza: ..... Localidad: ..... Código postal: .....

Provincia: ..... País: ..... Teléfono nº: .....

Segundo domicilio de **notificación:** ☐ Domicilio particular ☐ Domicilio laboral ☐ Otro domicilio

Avda., calle o plaza: ..... Localidad: ..... Código postal: .....

Provincia: ..... País: ..... Teléfono nº: .....

Lugar y fecha	Firma

SR./SRA.: MINISTRO DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

19035 *MODIFICACIÓN del artículo 9 sexies del Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de marcas, Madrid, 27 de junio de 1989 (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» n.º 276, de 18 de noviembre de 1995), adoptada por la 38 sesión de la Asamblea de la Unión de Madrid el 12 de noviembre de 2007.*

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI)

NOTIFICACIÓN MADRID (MARCAS) N.º 178

Protocolo concerniente al arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas

Modificación del Protocolo de Madrid

El Director general de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) presenta saludos y de conformidad con lo establecido en el artículo 16(5) del Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989 [«Protocolo de Madrid (1989)»], tiene el honor de remitir adjunta una copia del texto de las modificaciones del artículo 9 sexies del Protocolo de Madrid, tal como fueron adoptadas, el 12 de noviembre de 2007, por la Asamblea de la Unión en Madrid en su trigésimo octava sesión (17.ª sesión ordinaria). El texto modificado de la disposición del Protocolo de Madrid entrará en vigor el 1 de septiembre de 2008.

17 de marzo de 2008 (Rúbrica ilegible).

PROTOCOLO CONCERNIENTE AL ARREGLO DE MADRID RELATIVO AL REGISTRO INTERNACIONAL DE MARCAS ADOPTADO EN MADRID EL 27 DE JUNIO DE 1989 Y MODIFICADO EL 3 DE OCTUBRE DE 2006 (Y EL 3 DE OCTUBRE DE 2007)

Artículo 9 sexies. Relaciones entre los Estados parte tanto en el presente Protocolo como en el Arreglo de Madrid (Estocolmo)

1) a) En lo que atañe a las relaciones entre los Estados parte tanto en el presente Protocolo como en el Arreglo de Madrid (Estocolmo), sólo será aplicable el presente Protocolo.

b) No obstante lo dispuesto en el apartado a), toda declaración hecha en virtud de los artículos 5.2).b), 5.2.c) o del artículo 8.7) del presente Protocolo por un Estado parte tanto en el presente Protocolo como en el Arreglo de Madrid (Estocolmo) no surtirá efecto en las relaciones que tenga con otro Estado parte tanto en el presente Protocolo como en el Arreglo de Madrid (Estocolmo).

2. Al expirar un período de tres años a partir de la entrada en vigor del 1 de septiembre de 2008, la Asamblea examinará la aplicación del párrafo 1).b) y podrá, en cualquier momento posterior, derogar lo dispuesto en ese párrafo o restringir su alcance, por mayoría de tres cuartos. En la Asamblea sólo tendrán derecho a participar en la votación aquellos Estados que sean parte tanto en el Arreglo de Madrid (Estocolmo) como en el presente Protocolo.

El texto modificado de la disposición del Protocolo de Madrid entró en vigor el 1 de septiembre de 2008.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 12 de noviembre de 2008.–El Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Antonio Cosano Pérez.

MINISTERIO DE JUSTICIA

19036 *INSTRUCCIÓN de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.*

La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura (B.O.E. de 27 de diciembre) establece, en su Disposición Adicional séptima, la posibilidad de adquirir por opción la nacionalidad española de origen para las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y para los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

La inminente entrada en vigor de la Disposición Adicional citada, ha llevado a este Centro Directivo, en uso de las facultades que tiene atribuidas, a dictar mediante la presente Instrucción las siguientes directrices sobre el ejercicio y alcance de este derecho, así como las normas de procedimiento precisas para agilizar la tramitación de solicitudes en los Registros Civiles.

Las posibles dudas que se planteen a los Encargados de los Registros Civiles españoles en cuanto al alcance e interpretación del ámbito de aplicación de la mencionada Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, sobre los supuestos incluidos o excluidos de la misma, o sobre los requisitos que deben reunir los optantes, se resolverán con arreglo al cuerpo de doctrina que se contiene en la presente Instrucción.

Primera.–Conforme a la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, podrán optar a la nacionalidad española de origen las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español, así como aquellas cuyo abuelo o abuela español hubiera perdido o tenido que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. En ambos casos será necesario que formalicen la declaración de opción en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la citada Disposición Adicional sin perjuicio de la posibilidad de prórroga de dicho plazo, por un año más, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros.

Segunda.–La solicitud-declaración de opción se presentará por los interesados ajustada a los modelos oficiales previstos en los anexos I y II de esta Instrucción, junto con la documentación de que dispongan, acreditativa de los requisitos legales exigidos en cada caso. Si el interesado no dispone de alguna de las certificaciones registrales necesarias, podrá solicitarla en el mismo modelo oficial de solicitud de opción, la cual será tramitada por vía de auxilio registral por las Oficinas y en la forma prevista en el anexo V de esta Instrucción.

Tercera.–La solicitud-declaración se presentará ante el Encargado del Registro Civil español, Consular o Municipal, correspondiente al lugar del domicilio del interesado. De la declaración se levantará acta por duplicado, uno de cuyos ejemplares se remitirá al Registro Civil español, Consular o Municipal, correspondiente al lugar de su nacimiento. Una vez recibido uno de los ejemplares del acta en este último Registro Civil, se procederá a la práctica de la inscripción principal de nacimiento del interesado y de la inscripción marginal de su nacionalidad española de origen, conforme a las normas generales que rigen tales inscripciones.

Cuarta.–Los modelos de actas y diligencias quedan aprobados en los términos que figuran en los anexos I, II

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

y IV de esta Instrucción. Los asientos de inscripción principal de nacimiento y marginal de nacionalidad se extenderán con sujeción a los modelos oficiales.

Quinta.–Excepto en su plazo especial, estas opciones quedan sometidas a las condiciones exigidas por los artículos 20 y 23 del Código Civil, salvo a la renuncia a la nacionalidad anterior. En todo lo relativo al régimen de autorización previa para optar en representación de un menor de edad o incapacitado, plazo de caducidad de la opción, opción por una vecindad civil común o foral, promesa o juramento de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las leyes, los Encargados del Registro Civil que formalicen el acta de opción habrán de tener en cuenta los criterios y las consideraciones jurídicas que se contienen en esta Instrucción.

Sexta.–Los hijos menores de edad no emancipados de las personas que opten a la nacionalidad española de origen en virtud de cualquiera de los dos apartados de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, podrán optar, a su vez, por la nacionalidad española no de origen, conforme al artículo 20.1.a) del Código Civil. Por el contrario, los hijos mayores de edad de aquellas personas no pueden ejercer esta opción, por no haber estado sujetos a la patria potestad de un español, ni tampoco pueden ejercer la opción del apartado 1 de la citada Disposición Adicional.

Séptima.–Las personas que, siendo hijos de español o española de origen y nacidos en España, hubiesen optado a la nacionalidad española no de origen en virtud del artículo 20.1.b) del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, podrán ahora acogerse igualmente a la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007 a fin de obtener la nacionalidad española de origen, formalizando una nueva declaración de opción durante el plazo de vigencia de la citada Disposición Adicional. Estos interesados estarán exentos de aportar la documentación ya presentada que sirvió de base para obtener la nacionalidad española no originaria.

La solicitud de la nacionalidad española de origen que deberán formular estos interesados se ajustará al modelo incorporado como anexo III.

La aplicación de las anteriores directrices se sujetará a los siguientes criterios:

I. *Naturaleza y características del derecho de opción a la nacionalidad española*

La opción es un modo de adquirir la nacionalidad española que requiere la voluntad expresa de la persona interesada, formulada ante el órgano o empleado público designado en la Ley, en este caso los Encargados de los Registros Civiles Municipales y Consulares. Si el artículo 20 del Código Civil configura el derecho a optar a la nacionalidad española como un modo de adquisición derivativo, en la regulación contenida en la precitada Disposición Adicional séptima, el legislador dispensa un tratamiento jurídico más beneficioso, al atribuir la cualidad de español de origen a quienes se encuentren en alguno de los dos supuestos regulados y cumplan las demás formalidades exigidas en el Código Civil.

Por tanto, dicha opción presenta notables diferencias respecto a la opción regulada en el artículo 20.1.b) del Código Civil que pueden sintetizarse de la manera siguiente:

a) El derecho de opción regulado en el artículo 20.1.b) del Código Civil da lugar a la adquisición de la nacionalidad derivativa, es decir, no confiere la cualidad de español de origen, como sí ocurre en los dos supuestos regulados en la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007.

b) El artículo 20.1.b) limita la posibilidad de optar a la nacionalidad española, al excluir a descendientes de españoles de origen que no puedan probar el nacimiento en España de sus progenitores, lo que no sucede en la presente regulación.

c) Los dos supuestos regulados en la precitada Ley contienen un plazo de caducidad de dos años contados desde la entrada en vigor de la Disposición Adicional séptima, la cual tendrá lugar a partir de un año desde la publicación de la Ley de referencia en el Boletín Oficial del Estado, es decir, a partir del 27 de diciembre de 2008. Dicho plazo podrá ser prorrogado por Acuerdo del Consejo de Ministros.

d) El derecho de opción regulado en los números 1 y 2 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, como forma de adquisición originaria de la nacionalidad española, no requiere la renuncia a la nacionalidad anterior, puesto que la renuncia en puridad, está reservada para quienes adquieren la nacionalidad española de manera derivativa, es decir, por opción, carta de naturaleza y residencia (Cf. Artículo 23 del Código Civil).

Son notas comunes a la opción regulada en el artículo 20.1.b) del Código Civil y a la regulada en la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, las siguientes:

a) En ninguna de las dos modalidades se exige un límite de edad para su ejercicio.

b) Para el ejercicio de la opción regulada en el artículo 20.1.b) del Código Civil y la regulada en los supuestos relacionados en la Disposición Adicional séptima analizada, los interesados mayores de edad deben cumplir las condiciones exigidas por los artículos 20 y 23 del Código Civil, excepto, como consta en la directriz quinta, la renuncia a la nacionalidad anterior.

II. *Personas que pueden ejercitar el derecho de opción a la nacionalidad española reconocido por la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007*

1.° Apartado 1 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007: Establece el apartado citado que «las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen si formalizan su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Disposición Adicional. Dicho plazo podrá ser prorrogado por Acuerdo de Consejo de Ministros hasta el límite de un año».

De tal modo, el apartado citado acoge sujetos hasta ahora excluidos y, en particular, beneficia a los nietos de los emigrantes cuyos hijos (del emigrante) ya nacieron en el extranjero, siempre que el hijo (del emigrante) naciera antes de la pérdida de la nacionalidad española del emigrante.

Es más amplio que el artículo 20.1.b) del Código Civil, dado que no requiere el nacimiento en España del progenitor y, además, la nacionalidad española que se obtiene por esta vía está cualificada como nacionalidad de origen. Sin embargo, su vigencia es temporal al quedar restringido su ejercicio al plazo –prorrogable– de dos años.

2.° Apartado 2 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007: Establece el apartado citado que «Este derecho (de opción) también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio».

Este apartado acoge a los nietos que quedan fuera del apartado 1 antes examinado, por haber nacido su padre o madre (hijo/a del exiliado) después de que el abuelo o abuela exiliado perdiera la nacionalidad española, ya que este hijo/a del exiliado no cumple la condición –exigida por el apartado 1– de ser originariamente español. Tam-

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

poco exige que el abuelo o abuela que perdió la nacionalidad española lo hubiese sido de origen.

III. *Supuesto especial: opción a la nacionalidad española de origen por españoles no de origen*

Se debe entender que en los hijos de padre o madre español de origen y nacido en España que hubieran hecho uso de la opción que reconoce el artículo 20.1.b) del Código Civil –y adquirido así la condición de españoles no de origen–, concurre título suficiente para acogerse al apartado 1 de la Disposición Adicional séptima y obtener de este modo la cualidad de español de origen.

Por tanto, en tales casos, se seguirá un procedimiento simplificado en los términos previstos en la directriz séptima de la presente Instrucción.

IV. *Reglas de competencia para el ejercicio de la opción. Documentación que debe aportarse*

La opción da lugar a una doble actuación por parte del Encargado del Registro Civil: la documentación en acta de la correspondiente declaración de voluntad y su calificación e inscripción posterior, en caso de concurrir los presupuestos legales a que se condiciona el derecho de opción.

Del artículo 64 de la Ley del Registro Civil y de los artículos 226 a 229 del Reglamento que la desarrolla, resulta lo siguiente:

a) La declaración de opción a la nacionalidad española y el juramento o promesa exigidos, serán formulados ante el Encargado del Registro Civil del domicilio, y serán admitidos por éste aunque no se presente documento alguno que acredite los presupuestos legales de la opción, siempre que resulte de la declaración de voluntad del interesado la concurrencia de los requisitos exigidos. Ahora bien, sólo podrá practicarse la inscripción si se justifican previamente los requisitos para la opción.

b) Es Registro competente para practicar la inscripción de la opción el que corresponda al lugar del nacimiento del optante (arts. 16 y 46 LRC). Cuando esté en otro término municipal o demarcación consular el Registro competente para practicar la inscripción, el Encargado ante el que se formule debidamente declaración de opción levantará acta por duplicado con las circunstancias de la opción y las de identidad del sujeto. Uno de los ejemplares, con los documentos acreditativos de los supuestos legales, se remitirá al Registro competente para, en su virtud, practicar la inscripción.

V. *Reglas de procedimiento*

1. Solicitud de ejercicio del derecho de opción.

a) La solicitud se realizará mediante los modelos normalizados que se adjuntan como anexos I, II y III a esta Instrucción.

b) Los Encargados del Registro Civil que reciban dichas solicitudes darán valor de acta al modelo oficial de solicitud-declaración mediante la incorporación de una diligencia de autenticación, conforme al modelo que figura en el anexo IV, sin necesidad de que el interesado se encuentre presente.

Esta diligencia podrá realizarse en el período de dos años de vigencia de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007 –prorrogable por un año más en virtud de Acuerdo de Consejo de Ministros–, o, incluso, en un momento posterior al vencimiento del citado plazo y de su eventual prórroga, siempre que la solicitud-declaración en modelo normalizado se hubiere presentado dentro de dicho plazo o prórroga.

2. Documentación que deben aportar los interesados acompañando a la solicitud.

2.1 Documentación común para los dos apartados de la Disposición Adicional séptima: Certificación literal de nacimiento del solicitante expedida por el Registro Civil local en que conste inscrita. Tratándose de un registro extranjero, a salvo lo dispuesto en los Tratados Internacionales, la certificación deberá estar legalizada o apostillada, en los términos previstos en los artículos 88 y 89 RRC.

2.2 Documentación adicional para supuestos del apartado 1 de la Disposición Adicional séptima: Certificación literal de nacimiento del padre o madre originariamente español del solicitante. Esta certificación deberá proceder de un Registro Civil español, ya sea Consular o Municipal.

2.3 Documentación adicional para los supuestos del apartado 2 de la Disposición Adicional séptima:

a) Certificación literal de nacimiento del padre o madre –el que corresponda a la línea del abuelo o abuela españoles– del solicitante, que deberá estar legalizada o apostillada cuando proceda de un Registro Civil local extranjero y no exista Tratado Internacional que exima de la apostilla.

b) Certificación literal de nacimiento del abuelo o abuela español/a del solicitante.

c) La documentación a que se refiere el siguiente apartado 3 sobre la condición de exiliado del abuelo o abuela.

Las certificaciones registrales españolas a que se refiere este apartado podrán solicitarse a partir de la fecha de entrada en vigor de la Disposición Adicional séptima, mediante el propio modelo normalizado de declaración-solicitud de opción dirigido al Encargado del Registro Civil correspondiente al domicilio del solicitante, o por vía telemática a través de la web del Ministerio de Justicia www.mjusticia.es, haciendo constar expresamente que la certificación se solicita a los efectos del ejercicio del derecho de opción previsto en la Ley 52/2007. Tales solicitudes se tramitarán conforme a lo previsto en el anexo V de la presente Instrucción.

En los casos en que no exista inscripción de nacimiento de los padres o abuelos, el interesado deberá promover el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo previsto en los artículos 311 y siguientes del Reglamento del Registro Civil.

Si al presentarse la declaración de opción no se acreditan los requisitos exigidos, el optante estará obligado a completar la prueba en el plazo de treinta días naturales. El requerimiento que a tal fin deberá realizarse al interesado, se ajustará a los modelos contenidos en el anexo VI o el anexo VII, según proceda, de esta Instrucción. El Encargado se limitará, por el momento, a levantar acta de la declaración. Una vez acreditados los requisitos legales se practicará la inscripción.

3. Prueba de la condición de exiliado.–Los interesados podrán acreditar la condición de exiliado de su abuelo o abuela mediante la aportación de alguno de los siguientes documentos:

a) Documentación que acredite haber sido beneficiario de las pensiones otorgadas por la Administración española a los exiliados que prueba directamente y por sí sola el exilio.

b) Documentación de la Oficina Internacional de Refugiados de Naciones Unidas y de las Oficinas de Refugiados de los Estados de acogida que asistieron a los refugiados españoles y a sus familias.

c) Certificaciones o informes expedidos por partidos políticos, sindicatos o cualesquiera otras entidades o instituciones, públicas o privadas, debidamente reconocidas

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

por las autoridades españolas o del Estado de acogida de los exiliados, que estén relacionadas con el exilio, bien por haber padecido exilio sus integrantes, o por haber destacado en la defensa y protección de los exiliados españoles, o por trabajar actualmente en la reparación moral y la recuperación de la memoria personal y familiar de las víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura.

Los documentos numerados en los apartados anteriores, b) y c), constituirán prueba del exilio si se presentan en unión de cualquiera de los siguientes documentos:

1. Pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida.
2. Certificación del Registro de Matrícula del Consulado español.
3. Certificaciones del Registro Civil Consular que acrediten la residencia en el país de acogida, tales como inscripción de matrimonio, inscripciones de nacimiento de hijos, inscripciones de defunción, entre otras.
4. Certificación del Registro Civil local del país de acogida que acredite haber adquirido la nacionalidad de dicho país.
5. Documentación de la época del país de acogida en la que conste el año de la llegada a dicho país o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.

d) A los efectos del ejercicio de los derechos de opción reconocidos en la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, se presumirá la condición de exiliado respecto de todos los españoles que salieron de España entre el 18 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1955. La salida del territorio español podrá acreditarse mediante cualquiera de los documentos enumerados en el párrafo anterior.

Madrid, 4 de noviembre de 2008.–La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO I

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN (Apartado 1 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

Por este escrito solicita la tramitación del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por OPCIÓN, según lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007. Además de las menciones de identidad y datos antes señalados, se hace constar lo siguiente:

QUE LA NACIONALIDAD DE ORIGEN DE SU PROGENITOR ES: .....

QUE DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 15 DEL CÓDIGO CIVIL, DECLARA OPTAR POR LA VECINDAD CIVIL:

☐ Común	☐ Dº Civil de Islas Baleares	☐ Dº Civil Foral de Navarra
☐ Foral del País Vasco	☐ Dº de Galicia	☐ Fuero del Baylío
☐ Dº Civil de Cataluña	☐ Dº Civil de Aragón	☐ Tierra de Ayala

QUE PRESTA JURAMENTO O PROMESA DE FIDELIDAD AL REY Y DE OBEDIENCIA A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES ESPAÑOLAS.

QUE LA PRESENTE SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA SE FUNDAMENTA EN QUE EL SOLICITANTE ES HIJO/A DE PADRE O MADRE ORIGINARIAMENTE ESPAÑOL.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos mencionados.

En virtud de lo expuesto, se solicita la admisión del escrito y los documentos adjuntos y la incoación del oportuno procedimiento, al que se dará el trámite legal pertinente, según los artículos 19, 20 y 23 del Código Civil.

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN:

Tales extremos se acreditan con la documentación que se adjunta:

☐ Certificado literal de nacimiento, legalizado y en su caso, traducido.

☐ Documentos acreditativos de los motivos en que se fundamenta la opción: Ej. Aportación de certificación literal de nacimiento del padre o madre, certificado literal de adopción etc.

☐ Original y copia del pasaporte o Documento Nacional de Identidad.

☐ Otros documentos: .....

En ..... a ..... de ..... de .....

Firma:

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO II

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN (Apartado 2 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

Por este escrito solicita la tramitación del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por OPCIÓN, según lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007. Además de las menciones de identidad y datos antes señalados se hace constar lo siguiente:

ÚLTIMA NACIONALIDAD DE SU ABUELO/A: ☐

QUE DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 15 DEL CÓDIGO CIVIL, DECLARA OPTAR POR LA VECINDAD CIVIL:

☐ Común	☐ Dº Civil de Islas Baleares	☐ Dº Civil Foral de Navarra
☐ Foral del País Vasco	☐ Dº de Galicia	☐ Fuero del Baylío
☐ Dº Civil de Cataluña	☐ Dº Civil de Aragón	☐ Tierra de Ayala

QUE PRESTA JURAMENTO O PROMESA DE FIDELIDAD AL REY Y DE OBEDIENCIA A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES ESPAÑOLAS.

QUE LA PRESENTE SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA SE FUNDAMENTA EN QUE EL SOLICITANTE ES NIETO/A DE ABUELO/A QUE PERDIERON O RENUNCIARON A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA COMO CONSECUENCIA DEL EXILIO.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos mencionados.

En virtud de lo expuesto, se solicita la admisión del escrito y los documentos adjuntos y la incoación del oportuno procedimiento, al que se dará el trámite legal pertinente, según los artículos 19, 20 y 23 del Código Civil.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN
(Apartado 2 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN:

- ❑ Certificado literal de nacimiento del solicitante, legalizado y en su caso, traducido.
- ❑ Certificado literal de nacimiento del abuelo o abuela *español/a del solicitante*.
- ❑ Certificado literal de nacimiento del padre o madre, el que corresponda a la línea del abuelo/a español, del solicitante, legalizado y en su caso, traducido.
- ❑ Documentos acreditativos de la condición de exiliado del abuelo/a español/a:
  - ❑ Haber sido beneficiario de pensión otorgada por la Administración española a los exiliados.
  - ❑ Haber padecido situaciones de represión o persecución política: certificaciones o informes expedidos por entidades o instituciones públicas o privadas, debidamente reconocidas por las autoridades españolas o del Estado de acogida relacionados con el exilio.
  - ❑ Cualquier otro documento
- ❑ Documentos acreditativos de la expatriación o salida del territorio español y/o permanencia estable en el territorio de otro Estado:
  - ❑ Pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida.
  - ❑ Certificación del Registro Civil local del país de acogida que acredite haber adquirido la nacionalidad de dicho país.
  - ❑ Documentación oficial de la época del país de acogida en la que conste el año de llegada o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.
  - ❑ Certificación del Registro de Matrícula del Consulado español.
  - ❑ Certificaciones del Registro Civil Consular que acrediten la residencia en el país de acogida.
- ❑ Otros documentos.

En .... de ..... de ..... de .....

Firma

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de Justicia en Cataluña

ANEXO III

MODELO DE SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN PARA QUIENES EJERCIERON LA OPCIÓN EN APLICACIÓN DEL ART.20.1 B DEL CÓDIGO CIVIL
(Apartado 1 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail:	

Por medio de este escrito, solicita la inscripción de la nacionalidad española de origen, según lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007. Además de las menciones de identidad y datos antes señalados indica los siguientes:

INSCRITO EN EL REGISTRO CIVIL DE:

TOMO: FOLIO:

FECHA DE EJERCICIO DE LA OPCIÓN:

QUE LA PRESENTE SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN SE FUNDAMENTA EN:

El solicitante es hijo/a de padre o madre originariamente español (Apartado 1 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007).

El solicitante adquirió la nacionalidad española por opción en aplicación del artículo 20.1 b del Código Civil según redacción dada por la Ley 36/2002, habiendo aportado los documentos probatorios.

En virtud de lo expuesto, se solicita la inscripción de la adquisición de la nacionalidad española de origen del interesado.

En ..... a ..... de ..... de .....

Firma:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO IV

DILIGENCIA DE AUTENTICACIÓN DE SOLICITUDES DE OPCIÓN/INSCRIPCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN (Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

Con esta misma fecha, se procede, de conformidad con lo dispuesto en la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a extender la presente diligencia de autenticación de la solicitud de opción/inscripción de nacionalidad de origen,

FORMULADA POR:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

En .....en fecha.....de.....de.....en aplicación de la Disposición adicional 7ª de la Ley 52/2007.

En ....., a .....de.....de.....

EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO V

MODELO DE SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN LITERAL DE NACIMIENTO POR AUXILIO REGISTRAL
(Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

De conformidad con lo dispuesto en la instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007, se requiere la certificación literal de nacimiento de:

DATOS DE LA PERSONA SOBRE LA QUE SOLICITA LA CERTIFICACIÓN:

Nombre:		Apellidos :	
Nombre del padre:		Apellidos del padre:	
Nombre de la madre:		Apellidos de la madre:	

Fecha del hecho: (dd/mm/aa)	
Lugar donde ocurrió el nacimiento:	
Registro Civil en el que se inscribió:	

Tomo:		Página:	

En las solicitudes que se formulen a los Registros Civiles que hayan resultado de la unificación de varios Distritos, se deberá hacer constar el lugar exacto del nacimiento (Distrito, Barrio, Calle, Hospital):

Fecha:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO VI

Espacio reservado para los sellos de registro

A CUMPLIMENTAR POR EL REGISTRO CIVIL

APELLIDOS Y NOMBRE — Num. DNI – NIE – PASAPORTE

CLAVE DE IDENTIFICACIÓN DE SU EXPEDIENTE

FUNCIONARIO DE CONTACTO

SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN (Apartado 1 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

DOCUMENTOS QUE SE LE REQUIEREN EN LA FECHA DE RECEPCIÓN DE LA SOLICITUD POR EL REGISTRO CIVIL DE _____

1. ☐ Certificado literal de nacimiento, legalizado y en su caso, traducido.
2. ☐ Documentos acreditativos de los motivos en que se fundamenta la opción: p.e. aportación de certificación literal de nacimiento del padre o madre, certificado literal de adopción, etc.
3. ☐ Original y copia de pasaporte

Recibí los documentos requeridos a excepción de los números_____

Firma

Cargo y nombre del funcionario

_____

_____

Fecha _____ Lugar _____

DILIGENCIA DE LA COMPULSA

A la vista de los siguientes documentos originales y en vigor:

_____

_____

_____

_____

Se expide la presente diligencia de verificación para hacer constar que los datos reflejados en esta solicitud y los que aparecen en dichos documentos coinciden fielmente en su contenido.

Firma

Cargo y nombre del funcionario _____

_____

Fecha _____ Lugar _____

Los datos de carácter personal que constan en la presente solicitud serán incorporados a un fichero automatizado custodiado en el Ministerio de Justicia, y serán tratados conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO VII

Espacio reservado para los sellos de registro

A CUMPLIMENTAR POR EL REGISTRO CIVIL

APELLIDOS Y NOMBRE Num. DNI – NIE – PASAPORTE

CLAVE DE IDENTIFICACIÓN DE SU EXPEDIENTE

FUNCIONARIO DE CONTACTO

SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN
(Apartado 2 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

DOCUMENTOS QUE SE LE REQUIEREN EN LA FECHA DE RECEPCIÓN DE LA SOLICITUD POR EL REGISTRO CIVIL DE _____

4. ☐ Certificado literal de nacimiento del solicitante, legalizado y en su caso, traducido
5. ☐ Certificado literal de nacimiento del abuelo o abuela español/a del solicitante
6. ☐ Certificado literal de nacimiento del padre o madre, el que corresponde a la línea del abuelo/a español del solicitante, legalizado y en su caso traducido.
7. ☐ Documentos acreditativos de la condición de exiliado del abuelo/a español
8. ☐ Documentos acreditativos de la expatriación o salida del territorio español y/o permanencia estable en el territorio de otro estado

Recibí los documentos requeridos a excepción de los números_____

Firma

Cargo y nombre del funcionario

_____

_____

Fecha _____ Lugar

_____

DILIGENCIA DE LA COMPULSA
A la vista de los siguientes documentos originales y en vigor:

_____

_____

_____

_____

Se expide la presente diligencia de verificación para hacer constar que los datos reflejados en esta solicitud y los que aparecen en dichos documentos coinciden fielmente en su contenido.

Firma

Cargo y nombre del funcionario _____

_____

Fecha _____ Lugar _____

Los datos de carácter personal que constan en la presente solicitud serán incorporados a un fichero automatizado custodiado en el Ministerio de Justicia, y serán tratados conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO I

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN
(Apartado 1 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

Por este escrito solicita la tramitación del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por OPCIÓN, según lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007. Además de las menciones de identidad y datos antes señalados, se hace constar lo siguiente:

QUE LA NACIONALIDAD DE ORIGEN DE SU PROGENITOR ES: .....

QUE DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 15 DEL CÓDIGO CIVIL, DECLARA OPTAR POR LA VECINDAD CIVIL:

☐ Común	☐ Dº Civil de Islas Baleares	☐ Dº Civil Foral de Navarra
☐ Foral del País Vasco	☐ Dº de Galicia	☐ Fuero del Baylío
☐ Dº Civil de Cataluña	☐ Dº Civil de Aragón	☐ Tierra de Ayala

QUE PRESTA JURAMENTO O PROMESA DE FIDELIDAD AL REY Y DE OBEDIENCIA A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES ESPAÑOLAS.

QUE LA PRESENTE SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA SE FUNDAMENTA EN QUE EL SOLICITANTE ES HIJO/A DE PADRE O MADRE ORIGINARIAMENTE ESPAÑOL.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos mencionados.

En virtud de lo expuesto, se solicita la admisión del escrito y los documentos adjuntos y la incoación del oportuno procedimiento, al que se dará el trámite legal pertinente, según los artículos 19, 20 y 23 del Código Civil.

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN:

Tales extremos se acreditan con la documentación que se adjunta:

☐ Certificado literal de nacimiento, legalizado y en su caso, traducido.

☐ Documentos acreditativos de los motivos en que se fundamenta la opción: Ej. Aportación de certificación literal de nacimiento del padre o madre, certificado literal de adopción etc.

☐ Original y copia del pasaporte o Documento Nacional de Identidad.

☐ Otros documentos: .....

.....

En ..... a ..... de ..... de .....

Firma:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO II

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN (Apartado 2 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

Por este escrito solicita la tramitación del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por OPCIÓN, según lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007. Además de las menciones de identidad y datos antes señalados se hace constar lo siguiente:

ÚLTIMA NACIONALIDAD DE SU ABUELO/A:

QUE DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 15 DEL CÓDIGO CIVIL, DECLARA OPTAR POR LA VECINDAD CIVIL:

☐ Común	☐ Dº Civil de Islas Baleares	☐ Dº Civil Foral de Navarra
☐ Foral del País Vasco	☐ Dº de Galicia	☐ Fuero del Bayío
☐ Dº Civil de Cataluña	☐ Dº Civil de Aragón	☐ Tierra de Ayala

QUE PRESTA JURAMENTO O PROMESA DE FIDELIDAD AL REY Y DE OBEDIENCIA A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES ESPAÑOLAS.

QUE LA PRESENTE SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA SE FUNDAMENTA EN QUE EL SOLICITANTE ES NIETO/A DE ABUELO/A QUE PERDIERON O RENUNCIARON A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA COMO CONSECUENCIA DEL EXILIO.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos mencionados.

En virtud de lo expuesto, se solicita la admisión del escrito y los documentos adjuntos y la incoación del oportuno procedimiento, al que se dará el trámite legal pertinente, según los artículos 19, 20 y 23 del Código Civil.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN
(Apartado 2 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN:

- ❑ Certificado literal de nacimiento del solicitante, legalizado y en su caso, traducido.
- ❑ Certificado literal de nacimiento del abuelo o abuela española del solicitante.
- ❑ Certificado literal de nacimiento del padre o madre, el que corresponda a la línea del abuelo/a español, del solicitante, legalizado y en su caso, traducido.
- ❑ Documentos acreditativos de la condición de exiliado del abuelo/a español/a:
  - ❑ Haber sido beneficiario de pensión otorgada por la Administración española a los exiliados.
  - ❑ Haber padecido situaciones de represión o persecución política: certificaciones o informes expedidos por entidades o instituciones públicas o privadas, debidamente reconocidas por las autoridades españolas o del Estado de acogida relacionados con el exilio.
  - ❑ Cualquier otro documento
- ❑ Documentos acreditativos de la expatriación o salida del territorio español y/o permanencia estable en el territorio de otro Estado:
  - ❑ Pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida.
  - ❑ Certificación del Registro Civil local del país de acogida que acredite haber adquirido la nacionalidad de dicho país.
  - ❑ Documentación oficial de la época del país de acogida en la que conste el año de llegada o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.
  - ❑ Certificación del Registro de Matrícula del Consulado español.
  - ❑ Certificaciones del Registro Civil Consular que acrediten la residencia en el país de acogida.
- ❑ Otros documentos.

En ..... a ..... de ..... de .....

Firma:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

- Bienvenidos
- Benvinguts
- Ongi Etorri
- Bienvidos
- Welcome
- Bienvenue

Ministerio de Justicia
Ley de la Memoria Histórica

Concesión de la nacionalidad española

A voluntarios de Brigadas Internacionales

España reconoce la labor de defensa de la libertad y los principios democráticos que llevaron a cabo los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales en la Guerra Civil española.

Ese reconocimiento ya se manifestó en 1996, al concederles, por Real Decreto de 19 de enero, el derecho a adquirir la nacionalidad española por carta de naturaleza. Sin embargo, el acceso a la nacionalidad por esta vía está sujeto al requisito de tener que renunciar a la anterior, por lo que un buen número de brigadistas no hizo efectiva la adquisición de la nacionalidad española.

La Ley 52/2007, conocida como Ley de Memoria Histórica, en su artículo 18, reconoce de nuevo y de un modo singularizado la labor de los brigadistas y amplía su derecho a la nacionalidad española eliminando el requisito de tener que renunciar a su anterior nacionalidad.

Solicitud

Para hacer efectivo el derecho de los brigadistas a la nacionalidad española, el nuevo Real Decreto, de 31 de octubre de 2008, que desarrolla la Ley de Memoria Histórica establece dos procedimientos con requisitos distintos dependiendo de si ya se presentó una solicitud o no.

- Casos en que ya se presentó solicitud

Aquellos integrantes de las Brigadas Internacionales a quienes les fue concedida la nacionalidad española con arreglo al Real Decreto de 19 de enero de 1996 y que no la hicieron efectiva por no renunciar a su nacionalidad anterior, **podrán reproducir su petición sin necesidad de aportar documentación alguna.**

Únicamente tendrán que presentar una solicitud indicando sus datos personales.

- Nuevos solicitantes

Modelo de solicitud. Los brigadistas que solicitan por primera vez la adquisición de la nacionalidad español deberán formalizarla según el MODELO oficial que puede descargarse en esta página.

Otros documentos: El interesado podrá aportar aquellos documentos que estime oportunos para acreditar su condición de miembro de las Brigadas Internacionales.

También se aportará el certificado literal de nacimiento, legalizado y, en su caso, traducido. Además, si está casado/a, certificado original de matrimonio, legalizado y, en su caso, traducido; y si el cónyuge es español/a, certificado literal de nacimiento del mismo.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Plazo de presentación de la solicitud

El ejercicio del derecho a solicitar la nacionalidad española de los brigadistas no está sujeto a plazo alguno.

Formas de solicitarlo

Los interesados podrán presentar la solicitud de adquisición de la nacionalidad española:

- En el Ministerio de Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado (Plaza de Jacinto Benavente, 3. 28012 Madrid).
- En el registro general de cualquier órgano administrativo español
- En las oficinas de Correos de España.
- En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.
- En el Registro Civil español, municipal o consular del domicilio del interesado.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

- Bienvenidos
- Benvinguts
- Ongi Etorri
- Benvidos
- Welcome
- Bienvenue

Ministerio de Justicia
Ley de la Memoria Histórica

Concesión de la nacionalidad española

A descendientes de españoles (Hasta el 27 de diciembre de 2011)

La Ley 52/2007, conocida como Ley de Memoria Histórica, reconoce la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles durante la Guerra Civil y la Dictadura.

En consecuencia, la citada Ley en su disposición adicional séptima permite la adquisición por opción de la nacionalidad española de origen a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD

Hay 3 tipos de solicitudes diferentes de la nacionalidad española de origen:

1. **Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español**

   La ley española ya permitía optar por la nacionalidad española a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originalmente español y nacido en España.

   La Ley de la memoria Histórica amplía la posibilidad de adquirir la nacionalidad española de origen a los hijos de padre o madre español de origen, aunque no hubiera nacido en España.

   Documentos que deben aportar los interesados:

   - **Solicitud conforme al MODELO I**, que puede descargarse aquí (Formato PDF. Tamaño 29 Kb) o al final de esta página web. El modelo también puede encontrarse en la Embajada o Consulado General de España más próximo a su domicilio.
   - **Certificación literal de nacimiento del interesado**, expedida por un registro civil local en el extranjero, legalizada o apostillada si procede. El registro civil extranjero deberá informar sobre los trámites de legalización y apostilla.
   - **Certificación literal de nacimiento del padre o madre originariamente español del solicitante**. Esta certificación deberá proceder de un Registro Civil español, consular o municipal, o de un registro civil extranjero.
2. **Los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio**

   Incluye a las personas cuyo padre o madre nació después de que el abuelo o abuela exiliados perdiera la nacionalidad española. Por tanto, su ascendiente español más cercano es algún abuelo.

   No es necesario que el abuelo o abuela español lo hubiese sido de origen.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Documentos que deben aportar los interesados:

- **Solicitud conforme al MODELO II**, que puede descargarse aquí (Formato PDF. Tamaño 230 Kb) o al final de esta página web. El modelo también puede encontrarse en la Embajada o Consulado General de España más próximo a su domicilio.
- **Certificación literal de nacimiento del interesado**, expedida por un registro civil local en el extranjero, legalizada o apostillada si procede. El registro civil extranjero deberá informar sobre los trámites de legalización y apostilla.
- **Certificación literal de nacimiento del padre o madre -el que corresponda a la línea del abuelo o abuela españoles- del solicitante**, expedido por un Registro Civil consular o por un registro civil extranjero. En este último caso, la certificación deberá estar legalizada o apostillada cuando así se requiera. El registro civil extranjero deberá informar sobre los trámites de legalización y apostilla. Si hubieran nacido antes de 1870, podrán aportar una certificación española de bautismo.

  Este certificado pretende únicamente relacionar el padre o la madre con el abuelo o la abuela.

- **Certificación literal de nacimiento del abuelo o abuela español/a del solicitante**, expedida por un Registro Civil municipal situado en España. Igual que en el caso anterior, si hubieran nacido antes de 1870, podrán aportar una certificación española de bautismo.
- **Documentación que pruebe la condición de exiliado del abuelo o la abuela**. Para acreditar la condición de exiliado del abuelo o abuela del interesado, la ley permite 3 posibilidades.
  1. Documentación que acredite haber sido beneficiario de las pensiones otorgadas por la Administración española a los exiliados, que **prueba directamente y por sí sola el exilio**.
  2. Documentación que acredite el exilio junto a documentación que pruebe la salida de España o la entrada o permanencia estable en otro Estado:
     1. La condición de exiliado podrá acreditarse mediante:
        - Documentación de la Oficina Internacional de Refugiados de Naciones Unidas y de las Oficinas de Refugiados de los estados de acogida que asistieron a los refugiados españoles y a sus familias.
        - Certificaciones o informes expedidos por partidos políticos, sindicatos o cualesquiera otras entidades o instituciones, públicas o privadas, debidamente reconocidas por las autoridades españolas o del Estado de acogida de los exiliados, que estén relacionadas con el exilio. Dichas certificaciones o informes deberán referirse fehacientemente a los fondos documentales o archivos históricos de la entidad.
     2. La expatriación, salida de España o permanencia en otro Estado podrá acreditarse mediante:
        - Pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida.
        - Certificación del Registro de Matrícula de la Embajada o Consulado español.
        - Certificaciones del Registro Civil consular que acrediten la residencia en el país de acogida, como inscripción de matrimonio, inscripciones de nacimiento de hijos, inscripciones de defunción, etc.
        - Certificación del registro civil local del país de acogida que acredite haber adquirido la nacionalidad de dicho país.
        - Documentación oficial de la época del país de acogida en la que conste el año de la llegada a dicho país o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.
     3. Se presumirá la condición de exiliado respecto de todos los españoles que salieron de España entre el 18 de julio de 1936 y 31 de diciembre de 1955. La salida de España se podrá acreditar mediante alguno de los documentos citados arriba.

3. **Las personas que ya optaron a la nacionalidad española no de origen**

Aquellas personas que ya optaron a la nacionalidad española derivativa porque su padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España, según el artículo 20.1 b) del Código Civil, pueden ahora optar además a la nacionalidad española de origen.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Documentos que deben aportar los interesados

Los solicitantes únicamente tienen que presentar la solicitud de acuerdo con el MODELO III que puede descargarse aquí (Formato PDF. Tamaño 211 Kb) o al final de esta página web. El modelo también puede encontrarse en la Embajada o Consulado General de España más próximo a su domicilio.

OBTENCIÓN DE LOS CERTIFICADOS DE NACIMIENTO ESPAÑOLES

Las certificaciones registrales españolas requeridas más arriba, podrán solicitarse **por vía electrónica** a través de este enlace

Igualmente, se podrán solicitar presencialmente utilizando el MODELO V, que puede descargarse aquí (Formato PDF. Tamaño 27 Kb) . La solicitud puede dirigirse al Registro Civil español, municipal o consular, correspondiente al domicilio del solicitante.

En los casos en que no exista inscripción de nacimiento de los padres o abuelos, el interesado deberá promover el **expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo**, previsto en los artículos 311 y ss. del Reglamento del Registro Civil. Puede encontrar más información sobre este trámite en la página web del Ministerio de Justicia www.mjusticia.es o a través del teléfono 902 007 214.

PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD Y PLAZOS

Los interesados deberán imprimir y rellenar **dos copias del modelo de solicitud** que corresponda según el supuesto en el que estén incluidos. Lo presentarán, junto con la documentación que proceda, **ante el Registro Civil español, consular o municipal, correspondiente al lugar del domicilio del interesado.** Una copia sellada les será devuelta como justificante de presentación.

Si al presentarse la solicitud de nacionalidad no se acreditan los requisitos exigidos, el optante estará obligado a completar la documentación en el plazo de **treinta días naturales** desde que se le requiera.

Como consecuencia del Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de enero de 2010 (BOE nº 72, de 24-3-2010), que prorrogó por un año el plazo inicialmente previsto, la solicitud podrá presentarse hasta el 27 de diciembre de 2011.

RECURSOS

Si el Encargado del Registro Civil denegara la opción a la nacionalidad española de origen por no cumplir los requisitos previstos en la ley, se le notificará formalmente al interesado a efectos de que **pueda interponer el correspondiente recurso** ante la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia: Plaza Jacinto Benavente, nº 3 - 28.071 Madrid.

El recurso también podrá presentarse en las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

REGISTRO CIVIL
DECLARACIÓN DE DATOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

DATOS DEL NACIDO

NOMBRE:
PRIMER APELLIDO:
SEGUNDO APELLIDO:
SEXO:
NACIMIENTO:
HORA:
DIA Y LUGAR:

DATOS DEL PADRE

NOMBRE:
PRIMER APELLIDO:
SEGUNDO APELLIDO:
HIJO DE Y DE
NACIDO EN:
DÍA:
ESTADO:
NACIONALIDAD:
DOMICILIO:

DATOS DE LA MADRE

NOMBRE:
PRIMER APELLIDO:
SEGUNDO APELLIDO:
HIJA DE Y DE
NACIDA EN:
DÍA:
ESTADO:
NACIONALIDAD:
DOMICILIO:

MATRIMONIO DE LOS PADRES: (EXISTE / NO EXISTE)

DIA DE CELEBRACIÓN:
LUGAR:
TOMO: PÁGINA:

EN , A

FIRMAS DE AMBOS

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

I. Disposiciones generales

MINISTERIO DE JUSTICIA

15112 *INSTRUCCIÓN de 26 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.*

El Código Civil establece, en su artículo 22, los plazos y requisitos para adquirir la nacionalidad española por residencia, girando en torno a los conceptos de residencia que «habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición», de buena conducta cívica y de suficiente grado de integración en la sociedad española. Es, fundamentalmente, el Reglamento del Registro Civil en sus artículos 220 a 224 el que regula el procedimiento.

Uno de los cambios más significativos de los últimos años de la sociedad española lo constituye sin duda el muy notable incremento del número de ciudadanos extranjeros residentes en nuestro país, lo que ha traído consigo un aumento de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.

Este fenómeno se ha producido a un ritmo acelerado, incrementándose en pocos años de forma extraordinaria la carga de trabajo tanto de los Registros Civiles, como de esta Dirección General de los Registros y del Notariado. La Administración ha de responder adoptando las medidas necesarias para afrontar de manera eficaz a esta nueva situación de aumento de los procedimientos relativos al estado civil de las personas, como es el caso de la adquisición de la nacionalidad por residencia. Respuesta eficaz que debe prestarse velando por los derechos de todos de los ciudadanos y de forma destacada de los de los más débiles, como es el caso de los menores.

La presente Instrucción tiene por finalidad mejorar y unificar la conformación del expediente de adquisición de la nacionalidad por residencia, agilizar su tramitación, facilitarlo a los ciudadanos y velar por los derechos de los menores cuando sean los interesados en el procedimiento. Pretende, asimismo, recordar la importancia que la inmediación del Encargado del Registro Civil tiene en el examen del grado de integración de extranjero en la sociedad española.

Para conseguir estos fines este Centro Directivo ha considerado oportuno, en uso de las facultades que tiene atribuidas (cfr. arts. 9 de la Ley del Registro Civil y 41 del Reglamento del Registro Civil) dictar ciertas reglas sobre documentación, estableciendo la innecesaria aportación por el interesado de ciertos documentos que obran en poder de la Administración, ordenación y foliación del expediente, control de la autenticidad de los documentos aportados, y especialidades en la instrucción de los expedientes en que intervengan menores o incapacitados, e, intervención del Ministerio Fiscal.

1. Tramitación del expediente en el Registro Civil: Ordenación y foliación de la documentación, control de la autenticidad de documentos extranjeros, supresión de la aportación del certificado de residencia y del certificado de antecedentes penales.

1.1 Ordenación y foliación del expediente.–Al no existir en nuestro vigente Ordenamiento jurídico registral normas sobre cómo ha de ordenarse la documentación que conforma los expedientes, a los que esta Instrucción se refiere, este Centro Directivo viene observando en la práctica de los distintos Registros Civiles importantes diferencias en el orden de los documentos que integran los expedientes de adquisición de la nacionalidad por residencia según el Registro Civil del que procedan, lo cual resulta contrario a la deseable uniformidad que, tanto por razones de agilidad como de seguridad jurídica, debe presidir esta materia.

Por ello, este Centro Directivo entiende que ha de fijar criterios generales en la materia de forma que el contenido de los expedientes registrales de adquisición de la nacionalidad española por residencia se estructuren con arreglo a un criterio lógico-procedimental basado en la secuencia de identificación del solicitante, competencia del órgano registral, legitimación del promotor, prueba, informes y propuesta de resolución, lo que aconseja adoptar la estructura del expediente que se contiene en la Regla Primera.

Por lo demás, en atención de las exigibles garantías de seguridad jurídica que obligan a asegurar la integridad de los expedientes instruidos en los Registros civiles y sobre los que ha de resolver este Centro Directivo, se deberán numerar consecutivamente todos los folios que lo compongan.

Debe destacarse entre los documentos que deben constar en el expediente, la solicitud de nacionalidad del interesado, cuyo modelo ha sido normalizado por Resolución de 7 de mayo de 2007 de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia (BOE de 25 de julio de 2007). Este modelo se encuentra disponible en el portal del Ministerio de Justicia: www.mjusticia.es

1.2 Control de la autenticidad de los documentos extranjeros. Traducción.–De conformidad con lo dispuesto por el artículo 88 del Reglamento del Registro Civil y a salvo lo dispuesto en los Tratados internacionales, requieren legalización los documentos expedidos por funcionario extranjero, salvo que al Encargado del Registro le conste directamente la autenticidad o los reciba por vía oficial o diligencia bastante (art 89 RRR). En lo que al procedimiento de adquisición de la nacionalidad por residencia esta exigencia es particularmente aplicable al certificado de nacimiento del promotor del expediente registral de nacionalidad por residencia, al del nacimiento de los hijos menores de edad, en su caso, y, al certificado sobre antecedentes penales del país de origen del solicitante.

La ausencia del requisito de legalización es un defecto que impide la inscripción registral (Resolución de 22 de enero de 1998).

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

La legalización es, pues, un trámite imprescindible, salvo en aquellos supuestos en que se trata de documentos provenientes de Estados parte en el Convenio de la Haya de 1961.

Hay que resaltar que el procedimiento de legalización no está regulado en ninguna norma española de Derecho positivo. La práctica diplomática internacional que se sigue en la mayor parte de los Estados del mundo y también en España es la siguiente: El documento público extranjero cuyos efectos legales se pretenden hacer valer en España debe ser legalizado en dos fases. Primera fase («fase extranjera»): (a) Las firmas contenidas en el documento cuyos efectos legales se pretenden hacer valer en España deben ser legalizadas por las autoridades extranjeras de dicho país con arreglo a las Leyes de dicho país; (b) Tras ello, el documento extranjero debe ser nuevamente legalizado por autoridades dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho país extranjero. Segunda fase («fase española»): (a) El documento extranjero se presenta ante el Cónsul español en dicho país, que legaliza las firmas de los funcionarios del Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho país extranjero. Ello es posible porque los cónsules españoles disponen de un registro de firmas de los funcionarios del Ministerio de Asuntos Exteriores del país en el que operan; (b) Tras ello, en algunas ocasiones, puede ser conveniente, pero sólo en casos de duda seria y razonable, que el documento se presente ante el Ministerio de Asuntos Exteriores español, que legaliza la firma del Cónsul español acreditado en el extranjero. Sin embargo, en la mayoría de los casos, no se requiere este segundo trámite de la «fase española».

En el caso de documentos provenientes de Estados parte de en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, así como en aquellos casos en que resulte aplicable el Convenio de Atenas de 15 de septiembre de 1977 de la Comisión Internacional del Estado Civil (en vigor para España desde el 1 de mayo de 1981), la legalización se sustituye por el trámite de la apostilla. La apostilla actúa en el ámbito de los requisitos de forma, permitiendo su consideración de documentos auténticos y conformes con la Ley aplicable a las formalidades y solemnidades documentales establecidas por el país de origen del documento, pero, como ha indicado la reciente Instrucción de 20 de marzo de 2006 sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, no ampara ninguna presunción de legalidad del contenido del documento o de la realidad de los hechos reflejados en el mismo, cuyo enjuiciamiento y valoración quedan sujetas a la apreciación del funcionario o autoridad española ante la que se pretendan hacer valer los efectos derivados de tales documentos. Por ello, el párrafo final del artículo 89 del Reglamento del Registro Civil prescribe que «El Encargado que dude fundadamente de la autenticidad de un documento, realizará las comprobaciones oportunas».

Finalmente, el documento debe presentarse traducido a idioma oficial español. Así lo exige el artículo 86 del Reglamento del Registro Civil, precepto que, no obstante, permite que el Encargado del Registro prescinda de la traducción si al mismo le consta el contenido del documento extranjero. En su defecto, la traducción puede realizarse por Notario, Cónsul, Traductor u otro órgano o funcionario competente. El Encargado, ha de examinar, pues, la competencia de la persona o funcionario que realiza la traducción.

1.3 Supresión de la aportación por el interesado del certificado de residencia y del de antecedentes penales.– El artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece, dentro del catálogo de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, el de no tener que presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración. Que el ciudadano tenga que presentar documentos que ya se encuentran en poder de la Administración supondría, además, un trámite que podría considerarse desproporcionado y que supondría una infracción del artículo 354 del Reglamento del Registro Civil, exige que en la tramitación de los expedientes se evite toda dilación o trámite superfluo o desproporcionado. Tradicionalmente, esta Dirección General ha hecho uso frecuente del principio de economía procesal a lo largo de diversas Resoluciones e Instrucciones dictadas en el ámbito de su competencia.

El entorno tecnológico en el que actualmente se desenvuelve la actividad de la Administración posibilita cumplir ahora de forma más eficaz con las previsiones normativas citadas, permitiendo simplificar los procedimientos administrativos y contribuir al funcionamiento interno de las Administraciones Públicas, incrementando su eficacia, tal y como señala la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico a los Servicios Públicos siendo una de las finalidades de esta Instrucción cumplir esta Ley en lo que al procedimiento de adquisición de la nacionalidad por residencia se refiere.

a) Supresión de la aportación por el interesado de la documentación referida a la residencia en España.–Establece el artículo 220 del Reglamento del Registro Civil que en la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia, el peticionario habrá de indicar especialmente.» 4.° La residencia en territorio español, con precisión de fechas y lugares.»; por su parte, el artículo 221 del mismo Reglamento añade que será el peticionario el que probará tales hechos, estableciendo expresamente que para la concesión de la nacionalidad por residencia «ésta se acreditará, de ser posible, por información del Gobierno Civil o de la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior». Tales disposiciones se completan con lo establecido en el artículo 222, que ordena imperativamente que «la Dirección recabará los informes oficiales que estime precisos y siempre el del Ministerio del Interior».

Estas previsiones normativas incorporadas por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, han de aplicarse en el marco legal y reglamentario actual regulador de la situación de los extranjeros en España. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en sus artículos 4, 29, 30, 30bis, 31 y 32 y los Capítulos II y III del Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, así como el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, definen con claridad el régimen de permanencia en España, diferenciado del de mera estancia, y la documentación que al extranjero se proporciona en las distintas situaciones contempladas.

El artículo 4 de la Ley dispone que «todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un periodo superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente». Por su parte, el artículo 105.2 del Real Decreto 2393/2004, reproduce el 4 de la Ley.

Por último, el artículo 8 del Real Decreto 240/2007, establece la denominada «tarjeta de residencia de familiar ciudadano de la Unión» como el documento de identidad de los familiares de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o del Estado del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que ellos mismos no sean nacionales de ningún Estado perteneciente a ninguna de las dos Organizaciones citadas. Habrá

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

de solicitarse cuando pretendan residir en España por un plazo superior a tres meses.

En el supuesto de los nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea o de Estado parte del Acuerdo Económico Europeo, el artículo del Real Decreto que se viene citando prevé que habrán de inscribirse, cuando su residencia vaya a ser superior a 3 meses, en el Registro Central de Extranjeros, de cuya inscripción obtendrán un certificado en el que constará, entre otros datos, su número de identidad de extranjero.

En definitiva, en el momento actual la presentación de los documentos que acaban de examinarse han de considerarse suficientes en orden al cumplimiento de la exigencia establecida en el artículo 221 del Reglamento del Registro Civil y debe entenderse que proporciona información suficiente para la emisión del informe que ha de emitir el Encargado del Registro Civil y el Ministerio Fiscal (artículo 348 del Reglamento del Registro Civil) antes de elevar el expediente a la Dirección General (artículo 365 del citado Reglamento).

Todo ello se ha de entender sin perjuicio de la competencia que corresponde a esta Dirección General en orden a recabar el preceptivo informe al Ministerio del Interior (cfr. art. 222 R.R.C.) a fin de complementar la instrucción del expediente con objeto de constatar, en el momento de la resolución, la continuidad de la residencia, evitando así la duplicidad de trámites y la consiguiente demora en la tramitación del expediente.

b) Supresión de la aportación del certificado de antecedentes penales.–El certificado de antecedentes penales, documento que obligatoriamente ha de formar parte del expediente en virtud del artículo 221 del Reglamento del Registro Civil, es aportado en la actualidad por el interesado. Esta aportación ocasiona al promotor del expediente molestias, debido a la necesidad de solicitarlo, y gastos, ya que ha de abonar la correspondiente tasa cuando adquiere el impreso.

Sin embargo, tratándose de un documento que contiene información custodiada por el Registro Central de Penados y Rebeldes, que depende del Ministerio de Justicia, este Centro Directivo considera que, en cumplimiento del artículo 35 de de la Ley 30/92, y en aras del mejor servicio al ciudadano, resulta legalmente procedente y oportuno desde el punto de vista práctico, que sea la propia Dirección General de los Registros y del Notariado la que solicite dicho certificado, siempre que el promotor del expediente exprese su consentimiento a tal fin en la solicitud de incoación del propio expediente. En caso de que no preste el interesado ese consentimiento, deberá aportar el certificado junto con la solicitud.

Por tanto, los Registros Civiles podrán dar por completo el expediente a los efectos de su elevación a la Dirección General sin necesidad de aportación del certificado de antecedentes penales, tratándose de expedientes iniciados en virtud de solicitud en que conste el citado consentimiento.

2. Instrucción del expediente en el Registro Civil: especial atención al examen de integración.–El Reglamento de la Ley del Registro Civil establece, en el último párrafo del artículo 221, que «el Encargado, en el expediente de concesión de nacionalidad por residencia, oirá personalmente al peticionario, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, y procurará oír también al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren».

Es, pues, responsabilidad del Encargado del Registro Civil la difícil apreciación concreta de conceptos de amplios y difusos contornos. Pero, aún admitiendo las dificultades, ha de tratarse de que el resultado del examen determine de manera veraz un suficiente grado de integración en la sociedad española, que al finalizar el procedimiento va ser solamente o, además, según los casos, la sociedad a la que pertenezca el solicitante.

En derecho comparado, son varios los países europeos cuya legislación ha desarrollado los factores que, se entiende, configuran la integración social, exigiendo, por ejemplo, la superación de un examen de idioma como requisito para la adquisición de la nacionalidad. La base de esta normativa se fundamenta en la consideración del idioma como un elemento indispensable y revelador del nivel de integración social del extranjero que pretende obtener la nacionalidad del país en el que reside. También se exige que el solicitante demuestre su conocimiento de la cultura del país, como signo de integración social.

En España, sin embargo, sólo las normas antes mencionadas perfilan el marco legal que pretende acoger el concepto «suficiente grado de integración» como requisito exigible para la concesión de la nacionalidad, pero no proporcionan su definición legal. Es posible, sin embargo, obtener de ambos preceptos algunas conclusiones que permitan delimitar al máximo el concepto del que tratamos.

En primer lugar, es preciso considerar que el requisito se establece, únicamente, para los supuestos de pretensión de la nacionalidad por residencia, lo que implica un vínculo directo entre la permanencia en el país y la integración en la sociedad en la que el peticionario reside. Resulta coherente, por tanto, considerar que la residencia, a los efectos de obtención de la nacionalidad, es considerada por el legislador como algo más que el simple transcurso del tiempo, ya que los periodos de residencia, en cada caso, habrán de producir el efecto integración, derivado del verdadero arraigo en la sociedad en la que se reside.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que según el texto del artículo 22.4 del CC, es el peticionario el que deberá justificar el suficiente grado de integración en la sociedad española, cobrando especial relevancia el hecho de que tal justificación ha de acreditarla en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil. No cabe duda de que el interesado podrá aportar, mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho (párrafo quinto del artículo 221 del Reglamento de la Ley del Registro Civil), la justificación de su suficiente grado de integración, pero el último párrafo del mismo artículo señala que el Encargado preceptivamente «oirá personalmente al interesado, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles». De todo ello se deduce que la audiencia personal al peticionario se configura como medio imprescindible y, prácticamente exclusivo para comprobar la concurrencia del requisito de integración. Por otra parte, corresponde al Encargado del Registro Civil comprobar y dejar constancia en el expediente de nacionalidad del grado de integración del peticionario, observado a lo largo de la audiencia personal, resultando ineludible que el Encargado exprese el juicio que se forma sobre el grado de integración del peticionario mediante apreciación directa y personal.

En tercer lugar, señalemos que el Reglamento, en el mismo artículo, hace un esfuerzo de aproximación al concepto integración, al equiparar ésta con la «adaptación a la cultura y estilo de vida españoles», de manera que el grado de integración en la sociedad equivale al grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, terminología también empleada en el artículo 220, apartado 5.° del Reglamento que exige que en la solicitud de nacionalidad por residencia se indique, entre otros aspectos, «... si habla castellano u otra lengua española; cualquier circunstancia de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, como estudios, actividades benéficas o sociales, y las demás que estime conveniente».

3. Tramitación del expediente: Interesados menores e incapacitados, audiencia al cónyuge del solicitante e intervención del Ministerio Fiscal.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

3.1 Adquisición de la nacionalidad por residencia de los menores de edad: cuestiones genéricas.–El hecho de que pueda haber desavenencias entre los titulares de la patria potestad o tutela, en los casos en que ésta se ejerza conjuntamente por más de una persona, de los menores de edad o incapacitados, situación frecuente sobre todo entre personas en trámites de separación o divorcio, hace necesario recordar las previsiones legales en este punto, así como la más reciente doctrina de este Centro Directivo.

El artículo 21 del Código Civil señala al respecto que la solicitud de adquisición de la nacionalidad española por residencia corresponderá formularla en este caso al representante del menor de edad o al menor de edad mayor de 14 años asistido por dicho representante. En el caso de los incapacitados la solicitud la puede formular el representante legal o por el propio incapacitado, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación. En ambos casos es necesario la previa autorización del Encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal, que la concederá en interés del menor o incapaz.

En el caso del menor sometido a patria potestad, sus representantes legales son los titulares de la misma, conforme dispone el artículo 154 del Código Civil y que ha de ser ejercida por ambos progenitores conjuntamente, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro según prescribe el artículo 156 de la misma norma. Si el menor está sometido a tutela, el artículo 267 del Código Civil indica que el tutor es el representante del menor. Cuando se producen procesos de separación, nulidad o divorcio, el artículo 92 del Código establece que los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir sobre el ejercicio de la patria potestad atribuyendo su ejercicio total, o parcialmente, a uno de los cónyuges, por lo tanto habrá que detenerse cuidadosamente en el contenido de la sentencia.

Afectando la adquisición de la nacionalidad al estado civil del menor, el cual está presidido por un principio general de estabilidad, la cuestión excede de los actos que pueden ser realizados por uno solo de los titulares de la patria potestad, por no constituir la mutación del «status nacionalitatis» del menor un acto de aquellos en que el Código Civil excepciona la regla general de ejercicio conjunto de la patria potestad. Ello es así por tratarse de actos realizados conforme al uso social o en situaciones de urgente necesidad, tal y como ha recordado la Resolución de 26 de diciembre de 2006 de este Centro Directivo en la resolución de recurso interpuesto contra auto dictado por el Encargado del Registro Civil en expediente sobre cambio de nombre, habida cuenta que los actos realizados por uno solo de los padres sin el consentimiento del otro, fuera de los supuestos de actuación unilateral previstos por la Ley, no habiendo sido confirmados por el otro progenitor, son actos anulables y claudicantes en tanto no precluye la posibilidad de la impugnación (cfr. artículo 1.301 CC), por lo que tales actuaciones individuales en el ejercicio de la patria potestad no pueden obtener el reconocimiento que de su validez implicaría la aprobación del expediente de nacionalidad.

En consecuencia, la solicitud en representación del menor habrá de ser formulada conjuntamente por quienes ostenten la patria potestad, o la tutela, a salvo lo establecido en el convenio regulador de la separación, nulidad o divorcio y en las disposiciones judiciales sobre privación o ejercicio individual de la patria potestad (cfr. arts. 92 n.os 3 y 4), y sin perjuicio de lo que en caso de desacuerdo entre ambos progenitores sobre la conveniencia y oportunidad o no, de promover el expediente de nacionalidad pueda resolver el Juez, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil, en caso de que atribuya la facultad de decidir al padre o a la madre.

En el caso de interesados sometidos a la patria potestad prorrogada prevista en el artículo 171 del Código Civil serán de aplicación las previsiones anteriores, adaptadas al caso.

En los supuestos de tutela, no será exigible la actuación conjunta de los tutores si el nombramiento judicial de los mismos hubiera separado como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes (cfr. art. 236 n.° 1 C.C.), ya que cada uno de ellos actúa independientemente en el ámbito de su competencia, correspondiendo la de promover el expediente de adquisición de la nacionalidad al que lo sea de la persona.

3.2 Adquisición de la nacionalidad por residencia de los menores de edad: cuestiones específicas.

En determinados supuestos la determinación de cual sea el Registro Civil competente para tramitar el expediente de adquisición de la nacionalidad por residencia puede requerir de un especial estudio.

a) Menores en régimen de acogimiento familiar. La adquisición de la nacionalidad española por residencia por parte de un menor de edad que no ha cumplido los catorce años requiere la autorización previa a los representantes legales del menor que concede, en interés de éste, el Encargado del Registro Civil del domicilio de los representantes legales (cfr. arts. 20-2-a y 21-3-c del Código Civil). En los casos en que los padres son los representantes legales del hijo menor, por no han sido privados ni suspendidos en el ejercicio de su patria potestad, ni encontrarse el menor en situación de desamparo que justifique la asunción de la tutela automática por el Organismo publico competente, el criterio oficial de este Centro Directivo (vid. Resolución de 29-3.ª de noviembre de 2002) es que la competencia para conceder esta autorización corresponde al Encargado del Registro Civil del domicilio de los padres y no al Encargado del Registro Civil del domicilio del menor y de la persona que lo guarda en acogimiento familiar, porque esta situación no supone ninguna limitación en la titularidad y ejercicio de la patria potestad por los progenitores.

b) Menores cuyos progenitores residen en distintos Municipios. La norma específica a tener en cuenta en materia de competencia para obtener la autorización preceptiva la constituye el artículo 20.2, a) del Código civil, la cual, exige para formalizar la solicitud de nacionalidad en favor de un menor de catorce años, la autorización del encargado del «Registro Civil del domicilio del declarante». En este punto, no rigen las normas de competencia registral (cfr. art. 365 R.R.C), sino la competencia por conexión del art. 20 n.° 2. a) del Código Civil, que la atribuye el Registro Civil del «domicilio del declarante», esto es, del representante legal del menor. En caso de que, por ser ambos progenitores titulares conjuntamente de la patria potestad, la representación corresponda a ambos (cfr. art. 154 Código Civil) y tengan distinto domicilio debe prevalecer la competencia del Registro que corresponda al padre o madre en cuya compañía se encuentra el hijo.

3.3 Intervención del Ministerio del Fiscal.–En los expedientes gubernativos, siempre ha de ser oído el Ministerio Fiscal (cfr. art. 97.2 LRC y 348. III RRC), que tiene asignada la función de velar por la instrucción y tramitación adecuada del expediente y atribuida la facultad de proponer las diligencia o pruebas oportunas (cfr. art. 344 RRC y 97 LRC), pruebas que pueden ir dirigidas a verificar la concurrencia en el solicitante de las circunstancias que reducen el tiempo exigido de residencia en España; si habla castellano u otra lengua española; cualquier hecho relativo a su adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, como estudios, actividades, benéficas o sociales, y los demás que estime convenientes.

En razón a todo lo expuesto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, y al objeto de unificar en los Registros Civiles la conformación del expediente de

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

adquisición de la nacionalidad por residencia, aclarar aspectos de la tramitación los expedientes, mejorar el servicio a los ciudadanos mediante la supresión de la aportación de determinados documentos y dictar pautas para la realización por el Encargado del Registro Civil del examen de integración, ha acordado hacer públicas en uso de las facultades que tiene atribuidas (cfr. arts 9 de la LRC y 41 del RRC), las instrucciones siguientes:

Primera. Ordenación y foliación del expediente.–El expediente de nacionalidad por residencia, en su fase registral, se conformará con los documentos o, en su caso, copia cotejada de los mismos, que se indican a continuación. Los folios resultantes se numerarán consecutivamente.

Solicitud normalizada aprobada por Resolución de 7 de mayo de 2007, de la Subsecretaría, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización. (Boletín Oficial del Estado de 25 de julio de 2007). Esta solicitud se encuentra disponible en www.mjusticia.es

Tarjeta de Identidad de Extranjero, Tarjeta de Familiar de Ciudadano de la Unión Europea o Certificado del Registro Central de Extranjeros.

Pasaporte.

Certificado de empadronamiento, en su caso.

Autorización judicial para actuar en representación del menor o incapaz, en su caso.

Certificado de nacimiento del interesado.

Certificado de matrimonio con español, en su caso.

Certificado literal de nacimiento del cónyuge español, en su caso.

Certificado de nacimiento de los hijos menores de edad.

Certificado expedido de antecedentes penales del país de origen, o consular de buena conducta.

Documentos acreditativos de los medios de vida para residir en España.

Otros documentos que quiera aportar el interesado, o, que sean requeridos por el Encargado del Registro Civil y que guarden relación con el objeto del expediente.

Acta de las audiencias practicadas.

Informe del Ministerio Fiscal.

Auto-propuesta del Encargado del Registro Civil.

Segunda. Control de autenticidad de los documentos expedidos por funcionarios extranjeros. Traducción.–La legalización exigida con carácter general, y a salvo la excepción prevista en el artículo 89 RRC, a los documentos expedidos por funcionarios extranjeros (art 88 RRC) es en particular exigible en el expediente de adquisición de la nacionalidad por residencia. al certificado de nacimiento del promotor, al de nacimiento de los hijos menores de edad y al certificado de antecedentes penales del país de origen del solicitante.

Ha de examinarse, pues, cuidadosamente el expediente para comprobar tanto las legalizaciones que se hayan efectuado como las que no se hayan hecho, por tratarse en este último caso de documentos expedidos por funcionarios de Estados parte del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 o a los que sea aplicable el Convenio de Atenas de 15 de septiembre de 1977 de la Comisión Internacional de Estado Civil, en cuyo caso la legalización se sustituye por el trámite de la apostilla.

Tercera. Acreditación de la residencia en España: supresión de la aportación del certificado expedido por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.–El Registro Civil competente podrá dar por completada la tramitación del expediente previa a su elevación a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cuanto a la justificación de la residencia del interesado en España, cuando el mismo aporta la documentación que como extranjero residente en España le hayan facilitado las autoridades españolas (Tarjeta de Identidad de Extranjero, Tarjeta de Residencia de Familiar de ciudadano de la Unión, Certificado del Registro Central de Extranjeros), no siendo, por tanto, necesario aportar certificado de la Dirección General de la Policia y de la Guardia Civil sobre períodos de residencia.

Cuarta. Buena conducta cívica: Supresión de la aportación del certificado de antecedentes penales en España.–Si bien la buena conducta cívica exigida por el artículo 22.3 CC para adquirir la nacionalidad no se puede identificar, simplemente, con la carencia de antecedentes penales, policiales o administrativos, la ausencia de antecedentes penales es un primer indicador. Esta es la razón por la que el artículo 221 RRC exige certificado del Registro Central de Penados y Rebeldes. Al tratarse de una información que ya posee la Administración y más concretamente el Ministerio de Justicia, a partir de esta Instrucción el Encargado podrá considerar completada la tramitación registral del expediente, aunque el interesado no aporte el certificado de antecedentes penales español, siempre que se compruebe que ha expresado su consentimiento por escrito en el texto de la solicitud por la que se inicia el expediente para que sea la Dirección General de los Registros y del Notariado la que lo solicite directamente del Registro Central de Penados y Rebeldes. Si del examen de la solicitud resulta que el interesado no ha otorgado dicho consentimiento, el Encargado deberá exigirle el certificado de antecedentes penales, sin el cual no podrá dar por completada la tramitación del expediente previa a su elevación a este Centro Directivo.

Quinta. Valoración del suficiente grado de integración en la sociedad española.–En el expediente de nacionalidad por residencia, el Encargado debe hacer constar el juicio que le merece el grado de integración en la sociedad española del peticionario, tras oírle personalmente, abordando en la audiencia las cuestiones reveladoras de la adaptación a las costumbres y modo de vida españoles.

El examen de integración del extranjero en la sociedad española, en la fase de instrucción del expediente, constituye un elemento esencial para la justificación del requisito de suficiente grado de integración exigido en el artículo 22.4 del Código Civil.

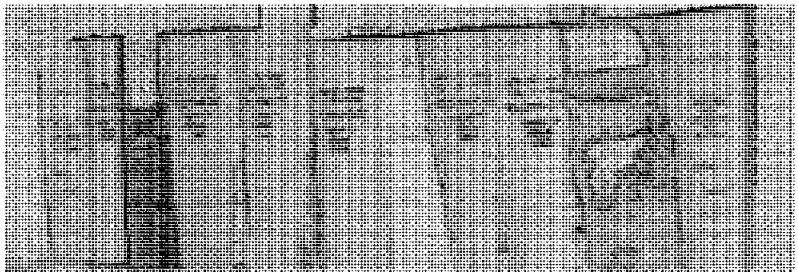
Sexta. Tramitación del expediente cuando hay interesados menores o incapacitados.–En aquellos expedientes en los que el interesado en adquirir la nacionalidad sea un menor de edad, y dado el entorno familiar en el que actualmente se desenvuelven muchos menores, el instructor del expediente ha de tener especial cuidado en el examen de los siguientes extremos.

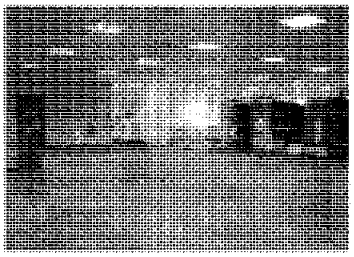
Patria potestad. Si el menor está sometido a patria potestad, que esté siendo ejercida conjuntamente por ambos progenitores, se necesitará el consentimiento de ambos para poder instruir el expediente (cfr. art 154 CC). En el caso de que haya habido procesos de separación, nulidad o divorcio, habrá de estarse a lo que el convenio regulador establezca, en su caso, respecto de la atribución total o parcial a uno de los cónyuges del ejercicio de la patria potestad (cfr. art 92.4 CC). En caso de desacuerdo entre los progenitores, sobre la conveniencia o no de promover el expediente de nacionalidad, habrá de acudirse al Juez (cfr. art 156).

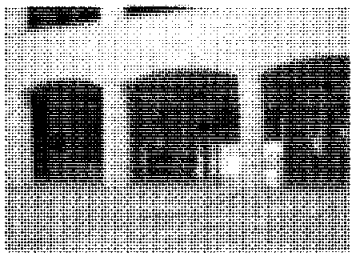
Acogimiento familiar. En los supuestos en los que el menor se encuentre en régimen de acogimiento familiar, y siempre que el titular del acogimiento no sea un Organismo Público, ha de recordarse que es criterio de este Centro Directivo (vid. Resolución de 29 de noviembre de 2002) que la competencia para conceder la autorización prevista en los artículos 20.2 a) y 21.3 c) del Código Civil corresponde al Encargado del Registro Civil del domicilio de los padres, no al del domicilio del menor y de la persona que lo tenga en acogimiento familiar, ya que si el titular del acogimiento no es una Administración Pública, la situa-

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

TEMAS de Registro Civil







MATRIMONIO CIVIL

NOMBRE Y APELLIDOS

ADOPCIÓN

EXPEDIENTES Y ACTAS

JUZGADOS DE PAZ

LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS

ENLACES INTERNACIONALES

LEGISLACIÓN REGISTRAL

BASE DE DATOS

FORO DEL ESTADO CIVIL

VOLVER A PÁGINA PRINCIPAL

Enlaces con el texto

A) POR RESIDENCIA
> Tiempo necesario
> Quién puede solicitarla
> Dónde debe presentarse
> Tramitación de solicitudes
> Procedimiento
> Plazo para la Concesión
> Trámites posteriores
B) POR OPCIÓN
> ¿Quién puede optar?
> Plazo para optar
> ¿Dónde presentar la documentación?
> ¿Quién puede formular la declaración de opción?
> Acta de la Opción
> Documentos recomendables
> Inscripción de la Opción
C) Declaración de nacionalidad con VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN
> No son españoles de origen
> Son españoles de origen
> Documentos recomendables
CH) Pérdida y conservación dela Nacionalidad Española
D) Recuperación de la Nacionalidad Española
Donde presentar la solicitud
Recuperación de la nacionalidad por emigrantes e hijos de emigrantes

LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Página revisada el 02/12/2009

ADVERTENCIA IMPORTANTE: La documentación que en determinados lugares de esta página se indica como recomendable para realizar un tramite o ejercitar un derecho tiene un carácter general **y podría no ser suficiente para obtener lo que se pretende**. El Encargado o el personal del Registro Civil que tramite su expediente o atienda su petición, podrá recabar de usted, ésta o cualquier otra documentación que estime necesaria para la resolución del caso concreto y que no esté mencionada en esta página.

A) ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA.

TIEMPO DE RESIDENCIA NECESARIO PARA PODER SOLICITAR LA NACIONALIDAD NATURALIZACIÓN Y RESIDENCIA

· **10 años**: Con carácter general.

· **5 años**: Personas que hayan obtenido la condición derefugiado.

· **2 años**: Nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, o sefardíes.

· **1 año:** En los siguientes casos:

- Nacidos en el territorio español.
- Nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.
- Casados con español o española no separados legalmente o de hecho (deben llevar al menos un año casados al tiempo de la solicitud).
- Viudos de española o español si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho.
- Q uienes hayan estado sujetos legalmente a la tutela guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles, durante dos años consecutivos, incluso si continuaran en esta situación en el momento de la solicitud.
- Quienes no hayan ejercitado oportunamente la facultad de

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Recuperación de nacionalidad perdida por adquisición voluntaria de otra extranjera.

E) OTROS SUPUESTOS DE INSCRIPCION EN EL RCCENTRAL

Español nacido en el extranjero y no inscrito en España

Extranjera casada con español antes de 1975

F) INSCRIPCION DE LA NACIONALIDAA. Efectos.

G) LEGALIZACION Y TRADUCCIÓN DE DOCUMENTOS

H) LA OPCION A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A TRAVÉS DE LA DISPOSICION ADICIONAL 7ª DE LEY DE MEMORIA HISTÓRICA. MODELOS Y REQUISITOS

I) CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A LOS VOLUNTARIOS INTEGRANTES DE LAS BRIGADAS INTERNACIONALES

L) DESCARGA DE DOCUMENTOS

optar prevista en los artículos 17.2, 19 y 20 del Código Civil.

La residencia efectiva en España tiene que ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud.

QUIÉN PUEDE SOLICITARLA

El escrito por el que se solicita la nacionalidad española por residencia debe formularse por:

Los propios interesados si están emancipados o son mayores de 18 años.

Los interesados, asistidos por sus representantes legales (padres o tutores), cuando sean mayores de 14 años, pero no hayan cumplido 18 años de edad ni estén emancipados.

Si son menores de 14 años, por sus representantes legales (padres o tutores).

Si son incapacitados, por sus representantes legales o por sí mismos, según resulte de la sentencia de incapacitación.

En los dos últimos casos, los representantes legales sólo podrán formular la solicitud si previamente han obtenido autorización del Encargado del Registro Civil correspondiente, previo dictamen del Ministerio Fiscal.

DÓNDE DEBE PRESENTARSE

La solicitud de la nacionalidad española por residencia hay que presentarla en el Registro Civil correspondiente al domicilio del interesado, con las salvedades que a continuación se expresan:

TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES

INSTRUCCIÓN de 26 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia. Ver la Instrucción (PDF)

Primera . El expediente de nacionalidad por residencia, en su fase registral, se conformará con los documentos o, en su caso, copia cotejada de los mismos, que se indican a continuación:

DOCUMENTOS A APORTAR POR LOS SOLICITANTES

1º) Solicitud normalizada aprobada por Resolución de 7 de mayo de 2007, de la Subsecretaría, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización. (Boletín Oficial del Estado de 25 de julio de 2007). Esta solicitud se encuentra disponible en www.mjusticia.es

2º) Tarjeta de Identidad de Extranjero, Tarjeta de Familiar de Ciudadano de la Unión Europea o Certificado del Registro Central de Extranjeros.

3º) Pasaporte.

4º) Certificado de empadronamiento, en su caso.

5º) Autorización judicial para actuar en representación del menor o incapaz, en su caso.

6º) Certificado de nacimiento del interesado.

7º) Certificado de matrimonio con español, en su caso.

8º) Certificado literal de nacimiento del cónyuge español, en su caso.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

9º) Certificado de nacimiento de los hijos menores de edad.

10º) Certificado expedido de antecedentes penales del país de origen, o consular de buena conducta.

11º) Documentos acreditativos de los medios de vida para residir en España.

12º) Otros documentos que quiera aportar el interesado, o, que sean requeridos por el Encargado del Registro Civil y que guarden relación con el objeto del expediente.

DOCUMENTOS QUE APORTA EL REGISTRO CIVIL

A) Acta de las audiencias practicadas.

B) Informe del Ministerio Fiscal.

C) Auto-propuesta del Encargado del Registro Civil.

Los folios resultantes se foliaran consecutivamente

Segunda. Control de autenticidad de los documentos expedidos por funcionarios extranjeros.

La legalización exigida con carácter general, y a salvo la excepción prevista en el artículo 89 RRC, a los documentos expedidos por funcionarios extranjeros (art 88 RRC) es en particular exigible en el expediente de adquisición de la nacionalidad por residencia al certificado de nacimiento del promotor, al de nacimiento de los hijos menores de edad y al certificado de antecedentes penales del país de origen del solicitante.

Ha de examinarse, pues, cuidadosamente el expediente para comprobar tanto las legalizaciones que se hayan efectuado como las que no se hayan hecho, por tratarse en este último caso de documentos expedidos por funcionarios de Estados parte del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961,o a los que sea aplicable el Convenio de Atenas de 15 de septiembre de 1977 de la Comisión Internacional de Estado Civil, en cuyo caso la legalización se sustituye por el trámite de la apostilla.

Tercera. Acreditación de la residencia en España: Supresión de la obligación de aportar los interesados el certificado de tiempo de residencia expedido por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.-El Registro Civil competente podrá dar por completada la tramitación del expediente previa a su elevación a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cuanto a la justificación de la residencia del interesado en España, cuando el mismo aporta la documentación que como extranjero residente en España le hayan facilitado las autoridades españolas (Tarjeta de Identidad de Extranjero, Tarjeta de Residencia de Familiar de ciudadano de la Unión, Certificado del Registro Central de Extranjeros), no siendo, por tanto, necesario aportar certificado de la Dirección General de la Policia y de la Guardia Civil sobre períodos de residencia.

Cuarta. Buena conducta cívica: Supresión de la obligación de aportar los interesados el certificado de antecedentes penales en España .-Si bien la buena conducta cívica exigida por el artículo 22.3 CC para adquirir la nacionalidad no se puede identificar, simplemente, con la carencia de antecedentes penales, policiales o administrativos, la ausencia de antecedentes penales es un primer indicador. Esta es la razón por la que el artículo 221 RRC exige certificado del Registro Central de Penados y Rebeldes. Al tratarse de una información que ya posee la Administración y más concretamente el Ministerio de Justicia, a partir de esta Instrucción el Encargado podrá considerar completada la

tramitación registral del expediente, aunque el interesado no aporte el certificado de antecedentes penales español, siempre que se compruebe que ha expresado su consentimiento por escrito en el texto de la solicitud por la que se inicia el expediente para que sea la Dirección General de los Registros y del Notariado la que lo solicite directamente del Registro Central de Penados y Rebeldes. Si del examen de la solicitud resulta que el interesado no ha otorgado dicho consentimiento, el Encargado deberá exigirle el certificado de antecedentes penales, sin el cual no podrá dar por completada la tramitación del expediente previa a su elevación a este Centro Directivo.

Quinta. Valoración del suficiente grado de integración en la sociedad española.- En el expediente de nacionalidad por residencia, el Encargado debe hacer constar el juicio que le merece el grado de integración en la sociedad española del peticionario, tras oírle personalmente, abordando en la audiencia las cuestiones reveladoras de la adaptación a las costumbres y modo de vida españoles. El examen de integración del extranjero en la sociedad española, en la fase de instrucción del expediente, constituye un elemento esencial para la justificación del requisito de suficiente grado de integración exigido en el artículo 22.4 del Código Civil.

Sexta. Tramitación del expediente cuando hay interesados menores o incapacitados.- ¿Quien puede actuar en su representación o asistencia? En aquellos expedientes en los que el interesado en adquirir la nacionalidad sea un menor de edad, y dado el entorno familiar en el que actualmente se desenvuelven muchos menores, el instructor del expediente ha de tener especial cuidado en el examen de los siguientes extremos.

a) Patria potestad. Si el menor está sometido a patria potestad, que esté siendo ejercida conjuntamente por ambos progenitores, se necesitará el consentimiento de ambos para poder instruir el expediente (cfr. art 154 CC).

b) En el caso de que haya habido procesos de separación, nulidad o divorcio , habrá de estarse a lo que el convenio regulador establezca, en su caso, respecto de la atribución total o parcial a uno de los cónyuges del ejercicio de la patria potestad (cfr. art 92.4 CC). En caso de desacuerdo entre los progenitores, sobre la conveniencia o no de promover el expediente de nacionalidad, habrá de acudirse al Juez (cfr. art 156).

c) Acogimiento familiar . En los supuestos en los que el menor se encuentre en régimen de acogimiento familiar, y siempre que el titular del acogimiento no sea un Organismo Público, ha de recordarse que es criterio de este Centro Directivo (vid. Resolución de 29 de noviembre de 2002) que la competencia para conceder la autorización prevista en los artículos 20.2 a) y 21.3 c) del Código Civil corresponde al Encargado del Registro Civil del domicilio de los padres, no al del domicilio del menor y de la persona que lo tenga en acogimiento familiar, ya que si el titular del acogimiento no es una Administración Pública, la situación de acogimiento no supone suspensión de la patria potestad.

d) Residencia de los titulares de la patria potestad o tutela en municipios distintos . Si los titulares y ejercientes de la patria potestad o tutela, residen en municipios distintos será Juez competente el del Registro correspondiente al progenitor que tenga al menor en su compañía, rigiendo en este punto por conexión lo dispuesto en el artículo 20.2 a) del Código Civil y no la norma general sobre competencia del artículo 365 RRC.

e) Tutela. En el caso de menores o incapacitados sometidos a tutela si hay más de un tutor, pero uno lo es de la persona y otro

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

de los bienes, la necesaria representación legal para la adquisición de la nacionalidad corresponde solamente al tutor de la persona (cfr. arts 20.2. a) y 236 CC).

Séptima. Intervención del Ministerio Fiscal.-En los expedientes gubernativos siempre ha de ser oído el Ministerio Fiscal (art. 97.2 LRC y 348. III RRC), que tiene asignada la función de velar por la instrucción y tramitación adecuada del expediente y atribuida la facultad de proponer las diligencia o pruebas oportunas (cfr art. 344 RRC y 97 LRC), pruebas que pueden ir dirigidas a verificar la concurrencia en el solicitante de las circunstancias que reducen el tiempo exigido de residencia en España; si habla castellano u otra lengua española; cualquier hecho relativo a su adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, como estudios, actividades, benéficas o sociales, y los demás que estime convenientes.

El Encargado del Registro Civil podrá recabar, además, cualquier otra documentación que estime necesaria para la mejor resolución del expediente. Cualquier cambio, de domicilio u otro dato relevante, deberá comunicarse al Encargado del Registro Civil que tramita el expediente .

PPROCEDIMIENTO

En el Registro Civil del domicilio se presentará toda la documentación, y el interesado comparecerá ante el Encargado del Registro Civil. El Juez Encargado del Registro Civil entrevistará al solicitante para comprobar su adaptación a la cultura y estilo de vida españoles. Caso de estar casado con español también se oirá al cónyuge. Después el Ministerio Fiscal emitirá su informe y el Juez dictará un Auto enviando el expediente completo a la Dirección General de los Registros y del Notariado para que, por delegación del Ministro de justicia, proceda a conceder o denegar la nacionalidad española.

TIEMPO DE CONCESIÓN

El plazo aproximado para la concesión de la nacionalidad española una vez remitido el expediente al MInisterio de Justicia es de dos años y medio

TRÁMITES POSTERIORES A LA CONCESIÓN

L a concesión de la nacionalidad española por residencia caduca a los 180 días siguientes a su notificación si el interesado, en dicho plazo, no comparece en el Registro Civil para cumplir los siguientes requisitos:

- Juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes (para mayores de 14 años).
- Renuncia a la anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o sefardíes.
- ***Inscripción*** de la adquisición de la nacionalidad española en el Registro Civil español. Este trámite es esencial pues **hasta que no se ha practicado la inscripción el solicitante NO es español.**

Para practicar la inscripción principal de nacimiento, soporte de la marginal de nacionalidad, Deberá rellenarse por los interesados una **HOJA DE DATOS**. Descargar HOJA DE DATOS

B) ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD POR OPCIÓN.

¿QUIÉN PUEDE OPTAR?

NATURAL X OPCIÓN

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

1. La persona cuya nacionalidad española se ha determinado después de los 18 años.
2. El mayor de dieciocho años adoptado por un español.
3. Los que estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español
4. Personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España
5. Las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y para los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio (Ver apartado H)

PLAZO PARA EJERCER LA OPCIÓN

- Personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español: antes de cumplir los 20 años de edad o a los 2 años de su emancipación.
- Personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España: sin límite alguno de plazo.
- Personas cuya filiación o nacimiento en España se determine después de los 18 años de edad: dos años desde la determinación de la filiación o nacimiento en España
- Personas adoptadas por un español, mayores de 18 años: dos años desde la adopción.

¿DÓNDE DEBE PRESENTARSE LA DOCUMENTACIÓN?

La solicitud y documentación deberá presentarla ante el Registro Civil donde el solicitante de la opción tenga su domicilio.

¿QUIÉN PUEDE FORMULAR LA DECLARACIÓN DE OPCIÓN?

a) El representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado, en nombre de éste. En este caso la opción requiere autorización del Encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz.

b) El propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquel sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación.

c) El interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.

d) El interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa el caso en que haya caducado el derecho de opción conforme al apartado c).

ACTA DE OPCIÓN: CONTENIDO.

Es un acta simple, levantada ante el Encargado del Registro Civil, que recoge la Declaración de Opción para adquirir la nacionalidad española

El **mayor de 14 años** deberá prestar en el Acta JURAMENTO o PROMESA de fidelidad al Jefe del Estado y obediencia a la Constitución y a las Leyes, y RENUNCIA a la anterior nacionalidad a no ser que se trate de naturales de

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, o sefardíes.

DOCUMENTACIÓN RECOMENDABLE

Como se ha dicho en la Advertencia inicial de esta página, dependerá del supuesto concreto en el que se basa el derecho de Opción, pero, **con carácter general**, y sin perjuicio de que **el Encargado o funcionario del Registro Civil que atienda su caso podrán recabar del interesado ésta o cualquier otra documentación que estimen necesaria para la mejor resolución de la solicitud, aunque no se halle *indicada en la enumeración que sigue,*** se recomienda aportar los siguientes documentos: .

1. Certificado literal de nacimiento del padre/s ESPAÑOL/ES
2. Fotocopia DNI del padre/s español/es y, en su caso, fotocopia Pasaporte o Permiso Residencia del progenitor extranjero
3. En su caso, Certificado de Matrimonio **de los padres del optante** (si se celebró fuera de España, legalizado apostillado y traducido)
4. Certificado de Empadronamiento de los padres del optante o de éste si es mayor de edad.
5. Partida de Nacimiento del optante, (si nació fuera de España, legalizada o apostillada y traducida)

ATENCIÓN: Deberá rellenarse por los interesados una **HOJA DE DATOS** para practicar la inscripción de nacimiento. Descargar HOJA DE DATOS (PDF 25 KB)

TRÁMITES POSTERIORES A LA OPCIÓN: LA INSCRIPCIÓN

La **inscripción** de la adquisición de la nacionalidad española en el Registro Civil español. Los efectos de este trámite se explican con detalle más abajo, en el apartado F) Inscripción de la Nacionalidad Española.

C) DECLARACIÓN DE NACIONALIDAD CON VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN.

Este tipo de expedientes se utiliza para declarar con valor de simple presunción la nacionalidad española (art. 17-1º CC) de los recién nacidos, inscritos en nuestros Registros Civiles, a los cuales la legislación de sus padres no les atribuye de forma automática la nacionalidad extranjera. Está relacionado directamente con el número de hijos de inmigrantes nacidos en España, sobre todo, a hijos de nacionales de países *iberoamericanos*.

Como señalan innumerables resoluciones de la DGRN, por todas la (1ª) de 21 de enero de 2002: 'El artículo 17-1-c del Código civil establece que son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad»

Los términos de este artículo, interpretados por la Dirección General, excluyen la concesión de origen de la nacionalidad española al nacido en nuestro territorio ***sólo*** en los supuestos de atribución automática de la nacionalidad de uno o ambos padres, por un sistema de ius sanguinis puro, como el español. En los demás casos, cuando la atribución de la nacionalidad de los progenitores depende del cumplimiento de algún requisito, declaración de voluntad o formalidad por parte de éstos, ocurre,

17.2.C

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

salvo en contadas ocasiones, v.g. situación transitoria en España, o estar al servicio de su país u organismo internacional, que el recién nacido adquiere la nacionalidad española de origen. Se trata de evitar una situación de apatridia originaria en la cual la atribución iure soli de la nacionalidad española se impone. No ha de importar que el nacido pueda adquirir más tarde iure sanguinis la nacionalidad de sus padres, pues este hecho no puede llevar consigo por sí solo la pérdida de la nacionalidad española, atribuida ex lege y de modo definitivo en el momento del nacimiento.

La **Instrucción de la DGRN de 28 de marzo de 2007 sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad con valor de simple presunción** establece una serie de puntos de gran interés en relación con este tipo de expedientes:

Procedimiento y competencia.- En primer lugar, la vía registral para determinar la aplicabilidad en cada caso concreto del precepto contenido en el artículo 17, n.º 1, c), del Código civil, es el expediente de declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción (cfr. art. 96-2.º L.R.C. y 338 R.R.C.), que decide en primera instancia el Encargado del Registro Civil del domicilio (cfr. art. 335 R.R.C.). Este régimen de competencia lo es tanto para instruir como para resolver el expediente, conforme a lo previsto por el artículo 342 del Reglamento del Registro Civil en la redacción dada por el Real Decreto de 29 de agosto de 1986.

Cuando no se respeta la norma de competencia antes indicada, es decir cuando no es exclusivamente el Encargado del domicilio del interesado el que instruye o resuelve el expediente, al igual que ocurre en general con todo tipo de procedimiento, dicha infracción implica la nulidad de lo actuado, nulidad que puede ser declarada por la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando conozca de la misma a través de los recursos entablados.

En el caso de que no sean coincidentes el Registro que ha resuelto el expediente y el que ha de anotar la resolución al margen de la inscripción de nacimiento, la resolución adoptada por el Encargado del Registro Civil del domicilio, una vez devenida firme, habrá de ser calificada por el Encargado del Registro Civil del nacimiento. Ahora bien, el control que este último realizará en su calificación se encuentra limitado por lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 27 de la Ley del Registro Civil, de forma que dicha calificación no podrá enjuiciar el fondo del asunto, debiendo circunscribirse a «la competencia y clase de procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro, aunque en la práctica tal limitación desaparece en muchos casos

No obstante, cuando por haber padecido una errónea interpretación del Derecho extranjero se haya aplicado indebidamente la regla del apartado c) del n.º 1 del artículo 17 del Código civil, ha de ser posible que, de oficio o por iniciativa del Ministerio Fiscal, o de las autoridades de la Dirección General de la Policía, con ocasión de la expedición del D.N.I., o de cualquier interesado, y con intervención en todo caso del Ministerio Público, se inicie de nuevo expediente para declarar con valor de presunción que a los nacidos les corresponde o no les corresponde la nacionalidad española. La nueva declaración recaída en tal expediente, en caso de ser negativa, ha de tener acceso al Registro Civil para cancelar en su virtud la anotación preventiva practicada.

RELACION DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN RECAÍDAS EN INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 17, n.º 1, c), del Código civil:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

1. Conforme al artículo 17-1-c del Código civil (redacciones de 1982 y de 1990) son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». Esta norma beneficia, y por tanto **SON ESPAÑOLES DE ORIGEN** , los nacidos en España hijos de:

a) **Argentinos** (Resoluciones de 23-1.ª de septiembre y 19-1.ª de diciembre de 2002; 28-2.ª de junio y 3-2.ª de diciembre de 2003; 21-2.ª de febrero y 5-3.ª de marzo de 2004).

b) **Bolivianos nacidos antes del 7 de febrero de 2009** (Resoluciones de 5-2.ª de marzo y 25 de septiembre de 2004; 16-3.ª de septiembre de 2005; 27-4.ª de diciembre de 2006; 3-5.ª de enero de 2007). (ATENCION! Ver nota 11, abajo)

c) **Brasileños** Ver la Enmienda Constitucional nº 54, de 20 de septiembre de 20072, en la cual se modifica el apartado c) del artículo 12 nº1 del texto constitucional. Ver **Circular de la DGRN de 16 de diciembre de 2008** en el apartado Legislación Registral - Internacional de esta web.

d) **Colombianos** (Resoluciones de 16-2.ª de octubre y 7-4.ª y 5.ª de noviembre de 2002; 28-4.ª de junio y 4-1.ª de julio de 2003; 28-3.ª de mayo y 23-1.ª de julio de 2004; 30-4.ª de noviembre y 7-2.ª de diciembre de 2005; 14-3.ª de febrero y 20-1.ª de junio de 2006; 17-4.ª de enero de 2007). (Ver nota 11, abajo)

e) **Costarricenses** (Resolución de 16-3.ª de marzo de 2006).

f) **Cubanos** (Resolución de 26-2.ª de marzo de 2003).

g) **Chilenos nacidos antes del 26 de agosto de 2005** (Ver Circular DGRN de 16 de Diciembre de 2008 en la página Legislación Registral - Española, de esta web)

h) **Ecuatorianos nacidos antes del 20 de octubre de 2008** (Resoluciones de 27-2.ª de noviembre y 30-2.ª y 3.ª de diciembre de 2002; 28-1.ª de junio y 5-2.ª de diciembre de 2003; 29-1.ª de octubre y 5-3.ª de noviembre de 2004; 12-2.ª de julio de 2005; 15-4.ª de noviembre y 27-5.ª de diciembre de 2006) (ATENCIÓN: Ver nota 1, abajo)

i) **Guineanos** (**Guinea-Bissau**) (Resolución de 30-1.ª de septiembre de 2005).

j) **Marroquíes** –madre marroquí y padre conocido apátrida o que no transmite su nacionalidad al hijo– (Resoluciones de 31-7.ª de octubre de 2005 y 10-3.ª de febrero de 2006).

k) **Palestinos** –apátridas– (Resolución de 12-4.ª de septiembre de 2000).

l) **Peruanos** (Resoluciones de 8-2.ª de mayo de 2002; 19-3.ª de marzo y 10 de abril de 2004; 11-1.ª de marzo y 14-4.ª de octubre de 2005).

m) **Saharauis** –apátridas– (Resolución de 10-3.ª de enero de 2005). (Ver nota 2, abajo)

n) **Suizos** (Resolución de 6-4.ª de junio de 2006). (nota 3)

ñ) **Santotomenses (Santo Tomé y Príncipe**) (Resolución de 4-1.ª de marzo de 2003).

o) **Venezolano/Colombiana** (Resolución de 23 de abril de 2005)(Ver nota 4, abajo)

Por el contrario **NO SON ESPAÑOLES DE ORIGEN**, por corresponderles «iure sanguinis» la nacionalidad de uno de los progenitores, los nacidos en España hijos de:

a) **Angoleños** (Resoluciones de 14-1.ª de septiembre de 2004; 13-3.ª de septiembre de 2005).

b) **Argelinos** (Resoluciones de 3-4.ª de junio de 2005; 6-1.ª de junio de 2006).

b) **Bolivianos** nacidos a partir del 07/02/2009 inclusive, fecha de entrada en vigor de su nueva Constitución que modifica el artículo 141 (Ver Circular DGRN de 21 de mayo de 2009 en la página Legislación Registral - Española, de esta web)

c) **Búlgaros** (Resolución de 22-2.ª de septiembre de 2000).

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

d) **Congoleños** (Resoluciones de 15-3.ª de noviembre de 2005; 10-4.ª de abril y 19-1.ª de septiembre de 2006).

e) **Chilenos** nacidos a partir del 26 de agosto de 2005 (Ver Circular DGRN de 16 de Diciembre de 2008 en la página Legislación Registral - Española, de esta web)

f) **Dominicanos** (Resoluciones de 16-1.ª de marzo y 27-3.ª de mayo de 2005; 5-2.ª y 19-1.ª de octubre de 2006; 14-4.ª de enero de 2007).

g) **Ecuatoguineanos** (Resolución de 23-5.ª de septiembre de 2005).

h) **Ecuatorianos**, si el nacimiento se produjo durante una estancia transitoria en España de los padres (Resoluciones de 10-4.ª de septiembre de 2002; 14-3.ª de septiembre de 2005; 3-4.ª de enero de 2007) y, en todo caso, a partir del día 20 de Octubre de 2008 , fecha de entrada en vigor de su nueva Constitución. (Ver nota 5, abajo)

i) **Etíopes** (Resolución de 28-3.ª de junio de 2005).

j) **Jamaicanos** (Resolución de 6-4.ª de junio de 2006)(nota 6)

k) **Jordanos** (Resolución de 22-2.ª de marzo de 2004).(nota 7)

l) **Kazajos** (Kazajstán) (Res. de 22-1.ª de abril de 2005).

m) **Letones** (Resolución de 14-1.ª de octubre de 2005).

n) **Lituanos** (Resolución de 21-3.ª de noviembre de 2005).

ñ) **Marroquíes** :

n.1) Padre y madre marroquíes, hijo matrimonial, aunque el matrimonio contraído haya sido civil en España (Resoluciones de 7-3.ª de noviembre de 2005).

n.2) Padre y madre marroquíes, hijo no matrimonial, si existe reconocimiento paterno o se acredita la cohabitación durante el periodo probable de la concepción (Resoluciones de 31-7.ª de octubre de 2005 y 10-3.ª de febrero de 2006).

n.3) Madre marroquí y padre desconocido (Resoluciones de 23-2.ª y 31-3.ª de octubre de 2003; 26-4.ª de enero de 2004; 20-5.ª de septiembre y 14-1.ª de noviembre de 2005; 20-4.ª de marzo de 2006).(Ver nota 8, abajo)

o) **Mauritanos** (Resoluciones de 5-1.ª y 2.ª y 6-4.ª de julio de 2006)

p) **Nicaragüenses** (5-5.ª de noviembre de 2004; 17-3.ª de enero de 2006).

q) **Nigerianos** (Resoluciones de 20-3.ª de marzo y 28-3.ª y 4.ª de octubre de 2003; 8-4.ª de marzo de 2004; 21-1.ª de septiembre y 18-5.ª de noviembre de 2005; 16-4.ª de mayo y 20-4.ª de octubre de 2006).

r) **Paquistaníes** (Resolución de 22-4.ª de mayo de 2006). (nota 9)

s) **Polacos** (Resolución de 29-1.ª de noviembre de 2002).

t) **Rumanos** (Resoluciones de 23-3.ª de junio de 2003; 16-4.ª de febrero y 14-2.ª de septiembre de 2005; 22-3.ª de febrero de 2006).

u) **Rusos** (Resoluciones de 21-4.ª de octubre y 22-4.ª de noviembre de 2005).

v) **Senegaleses** (Res. de 21-3.ª de septiembre de 2005).

w) **Sierraleoneses** (Res. de 10-5.ª de septiembre de 2002).

x) **Sirios** (Resolución de 24-5.ª de noviembre de 2005).

y) **Suizos** (Resolución de 6-4.ª de junio de 2006).(nota 10)

z) **Tanzanos** (Resolución de 23-5.ª de septiembre de 2005).

aa) **Uzbekos** (Resolución de 17-2.ª de abril de 2002)

bb) **Zaireños** (Resolución de 11-3.ª de junio de 2001 y 5-2.ª de enero de 2002).

NOTAS:

(1) El hijo de padres ecuatorianos es español si su nacimiento en España tuvo lugar durante una estancia no transitoria de aquellos en España. Así resulta de la Resolución de 10-4.ª de

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

septiembre de 2002 que, por excepción, declara que no es español de origen, sino ecuatoriano, el nacido en España de padres ecuatorianos cuya estancia en España debía considerarse transitoria: el padre residía en Ecuador y la madre no estaba empadronada en España. Asimismo los hijos de ECUATORIANOS nacidos en España han dejado de ser españoles de origen a partir del 20/10/2008 inclusive , fecha de entrada en vigor de su nueva Constitución.

(2) Por el contrario no beneficia el artículo 18 del Código civil, redacción de 1990, a los saharauis que no han estado en posesión y utilización de la nacionalidad española durante diez años o no prueban haber residido en el Sahara cuando estuvo en vigor el Real Decreto de 1976, de modo que quedara imposibilitado «de facto» para optar a la nacionalidad española (Resoluciones de 5-2.ª de diciembre de 2002, 15-2.ª de marzo de 2007, entre otras muchas).

(3) Los hijos de padre suizo no casado con la madre nacidos en el extranjero no adquieren automáticamente la nacionalidad de su padre, sino que para ello es preciso un acto posterior.

(4) Si ambos progenitores son venezolanos el hijo nacido en España es venezolano. Si sólo uno de ellos lo es –caso de la Resolución– hay que residir en Venezuela o declarar la voluntad de ser venezolano para adquirir dicha nacionalidad.

(5) El hijo de padres ecuatorianos no es español si el nacimiento en España se produjo durante una estancia transitoria de sus padres.

(6) Son jamaicanos desde la fecha de su nacimiento, los nacidos en el extranjero cuando a tal fecha uno de los padres es jamaicano por nacimiento, descendencia o adquisición de la nacionalidad por matrimonio con un ciudadano de Jamaica.

(7) Para que la mujer jordana transmita la nacionalidad se requiere que el padre sea de nacionalidad desconocida y que el nacimiento haya acaecido en Jordania.

(8) Aunque la Dirección General de los Registros y del Notariado no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el supuesto de padre marroquí y madre desconocida, este caso hay que entenderlo como subsumible en este apartado ya que el artículo 6 del Dahir n.º 250- 58-1 de 6 de septiembre de 1958, relativo al Código de la nacionalidad marroquí, establece que tiene la nacionalidad marroquí de origen por filiación: «1.º El niño nacido de padre marroquí».

(9) Los nacidos fuera de Pakistán son pakistaníes si los padres hubiesen nacido en Pakistán, en otro caso, lo serán si son inscritos en el Registro Consular correspondiente.

(10) Los hijos de padre suizo no casado con la madre, nacidos en el extranjero, no adquieren automáticamente la nacionalidad de su padre, sino que para ello es preciso un acto posterior

(11) Los hijos de BOLIVIANOS nacidos en España han dejado de ser españoles de origen a partir del 07/02/2009 inclusive, fecha de entrada en vigor de su nueva Constitución que modifica el artículo 141. Ver la **Circular de 21 de Mayo de 2009 del Ministerio de Justicia respecto a los hijos de extranjeros nacidos en España** (Puede hallarse en el apartado Legislación Registral - Española de esta web)

DOCUMENTACIÓN RECOMENDABLE (Conforme al Modelo aprobrado por el Ministerio de Justicia que puede Descagarse a través del enlace L) DESCARGA DE DOCUMENTOS del apartado 'Enlaces con el Texto' situado al principio de esta página.)

1. Certificado de empadronamiento de los padres.
2. Certificado literal de nacimiento del menor. (Se expide en el Registro Civil donde nació el menor)
3. Certificado del Consulado donde conste la ley personal del país referida a los nacidos en el extranjero

4. Certificado de nacionalidad de cada uno de los padres (en su Consulado).
5. Certificado de nacimiento del padre/madre nacido en España
6. Certificado negativo de nacionalidad del nacido (Expide: Su consulado o Embajada)

D) PÉRDIDA Y CONSERVACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Art. 24 Código Civil

1. **Pierden la nacionalidad española** los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuviera atribuida antes de la emancipación. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de **conservar la nacionalidad española** al Encargado del Registro Civil

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen.

2. En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero.

3. Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, perderán, en todo caso, la nacionalidad española si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación.

4. No se pierde la nacionalidad española, en virtud de lo dispuesto en este precepto, si España se hallare en guerra.

Art. 25 Código Civil

1. Los españoles **que no lo sean de origen** perderán la nacionalidad:
a. Cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales.
b. Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo público en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

2. La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española, produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe.
La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años.

E) RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Recuperación

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Art. 26 Código Civil

1. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos:
   a. Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurran circunstancias excepcionales.
   b. Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española.
   c. Inscribir la recuperación en el Registro Civil.
2. No podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno, los que se encuentren incursos en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 25

¿DÓNDE DEBE PRESENTARSE LA DOCUMENTACIÓN?

La solicitud y documentación deberá presentarla ante el Registro Civil o Consular donde el solicitantes tenga su domicilio.

PRIMER SUPUESTO: RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR PARTE DE EMIGRANTES E HIJOS DE EMIGRANTES. Conforme al criterio sentado por la DGRN en resoluciones, entre otras, de 27 de febrero de 1997; 6 de junio de 2002; 3 de julio de 2002 y 15 de septiembre de 2003, 'a los efectos de la recuperación de la nacionalidad española, **es emigrante el nacido en España que ha adquirido la nacionalidad española, trasladado su domicilio al extranjero y adquirido otra nacionalidad, sin necesidad de investigar los motivos de la emigración ni los de la adquisición de la nacionalidad extranjera**. Este concepto amplio del término emigración es el que ha seguido siempre este Centro Directivo ya para las Leyes 51/1982, de 13 de julio y 18/1990, de 17 de diciembre y no hay motivos para seguir otro criterio respecto de la redacción del artículo 26 del Código, a partir de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre.'

En aplicación de la doctrina sentada por la DGRN y lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil, se entiende que los hijos de emigrantes perdieron también la nacionalidad española POR RAZÓN DE EMIGRACIÓN, por lo que, para recuperarla, tanto a los emigrantes como a sus hijos, NO LES HACE FALTA ser residentes en España ni, por lo tanto, la TARJETA DE RESIDENCIA.

La condición de hijo de inmigrante debe alegarse en el momento de levantar el acta de recuperación de la nacionalidad española ante el Encargado del Registro Civil o Consular de su domicilio. Se sobreentiende que su padre fue al extranjero a ejercer la profesión que consta en su partida de nacimiento.

SEGUNDO SUPUESTO: RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DESPUES DE HABER ADQUIRIDO OTRA VOLUNTARIAMENTE.

REQUISITO ESENCIAL: Tener la **Residencia Legal en España**. No obstante tal requisito podrá ser dispensado por el Ministerio de Justicia cuando concurran circunstancias excepcionales

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

DOCUMENTACIÓN RECOMENDABLE:

- Fotocopia de la tarjeta de residencia
- Certificación literal de nacimiento
- Certificado de empadronamiento.

El expediente DE HABILITACION Y DISPENSA del requisito de la RESIDENCIA LEGAL, antes mencionado, que se inicia con una solicitud, debe presentarse la siguiente documentación:

1. - Certificado literal de nacimiento del interesado
2. - Certificado de empadronamiento
3. - Certificado de antecedentes penales españoles
4. - Certificado de antecedentes penales de su país
5. - Certificado de inscripción consular
6. - Certificado Consular con expresión de cuando adquirió el interesado la nacionalidad extranjera.

E) OTROS SUPUESTOS DE INSCRIPCION DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA EN EL REGISTRO CIVIL CENTRAL

1) INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL CENTRAL DEL NACIMIENTO DE UN ESPAÑOL NACIDO EN EL EXTRANJERO Y NO INSCRITO EN SU DÍA EN EL CORRESPONDIENTE REGISTRO CONSULAR

DOCUMENTACIÓN RECOMENDABLE

- Certificado literal de nacimiento del nacido, legalizado y traducido en su caso.
- Certificado literal de nacimiento del progenitor/es español/es del nacido, legalizado y traducido en su caso.
- Certificado de empadronamiento o convivencia de los padres.
- DNI o pasaporte español de los padres o del padre/madre español (fotocopia)
- En su caso pasaporte del progenitor extranjero (fotocopia)
- En su caso, certificado literal de matrimonio de los padres, legalizado y traducido caso de haberse producido fuera de España
- En su caso, Libro de familia (fotocopia)

2) INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL CENTRAL DEL NACIMIENTO DE MUJER EXTRANJERA CASADA CON ESPAÑOL ANTES DEL AÑO 1975 Y QUE NUNCA HAYA ESTADO PROVISTA DE DOCUMENTACION ESPAÑOLA.

REQUISITO ESENCIAL: **Estar provista de Tarjeta de Residencia**. No importa por que tiempo.

DOCUMENTACIÓN RECOMENDABLE:

- Fotocopia Tarjeta de Residencia.
- Certificado de Nacimiento de la interesada, legalizado y traducido.
- Certificado literal de nacimiento del marido español.
- Fotocopia del D.N.I. del marido español.
- Fotocopia del libro de Familia (asiento matrimonio)
- Certificado de Empadronamiento.

F) LA INSCRIPCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. LUGAR DONDE PUEDE PRACTICARSE Y

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

EFECTOS

Hasta hace poco tiempo la inscripción de la concesión de la nacionalidad española para un extranjero no nacido en España se llevaba a cabo en el Registro Civil Central de Madrid, pero la MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY DE 8 DE JUNIO DE 1957, REGULADORA DEL REGISTRO CIVIL ha alterado este régimen, otorgando a los interesados la posibilidad de que soliciten la inscripción, bien en el **Registro Civil Central**, como antes, bien ante el **Registro Civil del domicilio en el que se haya instruido el expediente registral**, que puede coincidir o no con el del domicilio del interesado/a en el momento de irse a practicar la inscripción; y así el artículo 16 LRC queda modificado en el siguiente sentido:

«Igualmente, en las inscripciones de nacimiento que sean consecuencia de la adquisición de la nacionalidad española por ciudadanos cuyo lugar de nacimiento sea un país extranjero, los interesados podrán solicitar, en el momento de levantarse el acta de juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes, que se extienda la inscripción de nacimiento en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio en el que se haya instruido el oportuno expediente registral.

El Registro Civil en el que se practique la inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero conforme a lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo, comunicará dicha inscripción al Registro Civil Central, que seguirá siendo competente para todos los demás actos de estado civil que afecten al inscrito.»

En los supuestos de adquisición de nacionalidad por parte de ciudadanos extranjeros, en caso de optar por la competencia del Registro Civil municipal, la solicitud se habrá de formalizar necesariamente ante el Registro Civil en que se instruyó el oportuno expediente, cualquiera sea el domiciliodel interesado en el momento de levantarse el posterior acta de juramento o promesa de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las Leyes. Este mismo Registro será competente para la tramitación y, en su caso, inscripción de nacimiento por opción u opciones que traigan causa de un expediente de nacionalidad por residencia.

EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.- Como señala la Resolución de la DGRN de 14 de junio de 2005, la inscripción registral de las naturalizaciones o adquisiciones sobrevenidas de nacionalidad **por razón de residencia** tienen carácter constitutivo. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 330 del Código Civil, conforme al cual «**No tendrán efecto *alguno* legal las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro**, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubiesen sido concedidas».

Por el contrario el párrafo tercero del artículo 64 de la Ley del Registro Civil, tras fijar las reglas determinativas de quién es el funcionario competente para recibir y documentar en acta tales declaraciones, añade que «**Se considerará fecha de la inscripción, a partir de la cual surten sus efectos tales declaraciones, la del acta que constará en dicho asiento** ».

Pero este precepto, en cuanto establece una retroactividad de la fecha de la inscripción a la fecha de la declaración, constituye una **regla especial aplicable exclusivamente a los casos de opción, conservación y recuperación de la nacionalidad**, pero resulta impertinente, por el contrario, su aplicación a otros supuestos como el de la adquisición de la nacionalidad por residencia, en el que, como se ha indicado, dicha adquisición sólo surtirá efecto desde la fecha de la inscripción en el Registro Civil (cfr. art. 330 C.C.)

No obstante lo anteriormente expuesto, las Resoluciones de la DGRN de 29 de marzo de 2006 (BOE 128/2006) y 19 de enero de 2007 han flexibilizado este criterio en el sentido

siguiente: "*una vez extendida la inscripción en el Registro Civil competente de la adquisición de la nacionalidad española por residencia, su eficacia, por aplicación del párrafo tercero del artículo 64 de la Ley del Registro Civil en relación con el artículo 224 de su Reglamento, se retrotrae a la fecha del acta de juramento o promesa, porque éste es el momento en el que el adquirente ha agotado la actividad fundamental a él exigida (cfr. Resoluciones de 18-6.ª de septiembre de 1993 y 5 de septiembre de 1994, entre otras)*".

H) SOBRE EL DERECHO A OPTAR A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR LOS HIJOS DE ESPAÑOLES DE ORIGEN Y LOS NIETOS DE LOS QUE LA PERDIERON O RENUNCIARON A ELLA A CAUSA DEL EXILIO. DISPOSICIÓN ADICIONAL 7ª DE LA LEY 52/2007, DENOMINADA DE MEMORIA HISTÓRICA.

El BOE 285/2008, de 26 de noviembre, publicó la INSTRUCCIÓN de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura (B.O.E. de 27 de diciembre) establece, en su Disposición Adicional séptima, la posibilidad de adquirir por opción la nacionalidad española de origen para las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y para los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. La entonces inminente entrada en vigor de la Disposición Adicional citada, llevó a la DGRN a dictar las directrices sobre el ejercicio y alcance de este derecho, así como las normas de procedimiento precisas para agilizar la tramitación de solicitudes en los Registros Civiles. Las posibles dudas que se planteen a los Encargados de los Registros Civiles españoles en cuanto al alcance e interpretación del ámbito de aplicación de la mencionada Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, sobre los supuestos incluidos o excluidos de la misma, o sobre los requisitos que deben reunir los optantes, se resolverán -afirmaba- con arreglo al cuerpo de doctrina que se contiene en la mencionada Instrucción, que se puede encontar en el apartado 'Legislación' - 'Legislación Española' de esta web.

FORMA Y LUGAR DE PRESENTAR LAS SOLICITUDES. MODELOS Y REQUISITOS

Las solicitudes podrán presentarse en el Ministerio de Justicia, así como en el Registro Civil Municipal o Consular del domicilio del interesado.

Para obtener los modelos de solicitud, los requisitos para su presentación, documentos a aportar, plazos, recursos y obtención de certificados de nacimientos españoles consulte la página del Ministerio de Justicia: www.leymemoria.mjusticia.es

CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A LOS VOLUNTARIOS INTEGRANTES DE LAS BRIGADAS INTERNACIONALES

Por otra parte, el BOE 277/2008, de 17 de noviembre, publicó también el Real Decreto 1792/2008, de 3 de noviembre, sobre concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

El sentido de la disposición era el siguiente: El Real Decreto 39/1996, de 19 de enero, sobre concesión de la nacionalidad española a los combatientes de las Brigadas Internacionales en la Guerra Civil española, pretendió reconocer en aquella fecha la labor de defensa de la libertad y de los principios democráticos que llevaron a cabo los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales en la Guerra Civil Española. Se arbitró la concesión de la nacionalidad española a través de la carta de naturaleza prevista en el apartado primero del artículo 21 del Código civil, y se consideró que concurrían circunstancias excepcionales «en los voluntarios integrantes de las de las Brigadas Internacionales que hayan participado en la contienda en territorio español durante la guerra civil de 1936 a 1939». Sin embargo, el acceso a la nacionalidad española por carta de naturaleza está sujeto -por mandato expreso del artículo 23 b) del Código-a la declaración de renuncia del interesado a su anterior nacionalidad. Esta renuncia debe formalizarse, de acuerdo con el artículo 224 del Reglamento del Registro Civil, mediante comparecencia ante el funcionario competente en el plazo de ciento ochenta días posteriores a la notificación de la concesión de la nacionalidad. Esta exigencia llevó a un buen número de brigadistas a no hacer efectiva la adquisición de la nacionalidad española y a que, por lo tanto, un buen número de solicitudes fueran archivadas por haber transcurrido el plazo previsto en el Real Decreto 39/1996, de 19 de enero. Consciente el legislador actual del rigor de la exigencia de renunciar a la anterior nacionalidad, el artículo 18 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, **exime del requisito de la renuncia a la anterior nacionalidad** al colectivo integrado por las Brigadas Internacionales.

Este Real Decreto también se puede encontar en el apartado 'Legislación' - 'Legislación Española' de esta web.

L) DESCARGA DE DOCUMENTOS

A. **Solicitud de adquisición de NACIONALIDAD POR RESIDENCIA.** Descargar MODELO OFICIAL de SOLICITUD (Mº de JUSTICIA) (PDF)

B. **Solicitud para la declaración con VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN de la nacionalidad española.** Descargar MODELO OFICIAL de SOLICITUD (Mº de JUSTICIA) (PDF)

C. **Solicitud para la adquisición de nacionalidad española por CARTA DE NATURALEZA.** Descargar MODELO OFICIAL de SOLICITUD (Mº de JUSTICIA) (PDF)

Página revisada el 02/12/2009

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR EL IMPRESO

GENERALES:

- El documento deberá cumplimentarse a máquina o con letras mayúsculas, sin enmiendas ni tachaduras.
- No escribir en los espacios correspondientes a los recuadros punteados.

ESPECÍFICAS:

1.- DATOS DEL SOLICITANTE:

- **Nombre y apellidos del solicitante:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos.
- **Fecha de Nacimiento:** En los recuadros establecidos al efecto y con el número de dígitos que se piden se consignará la fecha de nacimiento.
- **Localidad y país de nacimiento:** Se indicarán la localidad y el país en que ha nacido.
- **Nacionalidad:** Se consignará la nacionalidad que posea el solicitante. En el supuesto de que no se tenga ninguna se indicará "apátrida".
- **Número de Identificación de extranjeros (NIE):** Se indicará el número correspondiente.
- **Residencia en España:** Se indicará el año de inicio de la residencia legal en España del solicitante.
- **Otros nombres:** Se marcará con una "X" la opción que corresponda. En caso afirmativo se consignarán el nombre y apellidos del resto.
- **Estado civil:** Marcará con una "X" la opción en que se encuentre el solicitante.
- **Datos del cónyuge (En el caso de estar casado):**
  - **Nombre y apellidos:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos del cónyuge.
  - **Nacionalidad:** Se consignará la nacionalidad que posee el cónyuge. En el supuesto de que no tenga ninguna se indicará "apátrida".
- **Datos de los hijos menores de edad (En su caso):**
  - **Nombre y apellidos:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos de la totalidad de hijos menores de edad del solicitante.
  - **Fecha de nacimiento:** Se consignará la fecha de nacimiento(dd/mm/aaaa) de los hijos relacionados.
  - **Lugar de nacimiento:** Se reflejarán el lugar y país de nacimiento de los hijos relacionados.

2.- DOMICILIO DEL SOLICITANTE:

- **Avda., calle o plaza:** Se consignará el tipo de vía (avenida, calle, plaza, etc.) con la denominación y número que al mismo corresponde.
- **Localidad y provincia:** Se indicarán la localidad correspondiente al domicilio y la provincia a que pertenece. En el supuesto de que la localidad sea entidad inferior a municipio, se reflejará su denominación (concejo, pedanía, aldea, barrio, parroquia, caserío, etc.), cuando sea necesario para su correcta identificación. Las denominaciones se escribirán completas y sin abreviaturas.
- **Código postal:** Se consignará el código postal correspondiente al domicilio indicado.
- **Teléfono fijo:** Se reflejará el número de teléfono, incluidos los prefijos que correspondan, del solicitante.
- **Teléfono móvil:** Se indicará el número de teléfono móvil del solicitante.
- **Correo electrónico:** Se consignará la dirección de correo electrónico del solicitante. En este supuesto se podrá escribir en minúscula si así corresponde.

3.- DATOS RELATIVOS A LA SOLICITUD :

- Documentos que se aportan: Se marcarán con una "X" los documentos que se aportan de los que figuran expresamente en la solicitud.
- Los documentos deberán ser originales o, en su caso, copias compulsadas. En el recuadro de "Otros documentos" se consignarán en las líneas establecidas para ello, los demás documentos que se acompañen.
- Tal como se indica en el modelo, cuando no se preste consentimiento para la comprobación de los datos de empadronamiento a través del Sistema de Verificación Oficial, se deberá aportar certificado de empadronamiento.
- Si el interesado estuviese casado con un español, deberá aportar el certificado de matrimonio expedido por el Registro Civil español.
- Si el interesado, en caso de ser mayor de edad, no consiente en que la Dirección General de los Registros y del Notariado acceda a los datos a su nombre que consten, en su caso, en el Registro Central de Penados y Rebeldes, deberá aportar el Certificado expedido por dicho Registro junto con el resto de la documentación.

LUGAR Y FECHA: Se consignarán el lugar y fecha en que se cumplimenta el impreso.

FIRMA: Se firmará el impreso de solicitud.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE DE NACIONALIDAD Y ESTADO CIVIL

SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

1. DATOS DEL SOLICITANTE

Nombre | Primer apellido | Segundo apellido

Fecha de nacimiento: día mes año | Localidad | País | Nacionalidad

Número de identificación de extranjeros (NIE) | Reside en España desde el año

¿Tiene otros nombres? SI NO En caso afirmativo, indíquelos:

Nombre (2.º) | Primer apellido | Segundo apellido

Nombre (3.º) | Primer apellido | Segundo apellido

Estado civil (Rellene con una X la opción que corresponda):

Soltero/a Casado/a (*) Viudo/a Separado/a Divorciado/a

* En el caso de estar casado/a, indique los datos del cónyuge

Nombre | Primer apellido | Segundo apellido

Nacionalidad

En el caso de que tuviese hijos menores de edad:

Nombre	Apellidos	Fecha de nacimiento	Lugar de nacimiento

2. DOMICILIO DEL SOLICITANTE

Avda., calle o plaza:

Localidad | Provincia | Código postal

Teléfono fijo | Teléfono móvil | Correo electrónico

Dirección de correo electrónico:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

3. DATOS RELATIVOS A LA SOLICITUD

SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA *al amparo de lo establecido en los artículos 21 y 22 del Código Civil, artículos 63 y 97 de la Ley del Registro Civil y el artículo 265 del Reglamento del Registro Civil*

A esta solicitud se acompañan los siguientes documentos (Rellene con una ☒ los documentos que se aportan):

Consiento ☐ Sí ☐ No en la comprobación de mis datos de empadronamiento a través del Sistema de Verificación Oficial (R.D. 523/2006, de 28 de abril). (Tachar lo que no proceda)

☐ En caso negativo, deberá aportar certificado de empadronamiento

☐ Autorización judicial para actuar en representación del menor o incapaz

☐ Certificado de nacimiento

☐ Certificado de matrimonio

☐ Certificado literal de nacimiento del cónyuge español

☐ Certificado de nacimiento de los hijos menores de edad

☐ Certificado de antecedentes penales del país de origen, o de conducta expedido por el Consulado

☐ Documentos acreditativos de los medios de vida para residir en España

☐ Tarjeta de residencia

☐ Pasaporte

Otros documentos:

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

☐ Consiento en que la Dirección General de los Registros y del Notariado acceda a los datos a mi nombre que consten, en su caso, en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Lugar y fecha	Firma

SR./SRA. MINISTRO DE JUSTICIA

MINISTERIO DE JUSTICIA

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MODELO DE SOLICITUD DE PRESUNCIÓN DE NACIONALIDAD

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTO CIVIL DE:

Don: _____

Hijo de: _____ y de _____

Nacido en: _____ País nacimiento: _____

Fecha nacim.: _____ Estado civil: _____

Nacionalidad: _____ Vecino de: _____

Domicilio: _____

CP: _____ Doc. identificador: _____

Tel: (opcional) _____ E-mail: (opcional) _____

y Doña: _____

Hija de: _____ y de _____

Nacido en: _____ País nacimiento: _____

Fecha nacim.: _____ Estado civil: _____

Nacionalidad: _____ Vecino de: _____

Domicilio: _____

CP: _____ Doc. identificador: _____

SOLICITAN:

Por medio del presente escrito y al amparo de lo dispuesto en los artículos 96-2 de la Ley del Registro Civil, en relación con el artículo 17-1-C del Código Civil, solicitan la incoación de expediente registral para obtener la declaración, con valor de simple presunción, de la nacionalidad española de origen de su hijo/a:

Nombre: _____

Localidad nacim.: _____ Provincia nacim.: _____

Fecha nacim.: _____

Su petición se basa en primer término en que, conforme a lo dispuesto en el artículo 335 y siguientes del Reglamento del Registro Civil, la competencia para resolver el expediente corresponde al Juez-Encargado del Registro Civil del domicilio y, en segundo lugar, debido a que la legislación correspondiente a la nacionalidad de los padres no atribuye al nacido dicha nacionalidad.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos anteriormente mencionados, (conforme a lo exigido por el artículo 221 del RRC.)

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MODELO DE SOLICITUD DE PRESUNCIÓN DE NACIONALIDAD

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN:

Tales extremos se acreditan con la documentación que se adjunta:

- ☐ Certificado de empadronamiento de los padres.
- ☐ Certificado literal de nacimiento del menor. (en el Registro Civil donde nació el menor).
- ☐ Certificado de nacionalidad de cada uno de los padres (en su Consulado).
- ☐ Certificado del Consulado donde conste la ley personal del país referida a los nacidos en el extranjero.
- ☐ Certificado del Consulado respectivo de los padres referido a la no inscripción del menor en el mismo.
- ☐ Certificado de nacimiento del padre/madre nacido en España.
- ☐ Otros documentos: .....

En ..... a ..... de ..... de .....

Firma:

INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR EL IMPRESO

1. Todos los documentos excepto las partidas de nacimiento caducan a los tres meses.
2. Los expedientes se presentarán por el padre y la madre del menor y no es necesaria la presencia del mismo.

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR CARTA DE NATURALEZA

INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR EL IMPRESO

GENERALES:

- El documento deberá cumplimentarse a máquina o con letras mayúsculas, sin enmiendas ni tachaduras.
- No escribir en los espacios correspondientes a los recuadros sombreados.

ESPECIFICAS:

1.- **DATOS DEL SOLICITANTE:**

- **Nombre y apellidos del solicitante:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos.
- **Hijo/a de:** Se consignará el nombre del padre.
- **Y de:** Se reflejará el nombre de la madre.
- **Fecha de nacimiento:** En los recuadros establecidos al efecto y con el número de dígitos que se piden se consignará la fecha de nacimiento.
- **Localidad y país de nacimiento:** Se indicarán la localidad y el país en que ha nacido.
- **Nacionalidad:** Se consignará la nacionalidad que posea el solicitante. En el supuesto de que no se tenga ninguna se indicará "apátrida".
- **Pasaporte, Tarjeta de residencia Nº.:** Se marcará con una "X" el tipo de documento de documento identificativo que corresponda y se consignará su número.
- **Datos del cónyuge (En el caso de estar casado):**
  - **Nombre y apellidos:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos del cónyuge.
  - **Nacionalidad:** Se consignará la nacionalidad que posea el cónyuge. En el supuesto de que no tenga ninguna se indicará "apátrida".
- **Datos de los hijos menores de edad:**
  - **Nombre y apellidos:** Se indicarán el nombre y los apellidos completos de la totalidad de hijos menores de edad del solicitante.
  - **Fecha de nacimiento:** Se consignará la fecha de nacimiento (dd/mm/aaaa) de los hijos relacionados.
  - **Lugar de nacimiento:** Se reflejarán el lugar y país de nacimiento de los hijos relacionados.

2.- **DOMICILIO DEL SOLICITANTE:**

- **Avda., calle o plaza:** Se consignará el tipo de vía (avenida, calle, plaza, etc.) con la denominación y número que al mismo corresponda.
- **País:** Se indicará el país en que se encuentra ubicado el domicilio.
- **Localidad y provincia:** Se indicarán la localidad correspondiente al domicilio y la provincia a que pertenece. En el supuesto de que la localidad sea entidad inferior a municipio, se reflejará su denominación (concejo, pedanía, aldea, barrio, parroquia, caserío, etc.), cuando sea necesario para su correcta identificación. Las denominaciones se escribirán completas y sin abreviaturas.
- **Código postal:** Se consignará el código postal correspondiente al domicilio indicado.
- **Teléfono fijo:** Se reflejará el número de teléfono, incluidos los prefijos que correspondan, del solicitante.
- **Teléfono móvil:** Se indicará el número de teléfono móvil del solicitante.
- **Correo electrónico:** Se consignará la dirección de correo electrónico del solicitante. En este supuesto se podrá escribir en minúscula el así correspondiente.

3.- **CONTENIDO:**

- **Nacionalidad del progenitor:** Se indicará la nacionalidad del padre del solicitante. En el supuesto de que no tenga ninguna se indicará "apátrida".
- **Circunstancias excepcionales por las que se solicita la nacionalidad española:** Se expondrán brevemente, en el espacio establecido al efecto, las circunstancias que motivan, a juicio del solicitante, la solicitud efectuada.
- **Opción de vecindad civil:** Se marcará con una "X" la vecindad civil por la que se opta.
- **Requisitos de juramento/promesa y renuncia previstos:** Se marcará con una "X" la opción u opciones que correspondan.
- **Documentos que se aportan:** Se marcarán con una "X" los documentos que se aportan de los que figuran expresamente en la solicitud. En el recuadro de "Otros documentos" se consignarán en las líneas establecidas para ello, los demás documentos que acompaña a la solicitud.

4.- **DATOS RELATIVOS A LA NOTIFICACIÓN:**

- El solicitante consignará con una "X" el medio preferente para la notificación de entre los indicados expresamente en el impreso (fax, correo electrónico, servicio postal y mensajería). Cuando el medio preferente no fuere ninguno de estos, se marcará el apartado de "Otros", indicándose a continuación el mismo.
- Como lugar para primer domicilio de notificación se señalará con una "X" la opción elegida entre las existentes en el impreso (domicilio particular, domicilio laboral y otro domicilio). A continuación, indicará los datos relativos al domicilio elegido, teniendo en cuenta lo siguiente:
  - **Avda., calle o plaza, localidad, provincia y país:** Se seguirán las mismas instrucciones de cumplimentación que las indicadas para estos datos en el apartado 2 "Domicilio del solicitante".
  - **Código postal:** Se consignarán los dígitos correspondientes al código postal del domicilio indicado.
  - **Provincia:** Se indicará la provincia a que pertenece el domicilio indicado.
  - **País:** Se señalará el país al que pertenece el domicilio indicado.
  - **Teléfono nº:** Se reflejarán el prefijo y número telefónico que correspondan.
- En el supuesto de que se quiera facilitar un segundo domicilio de notificación, las instrucciones de cumplimentación son igualmente válidas para éste.

LUGAR Y FECHA: Se consignarán el lugar y fecha en que se cumplimenta el impreso.

FIRMA: Se firmará el impreso de solicitud.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

MINISTERIO
DE JUSTICIA

DIRECCIÓN GENERAL DE
LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE
DE NACIONALIDAD Y
ESTADO CIVIL

SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR CARTA DE NATURALEZA

1. DATOS DEL SOLICITANTE

Nombre | Primer apellido | Segundo apellido

Hijo de: | Y de:

Fecha de nacimiento (Día / Mes / Año) | Localidad | País | Nacionalidad

☐ Pasaporte ☐ Tarjeta de Residencia Nº

En el caso de estar casado/a, indique aquí los datos del cónyuge:

Nombre | Primer apellido | Segundo apellido

Nacionalidad

En el caso de que tuviese hijos menores de edad:

Nombre	Apellidos	Fecha de nacimiento	Lugar de nacimiento

2. DOMICILIO DEL SOLICITANTE

Avda., calle o plaza:

País | Localidad | Provincia | Código postal

Teléfono fijo | Teléfono móvil | E-Mail

dirección correo electrónico:
[illegible]@mjusticia.es

PZA. JACINTO BENAVENTE, 3
28012 MADRID
TEL.: 91389 59 76
FAX: 91389 54 40

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

3. CONTENIDO

Por medio del presente escrito, al amparo del artículo 21 del Código Civil, solicita la incoación del expediente para la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, indicando, a efectos previstos en el artículo 220 del R.R.C. lo siguiente:

QUE LA NACIONALIDAD DE SU PROGENITOR ES: _____

QUE NO ESTÁ PROCESADO Y CARECE DE ANTECEDENTES PENALES.

QUE LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES POR LAS CUALES SOLICITA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA SON:

QUE DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 15 DEL CÓD. CIVIL, SE DECLARA LA OPCIÓN POR LA VECINDAD CIVIL:

☐ Común	☐ Dº Civil de Islas Baleares	☐ Dº Civil Foral de Navarra
☐ Foral del País Vasco	☐ Dº de Galicia	☐ Fuero del Baylío
☐ Dº Civil de Cataluña	☐ Dº Civil de Aragón	☐ Tierra de Ayala

PROMETE CUMPLIR EN SU DÍA LOS REQUISITOS DE JURAMENTO O PROMESA Y RENUNCIA PREVISTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL:

☐ Renuncia a la nacionalidad anterior (excepto en los supuestos previstos en los artículos 23 y 24 del Código Civil)

☐ Obediencia a la Constitución Española y a las leyes.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos anteriormente mencionados, conforme a lo exigido por el artículo 221 del R.R.C.

En virtud de lo expuesto, se solicita la admisión del escrito y los documento adjuntos y la incoación del oportuno expediente.

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN

Tales extremos se acreditan con la documentación que se adjunta: (*)

(*)*Los documentos deberán ser originales.*

☐ Certificado literal de nacimiento, legalizado y, en su caso, traducido. Además, si está casado/a, certificado original de matrimonio, legalizado y, en su caso, traducido; y si el cónyuge es español/a, certificado literal de nacimiento del mismo.

☐ Documentos acreditativos de los motivos por los cuales solicita la nacionalidad española.

☐ Otros documentos: .....

.....

.....

.....

.....

PZA. JACINTO BENAVENTE, 3
28012 MADRID
TEL.: 91389 54 39
FAX: 91389 54 40

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

4. DATOS RELATIVOS A LA NOTIFICACIÓN (*) *(Rellene con una ☒ la opción elegida)*

(*) Rellenar sólo en el caso de que sea distinto a su domicilio.

A los efectos de notificación, el interesado señala como medio preferente:

N.º de fax: ..... Correo electrónico: ..... ☐ Servicio postal ☐ Mensajería: .....

Otros (indíquese): .....

y como lugar:

Primer domicilio de notificación: ☐ Domicilio particular ☐ Domicilio laboral ☐ Otro domicilio

Avda., calle o plaza: ..... Localidad: ..... Código postal: .....

Provincia: ..... País: ..... Teléfono nº: .....

Segundo domicilio de **notificación:** ☐ Domicilio particular ☐ Domicilio laboral ☐ Otro domicilio

Avda., calle o plaza: ..... Localidad: ..... Código postal: .....

Provincia: ..... País: ..... Teléfono nº: .....

Lugar y fecha	Firma

SR./SRA.: MINISTRO DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

19035 *MODIFICACIÓN del artículo 9 sexies del Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de marcas, Madrid, 27 de junio de 1989 (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» n.º 276, de 18 de noviembre de 1995), adoptada por la 38 sesión de la Asamblea de la Unión de Madrid el 12 de noviembre de 2007.*

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI)

NOTIFICACIÓN MADRID (MARCAS) N.º 178

Protocolo concerniente al arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas

Modificación del Protocolo de Madrid

El Director general de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) presenta saludos y de conformidad con lo establecido en el artículo 16(5) del Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989 [«Protocolo de Madrid (1989)»], tiene el honor de remitir adjunta una copia del texto de las modificaciones del artículo 9 sexies del Protocolo de Madrid, tal como fueron adoptadas, el 12 de noviembre de 2007, por la Asamblea de la Unión en Madrid en su trigésimo octava sesión (17.ª sesión ordinaria). El texto modificado de la disposición del Protocolo de Madrid entrará en vigor el 1 de septiembre de 2008.

17 de marzo de 2008 (Rúbrica ilegible).

PROTOCOLO CONCERNIENTE AL ARREGLO DE MADRID RELATIVO AL REGISTRO INTERNACIONAL DE MARCAS ADOPTADO EN MADRID EL 27 DE JUNIO DE 1989 Y MODIFICADO EL 3 DE OCTUBRE DE 2006 (Y EL 3 DE OCTUBRE DE 2007)

Artículo 9 sexies. Relaciones entre los Estados parte tanto en el presente Protocolo como en el Arreglo de Madrid (Estocolmo)

1) a) En lo que atañe a las relaciones entre los Estados parte tanto en el presente Protocolo como en el Arreglo de Madrid (Estocolmo), sólo será aplicable el presente Protocolo.

b) No obstante lo dispuesto en el apartado a), toda declaración hecha en virtud de los artículos 5.2).b), 5.2.c) o del artículo 8.7) del presente Protocolo por un Estado parte tanto en el presente Protocolo como en el Arreglo de Madrid (Estocolmo) no surtirá efecto en las relaciones que tenga con otro Estado parte tanto en el presente Protocolo como en el Arreglo de Madrid (Estocolmo).

2. Al expirar un período de tres años a partir de la entrada en vigor del 1 de septiembre de 2008, la Asamblea examinará la aplicación del párrafo 1).b) y podrá, en cualquier momento posterior, derogar lo dispuesto en ese párrafo o restringir su alcance, por mayoría de tres cuartos. En la Asamblea sólo tendrán derecho a participar en la votación aquellos Estados que sean parte tanto en el Arreglo de Madrid (Estocolmo) como en el presente Protocolo.

El texto modificado de la disposición del Protocolo de Madrid entró en vigor el 1 de septiembre de 2008.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 12 de noviembre de 2008.–El Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Antonio Cosano Pérez.

MINISTERIO DE JUSTICIA

19036 *INSTRUCCIÓN de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.*

La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura (B.O.E. de 27 de diciembre) establece, en su Disposición Adicional séptima, la posibilidad de adquirir por opción la nacionalidad española de origen para las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y para los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

La inminente entrada en vigor de la Disposición Adicional citada, ha llevado a este Centro Directivo, en uso de las facultades que tiene atribuidas, a dictar mediante la presente Instrucción las siguientes directrices sobre el ejercicio y alcance de este derecho, así como las normas de procedimiento precisas para agilizar la tramitación de solicitudes en los Registros Civiles.

Las posibles dudas que se planteen a los Encargados de los Registros Civiles españoles en cuanto al alcance e interpretación del ámbito de aplicación de la mencionada Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, sobre los supuestos incluidos o excluidos de la misma, o sobre los requisitos que deben reunir los optantes, se resolverán con arreglo al cuerpo de doctrina que se contiene en la presente Instrucción.

Primera.–Conforme a la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, podrán optar a la nacionalidad española de origen las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español, así como aquellas cuyo abuelo o abuela español hubiera perdido o tenido que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. En ambos casos será necesario que formalicen la declaración de opción en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la citada Disposición Adicional sin perjuicio de la posibilidad de prórroga de dicho plazo, por un año más, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros.

Segunda.–La solicitud-declaración de opción se presentará por los interesados ajustada a los modelos oficiales previstos en los anexos I y II de esta Instrucción, junto con la documentación de que dispongan, acreditativa de los requisitos legales exigidos en cada caso. Si el interesado no dispone de alguna de las certificaciones registrales necesarias, podrá solicitarla en el mismo modelo oficial de solicitud de opción, la cual será tramitada por vía de auxilio registral por las Oficinas y en la forma prevista en el anexo V de esta Instrucción.

Tercera.–La solicitud-declaración se presentará ante el Encargado del Registro Civil español, Consular o Municipal, correspondiente al lugar del domicilio del interesado. De la declaración se levantará acta por duplicado, uno de cuyos ejemplares se remitirá al Registro Civil español, Consular o Municipal, correspondiente al lugar de su nacimiento. Una vez recibido uno de los ejemplares del acta en este último Registro Civil, se procederá a la práctica de la inscripción principal de nacimiento del interesado y de la inscripción marginal de su nacionalidad española de origen, conforme a las normas generales que rigen tales inscripciones.

Cuarta.–Los modelos de actas y diligencias quedan aprobados en los términos que figuran en los anexos I, II

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

y IV de esta Instrucción. Los asientos de inscripción principal de nacimiento y marginal de nacionalidad se extenderán con sujeción a los modelos oficiales.

Quinta.–Excepto en su plazo especial, estas opciones quedan sometidas a las condiciones exigidas por los artículos 20 y 23 del Código Civil, salvo a la renuncia a la nacionalidad anterior. En todo lo relativo al régimen de autorización previa para optar en representación de un menor de edad o incapacitado, plazo de caducidad de la opción, opción por una vecindad civil común o foral, promesa o juramento de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las leyes, los Encargados del Registro Civil que formalicen el acta de opción habrán de tener en cuenta los criterios y las consideraciones jurídicas que se contienen en esta Instrucción.

Sexta.–Los hijos menores de edad no emancipados de las personas que opten a la nacionalidad española de origen en virtud de cualquiera de los dos apartados de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, podrán optar, a su vez, por la nacionalidad española no de origen, conforme al artículo 20.1.a) del Código Civil. Por el contrario, los hijos mayores de edad de aquellas personas no pueden ejercer esta opción, por no haber estado sujetos a la patria potestad de un español, ni tampoco pueden ejercer la opción del apartado 1 de la citada Disposición Adicional.

Séptima.–Las personas que, siendo hijos de español o española de origen y nacidos en España, hubiesen optado a la nacionalidad española no de origen en virtud del artículo 20.1.b) del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, podrán ahora acogerse igualmente a la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007 a fin de obtener la nacionalidad española de origen, formalizando una nueva declaración de opción durante el plazo de vigencia de la citada Disposición Adicional. Estos interesados estarán exentos de aportar la documentación ya presentada que sirvió de base para obtener la nacionalidad española no originaria.

La solicitud de la nacionalidad española de origen que deberán formular estos interesados se ajustará al modelo incorporado como anexo III.

La aplicación de las anteriores directrices se sujetará a los siguientes criterios:

I. *Naturaleza y características del derecho de opción a la nacionalidad española*

La opción es un modo de adquirir la nacionalidad española que requiere la voluntad expresa de la persona interesada, formulada ante el órgano o empleado público designado en la Ley, en este caso los Encargados de los Registros Civiles Municipales y Consulares. Si el artículo 20 del Código Civil configura el derecho a optar a la nacionalidad española como un modo de adquisición derivativo, en la regulación contenida en la precitada Disposición Adicional séptima, el legislador dispensa un tratamiento jurídico más beneficioso, al atribuir la cualidad de español de origen a quienes se encuentren en alguno de los dos supuestos regulados y cumplan las demás formalidades exigidas en el Código Civil.

Por tanto, dicha opción presenta notables diferencias respecto a la opción regulada en el artículo 20.1.b) del Código Civil que pueden sintetizarse de la manera siguiente:

a) El derecho de opción regulado en el artículo 20.1.b) del Código Civil da lugar a la adquisición de la nacionalidad derivativa, es decir, no confiere la cualidad de español de origen, como sí ocurre en los dos supuestos regulados en la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007.

b) El artículo 20.1.b) limita la posibilidad de optar a la nacionalidad española, al excluir a descendientes de españoles de origen que no puedan probar el nacimiento en España de sus progenitores, lo que no sucede en la presente regulación.

c) Los dos supuestos regulados en la precitada Ley contienen un plazo de caducidad de dos años contados desde la entrada en vigor de la Disposición Adicional séptima, la cual tendrá lugar a partir de un año desde la publicación de la Ley de referencia en el Boletín Oficial del Estado, es decir, a partir del 27 de diciembre de 2008. Dicho plazo podrá ser prorrogado por Acuerdo del Consejo de Ministros.

d) El derecho de opción regulado en los números 1 y 2 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, como forma de adquisición originaria de la nacionalidad española, no requiere la renuncia a la nacionalidad anterior, puesto que la renuncia en puridad, está reservada para quienes adquieren la nacionalidad española de manera derivativa, es decir, por opción, carta de naturaleza y residencia (Cf. Artículo 23 del Código Civil).

Son notas comunes a la opción regulada en el artículo 20.1.b) del Código Civil y a la regulada en la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, las siguientes:

a) En ninguna de las dos modalidades se exige un límite de edad para su ejercicio.

b) Para el ejercicio de la opción regulada en el artículo 20.1.b) del Código Civil y la regulada en los supuestos relacionados en la Disposición Adicional séptima analizada, los interesados mayores de edad deben cumplir las condiciones exigidas por los artículos 20 y 23 del Código Civil, excepto, como consta en la directriz quinta, la renuncia a la nacionalidad anterior.

II. *Personas que pueden ejercitar el derecho de opción a la nacionalidad española reconocido por la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007*

1.° Apartado 1 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007: Establece el apartado citado que «las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen si formalizan su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Disposición Adicional. Dicho plazo podrá ser prorrogado por Acuerdo de Consejo de Ministros hasta el límite de un año».

De tal modo, el apartado citado acoge sujetos hasta ahora excluidos y, en particular, beneficia a los nietos de los emigrantes cuyos hijos (del emigrante) ya nacieron en el extranjero, siempre que el hijo (del emigrante) naciera antes de la pérdida de la nacionalidad española del emigrante.

Es más amplio que el artículo 20.1.b) del Código Civil, dado que no requiere el nacimiento en España del progenitor y, además, la nacionalidad española que se obtiene por esta vía está cualificada como nacionalidad de origen. Sin embargo, su vigencia es temporal al quedar restringido su ejercicio al plazo –prorrogable– de dos años.

2.° Apartado 2 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007: Establece el apartado citado que «Este derecho (de opción) también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio».

Este apartado acoge a los nietos que quedan fuera del apartado 1 antes examinado, por haber nacido su padre o madre (hijo/a del exiliado) después de que el abuelo o abuela exiliado perdiera la nacionalidad española, ya que este hijo/a del exiliado no cumple la condición –exigida por el apartado 1– de ser originariamente español. Tam-

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

poco exige que el abuelo o abuela que perdió la nacionalidad española lo hubiese sido de origen.

III. *Supuesto especial: opción a la nacionalidad española de origen por españoles no de origen*

Se debe entender que en los hijos de padre o madre español de origen y nacido en España que hubieran hecho uso de la opción que reconoce el artículo 20.1.b) del Código Civil –y adquirido así la condición de españoles no de origen–, concurre título suficiente para acogerse al apartado 1 de la Disposición Adicional séptima y obtener de este modo la cualidad de español de origen.

Por tanto, en tales casos, se seguirá un procedimiento simplificado en los términos previstos en la directriz séptima de la presente Instrucción.

IV. *Reglas de competencia para el ejercicio de la opción. Documentación que debe aportarse*

La opción da lugar a una doble actuación por parte del Encargado del Registro Civil: la documentación en acta de la correspondiente declaración de voluntad y su calificación e inscripción posterior, en caso de concurrir los presupuestos legales a que se condiciona el derecho de opción.

Del artículo 64 de la Ley del Registro Civil y de los artículos 226 a 229 del Reglamento que la desarrolla, resulta lo siguiente:

a) La declaración de opción a la nacionalidad española y el juramento o promesa exigidos, serán formulados ante el Encargado del Registro Civil del domicilio, y serán admitidos por éste aunque no se presente documento alguno que acredite los presupuestos legales de la opción, siempre que resulte de la declaración de voluntad del interesado la concurrencia de los requisitos exigidos. Ahora bien, sólo podrá practicarse la inscripción si se justifican previamente los requisitos para la opción.

b) Es Registro competente para practicar la inscripción de la opción el que corresponda al lugar del nacimiento del optante (arts. 16 y 46 LRC). Cuando esté en otro término municipal o demarcación consular el Registro competente para practicar la inscripción, el Encargado ante el que se formule debidamente declaración de opción levantará acta por duplicado con las circunstancias de la opción y las de identidad del sujeto. Uno de los ejemplares, con los documentos acreditativos de los supuestos legales, se remitirá al Registro competente para, en su virtud, practicar la inscripción.

V. *Reglas de procedimiento*

1. Solicitud de ejercicio del derecho de opción.

a) La solicitud se realizará mediante los modelos normalizados que se adjuntan como anexos I, II y III a esta Instrucción.

b) Los Encargados del Registro Civil que reciban dichas solicitudes darán valor de acta al modelo oficial de solicitud-declaración mediante la incorporación de una diligencia de autenticación, conforme al modelo que figura en el anexo IV, sin necesidad de que el interesado se encuentre presente.

Esta diligencia podrá realizarse en el período de dos años de vigencia de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007 –prorrogable por un año más en virtud de Acuerdo de Consejo de Ministros–, o, incluso, en un momento posterior al vencimiento del citado plazo y de su eventual prórroga, siempre que la solicitud-declaración en modelo normalizado se hubiere presentado dentro de dicho plazo o prórroga.

2. Documentación que deben aportar los interesados acompañando a la solicitud.

2.1 Documentación común para los dos apartados de la Disposición Adicional séptima: Certificación literal de nacimiento del solicitante expedida por el Registro Civil local en que conste inscrita. Tratándose de un registro extranjero, a salvo lo dispuesto en los Tratados Internacionales, la certificación deberá estar legalizada o apostillada, en los términos previstos en los artículos 88 y 89 RRC.

2.2 Documentación adicional para supuestos del apartado 1 de la Disposición Adicional séptima: Certificación literal de nacimiento del padre o madre originariamente español del solicitante. Esta certificación deberá proceder de un Registro Civil español, ya sea Consular o Municipal.

2.3 Documentación adicional para los supuestos del apartado 2 de la Disposición Adicional séptima:

a) Certificación literal de nacimiento del padre o madre –el que corresponda a la línea del abuelo o abuela españoles– del solicitante, que deberá estar legalizada o apostillada cuando proceda de un Registro Civil local extranjero y no exista Tratado Internacional que exima de la apostilla.

b) Certificación literal de nacimiento del abuelo o abuela español/a del solicitante.

c) La documentación a que se refiere el siguiente apartado 3 sobre la condición de exiliado del abuelo o abuela.

Las certificaciones registrales españolas a que se refiere este apartado podrán solicitarse a partir de la fecha de entrada en vigor de la Disposición Adicional séptima, mediante el propio modelo normalizado de declaración-solicitud de opción dirigido al Encargado del Registro Civil correspondiente al domicilio del solicitante, o por vía telemática a través de la web del Ministerio de Justicia www.mjusticia.es, haciendo constar expresamente que la certificación se solicita a los efectos del ejercicio del derecho de opción previsto en la Ley 52/2007. Tales solicitudes se tramitarán conforme a lo previsto en el anexo V de la presente Instrucción.

En los casos en que no exista inscripción de nacimiento de los padres o abuelos, el interesado deberá promover el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo previsto en los artículos 311 y siguientes del Reglamento del Registro Civil.

Si al presentarse la declaración de opción no se acreditan los requisitos exigidos, el optante estará obligado a completar la prueba en el plazo de treinta días naturales. El requerimiento que a tal fin deberá realizarse al interesado, se ajustará a los modelos contenidos en el anexo VI o el anexo VII, según proceda, de esta Instrucción. El Encargado se limitará, por el momento, a levantar acta de la declaración. Una vez acreditados los requisitos legales se practicará la inscripción.

3. Prueba de la condición de exiliado.–Los interesados podrán acreditar la condición de exiliado de su abuelo o abuela mediante la aportación de alguno de los siguientes documentos:

a) Documentación que acredite haber sido beneficiario de las pensiones otorgadas por la Administración española a los exiliados que prueba directamente y por sí sola el exilio.

b) Documentación de la Oficina Internacional de Refugiados de Naciones Unidas y de las Oficinas de Refugiados de los Estados de acogida que asistieron a los refugiados españoles y a sus familias.

c) Certificaciones o informes expedidos por partidos políticos, sindicatos o cualesquiera otras entidades o instituciones, públicas o privadas, debidamente reconocidas

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

por las autoridades españolas o del Estado de acogida de los exiliados, que estén relacionadas con el exilio, bien por haber padecido exilio sus integrantes, o por haber destacado en la defensa y protección de los exiliados españoles, o por trabajar actualmente en la reparación moral y la recuperación de la memoria personal y familiar de las víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura.

Los documentos numerados en los apartados anteriores, b) y c), constituirán prueba del exilio si se presentan en unión de cualquiera de los siguientes documentos:

1. Pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida.
2. Certificación del Registro de Matrícula del Consulado español.
3. Certificaciones del Registro Civil Consular que acrediten la residencia en el país de acogida, tales como inscripción de matrimonio, inscripciones de nacimiento de hijos, inscripciones de defunción, entre otras.
4. Certificación del Registro Civil local del país de acogida que acredite haber adquirido la nacionalidad de dicho país.
5. Documentación de la época del país de acogida en la que conste el año de la llegada a dicho país o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.

d) A los efectos del ejercicio de los derechos de opción reconocidos en la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, se presumirá la condición de exiliado respecto de todos los españoles que salieron de España entre el 18 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1955. La salida del territorio español podrá acreditarse mediante cualquiera de los documentos enumerados en el párrafo anterior.

Madrid, 4 de noviembre de 2008.–La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO I

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN (Apartado 1 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

Por este escrito solicita la tramitación del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por OPCIÓN, según lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007. Además de las menciones de identidad y datos antes señalados, se hace constar lo siguiente:

QUE LA NACIONALIDAD DE ORIGEN DE SU PROGENITOR ES: .....

QUE DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 15 DEL CÓDIGO CIVIL, DECLARA OPTAR POR LA VECINDAD CIVIL:

☐ Común	☐ Dº Civil de Islas Baleares	☐ Dº Civil Foral de Navarra
☐ Foral del País Vasco	☐ Dº de Galicia	☐ Fuero del Baylío
☐ Dº Civil de Cataluña	☐ Dº Civil de Aragón	☐ Tierra de Ayala

QUE PRESTA JURAMENTO O PROMESA DE FIDELIDAD AL REY Y DE OBEDIENCIA A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES ESPAÑOLAS.

QUE LA PRESENTE SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA SE FUNDAMENTA EN QUE EL SOLICITANTE ES HIJO/A DE PADRE O MADRE ORIGINARIAMENTE ESPAÑOL.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos mencionados.

En virtud de lo expuesto, se solicita la admisión del escrito y los documentos adjuntos y la incoación del oportuno procedimiento, al que se dará el trámite legal pertinente, según los artículos 19, 20 y 23 del Código Civil.

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN:

Tales extremos se acreditan con la documentación que se adjunta:

☐ Certificado literal de nacimiento, legalizado y en su caso, traducido.

☐ Documentos acreditativos de los motivos en que se fundamenta la opción: Ej. Aportación de certificación literal de nacimiento del padre o madre, certificado literal de adopción etc.

☐ Original y copia del pasaporte o Documento Nacional de Identidad.

☐ Otros documentos: .....

En ..... a ..... de ..... de .....

Firma:

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO II

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN (Apartado 2 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

Por este escrito solicita la tramitación del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por OPCIÓN, según lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007. Además de las menciones de identidad y datos antes señalados se hace constar lo siguiente:

ÚLTIMA NACIONALIDAD DE SU ABUELO/A: ☐

QUE DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 15 DEL CÓDIGO CIVIL, DECLARA OPTAR POR LA VECINDAD CIVIL:

☐ Común	☐ Dº Civil de Islas Baleares	☐ Dº Civil Foral de Navarra
☐ Foral del País Vasco	☐ Dº de Galicia	☐ Fuero del Baylío
☐ Dº Civil de Cataluña	☐ Dº Civil de Aragón	☐ Tierra de Ayala

QUE PRESTA JURAMENTO O PROMESA DE FIDELIDAD AL REY Y DE OBEDIENCIA A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES ESPAÑOLAS.

QUE LA PRESENTE SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA SE FUNDAMENTA EN QUE EL SOLICITANTE ES NIETO/A DE ABUELO/A QUE PERDIERON O RENUNCIARON A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA COMO CONSECUENCIA DEL EXILIO.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos mencionados.

En virtud de lo expuesto, se solicita la admisión del escrito y los documentos adjuntos y la incoación del oportuno procedimiento, al que se dará el trámite legal pertinente, según los artículos 19, 20 y 23 del Código Civil.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN
(Apartado 2 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN:

- ❑ Certificado literal de nacimiento del solicitante, legalizado y en su caso, traducido.
- ❑ Certificado literal de nacimiento del abuelo o abuela *español/a del solicitante*.
- ❑ Certificado literal de nacimiento del padre o madre, el que corresponda a la línea del abuelo/a español, del solicitante, legalizado y en su caso, traducido.
- ❑ Documentos acreditativos de la condición de exiliado del abuelo/a español/a:
  - ❑ Haber sido beneficiario de pensión otorgada por la Administración española a los exiliados.
  - ❑ Haber padecido situaciones de represión o persecución política: certificaciones o informes expedidos por entidades o instituciones públicas o privadas, debidamente reconocidas por las autoridades españolas o del Estado de acogida relacionados con el exilio.
  - ❑ Cualquier otro documento
- ❑ Documentos acreditativos de la expatriación o salida del territorio español y/o permanencia estable en el territorio de otro Estado:
  - ❑ Pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida.
  - ❑ Certificación del Registro Civil local del país de acogida que acredite haber adquirido la nacionalidad de dicho país.
  - ❑ Documentación oficial de la época del país de acogida en la que conste el año de llegada o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.
  - ❑ Certificación del Registro de Matrícula del Consulado español.
  - ❑ Certificaciones del Registro Civil Consular que acrediten la residencia en el país de acogida.
- ❑ Otros documentos.

En .... de ..... de ..... de .....

Firma

Administració de Justícia a Catalunya • Administración de Justicia en Cataluña

ANEXO III

MODELO DE SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN PARA QUIENES EJERCIERON LA OPCIÓN EN APLICACIÓN DEL ART.20.1 B DEL CÓDIGO CIVIL
(Apartado 1 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail:	

Por medio de este escrito, solicita la inscripción de la nacionalidad española de origen, según lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007. Además de las menciones de identidad y datos antes señalados indica los siguientes:

INSCRITO EN EL REGISTRO CIVIL DE:

TOMO: FOLIO:

FECHA DE EJERCICIO DE LA OPCIÓN:

QUE LA PRESENTE SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN SE FUNDAMENTA EN:

El solicitante es hijo/a de padre o madre originariamente español (Apartado 1 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007).

El solicitante adquirió la nacionalidad española por opción en aplicación del artículo 20.1 b del Código Civil según redacción dada por la Ley 36/2002, habiendo aportado los documentos probatorios.

En virtud de lo expuesto, se solicita la inscripción de la adquisición de la nacionalidad española de origen del interesado.

En ..... a ..... de ..... de .....

Firma:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO IV

DILIGENCIA DE AUTENTICACIÓN DE SOLICITUDES DE OPCIÓN/INSCRIPCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN (Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

Con esta misma fecha, se procede, de conformidad con lo dispuesto en la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a extender la presente diligencia de autenticación de la solicitud de opción/inscripción de nacionalidad de origen,

FORMULADA POR:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

En .....en fecha.....de.....de.....en aplicación de la Disposición adicional 7ª de la Ley 52/2007.

En ....., a .....de.....de.....

EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO V

MODELO DE SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN LITERAL DE NACIMIENTO POR AUXILIO REGISTRAL
(Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

De conformidad con lo dispuesto en la instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007, se requiere la certificación literal de nacimiento de:

DATOS DE LA PERSONA SOBRE LA QUE SOLICITA LA CERTIFICACIÓN:

Nombre:		Apellidos :	
Nombre del padre:		Apellidos del padre:	
Nombre de la madre:		Apellidos de la madre:	

Fecha del hecho: (dd/mm/aa)	
Lugar donde ocurrió el nacimiento:	
Registro Civil en el que se inscribió:	

Tomo:		Página:	

En las solicitudes que se formulen a los Registros Civiles que hayan resultado de la unificación de varios Distritos, se deberá hacer constar el lugar exacto del nacimiento (Distrito, Barrio, Calle, Hospital):

Fecha:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO VI

Espacio reservado para los sellos de registro

A CUMPLIMENTAR POR EL REGISTRO CIVIL

APELLIDOS Y NOMBRE — Num. DNI – NIE – PASAPORTE

CLAVE DE IDENTIFICACIÓN DE SU EXPEDIENTE

FUNCIONARIO DE CONTACTO

SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN (Apartado 1 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

DOCUMENTOS QUE SE LE REQUIEREN EN LA FECHA DE RECEPCIÓN DE LA SOLICITUD POR EL REGISTRO CIVIL DE _____

1. ☐ Certificado literal de nacimiento, legalizado y en su caso, traducido.
2. ☐ Documentos acreditativos de los motivos en que se fundamenta la opción: p.e. aportación de certificación literal de nacimiento del padre o madre, certificado literal de adopción, etc.
3. ☐ Original y copia de pasaporte

Recibí los documentos requeridos a excepción de los números_____

Firma

Cargo y nombre del funcionario

_____

_____

Fecha _____ Lugar _____

DILIGENCIA DE LA COMPULSA

A la vista de los siguientes documentos originales y en vigor:

_____

_____

_____

_____

Se expide la presente diligencia de verificación para hacer constar que los datos reflejados en esta solicitud y los que aparecen en dichos documentos coinciden fielmente en su contenido.

Firma

Cargo y nombre del funcionario _____

_____

Fecha _____ Lugar _____

Los datos de carácter personal que constan en la presente solicitud serán incorporados a un fichero automatizado custodiado en el Ministerio de Justicia, y serán tratados conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO VII

Espacio reservado para los sellos de registro

A CUMPLIMENTAR POR EL REGISTRO CIVIL

APELLIDOS Y NOMBRE Num. DNI – NIE – PASAPORTE

CLAVE DE IDENTIFICACIÓN DE SU EXPEDIENTE

FUNCIONARIO DE CONTACTO

SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN
(Apartado 2 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

DOCUMENTOS QUE SE LE REQUIEREN EN LA FECHA DE RECEPCIÓN DE LA SOLICITUD POR EL REGISTRO CIVIL DE _____

4. ☐ Certificado literal de nacimiento del solicitante, legalizado y en su caso, traducido
5. ☐ Certificado literal de nacimiento del abuelo o abuela español/a del solicitante
6. ☐ Certificado literal de nacimiento del padre o madre, el que corresponde a la línea del abuelo/a español del solicitante, legalizado y en su caso traducido.
7. ☐ Documentos acreditativos de la condición de exiliado del abuelo/a español
8. ☐ Documentos acreditativos de la expatriación o salida del territorio español y/o permanencia estable en el territorio de otro estado

Recibí los documentos requeridos a excepción de los números_____

Firma

Cargo y nombre del funcionario

_____

_____

Fecha _____ Lugar

_____

DILIGENCIA DE LA COMPULSA
A la vista de los siguientes documentos originales y en vigor:

_____

_____

_____

_____

Se expide la presente diligencia de verificación para hacer constar que los datos reflejados en esta solicitud y los que aparecen en dichos documentos coinciden fielmente en su contenido.

Firma

Cargo y nombre del funcionario _____

_____

Fecha _____ Lugar _____

Los datos de carácter personal que constan en la presente solicitud serán incorporados a un fichero automatizado custodiado en el Ministerio de Justicia, y serán tratados conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO I

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN
(Apartado 1 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

Por este escrito solicita la tramitación del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por OPCIÓN, según lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007. Además de las menciones de identidad y datos antes señalados, se hace constar lo siguiente:

QUE LA NACIONALIDAD DE ORIGEN DE SU PROGENITOR ES: .....

QUE DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 15 DEL CÓDIGO CIVIL, DECLARA OPTAR POR LA VECINDAD CIVIL:

☐ Común	☐ Dº Civil de Islas Baleares	☐ Dº Civil Foral de Navarra
☐ Foral del País Vasco	☐ Dº de Galicia	☐ Fuero del Baylío
☐ Dº Civil de Cataluña	☐ Dº Civil de Aragón	☐ Tierra de Ayala

QUE PRESTA JURAMENTO O PROMESA DE FIDELIDAD AL REY Y DE OBEDIENCIA A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES ESPAÑOLAS.

QUE LA PRESENTE SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA SE FUNDAMENTA EN QUE EL SOLICITANTE ES HIJO/A DE PADRE O MADRE ORIGINARIAMENTE ESPAÑOL.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos mencionados.

En virtud de lo expuesto, se solicita la admisión del escrito y los documentos adjuntos y la incoación del oportuno procedimiento, al que se dará el trámite legal pertinente, según los artículos 19, 20 y 23 del Código Civil.

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN:

Tales extremos se acreditan con la documentación que se adjunta:

☐ Certificado literal de nacimiento, legalizado y en su caso, traducido.

☐ Documentos acreditativos de los motivos en que se fundamenta la opción: Ej. Aportación de certificación literal de nacimiento del padre o madre, certificado literal de adopción etc.

☐ Original y copia del pasaporte o Documento Nacional de Identidad.

☐ Otros documentos: .....

.....

En ..... a ..... de ..... de .....

Firma:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

ANEXO II

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN (Apartado 2 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

AL SR. ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE:

Nombre:		Apellido del padre:	
Apellido de la madre:		Nacionalidad:	
Estado Civil:		Pasaporte:	
Domicilio:			
Provincia:		País:	
Telf. Contacto:		E-mail::	

Por este escrito solicita la tramitación del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por OPCIÓN, según lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007. Además de las menciones de identidad y datos antes señalados se hace constar lo siguiente:

ÚLTIMA NACIONALIDAD DE SU ABUELO/A:

QUE DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 15 DEL CÓDIGO CIVIL, DECLARA OPTAR POR LA VECINDAD CIVIL:

☐ Común	☐ Dº Civil de Islas Baleares	☐ Dº Civil Foral de Navarra
☐ Foral del País Vasco	☐ Dº de Galicia	☐ Fuero del Bayío
☐ Dº Civil de Cataluña	☐ Dº Civil de Aragón	☐ Tierra de Ayala

QUE PRESTA JURAMENTO O PROMESA DE FIDELIDAD AL REY Y DE OBEDIENCIA A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES ESPAÑOLAS.

QUE LA PRESENTE SOLICITUD DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA SE FUNDAMENTA EN QUE EL SOLICITANTE ES NIETO/A DE ABUELO/A QUE PERDIERON O RENUNCIARON A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA COMO CONSECUENCIA DEL EXILIO.

Con el presente escrito se aportan los documentos probatorios de los hechos mencionados.

En virtud de lo expuesto, se solicita la admisión del escrito y los documentos adjuntos y la incoación del oportuno procedimiento, al que se dará el trámite legal pertinente, según los artículos 19, 20 y 23 del Código Civil.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

MODELO DE SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN
(Apartado 2 Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007)

DOCUMENTOS QUE SE APORTAN:

- ❑ Certificado literal de nacimiento del solicitante, legalizado y en su caso, traducido.
- ❑ Certificado literal de nacimiento del abuelo o abuela española del solicitante.
- ❑ Certificado literal de nacimiento del padre o madre, el que corresponda a la línea del abuelo/a español, del solicitante, legalizado y en su caso, traducido.
- ❑ Documentos acreditativos de la condición de exiliado del abuelo/a español/a:
  - ❑ Haber sido beneficiario de pensión otorgada por la Administración española a los exiliados.
  - ❑ Haber padecido situaciones de represión o persecución política: certificaciones o informes expedidos por entidades o instituciones públicas o privadas, debidamente reconocidas por las autoridades españolas o del Estado de acogida relacionados con el exilio.
  - ❑ Cualquier otro documento
- ❑ Documentos acreditativos de la expatriación o salida del territorio español y/o permanencia estable en el territorio de otro Estado:
  - ❑ Pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida.
  - ❑ Certificación del Registro Civil local del país de acogida que acredite haber adquirido la nacionalidad de dicho país.
  - ❑ Documentación oficial de la época del país de acogida en la que conste el año de llegada o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.
  - ❑ Certificación del Registro de Matrícula del Consulado español.
  - ❑ Certificaciones del Registro Civil Consular que acrediten la residencia en el país de acogida.
- ❑ Otros documentos.

En ..... a ..... de ..... de .....

Firma:

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

- Bienvenidos
- Benvinguts
- Ongi Etorri
- Bienvidos
- Welcome
- Bienvenue

Ministerio de Justicia
Ley de la Memoria Histórica

Concesión de la nacionalidad española

A voluntarios de Brigadas Internacionales

España reconoce la labor de defensa de la libertad y los principios democráticos que llevaron a cabo los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales en la Guerra Civil española.

Ese reconocimiento ya se manifestó en 1996, al concederles, por Real Decreto de 19 de enero, el derecho a adquirir la nacionalidad española por carta de naturaleza. Sin embargo, el acceso a la nacionalidad por esta vía está sujeto al requisito de tener que renunciar a la anterior, por lo que un buen número de brigadistas no hizo efectiva la adquisición de la nacionalidad española.

La Ley 52/2007, conocida como Ley de Memoria Histórica, en su artículo 18, reconoce de nuevo y de un modo singularizado la labor de los brigadistas y amplía su derecho a la nacionalidad española eliminando el requisito de tener que renunciar a su anterior nacionalidad.

Solicitud

Para hacer efectivo el derecho de los brigadistas a la nacionalidad española, el nuevo Real Decreto, de 31 de octubre de 2008, que desarrolla la Ley de Memoria Histórica establece dos procedimientos con requisitos distintos dependiendo de si ya se presentó una solicitud o no.

- Casos en que ya se presentó solicitud

Aquellos integrantes de las Brigadas Internacionales a quienes les fue concedida la nacionalidad española con arreglo al Real Decreto de 19 de enero de 1996 y que no la hicieron efectiva por no renunciar a su nacionalidad anterior, **podrán reproducir su petición sin necesidad de aportar documentación alguna.**

Únicamente tendrán que presentar una solicitud indicando sus datos personales.

- Nuevos solicitantes

Modelo de solicitud. Los brigadistas que solicitan por primera vez la adquisición de la nacionalidad español deberán formalizarla según el MODELO oficial que puede descargarse en esta página.

Otros documentos: El interesado podrá aportar aquellos documentos que estime oportunos para acreditar su condición de miembro de las Brigadas Internacionales.

También se aportará el certificado literal de nacimiento, legalizado y, en su caso, traducido. Además, si está casado/a, certificado original de matrimonio, legalizado y, en su caso, traducido; y si el cónyuge es español/a, certificado literal de nacimiento del mismo.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Plazo de presentación de la solicitud

El ejercicio del derecho a solicitar la nacionalidad española de los brigadistas no está sujeto a plazo alguno.

Formas de solicitarlo

Los interesados podrán presentar la solicitud de adquisición de la nacionalidad española:

- En el Ministerio de Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado (Plaza de Jacinto Benavente, 3. 28012 Madrid).
- En el registro general de cualquier órgano administrativo español
- En las oficinas de Correos de España.
- En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.
- En el Registro Civil español, municipal o consular del domicilio del interesado.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

- Bienvenidos
- Benvinguts
- Ongi Etorri
- Benvidos
- Welcome
- Bienvenue

Ministerio de Justicia
Ley de la Memoria Histórica

Concesión de la nacionalidad española

A descendientes de españoles (Hasta el 27 de diciembre de 2011)

La Ley 52/2007, conocida como Ley de Memoria Histórica, reconoce la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles durante la Guerra Civil y la Dictadura.

En consecuencia, la citada Ley en su disposición adicional séptima permite la adquisición por opción de la nacionalidad española de origen a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

SOLICITUD DE LA NACIONALIDAD

Hay 3 tipos de solicitudes diferentes de la nacionalidad española de origen:

1. **Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español**

   La ley española ya permitía optar por la nacionalidad española a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originalmente español y nacido en España.

   La Ley de la memoria Histórica amplía la posibilidad de adquirir la nacionalidad española de origen a los hijos de padre o madre español de origen, aunque no hubiera nacido en España.

   Documentos que deben aportar los interesados:

   - **Solicitud conforme al MODELO I**, que puede descargarse aquí (Formato PDF. Tamaño 29 Kb) o al final de esta página web. El modelo también puede encontrarse en la Embajada o Consulado General de España más próximo a su domicilio.
   - **Certificación literal de nacimiento del interesado**, expedida por un registro civil local en el extranjero, legalizada o apostillada si procede. El registro civil extranjero deberá informar sobre los trámites de legalización y apostilla.
   - **Certificación literal de nacimiento del padre o madre originariamente español del solicitante**. Esta certificación deberá proceder de un Registro Civil español, consular o municipal, o de un registro civil extranjero.
2. **Los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio**

   Incluye a las personas cuyo padre o madre nació después de que el abuelo o abuela exiliados perdiera la nacionalidad española. Por tanto, su ascendiente español más cercano es algún abuelo.

   No es necesario que el abuelo o abuela español lo hubiese sido de origen.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Documentos que deben aportar los interesados:

- **Solicitud conforme al MODELO II**, que puede descargarse aquí (Formato PDF. Tamaño 230 Kb) o al final de esta página web. El modelo también puede encontrarse en la Embajada o Consulado General de España más próximo a su domicilio.
- **Certificación literal de nacimiento del interesado**, expedida por un registro civil local en el extranjero, legalizada o apostillada si procede. El registro civil extranjero deberá informar sobre los trámites de legalización y apostilla.
- **Certificación literal de nacimiento del padre o madre -el que corresponda a la línea del abuelo o abuela españoles- del solicitante**, expedido por un Registro Civil consular o por un registro civil extranjero. En este último caso, la certificación deberá estar legalizada o apostillada cuando así se requiera. El registro civil extranjero deberá informar sobre los trámites de legalización y apostilla. Si hubieran nacido antes de 1870, podrán aportar una certificación española de bautismo.

  Este certificado pretende únicamente relacionar el padre o la madre con el abuelo o la abuela.

- **Certificación literal de nacimiento del abuelo o abuela español/a del solicitante**, expedida por un Registro Civil municipal situado en España. Igual que en el caso anterior, si hubieran nacido antes de 1870, podrán aportar una certificación española de bautismo.
- **Documentación que pruebe la condición de exiliado del abuelo o la abuela**. Para acreditar la condición de exiliado del abuelo o abuela del interesado, la ley permite 3 posibilidades.
  1. Documentación que acredite haber sido beneficiario de las pensiones otorgadas por la Administración española a los exiliados, que **prueba directamente y por sí sola el exilio**.
  2. Documentación que acredite el exilio junto a documentación que pruebe la salida de España o la entrada o permanencia estable en otro Estado:
     1. La condición de exiliado podrá acreditarse mediante:
        - Documentación de la Oficina Internacional de Refugiados de Naciones Unidas y de las Oficinas de Refugiados de los estados de acogida que asistieron a los refugiados españoles y a sus familias.
        - Certificaciones o informes expedidos por partidos políticos, sindicatos o cualesquiera otras entidades o instituciones, públicas o privadas, debidamente reconocidas por las autoridades españolas o del Estado de acogida de los exiliados, que estén relacionadas con el exilio. Dichas certificaciones o informes deberán referirse fehacientemente a los fondos documentales o archivos históricos de la entidad.
     2. La expatriación, salida de España o permanencia en otro Estado podrá acreditarse mediante:
        - Pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida.
        - Certificación del Registro de Matrícula de la Embajada o Consulado español.
        - Certificaciones del Registro Civil consular que acrediten la residencia en el país de acogida, como inscripción de matrimonio, inscripciones de nacimiento de hijos, inscripciones de defunción, etc.
        - Certificación del registro civil local del país de acogida que acredite haber adquirido la nacionalidad de dicho país.
        - Documentación oficial de la época del país de acogida en la que conste el año de la llegada a dicho país o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.
     3. Se presumirá la condición de exiliado respecto de todos los españoles que salieron de España entre el 18 de julio de 1936 y 31 de diciembre de 1955. La salida de España se podrá acreditar mediante alguno de los documentos citados arriba.

3. **Las personas que ya optaron a la nacionalidad española no de origen**

Aquellas personas que ya optaron a la nacionalidad española derivativa porque su padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España, según el artículo 20.1 b) del Código Civil, pueden ahora optar además a la nacionalidad española de origen.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Documentos que deben aportar los interesados

Los solicitantes únicamente tienen que presentar la solicitud de acuerdo con el MODELO III que puede descargarse aquí (Formato PDF. Tamaño 211 Kb) o al final de esta página web. El modelo también puede encontrarse en la Embajada o Consulado General de España más próximo a su domicilio.

OBTENCIÓN DE LOS CERTIFICADOS DE NACIMIENTO ESPAÑOLES

Las certificaciones registrales españolas requeridas más arriba, podrán solicitarse **por vía electrónica** a través de este enlace

Igualmente, se podrán solicitar presencialmente utilizando el MODELO V, que puede descargarse aquí (Formato PDF. Tamaño 27 Kb) . La solicitud puede dirigirse al Registro Civil español, municipal o consular, correspondiente al domicilio del solicitante.

En los casos en que no exista inscripción de nacimiento de los padres o abuelos, el interesado deberá promover el **expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo**, previsto en los artículos 311 y ss. del Reglamento del Registro Civil. Puede encontrar más información sobre este trámite en la página web del Ministerio de Justicia www.mjusticia.es o a través del teléfono 902 007 214.

PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD Y PLAZOS

Los interesados deberán imprimir y rellenar **dos copias del modelo de solicitud** que corresponda según el supuesto en el que estén incluidos. Lo presentarán, junto con la documentación que proceda, **ante el Registro Civil español, consular o municipal, correspondiente al lugar del domicilio del interesado.** Una copia sellada les será devuelta como justificante de presentación.

Si al presentarse la solicitud de nacionalidad no se acreditan los requisitos exigidos, el optante estará obligado a completar la documentación en el plazo de **treinta días naturales** desde que se le requiera.

Como consecuencia del Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de enero de 2010 (BOE nº 72, de 24-3-2010), que prorrogó por un año el plazo inicialmente previsto, la solicitud podrá presentarse hasta el 27 de diciembre de 2011.

RECURSOS

Si el Encargado del Registro Civil denegara la opción a la nacionalidad española de origen por no cumplir los requisitos previstos en la ley, se le notificará formalmente al interesado a efectos de que **pueda interponer el correspondiente recurso** ante la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia: Plaza Jacinto Benavente, nº 3 - 28.071 Madrid.

El recurso también podrá presentarse en las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

REGISTRO CIVIL
DECLARACIÓN DE DATOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

DATOS DEL NACIDO

NOMBRE:
PRIMER APELLIDO:
SEGUNDO APELLIDO:
SEXO:
NACIMIENTO:
HORA:
DIA Y LUGAR:

DATOS DEL PADRE

NOMBRE:
PRIMER APELLIDO:
SEGUNDO APELLIDO:
HIJO DE Y DE
NACIDO EN:
DÍA:
ESTADO:
NACIONALIDAD:
DOMICILIO:

DATOS DE LA MADRE

NOMBRE:
PRIMER APELLIDO:
SEGUNDO APELLIDO:
HIJA DE Y DE
NACIDA EN:
DÍA:
ESTADO:
NACIONALIDAD:
DOMICILIO:

MATRIMONIO DE LOS PADRES: (EXISTE / NO EXISTE)

DIA DE CELEBRACIÓN:
LUGAR:
TOMO: PÁGINA:

EN , A

FIRMAS DE AMBOS

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

I. Disposiciones generales

MINISTERIO DE JUSTICIA

15112 *INSTRUCCIÓN de 26 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.*

El Código Civil establece, en su artículo 22, los plazos y requisitos para adquirir la nacionalidad española por residencia, girando en torno a los conceptos de residencia que «habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición», de buena conducta cívica y de suficiente grado de integración en la sociedad española. Es, fundamentalmente, el Reglamento del Registro Civil en sus artículos 220 a 224 el que regula el procedimiento.

Uno de los cambios más significativos de los últimos años de la sociedad española lo constituye sin duda el muy notable incremento del número de ciudadanos extranjeros residentes en nuestro país, lo que ha traído consigo un aumento de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.

Este fenómeno se ha producido a un ritmo acelerado, incrementándose en pocos años de forma extraordinaria la carga de trabajo tanto de los Registros Civiles, como de esta Dirección General de los Registros y del Notariado. La Administración ha de responder adoptando las medidas necesarias para afrontar de manera eficaz a esta nueva situación de aumento de los procedimientos relativos al estado civil de las personas, como es el caso de la adquisición de la nacionalidad por residencia. Respuesta eficaz que debe prestarse velando por los derechos de todos de los ciudadanos y de forma destacada de los de los más débiles, como es el caso de los menores.

La presente Instrucción tiene por finalidad mejorar y unificar la conformación del expediente de adquisición de la nacionalidad por residencia, agilizar su tramitación, facilitarlo a los ciudadanos y velar por los derechos de los menores cuando sean los interesados en el procedimiento. Pretende, asimismo, recordar la importancia que la inmediación del Encargado del Registro Civil tiene en el examen del grado de integración de extranjero en la sociedad española.

Para conseguir estos fines este Centro Directivo ha considerado oportuno, en uso de las facultades que tiene atribuidas (cfr. arts. 9 de la Ley del Registro Civil y 41 del Reglamento del Registro Civil) dictar ciertas reglas sobre documentación, estableciendo la innecesaria aportación por el interesado de ciertos documentos que obran en poder de la Administración, ordenación y foliación del expediente, control de la autenticidad de los documentos aportados, y especialidades en la instrucción de los expedientes en que intervengan menores o incapacitados, e, intervención del Ministerio Fiscal.

1. Tramitación del expediente en el Registro Civil: Ordenación y foliación de la documentación, control de la autenticidad de documentos extranjeros, supresión de la aportación del certificado de residencia y del certificado de antecedentes penales.

1.1 Ordenación y foliación del expediente.–Al no existir en nuestro vigente Ordenamiento jurídico registral normas sobre cómo ha de ordenarse la documentación que conforma los expedientes, a los que esta Instrucción se refiere, este Centro Directivo viene observando en la práctica de los distintos Registros Civiles importantes diferencias en el orden de los documentos que integran los expedientes de adquisición de la nacionalidad por residencia según el Registro Civil del que procedan, lo cual resulta contrario a la deseable uniformidad que, tanto por razones de agilidad como de seguridad jurídica, debe presidir esta materia.

Por ello, este Centro Directivo entiende que ha de fijar criterios generales en la materia de forma que el contenido de los expedientes registrales de adquisición de la nacionalidad española por residencia se estructuren con arreglo a un criterio lógico-procedimental basado en la secuencia de identificación del solicitante, competencia del órgano registral, legitimación del promotor, prueba, informes y propuesta de resolución, lo que aconseja adoptar la estructura del expediente que se contiene en la Regla Primera.

Por lo demás, en atención de las exigibles garantías de seguridad jurídica que obligan a asegurar la integridad de los expedientes instruidos en los Registros civiles y sobre los que ha de resolver este Centro Directivo, se deberán numerar consecutivamente todos los folios que lo compongan.

Debe destacarse entre los documentos que deben constar en el expediente, la solicitud de nacionalidad del interesado, cuyo modelo ha sido normalizado por Resolución de 7 de mayo de 2007 de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia (BOE de 25 de julio de 2007). Este modelo se encuentra disponible en el portal del Ministerio de Justicia: www.mjusticia.es

1.2 Control de la autenticidad de los documentos extranjeros. Traducción.–De conformidad con lo dispuesto por el artículo 88 del Reglamento del Registro Civil y a salvo lo dispuesto en los Tratados internacionales, requieren legalización los documentos expedidos por funcionario extranjero, salvo que al Encargado del Registro le conste directamente la autenticidad o los reciba por vía oficial o diligencia bastante (art 89 RRR). En lo que al procedimiento de adquisición de la nacionalidad por residencia esta exigencia es particularmente aplicable al certificado de nacimiento del promotor del expediente registral de nacionalidad por residencia, al del nacimiento de los hijos menores de edad, en su caso, y, al certificado sobre antecedentes penales del país de origen del solicitante.

La ausencia del requisito de legalización es un defecto que impide la inscripción registral (Resolución de 22 de enero de 1998).

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

La legalización es, pues, un trámite imprescindible, salvo en aquellos supuestos en que se trata de documentos provenientes de Estados parte en el Convenio de la Haya de 1961.

Hay que resaltar que el procedimiento de legalización no está regulado en ninguna norma española de Derecho positivo. La práctica diplomática internacional que se sigue en la mayor parte de los Estados del mundo y también en España es la siguiente: El documento público extranjero cuyos efectos legales se pretenden hacer valer en España debe ser legalizado en dos fases. Primera fase («fase extranjera»): (a) Las firmas contenidas en el documento cuyos efectos legales se pretenden hacer valer en España deben ser legalizadas por las autoridades extranjeras de dicho país con arreglo a las Leyes de dicho país; (b) Tras ello, el documento extranjero debe ser nuevamente legalizado por autoridades dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho país extranjero. Segunda fase («fase española»): (a) El documento extranjero se presenta ante el Cónsul español en dicho país, que legaliza las firmas de los funcionarios del Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho país extranjero. Ello es posible porque los cónsules españoles disponen de un registro de firmas de los funcionarios del Ministerio de Asuntos Exteriores del país en el que operan; (b) Tras ello, en algunas ocasiones, puede ser conveniente, pero sólo en casos de duda seria y razonable, que el documento se presente ante el Ministerio de Asuntos Exteriores español, que legaliza la firma del Cónsul español acreditado en el extranjero. Sin embargo, en la mayoría de los casos, no se requiere este segundo trámite de la «fase española».

En el caso de documentos provenientes de Estados parte de en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, así como en aquellos casos en que resulte aplicable el Convenio de Atenas de 15 de septiembre de 1977 de la Comisión Internacional del Estado Civil (en vigor para España desde el 1 de mayo de 1981), la legalización se sustituye por el trámite de la apostilla. La apostilla actúa en el ámbito de los requisitos de forma, permitiendo su consideración de documentos auténticos y conformes con la Ley aplicable a las formalidades y solemnidades documentales establecidas por el país de origen del documento, pero, como ha indicado la reciente Instrucción de 20 de marzo de 2006 sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, no ampara ninguna presunción de legalidad del contenido del documento o de la realidad de los hechos reflejados en el mismo, cuyo enjuiciamiento y valoración quedan sujetas a la apreciación del funcionario o autoridad española ante la que se pretendan hacer valer los efectos derivados de tales documentos. Por ello, el párrafo final del artículo 89 del Reglamento del Registro Civil prescribe que «El Encargado que dude fundadamente de la autenticidad de un documento, realizará las comprobaciones oportunas».

Finalmente, el documento debe presentarse traducido a idioma oficial español. Así lo exige el artículo 86 del Reglamento del Registro Civil, precepto que, no obstante, permite que el Encargado del Registro prescinda de la traducción si al mismo le consta el contenido del documento extranjero. En su defecto, la traducción puede realizarse por Notario, Cónsul, Traductor u otro órgano o funcionario competente. El Encargado, ha de examinar, pues, la competencia de la persona o funcionario que realiza la traducción.

1.3 Supresión de la aportación por el interesado del certificado de residencia y del de antecedentes penales.– El artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece, dentro del catálogo de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, el de no tener que presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración. Que el ciudadano tenga que presentar documentos que ya se encuentran en poder de la Administración supondría, además, un trámite que podría considerarse desproporcionado y que supondría una infracción del artículo 354 del Reglamento del Registro Civil, exige que en la tramitación de los expedientes se evite toda dilación o trámite superfluo o desproporcionado. Tradicionalmente, esta Dirección General ha hecho uso frecuente del principio de economía procesal a lo largo de diversas Resoluciones e Instrucciones dictadas en el ámbito de su competencia.

El entorno tecnológico en el que actualmente se desenvuelve la actividad de la Administración posibilita cumplir ahora de forma más eficaz con las previsiones normativas citadas, permitiendo simplificar los procedimientos administrativos y contribuir al funcionamiento interno de las Administraciones Públicas, incrementando su eficacia, tal y como señala la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico a los Servicios Públicos siendo una de las finalidades de esta Instrucción cumplir esta Ley en lo que al procedimiento de adquisición de la nacionalidad por residencia se refiere.

a) Supresión de la aportación por el interesado de la documentación referida a la residencia en España.–Establece el artículo 220 del Reglamento del Registro Civil que en la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia, el peticionario habrá de indicar especialmente.» 4.° La residencia en territorio español, con precisión de fechas y lugares.»; por su parte, el artículo 221 del mismo Reglamento añade que será el peticionario el que probará tales hechos, estableciendo expresamente que para la concesión de la nacionalidad por residencia «ésta se acreditará, de ser posible, por información del Gobierno Civil o de la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior». Tales disposiciones se completan con lo establecido en el artículo 222, que ordena imperativamente que «la Dirección recabará los informes oficiales que estime precisos y siempre el del Ministerio del Interior».

Estas previsiones normativas incorporadas por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, han de aplicarse en el marco legal y reglamentario actual regulador de la situación de los extranjeros en España. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en sus artículos 4, 29, 30, 30bis, 31 y 32 y los Capítulos II y III del Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, así como el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, definen con claridad el régimen de permanencia en España, diferenciado del de mera estancia, y la documentación que al extranjero se proporciona en las distintas situaciones contempladas.

El artículo 4 de la Ley dispone que «todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un periodo superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente». Por su parte, el artículo 105.2 del Real Decreto 2393/2004, reproduce el 4 de la Ley.

Por último, el artículo 8 del Real Decreto 240/2007, establece la denominada «tarjeta de residencia de familiar ciudadano de la Unión» como el documento de identidad de los familiares de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o del Estado del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que ellos mismos no sean nacionales de ningún Estado perteneciente a ninguna de las dos Organizaciones citadas. Habrá

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

de solicitarse cuando pretendan residir en España por un plazo superior a tres meses.

En el supuesto de los nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea o de Estado parte del Acuerdo Económico Europeo, el artículo del Real Decreto que se viene citando prevé que habrán de inscribirse, cuando su residencia vaya a ser superior a 3 meses, en el Registro Central de Extranjeros, de cuya inscripción obtendrán un certificado en el que constará, entre otros datos, su número de identidad de extranjero.

En definitiva, en el momento actual la presentación de los documentos que acaban de examinarse han de considerarse suficientes en orden al cumplimiento de la exigencia establecida en el artículo 221 del Reglamento del Registro Civil y debe entenderse que proporciona información suficiente para la emisión del informe que ha de emitir el Encargado del Registro Civil y el Ministerio Fiscal (artículo 348 del Reglamento del Registro Civil) antes de elevar el expediente a la Dirección General (artículo 365 del citado Reglamento).

Todo ello se ha de entender sin perjuicio de la competencia que corresponde a esta Dirección General en orden a recabar el preceptivo informe al Ministerio del Interior (cfr. art. 222 R.R.C.) a fin de complementar la instrucción del expediente con objeto de constatar, en el momento de la resolución, la continuidad de la residencia, evitando así la duplicidad de trámites y la consiguiente demora en la tramitación del expediente.

b) Supresión de la aportación del certificado de antecedentes penales.–El certificado de antecedentes penales, documento que obligatoriamente ha de formar parte del expediente en virtud del artículo 221 del Reglamento del Registro Civil, es aportado en la actualidad por el interesado. Esta aportación ocasiona al promotor del expediente molestias, debido a la necesidad de solicitarlo, y gastos, ya que ha de abonar la correspondiente tasa cuando adquiere el impreso.

Sin embargo, tratándose de un documento que contiene información custodiada por el Registro Central de Penados y Rebeldes, que depende del Ministerio de Justicia, este Centro Directivo considera que, en cumplimiento del artículo 35 de de la Ley 30/92, y en aras del mejor servicio al ciudadano, resulta legalmente procedente y oportuno desde el punto de vista práctico, que sea la propia Dirección General de los Registros y del Notariado la que solicite dicho certificado, siempre que el promotor del expediente exprese su consentimiento a tal fin en la solicitud de incoación del propio expediente. En caso de que no preste el interesado ese consentimiento, deberá aportar el certificado junto con la solicitud.

Por tanto, los Registros Civiles podrán dar por completo el expediente a los efectos de su elevación a la Dirección General sin necesidad de aportación del certificado de antecedentes penales, tratándose de expedientes iniciados en virtud de solicitud en que conste el citado consentimiento.

2. Instrucción del expediente en el Registro Civil: especial atención al examen de integración.–El Reglamento de la Ley del Registro Civil establece, en el último párrafo del artículo 221, que «el Encargado, en el expediente de concesión de nacionalidad por residencia, oirá personalmente al peticionario, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, y procurará oír también al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren».

Es, pues, responsabilidad del Encargado del Registro Civil la difícil apreciación concreta de conceptos de amplios y difusos contornos. Pero, aún admitiendo las dificultades, ha de tratarse de que el resultado del examen determine de manera veraz un suficiente grado de integración en la sociedad española, que al finalizar el procedimiento va ser solamente o, además, según los casos, la sociedad a la que pertenezca el solicitante.

En derecho comparado, son varios los países europeos cuya legislación ha desarrollado los factores que, se entiende, configuran la integración social, exigiendo, por ejemplo, la superación de un examen de idioma como requisito para la adquisición de la nacionalidad. La base de esta normativa se fundamenta en la consideración del idioma como un elemento indispensable y revelador del nivel de integración social del extranjero que pretende obtener la nacionalidad del país en el que reside. También se exige que el solicitante demuestre su conocimiento de la cultura del país, como signo de integración social.

En España, sin embargo, sólo las normas antes mencionadas perfilan el marco legal que pretende acoger el concepto «suficiente grado de integración» como requisito exigible para la concesión de la nacionalidad, pero no proporcionan su definición legal. Es posible, sin embargo, obtener de ambos preceptos algunas conclusiones que permitan delimitar al máximo el concepto del que tratamos.

En primer lugar, es preciso considerar que el requisito se establece, únicamente, para los supuestos de pretensión de la nacionalidad por residencia, lo que implica un vínculo directo entre la permanencia en el país y la integración en la sociedad en la que el peticionario reside. Resulta coherente, por tanto, considerar que la residencia, a los efectos de obtención de la nacionalidad, es considerada por el legislador como algo más que el simple transcurso del tiempo, ya que los periodos de residencia, en cada caso, habrán de producir el efecto integración, derivado del verdadero arraigo en la sociedad en la que se reside.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que según el texto del artículo 22.4 del CC, es el peticionario el que deberá justificar el suficiente grado de integración en la sociedad española, cobrando especial relevancia el hecho de que tal justificación ha de acreditarla en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil. No cabe duda de que el interesado podrá aportar, mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho (párrafo quinto del artículo 221 del Reglamento de la Ley del Registro Civil), la justificación de su suficiente grado de integración, pero el último párrafo del mismo artículo señala que el Encargado preceptivamente «oirá personalmente al interesado, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles». De todo ello se deduce que la audiencia personal al peticionario se configura como medio imprescindible y, prácticamente exclusivo para comprobar la concurrencia del requisito de integración. Por otra parte, corresponde al Encargado del Registro Civil comprobar y dejar constancia en el expediente de nacionalidad del grado de integración del peticionario, observado a lo largo de la audiencia personal, resultando ineludible que el Encargado exprese el juicio que se forma sobre el grado de integración del peticionario mediante apreciación directa y personal.

En tercer lugar, señalemos que el Reglamento, en el mismo artículo, hace un esfuerzo de aproximación al concepto integración, al equiparar ésta con la «adaptación a la cultura y estilo de vida españoles», de manera que el grado de integración en la sociedad equivale al grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, terminología también empleada en el artículo 220, apartado 5.° del Reglamento que exige que en la solicitud de nacionalidad por residencia se indique, entre otros aspectos, «... si habla castellano u otra lengua española; cualquier circunstancia de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, como estudios, actividades benéficas o sociales, y las demás que estime conveniente».

3. Tramitación del expediente: Interesados menores e incapacitados, audiencia al cónyuge del solicitante e intervención del Ministerio Fiscal.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

3.1 Adquisición de la nacionalidad por residencia de los menores de edad: cuestiones genéricas.–El hecho de que pueda haber desavenencias entre los titulares de la patria potestad o tutela, en los casos en que ésta se ejerza conjuntamente por más de una persona, de los menores de edad o incapacitados, situación frecuente sobre todo entre personas en trámites de separación o divorcio, hace necesario recordar las previsiones legales en este punto, así como la más reciente doctrina de este Centro Directivo.

El artículo 21 del Código Civil señala al respecto que la solicitud de adquisición de la nacionalidad española por residencia corresponderá formularla en este caso al representante del menor de edad o al menor de edad mayor de 14 años asistido por dicho representante. En el caso de los incapacitados la solicitud la puede formular el representante legal o por el propio incapacitado, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación. En ambos casos es necesario la previa autorización del Encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal, que la concederá en interés del menor o incapaz.

En el caso del menor sometido a patria potestad, sus representantes legales son los titulares de la misma, conforme dispone el artículo 154 del Código Civil y que ha de ser ejercida por ambos progenitores conjuntamente, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro según prescribe el artículo 156 de la misma norma. Si el menor está sometido a tutela, el artículo 267 del Código Civil indica que el tutor es el representante del menor. Cuando se producen procesos de separación, nulidad o divorcio, el artículo 92 del Código establece que los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir sobre el ejercicio de la patria potestad atribuyendo su ejercicio total, o parcialmente, a uno de los cónyuges, por lo tanto habrá que detenerse cuidadosamente en el contenido de la sentencia.

Afectando la adquisición de la nacionalidad al estado civil del menor, el cual está presidido por un principio general de estabilidad, la cuestión excede de los actos que pueden ser realizados por uno solo de los titulares de la patria potestad, por no constituir la mutación del «status nacionalitatis» del menor un acto de aquellos en que el Código Civil excepciona la regla general de ejercicio conjunto de la patria potestad. Ello es así por tratarse de actos realizados conforme al uso social o en situaciones de urgente necesidad, tal y como ha recordado la Resolución de 26 de diciembre de 2006 de este Centro Directivo en la resolución de recurso interpuesto contra auto dictado por el Encargado del Registro Civil en expediente sobre cambio de nombre, habida cuenta que los actos realizados por uno solo de los padres sin el consentimiento del otro, fuera de los supuestos de actuación unilateral previstos por la Ley, no habiendo sido confirmados por el otro progenitor, son actos anulables y claudicantes en tanto no precluye la posibilidad de la impugnación (cfr. artículo 1.301 CC), por lo que tales actuaciones individuales en el ejercicio de la patria potestad no pueden obtener el reconocimiento que de su validez implicaría la aprobación del expediente de nacionalidad.

En consecuencia, la solicitud en representación del menor habrá de ser formulada conjuntamente por quienes ostenten la patria potestad, o la tutela, a salvo lo establecido en el convenio regulador de la separación, nulidad o divorcio y en las disposiciones judiciales sobre privación o ejercicio individual de la patria potestad (cfr. arts. 92 n.os 3 y 4), y sin perjuicio de lo que en caso de desacuerdo entre ambos progenitores sobre la conveniencia y oportunidad o no, de promover el expediente de nacionalidad pueda resolver el Juez, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil, en caso de que atribuya la facultad de decidir al padre o a la madre.

En el caso de interesados sometidos a la patria potestad prorrogada prevista en el artículo 171 del Código Civil serán de aplicación las previsiones anteriores, adaptadas al caso.

En los supuestos de tutela, no será exigible la actuación conjunta de los tutores si el nombramiento judicial de los mismos hubiera separado como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes (cfr. art. 236 n.° 1 C.C.), ya que cada uno de ellos actúa independientemente en el ámbito de su competencia, correspondiendo la de promover el expediente de adquisición de la nacionalidad al que lo sea de la persona.

3.2 Adquisición de la nacionalidad por residencia de los menores de edad: cuestiones específicas.

En determinados supuestos la determinación de cual sea el Registro Civil competente para tramitar el expediente de adquisición de la nacionalidad por residencia puede requerir de un especial estudio.

a) Menores en régimen de acogimiento familiar. La adquisición de la nacionalidad española por residencia por parte de un menor de edad que no ha cumplido los catorce años requiere la autorización previa a los representantes legales del menor que concede, en interés de éste, el Encargado del Registro Civil del domicilio de los representantes legales (cfr. arts. 20-2-a y 21-3-c del Código Civil). En los casos en que los padres son los representantes legales del hijo menor, por no han sido privados ni suspendidos en el ejercicio de su patria potestad, ni encontrarse el menor en situación de desamparo que justifique la asunción de la tutela automática por el Organismo publico competente, el criterio oficial de este Centro Directivo (vid. Resolución de 29-3.ª de noviembre de 2002) es que la competencia para conceder esta autorización corresponde al Encargado del Registro Civil del domicilio de los padres y no al Encargado del Registro Civil del domicilio del menor y de la persona que lo guarda en acogimiento familiar, porque esta situación no supone ninguna limitación en la titularidad y ejercicio de la patria potestad por los progenitores.

b) Menores cuyos progenitores residen en distintos Municipios. La norma específica a tener en cuenta en materia de competencia para obtener la autorización preceptiva la constituye el artículo 20.2, a) del Código civil, la cual, exige para formalizar la solicitud de nacionalidad en favor de un menor de catorce años, la autorización del encargado del «Registro Civil del domicilio del declarante». En este punto, no rigen las normas de competencia registral (cfr. art. 365 R.R.C), sino la competencia por conexión del art. 20 n.° 2. a) del Código Civil, que la atribuye el Registro Civil del «domicilio del declarante», esto es, del representante legal del menor. En caso de que, por ser ambos progenitores titulares conjuntamente de la patria potestad, la representación corresponda a ambos (cfr. art. 154 Código Civil) y tengan distinto domicilio debe prevalecer la competencia del Registro que corresponda al padre o madre en cuya compañía se encuentra el hijo.

3.3 Intervención del Ministerio del Fiscal.–En los expedientes gubernativos, siempre ha de ser oído el Ministerio Fiscal (cfr. art. 97.2 LRC y 348. III RRC), que tiene asignada la función de velar por la instrucción y tramitación adecuada del expediente y atribuida la facultad de proponer las diligencia o pruebas oportunas (cfr. art. 344 RRC y 97 LRC), pruebas que pueden ir dirigidas a verificar la concurrencia en el solicitante de las circunstancias que reducen el tiempo exigido de residencia en España; si habla castellano u otra lengua española; cualquier hecho relativo a su adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, como estudios, actividades, benéficas o sociales, y los demás que estime convenientes.

En razón a todo lo expuesto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, y al objeto de unificar en los Registros Civiles la conformación del expediente de

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

adquisición de la nacionalidad por residencia, aclarar aspectos de la tramitación los expedientes, mejorar el servicio a los ciudadanos mediante la supresión de la aportación de determinados documentos y dictar pautas para la realización por el Encargado del Registro Civil del examen de integración, ha acordado hacer públicas en uso de las facultades que tiene atribuidas (cfr. arts 9 de la LRC y 41 del RRC), las instrucciones siguientes:

Primera. Ordenación y foliación del expediente.–El expediente de nacionalidad por residencia, en su fase registral, se conformará con los documentos o, en su caso, copia cotejada de los mismos, que se indican a continuación. Los folios resultantes se numerarán consecutivamente.

Solicitud normalizada aprobada por Resolución de 7 de mayo de 2007, de la Subsecretaría, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización. (Boletín Oficial del Estado de 25 de julio de 2007). Esta solicitud se encuentra disponible en www.mjusticia.es

Tarjeta de Identidad de Extranjero, Tarjeta de Familiar de Ciudadano de la Unión Europea o Certificado del Registro Central de Extranjeros.

Pasaporte.

Certificado de empadronamiento, en su caso.

Autorización judicial para actuar en representación del menor o incapaz, en su caso.

Certificado de nacimiento del interesado.

Certificado de matrimonio con español, en su caso.

Certificado literal de nacimiento del cónyuge español, en su caso.

Certificado de nacimiento de los hijos menores de edad.

Certificado expedido de antecedentes penales del país de origen, o consular de buena conducta.

Documentos acreditativos de los medios de vida para residir en España.

Otros documentos que quiera aportar el interesado, o, que sean requeridos por el Encargado del Registro Civil y que guarden relación con el objeto del expediente.

Acta de las audiencias practicadas.

Informe del Ministerio Fiscal.

Auto-propuesta del Encargado del Registro Civil.

Segunda. Control de autenticidad de los documentos expedidos por funcionarios extranjeros. Traducción.–La legalización exigida con carácter general, y a salvo la excepción prevista en el artículo 89 RRC, a los documentos expedidos por funcionarios extranjeros (art 88 RRC) es en particular exigible en el expediente de adquisición de la nacionalidad por residencia. al certificado de nacimiento del promotor, al de nacimiento de los hijos menores de edad y al certificado de antecedentes penales del país de origen del solicitante.

Ha de examinarse, pues, cuidadosamente el expediente para comprobar tanto las legalizaciones que se hayan efectuado como las que no se hayan hecho, por tratarse en este último caso de documentos expedidos por funcionarios de Estados parte del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 o a los que sea aplicable el Convenio de Atenas de 15 de septiembre de 1977 de la Comisión Internacional de Estado Civil, en cuyo caso la legalización se sustituye por el trámite de la apostilla.

Tercera. Acreditación de la residencia en España: supresión de la aportación del certificado expedido por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.–El Registro Civil competente podrá dar por completada la tramitación del expediente previa a su elevación a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cuanto a la justificación de la residencia del interesado en España, cuando el mismo aporta la documentación que como extranjero residente en España le hayan facilitado las autoridades españolas (Tarjeta de Identidad de Extranjero, Tarjeta de Residencia de Familiar de ciudadano de la Unión, Certificado del Registro Central de Extranjeros), no siendo, por tanto, necesario aportar certificado de la Dirección General de la Policia y de la Guardia Civil sobre períodos de residencia.

Cuarta. Buena conducta cívica: Supresión de la aportación del certificado de antecedentes penales en España.–Si bien la buena conducta cívica exigida por el artículo 22.3 CC para adquirir la nacionalidad no se puede identificar, simplemente, con la carencia de antecedentes penales, policiales o administrativos, la ausencia de antecedentes penales es un primer indicador. Esta es la razón por la que el artículo 221 RRC exige certificado del Registro Central de Penados y Rebeldes. Al tratarse de una información que ya posee la Administración y más concretamente el Ministerio de Justicia, a partir de esta Instrucción el Encargado podrá considerar completada la tramitación registral del expediente, aunque el interesado no aporte el certificado de antecedentes penales español, siempre que se compruebe que ha expresado su consentimiento por escrito en el texto de la solicitud por la que se inicia el expediente para que sea la Dirección General de los Registros y del Notariado la que lo solicite directamente del Registro Central de Penados y Rebeldes. Si del examen de la solicitud resulta que el interesado no ha otorgado dicho consentimiento, el Encargado deberá exigirle el certificado de antecedentes penales, sin el cual no podrá dar por completada la tramitación del expediente previa a su elevación a este Centro Directivo.

Quinta. Valoración del suficiente grado de integración en la sociedad española.–En el expediente de nacionalidad por residencia, el Encargado debe hacer constar el juicio que le merece el grado de integración en la sociedad española del peticionario, tras oírle personalmente, abordando en la audiencia las cuestiones reveladoras de la adaptación a las costumbres y modo de vida españoles.

El examen de integración del extranjero en la sociedad española, en la fase de instrucción del expediente, constituye un elemento esencial para la justificación del requisito de suficiente grado de integración exigido en el artículo 22.4 del Código Civil.

Sexta. Tramitación del expediente cuando hay interesados menores o incapacitados.–En aquellos expedientes en los que el interesado en adquirir la nacionalidad sea un menor de edad, y dado el entorno familiar en el que actualmente se desenvuelven muchos menores, el instructor del expediente ha de tener especial cuidado en el examen de los siguientes extremos.

Patria potestad. Si el menor está sometido a patria potestad, que esté siendo ejercida conjuntamente por ambos progenitores, se necesitará el consentimiento de ambos para poder instruir el expediente (cfr. art 154 CC). En el caso de que haya habido procesos de separación, nulidad o divorcio, habrá de estarse a lo que el convenio regulador establezca, en su caso, respecto de la atribución total o parcial a uno de los cónyuges del ejercicio de la patria potestad (cfr. art 92.4 CC). En caso de desacuerdo entre los progenitores, sobre la conveniencia o no de promover el expediente de nacionalidad, habrá de acudirse al Juez (cfr. art 156).

Acogimiento familiar. En los supuestos en los que el menor se encuentre en régimen de acogimiento familiar, y siempre que el titular del acogimiento no sea un Organismo Público, ha de recordarse que es criterio de este Centro Directivo (vid. Resolución de 29 de noviembre de 2002) que la competencia para conceder la autorización prevista en los artículos 20.2 a) y 21.3 c) del Código Civil corresponde al Encargado del Registro Civil del domicilio de los padres, no al del domicilio del menor y de la persona que lo tenga en acogimiento familiar, ya que si el titular del acogimiento no es una Administración Pública, la situa-

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

7a sessió

08/04/11

La responsabilitat empresarial dels ens locals en relació amb els empleats dels seus contractistes i concessionaris.
Susana Rodríguez Escanciano, professora titular de dret del treball i de la seguretat social de la Universitat de León.

Novetats en matèria de contractació de la Llei d'economia sostenible.
Carmina Llumà i Ras, advocada, professora de Dret administratiu a la Universitat Pompeu Fabra i ex secretària general del Departament de Política Territorial i Obres Públiques de la Generalitat de Catalunya.

La contaminació acústica: intervenció administrativa en la gestió del soroll.
Maite Majó i Torrent, responsable d'Avaluació del Soroll i les Vibracions de l'Oficina per a la Prevenció de la Contaminació Acústica de la Generalitat de Catalunya.

Subcontractació laboral i cessió de treballadors.
Francisco Andrés Valle Muñoz, magistrat suplent de la Sala del social del TSJC i professor titular de dret laboral de la Universitat Pompeu Fabra.

LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL DE LOS ENTES LOCALES EN RELACIÓN CON LOS EMPLEADOS DE SUS CONTRATISTAS O CONCESIONARIOS

Susana Rodríguez Escaciano

Professora tiular de Dret del Treball i de la Seguretat Social
Acreditada per l'accés al cos de catedràtics
Universitat de Lleó

1.- PLANTEAMIENTO. CONTRADICCIÓN ENTRE NORMAS LABORALES Y ADMINISTRATIVAS 2

2.- CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS 3

2.1.- La escasa preocupación por la seguridad y salud desde la Legislación de contratos del sector público. La aplicación del marco preventivo general 3
2.2.- Problemas especiales derivados de la subcontratación de infraestructuras públicas 5
2.2.1.- La permisividad de la Ley de Contratos 5
2.2.2.- Los requisitos exigidos por la Ley 32/2006 6
2.3.- Responsabilidades 7
2.3.1.- Responsabilidad administrativa. La regla de la solidaridad de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social 8
A) "Propia actividad" 8
B) "Centro de trabajo" 10
2.3.2.- Régimen particular de imputabilidad tras la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción y la exoneración del "promotor"- Administración. 11
2.3.3.- La exclusión de responsabilidad prevista en los pliegos de condiciones 13
2.4.- Imposición de sanciones a los Entes públicos: dificultades 14
2.5.- Otras responsabilidades conexas: penal, patrimonial y por recargo de prestaciones de Seguridad Social 15

3.- LA UTILIZACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS Y EL PELIGRO DE CESIÓN ILEGAL 17

4.- LA INTERMEDIACIÓN LÍCITA DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: LÍMITES 21

4.1.- Antecedentes 21
4.2.- La reforma del mercado de trabajo de 2010 24

5.- TRANSMISIÓN DE LA CONTRATA O CONCESIÓN ADMINISTRATIVA 28

5.1.- El principio de continuidad en la prestación del servicio público 28
5.2.- Requisitos para la subrogación empresarial desde el punto de vista de la legislación social 29
5.3.- Reversión a manos de la Administración de una actividad previamente exteriorizada 34

6.- LAS GARANTÍAS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN MATERIA SALARIAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN DEL VÍNCULO ADMINISTRATIVO (Remisión) 40

1.- PLANTEAMIENTO. CONTRADICCIÓN ENTRE NORMAS LABORALES Y ADMINISTRATIVAS

La posibilidad de que la Administración confíe a sujetos ajenos a su propia organización determinadas funciones administrativas resulta plenamente admitida por nuestro ordenamiento jurídico[1]. El contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida pasa, así, a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones, incluidas lógicamente las Locales, imprescindible en muchas ocasiones si se quiere lograr la ansiada eficacia y eficiencia en la dispensa del servicio a favor de los ciudadanos[2].

Esta vía permite, además, una mayor aplicación del principio de la competencia, del fomento de la competitividad también en el seno de la Administración Pública, en la medida en que supone sustituir parcialmente parte de su personal y de su organización por su provisión en el mercado[3]. Por otra parte, también debe tenerse en cuenta el compromiso de estabilidad presupuestaria asumido por el Estado Español como consecuencia de la incorporación al sistema monetario europeo pues, tal como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, en no pocas ocasiones, la Administración se ve obligada a recurrir a la externalización como vía de camuflaje de la deuda pública que permite el mantenimiento de las exigencias -cada vez mayores- de nuestro Estado de bienestar[4]. En otras ocasiones, este fenómeno obedece simplemente a la necesidad de dar respuesta a situaciones de urgencia o de acumulación de tareas, a la falta de preparación y formación de los empleados públicos o a la rigidez misma de algunas de las instituciones del derecho funcionarial, tal como en ocasiones ha ocurrido con los horarios y la jornada de trabajo. Si, además –y por lo que aquí interesa--, los daños que se causan como consecuencia del ejercicio de la actividad externalizada (contratada) se imputan directamente al contratista, como en principio parece, la Administración podría servirse de esta muestra de la denominada "huida del Derecho Administrativo"[5] como un valioso instrumento que le permitiría directamente evadirse de la responsabilidad patrimonial en importantes parcelas de su actividad, a pesar de que es ésta una institución consagrada en la propia Constitución (art. 106).

Esta primera aproximación debe ser, no obstante, matizada con el sólo hecho de tener en cuenta que la externalización no acaba, sin embargo, con un cambio en la forma jurídica mediante la cual la Administración Local actúa en el mercado, sometiendo sus relaciones con terceros al Derecho Civil y Mercantil a través de una entidad interpuesta, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la denominada "laboralización" de los recursos humanos, provocando la aplicación del Derecho del Trabajo a la mano de obra implicada y generando, en virtud de este sector del ordenamiento jurídico imputaciones de responsabilidad, capaces de alcanzar, en muchas ocasiones, por mor de la regla de la solidaridad, a la Corporación Local comitente (arts. 42, 43, 44 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores –ET-- y art. 3 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales –LPRL--).

Estas previsiones chocan frontalmente con la regla general, anteriormente mencionada, establecida en el art. 198 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en virtud del cual la responsabilidad en que pudiera incurrir la Administración Pública a consecuencia de los daños sufridos por terceros a raíz de la actuación de sus contratistas y concesionarios queda limitada únicamente a los supuestos (no demasiado frecuentes) en los que "tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración…, (o

---

[1] VILLAR ROJAS, F.J.: *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993, pág. 336.

[2] RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores, Federación de Municipios de Cataluña, 2010, pág. 13.

[3] BASSOLS COMA, M..: "La externalización: tendencias en el Derecho Administrativo español", en *Le Esternalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli, Genova, 2006, Bologna, 2007, págs. 244 y ss.

[4] VILLAR ROJAS, F.: "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, págs. 155 y ss.

[5] Entre muchos, MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: "Reflexiones sobre la `huida' del Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996, págs. 25 y ss.; BORRAJO INIESTA, I.: "El intento de huir del Derecho Administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993, págs. 233 y ss. ó DEL SAZ CORDERO, S.: "La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas", *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, págs. 201 y ss.

deriven) de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación", obligando, sólo en caso contrario, al "contratista a indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato"[6]. Atendiendo a tal precepto, si consideramos que esos terceros son los trabajadores y que en la expresión "todos los daños" están incluidos los relativos a la materia laboral que nos ocupa, la conclusión se presenta clara: la Administración Local quedaría liberada de asumir responsabilidad alguna por las deudas salariales y de Seguridad Social que los contratistas o concesionarios pudieran tener con sus trabajadores ni tampoco por las consecuencias derivadas de un accidente sufrido por un trabajador al servicio de estos empresarios, lo cual contradice radicalmente el sistema de responsabilidad empresarial establecido en la normativa social.

Tal discrepancia obliga a una esforzada labor de interpretación y provocado que sean los órganos judiciales quienes queden abocados a establecer pautas de solución, con lo cual la criticable imprecisión legislativa obliga a una labor creadora, *quasi* legislativa, de los Tribunales, capaz de propiciar, en ocasiones, notables contradicciones, y, a la postre, un notable grado de inseguridad jurídica. No obstante, será a partir de tales pronunciamientos de donde se pueda empezar a construir cualquier doctrina general, descendiendo al detalle del alcance de la responsabilidad que, en relación con los empleados de los contratistas y concesionarios, deben asumir las Administraciones Locales en los cinco siguientes supuestos: la edificación de infraestructuras públicas, la cesión ilegal de trabajadores, la intermediación de empresas de trabajo temporal, la transmisión de la contrata o concesión administrativa y la subcontratación de parcelas de la misma.

2.- CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

De todos es conocido que el contrato administrativo de obras (art. 6 LCSP) es uno de los más utilizados por las Corporaciones Locales, máxime tras la promulgación del Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, centrado, casi en exclusiva, en la aportación de una ingente cantidad de recursos públicos para la contratación de personal, mediante iniciativas municipales de promoción de infraestructuras, en especial para recuperar buena parte de los excedentes de los empleados del sector de la construcción[7]. No menos verdad resulta tampoco que el sector de la construcción (tanto en el marco de la actividad privada, como, por lo que aquí interesa, de la pública) viene encabezando año tras año las estadísticas de accidentes de trabajo[8], que, además, resultan de gran severidad debido, sobre todo, a las caídas de altura y al riesgo de sepultamiento[9].

2.1.- La escasa preocupación por la seguridad y salud desde la Legislación de contratos del sector público. La aplicación del marco preventivo general

La LCSP no dedica ningún precepto a regular los problemas de seguridad y salud de los trabajadores implicados en la construcción de obras públicas, ni siquiera efectúa algún tipo de remisión a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Ahora bien, pese a este criticable silencio, no cabe olvidar que la Administración pública (incluida, lógicamente, la Local) tiene la consideración de "empresario" respecto de sus empleados (art. 3.1 LPRL) y también la tiene, en calidad de comitente principal, respecto de los trabajadores de sus concesionarios y contratistas, asumiendo idénticas obligaciones que los empleadores privados que externalizan sus servicios y, caso de incumplirlas, quedando sujeta a las mismas responsabilidades administrativas, civiles y penales[10].

---

[6] CASARES MARCOS, A.: "Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de los contratos", en AA.VV (QUINTANA LOPEZ, T., Dir.): *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública,* Tomo II, Valencia, 2009, págs. 1187 y ss.

[7] MOLINA NAVARRETE, C.: "El rescate de los desempleados por un puñado de euros: compra de empleos y tragicomedia del crash 2008", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 310, 2009, pág. 28.

[8] Durante el año 2006, se produjeron en el sector de la construcción 255.756 accidentes con baja en el centro de trabajo, de los cuales 293 fueron mortales. www.mtas.es

[9] CES: *Observatorio de Relaciones Industriales.* Area de Estudio y Análisis, núm. 94, 2006, pág. 1.

[10] LLANO SANCHEZ, M.: Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas, Madrid, 1999, pág. 353.

Teniendo en cuenta precisamente que uno de los caracteres fundamentales de la LPRL es el de establecer un ámbito aplicativo que abarca no solamente las relaciones laborales *stricto iure*, sino también las relaciones de carácter administrativo[11], es necesario subrayar, en primer lugar, la aplicación, en el marco de la construcción de infraestructuras públicas, de aquellas previsiones de esta Ley que establecen deberes preventivos en atención a la presencia simultánea de dos o más empresas en un mismo centro de actividad[12]. Como los trabajadores se encuentran compartiendo las condiciones ambientales del espacio donde prestan sus servicios (*in casu* en la edificación de la obra pública) y, además, están afectados por las medidas de seguridad y salud que adopte cada empresario, se produce un "condicionamiento de tipo recíproco" y una incidencia directa de cada uno de los empleadores en el nivel de seguridad que los demás pueden garantizar (art. 24 LPRL)[13].

Así, junto a las obligaciones establecidas en el art. 24.1 (obligación de cooperar y coordinar las actividades preventivas de las empresas que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo), 24. 2 (obligación del titular del centro de dar información a los demás sobre los riesgos existentes en dicho centro y las medidas preventivas correspondientes para facilitar a estas otras empresas el cumplimiento de su deber de informar a los trabajadores) y 24.3 (obligación de la empresa que contrate o subcontrate con otra la realización de obras o servicios de su propia actividad desarrolladas en centros de trabajo de la comitente de vigilar el cumplimiento por parte de contratistas y subcontratistas de la normativa preventiva), el art. 24.3 *in fine* LPRL parece imponer también al empresario principal (léase Administración Local) un deber reforzado de garantizar, mediante el control directo y la exigencia a las otras empresas, que los trabajadores del contratista dispongan de los niveles de seguridad necesarios[14]. Se establece, por tanto, un deber general de vigilancia, dada su extensión objetiva (al abarcar el conjunto de las obligaciones preventivas) y subjetiva (referida a todas las empresas contratistas o subcontratistas).

Al tiempo, la Corporación Local no sólo está obligada, como todo empresario concurrente, a cumplir el conjunto de obligaciones legales de coordinación junto al resto de empresas, previstas en el art. 24 LPRL, sino que también debe asumir las más específicas actuaciones que concretan las siguientes disposiciones normativas:

En primer lugar, el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, en virtud del cual se desarrolla el tantas veces mencionado art. 24 LPRL[15], concretando las obligaciones de coordinación de la actividad preventiva de todos los empresarios intervinientes y otorgando protagonismo principal al coordinador de seguridad[16].

En segundo término, el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud en el sector de la construcción, de aplicación tanto a las obras privadas como --por lo que aquí interesa-- a las públicas[17], en las cuales se realicen cualesquiera de los trabajos de construcción o ingeniería civil, con la más significativa exclusión de las actividades extractivas a cielo abierto, subterráneas o por sondeo, que se regirán por su normativa propia[18]. Este Reglamento, ante la ingente variedad subjetiva de intervinientes en la construcción de la infraestructura (promotor, proyectista, contratista, subcontratista, responsable de contrato...),

---

[11] MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: "Art. 43. Responsabilidad empresarial", en AA.VV (GARCIA BLASCO, J. y MONEREO PEREZ, J.L., Dirs.): *Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social y normas concordantes*, Granada, 2006, pág. 558.

[12] SSTS, Social, 27 septiembre y 14 diciembre 1996 (RJ 6910 y 9464) y 3 marzo 1997 (RJ 2194).

[13] BLASCO MAYOR, A.: "Previsiones y carencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales frente al fenómeno de la externalización", *Actualidad Laboral*, núm. 5, 1996, pág. 8. Por extenso, GONZALEZ DIAZ, F.A.: "Alcance de la deuda de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de contratas y subcontratas", *Aranzadi Social*, 1999, Vol. II, págs. 2713 y ss. y *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, Madrid, 2002, pág. 89.

[14] MARTIN TOVAL, L.: "La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales", *Temas Laborales*, núm. 71, 2003, págs. 104 y ss. ó GARCIA PIQUERAS, M.: "Obligaciones y responsabilidades en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De la insuficiencia a la indeterminación", *Temas Laborales*, núm. 47, 1998, págs. 29 y ss.

[15] NAVARRO NIETO, F.: "La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas", *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2005, pág. 2144.

[16] MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, pág. 352.

[17] STSJ, Social, Murcia 9 febrero 2001 (JUR 116851).

[18] STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 11 enero 2005 (JUR 33425).

responde involucrando a todos ellos en el diseño de la prevención, primero, y en la ejecución y responsabilidad, después[19].

En tercer lugar –y como ordenación más específica—, merece una reflexión más detenida, la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (LSC), y su desarrollo reglamentario, operado por Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, que se extienden también a la edificación de infraestructuras públicas[20].

2.2.- Problemas especiales derivados de la subcontratación de infraestructuras públicas

No es nada infrecuente que el adjudicatario inicial del vínculo administrativo proceda a subcontratar parcelas de la obra pública incialmente asumida con otros empresarios, que, a su vez, harán lo propio con terceros, razón por la cual la Administración comitente queda también obligada a lo dispuesto en la LSC, no en vano su disposición adicional segunda determina que "lo establecido en la presente Ley se aplicará plenamente a las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, con las especialidades que se deriven de dicha Ley". Tal previsión ha de entenderse referida, como no puede ser de otra manera, a la actual LCSP[21].

2.2.1.- La permisividad de la Ley de Contratos

La descentralización de las contratas administrativas, incluidas las de obras públicas, no debe ser contemplada como un fenómeno patológico, sino como un mecanismo que redundará en el beneficio del fin perseguido con la adjudicación del contrato, a través de una mayor especialización empresarial[22]. Esta es la positiva idea de la que parte el art. 210 de la LCSP, que se encarga de aclarar que este fenómeno, en virtud del cual, el adjudicatario concierta con un tercero la realización parcial del contrato administrativo[23], implica únicamente que los subcontratistas quedarán obligados ante el contratista principal, siendo este último el que seguirá asumiendo la total responsabilidad de la ejecución del vínculo contractual frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y --cómo no-- a los términos del propio contrato (art. 210.4 LCSP)[24].

En la circunstancia de que el contratista inicial no es reemplazado de su posición respecto de la Administración reside precisamente la razón última por la que la legislación administrativa en esta materia se decanta por un criterio favorable hacia la posible materialización del fenómeno de la subcontratación en aras de la eficiencia de la propia contrata: no habiendo sustitución jurídica del adjudicatario, no se falsea la licitación, motivo por el cual los posibles recelos acerca de este instrumento ceden y, en su lugar, emergen razones a favor de su aplicación, atendiendo, sobre todo, a la propia complejidad del objeto del contrato público[25].

Con el fin de garantizar el buen fin del vínculo, la LCSP no se opone al recurso de la subcontratación; únicamente establece la necesidad de comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y –cómo no-- la identidad del subcontratista, justificando, al tiempo, suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia [art. 210.2 b) LCSP][26]. Cumpliendo tal exigencia, cabe inferir la existencia de dos

---

[19] LUJAN ALCARAZ, J.: "Las disposiciones mínimas de seguridad y salud laboral en las obras de construcción", *Aranzadi Social*, 2004, Tomo V, pág. 178.
[20] CALVO GALLEGO, F.J.: "La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción", *Temas Laborales*, núm. 87, 2006, págs. 13 y ss.
[21] TOLOSA TRIBIÑO, C.: "La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Valladolid, 2007, pág. 170.
[22] RIVERO LAMAS, J.: "*La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*", en AA.VV.: Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2000, pág. 33.
[23] MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, pág. 176.
[24] FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 513.
[25] GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Madrid, 1997, pág. 17
[26] TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Prontuario de seguridad en la edificación*, 2ª edición, Pamplona, 2008, págs. 541 y ss.

contratos perfectamente distintos: uno, de naturaleza pública, es decir, el del poder adjudicador con el agente adjudicatario, y, otro, de naturaleza privada, esto es, entre este último y un tercero[27].

Tal diferenciación obligacional, clara desde el punto de vista teórico, no siempre lo está tanto en la práctica, tal y como se tratará de demostrar en las páginas siguientes.

2.2.2.- Los requisitos exigidos por la Ley 32/2006

Para prevenir algunas de las múltiples causas que inciden en las altas tasas de siniestralidad del sector de la construcción, bien por las características de las empresas que intervienen, bien por la necesidad de capacitación de los trabajadores, o para reducir el elevado porcentaje de temporalidad en el empleo, que a su vez se traduce en una menor experiencia en el control del trabajo y de los riesgos, la Ley 32/2006 trata de establecer una serie de requisitos de calidad y solvencia a las entidades involucradas, reforzando obligaciones ya existentes como la exigencia de una organización preventiva adecuada, la formación de los trabajadores, que incluso ahora se amplía a los directivos, o estableciendo otras nuevas como, por ejemplo, el requerimiento de un porcentaje de empleados indefinidos en la plantilla de la empresa[28].

Con carácter general, las organizaciones empresariales que intervengan en el proceso de la subcontratación en el sector de la construcción (pública o privada), habrán de cumplir las siguientes condiciones (art. 4): 1) Poseer una organización productiva propia, con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada. 2) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial. 3) Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por los trabajadores en la obra y, en el caso de autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de quien les haya contratado. 4) Acreditar la disposición de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuenten con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la LPRL. 5) Estar inscritas en el Registro de Empresas acreditadas. 6) Contar con una plantilla indefinida en los siguientes porcentajes: el 10 por 100 durante los dieciocho primeros meses de vigencia de la Ley; el 20 por 100 durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto; el 30 por 100 a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive[29].

Este cúmulo de condiciones va dirigido a evitar que las empresas que intervengan en el proceso de construcción sean meras entidades aparentes, titulares de relaciones mercantiles o laborales, que sirvan de cobertura a verdaderas cesiones ilegales de trabajadores contrarias al contenido del art. 43 ET, capaces de provocar accidentes de trabajo. Se trata, pues, de establecer un medidor de responsabilidad de las empresas subcontratadas, que debería introducirse en todos los pliegos de obras elaborados por las Corporaciones Locales junto a la necesidad de acreditar capacidad y solvencia técnica en los términos exigidos en la LCSP[30]. No faltan, sin embargo, desafortunadas e infundadas opiniones en contra que consideran únicamente aplicable el elenco de requisitos previstos en el art. 4 LSC a "los contratos entre contratistas y subcontratistas derivados de un contrato de obras regulado por la Ley de Contratos del Sector público, (pero) no pueden exigirse como medios de acreditar la solvencia en los contratos que celebren las Administraciones Públicas"[31].

Con la misma finalidad de reducir la siniestralidad laboral, el régimen de la subcontratación en el sector de la construcción viene limitado del siguiente modo (art. 5): 1) El promotor podrá contratar directamente contratistas (personas físicas o jurídicas). 2) El contratista podrá contratar con empresas subcontratistas la ejecución de los trabajos contratados con el promotor. 3) El primer y el segundo subcontratistas podrán subcontratar la ejecución de los trabajos contratados con el contratista o con el primer subcontratista, respectivamente. 4) El tercer subcontratista no podrá subcontratar la

---

[27] FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, pág. 127.

[28] LANZADERA ARENCIBIA, E.: "La limitación de la subcontratación en el sector de la construcción: comentario sobre la Ley 32/2006, de 18 de octubre", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros),* núm. 288, 2007, págs. 45 y ss.

[29] GUTIERREZ ARRANZ, R.: "Comentario a la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción", *Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, núm. 4, 2007, págs. 2 y ss.

[30] MERCADER UGUINA, J.R. y NIETO ROJAS, P.: "La Ley reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2007, págs. 815 y ss.

[31] Informe número 62/06, de 26 de marzo de 2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

ejecución de los trabajos contratados con el segundo. 5) El trabajador autónomo no podrá subcontratar con empresas subcontratistas o con otros trabajadores autónomos. 6) Los subcontratistas primero y segundo no podrán subcontratar cuando su organización productiva puesta en uso en la infraestructura consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas (contratistas y subcontratistas). 7) En casos fortuitos debidamente justificados (exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra), a juicio de la dirección facultativa, excepcionalmente podrá extenderse la subcontratación a un cuarto nivel, debiendo hacer constar en el libro de subcontratación su aprobación previa y las causas de la misma. No cabrá esta excepción respecto a los trabajadores autónomos, ni incluso en el supuesto de que la organización productiva puesta en uso de la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, salvo caso de fuerza mayor. En todo caso, el contratista deberá poner la subcontratación excepcional en conocimiento del coordinador de seguridad y salud en la ejecución de la obra, de los representantes de los trabajadores de las distintas empresas ejecutivas y de la autoridad laboral competente en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a la aprobación[32].

Esta ordenación jurídica, brevemente expuesta, se completa con una regulación pormenorizada de los cuatro aspectos en los que la LSC llama al Reglamento: el registro de empresas acreditadas, el libro de subcontratación, las reglas de cómputo de los porcentajes de trabajadores indefinidos marcados y la simplificación documental de las obligaciones establecidas para las obras de construcción. El oportuno desarrollo de tales previsiones ha tenido lugar en virtud del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, cuya finalidad vuelve a ser la misma: minorar los elevados índices de accidentalidad obrantes en el sector de la edificación (por lo que aquí interesa, del sector público), derivados, entre otros factores, de la subcontratación de actividades.

A partir de esta norma reglamentaria, la inscripción en el registro de empresas acreditadas tiene como principal efecto permitir a las entidades empresariales intervenir en los procesos de subcontratación en la construcción como contratistas o subcontratistas (en este caso, en una obra promovida por la Administración Local). Asimismo, dicho registro, competencia de las Comunidades Autónomas, deberá cumplir una importante función de transparencia en relación con los operadores del sector. Es más, en el marco de las obras de construcción sujetas a la LCSP, la obligación de inscripción en este nuevo registro se suma –lógicamente-- a la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas a cargo de la Junta Consultiva de Contratación, dependiente del Ministerio de Hacienda, en los supuestos en los que sea preceptivo haber obtenido previamente la clasificación (o, en su caso, en los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas de las Comunidades Autónomas), así como a la inscripción voluntaria en los Registros de Licitadores que creen los diferentes órganos de contratación, además de la preceptiva en el Registro de Contratos del Sector Público (arts. 58, 72 y arts. 301 y ss.)[33].

2.3.- Responsabilidades

El diseño legal de todo el cúmulo de obligaciones impuestas por las diversas normas mencionadas (LPRL, Real Decreto 171/2004, Real Decreto 1627/1997 y, sobre todo, LCS y Real Decreto 1109/2007) a los distintos sujetos intervinientes en la construcción de la obra, empezando por el Ente público comitente, no ha conseguido, pese a su perfección técnica, evitar que este sector siga siendo el de mayor índice de morbilidad numérica[34], lo cual ha obligado a realizar un serio replanteo en la tutela de los intereses de los trabajadores[35], diseñando y manteniendo un efectivo sistema punitivo.

---

[32] SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción", en AA.VV (DE VAL TENA, A.L. y GARCIA BLASCO, J., Coords.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2007, págs. 39 y ss.

[33] CALVO GALLEGO, F.J.: "El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el sector de la Construcción", T*emas Laborales*, núm. 93, 2008, págs. 77 y ss.

[34] Por poner un ejemplo, en 2004 la construcción registró la cuarta parte de todos los accidentes en jornada de trabajo con baja (233,6 miles), casi tantos, en términos absolutos, como la industria (237,1 miles). MTAS: *Estadística de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, enero-diciembre, 2004.

[35] GARRIDO HERNANDEZ, A.: *La seguridad laboral en la construcción ¿una meta inalcanzable?*, Madrid, 2005,

2.3.1.- Responsabilidad administrativa. La regla de la solidaridad de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social

La complejidad técnica que lleva aparejada, por regla general, la actividad de la construcción de una obra pública, así como la pluralidad de agentes intervinientes, dificulta, en la mayoría de las ocasiones, la determinación no sólo de la causa directa del accidente sufrido por el trabajador, sino también de la persona o personas responsables del mismo[36], de ahí que la normativa preventiva adopte como punto de partida el principio de responsabilidad solidaria de todos los intervinientes. Así se deduce de lo previsto en los arts. 11.2 y 11.3 Real Decreto 1627/1997[37], en virtud de los cuales la imposición de la oportuna responsabilidad al empresario causante efectivo del daño puede extenderse solidariamente a todos los demás participantes, incluida lógicamente la Administración Local comitente[38]. En este mismo sentido se manifiesta el art. 42.3 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), conforme al cual la empresa principal (léase la Administración Local) responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas, siempre y cuando concurran los dos requisitos siguientes:

A) "Propia actividad"

La contrata o subcontrata ha de referirse a la realización de obras o servicios correspondientes a la "propia actividad" de la empresa comitente[39] (Corporación Local), concepto jurídico harto problemático, pues la frontera entre lo principal y lo accesorio no siempre resulta nítida ni mucho menos generalizable, máxime cuando las Administraciones públicas Locales no realizan una sola o preferente actividad sino una pluralidad de ellas, consecuencia a su vez de la multiplicidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia[40].

Procede aquí abrir un breve paréntesis para señalr que la alusión genérica a la "propia actividad" -- "*vexata quaestio*"[41], expresión ambigua en extremo, de difícil aprehensión y "sobre todo enormemente escurridiza"[42]-- dificulta en gran medida la determinación de las situaciones de hecho a partir de las cuales desencadenar todas las consecuencias previstas en la LPRL, buena muestra de lo cual viene dada por las inseguras e insatisfactorias conclusiones alcanzadas al respecto por la doctrina[43] y la

---

págs. 175 y ss.

[36] PARAMO MONTERO, P.: "*En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción*", *Relaciones Laborales*, 1997, Tomo II, pág. 505. Por extenso, DOLZ LAGO, M.J.: *Las imprudencias punibles en la construcción. Desde el arquitecto al albañil. Estudio jurisprudencial*, Granada, 1996.

[37] ORCARAY REVIRIEGO, J.J.: "*El encadenamiento de contratas y subcontratas. La responsabilidad solidaria de los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales*", *Revista General de Trabajo y Seguridad Social (Iustel)*, núm. 7, 2004, pág. 20.

[38] GARCIA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Pamplona, 2001, págs. 187-188.

[39] "La jurisprudencia reciente sigue un criterio funcional amplio e interpreta que es suficiente que la empresa subcontratista realice una actividad que pueda incluirse en el círculo de la actividad del concesionario o, dicho de otra manera, que ambos se encuentren inmersos en el mismo ámbito funcional de la normativa sectorial vigente". SSTSJ, Cont-Admtivo, Castilla y León/Burgos 14 febrero 1997 (RJ 1942). En el mismo sentido, SSTS, Social, 18 enero 1995 (Rec. 150/1994) y 24 noviembre 1998 (Rec. 517/1998) ó SSTSJ, Social, Aragón 18 abril 2002 (Rec. 884/2001) y País Vasco 18 octubre 2004 (Rec. 1292/2004).

[40] SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing,* Pamplona, 2003, pág. 203.

[41] RIVERO LAMAS, J.: "Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 41.

[42] CRUZ VILLALON, J.: "*Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas*", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992, pág. 21.

[43] Para un sector de la doctrina, "propia actividad" equivale a total igualdad de las actividades, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 31. Para otros es suficiente con la sustituibilidad, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La regulación protectora del trabajo en las contratas", *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972, pág. 37 ó MARTINEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, Madrid, 1980, pág. 6. No falta quien, sin embargo, identifica la expresión legal con el núcleo de la actividad empresarial, CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y

consiguiente necesidad de un recurso permanente a los pronunciamientos judiciales para poder encontrar un poco de luz en la materia[44]. Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de la conexión de las obras o servicios contratados con la finalidad productiva y las necesidades normales del comitente, puede considerarse "actividad propia" de las Administraciones Locales toda aquella realizada en el ejercicio de las competencias y atribuciones que la normativa les encomiendan expresamente, lo cual desencadenaría la responsabilidad de la Administración en cualquier supuesto. Excluidas las funciones públicas que impliquen ejercicio de autoridad, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que "su necesidad para los fines del servicio público" se justifique en el expediente administrativo, de modo que cualquier contrato de la Administración Local cumpliría el requisito señalado.

No parece, sin embargo, procedente entender que todo contrato administrativo, por el hecho de justificarse su necesidad para los fines de servicio público, se entienda incluido en el concepto "propia actividad" a efectos de imputación de responsabilidades laborales en materia preventiva a la Administración Local, pues dicha noción no puede identificarse con cualquier actividad contratada, aunque el expediente de contratación así lo declare por imperativo legal. Es necesario imponer, por tanto, una modulación del concepto acorde con la limitación objetiva que incorpora la norma social. La realización en régimen descentralizado de obras y servicios competencia de las Administraciones Locales debe perseguir la satisfacción del interés general, pero no todas las obras ni todos los servicios contratados se dirigen directa e inmediatamente a la satisfacción de ese interés público. Al igual que en el ámbito privado, existen servicios complementarios necesarios para el ejercicio de la función pública descentralizada, pero no "inherentes" a la misma, y obras contratadas cuya ejecución no constituye propiamente función o cometido específico de la Administración.

El criterio de la conexión con la finalidad pública de la actividad objeto de adjudicación debe ser completado, por ello, con otros, como el de la "sustitución" o el de la "proyección pública" del servicio contratado. A tenor del primero, cabría sostener que el objeto del vínculo administrativo se corresponde con la "propia actividad" de la Administración comitente cuando, de no haberse concertado su prestación indirecta, la propia Administración tendría que gestionarlo necesariamente por sí misma con su propio personal. De acuerdo con el segundo, el indicio de exteriorización productiva vendría dado por la existencia de servicio público con efectiva proyección o incidencia *ad extra*[45]. A la postre, el calificativo "inherente" a la Administración de un servicio contratado dependería del destinatario del mismo: de ser el ciudadano el usuario del servicio, la Administración habría descentralizado su "propia actividad" en el ejercicio regular de su función pública; de ser la propia Administración la destinataria, el servicio sería necesario para su funcionamiento pero accesorio o puramente instrumental para la satisfacción del interés general[46].

Este último es el parámetro que parece haber adoptado casuísticamente la doctrina de los Tribunales[47]. La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen a considerar cómo aquellas actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes Entidades administrativas formarían parte del concepto "propia actividad" y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente y contratista[48]. El criterio más utilizado

---

subcontratas", cit., págs. 130-131.

[44] Si bien es preciso recordar la inexistencia "*en la doctrina científica y en la jurisprudencia [de] criterios enteramente consolidados sobre el alcance preciso de este concepto*", MARTIN VALVERDE, A.: "La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho", en AA.VV (SANCHEZ PEGO, F.J., Dir.): *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratas de obras o servicios. Sucesión de empresas*, Madrid, 1994, pág. 119.

[45] CRUZ VILLALON, J. y RODRIGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: "*Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos*", *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, págs. 24 y ss.

[46] SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 204.

[47] GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "*Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas*", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 153 y ss. ó MARTIN JIMENEZ, R.: Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1999, págs. 705-710.

[48] PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *"El concepto de `propia actividad' empresarial*", en AA.VV.: Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, cit., pág. 168.

(inseguro a todas luces) viene siendo, por tanto, el de la pertenencia material al "ciclo productivo" pero con una versión marcadamente finalista, pues, como resulta impropio hablar de "ciclo productivo" en una Administración pública, se ha optado por considerar que efectivamente existe "propia actividad" cuando la obra o servicio contratado esté dirigido a la consecución de fines propios de la competencia de la Administración contratante, siempre y cuando beneficien a los cuidadanos[49].

Por poner algunos ejemplos capaces de manifestar que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la "propia actividad" de una Administración pública, cabe destacar cómo con tal fundamento se ha declarado que forma parte de este concepto "el servicio de retirada de vehículos mal aparcados"[50], "la ayuda a domicilio"[51], "la conservación y mantenimiento de parques naturales"[52], "la gestión de unas entidades deportivas"[53], "la limpieza y mantenimiento de los jardines públicos"[54], "ciertas tareas de vigilancia"[55], "el mantenimiento de una estación depuradora de aguas"[56], "la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico"[57], "la gestión del servicio de cuidado de minusválidos psíquicos profundos"[58], "la adjudicación administrativa de comedores escolares"[59], "la toma de datos para la informatización de un servicio"[60], "una actividad de restauración medioambiental"[61] o "el transporte sanitario ordinario por parte de un servicio autonómico de salud"[62]. Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del concepto aquí analizado "la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza"[63], "las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma"[64], "la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos"[65], "la limpieza de los entes docentes públicos de una ciudad"[66], "el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación"[67] o "la gestión de centros de día de titularidad municipal"[68].

La remisión al casuismo y la constante adaptación del referente, a través de su interpretación, al entorno social en que ha de aplicarse conjuga mal con la seguridad jurídica, valor que, ciertamente, resulta primordial en una disposición normativa como la LPRL y otras complementarias, donde se disciplinan importantes responsabilidades patrimoniales y donde interactúan distintos intereses (de los trabajadores, de la Administración, del adjudicatario, de los empresarios participantes...)[69]. En este terreno de incertidumbre se mueve, no obstante, la imputación de responsabilidad administrativa a los Entes públicos en los supuestos de accidentes laborales.

B) "Centro de trabajo"

El segundo condicionante exigido por la LISOS para que se ponga en marcha el mecanismo de la responsabilidad solidaria versa sobre la necesidad de que las actividades sean desarrolladas en el centro de trabajo de la empresa principal[70] (léase Administración Local), no en vano la responsabilidad

---

[49] RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*, cit., págs. 50 y ss.
[50] STSJ, Social, Andalucía/Málaga 24 diciembre 1999 (AS 4356).
[51] SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (TOL 236633, 235747, 236634, 235882, 236222 y 236640) ó 3 y 18 marzo 1997 (TOL 238147 y 237728).
[52] SSTSJ, Social, Canarias 24 abril 2003 (JUR 128636) y Aragón 12 junio 2003 (JUR 183838).
[53] STSJ, Social, Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167).
[54] SSTSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242 y 1805).
[55] STS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514).
[56] STSJ, Social, País Vasco 17 febrero 1998 (AS 759).
[57] STSJ, Social, Madrid 27 enero 1999 (AS 96).
[58] STSJ, Social, Canarias 12 enero 1998 (RJ 6216).
[59] STS, Social, 27 julio 1998 (RJ 6216).
[60] STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2002 (AS 1079).
[61] STS, Social, 14 junio 2005 (TOL 675689).
[62] SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre (RJ 2775, 4233 y 359050).
[63] STSJ, Social, Madrid 12 julio 1997 (AS 2632).
[64] STSJ, Social, Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 6948).
[65] SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).
[66] STSJ, Social, Cataluña 1 febrero y 1 abril 1997 (AS 712 y 1994).
[67] STS, Social, 29 octubre 1998 (AS 9049).
[68] STSJ, Social, País Vasco 28 septiembre 2010 (rec 1880/2010).
[69] MONTOYA MEDINA, D.: Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, cit., pág. 138.
[70] "*Esto responde al sentido propio de las normas de seguridad e higiene, que no es otro que garantizar un medio de trabajo adecuado para el desarrollo de la prestación, por ello quien es titular del lugar de trabajo debe*

viene referida a las obligaciones relativas a quienes trabajen en dicho centro (para los que lo hacen fuera del mismo únicamente se prevé la aplicación del art. 41.1 LPRL: cuando tales trabajadores empleen maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles otorgados por la empresa principal, ésta deberá proporcionarles la información sobre uso y manipulación de tales efectos puesta a disposición por los fabricantes, importadores y suministradores) y siempre y cuando la infracción haya tenido lugar en aquél[71].

La incidencia de las condiciones ambientales, propias del espacio común donde se desarrolla la prestación laboral, en las condiciones de seguridad y salud en que dicha prestación se lleva a cabo, ha justificado, no obstante, que el concepto de centro de trabajo no se interprete en el sentido técnico formal otorgado por el art. 1.5 ET sino en sentido material, esto es, equivalente a lugar de trabajo, tal y como se define en el art. 2 a) del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, en el art. 2 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, y en el art. 3 c) del Convenio núm. 55 OIT[72]. La razón de ser de esta interpretación estriba en la necesidad de garantizar una protección eficaz en aquellos ambientes de trabajo (al aire libre o actividades móviles, en paradigmático ejemplo) que no encajan en la noción de centro de trabajo proporcionada por el ET[73]. Se trata, en definitiva, de considerar centro de trabajo a efectos de obligaciones preventivas, no sólo los lugares técnicamente entendidos como tales, sino también todos aquellos donde se extiendan las obligaciones de seguridad por encontrarse bajo el control y supervisión del empresario (la Administración Local en el caso aquí analizado) y en los que se desarrolle la actividad laboral o, cuanto menos, den acceso al ejercicio de la misma[74].

Es más, la titularidad del centro de trabajo no debe interpretarse tampoco en un sentido literal y estrictamente dominical (como propietario del mismo), debiendo extenderse a todo sujeto que tenga el control del lugar de trabajo bajo cualquier título jurídico[75], de modo que "si la Administración tiene un derecho de exclusión o poder de decisión sobre el emplazamiento en cuestión que le permita autorizar o denegar las actividades allí ejecutadas por la empresa correspondiente a la que encomendó las tareas", procede entender que efectivamente concurre el requisito relativo al elemento locativo[76]. No obstante, no faltan algunos pronunciamientos judiciales en los que, en paradigmático ejemplo, no se considera centro de trabajo de la Administración un instituto público[77].

2.3.2.- Régimen particular de imputabilidad tras la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción y la exoneración del "promotor"- Administración.

Esta Ley opta, no por crear un régimen de responsabilidades propio, sino por incorporar nuevos ilícitos administrativos a los ya tipificados en materia de seguridad y salud laboral por la LISOS. Así,

---

garantizar en él las condiciones que el ordenamiento exige". STS, Cont-Admtivo, 24 julio 2001 (RJ 6783). Entre muchas, STS, Social, 22 julio 1994 (RJ 5525) y SSTSJ, Social, Cataluña 9 mayo 2003 (AS 3874) y 18 febrero 2004 (JUR 83216).

[71] STSJ, Social, País Vasco 14 febrero 1995 (AS 519).

[72] GARCIA NINET, J.I.: "Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia, 2000, págs. 277, 278 y 286 y "Coordinación de actividades empresariales: relaciones interempresariales, descentralización productiva (contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales (I y II)", *Tribuna Social*, núms. 96 y 97, 1999, págs. 5 y 6, respectivamente.

[73] MOLINER TAMBORERO, G.: "*La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales*", *Actualidad Laboral*, 1996, T. II, pág. 407; DIEZ GARCIA DE LA BORBOLLA, L.: "*Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras y servicios en materia de seguridad y salud en el trabajo. Consideraciones sobre el proyecto de Ley de Prevención de riesgos laborales*", *Actualidad Laboral*, núm. 30, 1995, pág 531; ALBESA VILLALTA, A.: "*La seguridad y salud laboral en las contratas y subcontratas de obras y servicios (obligaciones y responsabilidades)*", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 163, 1996, págs. 83-84 ó CABEZA PEREIRO, J.: "*Comentario al art. 24*", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada, 1998, pág. 135.

[74] SSTS, Social, 18 abril 1992 (Ar. 4849), 22 noviembre 2002 (Ar. 510) ó 26 mayo 2005 (*Relaciones Laborales*, núm. 21, 2005, pág. 81) y SSTSJ, Social, Castilla y León 30 septiembre 1997 (AS 3269) y Asturias 23 julio 1999 (AS 2217). En la doctrina, LOPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, 2003, pág. 140.

[75] PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Contratas y empresas de trabajo temporal: responsabilidades*, Valencia, 2006, pág. 21.

[76] STSJ, Social, Cantabria 16 junio 2004 (Ar. 2100).

[77] STSJ, Cont-Admtivo, Cataluña 3 julio 2006 (JUR 291446).

de conformidad con lo previsto en su art. 7, las empresas contratistas que intervengan en las obras de construcción deberán vigilar el cumplimiento del régimen de subcontratación por las empresas subcontratistas con las que contraten, de forma que el incumplimiento de tal régimen determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista incumplidor y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato que correspondan al subcontratista, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas, esto es, sin necesidad de que se cumpla aquí, en el seno de la Ley 32/2006, el requisito de la "propia actividad" anteriormente analizado[78].

Queda exonerado, pues, el promotor, condición que ostenta la Administración, atendiendo, de un lado, a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación, en virtud del cual se atribuye tal condición a "cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título", y, por otro, en el art. 3 a) de propia la Ley 32/2006, que alude igualmente con tal carácter "a cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra"[79].

A tenor de esta última Ley –permítase la reiteración--, la Administración queda eximida de responsabilidad, descentralice o no su propia actividad, siguiendo una consolidada línea jurisprudencial que ya venía considerando que el promotor carece de la condición de sujeto activo del incumplimiento de disposiciones preceptivas en materia de seguridad e higiene[80], argumentando que el promotor realiza una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del empresario constructor es fundamentalmente física y productiva[81]. El promotor es, según esta cuestionable interpretación, un sujeto ajeno a la condición de empresario principal en la cadena de subcontratas de la correspondiente obra, pues no realiza ninguna labor de construcción[82].

Esta parece ser la postura sobre la que se inspira la LSC, que ha optado por el contratista como último garante de las condiciones de trabajo y seguridad de los trabajadores en el sector de la construcción, dejando al margen al promotor-Administración. Con otras palabras, de conformidad con la LSC, la Administración no es el "empresario principal", ya que esta condición queda reservada expresamente para el contratista [art. 3.1 e)], e incluso se le considera ajena a la cadena de subcontratación, pues ésta comienza cuando la totalidad o parte de la obra ya asumida por el contratista por encargo de aquélla es subcontratada a un tercero [art. 3 i)][83].

Ahora bien, estas previsiones legales, introducidas por la Ley 32/2006, contradicen el diseño de las obligaciones y prerrogativas recogidas no sólo en el Real Decreto 1627/1997 (norma de inferior rango en la jerarquía normativa, razón por la cual quedaría automáticamente vacía de contenido en cuanto contraria a lo dispuesto en la norma superior), sino en otros preceptos de la propia LSC, pues ésta atribuye, de un lado, a la figura del coordinador, una vez designado por el promotor, la asunción de los deberes establecidos en el art. 24 LPRL, pudiendo paralizar los trabajos en caso de riesgo grave e inminente y asumiendo la denominada culpa in vigilando (art. 3), y, de otro, al director facultativo, a quien le encomienda el control y la supervisión de la obra proyectada y ejecutada (arts. 5 y 6). De este modo, aunque el promotor no participe como empresario constructor, nada le exonera del cumplimiento de la obligación de designar a su director facultativo, al coordinador en seguridad y salud y, lógicamente también en el marco de la LCSP, al responsable del contrato. Será mediante

---

[78] DE VAL TENA, A.L.: "La subcontratación en el sector de la construcción y la extensión de las responsabilidades empresariales: viejos y nuevos supuestos de responsabilidad", en AA.VV (DE VAL TENA, A.L. y GARCIA BLASCO, J, Coord.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2007, págs. 207 y ss.

[79] La guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción incluye a las Administraciones públicas que promuevan obra civil o edificación entre los promotores. http://www.mtas.es/insht/practice/G_obras.htm.

[80] SSTSJ, Social, Cataluña 21 junio 2004 (TOL 482307) ó Navarra 30 diciembre 2005 (AS 510). También, STSJ, Cont-Admtivo, 3 julio 2006 (JUR 291446).

[81] STS, Social, 20 julio 2005 (RJ 5595).

[82] SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Posibilidades descentralizadoras de promotor, contratistas y subcontratistas de la construcción tras la Ley 32/2006", *Aranzadi Social,* núm. 1, 2007, pág. 13.

[83] FERNANDEZ URRUTIA, A.: "Un intento de freno a la siniestralidad y a la precariedad laboral en las obras de construcción: la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y sus normas de desarrollo reglamentario y convencional", *Documentación Laboral*, núm. 80, 2007, pág. 127.

aquéllos a través de quienes llevará a la práctica la dirección y control de la ejecución de la infraestructura pública tal y como exige el art. 232.1 f) LCSP y dará efectividad a la política de coordinación en materia de prevención de riesgos prevista en el art. 24 LPRL[84].

En consecuencia con ello, el art. 2.8 LISOS contempla a los promotores dentro de la catalogación de sujetos responsables de las infracciones por los incumplimientos de las obligaciones de prevención de riesgos laborales y el art. 5.2 del mismo texto legal menciona a los promotores y propietarios de obra a la hora de definir qué se entiende por infracciones laborales en este ámbito[85], previsiones que, unidas a lo establecido en el art. 43.2 LISOS anteriormente analizado, han determinado, en paradigmático ejemplo, la atribución de responsabilidad solidaria a una Diputación respecto del accidente sufrido en unos trabajos de emergencia de estabilización de taludes, al no haber sido examinados previamente por el técnico de dicha Administración Local, dado que las fuertes lluvias precedentes habían afectado al terreno[86].

2.3.3.- La exclusión de responsabilidad prevista en los pliegos de condiciones

No es infrecuente, como crítica adicional, que en los pliegos de condiciones ("ley primordial del contrato" o "*lex inter partes*")[87] se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el contratista o los sucesivos subcontratistas de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Como con acierto se ha dicho, "la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración como ley primordial del contrato, resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego"[88].

El pliego de condiciones se conforma como receptor del acervo jurídico, económico y técnico al cual ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos[89] y, al ser conocido por la empresa al presentarse al concurso y aceptado de manera expresa en el momento de firmar la concesión, vinculará a las partes en cuanto a sus términos y alcance[90]. La autoexoneración de responsabilidad prevista en el mismo hace depender, no obstante, la aplicabilidad de normas imperativas, como son la LPRL y la LISOS, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirlas, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dichas disposiciones establecen un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración[91].

Siguiendo a la mejor doctrina, "estos pliegos carecen de sustancia normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato, que extraen su fuerza precisamente de su inclusión en el mismo por las partes contratantes"[92], razón por la cual "el carácter de *lex contractu* de los pliegos está en función de que no se vulneren preceptos de derecho necesario supraordenados a

---

[84] FAJARDO SPINOLA, L.: "Ejecución del contrato de concesión de obra pública", en AA.VV (GOMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 1228.

[85] MONTOYA MEDINA, D.: "Responsabilidad de las promotoras inmobiliarias y propia actividad empresarial", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 130, 2006, pág. 274.

[86] STSJ, Social, Comunidad Valenciana 15 mayo 2007 (AS 2268).

[87] STS, Cont-Admtivo, 4 octubre 1982 (RJ 6318).

[88] STS, Cont-Admtivo, 9 julio 1988 (RJ 5880).

[89] SSTSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262) y Cataluña 9 marzo 2001 (AS 1456).

[90] SSTS, Social, 7 noviembre 1991 (RJ 813) y 5 abril 1993 (RJ 2906). También, SSTSJ, Social, Madrid 10 junio 1998 (AS 2587), Cataluña 3 enero 2000 (AS 1657), Galicia 5 y 12 diciembre 2000 (AS 3972 y 3740), Canarias/Las Palmas 28 noviembre 2000 (JUR 2001, 119829) y 30 enero 2002 (AS 2236), País Vasco 23 noviembre 2002 (JUR 2003, 81739) y La Rioja 11 y 18 noviembre 2003 (JUR 2004, 100009 y AS 2004, 707).

[91] GARCIA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas*, Valencia, 1998, pág. 20 ó GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.: *Descentralización y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., págs. 158-159.

[92] GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 9ª edición, Madrid, 2005, pág. 680.

las partes"[93]. Tres argumentos avalan esta conclusión[94]: a) De conformidad con el art. 25 de la LCSP, las Administraciones públicas pueden concertar los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las normas y principios superiores del ordenamiento. b) La falta de impugnación en tiempo y forma convalida los posibles vicios de los pliegos, que adquieren, por ello, eficacia jurídica, pero esta regla no alcanza a los vicios de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso su denuncia no está sujeta a plazo preclusivo alguno[95]. c) El art. 2 del Convenio número 94 de la OIT, relativo a las cláusulas de trabajo de los contratos celebrados para la ejecución de obras y servicios públicos, garantiza a los trabajadores de los contratistas implicados en la contrata condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para trabajos idénticos en el ámbito privado, de donde cabe inferir la prohibición de derogación *in peius* del régimen tuitivo establecido en la normativa laboral, máxime si dicha derogación obedece a una decisión unilateral del comitente público.

Una prohibición expresa en la LCSP de la inclusión de este tipo de cláusulas exoneratorias en los pliegos evitaría, no obstante, muchos problemas planteados en la práctica.

2.4.- Imposición de sanciones a los Entes públicos: dificultades

La exigencia de responsabilidades a un órgano administrativo, en cuanto en ese sujeto concurren la posición de empresario principal y la cualidad de entidad que participa, en mayor o menor grado, de potestades públicas, tropieza con muchas dificultades que no se plantean en el ámbito privado, lo cual demanda la necesidad de articular ciertas especialidades procedimentales. Una de las peculiaridades de la aplicación de la LPRL a las Administraciones públicas (también a las Locales) viene constituida por la previsión en el art. 45.1 de un procedimiento sancionador especial que culmina, no con la imposición de sanciones pecuniarias, sino con la obligación de realizar otras medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos.

De acuerdo con el artículo 45 LPRL, las infracciones cometidas por la Administración en materia de seguridad y salud serían objeto de sanción económica, salvo "en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones públicas", donde la imputación de responsabilidad daría lugar a la imposición, por resolución de la autoridad competente, de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos. Abundando en ello, el artículo 42.4 LISOS afirma que la corrección de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales "en el ámbito de las Administraciones públicas" se sujetará al procedimiento y normas de desarrollo del artículo 45 LPRL (esto es, el Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, modificado posteriormente por el Real Decreto 464/2003, de 25 de abril).

La naturaleza del sujeto incumplidor determina un "régimen corrector" diferente del que se prevé para el infractor privado, debido a la dificultad en admitir la "autosanción" desde la perspectiva ontológica de la unidad del poder ejecutivo[96]. El trato especial otorgado a la Administración en materia preventiva, en virtud del cual no resultaría posible la imposición de sanciones distintas de la adopción de las oportunas medidas correctoras entre Entidades públicas, parece justificado por las dificultades de aplicación de sanciones económicas en este ámbito[97].

Pese a que la razón de esta peculiaridad no es difícil de imaginar (se trata de superar la doble dificultad, técnica y presupuestaria, que envuelve la imposición de multas por una autoridad administrativa a otra, no en vano quedaría conculcada la autonomía organizativa de las distintas Administraciones públicas y sus potestades anejas)[98], lo cierto es que tal interpretación no se ajusta a la realidad aquí analizada, pues el Real Decreto 707/2002, en virtud del cual se establece precisamente el procedimiento para la imposición de medidas correctoras ante los ilícitos administrativos cometidos por una Administración

---

[93] SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 7ª edición, Madrid, 2008, pág. 202, con gran apoyo jurisprudencial.

[94] SANTOR SALCEDO, H.: "*Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales*", cit., pág. 214.

[95] SSTS, Cont-Admtivo, 21 octubre 1981 (RJ 4614) y 4 noviembre 1997 (RJ 8158).

[96] MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: "Art. 42. Responsabilidad empresarial", en AA.VV (GARCIA BLASCO, J. y MONEREO PEREZ, J.L., Dir.): *Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social y normas concordantes,* Granada, 2006, pág. 558.

[97] LLANO SANCHEZ, M.: Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas, Madrid, 1999, pág. 353.

[98] CASAS BAAMONDE, M.E.: "Derecho Público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador", en AA.VV (CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LOPEZ, C. y VALDES DAL-RE, F., Coords.): *Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, 1997, págs. 176-177.

pública, excluye expresamente de su ámbito de aplicación la figura de los contratistas de obras públicas y concesionarios de servicios[99]. En efecto, a tenor de su art. 2.5 “no será de aplicación el presente Reglamento a los órganos de la Administración General del Estado cuando actúen en la condición de promotor de obras de construcción conforme al Real Decreto 1627/1997”[100]. Igualmente, en virtud del artículo 2.4, el procedimiento para la imposición de medidas correctoras (y no sanciones pecuniarias) "no es de aplicación (tampoco) a las cuestiones de prevención de riesgos laborales respecto del personal de los contratistas, subcontratistas de obras o servicios o concesionarios de cualquier índole que realicen su actividad en instalaciones de la Administración General del Estado o de sus organismos autónomos (o de `las restantes Administraciones públicas' --de conformidad con la disposición adicional segunda--), respecto de los cuales se aplicará el procedimiento ordinario".

Del tenor literal trascrito se deduce, pues, con claridad meridiana la inaplicación del régimen especial en los supuestos de construcción de una infraestructura pública, razón por la cual, en los casos de subcontratación de este tipo de contratos, la Administración responsable merecería la sanción normal: una multa pecuniaria. Aclarado este extremo, surge de inmediato una duda adicional atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2.4 *in fine* del mismo Real Decreto 707/2002 que a continuación se reproduce: "no obstante lo anterior, si de las actuaciones inspectoras realizadas o de la información previamente recabada se infiere que, de alguna forma puede resultar afectado el órgano administrativo correspondiente, como titular de las instalaciones o en virtud de las responsabilidades de coordinación a que hace referencia el art. 24 LPRL, se le pondrá en su conocimiento, tan pronto como sea posible, a los efectos que procedan".

Según la doctrina mayoritaria, parece que la intención del precepto cuando regula la puesta en conocimiento de la Administración "a los efectos que procedan" no puede referirse sino a la necesidad de adoptar medidas correctoras o, incluso, a la posibilidad de extinguir los contratos (o de rescatar las concesiones), pero en ningún caso supone la extensión de la responsabilidad sancionadora de naturaleza económica por la vía de la solidaridad desde el contratista o concesionario a la Administración"[101], lo cual viene a dejar vacía de contenido la aplicación del régimen general (el pago de una multa pecuniaria) cuando de la construcción de una obra pública se trata.

2.5.- Otras responsabilidades conexas: penal, patrimonial y por recargo de prestaciones de Seguridad Social

El entramado de la responsabilidad a asumir por la Administración Local no se ciñe a la administrativa, sino que se extiende a las siguientes piezas básicas:

1.- La responsabilidad penal es, con carácter general, personal, de modo que debe circunscribirse a las personas imputables según el Código Penal, sin que pueda, por una interpretación automática y meramente formalista, hacer responsables a las Administraciones Locales de lo previsto en los arts. 316 y 317 CP.

Procede abrir ahí un breve paréntesis para señalar cómo el Código Penal, al contemplar la posible responsabilidad por la comisión de un delito de riesgo o un delito contra la seguridad y salud laboral –incluidos en el título XIV, denominado “de los delitos contra los derechos de los trabajadores”--, establece una versión dolosa y otra culposa, diferencia que radica en el elemento subjetivo, pues el primero parte de la comisión voluntaria, intencionada o plenamente consciente de la infracción –no facilitar los medios de protección adecuados, aun conociendo la correspondiente obligación legal--, mientras que la segunda vertiente no nace de una intencionalidad propiamente dicha, sino de una imprudencia grave por parte del sujeto obligado[102], comportamiento que abarca la infracción de la normativa de prevención de riesgos y el resultado de peligro concreto y aquellos supuestos en que la improcedencia sólo se refiere a este resultado[103].

---

[99] MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: "Las `especialidades' de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales: ¿del buen uso de la lentitud?", *Relaciones Laborales*, 2002, T. II, págs. 1095 y ss.

[100] TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Prontuario sobre seguridad en la construcción*, Pamplona, 2003, pág. 319.

[101] TOLOSA TRIBIÑO, C., en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social*, Pamplona, 2003, págs. 445-446.

[102] Por extenso, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, 2006.

[103] STS, Penal, 26 junio 2000 (RJ 7920).

Para conocer los comportamientos concretos capaces de integrar el tipo, esta incompleta e indeterminada referencia habrá de entenderse hecha no sólo a la LPRL, sino también a todas las normas dictadas en la materia con independencia de su rango jerárquico[104]. No bastará, por tanto, cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque éste exige un adecuado nexo de causalidad entre la norma de seguridad infringida y la puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física. Ello envía a infracciones graves ("las más extremas y temerarias") de la normativa laboral que lleven consigo la creación de un severo peligro[105], consecuencia de la que se deduce que no cabe responsabilidad penal de la Administración Local por los incumplimientos más graves de los contratistas o subcontratistas, ni tampoco por sus propias infracciones porque nunca alcanzarán el índice de gravedad necesario.

2.- De la eventual responsabilidad patrimonial derivada de los daños y perjuicios causados a los trabajadores por el icumplimiento del contratista o subcontratista de sus obligaciones respectivas en materia de seguridad y salud, solamente será responsable la Adminmistración si se dan los requisitos para ello[106]. Semejante postulado general encuentra una manifestación muy especial en el art. 106 CE, el cual consagra el principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración por las agresiones que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, "siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos" [arts. 139 y ss. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (LRJAP), desarrollados por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, epicentro normativo de cualquier estudio sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración][107].

Sin necesidad de descender a mayores detalles, para la declaración de responsabilidad patrimonial es necesario que concurran dos requisitos sustanciales positivos, uno negativo y otro procedimental[108]:

- Los dos primeros son los siguientes: de un lado, que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar; de otro, que el daño sea imputable a una Administración Pública, que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, que las lesiones se produzcan como consecuencia directa del ejercicio ordinario del servicio, que la lesión obedezca a una anormalidad o no del funcionamiento del servicio público, que exista una situación de riesgo creado por la Administración en el ámbito de producción del resultado dañoso, o que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.
- El factor negativo consiste en que el daño no obedezca a fuerza mayor.
- El último elemento radica en que se formule la oportuna reclamación ante la Administración responsable en el plazo de un año, a contar desde la producción de la lesión.

No ofrece ninguna duda que la Administración Local no asumiría responsabilidad patrimonial en el caso de que se produjera un accidente en una obra pública pero no concurriera alguno de los requisitos anteriores. Pero todavía es más claro el hecho de que el art. 198 LCSP establezca un mecanismo de huida de la Ley 30/1992, contemplando el régimen general de la indemnización de daños prejucios ocasionados como consecuencia de la ejecución del contrato previsto en el art. 1902 CC, que exige culpa o negligencia. Dispone este precepto que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Sólo cuando dichos daños hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, será ésta responsable. Para la exigencia de responsabilidad, 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

---

[104] SSTS, Penal, 12 noviembre 1998 (RJ 7764) ó 26 julio 2000 (RJ 7920).

[105] ARROYO ZAPATERO, L.: M*anual de Derecho Penal del Trabajo*, Barcelona, 1998, pág. 91.

[106] JIMENEZ CISNEROS CID, F.J., *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico,*Madrid, 1987, pág. 270.

[107] LEGUINA VILLA, J.: "La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio", en AA.VV (LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., Dirs.) *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,* Madrid, 1993, pág. 404.

[108] Por extenso, LOPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E. y CARRILLO DONAIRE, J.A.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos,* Valladolid, 2005.

las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción[109].

3.- En fin, del recargo en materia de Seguridad Social (entre el 30 y 50 por 100 de las prestaciones por incapacidad temporal, incapacidad permanente, viudedad u orfandad) derivado de un accidente de trabajo en el cual se ha infringido la normativa preventiva, va a responder únicamente el empresario incumplidor (contratista o subcontratista), tal y como aclara el art. 123 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS). La responsabilidad en el pago del recargo es, pues, intransferible, al basarse en la idea de culpa, sin que entre en juego automáticamente ante un accidente laboral que lesione la vida o la integridad física del trabajador[110].

3.- LA UTILIZACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS Y EL PELIGRO DE CESIÓN ILEGAL

Como es de sobra conocido, la contratación de trabajdores para cederlos a otra empresa está prohibida de manera clara y rotunda por el art. 43 ET, pero, en muchos casos, es burlada en la práctica cuando se trata de Entes Públicos (singularmente las Entidades Locales), acudiendo al contrato administrativo de servicios, definido en la LCSP de una forma muy amplia, como aquél, cuyo "objeto sean prestaciones de hacer que tengan por destinatario directo a la entidad contratante, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro" (art. 10, con remisión al anexo II Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, en el cual se incluyen 27 supuestos redactados de forma excesivamente lata), siempre y cuando "los servicios no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos" (art. 277.1). El plazo máximo de vigencia de este contrato es de cuatro años (excepcionados en múltiples ocasiones) (art. 279)[111], siendo responsable el contratista respecto de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle, de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas de la ejecución (art. 281.2)[112].

La utilización de esta vía, perfectamente lícita en principio, en algunas ocasiones conlleva una clara cesión ilegal de mano de obra[113], pues el empresario prestatario se limita a proporcionar la fuerza de trabajo que realizará su actividad bajo la dependencia, organización y dirección de la Administración[114], es decir, se ciñe al "simple reclutamiento y cesión de personal"[115]. Esa falta de integración determina la existencia de una interposición ilícita, pues el empresario ficticio restringe su actividad al suministro de mano de obra al Ente Público sin ejercer su capacidad de planificación, disciplina y gestión, ni los derechos, obligaciones, riesgos, responsabilidades y poder de dirección que son inherentes a su condición de empleador[116]. De esta forma, el interpuesto es un "auténtico medio propio" de la propia

---

[109] BOCANEGRA SIERRA, R.: "La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas", *Documentación Administrativa,* núm. 327-328, 1994, pág. 206,

[110] GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo,* Madrid, 2004, págs. 194 y ss.

[111] Cabe prórroga por acuerdo de las partes por una duración no superior a seis años. No obstante, la celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente (art. 279.1 LCSP). Es más, los contratos que sean complementarios de contratos de obras o suministro podrán tener un plazo superior de vigencia que no excederá del plazo de duración del contrato principal (art. 279.2 LCSP).

[112] RODRIGUEZ CARDO, I.A.: "Criterios de deslinde entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo: historia de una tortuosa coexistencia", en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Vol. I, Madrid, 2009, pág. 255.

[113] TOSCANI GIMENEZ, D.: "El nuevo marco legal de los servicios de colocación y empleo. Especial referencia a las agencias privadas de empleo y empresas de trabajo temporal tras la reforma laboral de 2010", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 335, 2011, pág. 169.

[114] LLANO SANCHEZ, M.: Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas, Madrid, 1999, pág. 101.

[115] SSTS, Social, 9 febrero y 12 diciembre 1997 (Ar. 803), 14 septiembre 2001 (Ar. 202/582), 17 enero 2002 (Ar. 3755), 19 mayo 2004 (TOL 449745) y 11 mayo 2005 (TOL 657196).

[116] SSTS, Social, 19 enero 1994 (Ar. 352), 12 diciembre 1997 (Ar. 9315), 25 octubre 1999 (Ar. 8152), 29 enero 2004 (TOL 347152) y 29 abril 2005 (675614).

Administración[117], no existiendo dos voluntades independientes sino una mera relación "*in house providing*"[118], a través de la cual se contribuye al "mantenimiento de las políticas administrativas de precarización laboral", no en vano "existe una masa obrera flotante destinada a desempeñar las distintas ocupaciones públicas sin ninguna garantía de estabilidad"[119], previa existencia de un ente artificial de imputación jurídica[120].

Una valoración equilibrada de este tipo de prácticas exige tomar como punto de partida lo previsto en el art. 43 ET, en virtud del cual se prohíbe literalmente un comportamiento objetivo, una determinada conducta descrita en términos fácticos, es decir, toda situación ficticia, por medio de la cual aparezca como empleador formal quien no es el efectivo empleador que organiza y recibe el servicio ejecutado por el trabajador.

Tal hipótesis da lugar, además, a responsabilidades diversas para los empresarios infractores, el cedente y la propia Administración, al tiempo que, para los trabajadores, genera derechos adicionales que minimizan los efectos perjudiciales del tráfico ilícito. En cuanto a las responsabilidades empresariales, el art. 43.2 ET hace responsables solidarios a ambos empresarios de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social. En cuanto a los derechos de los trabajadores sometidos al tráfico prohibido, el art. 43.3 ET les otorga el de adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria, una vez transcurrido un plazo igual al legal o convencionalmente previsto como período de prueba[121]. Por su parte, el art. 104 LGSS declara a ambos, cedente y cesionario, responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar, y el art. 127.2 LGSS prevé la responsabilidad solidaria entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso y no lucrativo[122].

La dicción de dos de estos preceptos (el art. 43.3 ET y el art. 127.2 LGSS), pese a su aparente contradicción, no plantea serios problemas interpretativos. Mientras el art. 127.2 *in fine* se refiere específicamente a las responsabilidades prestacionales, el art. 43.2 comprende todas las responsabilidades en materia de Seguridad Social, por lo que aquél es una reiteración de lo que éste establece o una simple especificación[123]. Así, las obligaciones frente a las que responden solidariamente cedente y cesionario (Administración *in casu)* son todas las contraídas con los trabajadores (salarial, indemnizatoria, de readmisión...) y con la Seguridad Social (pago de cotizaciones, de prestaciones...) adquiridas durante la vigencia de la cesión ilegal, no las anteriores ni posteriores a aquélla. La razón de esta amplitud se halla, sin duda alguna, en su carácter de respuesta frente a la actuación contraria a la Ley tanto del prestamista como del receptor, así como en la intención de proteger de la forma más completa posible al trabajador, cuyos derechos laborales --y de Seguridad Social-- son los que pueden verse más directamente afectados por la actuación de aquéllos. Es más, en muchos casos, muy probablemente, el cedente es una empresa ficticia, sin patrimonio propio y muchas veces insolvente, razón por la cual los trabajadores, en la práctica, sólo van a poder ser resarcidos por la Administración, si bien aquéllos deberán dirigir la reclamación judicial contra ambos para evitar la alegación de la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario[124].

---

[117] "Lo cual no es admisible: si la Administración matriz va a pagar íntegramente todo el coste del nuevo personal necesario para realizar la actividad, no se comprende por qué razón no lo hace directamente. O peor aún: sí se comprende; se comprende que lo hace para huir de las normas de selección de funcionarios o de contratación de personal por la Administración...". REBOLLO PUIG, M.: "Los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995, págs. 392-393.

[118] SSTJCE 107/98, de 18 de noviembre de 1999, asunto *Teckal* ó 94/99, de 7 de diciembre de 2000, asunto *Arge*. Por extenso, DELVOLVE, P.: "Marchés publics: les crières des `contrats-maison'", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 1, 2002, pág. 56.

[119] AMOEDO SOUTO, C.A.: "La precarización laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas mediante la utilización de `medios propios'. El caso de Tragsa", *Aunario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pág. 983.

[120] NAVARRO NIETO, F.: "Descentralización productiva y relaciones laborales", *Documentación Laboral*, núm. 71, 2004, pág. 47.

[121] SSTS, Social, 12 diciembre 1997 (Ar. 9315), 3 febrero 2000 (Ar. 1600), 27 diciembre 2002 (Ar. 1844) ó 16 junio 2003 (Ar. 7092). En idéntido sentido, STSJ, Social, Madrid 5 marzo 1998 (Ar. 787).

[122] STS, Social, 14 septiembre 2001 (RJ 582).

[123] BLASCO PELLICER, A.: *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Pamplona, 2005, pág. 62.

[124] GALA DURAN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, 1999, pág. 465.

Singular mención merece, por su carácter sumamente ilustrativo, aquel pronunciamiento judicial, en virtud de la cual no se califica como cesión ilegal la prestación de servicios de tres técnicos informáticos, contratados por una tercera empresa a favor de un Ayuntamiento. Argumenta el órgano juzgador lo siguiente: "del conjunto de indicios que nos ofrece la relación concreta de prestación de servicios que nos ocupa no se desprenden elementos suficientes como para entender que existe una auténtica relación jurídico laboral, pues faltan las notas de la dependencia y la ajenidad consustanciales a la relación laboral; así, no consta que los tres técnicos informáticos al servicio de la Corporación demandada se dedicaran a llevar a cabo la actividad administrativa ordinaria de la misma, sino que desempeñaban funciones especializadas de instalación, puesta en funcionamiento y aplicación de los sistemas informáticos utilizados para el desarrollo de la actividad propia de aquélla (justificación técnica del recurso a la empresa suministradora y autonomía de su objeto); tampoco ha quedado acreditado que estuvieran sometidos al ámbito de organización y dirección del Ayuntamiento (no recibían órdenes e instrucciones del personal directivo de éste a la hora de desarrollar la actividad, no existía jornada ni horario de trabajo mínimamente regulares), ni que tuvieran garantizada una retribución fija y periódica sino cobros condicionados a la efectiva realización de sus funciones (que, además, compatibilizaban con los que a su vez percibían de otros clientes por la prestación de servicios similares); el hecho de que los tres técnicos desarrollaran su actividad profesional principalmente para el Ayuntamiento demandado y en sus instalaciones, amén de ser una condición esencial para la prestación de sus servicios especializados, no deja de ser un indicio neutro e irrelevante a la hora de calificar la relación jurídica"[125].

Pese a tal calificación judicial, en muchas ocasiones la empresa suministradora de mano de obra, aun actuando como interpuesta, carece de entidad real, de modo que, como ha reconocido la jurisprudencia, "mal cabría optar por adquirir la condición de trabajador en una empresa que no existe"[126]. En este caso, el operario podría pasar a ocupar una plaza en propiedad en dicha Administración, pero sin someterse a los procedimientos de selección establecidos[127], razón por la cual la doctrina jurisdiccional se ha visto obligada a hacer una forzada interpretación con el fin de no permitir tal consecuencia[128], ejerciendo una auténtica labor pretoriana capaz de dotar de coherencia al exiguo régimen legal[129]. A tal fin, cuando una empresa privada preste irregularmente a alguno de sus trabajadores a un empleador de naturaleza pública procede entender corregida y adaptada la letra del precepto comentado (art. 43 ET), reconociendo la posibilidad de que, si el interesado lo elige, adquiera la condición de empleado público, pero sólo hasta tanto la plaza se cubra en forma reglamentaria y con carácter definitivo en el centro administrativo correspondiente[130], pasando a ocupar la categoría de trabajadores indefinidos no fijos[131].

No es descartable tampoco, a la postre, que el trabajador afectado fuera ya indefinido en la empresa prestataria a través de la cual se procedió a la cesión ilegal a la Administración, de forma que la aplicación de esa doctrina matizada, negando el reconocimiento de la condición de fijo en la Administración, supone un retroceso de lo ya reconocido al trabajador afectado en la empresa cedente,

---

[125] STSJ, Social, Canarias/Las Palmas 15 noviembre 2006 (JUR 68563).
[126] STS, Social, 17 enero 1991 (Ar. 58).
[127] ANTONIO ALTES, J.: La contratación temporal en la Administración Pública, Valencia, 1984, pág. 107.
[128] GARATE CASTRO, J.: "Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social de la descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la `propia actividad' (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las Administraciones Públicas)", en AA.VV (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004, pág. 158.
[129] MONTOYA MARTIN, E.: *Las empresas públicas sometidas a Derecho Privado*, Madrid, 1996, pág. 965.
[130] SSTS, Social, 27 mayo, 12 junio, 22 septiembre y 5, 13 y 22 octubre 1998 (Ar. 3159, 5203, 7423, 8659, 7809 y 8875), 19 y 26 enero y 13 y 18 octubre 1999 (Ar. 810, 1105, 7493 y 8147), 19 junio y 17 septiembre 2002 (Ar. 10677 y 10649), 6 mayo y 11 noviembre 2003 (ILJ 1063 y 2056), 26 julio 2004 (ILJ 923), 19 mayo 2005 (TOL 668428) ó SSTSJ, Social, Madrid 18 junio 1998 y 8 junio 2001 (Ar. 2595 y JUR 259592), País Vasco 18 septiembre 2001 (Ar. 4003), Madrid 21 abril 2003 (ILJ 1406), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 5 junio 2003 (ILJ 1086), Extremadura 2 abril 2003 (ILJ 1227), Castilla-La Mancha 14 marzo 2003 y 19 febrero 2004 (ILJ 91578 y 670), Asturias 20 febrero 2004 (ILJ 777), Cantabria 17 mayo 2004 (*Actualidad Laboral*, núm. 21, 2004, pág. 2621 y ss.) y Valencia 8 abril 2005 (TOL 672337). En la doctrina, BOLTAINA BOSCH, X.: "Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública", *Aranzadi Social*, T.V, 2002, págs. 529 y ss.
[131] Por solo hacer referencia a algunos de los últimos pronunciamientos judiciales, cabe hacer mención a las SSTSJ, Social, Canarias/Las Palmas 12 diciembre 2005 y 28 febrero 2007 (AS 2006, 607 y 1690), Cantabria 15 abril 2009 (AS 2099), Madrid 19 mayo 2009 (AS 1869), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 28 mayo 2008 (AS 1898) y 26 mayo 2009 (AS 1852), Castilla y León/Burgos 4 junio 2009 (AS 2218) Canarias/Las Palmas 29 junio 2009 (AS 2450) ó Madrid 11 septiembre 2009 (JUR 479227).

pues la calificación judicial de "indefinido no fijo de plantilla" no es identificable, ni equiparable, con la condición de indefinido en el empleador ordinario, sino más perjudicial. En este sentido, la opción judicialmente reconocida a favor del operario se convertiría, sorprendentemente, en una alternativa en su contra, y la tutela judicial en una auténtica trampa y una norma premial para la Administración[132], pero el obligado respeto de los principios de mérito y capacidad impiden llegar a una conclusión distinta.

Conviene aclarar también que las condiciones de trabajo del trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración como consecuencia de una cesión ilegal seguirán siendo reguladas por el convenio colectivo que en el momento del traspaso fuera de aplicación en la empresa correspondiente[133], pero sólo hasta la expiración de su vigencia o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resulte de aplicación en la entidad cedente[134].

La frecuencia con la que, en la práctica, se producen estas situaciones de cesión ilegal en el sector público ha motivado una serie de recomendaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas en la moción núm. 827[135], la cual ha dado lugar a la Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en la que se acuerda instar a las Administraciones Públicas a:

1.- Instrumentar los mecanismos necesarios para que la contratación de servicios externos, para ejercer competencias que la Administración tiene atribuidas, se circunscriba exclusivamente a supuestos en los que se encuentre debidamente justificada.

2.- Que, a través del diálogo social en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, se determinen los servicios y funciones que pueden ser objeto de externalización por parte de aquéllas, con el fin de evitar el eventual recurso a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales, cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal, relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate.

3.- Que por los órganos directivos de la función pública se sigan valorando todas las circunstancias concurrentes en las solicitudes de modificación de puestos de trabajo, de manera que se garantice que cualquier incremento de efectivos se haga con fundamento en estudios precisos que acrediten la necesidad y oportunidad de dicha ampliación, y que para evitar incrementos de personal se incurra en contratos que encubran una cesión ilegal de mano de obra.

4.- Que en los pliegos de prescripciones técnicas, así como en los de cláusulas administrativas particulares, de los contratos de servicios, y de los que se celebren, en su caso, con empresas de trabajo temporal, se determinen con la mayor precisión posible, las prestaciones a realizar y se incremente la vigilancia de estos aspectos por parte del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General del Estado en su labor de fiscalización y supervisión previa, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las citadas empresas. Con la misma finalidad, debería cuidarse también que su ejecución no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de ejecución y de sus prórrogas.

5.- Que, de acuerdo a los respectivos ámbitos de competencias, se dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos contratados con aquéllas, de manera que quede clarificada la relación entre los respectivos gestores de la Administración con el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral (ejercicio del poder de dirección mediante órdenes), sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos.

6.- Que la cobertura de puestos de trabajo con carácter indefinido, como consecuencia de posibles irregularidades en la contratación y de las consiguientes sentencias, no sea considerada en ningún caso una adscripción definitiva al puesto de trabajo, sino que desemboque, conforme contempla la disposición adicional 15ª ET, en la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, en su

---

[132] ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OLBIOL, S.: "De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores", *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003, pág. 175.
[133] SSTS, Social, 15 diciembre 1998 (Ar. 1011) ó 12 enero 2005 (Ar. 1499).
[134] SSTS, Social, 22 marzo y 11 octubre 2002 (Ar. 5994 y 10682).
[135] RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los Art. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores, cit., págs. 55 y ss.

amortización o en la provisión con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicación, en función de las necesidades de la Administración.

7.- Que en caso de incumplimiento de la normativa vigente, se delimiten y exijan las responsabilidades procedentes.

4.- LA INTERMEDIACIÓN LÍCITA DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: LÍMITES

4.1.- Antecedentes

La disposición adicional 5ª LCSP prohibía, antes de la reforma operada por la Ley 35/2010, la celebración de "contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precisara la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos"[136]. Se intentaba evitar –aunque se dejaba abierto un amplio marco de escape-- que la Administración se sirviera de una vía de reclutamiento de personal laboral caracterizada por la inestabilidad e inseguridad, pues, como con acierto se ha dicho, "el concepto que mejor describe el impacto de las empresas de trabajo temporal en las relaciones laborales es el de opacidad (escasa claridad respecto al empleador competente, las condiciones de trabajo o la duración de la relación, un reparto poco nítido de obligaciones y responsabilidades entre los dos empresarios..., pues hay una división de funciones que confunden al trabajador)"[137].

Sin pretender descender al detalle de los problemas planteados por el diseño actual del régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, únicamente cabe poner de manifiesto, en el contexto de este análisis, cómo las citadas empresas aparecen reguladas en la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), como única excepción (dejando a salvo las previsiones establecidas en las normas reguladoras de relaciones laborales especiales, señaladamente la de los deportistas profesionales y la de los estibadores portuarios, esta última en verdad muy próxima en su concepto a estas especiales empresas) a la tradicional prohibición de cesión de trabajadores prevista en el art. 43 ET[138].

Así pues, subsistente el veto de las actividades de tráfico ilícito de mano de obra --cuya vulneración acarrea las consecuencias de solidaridad de la responsabilidad y de reconocimiento de un derecho de opción al trabajador afectado entre adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria--, el legislador reconoce, en un ejercicio de realismo, la legalidad de la cesión efectuada en los términos establecidos en la Ley 14/1994[139]. Definida la empresa de trabajo temporal por su art. 1

---

[136] APILLUELO MARTIN, M.: "*Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública*", QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "*Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*" ó SERRANO OLIVARES, R.: "*Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo*", todos en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000, págs. 448 y ss., 889 y ss. y 967 y ss., respectivamente; MOLINER TAMBORERO, G.: "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, págs. 103 y ss. ó FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, págs. 193 y ss.

[137] OJEDA AVILES, A. y GORRELLI HERNANDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, 2006, pág. 98.

[138] RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo", en AA.VV. (VALDES DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, Mª.E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, pág. 342 y ss. y *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia, 1994, págs. 43 y ss.; GARCIA FERNANDEZ, M.: "Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1994, pág. 525; MERCADER UGUINA, J.R.: "La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas", *RTSS*, núm. 14, 1994, pág. 37; RAMOS MORCILLO, M.J.: "El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal", *RTL*, núm. 68, 1996, pág. 292 ó GALA DURAN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998, págs. 16 y ss.

[139] PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F.: "Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de

como "aquélla cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados" --siempre y cuando la empresa aparezca debidamente autorizada[140]--, el resultado no es sino la "ruptura del sinalagma funcional"[141], al faltar la coincidencia entre la figura del empresario (empresa de trabajo temporal) y el receptor de los servicios del trabajador (empresa cliente --en este caso, la Administración--), con el consiguiente quebranto a la presunción establecida en el art. 8.1 ET, según el cual "se presumirá existente [el contrato de trabajo] entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél".

La forma jurídica de trabajar que la empresa de trabajo temporal instrumenta no sólo pone en paréntesis la radical unidad y unicidad de la relación obligatoria a la que da vida el vínculo laboral, sino que quiebra también la propia noción del nexo contractual celebrado entre un trabajador y un empresario como fuente exclusiva de derechos y obligaciones. La empresa de trabajo temporal, que es a la que corresponde la condición formal de empresario, ni ejerce la integridad de los poderes derivados de esta titularidad ni soporta en régimen de monopolio las responsabilidades laborales; aquéllos se distribuyen entre ambas por razón de la materia y estas otras o bien se reparten entre las dos con idénticos criterios materiales o bien dan lugar a fórmulas de co-responsabilidad[142]. La quiebra tiene lugar, pues, a partir de la superación de la bilateralidad como elemento de vital importancia "para la caracterización estructural del contrato de trabajo"[143] y la construcción de una estructura tripolar, trilateral o triangular[144] --no mera mediación[145]--, en la cual quien dirige la prestación no coincide con quien la retribuye, provocando una singular manifestación de la dependencia, pues el círculo rector al que aparece subordinado el trabajador viene dado por un empresario --relacionado con el "empleador" propiamente dicho a través de un contrato de naturaleza civil, mercantil o administrativo, denominado de puesta a disposición[146]-- con quien no existe vínculo laboral alguno, sino una relación innominada.

En este marco, la prohibición impuesta por la disposición adicional 5ª de la LCSP a la posibilidad de que los Entes públicos utilizaran de manera general los servicios de una empresa de trabajo temporal no sólo merecía una valoración positiva por cuanto contribuía a no aumentar las tasas de precariedad laboral, sino también porque trataba de evitar una posible vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público. Salta a la vista de inmediato que, a través de una empresa de trabajo temporal, la Administración se podría servir de personas previamente reclutadas sin tener en cuenta los parámetros de mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE. En efecto, la empresa usuaria (Ente público --en este caso--) en aras de una mayor eficacia no seleccionaría directamente al personal temporal cedido; su intervención quedaría ceñida únicamente a decidir cuál

---

los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra", en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, págs. 106 y ss.; GARCIA FERNANDEZ, M.: "La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal" (I), *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1996, pág. 1 ó VALDES DAL-RE, F.: "Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición", en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García,* Madrid, 1995, págs. 87 y ss.

[140] VALDES DAL-RE, F.: "*Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I)*", *RL*, núm. 1, 1995, págs. 3 y ss.

[141] GALA DURAN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998, págs. 14-15.

[142] VALDES DAL-RE, F.: "La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo", en AA.VV (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, pág. 38.

[143] RIVERO LAMAS, J.: "Tipificación y estructura del contrato de trabajo", *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV, 1972, págs. 157 y 160.

[144] OLMO GASCON, A.M.: "Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal", *Actualidad Laboral*, núm. 46, 1996, pág. 881; ALBIOL MONTESINOS, I.: "Las empresas de trabajo temporal", *Tribuna Social*, núm. 43, 1994, págs. 118 y 121; PEREZ YAÑEZ, R.: "El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998, págs. 18-19; DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F.: "La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada", *Relaciones Laborales*, 1996, T. II, pág. 120; SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994, pág. 27 ó GALA DURAN, C.: "Supuestos y consecuencias de la utilización `inadecuada' de las empresas de trabajo temporal", *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1998, pág. 43.

[145] RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Las empresas de trabajo temporal en España*, cit., pág. 48.

[146] SANCHEZ PEGO, F.J.: "La realización interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición", *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995, pág. 87.

será la concreta empresa de trabajo temporal con la cual se iba a suscribir el contrato de puesta a disposición. Más tarde, la escogida sería quien propusiera, con criterios propios, al trabajador más acorde con la plaza a cubrir, sin que en tal determinación procediera --obviamente-- respetar los mentados principios, aplicándose, por el contrario, íntegramente el Derecho del Trabajo. En consecuencia, si el cedido iba a realizar una labor en favor de la Administración sin haberse sometido a los criterios del art. 103.3 CE, se estaba admitiendo "que, o bien algunos servicios públicos no eran tales, o para prestar algunos no hacía falta seguir el procedimiento reglado de reclutamiento, bastando acudir, por tanto, a otros cualesquiera empresarios privados"[147].

Pese al acierto de la mentada prohibición, era criticable, no obstante, la delimitación del ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta de la LCSP (hoy derogada) cuando permitía utilizar, si bien de manera excepcional, los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal, "con carácter eventual", para la "realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos", pues si bien estaba claro cuanto cabía entender por "encuestas" y "toma de datos", no lo estaba tanto la determinación de cuáles eran los trabajos "de naturaleza análoga" a los anteriores, no en vano parecía hacer referencia a actividades de soporte administrativo de configuración excesivamente laxa[148]. Por si fuera poco, y siendo deplorable el punto de arranque, no lo era menos el desarrollo posterior de la contratación de trabajadores a través de una ETT, permitida por la disposición adicional 5ª de la LCSP, pues la "realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos" eran las actividades (demasiado amplias) a cubrir también por la vía laboral ordinaria: contratos para obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. La única limitación al efecto prevista era su duración (también harto arbitraria), no en vano finalizarían, no cuando concluyera la tarea (de aplicación sólo en las empresas privadas), sino cuando expirara el término fijado en el negocio de puesta a disposición, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga y sin que en ningún caso (como límite improrrogable) la duración máxima pediera superar los seis meses.

La extinción *ex lege* de los contratos celebrados con la empresa de trabajo temporal, al vencimiento de su plazo inicial, sin admisión de prórroga alguna (ni siquiera hasta alcanzar los seis meses), llevaba necesariamente a preguntarse por la situación de los trabajadores cedidos que realizan las tareas cuando éstas quedaban sin finalizar y concluía el término. Con ello se abría un nuevo punto de incertidumbre acerca de la calificación jurídica de este tipo de variantes en presencia, así como sobre el cauce legal para hacer viable la conclusión de los cometidos en curso, sin que necesariamente fuera menester suscribir un nuevo contrato de servicios a partir del cual se siga la cesión del mismo (u otro) trabajador para idéntica Administración[149]. La cuestión todavía se complicaba más por un tenor legal claro en su consecuencia de provocar la cesación en su prestación a todos los efectos, sin posibilidad alguna de continuación. Así, el segundo párrafo de la disposición adicional 5ª de la LCSP intentaba eliminar, impidiendo la aplicación del art. 7.2 LETT, la consecuencia de la indefinición para aquellos supuestos en los cuales el contratado a través de una empresa de trabajo temporal seguía prestando servicios en la empresa usuaria más allá del máximo establecido. El motivo para apoyar esta opción legal enlazaba con la inviabilidad de que, a partir de irregularidades formales o de infracciones cometidas por las Administraciones, los empleados de la empresa de trabajo temporal pudieran llegar a consolidarse en los puestos de trabajo como fijos[150].

---

[147] APILLUELO MARTIN, M.: "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", cit., pág. 488. En el mismo sentido, MOLINER TAMBORERO, G.: "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, pág. 103.

[148] QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", cit., pág. 889. No es infrecuente la intervención de una empresa de trabajo temporal para la realización de encuestas anuales por el INE o para la cobertura de tareas de soporte administrativo en el período de matriculación de estudios en centros escolares o universitarios. SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 967.

[149] QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "*Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*", cit., pág. 889.

[150] AA.VV (GARCIA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1088.

Ahora bien, pese a lo categórico de la afirmación, tal proceder excluía expresamente la operatividad de uno de los preceptos del ordenamiento social que constituyen un mecanismo de garantía y de protección de los cedidos. Al tiempo, dicha previsión normativa parecía no ser --en el sentir de algunos autores-- ajustada a Derecho, pues las consecuencias jurídico-laborales de una contratación temporal irregular no podían ser suprimidas de un plumazo por el legislador administrativo, máxime cuando la excepción a la aplicación de lo previsto en el art. 7.2 LETT, sobre la consolidación mentada, aparecía formulada de manera significativamente restrictiva e insegura, no en vano únicamente quedaba referida a quienes "realizaran las actividades que constituyeran el objeto del contrato". De esta forma, si dichos trabajadores llevaban a cabo tareas distintas no quedaban incluidos en el ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta aquí analizada, pudiendo, en su caso, llegar a consolidar su posición como personal al servicio de la Administración usuaria. Insistiendo sobre esta idea, algunos autores interpretaban que la previsión transcrita "no podía enervar la aplicación del art. 7.2 LETT, en tanto en cuanto una Ley cuyo objeto era la regulación de las relaciones de carácter mercantil o civil entre Entes públicos y sujetos privados no podía afectar a los laborales destinados por el contratante a la ejecución de su objeto, o, en otros términos, no debía entrar a ordenar el vínculo *de facto* entablado entre cualquiera de aquéllos y el o los trabajadores en misión al servicio de la empresa de trabajo temporal, no en vano la situación quedaba referida a un vínculo disciplinado por una ley social específica"[151].

De esta manera, y atendiendo a una interpretación lógica, procedía señalar cómo debía resultar de aplicación efectiva el abundantemente citado art. 7.2 LETT tanto para cuantos cedidos realizaran tareas constitutivas del objeto pactado como para aquellos otros encargados de desarrollar funciones distintas, debiendo considerar que quienes a la finalización del plazo de puesta a disposición continuaran prestando servicios en la Entidad pública correspondiente pasarían a estar vinculados a la misma por un contrato indefinido. Tal efecto resultaba perfectamente adecuado a la línea jurisprudencial imperante en materia de irregularidades en la contratación temporal en el ámbito de los organismos públicos (actualmente recogida en el art. 11 EBEP), la cual viene a reconocer únicamente el carácter de indefinidos, y no así de fijos de plantilla, a los afectados, a fin de no contrariar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las tareas de interés general, con una doble consecuencia: por una parte, la Administración estaría obligada a cubrir la plaza a través de los procedimientos de selección reglamentarios, en cuyo caso concurriría una causa lícita para la extinción del contrato del trabajador; por otra, el empleado habría de participar y superar las oportunas pruebas si quisiera adquirir la condición de fijo.

Con todo, tal interpretación no estaba exenta de críticas, pues estos nuevos laborales "indefinidos" integrarían una categoría *ad hoc* de individuos al servicio de la Administración, "que, por haber accedido a través de criterios de selección privados, hubieron obtenido posición laboral subjetiva casi idéntica a la que hubieran conseguido en una empresa privada"[152], sometida, no obstante, a una gran inseguridad, pues, en manos de la Administración quedaba la consolidación de la plaza ocupada a través de la vía de reclutamiento legítima que corresponde y la extinción del vínculo laboral anterior, sin, por el momento, necesidad de ningún tipo de indemnización económica[153].

4.2.- La reforma del mercado de trabajo de 2010

En este contexto de incertidumbre, la promulgación del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, planteó nuevas dudas, pues introdujo una disposición adicional 4ª en la Ley 14/1994 con el siguiente tenor: “a partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes a la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción de lo establecido en la disposición adicional segunda de esta Ley (referida a actividades peligrosas). A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”.

---

[151] SERRANO OLIVARES, R.: "*Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo*", cit., pág. 967.

[152] APILLUELO MARTIN, M.: "Algunas reflexiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", cit., pág. 492.

[153] FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Sevilla, 2006, pág. 240.

No quedaba claro, en consecuencia, si tal previsión iba a implicar la posibilidad de que las Administraciones Públicas pudieran acudir a las empresas de trabajo temporal sin las restricciones hasta ese momento existentes, pues no se derogaba de manera expresa la disposición adicional 5ª LCSP. Ello provocó importantes dudas, dando lugar a interpretaciones radicalmente diferentes de sus efectos, de ahí que en su tramitación parlamentaria el texto trascrito sufriera importantes modificaciones[154].

Menos ambigua se manifiesta, al final, la Ley 35/2010, en virtud de la cual se introduce una nueva disposición adicional 4ª en la LETT con el fin evitar una posible contradicción del régimen jurídico preexistente con las directrices del Derecho Comunitario relativas a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, interpretadas en sentido amplio por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea[155]. Tres objetivos se desprenden del tenor literal de la nueva regulación:

1.- Derogar, a partir –en nuevo plazo-- del 1 de abril de 2011, la disposición adicional 5ª LCSP. Ello responde a la necesidad de transposición de la Directiva 2008/104, de 19 de noviembre[156].

2.- Establecer por el Gobierno, previa negociación en la Mesa General, los criterios de aplicación de las limitaciones o prohibiciones referidas a "razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos". Se trata de establecer unas pautas comunes o unos parámetros homogéneos a seguir en aras a evitar conflictos internos a la hora de proceder a la contratación de personal por parte de las Administraciones.

Si a la llegada de la fecha prevista, el 1 de abril, no se hubiera producido, como así ha sucedido, la fijación de los criterios funcionales de aplicación previstos, podrán suscribirse contratos de puesta a disposición con las Administraciones Públicas respetando los límites previstos en la disposición adicional cuarta LETT[157].

3.- Vetar la suscripción de contratos de puesta a disposición entre Administraciones Públicas y empresas de trabajo temporal para realizar tareas que, por norma de rango legal, están reservadas a funcionarios públicos (sean de carrera, de empleo o interinos). Ello obliga a abrir un breve paréntesis para recordar que la opción constitucional por el régimen funcionarial (arts. 103.3 y 149.1.18ª CE) conduce –como lógica consecuencia-- a que deba ser la Ley la encargada de determinar los casos y condiciones bajo las cuales pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio que nunca pueden afectar al ejercicio del *ius imperium* por parte de los Entes públicos. Como antecedente, la Ley 23/1998, de 28 de julio, modificando la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), aceptó de modo acrítico la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional[158], a partir de la cual el modelo ha de descansar sobre el régimen funcionarial, y procedió a enumerar (con una grave falta de sistemática) los supuestos en los cuales las tareas de interés general podían ser realizadas por sujetos distintos de los funcionarios[159]: puestos no permanentes y fijos discontinuos; los propios de oficios, vigilancia, custodia, porteo o análogos; los de carácter instrumental correspondientes a mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social; los vinculados a expresión artística y a los servicios sociales y de protección de menores; cuantos requieran conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos con

---

[154] CALVO GALLEGO, F.J. y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal", *Relaciones Laborales,* núm. 21-22, 2010, pág. 188.

[155] SSTJCE 35/70, de 17 de diciembre de 1970, asunto *Manpower*; 232/84, de 3 de octubre de 1985, asunto *Tordeur* y otros ó 202/97, de 10 de febrero de 2000, asunto *Fitzwiliam Technical Services.*

[156] CARRERO DOMINGUEZ, C. y BLASCO DE LUNA, F.J.: "Ley 35/2010. de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal", en AA.VV (GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *La reforma del mercado de trabajo*, Valladolid, 2010, pág. 328.

[157] PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas", *La Ley,* núm. 7588, 2011, pág. 3.

[158] STCo 99/1987, de 11 de junio, manifestando la necesidad de que la Ley establezca los puestos en los cuales, por su especial naturaleza, se reservan a los funcionarios públicos y cuantos, excepcionalmente, pueden ser ocupados por personal sin dicha condición.

[159] SAINZ MORENO, F.: "El Estatuto de la Función Pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y de la Ley 23/1988", Revista de Administración Pública, núm. 117, 1988, págs. 356 y ss. En la doctrina judicial, por todas, STS, Cont-Admtivo, 11 octubre 2005 (RJ 7268).

preparación específica; los de tareas auxiliares, instrumentales y de apoyo administrativo; y, en fin, los de trámite, colaboración y auxilio administrativo en el extranjero (art. 15)[160].

Ahora, el EBEP se encarga de aclarar que están reservadas a funcionarios aquéllas plazas caracterizadas por el desarrollo de "funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca" (art. 9.2), en referencia tanto a las leyes estatales como autonómicas, a las que habrá que atenerse a la hora de de determinar el recurso a las ETTs por parte de las Administraciones Autonómicas[161]. Hasta el momento, sólo dos leyes de Comunidad Autónoma han sido promulgadas en desarrollo del EBEP: En primer lugar, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat Valenciana de Ordenación y Gestión de la Función Pública, cuyo art. 37 reitera lo previsto en el EBEP, determinando que "con carácter general, los puestos de trabajo se clasificarán de naturaleza funcionarial y, en todo caso, aquellos cuyo desempeño implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales" (art. 37), teniendo únicamente naturaleza laboral "aquellos que impliquen el ejercicio de un oficio concreto" (art. 38), en los que podrán intermediar las ETTs. En segundo término, la Ley 4/2011, de 15 de marzo, de Empleo Público de Castilla La Mancha, es mucho más detallista, al establecer, de un lado, las exactas funciones que corresponden a cada uno de los cuerpos de funcionarios (art. 27 y ss.), y, de otro, los puestos que pueden ser desempeñadas por personal laboral, que coinciden prácticamente con los establecidos en su día por la LMRFP, con alguna variación: a) aquellos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; b) aquellos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los que conlleven tareas de vigilancia, recepción, información, custodia, proteo, reproducción de documentos, conducción de vehículos y otros análogos; c) los de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos, instalaciones o vías públicas; d) los correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de personal funcionario cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; e) los que se reserven de forma exclusiva a las personas que accedan por el sistema específico de personas con discapacidad.

Sea como fuere, ante la vaguedad de la definición estatutaria, a concretar en modelo variable por las distintas leyes de desarrollo del EBEP, hubiera sido más conveniente no hablar de tareas sino de cuerpos específicos de funcionarios[162]. Ninguna referencia se hace, por otra parte, al personal estatutario regulado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, lo cual ha llevado a algún sector de la doctrina a entender que no ha quedado vedada la utilización de las empresas de trabajo temporal en ese marco, si bien por motivos de seguridad y salud es clara su limitación cuando estemos en presencia de radiaciones ionizantes, agentes cancerígenos o biológicos, en los términos de la nueva disposición adicional 2ª[163].

Es más, haciendo una interpretación estricta de la disposición adicional 4ª LETT, se podría decir que las Administraciones Públicas no podrían contratar con empresas de trabajo temporal el desarrollo no sólo de funciones atribuidas a funcionarios, sino tampoco las correspondientes a aquellas vacantes de carácter laboral recogidas en las relaciones de puestos de trabajo, concebidas estas últimas como instrumentos de ordenación y clasificación del personal, en los cuales se precisan los requisitos para el desempeño de cada plaza, así como sus características retributivas (art. 74 EBEP)[164]. No cabe duda que la cobertura de dichas plazas de laborales debe producirse mediante una contratación directa de la Administración, prescripción que deriva del art. 11 EBEP, el cual define al personal laboral al servicio de las Entidades públicas como aquel "que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral, presta servicios

---

[160] IZQUIERDO HERNANDEZ, F.J. y MOLINA GARCIA, M.: *La laboralización de los funcionarios públicos*, Valencia, 1996, págs. 13 y ss.

[161] PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas", *La Ley,* núm. 7588, 2011, pág. 3.

[162] GARCIA ROMERO, B.: "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", en AA.VV (CAVAS MARTINEZ, F. y LUJAN ALCARAZ, J., Coords.): *Guía práctica de la reforma laboral de 2010,* Murcia, 2010, pág. 263.

[163] CALDERON PASTOR, F.J.: "Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo", *Información Laboral. Jurisprudencia,* núm. 8, 2010, pág. 18.

[164] PEREZ GOMEZ, J.M.: Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones Públicas, Granada, 1997, pág. 99.

retribuidos por las Administraciones"[165]. Tampoco se podría recurrir a una empresa de trabajo temporal cuando se trate de contrataciones derivadas de subvenciones, vengan del ámbito europeo, estatal o autonómico, cuya finalidad sea el reclutamiento de trabajadores subrepresentados o con especiales problemas de integración. De este modo, sólo en casos de necesidades temporales de mano de obra donde no acaezcan las circunstancias mencionadas, las Administraciones podrían celebrar contratos de puesta a disposición[166].

Ahora bien, esta tesis tan restrictiva parece contradecir el espíritu de la reforma, que no es otro que lograr la liberalización del campo de actuación de las empresas de trabajo temporal en el sector público siguiendo la estela de la normativa europea. De este modo, procede entender que todos los sujetos incluidos en el art. 3 LCSP (Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y, por lo que aquí interesa, Entidades que integran la Administración Local; entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social; organismos autónomos; Universidades públicas; entidades de Derecho Público, que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas –art. 3--)[167] pueden recurrir de forma libre a las empresas de trabajo temporal, con los únicos límites funcionales que la Ley establezca, siempre que no pretendan cubrir plazas reservadas a funcionarios.

Otra cosa es la crítica que cabe hacer a esta liberalización, pues el ataque frontal a los principios de mérito y capacidad no puede ser más claro. El hecho de que el acceso al empleo público por la vía del recurso a las ETTs implica que los trabajadores cedidos, aunque no adscritos como directamente contratados por la Administración, se equiparan en cuanto a condiciones de trabajo con el personal laboral de la misma, pero con el privilegio de que su reclutamiento se ha llevado a cabo obviando el cumplimiento material de los principios constitucionales señalados (art. 23.2 CE y art. 55 EBEP) y del procedimiento legalmente exigible: publicidad de la convocatoria y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los mismos, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones y tareas a desarrollar, y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección[168].

Como peligro adicional, la derogación a partir del 1 de abril de 2011 de la disposición adicional 5ª LCSP supondrá no sólo la desapariciдón de los límites materiales y temporales del vínculo hasta ahora existentes, sino también el final de la prohibición que en el pasado impedía la aplicación en este ámbito del art. 7.2 LETT, y, en consecuencia, la consideración como indefinido no fijo del trabajador cedido[169]. Aun cuando es consolidada la doctrina del Tribunal Supremo[170], que, desde el año 2006 y poniendo fin a un largo debate, ha venido a confirmar que el uso indebido de las ETTs –ya sea por acudir a ellas fuera de los supuestos permitidos en el art. 6 LETT, ya sea por utilizarlas en los supuestos prohibidos del art. 8 LETT-- constituye un supuesto de cesión ilegal, sujeto al régimen jurídico del art. 43 ET ya conocido, lo cierto es que la LETT no hace referencia expresa al derecho del trabajador a elegir la condición de indefinido en cualquier de las dos empresas (indefinido no fijo si opta por la Administración), limitándose a establecer el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre ambas respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, incluida la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo[171], obligando, por tanto, al trabajador

---

[165] RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Art. 11. Personal laboral", en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público,* 2ª edición, Pamplona, 2009, págs. 120 y ss.

[166] CARRERO DOMINGUEZ, C. y BLASCO DE LUNA, F.J.: "Ley 35/2010. de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal", cit., pág. 331.

[167] GIMENO FELIU, J.M.: "El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras", *Revista de Administración Pública,* núm. 176, 2008, págs. 9 y ss.

[168] LAZARO, J.L.: "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios", en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público,* , La Ley, Madrid, 2008, pág. 677.

[169] GARCIA RUBIO, M.A. y LOPEZ BALAGUER, M.: "Prohibiciones en la celebración del contrato de puesta a disposición tras la Ley 35/2010", cit., pág. 31.

[170] SSTS, Social, 4 julio 2006 (rec. 1077/2005), 3 noviembre 2008 (rec. 1889/2007) y 19 febrero 2009 (rec. 2748/2007).

[171] GARCIA RUBIO, M.A. y LOPEZ BALAGUER, M.: "Prohibiciones en la celebración del contrato de puesta a disposición tras la Ley 35/2010", cit., pág. 32.

cedido irregularmente a favor de la Administración a interponer la oportuna demanda judicial (art. 16.3 LETT). No hubiera sobrado, pues, una reiteración de lo previsto en el art. 43 ET dentro de la propia LETT.

5.- TRANSMISIÓN DE LA CONTRATA O CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

La circunstancia de que en la contratación administrativa opera una delegación de facultades desde la Administración al empresario contratista, cuyo objeto es precisamente una actividad de interés general, y la necesidad de que en dicho adjudicatario concurran las cualidades y condiciones fijadas previamente, son datos que justifican la importancia atribuida al principio de personalidad de la concesión y la habilitación de potestades suficientes en favor de la Administración concedente para que controle, no sólo el cumplimiento de las condiciones previstas, sino que efectivamente sea el propio sujeto seleccionado por ésta quien asuma la prestación de la actividad pública. La identidad del contratista o concesionario es, pues, una cuestión de máxima importancia para la entidad administrativa, no en vano "a ésta no le resulta indiferente quién es el titular de la adjudicación"[172].

Ahora bien, los extensos plazos de duración de las contratas y concesiones administrativas hacen que sea muy probable, casi seguro, que se produzcan a lo largo de aquéllas múltiples incidencias que pueden afectar a la identidad del sujeto que, como contratista o concesionario, está obligado a cumplir los deberes inherentes al vínculo administrativo. En muchas ocasiones esa traslación de las obligaciones del adjudicatario a un tercero puede llevar a la sustitución íntegra del mismo por otro sujeto, tras la oportuna cesión del nexo contractual público. Tal circunstancia no supone sólo un cambio jurídico empresarial de la titularidad de la prestación de servicios públicos de necesario conocimiento y autorización por parte de la Administración, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la condición de los trabajadores que prestaban su esfuerzo productivo a favor del antiguo adjudicatario (art. 44 ET)[173].

5.1.- El principio de continuidad en la prestación del servicio público

Con el objetivo último de dar cumplimiento al consolidado principio de continuidad en la contrata o concesión administrativa[174], caracterizado por el hecho de que el titular de la misma no puede interrumpir ni suspender el servicio público concedido salvo caso de fuerza mayor, la LCSP establece la oportuna "subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente" (art. 209.3), siempre y cuando concurran los siguientes requisitos: a) que el órgano de contratación hubiera aprobado "expresamente y con carácter previo" la cesión de la concesión [art. 209.2 a)]; b) que el cedente tenga ejecutado al menos el 20 por 100 del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicios públicos, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato [art. 209.2 b)]; c) que el cesionario no sólo tenga capacidad para contratar con la Administración y cuente con la solvencia exigible, debiendo estar debidamente clasificado si ello fuera pertinente, sino también que no esté incurso en ninguna causa de prohibición o inhabilitación para contratar [art. 209.2 c)]; d) que la cesión se formalice en escritura pública [art. 209.2 d)].

Cumplidas tales exigencias, la autorización de la transmisión del vínculo administrativo a un tercero no puede conllevar sino, como lógica consecuencia, que "ante la Administración, los usuarios y cualquier ajeno, el cesionario adquiera la condición de concesionario"[175]. La relación concesional preexistente se extingue por causa de la cesión, quedando el cedente desvinculado de la gestión del servicio y concluyendo su relación jurídica con la Administración concedente, no en vano la empresa adjudicataria

---

[172]MESTRE DELGADO, J.F.: “Las formas de prestación de los servicios públicos laborales. En particular, la concesión”, en AA.VV (MUÑOZ MACHADO, S., Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, 2ª edición, Madrid, 2003, pág. 1492.

[173] RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores, cit., págs. 21 y ss.

[174] REBOLLO RICO, A.: "Derechos y obligaciones del concesionario", en AA.VV (MENENDEZ MENENDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2003, pág. 215.

[175] MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, pág. 163.

ha traspasado a un tercero su relación contractual con la Administración, relación que subsistirá ahora entre el Ente público y el cesionario[176].

5.2.- Requisitos para la subrogación empresarial desde el punto de vista de la legislación social

A esta misma conclusión debería de llegarse si aplicáramos el ordenamiento jurídico-laboral, pues, en principio, parecería lógico que este sector del ordenamiento, en virtud de su carácter marcadamente tuitivo, apostara por garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de adjudicatario, no en vano el "principio de continuidad de las relaciones laborales más allá de las vicisitudes que pueda experimentar la titularidad de la empresa" debería constituir un principio consolidado del *Ius Laborum*[177].

Ahora bien, el tenor literal vigente incorporado al art. 44 ET, antes de adoptar este criterio de la subrogación empresarial con carácter general, es sumamente claro al condicionar la aplicación de dicho mecanismo al cumplimiento de una serie de condicionantes de difícil materialización en muchos supuestos de cesión de un contrato administrativo a un tercero. Es más, en aquellas circunstancias en las cuales sea preceptiva la aplicación del principio de la sucesión de adjudicatarios con el obligado respeto de los derechos de los trabajadores transmitidos por cumplirse los requisitos previstos en el art. 44 ET, van a surgir de inmediato dudas de difícil solución con el exiguo marco normativo vigente en la actualidad; una insuficiencia que lleva a exigir la oportuna intervención legislativa tendente a aclarar un panorama que ha ido encontrando únicamente solución a través de los pronunciamientos judiciales.

La asunción por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores contratados por éste, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empresarios una transmisión "de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma" (art. 44.1 ET). Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido "afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria" (art. 44.2 ET)[178].

Teniendo en cuenta los presupuestos objetivos indicados, para que el fenómeno de la transmisión de empresa vaya acompañado del efecto subrogatorio, es necesario que tenga lugar una efectiva cesión de "partes individualizadas" de la entidad empresarial, "siempre que conserven su identidad"[179] y "lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado"[180], esto es, que, en el caso aquí analizado, quede garantizada la eficiencia de la contrata o concesión frente a los usuarios. Si el objeto de la transmisión no encaja en esta descripción legal, la subrogación empresarial devendría inviable en cuanto pretendiera sustentarse en la normativa laboral de referencia[181].

Es sumamente importante que la unidad productiva a transmitir al nuevo adjudicatario constituya un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotados de la suficiente autonomía funcional[182] o

---

[176] FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 512.

[177] La intención tutelar de la estabilidad en el empleo ha sido reconocida tradicionalmente en los pronunciamientos de los Tribunales; entre otras, ya clásicas, SSTS, Social, 27 marzo y 19 diciembre 1980 (Ar. 1543 y 4956), 15 mayo 1981 (Ar. 2252), 15 marzo y 17 junio 1983 (Ar. 1155 y 3017), 18 julio 1986 (Ar. 4238), 26 enero, 3 y 9 marzo, 9 julio y 6 octubre 1987 (Ar. 292, 1321, 1355, 5123 y 6834), 25 febrero y 12 julio 1988 (Ar. 948 y 5098), 30 septiembre y 15 diciembre 1997 (Ar. 7185 y 9180) y 15 diciembre 1998 (Ar. 437/1999) ó SSTSJ, Social, País Vasco 13 mayo 1991 (Ar. 1022) y La Rioja 24 febrero 1992 (Ar. 862).

[178] GARATE CASTRO, J.: "Descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas", *Actualidad Laboral*, 2004, Tomo I, pág. 1053.

[179] SSTS, Social, 5 abril y 30 diciembre 1993 (Ar. 2906 y 10078), 20 enero y 19 octubre 1996 (Ar. 115 y 7778), 10 diciembre 1997 (Ar. 736) ó 29 abril y 8 junio 1998 (Ar. 3879 y 6693). También, SSTSJ, Social, Murcia 27 septiembre 1999 (Ar. 3087) y Castilla y León/Valladolid 15 julio 1999 (Ar. 3762).

[180] STS, Social, 27 octubre 1994 (Ar. 8531).

[181] RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, págs. 153 y ss.

[182] MOLINA NAVARRETE, C.: "El problema de la identificación del concepto de `unidad productiva autónoma' ex art. 44 ET: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos", Temas Laborales, núm. 32, 1994, págs. 53-55.

individualidad[183], quedando excluidos supuestos de transferencia de elementos materiales o instrumentales aislados, sin sustantividad propia. En consecuencia, y como prolongación de la autonomía, la transmisión ha de permitir la continuidad de la actividad empresarial, esto es, la permanencia de ésta como unidad organizativa de producción que configura la identidad del objeto transmitido[184].

Desde tal perspectiva, es cuestionable la concurrencia de esta exigencia en casi todos los supuestos de transmisión a tercero de una contrata o concesión administrativa[185], pues aun cuando la cesión lleva *per se* aparejada la entrega de la infraestructura pertinente, en realidad "no se transmite la organización empresarial básica para la explotación del servicio, lo cual... es condición necesaria para la actuación del artículo 44 ET"[186]. Efectivamente, la sucesión de concesionarios en la mera actividad objeto del contrato administrativo no es subsumible, en principio, en el supuesto contemplado en el art. 44 ET, no en vano el cambio de titularidad en la concesión administrativa no suele ir acompañado por la traslación de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva[187] o, en palabras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, "requiere la transferencia de toda una serie de elementos organizativos que la dotan de individualidad"[188]. La doctrina jurisprudencial más clásica ha venido estableciendo con claridad cómo en estos supuestos de sucesión de contratas o concesiones administrativas no hay efectiva transmisión de empresas, sino extinción de una contrata y comienzo de otra jurídicamente distinta, aunque su objeto sea el mismo[189]. Cabe afirmar, por ende, cómo no tiene lugar la subrogación del nuevo concesionario respecto de los trabajadores del anterior, pues no se produce la efectiva transmisión patrimonial requerida por el artículo 44 ET, a no ser --como lógica excepción-- que dicha subrogación venga impuesta por el pliego de condiciones o por el convenio colectivo aplicable[190] (tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, en el art. 23 del IV convenio colectivo general del sector de la construcción 2007-2011 para los trabajadores empleados en contratas de mantenimiento de carreteras o vías férreas)[191].

Con todo, esta tesis restrictiva debería ser matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión y no centrando su atención solamente en la concepción de empresa-organización, de conformidad con la cual "dicha entidad [económica organizada] si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una organización común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción"[192], debiendo ser asumida la plantilla por la empresa adquirente en aquellos sectores en los

---

[183] Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 3/1999, de 30 de junio, 33/2002, de 23 de octubre ó 58/2009, de 26 de febrero de 2010.

[184] RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L.: "El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española", *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2000, págs. 13 y ss.

[185] CAMPS RUIZ, L.M.: "Constitución de filiales y estatuto del personal aplicable a los trabajadores al servicio de un grupo de sociedades", *Poder Judicial*, núm. 16, 1989, págs. 230-231.

[186] STS, Social, 22 abril 1997 (RJ 3581). En el mismo sentido, SSTS, Social, 5 abril 1993 (RJ 2906), 23 febrero y 14 diciembre 1994 (RJ 1227 y 10093), 9 febrero 1995 (RJ 789), 27 y 29 diciembre 1997 (RJ 9639 y 9641), 31 marzo y 29 abril 1998 (RJ 4575 y 3879), 26 abril y 1 diciembre 1999 (RJ 4532 y RJ 2000, 516) ó 11 abril, 22 mayo y 10 julio 2000 (RJ 3946, 4624 y 8295).

[187] ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002, págs. 241 y ss.

[188] Informe 58/09, de 26 de febrero de 2010,

[189] Entre muchas, SSTS, Social, 6 febrero 1997 (RJ 999) y 21 octubre 1998 (RJ 9299).

[190] ALVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsorucing*, Pamplona, 2003, pág. 270. En la doctrina judicial, entre muchas, SSTS, Social, 1 diciembre 1999 (RJ 516) y 25 febrero 2000 (RJ 4624).

[191] BOE núm. 197, de 27 de agosto de 2007.

[192] SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Sánchez Hidalgo y otros*; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Hernández Vidal y otros*; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto *Oy Liikenne Ab*; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto *Temco,* 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros* y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto *Güney-*

cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra[193]. A tenor de esta novedosa doctrina, podría llegarse a la conclusión de que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían *per se* un complejo orgánico --una unidad productiva en sentido funcional y técnico-- encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio *ex lege* del que se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como una unidad productiva"[194]. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea considera, por ejemplo, que la aplicación del principio de transmisión de empresas "a los supuestos de cambio de titular en la explotación de una concesión administrativa de transporte público no podía entenderse como un obstáculo a la competencia entre empresas…, pues los operadores conservan su margen de maniobra para hacer jugar la competencia entre ellos"[195]. No obstante esta tesis, el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en pronunciamientos más recientes procede a matizar el contenido fundamental de la misma, entendiendo que la ampliación del radio de acción normativa de las garantías de la transmisión de empresa ante un contrato administrativo más allá de la aplicación de la Directiva 2001/23 podría llegar a ser considerada restrictiva de la libre competencia[196].

Cierto es, por lo demás, que la interpretación extensiva primeramente esbozada por el Tribunal Comunitario ha empezando a ser asumida por algunos Tribunales Superiores de Justicia[197], pero no menos verdad resulta que la línea mayoritaria del Tribunal Supremo (aun cuando con determinadas matizaciones referidas a aquellos supuestos en los que el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del cedente)[198] sigue consistiendo en defender *a priori* cómo la aplicación del art. 44 ET queda condicionada a la ya conocida existencia de un mínimo soporte patrimonial constituido por una unidad organizada que permita prestar una actividad independiente al concesionario, porque la transmisión de unos meros servicios no constituyen por sí mismos ni un centro de trabajo, ni una unidad productiva autónoma, si la sucesión en una contrata o concesión no lleva aparejada la entrega de una infraestructura u organización[199] (si bien --en excepción ya conocida-- las normas sectoriales o el pliego de condiciones pueden prever que el nuevo contratista o concesionario se haga cargo de todo o parte del personal que prestaba sus servicios para el anterior, así como establecer una regulación específica respecto de las deudas salariales sin que se trate de un supuesto de aplicación del precepto legal trascrito).

Con mayor detalle, en palabras del Alto Tribunal, "en los casos de sucesión de contratas no hay transmisión de las mismas, sino finalización de una y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aun cuando materialmente la contrata sea idéntica, en el sentido de que son

---

Gorres y Demir. Un estudio en profundidad sobre las mismas en SALCEDO BELTRAN, M.C.: *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Albacete, 2005, págs. 17 y ss.; CAVAS MARTINEZ, F.: "A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario", *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006, págs. 9 y ss. ó RAMOS QUINTANA, M.I.: *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete, 2007, págs. 81 y ss.

[193] Con serias dudas, SSTS, Social, 20 y 27 octubre 2004 (RJ 7162 y 7202).

[194] MONEREO PEREZ, J.L.: "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y en las concesiones administrativas", *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo II, pág. 68.

[195] STJCE 172/1999, de 4 de diciembre de 2000, asunto *Oy Liikenne,* comentada por MARTINEZ FONS, D.: *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, www.falternativas.org., pág. 28.

[196] STJCE 460/02, de 9 de diciembre de 2004, asunto *Aeropuertos italianos*, en la cual se considera contraria al Derecho Comunitario una previsión del Derecho italiano (Decreto Legislativo nº 18/99) que contemplaba dos medidas de protección de los trabajadores que pudieran verse afectados por el proceso de liberalización del mercado de asistencia en tierra de los aeropuertos. En primer lugar, se imponía a los operadores que accedieran a dicho mercado la obligación de asegurar, durante los 30 meses siguientes a la entrada en vigor de la norma, el mantenimiento de los niveles de empleo y la continuidad de las relaciones laborales del personal dependiente del anterior prestador de servicios. En segundo lugar, cualquier transmisión de actividades que afectase a una o más categorías de servicios de asistencia en tierra debía llevar aparejada la asunción del personal del anterior prestador de servicios de manera proporcional a la parte de tráfico o de las actividades que asumiera. Tales previsiones impiden, en palabras del Tribunal, que "los prestadores de servicios que deseen acceder al mercado de la asistencia en tierra elijan su propio personal y, por consiguiente, el tipo de organización de los servicios que van a prestar para poder ejercer su actividad en el mercado.

[197] Por todas, SSTSJ, Social, Canarias/Las Palmas 16 enero 2009 (AS 855).

[198] Significativamente, SSTS, Social, 17 octubre 2004 (RJ 7202) y 25 enero 2006 (RJ 2687).

[199] PEDRAJAS MORENO, A.: "Relaciones de trabajo de carácter interprofesional: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa", en AA.VV.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Valencia, 1998, págs. 225 y ss.

los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores (salvo si lo impusiere el pliego de condiciones --que de ser aceptado vinculará al nuevo concesionario-- o se derive de normas sectoriales) si no se transmiten los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pues, caso contrario, lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el art. 44 ET"[200]; esto es, se trataría del término de la concesión con la entrada de un nuevo empleador, quien no aparece vinculado con el precedente por ningún título traslativo respecto de elementos materiales y organizativos de la unidad productiva[201].

En definitiva, pese a la línea interpretativa vertida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (matizada, no obstante, en los supuestos de contratos públicos), que acentúa la protección de los intereses de los trabajadores más que los de los contratistas y de las empresas comitentes, la posición última a la que ha llegado el Tribunal Supremo español[202] considera que si no han sido transmitidos los elementos que configuran la infraestructura organizativa básica de la concesión o si el nuevo concesionario no se hace cargo, voluntariamente o porque así lo prevea el pliego de condiciones o el convenio colectivo de aplicación, de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento del encargo público, no se produce sin más el efecto subrogatorio previsto en el art. 44 ET[203].

Siguiendo con tal razonamiento judicial, procede señalar cómo "la aplicación o no del artículo 44 a un supuesto de sucesión de concesiones administrativas se va a determinar... en función de las circunstancias concurrentes, de tal forma que si se produce la transmisión de una unidad organizada, y se trasladan los elementos patrimoniales (materiales o inmateriales) o en su caso la plantilla y la actividad, cabe sostener la aplicación de este precepto"[204]. Con mayor detalle, "la adjudicación mediante concesión administrativa a una empresa de una determinada instalación o infraestructura de titularidad pública puede tener muchas variantes distintas con consecuencias radicalmente diferentes en orden a determinar si debe o no operar el instituto de la sucesión empresarial que regula el art. 44 ET. Es perfectamente posible que la concesión comporte el derecho a la explotación comercial frente a terceros de la instalación pública, de forma que la actividad de la empresa adjudicataria consista precisamente en obtener beneficios económicos con cargo al precio que percibe de los terceros que utilizan esa instalación, a cambio de la suma correspondiente que debe abonar la Administración titular de la misma por la adjudicación. En estos casos, ninguna duda cabe que se produciría sucesión empresarial cuando la instalación pública se pone a disposición de la empresa con toda la infraestructura y elementos productivos necesarios para su explotación. Pero también es posible que lo adjudicado no sea la explotación comercial frente a terceros de la instalación, sino tan sólo el simple y mero mantenimiento

---

[200] Por todas, SSTS, Social, 6 febrero, 12 marzo, 17 junio y 10 diciembre 1997 (RJ 999, 2318, 4758 y RJ 1998, 736), 9 febrero 1998 (RJ 1644) y 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 9100 y RJ 2000, 516) ó ATS, Social, 21 octubre 1998 (RJ 9299).

[201] STSJ, Social, Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602).

[202] RIVERO LAMAS, J.: "Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral" y ALVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, págs. 49 y 271, respectivamente.

[203] SSTS, Social, 22 mayo 2000 (RJ 4624); en idéntico sentido, SSTS, Social, 29 abril 1998 (RJ 3879), 22 mayo 2000 (RJ 4624), 14 junio 2006 (TOL 970175), 20 septiembre 2006 (RJ 6667) y 12 diciembre 2007 (RJ 2008, 460) ó SSTSJ, Social, Galicia 5 diciembre 2000 (AS 3972), 17 enero 2002 (JUR 72485) y 22 enero 2003 (AS 1962), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 23 febrero 2006 (TOL 849208), Murcia 10 abril 2006 (TOL 953358) y Valladolid 31 octubre 2007 (AS 2008, 488). Así ocurriría también cuando "no se trate de una mera continuidad en la prestación del servicio anterior por parte de la nueva adjudicataria, sino de una contrata nueva, con circunstancias completamente distintas a la precedente... no hay así transmisión de una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada, ni de elementos patrimoniales esenciales --maquinaria, herramientas y demás medios necesarios-- para la prestación de los servicios propios de la concesión ni siquiera asunción de todo o una parte significativa del personal de la anterior contratista, sino que conforme al pliego de cláusulas administrativas y condiciones técnicas vigente en ese momento, la nueva empresa adjudicataria asumió la obligación de aportar `la totalidad de los elementos patrimoniales y personales necesarios para la realización del contrato'", SSTSJ, Social, Galicia 2 abril 2004 (AS 2004, 1668) y Castilla y León/Valladolid 4 julio 2005 (JUR 175020).

[204] STSJ, Social, Canarias/Las Palmas 30 septiembre 2003 (ILJ 2584). En el mismo sentido, SSTS, Social, 26 octubre 2004 (TOL 550624) y 17 mayo 2005 (TOL 668429) ó SSTSJ, Social, Cataluña 6 octubre 2004 (TOL 542426) y Madrid 17 octubre 2008 (JUR 387385).

de la misma, de forma que la empresa adjudicataria no sólo no basa su actividad económica en el precio que recibe de terceros por la utilización de tal instalación, pagando a cambio un determinado canon a la Administración, sino que, muy al contrario, es la Administración titular quien abona a la empresa una cierta cantidad en pago de sus servicios. En estos casos la instalación se pone a disposición de la adjudicataria, no para su explotación comercial, sino tan sólo para el mantenimiento y conservación de sus elementos, pero esta simple puesta a disposición de la instalación de titularidad pública no tiene por qué conllevar aparejada necesariamente la entrega de la infraestructura empresarial que se necesite para realizar los servicios de mantenimiento objeto de la concesión, siendo precisamente esta infraestructura la que ha de aportar la empresa a quien se le adjudica el servicio"[205].

Es necesario, pues, estar al caso concreto, no pudiendo afirmar *a priori* la aplicación del art. 44 ET y, en consecuencia, del mecanismo subrogatorio en todos los supuestos de transmisión de una contrata o concesión administrativa; antes al contrario, la subrogación *ex lege* tendrá lugar únicamente cuando la nueva empresa adjudicataria va a asumir la posesión de todos los elementos de la cesante afectos a la concesión en cuestión y, por tanto, objeto de reversión, lo que puede implicar la devolución de cuantos bienes inmuebles y muebles (obras e instalaciones)[206] estén sujetos al desarrollo de la contrata y que, a la postre, pueden llevar incluso a la disolución de la empresa que pierde el concurso público y no puede continuar con su labor. En semejantes circunstancias, parece clara la aplicación de las previsiones establecidas en el art. 44 ET. Así sucede, en paradigmático ejemplo, con la entrega de las llaves de un camping titularidad de un Ayuntamiento y todos los elementos necesarios para su explotación a la nueva entidad que se va a hacer cargo de su gestión[207]. En tales supuestos, si la subrogación se produjera ésta tendría lugar a todos los efectos, tal y como se deduce de un reciente pronunciamiento judicial en el cual queda claro que la empresa entrante como adjudicataria de una concesión administrativa de transporte urbano estaría obligada a la contratación de un nuevo relevista si el trabajador jubilado parcial continuase a su servicio, pues el anterior relevista ha pasado a ser dado de alta en la nueva empresa concesionaria bajo una figura contractual distinta de la precedente, esto es, no como tal relevista sino como trabajador indefinido a tiempo parcial aunque, en la realidad, esta modalidad goce de mayor garantía de estabilidad[208].

En otros casos, la inseguridad jurídica está servida, salvo que el pliego de condiciones administrativas o el convenio colectivo aplicable establezcan expresamente la subrogación[209], debiendo quedar claro, además, "que no existe obligación de incorporar en su estructura al personal de la contratista cuando el objeto de la contrata es diferente y el convenio colectivo aplicable también"[210].

En fin, sin apartar la vista de lo previsto en el art. 44 ET y para evitar la desprotección de los trabajadores derivada de la no aplicación la cláusula subrogatoria establecida por esta norma estatutaria al no concurrir los requisitos exigidos para ello, sería harto conveniente –y el legislador debe animar a ello con mayor contundencia que lo hace en la actualidad-- que el pliego de condiciones de la contrata (una práctica que se está implantando cada vez más en el ordenamiento español pero sin alcanzar el rango de regla general) se detuviera en establecer la obligación de la nueva adjudicataria de asumir las relaciones laborales pactadas con los trabajadores de la antigua, sin "más consecuencias que las estrictamente previstas en el título del que deriva la sucesión"[211], todo ello en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores[212]. Para materializar esta posibilidad, de momento facultativa, el art. 104

---

[205] STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 20 febrero 2002 (TOL 484994). En el mismo sentido, STSJ, Social, Extremadura 14 septiembre 2004 (TOL 494525).

[206] STS, Cont-Admivo, 22 octubre 2008, recogida en *Contratación Administrativa Práctica,* núm. 83, 2009, págs. 83 y 84.

[207] STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 13 enero 2009 (AS 843).

[208] STSJ, Social, País Vasco 2 febrero 2010 (rec. 2688/2009).

[209] STSJ, Social, Navarra 30 enero 2004 (AS 2046). En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Cataluña 5, 21 y 22 octubre, 5 noviembre (ILJ 2453, 2626, 2615 y 2659), Canarias/Las Palmas 29 y 30 septiembre 2003 (ILJ 2589 y 2584), País Vasco 23 septiembre 2003 (ILJ 2347) ó Cantabria 29 marzo 2006 (TOL 800515). En este mismo sentido, Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 3/1999, de 30 de junio, 33/2002, de 23 de octubre ó 58/2009, de 26 de febrero de 2010.

[210] STS, Social, 25 febrero 2009 (JUR 185958).

[211] STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 11 julio 2005 (TOL 681552). En el mismo sentido, SJS, 1, Menorca 5 abril 2005 (AS 428). De no establecerse nada al respecto el efecto jurídico es similar a la subrogación *ex lege*: "*la entrada en la relación contractual de un nuevo empresario en sustitución del primitivo, sin que tal novación subjetiva afecte al complejo contenido obligacional de la relación de trabajo, el cual subsiste en su plenitud sin variación alguna*", STSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 19 julio 2001 (AS 3472).

[212] SSTS, Social, 26 abril y 30 septiembre 1999 (RJ 4532 y 9100), 11 abril 2000 (RJ 3946) y 14 octubre 2008 (JUR

LCSP, de una forma un tanto tímida, dispone que "en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información necesaria sobre las condiciones de los vínculos laborales a los que afecte la subrogación para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida; a estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste", en clara referencia "a las personas que serán traspasadas, la antigüedad de las mismas, y su coste laboral actual, incluyendo las partidas salariales y las extrasalariales"[213]. Como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, "el conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y, consecuentemente el contratista, aceptan… el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición"[214]. Se trata, pues, de "una garantía asumida por la nueva empresa concesionaria del servicio, de tal forma que lo pactado y convenido... en el pliego [sobre] el referido mantenimiento de las condiciones de trabajo que los actores vinieran disfrutando... obliga a su debido cumplimiento"[215], pero sólo en el caso de que el propio pliego lo imponga.

5.3.- Reversión a manos de la Administración de una actividad previamente exteriorizada

En tanto la utilización por parte de las Administraciones públicas de las vías establecidas en el ordenamiento para la externalización formal de parte de sus actividades ha acabado siendo un proceso muy habitual en España, no van a ser infrecuentes tampoco aquellos casos en los cuales la concreta actividad o competencia descentralizada vuelve a ser recuperada por su anterior titular, circunstancia que cobra especial importancia cuando se trata de Administraciones Locales de reducidas dimensiones, afectadas por una marcada diferencia estructural en sus ingresos fuertemente descompensada respecto de los gastos que han ido asumiendo.

Ante tal eventualidad, inmediatamente surge la duda de si los afectados por ese trasvase podrían aspirar a integrarse en la Administración o si tal oportunidad les queda vedada. Para dar respuesta a este interrogante resulta necesario tomar como punto de partida la siguiente hipótesis: si junto con la reversión de la competencia para la prestación de la actividad se le transmiten cuantos bienes conformaban el activo utilizado para la prestación del servicio, habría de operar el mecanismo de subrogación previsto en el art. 44 ET; sin embargo, cuando tal retorno no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones del art. 44 ET y, en consecuencia, los contratos de trabajo podrían quedar extinguidos[216].

La aparente claridad de tales postulados se torna rápidamente en penumbra con el solo hecho de tener en cuenta las dos circunstancias siguientes:

1.- Aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio en los supuestos en los que el cambio de titularidad en la gestión del servicio público no vaya acompañado por la transmisión de un conjunto de

---

380623).

[213] Así lo ha considerado la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda en su Informe 33/02, de 23 de octubre, al afirmar que "*la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que no son sólo las propias relativas a la presentación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que provienen de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el art. 49 LCAP (actual art. 99 LCSP). Desde tal perspectiva, el conocimiento de las personas que vienen prestando servicios y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobran especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan, en los términos establecidos en el art. 79.1 de la Ley (actual art. 129 LCSP), el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición*".

[214] Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010.

[215] STSJ, Social, Comunidad Valenciana 12 noviembre 2004 (AS 3875), con cita de la STS, Social, 6 junio 2001 (RJ 5490). En el mismo sentido, STS, Social, 3 mayo 2004 (TOL 463070).

[216] Por todas, STCo 66/1987, de 21 de mayo. En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Navarra 31 marzo 1992 (Ar. 1277), Cataluña 1 junio 1992 (Ar. 3312), Valencia 3 junio 1992 (Ar. 2898), País Vasco 18 abril 1994 (Ar. 1418) ó Castilla-La Mancha 15 julio 1998 (Ar. 2802).

elementos organizados dotados de autonomía productiva[217], nada impediría al convenio colectivo o al pliego de condiciones de la contrata establecer la obligación de mantener las relaciones de trabajo de la anterior empresa adjudicataria, en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores[218]. En estos casos, los efectos subrogatorios no nacen de la Ley sino del propio convenio colectivo o del contrato administrativo[219].

No es habitual que en los pliegos de condiciones administrativas se recoja la obligación del Ente público de asumir la mano de obra destinada a la gestión del servicio público previamente externalizado. No obstante, cabe mencionar algunos ejemplos como pudiera ser el apartado 14 del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares de la Consejería para la igualdad y bienestar social de la Junta de Andalucía para la regulación del contrato de gestión de servicios públicos por concesión mediante procedimiento abierto o restringido, en virtud de la cual "cuando la actividad de un centro cese, por finalización o modificación total o parcial del contrato de gestión, y sea adjudicataria de dicha explotación otra empresa o entidad pública, ésta vendrá obligada a subrogarse y absorber a los trabajadores de aquélla adscritos al servicio de las instalaciones que se explotan, respetándoles y conservando en su integridad, con carácter personal e irrenunciable, su antigüedad, salario y demás derechos laborales y sindicales reconocidos en convenio, pactos de empresa y condiciones personales". En parecido sentido se pronuncian también, entre otros, el apartado 16 del pliego del cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de mantenimiento de parques, jardines, zonas verdes y arbolado viario del municipio de Beasain, el apartado 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación mediante concurso y procedimiento abierto del servicio de jardinería en el término municipal de Zumaia o el apartado 11º del pliego de cláusulas administrativas particulares del centro especial de empleo para el servicio de mantenimiento de zonas verdes del Ayuntamiento de Aranjuez.

Más frecuente es la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas destinadas a recoger la subrogación de contratistas, sobre todo en aquellos sectores de la actividad caracterizados por la prestación de servicios con escaso soporte material y, al tiempo, por un elevado nivel de precarización en el empleo. Cabe hacer referencia, así, a efectos meramente ilustrativos, a lo previsto en el art. 43 del convenio colectivo estatal de jardinería[220], art. 14 del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad[221] o en el art. 63 del convenio colectivo de servicios de atención a personas dependientes[222]. En tales supuestos, la jurisprudencia parece exigir que, para que la subrogación tenga lugar, ésta ha de "venir [necesariamente] impuesta por norma sectorial eficaz"[223] y ejercerse en los términos y con el alcance en la misma señalada[224], que generalmente no será el régimen subrogatorio *in toto*, previsto en el art. 44 ET[225].

---

[217] ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002, págs. 241 y ss.

[218] SSTS, Social, 26 abril y 30 septiembre 1999 (RJ 4532 y 9100) y 11 abril 2000 (RJ 3946). "En ese sentido, es de destacar que el Tribunal Supremo viene entendiendo que a los efectos de considerar aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los casos de sucesión de empresas que sean prestatarias de servicios, que para ello es necesario, o bien que haya concurrido una transferencia de elementos patrimoniales, o bien que exista una expresa disposición convencional al respecto o, en otro caso, que en la convocatoria para la adjudicación del servicio, se aluda en el pliego de condiciones de un modo expreso a dicha obligación subrogatoria", STSJ, Social, Navarra 30 enero 2004 (AS 2046). En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Cataluña 5, 21 y 22 octubre, 5 noviembre (ILJ 2453, 2626, 2615 y 2659), Canarias/Las Palmas 29 y 30 septiembre 2003 (ILJ 2589 y 2584) ó País Vasco 23 septiembre 2003 (ILJ 2347).

[219] SSTS, Social, 22 abril y 10 diciembre 1997 (RJ 3581 y 1998, 736) y 9 febrero 1998 (RJ 1644).

[220] BOE de 19 de julio de 2006.

[221] BOE de 10 de junio de 2005.

[222] BOE de 1 de abril de 2008.

[223] SSTSJ, Social, Galicia 22 enero 2003 (AS 1962), Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602) ó Comunidad Valenciana 6 octubre 2004 (JUR 24110) y 3 marzo 2005 (JUR 108712). En el mismo sentido, SSTS, Social, 26 abril, 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 4532, 9100 y RJ 2000, 516) y 17 mayo 2000 (RJ 4620) ó SSTSJ, Social, Asturias 30 diciembre 2002 (JUR 2003, 75141), País Vasco 20 abril 2004 (AS 2939), Navarra 30 junio 2004 (AS 2144) y Madrid 1 septiembre 2005 (Rec. 2363/2005). Admitiendo la eficacia a estos efectos de un acuerdo de empresa, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 11 septiembre y 9 octubre 2000 (AS 4130 y 4148).

[224] Conforme señalan algunos pronunciamientos, "los efectos subrogatorios se limitan exclusivamente a la novación de los contratos de trabajo de los trabajadores que se integren en su plantilla `respetando sus antigüedades como el resto de los derechos adquiridos por el trabajador hasta el momento del cambio del contrato', sin que pueda hacerse extensiva su responsabilidad a las consecuencias derivadas de la posible aplicación del art. 44 ET, al no existir una subrogación en los términos previstos en dicha normativa, reguladores

Ahora bien, estas cláusulas convencionales, en virtud de las cuales se obliga al gestor del servicio público entrante a incorporar a su plantilla a los trabajadores adscritos a la concesión por el anterior adjudicatario, garantizándoseles así su continuidad en el empleo[226], deben ser interpretadas, tal y como se viene entendiendo por la doctrina de los Tribunales, de forma restrictiva y literal, pues constituyen "una excepción a la regla general de no subrogación"[227], quedando vinculados únicamente los sujetos que estén encuadrados en su ámbito de aplicación[228]. Tal posición judicial no ha estado, sin embargo, exenta de críticas al "confundir los términos de la subrogación operada vía convencional por cuanto no existe una regla general de no subrogación ni tampoco una excepción subrogatoria. Se trata, por el contrario, de un derecho reconocido convencionalmente al trabajador, ni más o menos excepcional que cualquier otro que en convenio colectivo se reconozca"[229].

De esta manera, el intérprete no estará forzado a analizar si concurren las condiciones legales de subrogación, sino exclusivamente a comprobar el acatamiento de las establecidas en el propio pacto colectivo, entendido desde el punto de vista de los objetivos buscados por él, a situar en una doble esfera: una mayor estabilidad en el empleo y una eliminación de contenciosos entre las partes[230]. A tal fin, cedente y cesionario deberán cumplir los condicionantes --materiales y formales-- establecidos expresamente en el convenio[231], pues la transmisión únicamente se produce "cuando se cumplen los requisitos que a tal fin determina el pacto"[232], de forma que sólo la inobservancia de condiciones imprescindibles, necesarias y suficientes para entender acreditados los deberes recogidos en la norma convencional implicará la no aplicación de la cláusula subrogatoria en ella recogida[233].

Bajo tales premisas y descendiendo al terreno que aquí interesa, estas cláusulas convencionales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratas no pueden ser, sin embargo, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos[234]; es decir, el convenio colectivo "ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación"[235], razón por la cual la subrogación incorporada en una norma

---

de los supuestos de sucesión de empresa [STSJ, Social, Canarias/Santa Curz de Tenerife 13 junio 2003 (JUR 178337); en sentido similar, SSTSJ, Social, Cantabria 24 junio 2004 (JUR 187624) y Castilla y León/Valladolid 18 mayo 2005 (AS 1585)]; o, en otros términos, la "norma convencional no prevé una subrogación igual o similar a la del art. 44 ET sino una nueva contratación tras un proceso de selección imponiendo sólo un porcentaje de nuevas contrataciones pero no la subrogación o novación de los contratos anteriores" [STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 31 enero 2002 (AS 2003, 721); aplicando dicha doctrina, SSTSJ, Social, Andalucía/Granada 7 enero 2004 (JUR 79463) ó Castilla y León/Valladolid 30 abril y 4 octubre 2004 (JUR 172544 y AS 2741)].

[225] ALVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 272.

[226] SALA FRANCO, T.: "La sucesión de contratas", en AA.VV (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, pág. 275.

[227] Por todas, STS, Social, 8 junio 1988 (Ar. 6693).

[228] SSTS, Social, 28 octubre 1996 (Ar. 7797), 15 diciembre 1997 (Ar. 1998/1136) y 22 mayo 2000 (Ar. 4624) ó SSTSJ, Social, Madrid 26 junio 2001 (Ar. 2961) y 23 junio 2003 (Ar. 3420) y Extremadura 10 diciembre 2004 (Ar. 3383).

[229] SALA FRANCO, T.: "La sucesión de contratas", cit., pág. 275.

[230] SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 10 julio 2000 (JUR 2001, 57295) y 18 noviembre 2004 (AS 3869).

[231] SSTS, Social, 10 diciembre 1997 (RJ 736), 9 febrero 1998 (RJ 1644), 30 septiembre 1999 (RJ 9100) y 10 julio y 27 octubre 2000 (RJ 8295 y 9656) ó SSTSJ, Social, Cataluña 9 marzo 2001 (AS 1456) y Castilla-La Mancha 13 octubre 2004 (AS 2972).

[232] SSTSJ, Social, Baleares 8 enero 2004 (AS 1505) y Andalucía/Sevilla 2 junio 2009 (JUR 365601).

[233] SSTS, Social, 11 marzo y 28 julio 2003 (RJ 3353 y 7782) y SSTSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 8 marzo, 17 y 31 (dos) mayo y 14 junio 2004 (AS 739, JUR 173847 y 176317, AS 1933 y 2069), Madrid 18 enero 2005 (AS 86), País Vasco 15 febrero 2005 (AS 540), Comunidad Valenciana 14 enero 2004 (AS 1516) y 3 marzo 2005 (JUR 108712), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 7 abril 2005 (AS 930), Baleares 25 mayo 2005 (AS 1839) ó Navarra 30 junio y 26 julio 2005 (JUR 197931 y AS 2197).

[234] Entre otras, SSTS, Social, 14 diciembre 1994 (RJ 10093), 15 diciembre 1997 (RJ1136) y 22 mayo 2000 (RJ 4624) ó SSTSJ, Social, Extremadura 20 marzo 1995 (AS 1080), Murcia 13 octubre 1995 (AS 4044) y 28 julio 1999 (AS 2670), Andalucía/Granada 10 junio 1999 (AS 4042), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 10 diciembre 2004 (AS 3383), Cataluña 22 septiembre, 19 octubre y 13 diciembre 2004 (JUR 281889 y AS 3451 y 4011) y Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

[235] STS, Social, 28 octubre 1996 (RJ 7797) y SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 19 enero 1999 (AS 195),

paccionada no obligaría a la Administración, a menos que ésta fuera firmada por dicho órgano público asumiendo el compromiso, en los casos de reversión, de mantener las relaciones de trabajo suscritas con la antigua concesionaria, lo cual parece poco probable.

De todas formas, tampoco hay que perder de vista que en alguna Administración Local de escasas dimensiones, es el convenio colectivo de sector el que regula las condiciones de trabajo de los trabajadores no funcionarios, no en vano, tal y como ha señalado la jurisprudencia, los "convenios colectivos estatutarios constituyen convenios colectivos de eficacia general o *erga omnes* porque alcanzan fuerza normativa y constituyen la segunda fuente de la relación laboral en el orden jerárquico que de tales fuentes suministra el art. 3.1 ET, llegando a formar parte del ordenamiento jurídico, de tal manera que obligan no sólo a los negociadores y a los representados por ellos, sino a muchos trabajadores y empresarios que ni participaron en la negociación ni tampoco estaban representados por los negociadores, según resulta sin lugar a dudas del art. 83.2 ET"[236]. Surge, entonces, la duda de si la Administración se debería subrogar en la posición de la empresa anterior, debiendo entender que en tales supuestos la respuesta ha de ser afirmativa, pasando los afectados a ser considerados, tal y como establece algún pronunciamiento judicial reciente, indefinidos no fijos al servicio del Ente público en cuestión si fueran trabajadores fijos de la empresa anterior, manteniéndose en su puesto de trabajo hasta que la plaza se cubra por el procedimiento reglamentario[237]. Cuando estuvieran contratados mediante un contrato de obra o servicio, habría que entender, conforme dispone el nuevo art. 15.5 ET, en la redacción proporcionada por la Ley 35/2010 que contradice doctrina judicial anterior[238], lo siguiente: como por cada contrata o concesión parece que se ha de suscribir un nuevo contrato de obra aunque haya subrogación empresarial, la reversión del contrato administrativo al Ente público conllevará la aplicación de la doctrina del encadenamiento contractual, entendiendo si entre ambos contratos se sobrepasa el tiempo de veinticuatro meses dentro de un período de treinta, el trabajador igualmente adquiere la condición de indefinido no fijo[239].

Todo ello sin olvidar, de un lado, que la aplicación del convenio colectivo del sector, como fuente reguladora de las condiciones de trabajo, se mantendrá hasta la fecha de la expiración del mismo o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable[240], y, de otro, que tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, los representantes legales de los trabajadores que ejercían tal función en las empresas concesionarias de servicios públicos transferidos, en el supuesto enjuiciado, a un Ayuntamiento, continuarán ejerciendo su función en las dependencias de este último, pues "el mero cambio de los máximos responsables jerárquicos (que ahora son el Alcalde y los respectivos Concejales) no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última"[241].

2.- No hay que olvidar tampoco –y conectando con la tesis anterior-- que el mecanismo de la subrogación por parte de la Administración en los supuestos de reversión podría vulnerar los principios constitucionales y legales que requieren la necesidad de acceder al empleo público a través de un procedimiento respetuoso con los parámetros de mérito y capacidad; en este sentido, los vínculos laborales en que se hubiera podido producir la subrogación por parte de la Administración, si se cumplen

---

Murcia 5 junio 2000 (AS 5347) y Aragón 8 julio 2009 (JUR 399971).

[236] SSTS, Social, 7 octubre 2004 (rec. 2182/2003) y 1 junio 2005 (rec. 2474/2004).

[237] STSJ, Social, Castilla-La Mancha 1 junio 2010 (rec. 106/2010), en la cual por la aplicación del convenio colectivo del sector limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, se declaró improcedente el despido de una trabajadora por entender que el Ayuntamiento quedó subrogado en la posición de la empresa contratista que había asumido las tareas de limpieza tras la terminación de la misma para asumirla directamente la Corporación Local. En el mismo sentido, STSJ, Castilla-La Mancha, 9 junio 2010 (rec 176/2010), que entiende aplicable a una Entidad Local, ante la inexistencia de convenio propio, el respectivo convenio que regula cada concreta actividad (guarderías, limpieza, etc), en atención tanto a razones de equidad como de evitación de tratos desiguales.

[238] Que consideraba que la sucesión de contratas o concesiones con el mismo o distinto empresario no conllevaba la extinción de los contratos para obra ni la celebración de nuevas contrataciones temporales, permaneciendo vigente el contrato inicial. STS, Social, 17 y 18 junio 2008 (RJ 4229 y 4449).

[239] LAHERA FORTEZA, J.: "La reforma de la contratación laboral", *Relaciones Laborales,* núm. 21-22, 2010, pág. 59.

[240] MONEREO PEREZ, J.L.: "Transmisión de empresas y nuevas formas de organización productiva", *Tribuna Social*, núm. 239, 2010, pág. 25.

[241] STJCE 151/2009, de 29 de julio de 2010, asunto *Ayuntamiento Línea de la Concepción*.

los requisitos exigidos en el art. 44 ET o lo establece el pliego de condiciones o el convenio colectivo, deberían considerarse nulos por no haber cumplido con aquel requisito *sine qua non* y extinguidos con los solos derechos establecidos en el art. 9.2 ET: percibir el salario correspondiente a los trabajos prestados como si se hubiera tratado, hasta ese momento, de un contrato válido y eficaz.

Teniendo en cuenta la peculiar naturaleza del trabajo, de cuya efectiva prestación fáctica no se puede hacer abstracción, y la imposible exigencia de repetición "*in natura*", es lógico que el trabajador pueda exigir una restitución indirecta que evite el enriquecimiento sin causa de la otra parte, quien ya ha hecho suyos los frutos de la actividad prestada, optando el art. 9.2 ET por pautar directamente como medida de valor del trabajo que hubiese desarrollado el empleado el referente que el propio ordenamiento posee como recíproco respecto a la prestación de actividad: el salario correspondiente.

Esta interpretación no soluciona, sin embargo, de una forma adecuada la concurrencia entre los principios de estabilidad en el empleo y legalidad de la actuación administrativa, pudiendo distinguir los tres siguientes supuestos[242]:

a) Si la reversión de la actividad a favor de la Administración se produce con el objetivo inmediato de su nueva adjudicación a un tercero y se cumplen los requisitos del art. 44 o lo establece el pliego de condiciones o el convenio colectivo, se produciría la subrogación en los contratos de trabajo cuando acaezca la reversión a manos públicas, procediendo, no obstante, a su inmediata suspensión (no habiendo prestación de actividad laboral por el trabajador no procederá tampoco contraprestación económica por parte de la Administración). Es más, dicha situación de pendencia se mantendrá sólo hasta tanto la actividad fuera cedida de nuevo a otro contratista, momento en el cual tendría lugar una nueva subrogación. Esta podría ser una solución justa y satisfactoria para ambas partes involucradas en el proceso: para la Administración por cuanto no debería asumir los costes anejos al personal, y para el operario habida cuenta vería salvaguardado --al menos en parte-- su derecho a la estabilidad en el empleo.

Una oportuna intervención legislativa debería apostar, pues, por la subrogación provisional, con la inmediata suspensión del contrato, hasta la devolución de la actividad a otro empresario privado[243]; de lo contrario, otorgar al trabajador una posición de estabilidad sin condiciones supondría una onerosidad excesiva para la Administración, así como una injusticia respecto a quienes consiguieron acceder al empleo público de manera "regular".

b) El problema se agrava, empero, cuando la iniciativa no va a ser entregada a un nuevo empresario privado, sino desempeñada directamente por el propio Ente público, pues en este caso, de aplicar el mecanismo de la subrogación si ello fuera pertinente, el trabajador estaría accediendo al empleo público –permítase la expresión-- "por la puerta de atrás".

Para evitar tan deplorable consecuencia algunos pliegos de cláusulas administrativas particulares establecen expresamente que en ningún caso la Administración contratante "se subrogará en las relaciones contractuales entre la entidad adjudicataria y el personal de la misma, ya sea por terminación del contrato o por cualquier otra causa", tal y como sucede, por poner un ejemplo, en la cláusula undécima del pliego de cláusulas administrativas particulares del centro especial de empleo para el servicio de mantenimiento de zonas verdes del Ayuntamiento de Aranjuez[244]. Tales previsiones, incorporadas a los pliegos de condiciones, contradicen, no obstante, normas supueriores del ordenamiento jurídico, razón por la cual carecen de valor.

No estaría de más --conforme ocurría en el supuesto anterior-- un pronunciamiento normativo expreso capaz de salvaguardar el obligado respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad. Quizá lo más oportuno, a estos efectos, sea considerar al operario en situación de interinidad hasta la cobertura definitiva de la plaza, no existiendo inconveniente, en opinión de cierto sector de la doctrina, para contemplar como mérito la experiencia acumulada en la empresa cedente[245].

---

[242] GOMEZ ALVAREZ, T.: "El difícil equilibrio entre el rescate de las contratas y los principios de mérito y capacidad en el acceso del personal laboral a la función pública", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno,* Valencia, 2000, págs. 528 y ss.

[243] Idea apuntada por la STS, Social, 17 abril 1984 (Ar. 2106).

[244] En parecido sentido, cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de mantenimiento y conservación de parques y jardines en el municipio de Berja (Almería).

[245] MORENO GENE, J.: *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, Valencia, 2002, pág. 71.

Cabe aplicar, en consecuencia, la doctrina reiterada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo[246], en la que se trata de especificar el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos, recogida ahora de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 EBEP[247]. La clave reside, desde esta perspectiva, en el comportamiento del organismo contratante, el cual debe consolidar la plaza ocupada a través de la vía ordinaria de reclutamiento correspondiente y --se insiste-- también extinguir el vínculo laboral anterior[248], bien mediante la cobertura/amortización de la plaza, bien a través del cumplimiento del término final previsto para ello[249], sin necesidad, en consecuencia, de ningún tipo de indemnización económica.

Procede abrir aquí un breve paréntesis para recordar que aun cuando el Tribunal de Justicia Comunitario ha admitido expresamente la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones públicas, no en vano la Directiva 1999/70, de 28 de junio, deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos[250], lo cierto es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades[251]. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español queda forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido consecuencia de la cobertura definitiva de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal[252]. Tal argumentación ya ha sido recogida parcial y tímidamente por algún pronunciamiento judicial, en virtud del cual "para que se extinga el contrato de trabajo del indefinido no fijo es preciso siempre que la plaza sea cubierta reglamentariamente, con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad. En el momento en que dicha cobertura se produzca, ello acarreará la extinción sin indemnización del contrato del trabajador indefinido no fijo que la ocupaba. Pero, si, por el contrario, la Administración considerara innecesarias las plazas por motivos legalmente amparados en los arts. 51 ó 52 ET (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), podrá proceder, si existe causa justa para ello debidamente acreditada, a la amortización de las mismas y a la extinción de los correspondientes contratos, lo que conllevará en todo caso el abono de la indemnización legalmente prevista (veinte días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)"[253].

c) En fin, no exento de dificultades se encuentra el supuesto en el cual el cometido previamente descentralizado y rescatado no va a ser entregado nuevamente a un empresario privado ni va a ser ejercido tampoco por la propia Administración. La respuesta a este espinoso supuesto de hecho dista de ser unánime, existiendo pronunciamientos judiciales diversos: mientras algunos sostienen la extinción de los contratos por ausencia de objeto [arts. 49.1 c), 49.1 j) y 51 ET][254], al no ser de aplicación el art. 44

---

[246] SSTS, Social, 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril 1998 (Ar. 1138, 3725, 3725 y 3874), 19 y 26 enero 1999 (Ar. 810 y 1105), 8 febrero, 29 mayo y 29 noviembre 2000 (Ar. 1744, 4804 y 1440), 6 mayo 2003 (RJ 2003, 5765), 8 noviembre 2005 (rec. 3779/2004), 21 diciembre 2006 (rec. 4537/2005), 27 febrero 2007 (rec. 4220/2005), 27 marzo y 26 abril 2007 (RJ 3190 y 4634) y 29 enero 2009 (TOL 1453844) ó SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 23 septiembre 2003 (JUR 2004, 55961), Madrid 6 octubre 2003 (JUR 2004, 93260), Galicia 13 diciembre 2003 (AS 2004, 861) y 23 abril 2004 (AS 2292), Andalucía (Sevilla) 22 enero 2004 (AS 2005, 255), Castilla y León (Valladolid) 30 julio 2004 (JUR 210676), Navarra 11 abril 2005 (JUR 1355611), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 10 marzo 2006 (AS 1352) y Castilla y León/Valladolid 10 septiembre 2008 (AS 2736).

[247]DE LA VILLA GIL, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Iustel*, núm. 17, 2008, pág. 8.

[248]SSTS, Social, 22 septiembre 1998 (Ar. 7423), 15 marzo 1999 (Ar. 2920) ó, con carácter más reciente, 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), comentada esta última por VALDES ALONSO, A.: "*Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Públic*a", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007, págs. 41 y ss.

[249]LAHERA FORTEZA, J.: Los contratos temporales en la unificación de doctrina, Madrid, 2001, pág. 133.

[250] STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.

[251] STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

[252] FERNANDEZ FERNANDEZ, R.: "La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos" y NICOLAS BERNARD, J.A.: "La reparación de los principios constitucionales vulnerados en la relación laboral indefinida no fija", ambos en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 529 y 687, respectivamente.

[253] STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 14 enero 2009 (rec. 1743/2008).

[254] SSTSJ, Social, Canarias 31 julio 1993 (Ar. 3510), Castilla y León (Valladolid) 28 febrero 1995 (Ar. 635), Madrid 6 noviembre 1996 (Ar. 3731) ó Cataluña 22 enero 1998 (Ar. 649). En la doctrina, GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E.: "Reestructuraciones de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa

ET[255], otros van más allá y apuestan porque, de acaecer la recuperación del servicio, automáticamente debe tener lugar la subrogación, si se cumplen los requisitos exigidos, en favor de los afectados[256]. De conformidad con una sólida interpretación judicial, "lo decisivo para que exista subrogación empresarial no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el `*substratum*' objetivo de la empresa"[257]. Eso sí, ante la imposibilidad de prestar servicios, y en una solución análoga a cuanto se prevé para los fijos-discontinuos, es posible apreciar que el vínculo permanece en estado latente, de tal manera que si el servicio vuelve a prestarse, automáticamente se reactiva la cláusula subrogatoria y los afectados deberán volver a ser llamados para prestar servicios a la Administración[258] o, cabría añadir, a un privado si aquélla decide exteriorizar, de nuevo, su gestión; durante esta situación suspensiva especial los trabajadores deberán ser considerados en situación legal de desempleo en aras a lucrar, en su caso, dicha prestación y además, ante la incertidumbre sobre el posible llamamiento en el futuro, habría de fijarse una indemnización a su favor como consecuencia de la falta de ocupación, cifrada en unas cuantías cercanas a las previstas en el artículo 51.8 ET (veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades).

Habida cuenta en este caso cabe asistir a un proceso mixto (en primer lugar, la reversión de la actividad previamente exteriorizada a la Administración y, acto seguido, la decisión de ésta de no continuar con ella), lo más aconsejable --por tercera vez-- es que una futura ley se pronuncie de forma expresa al respecto y obligue al Ente público a asumir a quienes trabajaban en la actividad entregada para su ejercicio a la entidad privada y, posteriormente, al amortizarla, proceder a extinguir los contratos laborales afectados previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la normativa social de común aplicación [despido objetivo –art. 52 c) ET— o despido colectivo –art. 51 ET--][259], pagando la indemnización prevista legalmente cifrada en 20 días de salario por año de servicio.

6.- LAS GARANTÍAS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN MATERIA SALARIAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN DEL VÍNCULO ADMINISTRATIVO (Remisión)

En nuestro ordenamiento jurídico y contando con el apoyo que proporciona el art. 38 CE, el empresario privado dispone de libertad para contratar o subcontratar la realización de obras o servicios. Se trata, no obstante –tal y como recuerda el art. 42 ET--, de una libertad a ejercitar con sujeción a determinadas condiciones dirigidas a preservar los derechos de los trabajadores frente a eventuales incumplimientos o fraudes por parte de la empresa contratista o subcontratista a la que pertenecen. De esta posibilidad pueden hacer uso, lógicamente, las Administraciones públicas (también las Locales), que quedarán sometidas, entonces, al régimen de responsabilidades que diseña el Derecho del Trabajo para quien ocupa ante él la posición de empresario “principal” o “comitente” (responsabilidad solidaria por deudas salariales y con la Seguridad Social), lo cual tropieza con muchas dificultades que no se plantean en el ámbito privado, pues en el sujeto responsable concurre la condición de entidad que participa, en mayor o menor grado, de potestades públicas.

Tal circunstancia obliga a analizar si del incumplimiento de las deudas salariales o con la Seguridad Social contraídas por el concesionario o el contratista deberá de responder también la Administración

---

aplicación del Derecho del Trabajo en las Administraciones Públicas", *Justicia Laboral*, núm. 4, 2000, págs. 5 y ss.

[255] STS, Social, 1 diciembre 1999 (Ar. 866) ó STSJ, Social, Madrid 9 marzo 2000 (Ar. 2347).

[256] STS, Social, 5 febrero 1991 (Ar. 800) ó STSJ, Social, Cataluña 16 mayo 1999 (Ar. 1903).

[257] STS, Social, 5 febrero 1991 (RJ 800); en términos parecidos, STS, Social, 26 mayo 1987 (RJ 3886). Siguiéndolas SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 19 noviembre 1998 (AS 4517) y Madrid 17 (dos) mayo 2005 (AS 1522 y JUR 156066).

[258] STSJ, Social, Cataluña 16 mayo 1999 (AS 1903).

[259] BODAS MARTIN, R.: "Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral y de las Administraciones Públicas", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, pág. 307.

y en qué casos y bajo qué condiciones. En tanto en cuanto la normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, no puede extrañar que la aplicación del régimen de responsabilidad empresarial solidaria previsto en el art. 42 ET provoque un importante grado de inseguridad jurídica, máxime cuando la técnica legislativa utilizada en dicho precepto, de un lado, propicia todo tipo de equívocos necesitados de urgente corrección y, de otro, entra en directa contradicción con lo previsto en la LCSP[260], cuyo art. 198 es claro al hacer responsable único al contratista.

Es más, no hay que olvidar tampoco, como anteriormente se apuntó para las contratas de obra pública, que el relevo parcial del adjudicatario de un contrato administrativo, materializado a través del mecanismo de la subcontratación, es un fenómeno cada vez más frecuente en la práctica de la contratación pública, no en vano la complejidad intrínseca al objeto contractual impone, en multitud de ocasiones, que determinadas partidas integrantes del mismo puedan ser encomendadas a terceros[261]. Es muy habitual, por tanto, que los adjudicatarios de las contratas o concesiones soliciten la colaboración de otra(s) empresa(s) auxiliares en la prestación del servicio público asumido, en el bien entendido sentido de que estos empresarios auxiliares pueden ser, a su vez, "principal" de otros a efectos laborales[262].

En tanto en cuanto el art. 42 ET se refiere expresamente a "los empresarios que contraten o subcontraten...", parece que está exigiendo a las dos partes involucradas en la contratación o subcontratación una determinada condición subjetiva que, en todo caso, deben reunir para que la responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social sea solidaria. Interpretada restrictivamente, en sentido económico o mercantil, dicha condición no alcanzaría a las Administraciones públicas, pues cuando éstas adjudican la ejecución de obras y la prestación de servicios a empresas privadas actúan sometidas al Derecho Administrativo y no obtienen, con carácter directo, lucro alguno que deban restituir[263]. Es más, las Administraciones contratantes no externalizan la obra o servicio público "por razón de una actividad empresarial", mención contenida en el último párrafo del art. 42 ET, sino como consecuencia de una "actividad de planificación o fomento" dirigida a la satisfacción de un interés general, razón por la cual los Entes públicos no serían, en una primera aproximación, "empresarios titulares" de una organización económica específica ni, consecuentemente, contraparte contractual frente al empresario contratista a efectos de imputación de responsabilidades *ex* art. 42 ET[264].

Este fue el criterio judicial adoptado inicialmente en diversas sentencias del Tribunal Central de Trabajo y posteriormente mantenido en algunos de los ulteriores pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes a los referidos argumentos han añadido consideraciones tan escasamente jurídicas como que, de interpretar lo contrario, la responsabilidad que recaería sobre la Administración impondría una carga demasiado pesada a la actividad pública de fomento[265].

Ahora bien, pese a las iniciales reticencias de las instancias judiciales a aplicar el art. 42 ET cuando en el comitente concurre la cualidad de ser un Ente público, la doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo tal posibilidad[266], en especial, tras una serie de pronunciamientos en los que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad del mencionado precepto estatutario en el ámbito de las

---

[260] RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: “Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 281-282, 2006, págs. 5 y ss.

[261] TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Valladolid, 2007, pág. 170.

[262] STS, Social, 9 julio 2002 (RJ 10538).

[263] SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 194.

[264] GOERLICH PESET, J.M.: "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en AA.VV (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, pág. 119.

[265] SSTCT 19 enero y 8 marzo 1982 (Ar. 168 y 1439); SSTS, Cont-Admtivo, 10 diciembre 1986 (Ar. 1987/1034) ó SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 5 diciembre 1992 (AS 519), Navarra 22 marzo 1994 (AS 891) y 28 abril 1995 (AS 1355), País Vasco 17 octubre 1995 (AS 3718) ó Cataluña 22 enero 1996 (AS 174).

[266] GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 148 y ss.

Administraciones públicas[267], no en vano el término "contratas y subcontratas" utilizado por la norma tiene un marcado carácter "atécnico"[268].

Cuando la Administración comitente y el empresario concesionario conciertan la gestión por este último de un servicio público encargado por la primera, por regla general, están celebrando un contrato administrativo-empresarial cuya ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos por parte del adjudicatario al servicio de la Administración por razón de ese encargo. El objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del titular de la concesión como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. Esta circunstancia supone, en la práctica, la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del adjudicatario, lo cual provoca consecuencias importantes desde el punto de vista laboral. Esa relación fáctica de trabajo entre la Administración comitente y el trabajador al servicio del concesionario no puede pasar desapercibida, lógicamente, para el Derecho del Trabajo[269].

Como con acierto se ha dicho, "es precisamente la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa --el adjudicatario-- para otra --la Administración-- la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social"270, motivo por el cual todo tipo de cargas y responsabilidades que la Administración pueda tener con los empleados del adjudicatario deriva directamente del vínculo suscrito entre el Ente público y dicho titular de la contrata o concesión a partir del cual se origina la relación mediata de trabajo271. En principio, la condición pública del organismo que adjudica la gestión indirecta de un servicio público no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, razón por la cual no debería afectar al *solidum* legal; de hecho, de no haberse exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador inmediato[272].

Por otra parte, el contrato administrativo encaja sin trauma alguno en el concepto de "contrata", tal y como ha reconocido expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias ocasiones: "una interpretación del reiterado art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto `contratas y subcontratas' celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de `concesión administrativa' ya que, de un lado, la generalidad de los términos `contratas o subcontratas' no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida"[273.] De esta manera, "entendida la contrata como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero, este tercero puede ser una empresa pero puede ser también la Administración que, utilizando el mecanismo de la concesión administrativa, adjudica la gestión de un servicio a quien corresponda según los términos de la convocatoria y cumpliendo los trámites establecidos al efecto por el Derecho Administrativo"[274]. Así pues, "a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social

---

[267] Entre muchas, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 enero 1998 (AS 1998/1173), Castilla-La Mancha 23 marzo 1998 (AS 1282), Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242, 1805) y 24 diciembre 1999 (AS 4356), Cataluña 14 septiembre 1999 (AS 3045), Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167), Madrid 13 junio 2001 y 16 febrero 2004 (AS 2811 y TOL 488844) y Barcelona 20 julio 2004 (TOL 479692).

[268] CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992, págs. 114 y ss.

[269] MARTIN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. VIII, Madrid, 1988, pág. 105.

[270] GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, pág. 125.

[271] RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "*El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET*", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996, pág. 6.

[272] QUIROS HIDALGO, G.: "*Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento*", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005, pág. 15.

[273] SSTS, Social, 18 marzo 1997 (RJ 2572), citando a su vez las SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (RJ 5900, 6910, 8628, 9464, 9844 y 9867). Con carácter más reciente, SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2775, 4233 y 359050).

[274] STSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262). En parecido sentido, STSJ, Social, Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado..., (de modo que) ésta no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido"[275].

Ahora bien, el sistema de la garantía solidaria instrumentado por el art. 42 ET, de aplicación indiscutida a los supuestos de descentralización de vínculos contractuales públicos, queda supeditado, no obstante, al cumplimiento de dos exigencias *sine qua non*: que el objeto de la contrata o concesión administrativa pertenezca a la "propia actividad" de la Administración comitetente y que se desempeñe la actividad en un "centro de trabajo" de la misma, extremos, enormemente difíciles de aquilatar, sobre los que no se va a insistir en este momento, pues ya fueron analizados anteriormente.

[275] SSTS, Cont-Admtivo, 19 mayo 1987 (Ar. 3615) y 9 mayo 1989 (Ar. 4487). En la doctrina, GONZALEZ NAVARRO, F.: "Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público", *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976, págs. 215 y ss.; ARIÑO ORTIZ, G.: "El servicio público como alternativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979, pág. 552; VILLAR EZCURRA, J.L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Madrid, 1981, págs. 19 y ss.; JURISTO SANCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, págs. 165 y ss.; SUAY RINCON, J.: "La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación", en AA.VV (GOMEZ FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, pág. 415.

LA MODIFICACIÓ DE LA LEGISLACIÓ DE CONTRACTES EN LA LLEI 2/2011, DE 4 DE MARÇ, D'ECONOMIA SOSTENIBLE.

Carmina Llumà i Ras
Advocada,
Professora de Dret administratiu
Universitat Pompeu Fabra

LA MODIFICACIÓ DE LA LEGISLACIÓ DE CONTRACTES EN LA LLEI 2/2011, DE 4 DE MARÇ, D'ECONOMIA SOSTENIBLE 1
EIXOS DE LA REFORMA 7
INCENTIVACIÓ DE LES FÓRMULES DE COL·LABORACIÓ PÚBLIC PRIVADES 7
LA NOVA REGULACIÓ DE LA MODIFICACIÓ DELS CONTRACTES 14
MÉS EFICIÈNCIA. REDUCCIÓ DE CÀRREGUES ADMINISTRATIVES I AGILITZACIÓ DE TRÀMITS 18
A. REFORÇ A LA PLATAFORMA DE CONTRACTACIÓ DE L'ESTAT 18
B. L'EXCEPCIÓ DE LA GARANTIA PROVISIONAL 18
C. LA SUCCESSIÓ DEL CONTRACTISTA 19
D. LES CAUSES DE RESOLUCIÓ DEL CONTRACTE 19
PARTICIPACIÓ DE LES PIMES EN LA CONTRACTACIÓ 19
FOMENT A LA INNOVACIÓ 20
REGULACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ PRECOMERCIAL 20
CONCLUSIONS 22

LA MODIFICACIÓ DE LA LEGISLACIÓ DE CONTRACTES EN LA LLEI 2/2011, DE 4 DE MARÇ, D'ECONOMIA SOSTENIBLE

La present ponència pretén ser una anàlisi de les modificacions que en matèria de contractació del sector públic ha suposat la recent aprovació i publicació de La Llei d'Economia Sostenible (en endavant LES).

La Llei de l'economia sostenible va ser aprovada pel consell de ministres el el 19 de març de 2010. La tramitació parlamentària es va iniciar l'abril de 2010 i acabà el febrer de l'any següent, essent publicada al BOE de 5 de març de 2011.

Aquesta Llei, llarga, complexa i polèmica en la seva tramitació, suposa ni més ni menys que la modificació de 35 normes amb rang de llei.

La llei troba el seu fonament en una estratègia més complexa del Govern –Estratègia per a l'economia sostenible- a favor de la recuperació econòmica, basada no en un model conjuntural

sinó en un creixement que ha de durar en el temps[1]. Per tant, no es tracta de la recuperació econòmica basada en models a curt termini, com reconeix que ha passat en temps anteriors, sinó un model econòmic que ha de ser la conducta de les administracions i els ciutadans pels propers anys, en concret pels propers 10 anys. L'estratègia conté un conjunt d'iniciatives legislatives[2], reglamentàries i administratives i la promoció de reformes en àmbits específics de l'economia espanyola com el laboral o el de la comissió del Pacte de Toledo.

Com dèiem, la Llei d'Economia Sostenible és una de las peces més importants de l'Estratègia ja que segons el propi legislador aborda, transversalment i amb abast estructural, molts dels canvis que, amb rang de llei, són necessaris per a incentivar i accelerar el desenvolupament d'una economia més competitiva, més innovadora, capaç tant de renovar els sectors productius tradicionals com d'obrir-se decididament a les noves activitats demandants d'ocupació estable i de qualitat.

Com esmentàvem però, no totes les reformes legals que es contenen en l'Estratègia estan incorporades en la Llei de l'economia sostenible sinó que altres, en tractar-se de reformes substancials de textos legals vigents o proposta de nous textos s'han tramitat de manera separada a la llei que tractem avui. Per exemple, alguns dels elements d'aquesta proposta són el nou model aeroportuari, la llei de l'eficiència energètica i d'energies renovables i la llei de residus, entre d'altres.

La Llei d'Economia Sostenible té 114 articles, 20 disposicions addicionals, 9 transitòries, una derogatòria i 60 disposicions finals, la darrera de les quals sobre la seva entrada en vigor, l'endemà de la seva publicació.

La Llei s'estructura en un Títol preliminar -en què es defineix el seu objecte[3], el concepte d'economia sostenible[4] i els principis resultants de l'actuació dels poders públics- i en quatre Títols que contenen el conjunt de reformes d'impuls de la sostenibilitat de l'economia espanyola.

Es recull en el Títol preliminar una sèrie de principis d'acció dels poders públics que estan en la base de l'acció sobre el model de creixement econòmic i el seu desenvolupament:

---

[1] "Este nuevo paso en la modernización de la economía española responde al reto de reforzar los elementos más sólidos y estables de nuestro modelo productivo. Con ello podrá reducirse la excesiva dependencia de unos pocos sectores sometidos a la coyuntura y, en cambio, se impulsan al máximo las posibilidades abiertas por el avance de nuevas actividades que ofrecen una mayor estabilidad en su desarrollo, especialmente en cuanto a la generación y el mantenimiento del empleo y que, por esa misma razón, exigen una cualificación superior en sus trabajadores. Actividades, además, en las que las empresas españolas se han implicado con fuerza y han llegado ya a ocupar posiciones de liderazgo internacional. Esa es la Economía Sostenible que la presente Ley quiere impulsar" (exposició de motius de la Llei).

[2] "Todas ellas (las iniciativas) pretenden servir a un nuevo crecimiento, a un crecimiento equilibrado, duradero: sostenible. Sostenible en tres sentidos: económicamente, esto es, cada vez más sólido, asentado en la mejora de la competitividad, en la innovación y en la formación; medioambientalmente, que haga de la imprescindible gestión racional de los medios naturales también una oportunidad para impulsar nuevas actividades y nuevos empleos; y sostenible socialmente, en cuanto promotor y garante de la igualdad de oportunidades y de la cohesión social (Exposició de motius de la Llei).

[3] Artículo 1. Esta Ley tiene por objeto introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible.

[4] Artículo 2. A los efectos de la presente Ley, se entiende por economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades.

- millora de la competitivitat (les administracions públiques han d'impulsar l'increment de la competitivitat de les empreses, mitjançant marcs regulatoris que afavoreixin la competència i l'eficiència dels mercats de bens i serveis)
- estabilitat de les finances públiques
- racionalització de les administracions públiques
- foment de la capacitat innovadora de les empreses
- estalvi i eficiència energètica.
- promoció de les energies netes, reducció d'emissions i eficaç tractament dels residus.
- racionalització de la construcció residencial
- extensió i millora de la qualitat de l'educació i impuls de la formació contínua.
- enfortiment i garantia de l'estat social.

Un cop delimitat en el títol preliminar l'objecte i els principis de la reforma la llei entra en els quatre títols que la conformen:

El primer es centra en la millora de l'entorn econòmic, entenent-se en aquest àmbit les actuacions del sector públic que determinen el context de desenvolupament de l' economia.

El Títol II introdueix una sèrie de novetats directament vinculades amb l' impuls de la competitivitat del model econòmic actual, eliminant obstacles administratius i tributaris, actuant específicament sobre tres eixos de millora de la competitivitat de les empreses: el desenvolupament de la societat de la informació, un nou marc de relació amb el sistema de I+D+i i una important reforma del sistema de formació professional.

El Títol III conté una sèrie de reformes que, des de la sostenibilitat ambiental, incideixen en els àmbits centrals del model econòmic: la sostenibilitat del model energètic, la reducció d'emissions, el transport i mobilitat sostenible, i l' impuls del sector de l'habitatge des de la perspectiva de la rehabilitació.

El Títol IV, finalment, conté els instruments per a l'aplicació i avaluació de la Llei d'Economia Sostenible: el Fons d'Economia Sostenible, la coordinació administrativa en el seguiment i avaluació de la Llei i l'Informe del Govern sobre el desenvolupament de l'economia sostenible.

En el títol primer, que conté el capítol V sobre contractació administrativa, com dèiem, s'hi concentren les reformes del sector públic orientades a garantir un entorn econòmic eficient i de suport a la competitivitat de l'economia espanyola. S'hi contenen doncs reformes que afecten l'actuació de totes les administracions públiques, en exercici de les competències estatals sobre el procediment administratiu comú i sobre l'ordenació de l'economia.

Pel que fa a **la contractació** La Llei d'Economia Sostenible procedeix a la modificació de determinats aspectes de la llei de contractes del sector públic, la Llei 30/2007, que a la seva vegada ja havia estat modificada recentment per les lleis 14/2010 i la llei 34/2010 ; i a la introducció de 2 articles nous en matèria de contractació que no suposen modificacions de normativa anterior.

La primera qüestió que cal posar de manifest és la coincidència en el temps de tramitació de dos projectes de llei que modificaven parcialment la Llei de contractes de 2007. Modificacions que si bé podem entendre que resulten d'objectius diferents, sí que cal entendre que produeixen canvis significatius que s'encavalquen en el temps. De manera que podia havia estat molt més eficient incloure les dues reformes en una de sola. Més quan, com anirem veient, les unes i les altres tenen com a finalitat adaptar la llei a diferents pronunciaments comunitaris en matèria de contractació.

En efecte, la Llei 34/2010 respon bàsicament als objectius de preveure els **supòsits especials de nul·litat** en la contractació administrativa (com a mesura de reacció davant d'un infracció que afecti la preceptiva publicitat de la convocatòria o la inobservança dels terminis de suspensió, arts

37 a 39 LCSP) alhora que introduïa el **recurs especial potestatiu en matèria de contractació** (addició d'un llibre VI, arts 310 a 320 LCSP) per tal que un òrgan independent de l'òrgan de contractació de manera potestativa, pogués resoldre els recursos previ a la via contenciosa. La Llei va aportar altres canvis, com ara unificar l'adjudicació del contracte suprimint l'adjudicació provisional, establir la perfecció del contracte amb la seva formalització, o el foment de l'ús dels mitjans electrònics en la contractació i l'excepcionalitat de l'exigència de garantia provisional. Els dos canvis principals venien imposats per la aprovació de la Directiva 2007/66/CE d'11 de desembre i per la necessitat de donar compliment a la sentència del TJUE del 3 d'abril de 2008.

En relació a aquesta reforma, cal dir però que a Catalunya encara no s'ha creat el Tribunal Català de contractes del sector públic amb competències sobre la contractació de l'administració i el sector públic de la Generalitat així com del món local. De manera que actualment i pels contractes iniciats amb posterioritat a la llei 34/2010 tant la Generalitat com els ens locals passen a ser regulats per la disposició transitòria segona de la llei que determina que les resolucions dels recursos (davant dels mateixos òrgans que tenien fins ara la competència) que no siguin totalment estimatòries o que essent-ho hi haguessin altres interessats, la resolució no serà executiva fins que sigui ferma o, si s'interposa contenciós, fins que el tribunal no s'hagi pronunciat sobre la suspensió, alterant el principi d'eficàcia dels actes administratius previst a la normativa sobre procediment administratiu. Haurem de veure com s'interpretarà aquesta darrera previsió ja que els tribunals contenciosos només es pronuncien sobre la suspensió quan el recurrent ho demani; per tant, entenem que si no es demana, s'hauria de considerar que la resolució és ja executiva.

Aquests efectes suspensius no acaben de casar amb la voluntat d'eficiència de la contractació pública, i en tot cas, amb els objectius de recuperació econòmica de la nova llei. De manera que l'atorgament dels efectes suspensius d'aquests recursos podria ser qüestionada per poc respectuosa amb els principis d'aquesta nova llei.

De fet podem dir, que pocs eren els recursos en matèria de contractació que es presentaven fins al moment, i que la majoria d'ells (al menys en l'àmbit autonòmic) responien molt més a errors del licitador en la presentació de la documentació dels sobres (degut als canvis introduïts pel reglament de desplegament parcial de la llei), que no pas a veritables recursos en matèria de contractació.

D'altra banda, com a detall d'aquesta voràgine legislativa, hem detectat que la LES modifica tres articles que van ser modificats l'any 2010, és a dir, regulacions que han tingut una vigència d'escassos mesos en la legislació contractual, es tracta dels següents:

Art 91.1segon paràgraf: es millora la redacció relativa a la motivació de l'exigència de la garantia provisional, per tal que quedi clar que l'exigència de garantia s'ha de motivar en relació al contracte concret.

Art. 206 i 208 relatius a la de resolució del contracte. Si bé el canvi del 2010 era relatiu a la supressió de les causes de "no formalització" del contracte i ara els canvis es refereixen al tractament dels modificats.

Alta normativa recent en matèria de contractació administrativa la trobem amb el Reial Decret-llei 6/2010, de 9 d'abril, de mesures per d'impuls de la recuperació econòmica i l'ocupació; que té com objectiu facilitar la continuïtat de la relació contractual amb l'administració als contractistes que hagin efectuat la declaració de concurs de creditors voluntari i que aquest hagi adquirit eficàcia en un conveni; permet la devolució de la garantia en cas de resolució del contracte quan l'execució de la prestació no s'hagués interromput fins al moment de declaració d'insolvència i el concurs no s'hagués qualificat com culpable; i, finalment, es facilita la cessió del contracte encara que el cedent no tingui executat el 30% de l'import, si hagués sol·licitat la declaració de concurs voluntari.

Així mateix, la Llei 14/2010, de 5 de juny, sobre les infraestructures i els serveis d'informació geogràfica, que va modificar l'article relatiu a les garanties en el cas del contracte de concessió d'obres públiques, de manera que l'òrgan de contractació, atenent a les circumstàncies i durada dels contractes pugui reduir l'import de la garantia definitiva una vegada acabada l'obra i estigui en fase d'execució. Considerem absolutament afortunada aquesta previsió.

Retornant a la LES, aquesta pretén trobar fonament pel que fa a les mesures de la contractació pública en els objectius globals de recuperació econòmica, tant en l'eficiència en la contractació pública com en la col·laboració públic-privada com elements fonamentals de la relació entre l'administració pública i el teixit empresarial, i a la vegada com a àmbits en els que ha de reforçar-se la vinculació a paràmetres de sostenibilitat econòmica[5]. Tot i això el legislador és prou honest quan manifesta que alguns dels canvis –i crec que podem dir que els més essencials- responen a mandats o recomanacions de la Unió Europea[6].

En definitiva, si els canvis més essencials de la llei deriven d'incompliments o recomanacions de la UE, no té massa sentit que s'hagi procedit a introduir els canvis en la llei d'economia sostenible i hagués estat molt més eficient que haguessin estat inclosos en la modificació produïda l'any 2010. Almenys tots els que derivaven d'incompliments ja coneguts i la nova llei s'hagués dedicat a regular veritables aspectes innovadors en el marc d'una nova economia sostenible. Acabem tenint la sensació que el legislador estatal en matèria de contractació està jugant al joc del gat i la rata amb les institucions europees.

D'acord amb aquests objectius, destaquem els següents eixos de la reforma:

- l' impuls de la col·laboració públic-privada
- la nova regulació dels modificats.
- la millora de l'eficiència en al contractació

---

[5] En relació a l'impacte econòmic de les mesures en matèria de contractació**,** d'acord amb la mateixa memòria de l'anàlisi d'impacte normatiu, l'efecte principal de les reformes en l'àmbit de la contractació pública ha de ser contribuir a la sostenibilitat del finançament de les administracions públiques, en la mesura en que van dirigides a reduir costos pels contractistes (que podran produir-se en ofertes més competitives), augmentar la competència i la transparència, i a impulsar noves figures de contractació, com la col·laboració públic privada, que permeten crear les condicions per incrementar l'eficiència en la gestió dels fons públics. "Com a efectes derivats, es podria assenyalar, la millora de les condicions de competència en els mercats públics, la major facilitat d'accés de les pimes a aquests mercats, l'impuls a la innovació a través de la contractació pública i, previsiblement, un augment eficient de la inversió en infraestructures i dotacions claus, a través de fórmules de col·laboració públic privada".

[6] L'exposició de motius explicita el següent en matèria de contractació administrativa: "En el Capítulo V se impulsa la eficiencia en la contratación pública y la colaboración público privada, como elementos fundamentales de relación entre la Administración Pública y el tejido empresarial y, a la vez, como ámbitos en los que debe reforzarse la vinculación a parámetros de sostenibilidad económica. La adopción de estas medidas conlleva la reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificada en la Disposición final decimosexta. En especial, se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por ciento el precio inicial del contrato. Asimismo, se establece una mayor transparencia de la información en la contratación pública, se fomenta la realización de contratos de investigación y desarrollo, y se impulsa la participación de pequeñas y medianas empresas en la contratación pública. Además, se centraliza el acceso a la información contractual en una plataforma electrónica en la que se difundirá toda la información relativa a las licitaciones convocadas por el sector público estatal. Asimismo, se simplifican los trámites administrativos en los procesos de contratación disminuyendo el coste que para los empresarios implica participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Se establecen reglas específicas para la denominada «contratación precomercial», considerada por la Comisión Europea como un instrumento imprescindible para impulsar la innovación y proporcionar servicios públicos de calidad y sostenibles, permitiendo una mayor implicación de la contratación pública en la implementación de la política de investigación, desarrollo e innovación. Por último, se incluyen ciertas previsiones que completan el régimen jurídico de las fórmulas contractuales e institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, para potenciar estas figuras y facilitar su empleo por el sector público, al tiempo que se regulan los términos en que los adjudicatarios de estos contratos pueden concurrir a los mercados de capitales para obtener financiación para la ejecución de los mismos".

- la potenciació de determinats contractes associats a la innovació i la contractació pre-comercial
- facilitar la participació de les empreses petites i mitjanes

La regulació en matèria contractual en la Llei es produeix en els articles 37 i 38 que constitueixen el Capítol V del títol primer de la llei titulat "Contratación pública y colaboración público privada".

El capítol consta de 2 únics articles dedicats a la millora de l'eficiència en la contractació i el finançament de la col·laboració públic privada (art 37) i el foment de la contractació pública d'activitats innovadores (art 38). El primer constitueix un mandat als *ens organismes i entitats del sector públic per tal que vetllin per l'eficiència i el manteniment dels termes acordats en l'execució dels processos de contractació pública, afavoreixin l'agilització de tràmits, valorarin la innovació i la incorporació d'alta tecnologia com a aspectes positius en els processos de contractació pública i promoguin la participació de la petita i mitjana empresa i l'accés sense cost a la informació en els termes que aquesta llei comporta a la llei de contractes del sector públic mitjançant la disposició final 16 de la llei.* És a dir, la tècnica de la llei d'economia sostenible és la de redactar un article que determina que els objectius i les finalitat i els principis que han de seguir els poders públics en l'aplicació de la reforma de la llei de contractes que es segueix en la disposició final setze de la llei. Aquesta disposició conté modificacions en 35 articles de la llei 30/2007.

A continuació, i abans d'entrar en l'anàlisi dels canvis fonamentals de la llei 2/2011 en matèria de contractació inclosos en la ja mencionada disposició final setze, citarem aquells altres articles LES que contenen modificacions en matèria contractual:

Disposició addicional vint. Informe del Govern sobre inclusió de l'IVA en procediments de contractació pública. La Llei ordena al Govern l'elaboració d'un informe en el termini de 3 mesos que té com a missió analitzar la possibilitat, en el marc de la normativa comunitària, d'incloure en el preu dels procediments de contractació pública l'iva quan intervinguin licitadors excents de l'import, en particular entitats del tercer sector, tenint en compte el principi d'adjudicació dels serveis a l'oferta econòmicament més avantatjosa per a l'administració, així com la resta de principis que han de regir la contractació pública.

Disposició transitòria setena. Contractes administratius adjudicats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta Llei. Els contractes administratius regulats per la Llei 30/2007 que hagin estat adjudicats amb anterioritat a l'entrada en vigor de la present llei, es regiran pel que fa als seus efectes, compliment i extinció, inclosa la seva duració i règim de pròrrogues, per la normativa anterior. És la mateixa redacció que va establir la llei 30/2007 pels contractes adjudicats abans de l'entrada en vigor de la llei, però a diferència d'aquesta no regula de manera específica els expedients de contractació iniciats abans de l'entrada en vigor de la nova llei però no adjudicats, com sí feia la LCSP i, per tant, s'aplica la nova Llei, fet que generarà problemes en la seva aplicació pràctica, com veurem més endavant[7]. Tanmateix cal assenyalar doncs la manca d'efectivitat de les mesures d'aquesta llei pels contractes vigents, en especial pels contractes de llarga durada com les concessions d'obra pública en què les modificacions no els hi seran aplicables. I en canvi, l'aplicació de la LES als contractes licitats abans però adjudicats a l'entrada en vigor de la LES.

Disposició final trenta-dos. Autorització per a elaborar un text refós en matèria de contractació pública. Autoritza al Govern per elaborar en el termini d'un any un text refós en que s'integrin la llei 30/2007 i les disposicions en matèria de contractació del sector públic contingudes amb normes amb rang de llei, incloses les relatives a la captació de finançament privat per a l'execució dels contractes públics. Exposa la voluntat que si s'aprova la *Llei de Captació de finançament en els mercats per les concessionàries d'obres públiques*[8] s'inclogui en el text refós, i per tant, sembla

[7] A tall d'exemple, s'ha d'aplicar el nou règim dels modificats que és essencialment diferent del contemplat en la legislació vigent en el moment de fer els plecs.
[8] Projecte de Llei en fase de tramitació al Congrés i que tractarem més endavant.

que autoritza una refosa de normes amb rang de llei que encara es troben en fase de tramitació parlamentària.

Disposició final cinquanta-cinc. Modificació de la Llei 30/2007, de 30 de octubre, de Contractes del Sector Públic. Modifica amb efectes **1 de gener de 2011 i amb vigència indefinida** l'article 8.1 de la llei 30/2007 relatiu al contracte de gestió de serveis públics (crida l'atenció la retroactivitat de la mesura i no hem trobat la seva justificació), entenent-se com aquell en virtut del qual una administració o una mútua d'accidents de treball i malalties professionals de la seguretat social, encomana a una persona natural o jurídica, la gestió d'un servei la prestació del qual ha estat assumida com a pròpia de la seva competència per l'administració o per mútua. Les esmentades mútues només poden realitzar aquest tipus de contracte respecte de la gestió de la prestació d'assistència sanitària.

EIXOS DE LA REFORMA

INCENTIVACIÓ DE LES FÓRMULES DE COL·LABORACIÓ PÚBLIC PRIVADES

La Llei, en el marc d'una economia sostenible, conté com un dels seus objectius el foment de les fórmules de col·laboració públic privades en matèria de contractació, i entenem que en conjunt és dona un pas un pas important pel seu assoliment.

Els eixos d'aquesta reforma s'inspiren, una vegada aprovades les Directives Europees de l'any 2004 en matèria de contractació, en els següents documents:

- Llibre Verd sobre la col·laboració públic privada i el Dret comunitari en matèria de contractació pública i concessions (2004) i l'informe subsegüent de maig de 2005.
- Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, el Consell, el Comitè Econòmic i Social Europeu i el Comitè de les Regions: sobre col·laboració públic privada i Dret comunitari en matèria de contractació pública i concessions (maig 2005)
- Resolució legislativa del Parlament Europeu sobre la col·laboració públic privada i el Dret comunitari en matèria de contractació pública i concessions (octubre 2006).
- Comunicació interpretativa de la Comissió relativa a l'aplicació del dret comunitari en matèria de contractació pública i concessions a la col·laboració públic privada institucionalitzada (CPPI) (abril 2008).
- Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, el Consell, el Comitè Econòmic i Social Europeu i el Comitè de les Regions: mobilitzar les inversions públiques i privades amb vistes a la recuperació i el canvi estructural a llarg termini: desenvolupament de la col·laboració públic privada (novembre 2009)

En aquesta exposició utilitzarem el concepte de col·laboració públic privada en sentit ampli, com a tota fórmula d'associació entre un soci públic i un privat per a la realització d'una determinada prestació i, per tant, un concepte que engloba les tres figures d'associació que reconeix la Llei[9].

D'acord amb el referit Llibre verd, la col·laboració públic privada "es refereix a les diferents formes de cooperació entre les autoritats públiques i el món empresarial, l'objectiu de les quals és garantir el finançament, construcció, renovació, gestió o el manteniment d'una infraestructura o la prestació d'un servei".

Amb la nova legislació contractual, les fórmules existents són:

---

[9] Quan ens referíem a la totalitat de fórmules de col·laboració o associació públic privada, les abreujarem amb les sigles PPP (public private partnership) per tal de no generar confusió amb el "contracte de col·laboració públic-privat", sovint abreujat com a CPP.

- “col·laboració públic-privada” en els termes de la LCSP, i que podríem denominar com a “col·laboració públic-privada contractual”, quan comporta la contractació d’una “actuació integral” per un termini en principi més breu que el de la concessió. La contraprestació del contracte és únicament un “preu” que pot anar vinculat al rendiment. Aquesta fórmula en el nostre ordenament només es pot utilitzar de manera supletòria (quan prèviament s’hagi posat de manifest que altres fórmules alternatives de contractació no permeten satisfer les finalitats públiques).
- “col·laboració públic privada institucionalitzada”, la nova figura que la recull la LES, que implica la col·laboració entre un públic i un privat a través de la creació d’una entitat. Aquesta PPP institucionalitzada es pot portar a terme bé mitjançant la creació d’una entitat en què participen de manera conjunta el sector públic i el privat, o bé a través de la participació efectiva (no la simple compra d’accions) en la gestió d’una empresa pública existent per part d’una empresa privada. Ens referim a la necessitat de transferència del “control”, com a aquell element que permet que el risc passi realment –encara que sigui en part- al soci privat.
- “ la concessió d’obra pública” (el règim jurídic de la qual es configurà en el nostre ordenament en la Llei 13/2003, del contracte de concessió d’obra pública, i que està essent la figura més utilitzada per les administracions públiques), contracte pel qual correspon al concessionari la realització d’algunes prestacions pròpies del contracte d’obres, així com la conservació i manteniment dels elements construïts. La contraprestació consisteix en el dret d’explotar l’obra, o bé, en l’esmentat dret acompanyat del de percebre’n un preu.

Les característiques d’aquestes operacions, seguint el Llibre verd de la col·laboració públic privada, són:

- La durada relativament llarga de la relació, que implica la cooperació entre el soci públic i el privat en diferents aspectes del projecte que realitza.
- El mode de finançament del projecte, en part garantit pel sector privat, en ocasions a través d’una complexa organització en la que intervenen diversos participants. No obstant, el finançament privat es pot completar amb finançament públic, que pot arribar a ser molt elevat.
- L’important paper de l’operador econòmic, que participa en diferents etapes del projecte (disseny, realització, execució i finançament). El soci públic es concentra essencialment en definir els objectius que s’han d’assolir en matèria d’interès públic, qualitat dels serveis i política de preus, a l’hora que garanteix el control en el compliment dels esmentats objectius.
- El repartiment dels riscos entre el soci públic i el privat, al que es transfereixen aquells que habitualment suporta el sector públic. No obstant, les operacions de PPP no impliquen necessàriament que el soci privat assumeixi tots els riscos derivats de l’operació, ni tan sols la major part. El repartiment precís dels riscos es realitza cas per cas en funció de les capacitats respectives de les parts per avaluar-los, controlar-los i gestionar-los.

Una de les principals avantatges de totes aquestes fórmules associatives amb els privats és que permeten mantenir uns nivells adequats d’inversió pública sense incrementar el dèficit de les administracions durant el període d’execució de les obres, sempre i quan es compleixin unes determinades condicions. És a dir, no es generarà dèficit pel valor de la inversió en el moment de la seva execució sinó que el pagament del cost de les obres s’extendrà durant tot el termini d’explotació de les mateixes.

Aquestes fórmules si bé es mostren especialment atractives en moments de crisi com l’actual, presenten altres efectes positius més enllà d’aquests períodes. En aquest sentit es detecta que les fórmules de PPP tenen un comportament millor respecte el compliment del pressupost d’adjudicació i dels terminis d’execució que les finançades amb els models tradicionals.

Per altra banda, tal com està definit el dèficit públic en termes del Sistema Europeu de Comptes (SEC), les fórmules de PPP són les úniques que permeten diferir el cost de les infraestructures també als exercicis posteriors als de construcció. De manera que el cost de les obres no ha de ser sufragat únicament pels exercicis en què aquestes es fan sinó també pels exercicis posteriors, corresponents a l'explotació de l'obra. De manera que són corresponsables del seu pagament totes les generacions que gaudeixen d'una determinada, és el que es coneix com a principi d'equitat intergeneracional.

La UE és conscient del paper de recuperació econòmica que pot suposar l'ús de fórmules PPP en la contractació pública i que el context de crisi està dificultant la seva utilització, de manera que entén necessari clarificar i establir nous instruments de recolzament de les mateixes. A títol il·lustratiu, segons un estudi del Centre Europeu Expert en Col·laboració Públic-Privada EPEC l'any 2009 es va detectar una baixada del 30% respecte de l'any anterior de les PPP que arribaven a la fase de tancament financer, així mateix, segons un estudi de Siemens del 2007 únicament un 4% de la inversió del sector públic es realitza mitjançant aquestes fórmules.

El primer que cal tenir clar al moment d'iniciar un projecte de col·laboració amb el sector privat és clarificar quines avantatges aporta respecte altres alternatives. És a dir, cal analitzar quin és el valor afegit que aporta l'ús d'una fórmula PPP en relació a altres fórmules contractuals més tradicionals, tant des d'una perspectiva econòmica com de la seva idoneïtat per a la seva gestió per part de l'agent privat.

D'altra banda, és evident que l'objecte ha de ser susceptible d'explotació econòmica i que aquesta ha de ser rendible, sinó no hi haurà interès dels tercers, per això les concessions d'obra pública han d'iniciar-se amb un estudi de viabilitat econòmica.

Finalment, per tal que un projecte no generi dèficit a l'Administació en terme SEC durant la fase d'execució de la inversió, cal que es produeixi una transferència real de determinats riscos del sector públic al privat. En aquest sentit, és clau la resolució d'Eurostat del mes de febrer de 2004 en la qual es determina que per tal que els actius d'una PPP es considerin actius no públics i per tant no es registrin en els comptes de les administracions públiques als efectes de dèficit de l'exercici, s'han de complir dues condicions: 1) el soci privat ha de suportar el risc de construcció i 2) el soci privat ha de suportar almenys un dels dos riscos següents, el de disponibilitat o el vinculat a la demanda. (v. arts 225 LCSP i 229 sobre transferència dels risc construcció i del risc explotació). Si l'agent privat no assumeix aquests riscos, es quedarien en el sector públic, i per tant, la inversió computaria en el dèficit de l'exercici en el que s'executa.

Mitjançant el risc de contrucció el contractista assumeix a risc i ventura propis els desviaments respecte d'allò que determina el projecte que es puguin produir en la fase d'execució de les obres.

Pel que fa al segon element ens referim a que el concessionari ha d'assumir el risc en la retribució, és a dir, que aquesta no pot ser garantida per l'administració. La retribució pot consistir en un pagament per trànsit (demanda) o per disponibilitat. En el primer cas es paga en funció dels vehicles que passen, per exemple en el cas d'una carretera (atenent a que el pagament pot ser per a càrrec de l'usuari de la infraestructura o per l'administració en substitució de l'usuari a través del conegut com a "peatge a l'ombra"); en el segon cas l'Administració paga en funció del manteniment d'unes condicions de conservació i ús de la infraestructura (estàndards de qualitat, no es produeixin talls;...).

Darrerament els mecanismes de retribució del concessionari estan passant d'un sistema basat en el trànsit a sistemes mixtes on també es valora la qualitat en el manteniment de la via. Entenem que aquesta evolució respon més a qüestions conjunturals. Atès que el risc de disponibilitat és més gestionable per part del privat, els inversors i les entitats financeres perceben el projecte com de menor risc, i per tant, facilita l'obtenció dels recursos necessaris pel seu finançament.

Tanmateix, a banda d'aquests riscos poden transferir-se'n d'altres en funció de cada tipologia de contracte. A títol d'exemple, en el cas d'una concessió d'obra pública, es pot transferir el risc del projecte, on el concessionari redacta el projecte partint de l'avantprojecte amb el que

l'administració ha sortit a concurs, de forma que si és produeixen canvis en el mateix, seran assumits a risc i ventura del concessionari.

Doncs bé, a grans trets podem concloure que són sistemes que busquen optimitzar la participació del privat en la gestió i el manteniment de l'obra pública, per tal d'assolir un major grau d'eficiència que reverteixi en un menor cost pel sector públic. Sistemes a la fi, òptims per impulsar infraestructures o elements més complexos de preu elevat que no difícilment podrien ser desenvolupats i finançats amb mètodes pressupostaris habituals o amb el sistema de preu aplaçat, més conegut per mètode alemany, que no comporta cap especialitat en matèria de dèficit més enllà de traslladar el pagament de l'obra a l'any de la seva finalització.

Algunes d'aquestes fórmules, si bé es troben des de fa temps previstes en el nostre ordenament han tingut sort diferent. D'una banda la concessió d'obra pública podem dir que ja s'ha institucionalitzat, essent pràctica habitual tant de totes les administracions, la resta de fórmules de PPP no han tingut la mateixa sort. Segurament hi ha contribuït la seva regulació quan subjecta l'ús d'aquests contractes a què prèviament s'hagi demostrat que altres fórmules no són possibles o el fet que la regulació no hagi estat prou clara, fet que genera incertesa en el conjunt d'agents, i conseqüentment, dificultats per a obtenir el finançament.

La llei doncs, conscient que aquestes són fórmules òptimes que permeten la inversió en moments com l'actual opta, per fer un salt endavant en la seva regulació.

Les principals novetats de la Llei són les següents:

a)**potenciació dels contractes de col·laboració públic privada** contractual a través de permetre'n el seu ús a **les entitats públiques empresarials o organismes similars de les comunitats autònomes** (art 11) i no únicament per les administracions públiques. Hem d'entendre que no és voluntat del legislador que aquestes fórmules no puguin ser utilitzades en aquests supòsits també pel món local. Es valora positivament l'aplicació subjectiva de la LES en tant que possiblement seran aquests ens els qui utilitzin més aquestes fórmules.

b) es regulen les societats d'economia mixta:

Com dèiem una de les novetats importants de la LES és la introducció d'aquesta figura. Les determinacions de la LES s'han basat en la Comunicació Interpretativa sobre CPPI, atès que com a resultat del llibre verd es conclou una manca de seguretat jurídica d'aquestes operacions a tots els Estats membres, en concret respecte de les regles per l'elecció del soci privat.

A través de la DA 35 es preveu el règim d'adjudicació de contractes públics en el marc de fórmules institucionals de col·laboració entre el sector públic i el sector privat. Es preveu que els contractes **públics i concessions** podran adjudicar-se **directament** a una societat d'economia mixta en què hi concorri capital públic i privat, sempre que l'elecció del soci privat s'hagi efectuat de conformitat amb les normes establertes en la llei de contractes per a l'adjudicació del contracte, l'execució del qual en constitueixi el seu objecte i sempre que no s'introdueixin modificacions en l'objecte i les condicions del contracte que es van tenir en compte en la selecció del soci privat.

Dos elements són importants d'aquesta regulació: l'elecció del soci privat i la limitació a la possibilitat d'introduir modificacions sobre l'objecte contractual.

En relació a les fórmules d'elecció del soci privat la Comissió va considerar ja en la seva comunicació interpretativa que la possibilitat de fer dues licitacions (la primera per l'elecció del soci i la segona per l'adjudicació del contracte a la societat de capital mixta) no es considerava gens pràctica. Planteja doncs com a solució que el soci privat sigui seleccionat mitjançant un procés de licitació transparent i competitiu l'objecte del qual és el contracte que s'ha d'adjudicar a l'entitat de capital mixte i la contribució del soci privat a l'execució d'aquest. La selecció del soci privat va acompanyada de la creació de la CPPI i l'adjudicació del contracte a l'entitat de capital mixte. D'altra banda cal garantir l'observança dels principis del dret comunitari en matèria de contractació en l'elecció del soci.

En segon la regulació de la LES posar èmfasi en què no es pot modificar l'objecte del contracte, de manera que la societat d'economia mixta s'ha de considerar una societat "ad hoc" l'objecte de

la qual és l'execució del contracte, sense que l'òrgan de contractació li pugui adjudicar altres contractes similars. Es tracta d'evitar que la nova societat funcionés com si es tractés d'un mitjà propi de l'administració (art. 24.6LCSP) supòsit que requeriria que la totalitat del capital de la societat hauria de ser de titularitat púbica (sentència tragsa).

c) **Finançament**

Des de la perspectiva del finançament dels contractes de col·laboració entre el sector públic i privat cal dir que l'objectiu de la LES és aclarir les fórmules de finançament de la **col·laboració públic privada contractual**, sense que, al meu entendre, aporti massa claredat al respecte. Cal tenir en compte que actualment l'única figura que compta amb un sistema de finançament regulat és la concessió d'obra pública (arts vigents de la Llei 13/2003).

Cal recordar que la disposició final desena de la Llei 30/2007, establia que en el termini d'un any a partir de l'entrada en vigor de dita Llei, el Govern havia de presentar al Congrés un projecte de Llei que regulés les modalitats de captació de finançament en els mercats pels concessionaris d'obres públiques o pels titulars de contractes de PPP, així com el règim de garanties que puguin aplicar-se a dit finançament. En compliment d'aquest mandat, el Govern va aprovar en el mes d'octubre de 2009 el projecte de *Llei de captació de finançament en els mercats per les concessionàries d'obres públiques*, que encara es troba en fase de tramitació parlamentària (s'ha ampliat 47 vegades el període d'esmenes) i que paradoxalment només s'aplica a les concessions i no a la resta de PPP.

Sembla que mancant la Llei de Captació, la LES aporta una referència per al finançament del PPP a l'article 37 preveient que el finançament dels col·laboradors privats en els contractes de CPP no institucionalitzats, en els supòsits que per l'objecte tinguin naturalesa de concessió d'obra pública, es portarà a terme en les condicions i terminis previstos en la normativa reguladora del finançament de la concessió d'obra pública. És a dir, hi ha una equiparació entre col·laborador privat i concessionari. Entenem, que aquesta previsió resulta insuficient per a l'impuls d'aquesta tipologia de contractes, i cal estar a l'espera de l'aprovació per part del Congrés.

D'altra banda el mateix article 37 conté previsions amb l'objectiu d'assegurar la bona consecució d'aquests contractes. Bàsicament es preveu que en el cas de resolució del contracte, l'òrgan de contractació donarà audiència als creditors per si aquests ofereixen subrogar-se en el compliment del contracte; per altra banda, s'estableix que en cas que procedeixi la resolució del contracte, l'entitat contractant pugui posar a disposició dels creditors una quantitat no superior al 80% del cost real de les inversions realment executades, detraient aquesta quantitat de la liquidació del contracte. Ens trobem davant dos supòsits que es dirigeixen clarament a assolir un doble objectiu: posar les bases que facilitin la finalització del contracte i donar unes garanties addicionals als creditors dels mateixos. Són dos aspectes que aporten una certa flexibilitat i reducció de riscos en relació a altres tipus de contractes, i per tant, mesures d'impuls real de les col·laboracions públic privades.

Arribats a aquest punt, l'ordenament jurídic preveu els següents instruments de finançament de l'agent privat:

- Emissió de valors (amb possibilitat d'aval per l'administració)
- Titulització de crèdits del concessionari front a l'administració
- Hipoteca de la concessió
- -crèdits participatius, de privats i excepcionalment de l'administració.

El projecte de llei de captació conté les mateixes fórmules, si bé en el cas de les operacions que requereixen autorització de l'administració (hipoteca i titulització de crèdits) estableix el silenci positiu; exigeix un nivell de fons propis mínim a la societat concesionària (10% de la inversió); conté determinades novetats per a cada tipus de fórmula de finançament per tal d'extendre'n l'ús (superació dels límits fixats per la LSA en l'obligació d'emissions, titulització de crèdits fins el 90% de la inversió).

La regulació del finançament del CPP sota fórmules institucionals es contempla en l'apartat quart de l'article 37. En aquest article fonamentalment es realitza una enumeració dels principals mitjans

de finançament de la societat mixta: emissió d'obligacions, emprèstits i crèdits participatius i, singularitzant, la possibilitat d'acudir a ampliacions de capital i a titulitzar els drets de cobrament que ostenti front a l'entitat adjudicatària del PPP.

Finalment, en relació al finançament de les fórmules de col·laboració públic privades tant contractuals com institucionals la mateixa llei d'economia sostenible modifica la llei general pressupostària per a permetre **l'aval públic** en garantia de **qualsevol** de les operacions concertades i no només per l'emissió de valors.

Per altra banda no hem d'oblidar les aportacions públiques directes previstes en els articles 236, 237 i 239 de la LCSP a les empreses concessionàries. Cal distingir les que es puguin atorgar durant el període de construcció (subvencions o préstecs reintegrables, amb o sense interès), de les que es puguin concedir durant el període d'explotació (subvencions, bestretes reintegrables, préstecs participatius, subordinats o d'altre naturalesa, aprovats per l'òrgan de contractació, sempre que es consideri necessari per garantir la viabilitat econòmica de la concessió).

La necessitat d'instauració i reforç d'aquests intruments de finançament de les PPP respon tant a la necessitat d'establir noves fórmules que n'estimulin l'ús com als esdeveniments econòmics dels darrers anys i la traslació dels seus efectes als contractes de PPP.

En efecte, durant els primers anys d'aquest segle, la presència d'empreses concessionàries amb una llarga experiència i balanços sanejats, la important liquidés en els mercats de capital i l'estabilitat en el els tipus d'interès de referència, han permès el finançament de la major part dels projectes de PPP (essencialment concessions).

L'estructuració del finançament era relativament senzilla. El soci privat aportava uns recursos d'aproximadament el 10% de la inversió inicial, i la resta es cobria amb la formalització d'un préstec a llarg termini concedit per una entitat bancària, amb la pignoració dels drets de cobrament que ostentava la concessionària enfront l'Administració.

Aquest panorama canvia dràsticament a partir de la segona meitat de l'any 2008, amb el crack del mercat de capitals. Com a conseqüència, s'endureixen les garanties exigides per a les entitats financeres als agents privats (major percentatge de capital social de les empreses concessionàries, garanties directes dels socis de les societats concessionàries), increment dels marges financers, menor termini de reemborsament dels préstecs, en definitiva, majors dificultats pel finançament dels projectes i majors costos financers dels mateixos, que repercuteixen en un menor atractiu per a la participació dels agents privats en els contractes de PPP.

És en aquest context de dificultats en el què els instruments de finançament, per altra banda ja presents a la Llei 13/2003 i escassament utilitzats fins a la data, adquireixen una major rellevància, i es reclama insistentment des de l'iniciativa privada el seu impuls per part de les Administracions.

Per tal d'afrontar les actuals condicions dels mercats, podem pensar que l'instrument que pot aportar més avantatges és el **préstec participatiu**, ja que al ser considerat com a recursos propis de la societat per part de les entitats bancàries, atorguen més solidesa financera a l'empresa i, per tant, més facilitats per a l'obtenció dels recursos necessaris.

Pel que fa a la titulització dels drets de cobrament com la hipoteca, són dos instruments finançament importants, si bé presenten com a principal desavantatge uns majors costos financers i/o tributaris i per tant suposen una menor rendibilitat del projecte pel soci privat o un major cost per l'Administració.

Per últim, els avals ha estat una figura escassament utilitzada fins a la data per part de les Administracions Públiques. Des del nostre punt de vista, aquesta realitat està motivada per una certa reticència conceptual de les Administracions a assumir els riscos inherents a la figura en projectes que a la fi han estat impulsats per la pròpia administració. Així mateix, alguns autors consideren que podrien existir certs riscos en el sentit que el projecte consolidés als efectes de dèficit en termes SEC.

En conclusió, es pot afirmar que si bé la LES indica que aposta clarament per impulsar les fórmules de contractació de PPP, també es cert que en matèria de finançament es queda curta.

És per aquesta raó, entre d'altres, i atenent a les especials circumstàncies del context econòmic actual, pel que és urgent disposar d'una normativa clara i omnicomprensiva dels diferents mitjans existents per garantir el finançament d'aquests contractes, i per tant, esdevé urgent l'aprovació d'una Llei de Finançament dels contractes de CPP, on es reculli tant la regulació dels instruments de finançament privats, com de les aportacions públiques.

d) simplificació del procediment de la col·laboració públic privada contractual

Una de les novetats que inclou la llei en aquesta matèria es troba en allò relatiu a la "avaluació prèvia", amb la redacció d'un nou paràgraf a l'article 118. L'avaluació prèvia d'aquests contractes – recordem, elaboració d'un document previ a la licitació en què es posi de manifest que atesa la complexitat del contracte no es donen les condicions els mitjans tècnics per a assolir els objectius ni els mecanismes jurídics per a portar a terme el contracte, es faci una anàlisi comparativa de les alternatives de contractació que justifiquin l'adopció d'aquesta fórmula de contractació- no serà necessària, afegeix la LES, quan ja s'hagués efectuat per un supòsit anàleg, sempre que no s'hagués realitzat en el precedent de manera succinta per raons d'urgència.

e) **Restricció del concepte de "pròrroga" en el contracte de concessió d'obra pública.** Com sabem en aquest contracte es preveu un termini d'execució de les obres i la durada de la concessió. La regulació abans de la LES determinava com a causes de "pròrroga" el retard del concessionari degut a força major o a causa imputable a l'administració. La nova redacció (art 225.2) elimina aquests supòsits com a causes de pròrroga i estableix que "**no es tindran en compte** a efectes del còmput del termini de durada de la concessió i del establert per a l'execució de l'obra". En congruència el nou article 243, no recull l'esmentat supòsit com a supòsit de pròrroga del contracte. De manera que la pròrroga d'aquests contractes únicament podrà donar-se quan sigui necessari per restabliment de l'equilibri econòmic de la concessió (241.3)

Quina és doncs la valoració que podem fer de les novetats legislatives de la LES pel que fa a les fórmules de col·laboració públic privades:

La llei no acaba de donar la seguretat jurídica necessària a aquestes fórmules contractuals. La remissió de la CPP a altres fórmules contractuals típiques com la concessió d'obra pública o el subministrament no aporta cap seguretat sobre el tema. La manca de normes comunitàries sobre un règim d'adjudicació per a totes les PPP s'ha traslladat a nivell intern en una indefinició de les fórmules PPP en benefici de les concessions d'obra pública que sí contenen una regulació detallada.

La llei podia haver estat un instrument per a regular amb major precisió el procediment de diàleg competitiu ja que es defineix com el procediment idoni per a contractes complexes com els que tractem i que requereixen certa flexibilitat. En canvi, la LES no ha introduït cap modificació en aquest.

Les novetats en matèria de finançament previstes a la LES resulten insuficients si no s'aprova la llei de captació. La nova llei serà la que haurà de donar l'impuls a les fórmules de finançament d'aquestes iniciatives. La nova llei hauria d'acabar amb la dispersió normativa sobre la matèria.

Es podia haver impulsat en profunditat la possibilitat de formulació de la iniciativa d'una PPP per part d'un privat. I aquest aspecte no s'ha modificat en la LES ni en la Llei de captació.

La modificació dels contractes de concessió. Tot i que el nou règim de modificats es contempla en el punt següent val la pena fer una referència a les especificitats que entenem que es podien contenir en matèria de PPP, en tractar-se de contractes de llarga durada i on és el tercer qui assumeix els riscos o part dels riscos de l'operació. En efecte, i malauradament hem tingut molts exemples darrerament, de contractes concessionals que poden fracassar per canvis en la conjuntura econòmica que evidentment no van ser previstos en els plecs. Compartim el criteri exposat en el llibre verd que les relacions de PPP han de poder evolucionar per a d'apartar-se als canvis en l'entorn macroeconòmic. I per tant, sempre que es respectin els principis de transparència i igualtat de tracte, es poden introduir clàusules de modificació contractual que

tinguin per finalitat l'adaptació de les concessions a canvis de circumstàncies macroeconòmiques. En aquest sentit, la LES hagués estat un bon instrument per preveure expressament que els plecs podien contenir supòsits de modificació contractual per aquestes causes.

LA NOVA REGULACIÓ DE LA MODIFICACIÓ DELS CONTRACTES

La reforma cerca restringir la possibilitat de modificar els contractes públics una vegada adjudicats. Aquest sembla que podria ser el gran objectiu de la reforma de la legislació de contractes, si bé hauríem de valorar quina eficiència en la contractació pública pot suposar aquesta restricció de modificats atenent a que des del punt de vista de la gestió pot significar un alentiment de la gestió de l'obra pública. Òbviament som plenament conscients dels incompliments reiterats de la nostra legislació contractual als ulls de la Unió Europea, i òbviament compartim el principi que els projectes han de ser "d'elaboració lenta i de gestió ràpida". I per tant, la fase contractual mai no hauria de ser receptora dels errors produïts per una mala concreció d'un projecte, una pressa en l'aprovació d'aquest per part de les autoritats o un canvi de criteri en la fase d'execució, fets que no són estranys en la vida de les obres públiques. Per tant, les vicissituds de tot projecte d'obra pública no s'haurien de traslladar mai a la fase d'execució dels contractes, podent produir mancances respecte dels principis de publicitat i de concurrència en aquesta fase. Aquí és on el legislador estatal estava incorrent clarament en una mala implementació de les directives comunitàries que la llei de l'economia sostenible ve a resoldre.

Clarament el canvi en la regulació de la figura de la modificació dels contractes no deriva de l'opció del legislador cap a una economia sostenible sinó dels reiterats incompliments en la matèria. Sense cap pudor, es reconeix aquesta finalitat en la mateixa exposició de motius de la llei.

Sens perjudici que donem la benvinguda al canvi, considerem que la recent modificació de la llei per la llei 34/2010 hagués estat el lloc idoni per introduir aquesta regulació.

La problemàtica dels modificats ha estat tradicional tant pel que fa al tractament massa obert en el nostre ordenament com pel que fa l'ús abusiu que n'han vingut fent les administracions públiques.

La jurisprudència comunitària en la matèria, de manera essencial, la coneguda sentència *Succhi di fruta*, anterior a la llei de contractes del sector públic, porta a la fase d'execució del contracte els principis de respecte a la concurrència i igualtat de tracte de la fase de licitació. Això significa que els licitadors han de conèixer en el moment de la licitació els supòsits en què poden produir-se modificacions del contracte.

La LCSP als ulls d'aquesta jurisprudència va intentar posar remei a la deficient regulació de la llei de contractes de les administracions públiques amb un canvi important en la regulació dels modificats, així, en la LCSP es va preveure a l'article 202.2 que la possibilitat de modificació del contracte i en quines condicions havien de reconèixer-se en els plecs i en el contracte de forma expressa; i, segona, que els modificats es podien donar per causes imprevistes.

Aquesta nova regulació va semblar insuficient als ulls dels òrgans comunitaris. Així, en relació a les causes imprevistes la Comissió entenia que s'havien d'interpretar com a "causes objectives", de manera que donava a entendre que l'article 202 havia de ser regulat amb major precisió. Pel que fa al 202.2 la jurisprudència demanava que les possibilitats de modificació del contracte havien d'estar recollides en els pactes del contracte, és a dir, que les condicions de modificació havien d'estar previstes "de manera clara, precisa i inequívoca", no essent suficient la redacció donada per la LCSP. El 27 de novembre de 2008 la Comissió va emetre dictamen motivat contra el regne d'Espanya per entendre que aquest règim no s'ajustava al dret comunitari.

D'aquí la necessitat del legislador d'emprendre una nova modificació del règim de la modificació dels contractes.

Aquesta nova regulació es conté en un nou títol al Llibre I, nou Títol V, que consta de cinc articles. Arts 92 bis a quinquies.

A)El primer canvi que cal assenyalar i que tindrà una transcendència pràctica molt important és que el nou règim de modificació dels contractes **s'aplica a tots els contractes del sector públic, enfront a la regulació actual que només s'aplica als celebrats per les administracions públiques.** Per tant, deixen d'existir organismes no sotmesos a la llei de contractes en fase d'execució d'aquests almenys pel que fa a un element tan transcendent com el règim de les modificacions contractuals. Aquesta és una novetat importantíssima i que cal entendre als ulls dels requeriments comunitaris atès que difícilment estaríem complint la jurisprudència en matèria de modificats si bona part del sector inversor escapés de les seves previsions.

B) **El segon canvi s'estableix pel que fa als supòsits en que poden donar-se els modificats**. Així el nou art 92 bis estableix que les modificacions únicament són possibles en els casos següents:

-en aquells supòsits en què expressament ho prevegin els plecs o anuncis de licitació

- quan no afectin condicions essencials del contracte, es justifiquin per una sèrie de causes taxades i no excedeixin del 10% del preu del contracte.

La Llei tanca el cercle establint que qualsevol altre supòsit, si fos necessari que la prestació s'executés en forma diferent a la pactada, inicialment s'hauria de procedir a la resolució del contracte i a la celebració d'un altre d'acord amb el títol III de la Llei.

No podem negar el caràcter taxatiu del precepte, la finalitat de compliment amb la normativa comunitària, però simplement volem posar de manifest que la resolució i nova licitació del contracte bé poden suposar una certa paràlisi econòmica. Més quan això suposa aturar les obres (amb acomiadaments inclosos), segurament tornar a redactar i/o valorar el projecte (tràmits d'informació pública si s'escau) i tornar a licitar (amb nou informe d'avaluació econòmica i tramitació necessària si és el cas que es tractés d'una concessió d'obra pública) i en definitiva un retard en la posada en funcionament de la infraestructura que ha de suposar una millora per la competitivitat del país. Reconeixent la bondat de la norma, simplement posem de manifest la problemàtica econòmica i social que generarà el seu compliment en un moment com l'actual.

Afegeix la llei unes limitacions a les modificacions del contracte: no podrà realitzar-se amb la finalitat d'addicionar prestacions complementàries a les inicialment contractades, ampliar l'objecte del contracte per tal que compleixi finalitats noves o incorporar una prestació susceptible d'utilització independent. En aquests casos, cal anar a una nova contractació, podent ser utilitzat quan s'escaigui el règim dels complementaris. Per tant una nova contractació però que pot resultar més eficient per l'aplicació del règim dels complementaris que la prevista en el supòsit assenyalat abans.

Recapitulem: la voluntat del legislador és la de definir amb termes clars que únicament es podran modificar els contractes en dos supòsits a)previsió en els plecs o l'anunci de licitació, b) en casos determinats i amb una variació màxima del 10% del preu del contracte. Es diferencia doncs de la Llei de 2007 que només preveia modificats previstos en els plecs.

Pel que fa a les **modificacions del contracte previstes en els plecs** o en l'anunci de licitació (art 92 ter), aquests han de a) detallar de forma clara, precisa i inequívoca **les condicions** en què se'n podrà fer ús", b) l'abast i els **límits** de les modificacions", c) quin "**percentatge** sobre el preu del contracte pot tenir com a màxim" i, d) quin **procediment** s'ha de seguir.

Afegeix la llei, amb la finalitat d'assolir la màxima objectivitat, que els **supòsits** en que podrà modificar-se el contracte han de definir-se amb total concreció per referència a circumstàncies la concurrència de les quals es pugui verificar de manera **objectiva i les condicions han de tenir el detall suficient per tal que el licitador les pugui tenir en compte en el moment de formular una oferta.**

Quins elements podem destacar d'aquesta nova regulació:

- El modificat es determina en els documents contractuals. A diferència de la llei del 2007 no és suficient una simple referència a la possibilitat de que el contracte pot ser modificat, sinó

que cal que els plecs determinin amb absoluta precisió quins són els supòsits en que es pot donar i aquests han de ser verificables de manera objectiva.

- No es regula el percentatge màxim de variació en el preu que pot tenir el modificat previst en el plec (a diferència del modificat no previst en el plec que pot ser màxim d'un 10%).
- El procediment de modificació dels contractes quan superi el 10% requereix informe preceptiu del consell d'Estat o òrgan consultiu de la Comunitat Autònoma.
- Enlloc es diu que la modificació "no pugui alterar les condicions essencials de la licitació o l'adjudicació", o es tracta d'un descuit del legislador o simplement entén que sí poden ser introduïdes en tant que són conegudes per tot licitador en el moment de presentar les seves ofertes. En tot cas, aquesta limitació existeix de manera expressa en el supòsit de modificacions no previstes en els plecs i en la LCSP de l'any 2007 la limitació existia per tots els modificats. Entenem doncs que més que un descuit es tracta de la voluntat del legislador.
- Finalment hem d'afegir que enlloc es determina que un contracte que reculli les modificacions contractuals en els plecs, no pugui ser modificat si es dóna un supòsit dels previstos en la LES. Atesa la manca de prohibició hem d'entendre que sí. És a dir, que en l'execució d'un contracte es poden donar a l'hora modificacions que portin causa de previsions dels plecs i de previsions previstes en la Llei.

El càlcul del valor dels contractes modificats: es produeix l'addició d'un nou paràgraf a l'article 76 sobre el preu dels contractes. En el cas dels modificats previstos en els plecs es considera el valor estimat del contracte "l'import màxim que aquest pugui assolir, tenint en compte la totalitat de les modificacions previstes". Serà interessant veure si aquest canvi tindrà repercussions en la presentació d'ofertes dels licitadors.

II) Pel que fa a les modificacions en cas que **no estiguin previstes en els plecs** (ultra les limitacions assenyalades anteriorment sobre les supòsits de resolució contractual o de contractació de complementaris), només es podran donar quan es tracti d'algun dels supòsits taxats que marca la llei, és a dir, desapareix de nou la referència a les "causes sobrevingudes" de la llei del 2007. La llei determina quines són aquestes úniques causes que poden donar lloc a la modificació i ho fa amb la precisió que seguidament analitzarem:

- -inadequació de la prestació contractada per a satisfer les necessitats previstes degut a errors o omissions ocorreguts en la redacció del projecte o de les especificacions tècniques. Sembla clarament que l'administració quan utilitzi aquest supòsit haurà d'iniciar algun procediment d'incompliment contractual en relació al projectista de l'obra, fet que podem dir que no és massa usual en l'execució de l'obra pública. Tanmateix cal tenir en compte que segurament l'administració haurà aprovat el projecte redactat per tècnic extern.
- -inadequació dels projecte o de les especificacions de la prestació per causes objectives que determinin la seva manca d'idoneïtat, consistents en circumstàncies de tipus geològic, hídric, geològic, arqueològic, mediambiental **o similars** posades de manifest amb posterioritat a l'adjudicació del contracte i **no previsibles** amb anterioritat amb la diligència necessària de la bona pràctica professional en la redacció del projecte o de les especificacions tècniques. Caldrà veure quin serà l'ús que es doni a aquesta possibilitat i la dificultat es trobarà en determinar quins supòsits són els previsibles i quins no. De tota manera crec que hem de donar la benvinguda al canvi legislatiu que permet la modificació clara del contracte quan es derivi de riscos de tipus derivats del terreny on es fan les obres, així com de l'addició del terme "similars", que permet que es pugui aplicar a altres riscos per analogia. De tota manera, sembla que alguns d'aquests supòsits clarament es podrien especificar amb tota la claredat necessària en els plecs del contracte i per tant donar lloc a una modificació de les previstes en la documentació contractual.
- força major o cas fortuït que impedeixin la realització de la prestació en els termes inicialment definits. De nou aquí, la qüestió serà determinar quan ens trobem en aquest supòsit o en un anterior.

- conveniència d'incorporar a la prestació avanços tècnics que la millorin notòriament, sempre que la seva disponibilitat en el mercat s'hagi produït amb posterioritat a l'adjudicació del contracte.
- -necessitat d'ajustar la prestació a especificacions tècniques, mediambientals, urbanístiques, de seguretat o accessibilitat aprovades a posteriori.

En definitiva, conceptes jurídics indeterminats que trobaran la seva aplicació al cas concret.

Com dèiem, en aquest casos la modificació no podrà alterar les condicions essencials de la licitació, i amb la finalitat de ser el màxim de precisa, la llei regula els supòsits en què considera que s'alteren aquestes condicions: a) quan la modificació canviï les la funció i característiques essencials de la prestació, b) qual alteri la relació entre la prestació i el preu, tal i com va quedar definida per les condicions de l'adjudicació, c) quan les condicions de solvència o de titulació canviïn, d) quan les modificacions del contracte excedeixin del 10%, e) quan d'haver-se conegut la modificació es pugui presumir que haguessin incorregut altres interessats o que els licitadors haguessin presentat ofertes diferents. Supòsit de difícil aplicació pràctica.

Finalment (art 92 quinquies) es regula el procediment de modificació del contracte, establint-se que en els supòsits que es troba previst en els plecs, es regirà pel que aquests estableixin, i en cas que no hi sigui previst es preveu un procediment amb audiència al redactor del projecte.

Com dèiem doncs, disposem d'una nova legislació en matèria de modificats que distingeix entre els previstos en els plecs i els no previstos. En els casos que es preveu en els plecs, aquesta previsió ha de ser clara, explícita i completament regulada, no tenint un percentatge màxim de modificació, ni unes causes taxades, ni un impediment en la modificació de les condicions essencials de la licitació. L'opció doncs és que qualsevol modificació és admesa sempre que es determini amb la màxima rigurositat en els documents contractuals. Si tot licitador en coneix les possibilitats no s'alternen les regles de la publicitat i la concurrència.

En l'altre supòsit, les causes seran taxades, limitades a un 10% de l'import del contracte, sense que es puguin modificar les condicions essencials d'acord amb un procediment que haurà de donar audiència al contractista.

Caldrà veure si la nova regulació serà valorada positivament pel TJUE, si valorarà positivament els dos supòsits, si considerarà que no es poden donar modificacions no previstes en els plecs o si considerarà que els plecs han de contenir només unes causes taxades en la llei. Tot i així cal tenir en compte que el Consell d'Estat ha fet una valoració positiva de la nova figura tot i reconèixer que es tracta d'una tècnica massa utilitzada i que pot generar dificultats fins que les empreses licitadores s'hi ajustin.

Per tant, el nostre suggeriment a l'òrgan de contractació seria de preveure la modificació en els plecs, inclús dels supòsits que poden encabir-se en els 92 quater i redactar-les amb el màxim rigor i determinació.

Tanmateix no podem oblidar una darrera qüestió: com caldrà que es tramitin aquestes modificacions per tal que siguin compatibles amb el dret comunitari. El dret comunitari ens diu en aquests casos que cal que tots els licitadors coneguin la possibilitat dels modificats i això es compleix en els modificats previstos en els plecs. En el cas dels no previstos es limita a dir que cal donar audiència al redactor del projecte quan aquest sigui un tercer, però no recull la necessitat de donar audiència a la resta de licitadors.

C) **El tercer canvi es refereix a l'obligatorietat de les modificacions pel contractista.** La nova redacció de l'article 202 estableix que les modificacions establertes segons el nou títol V que acabem de veure són obligatòries pels contractistes. I en conseqüència desapareixen com a causes de resolució del contracte les modificacions en més o en menys del 20% respecte del preu inicial del contracte. Òbviament, les modificacions que responen a previsions dels plecs són conegudes pel contractista, per tant, no té sentit que s'hi pugui oposar, i en la resta la limitació al 10% del preu del contracte justifica que el compliment sigui imperatiu per aquest.

D) **possibilitat de continuar l'obra mentre es tramita un modificat.** Finalment, i amb coherència amb la modificació de l'import màxim dels modificats no previstos en els plecs, la previsió de l'article 217.4 de la llei sobre la possibilitat de no suspendre les obres quan la tramitació del modificat ocasioni greus perjudicis a l'integrés públic fent que l'autoritat acordi que continuïn provisionalment de conformitat amb la proposta tècnica que s'elabori, passa a tenir la limitació del 10% del preu del contracte, enlloc del 20 que tenia fins ara. Així mateix, es manté que en sis mesos ha d'estar aprovat tècnicament el projecte i en 8 mesos l'expedient modificat.

E) **modificacions dels contractes privats:** La llei regula per primera vegada el règim de modificació dels contractes privats de les administracions públiques, previstos a l'article 20 de la llei. Es preveu que a aquests contractes se'ls aplicaran les disposicions de la llei sobre modificació dels contractes. Si bé podem entendre i trobar lloable la finalitat d'aquesta previsió sembla que l'aplicació pràctica pot ser complicada. Per tant tindrem dos règims i dues jurisdiccions per aquests contractes, una pel que fa als modificats i una altra per la resta. Cal exposar les dificultats que pot suposar a la pràctica.

F) **modificacions dels contrates de retribució a tant alçat i obres amb preu tancat.** S'adapta la regulació d'aquest articles a la nova regulació dels modificats, de manera que la possibilitat d'indemnització del contractista es redueix encara més que amb la regulació vigent fins ara. Així, d'un banda es manté que els errors de projecte no són indemnitzables i s'elimina el dret del contractista a ser indemnitzat per les modificacions del contracte que s'acordessin amb la finalitat d'atendre noves necessitats o incorporar noves funcionalitats a l'obra (216.2)

MÉS EFICIÈNCIA. REDUCCIÓ DE CÀRREGUES ADMINISTRATIVES I AGILITZACIÓ DE TRÀMITS

A. REFORÇ A LA PLATAFORMA DE CONTRACTACIÓ DE L'ESTAT

Es preveu que aquesta plataforma centralitzi la informació relativa a tot el sector públic estatal. La novetat en aquesta matèria, que només afecta l'administració de l'Estat, es troba en què -si bé fins ara és preveia que la Junta consultiva havia de posar a disposició de tots els òrgans de contractació del sector públic una plataforma electrònica per donar publicitat de les convocatòries de licitació i el seu resultat- ara els perfils del contractant dels òrgans de contractació del sector públic estatal han d'integrar-se en aquesta plataforma, gestionant-se i difonent-se exclusivament a través d'aquesta. En les seus electròniques d'aquests òrgans s'inclourà un enllaç al seu perfil del contractant situat en la plataforma de contractació de l'Estat. Discutim si és més eficaç que haver mantingut que també es pogués donar aquesta informació a través del perfil del contractant de l'òrgan, en especial per aquells òrgans que tenen una rellevància pròpia en la contractació. (art 309).

Cal dir que aquesta previsió deriva de la UE que entén que si bé en tots els Estats membres existeix la possibilitat de cerca d'anuncis de licitació a través de portals web, en molts d'ells el nombre de portals habilitats per l'administració central o les administracions regionals i locals dificulta als licitadors tenir una visió de conjunt. I en conseqüència proposa l'habilitació d'un únic portal web centralitzat, especialment en els Estats federals o en grans països.

B. L'EXCEPCIÓ DE LA GARANTIA PROVISIONAL

Reforçament (perquè ja estava en la llei 34/2010) de la necessitat de justificació en el manteniment de la garantia provisional. Es dóna una nova redacció al segon paràgraf de l'article 91.1. Entenem que la nova redacció no aporta res, en tot cas podria dir-se que s'ha intentat (sense aconseguir-ho al meu parer) una millora tècnica. Tanmateix entenem que aquesta regulació excepcional de la garantia provisional s'hauria d'extendre als contractes que celebrin la resta d'ens i organismes que no tinguin la consideració d'administració pública, enlloc del caràcter disponible que conté la regulació actual, atenent doncs a quin és el caràcter dels organismes inversors de la majoria d'administracions. Si les garanties i en especial la garantia provisional és una barrera a l'activitat econòmica la supressió amb caràcter general d'aquesta o el seu establiment de manera

excepcional i motivada en un determinat contracte s'ha de mantenir en tot l'àmbit de la contractació pública. En aquest cas, la llei podia haver estat més innovadora modificant la regulació de la garantia global o altres tècniques amb la col·laboració d'associacions professionals que fossin més atractives per les empreses. Tanmateix no obviem que la necessitat de presentació de garantia provisional pot ser una mesura eficaç per evitar la presentació d'ofertes per empreses que en cas de resultar adjudicatàries no poguessin ni formalitzar el contracte. Tanmateix, actualment, les dificultats dels licitadors es troben tant en la presentació de noves garanties provisionals o definitives com en el manteniment de les garanties definitives de contractes vigents, que dificulta el seu accés a nou finançament.

C. LA SUCCESSIÓ DEL CONTRACTISTA

S'afegeix un nou capítol (III) en el Títol II del llibre I, sobre la successió de la persona del contractista, que es composa d'un sol article (73 bis). La finalitat del precepte és assegurar la continuïtat del contracte en cas de fusió, escissió, aportació o transmissió d'empreses o branques d'activitat, situacions que es poden donar amb més facilitat en un context econòmic com l'actual. Podem entendre que hi ha una millora respecte l'article 202.4 de la LCSP. La novetat de la LES es troba en que s'afegeix que en cas que la continuïtat no sigui possible per manca de solvència de la nova entitat, la resolució del contracte es considerà que s'ha produït per culpa de l'adjudicatari.

D. LES CAUSES DE RESOLUCIÓ DEL CONTRACTE

S'introdueix una nova causa de resolució del contracte (art 206) que és la impossibilitat d'executar la prestació en els termes inicialment pactats o la possibilitat certa de producció d'una lesió greu a l'integrés públic en cas de continuació la prestació en els mateixos termes sempre que no sigui possible procedir a la modificació del contracte. Cal prestar l'atenció necessària a aquest nou supòsit de resolució contractual, atenent que és la clàusula de tancament al nou sistema de modificació contractual: efectivament, si les modificacions contractuals es troben taxades en els plecs o en la llei, fora d'aquestes causes l'administració i el contractista estan obligats a seguir amb el compliment del contracte d'acord amb els termes inicialment pactats. Per evitar que s'hagi de continuar amb l'execució del contracte quan no sigui factible pel contractista o no sigui volguda per l'administració es redacta de manera àmplia aquest nou supòsit de resolució contractual.

Si es dóna aquest supòsit el contractista té dret a una **indemnització del 3 per cent** de l'import de la prestació deixada de realitzar, excepte que la causa sigui imputable al contractista (208.5). I per tal d'agilitzar la contractació es preveu que al moment d'incoar-se l'expedient administratiu de resolució del contracte esmentada podrà iniciar-se el procediment per a l'adjudicació del nou contracte (208.6), quedant condicionada la seva adjudicació a l'acabament de l'expedient de resolució, aplicant-se en procediment d'urgència en els dos procediments. (caldria qüestionar la necessitat de tenir resolt el primer dels procediments).

A conseqüència de la nova regulació dels modificats i del seu caràcter obligatori pel contractista, desapareixen els articles corresponents a cada tipologia de contracte sobre els modificats de més menys el 20% que poden donar lloc a la resolució del contracte (207.2, 220, 226, 275 i 282).

PARTICIPACIÓ DE LES PIMES EN LA CONTRACTACIÓ

Les previsions en matèria d'accés a les PIMES a la contractació pública troben el seu fonament en el Codi Europeu de bones pràctiques per a facilitar l'accés de les PIMES al contractes públics de juny de 2008. L'objectiu del Codi és el de permetre als Estats membres aprofitar al màxim el potencial de les Directives sobre contractació per tal de garantir condicions equitatives per tots els operadors que vulguin participar en les licitacions públiques. La premissa inicial del Codi és que l'accés de les PIMES a la contractació requereix més de canvis en la mentalitat dels poders adjudicadors que de modificacions legislatives comunitàries.

El Codi assenyala les fórmules de facilitar l'accés de les PIMES a la contractació i assenyala algunes de les pràctiques dels Estats membres a seguir (cal esmentar que no es cita l'Estat espanyol en cap moment):

- Superar les dificultats relacionades amb el tamany dels contractes
- Garantir l'accés a la informació rellevant
- Millorar la qualitat i la comprensibilitat de la informació proporcionada
- Fixar nivells de capacitació i requisits financers proporcionats
- Alleugerir la càrrega administrativa
- Posar èmfasi en la relació qualitat-preu i no merament en el preu
- Concedir termini suficient per a preparar les ofertes
- Vetllar perquè es respectin els terminis de pagament

Respecte de la subcontractació el Codi especifica que no és segurament la solució que fóra ideal pels licitadors, atès que l'aspiració dels operadors econòmics ha de ser la de ser adjudicataris dels contractes, ja que sovint es pot considerar que la subcontractació reporta menys beneficis. Malgrat això entén que en cas de contractes de gran tamany si les PIMES no estan en condicions d'assumir la funció de contractista principal o de licitar conjuntament amb altres PIMES, la subcontractació pot oferir bones oportunitats, especialment quan aquestes poden aportar valor afegit mitjançant productes o serveis especialitzats o innovadors. Es suggereix doncs en el Codi que els poders adjudicadors poden incloure en els contractes una disposició per la que es prohibeixi als contractistes principals atorgar als subcontractistes condicions menys favorables que les pactades entre el poder adjudicador i el contractista principal. Aquesta previsió podria ser molt beneficiosa per les PIMES especialment en un context com l'actual.

La LES no assumeix cap de les possibilitats de la Comunicació, simplement incrementa del 30 al 50% el percentatge de subcontractació que es pot imposar al contractista principal (modificació de l'article 210). Entenem aquesta previsió com una incentivació clara de la reactivació econòmica i per tant, l'aplaudim. Caldrà veure si les administracions públiques fan ús d'aquesta possibilitat.

FOMENT A LA INNOVACIÓ

REGULACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ PRECOMERCIAL.

Es tracta d'una forma de cooperació entre una entitat pública i un operador econòmic privat en una activitat innovadora.

La contractació precomercial és un procés que permet finançar el desenvolupament de solucions tecnològicament innovadores pe a les necessitats pròpies del sector públic. Es tracta, com diu el seu propi nom, de la contractació d'una solució tecnològicament innovadora per fer front a les necessitats del sector públic, sense entrar en la fase de comercialització del producte. És la contractació d'una solució tècnica, d'un prototipus. En definitiva, és la contractació de serveis d'investigació i desenvolupament.

Es tracta d'un procés sobre el qual la Comissió s'ha vingut pronunciant en els darrers anys, amb la intenció d'impulsar-ne el seu ús per les administracions públiques, en tant que entén que la contractació pública és un element important de foment de la innovació. La Comunicació sobre la contractació precomercial de desembre 2007 entén el concepte de contractació precomercial com a pertanyent a la fase d'investigació i desenvolupament (I+D) prèvia a la comercialització. Entén sota aquest concepte un plantejament de la contractació de serveis de I+D diferent d'aquells en què els beneficis pertanyen exclusivament a l'entitat adjudicadora per al seu ús en l'exercici de la seva activitat pròpia, sempre que l'entitat adjudicadora remuneri totalment la prestació del servei i no constitueixi una ajuda d'Estat.

Els elements propis de la contractació precomercial són els següents, segons l'esmentada Comunicació:

- l'àmbit d'aplicació es limita als serveis d'I+D. La I+D pot cobrir activitats com l'exploració i el disseny de solucions, la creació de prototipus o la fabricació original d'un volum limitat de primers productes o serveis a mode de sèrie de prova. La I+D no inclou activitats de desenvolupament comercial com la producció o el subministrament a gran escala per a determinar la viabilitat comercial o recuperar les despeses de la I+D.
- el repartiment dels riscos i els beneficis. En la contractació precomercial el comprador públic no es reserva els resultats de la I+D per al seu propi ús en exclusiva sinó que comparteix amb les empreses els riscos i els beneficis de la i+D necessària per a desenvolupar solucions innovadores que superin les que hi ha disponibles en el mercat.
- una contractació en competència dissenyada per a excloure les ajudes estatals: l'organització del repartiment dels riscos o els beneficis i del conjunt del procés de contractació de forma que es garanteixin la competència, la transparència, l'obertura i la imparcialitat màximes i uns preus ajustats al mercat permet al comprador públic escollir les millors solucions que ofereix el mercat. Les mesures que s'adoptin en la contractació precomercial no poden impedir la competència en la fase de comercialització, ja que en ella li són de plena aplicació les Directives sobre contractació pública.

LA UE entén que la contractació precomercial és un bon instrument per fer front als reptes que planteja la nostra societat com una atenció social de qualitat i assequible, la lluita contra el canvi climàtic, la millora del rendiment energètic, garantir un millor accés a un ensenyament de qualitat o fer front amb major eficàcia a les amenaces contra la seguretat.

La resposta a aquests desafiaments requereix noves i millors solucions, en molts d'aquests casos les millores són tan exigents des del punt de vista tecnològic que, o bé no existeixen encara solucions comercialment estables en el mercat, o bé les que existeixen presenten unes deficiències que requereixen de més I+D.

Entén la Comissió que aquest sistema és podria usar més en el sector públic europeu per a millorar l'eficiència i la qualitat dels serveis públics. Per a assolir-ho serà necessari que el sector públic elabori estratègies de contractació que no es limitin a la compra de productes i serveis comercialment disponibles sinó que també incloguin la contractació de I+D de noves solucions, millors que les que ofereix el mercat.

L'any 2009 es dicta la Resolució del Parlament Europeu, de 3 de febrer, sobre la contractació precomercial: impulsar la innovació per a donar a Europa serveis públics d'alta qualitat i sostenibles. En ella es considera que la contractació precomercial constitueix un motor insuficientment explotat per un creixement de la UE basat en la innovació, amb un important potencial per a assolir uns serveis públics d'alta qualitat i fàcilment accessible.

Lamenta que nombroses autoritats públiques no siguin conscients del potencial que ofereix la contractació precomercial i no actuïn com a "clients intel·ligents".

Considera que aquesta iniciativa només podrà obtenir beneficis òptims si les entitats adjudicadores inclouen la innovació entre els objectius del seu programa de contractació

Pren nota que la contractació precomercial pot usar-se dins del marc jurídic existent de les Directives 2004/18/CE i 2004/17/CE, que **exclouen del seu àmbit d'aplicació als serveis d'investigació i desenvolupament diferents d'aquells els beneficis dels quals pertanyen exclusivament a l'òrgan de contractació, sempre que l'òrgan de contractació remuneri totalment la prestació del servei.**

Insta els Estats membres que examinen la seva legislació nacional amb l'objectiu que les autoritats públiques no es vegin limitades en la contractació precomercial per una transposició inexistent, incorrecta o innecessàriament complexa de les excepcions pertinents i per uns plecs de condicions inútilment detallats.

Reconeix que les PIME poden beneficiar-se de la contractació precomercial gràcies al repartiment de riscos (atesa la seva capacitat d'inversió més limitada), un desenvolupament progressiu (en tamany i experiència) en cada fase del procés d'investigació i desenvolupament, i un procés de licitació racionalitzat, en comparació amb la contractació tradicional.

Així doncs la LES es fa receptora dels pronunciaments comunitaris en aquesta matèria i defineix per primera vegada en el nostre ordenament la contractació precomercial a l'article 4 de la Llei.

Aquests contractes en la LES són exclosos de l'àmbit d'aplicació de la LCSP passant a ser sotmesos als principis de publicitat i concurrència, a més de transparència, confidencialitat, igualtat i no discriminació i elecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa (4.1.r). Tot això com hem vist amb concordança amb la Resolució esmentada.

Un cop definits i establert el seu règim jurídic l'art. 38 LES estableix que per a facilitat la participació de petites i mitjanes empreses a aquestes activitats, el consell de ministres fixarà el percentatge dels pressupostos de cada organisme destinats a determinats contractes d'investigació i desenvolupament que podrà reservar-se a les pimes innovadores.

La llei doncs assumeix el concepte de contractació precomercial de la UE, clarament pel que fa als riscos del contracte; exclou l'aplicació de la llei de contractes del sector públic per a aquests contractes, atenent a que serà en la fase de comercialització la que ha de seguir aquesta legislació; i es fa ressò de la necessitat d'implicació de les PIME en aquests casos a través de l'establiment d'un percentatge de reserva a favor seu. És un pas endavant en la matèria, que segurament amb el temps necessitarà que es vagi ampliant.

CONCLUSIONS

La LES suposa un exemple més de l'abundància dels canvis legislatius en matèria de contractació administrativa dels darrers anys. La dispersió normativa existent és un obstacle a la seguretat jurídica i reclama la necessitat d'un text refós que reculli tota la legislació amb rang de llei sobre la matèria amb ànim de perdurar en el temps.

La LES conté modificacions basades tant en la millora de l'economia productiva del país, com simples millores (no per això menys transcendents) derivats de posicionaments de la UE al respecte.

Destaquem pel que fa als primers, les modificacions i novetats respecte del que anomenem fórmules de col·laboració públic privada. Tanmateix, la reforma no entenem que assoleixi el seu objectiu d'estimular l'ús d'aquestes per part de tots els operadors. Cal dotar de més seguretat jurídica el règim jurídic dels contractes de col·laboració públic privada, enfront a les concessions d'obra pública. Cal felicitar-se pel que fa a la introducció en la legislació de contractes de les empreses d'economia mixta. És imprescindible l'aprovació de la Llei de captació de finançament d'aquestes operacions amb la finalitat que puguin ser un instrument adient en l'actual context econòmic.

Pel que fa als canvis derivats de posicionaments de la UE, destaquem la nova regulació dels modificats, preveient-los en dos supòsits: a) les modificacions previstes en la documentació contractual, sense percentatge màxim respecte al preu del contracte, i b) les modificacions previstes en els supòsits taxats que estableix la llei, amb un màxim d'alteració d'un 10% sobre el preu del contracte. En ambdós casos, les modificacions són d'obligat compliment pel contractista. Destaquem l'aplicació d'aquest nou règim tots els contractes celebrats pel sector públic com també als contractes privats de les administracions. Desitgem que aquest nou règim esdevingui el definitiu en la matèria.

La contaminació acústica: Intervenció administrativa en la gestió del soroll

Maite Majó i Torrent

Oficina per a la Prevenció de la Contaminació Acústica

Direcció general de Qualitat Ambiental

Departament de Territori i Sostenibilitat

El soroll com a factor de contaminació

Soroll

És un contaminant que pot afectar la salut, la comoditat i el benestar de les persones.

És molt subjectiu. Es podria definir el soroll com un so desagradable. O com un so que ens afecta negativament causant una molèstia.

Aquesta molèstia es pot manifestar com: cansament, irritabilitat...

Pot incidir i incideix, negativament en la qualitat de vida. D'aquí a la importància que darrerament se li està donant tant pel que fa als mitjans de comunicació, administracions, etc...

Contaminació acústica

Increment significatiu dels nivells acústics del medi, un dels factors importants de deteriorament de la qualitat ambiental.

Catalunya

Normativa sobre la contaminació acústica:

Llei 16/2002, de 28 de juny, de protecció contra la contaminació acústica

Decret 245/2005, de 8 de novembre, que fixa criteris per a l'elaboració dels mapes de capacitat acústica

Decret 176/2009, de 10 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei 16/2002, de 28 de juny, de protecció contra la contaminació acústica i se n'adapten els annexos

Ordenances municipals per als municipis de més de 5.000 habitants

Aquesta regulació assoleix l'adequació amb la norma estatal i europea

Decret 21/2006, de 14 de febrer, pel qual es regula l'adopció de criteris ambientals i d'ecoeficiència en els edificis.

Reial decret 1675/2008, de 17 de octubre, pel qual es modifica el Reial decret 1371/2007, de 19 de octubre, pel qual s'aprova el document bàsic **<<DB-HR Protecció enfront del soroll>> del Codi Tècnic de l'Edificació** i es modifica el Reial decret 314/2006, de 17 de març, pel qual s'aprova el Codi Tècnic de l'Edificació

Ordre VIV/984/2009, de 15 d'abril, per la qual es modifiquen determinats documents bàsics del Codi Tècnic de l'Edificació aprovats pel Reial decret 314/2006, de 17 de març, i el Reial decret 1371/2007, de 19 d'octubre.

Competències dels ajuntaments:

- Inspeccionar, controlar i sancionar en matèria de contaminació acústica les activitats, incloses les derivades de les relacions de veïnatge i les que impliquen la utilització de vehicles de motor, ciclomotors i maquinària.

- Controlar la contaminació acústica de les vies urbanes.

- Autoritzar el treball nocturn i la suspensió provisional dels objectius de qualitat acústica, excepte en les de titularitat de la Generalitat de Catalunya i de l'Estat.

- Elaborar i aprovar els mapes de capacitat acústica.

- Declarar les zones d'especial protecció de la qualitat acústica (ZEPQA) en les àrees incloses en sòl urbà i urbanitzable.

- Declarar les zones acústiques de règim especial (ZARE).

Competències dels ajuntaments:

- Divulgar els objectius de la qualitat acústica.
- Elaborar i aprovar els mapes estratègics de soroll d'àmbit municipal.
- Elaborar i aprovar els plans d'acció en matèria de contaminació acústica d'àmbit municipal.
- Elaborar els plans específics de mesures per minimitzar l'impacte acústic.
- Comprovar que els projectes de noves construccions dins la zona de soroll siguin compatibles amb els objectius de qualitat acústica que els sigui d'aplicació.

Intervenció administrativa

1. Accions de prevenció
2. Accions de control
3. Procediment sancionador

Accions de prevenció

Instruments de gestió

- Zonificació del territori
- Mapes
  - Estratègics de soroll
  - De capacitat acústica
- Plans
  - D'acció
  - Especifics
- Planejament urbanístic
- Autoritzacions administratives
- Ordenances reguladores del soroll i les vibracions

Objectius de qualitat acústica

Zona de sensibilitat acústica alta (A)

Comprèn els sectors del territori que requereixen una protecció alta contra el soroll.

Zona de sensibilitat acústica moderada (B)

Comprèn els sectors del territori que admeten una percepció mitjana de soroll

Zona de sensibilitat acústica baixa (C)

Comprèn els sectors del territori que admeten una percepció elevada de soroll

Zones de soroll: zones afectades per la presència d'infraestructures de transport

Altres zones: s'hi poden incloure les següents:

ZEPQA	**Zones d'especial protecció de qualitat acústica**
ZARE	**Zones acústiques de règim especial**

Mapes estratègics de soroll

Les entitats locals i les administracions titulars d'infraestructures han d'elaborar cada cinc anys mapes estratègics de soroll de les aglomeracions de més de 100.000 habitants, de tots els gran eixos viaris on el trànsit sobrepassi els 3.000.000 de vehicles l'any, dels grans eixos ferroviaris on el trànsit sobrepassi els 30.000 trens l'any i dels aeroports i els ports

Mapes de capacitat acústica

Els ajuntaments han d'elaborar un mapa de capacitat acústica de les zones urbanes, els nuclis de població i, si escau, les zones del medi natural, a l'efecte de determinar la capacitat acústica del territori mitjançant l'establiment de les zones de sensibilitat acústica en l'àmbit del municipi respectiu.

Mapes estratègics de soroll

Aglomeracions

Aglomeracions de Catalunya

Aglomeracions d'àmbit municipal

Lleida, Mataró i Reus — ***> 100.000 h***

Aglomeracions d'àmbit supramunicipal

Baix Llobregat I: L' Hospitalet de Llobregat amb Cornellà de Llobregat, Esplugues de Llobregat, Sant Feliu de Llobregat, Sant Just Desvern i Sant Joan Despí — ***> 250.000 h***

Baix Llobregat II: Viladecans amb Gavà i Sant Boi de Llobregat — ***> 100.000 h***

Barcelonès I: Barcelona amb Sant Adrià de Besòs — ***> 250.000 h***

Barcelonès II: Badalona amb Santa Coloma de Gramenet — ***> 250.000 h***

Gironès: Girona amb Salt — ***> 100.000 h***

Vallès Occidental I: Sabadell amb Badia del Vallès i Barberà del Vallès — ***> 100.000 h***

Vallès Occidental II: Terrassa amb Viladecavalls — ***> 100.000 h***

De cada aglomeració, es pot accedir a la informació següent:

- Memòria tècnica de l'elaboració del mapa estratègic en pdf
- Mapes dels índexs L_{den}, L_d i L_n en pdf

http://mediambient.gencat.cat/cat/el_medi/soroll/gestio_ambiental/mapes_soroll/mapes_estrategics/aglomeracions.jsp

Objectius de Qualitat

Mapa de capacitat acústica

- Elaborar
- Aprovar
- Garantir que s'atenguin les sol·licituds d'informació sobre les determinacions del mapa

Zonificació acústica del territori	Valors límit d'immissió en dB(A)		
	$L_{d\ (7h - 21h)}$	$L_{e\ (21h - 23h)}$	$L_{n\ (23h - 7h)}$
Zona de sensibilitat acústica alta (A)	60	60	50
Zona de sensibilitat acústica moderada (B)	65	65	55
Zona de sensibilitat acústica baixa (C)	70	70	60

Zones de sensibilitat acústica i usos del sòl	Valors límit d'immissió en dB(A)		
	$L_{d\ (7\ h – 21\ h)}$	$L_{e\ (21\ h – 23\ h)}$	$L_{n\ (23\ h – 7\ h)}$
ZONA DE SENSIBILITAT ACÚSTICA ALTA (A)			
(A1) Espais d'interès natural i altres	-	-	-
(A2) Predomini del sòl d'ús sanitari, docent i cultural	55	55	45
(A3) Habitatges situats al medi rural	57	57	47
(A4) Predomini del sòl d'ús residencial	60	60	50
ZONA DE SENSIBILITAT ACÚSTICA MODERADA (B)			
(B1) Coexistència de sòl d'ús residencial amb activitats i/o infraestructures de transport existents	65	65	55
(B2) Predomini del sòl d'ús terciari diferent a **(C1)**	65	65	55
(B3) Àrees urbanitzades existents afectades per sòl d'ús industrial	65	65	55
ZONA DE SENSIBILITAT ACÚSTICA BAIXA (C)			
(C1) Usos recreatius i d'espectacles	68	68	58
(C2) Predomini de sòl d'ús industrial	70	70	60
(C3) Àrees del territori afectades per sistemes generals d'infraestructures de transport o altres equipaments públics	-	-	-

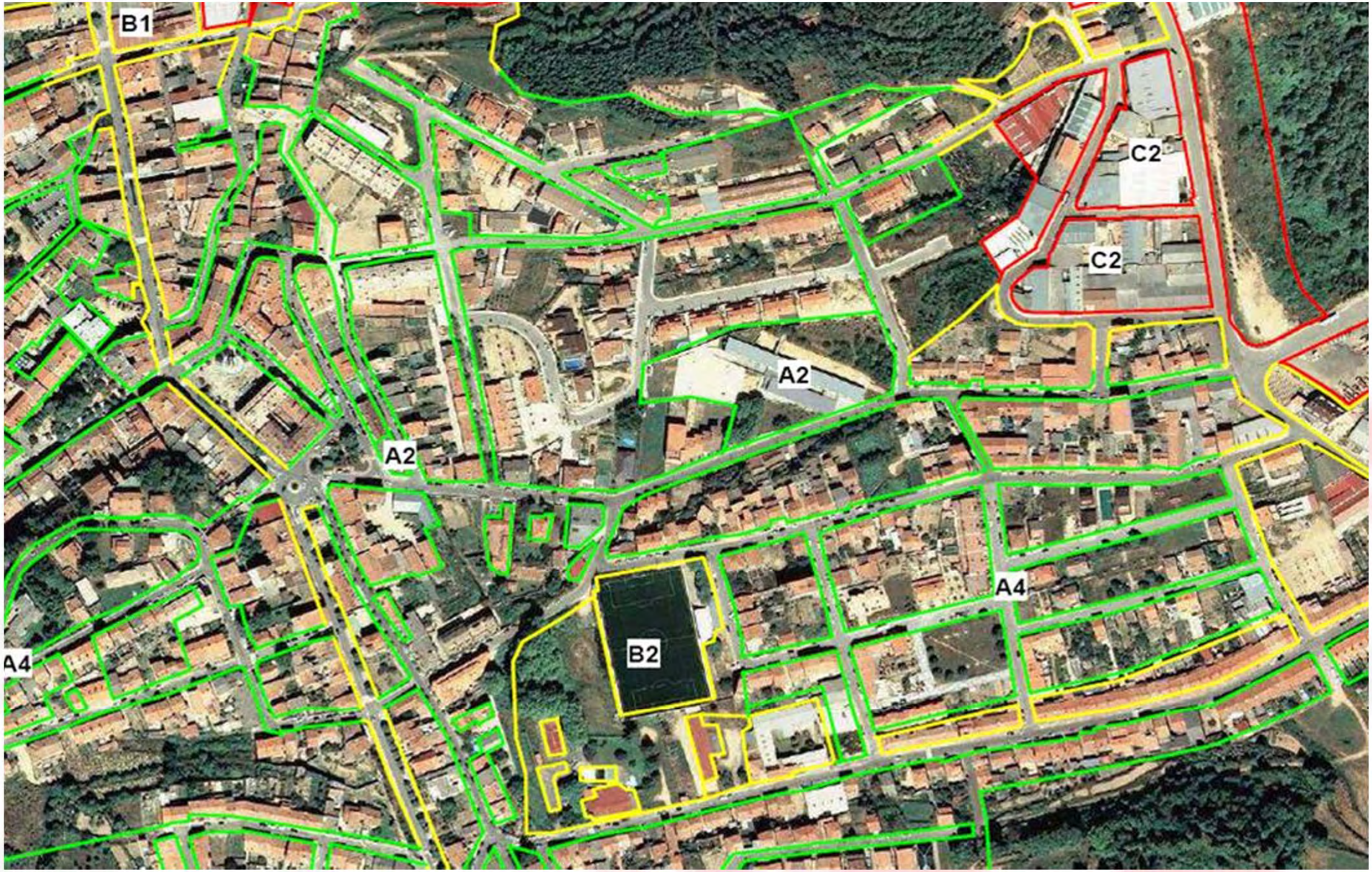
-Valors d'atenció: En les zones urbanitzades existents i per als usos de sòl (A2), (A4), (B2), (C1) i (C2),
-i per habitatges existents en medi rural (A3), el valor límit d'immissió s'incrementa en 5 dB(A)

Mapa de Capacitat Acústica
Zones de sensibilitat acústica i usos del sòl
2009

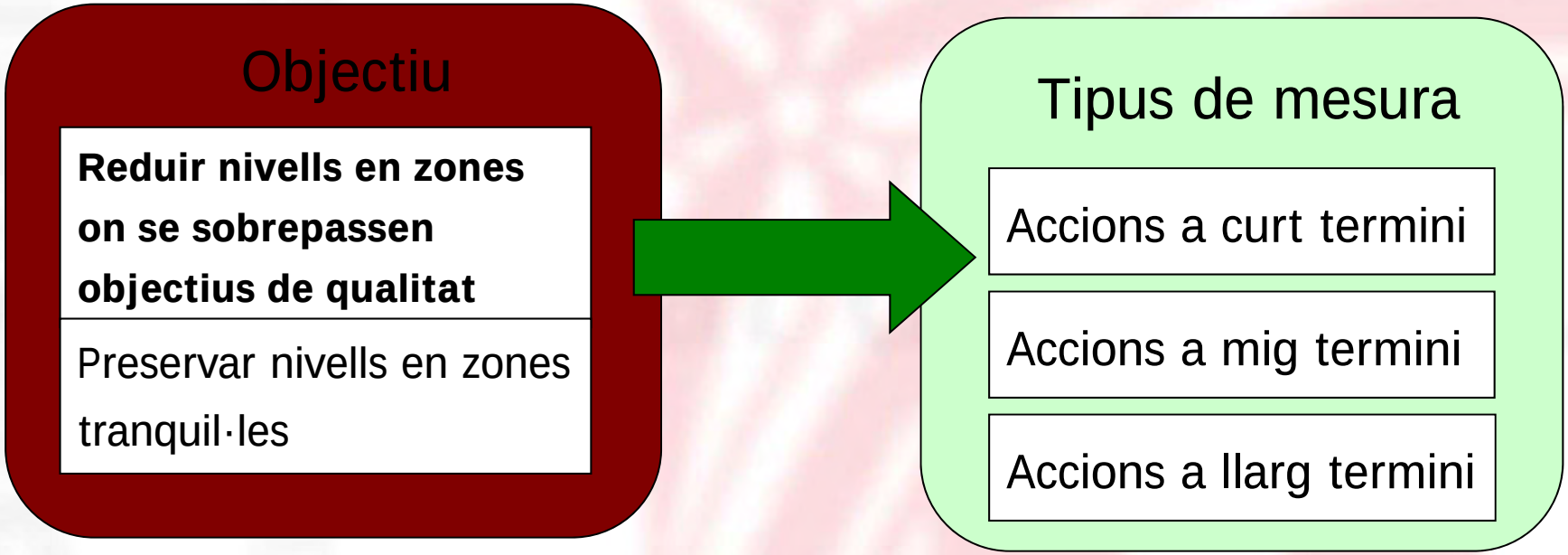
Municipi:
GANDESA
Nucli:
Gandesa

Font: Ajuntament de Gandesa

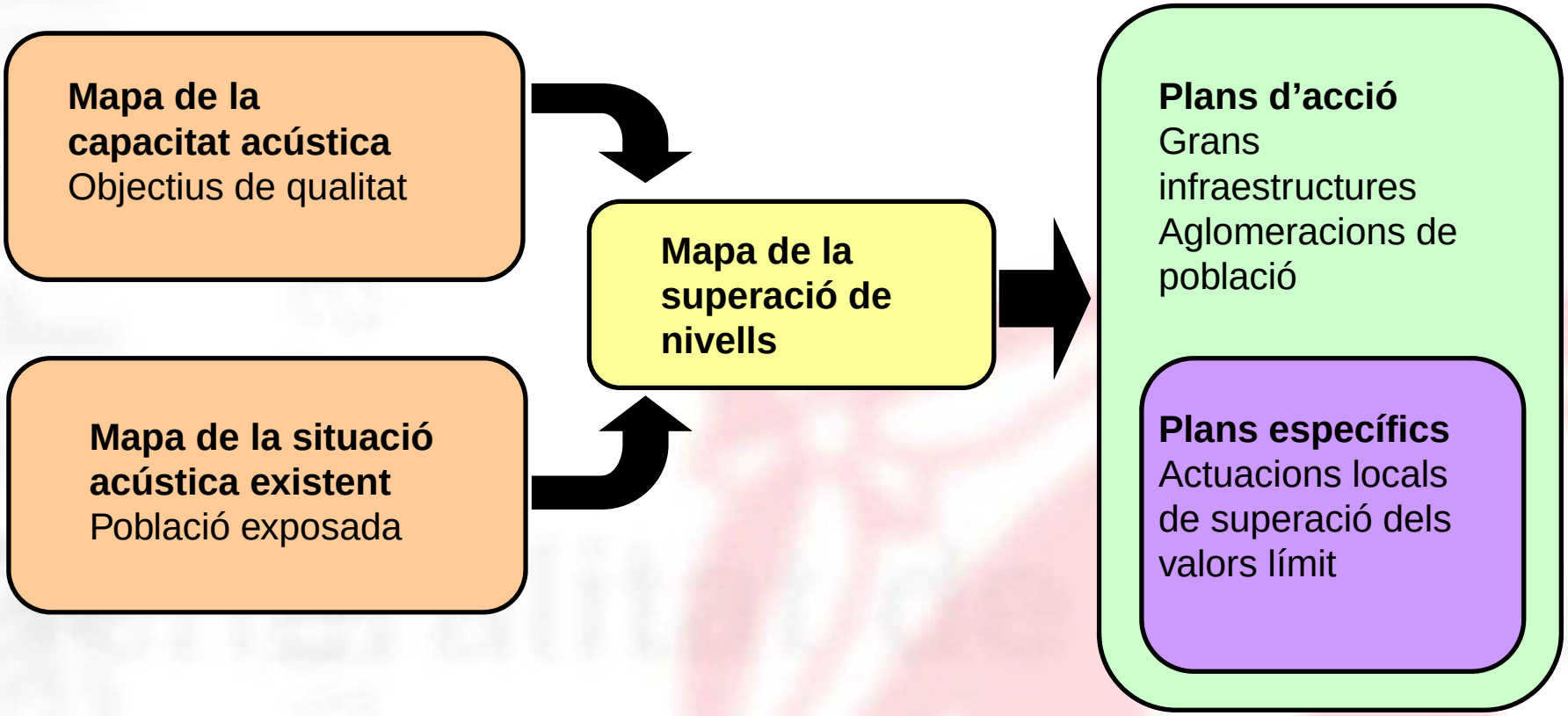
Generalitat de Catalunya
Departament de Medi Ambient i Habitatge
Direcció General de Qualitat Ambiental


B1
C2
C2
A2
A2
A4
A4
B2

Plans d'acció i Plans específics, per a la Preservació, recuperació i millora de la qualitat acústica:



Plans d'acció i plans específics



PLANEJAMENT TERRITORIAL

PLANEJAMENT URBANÍSTIC

ACTIVITATS

Objectius de qualitat acústica en el Planejament territorial i urbanístic

- L'informe de sostenibilitat ambiental, ISA, dels plans territorials i urbanístics sotmesos a avaluació ambiental ha d'integrar els objectius de qualitat acústica i la manera com aquests objectius es tenen en compte en la seva elaboració i aprovació.

- Els projectes sotmesos a avaluació d'impacte ambiental susceptibles de generar sorolls, vibracions o sorolls i vibracions han d'incloure, en l'estudi d'impacte ambiental, un estudi d'impacte acústic.

Activitats sotmeses a intervenció ambiental

- **Les activitats sotmeses a intervenció ambiental susceptibles de generar sorolls, vibracions o sorolls i vibracions han d'incloure en el projecte bàsic que ha d'acompanyar la sol·licitud d'autorització ambiental o de llicència ambiental, o en la documentació que ha d'acompanyar la comunicació a l'ajuntament o la sol·licitud de llicència d'obertura d'establiments, un estudi d'impacte acústic amb el contingut mínim que determina l'annex 10.**

- **Els ajuntaments, de manera motivada, poden determinar que les activitats i instal·lacions sotmeses a llicència d'obres o altres actes d'intervenció municipal no incloses en cap dels apartats anteriors i susceptibles de generar sorolls, vibracions o sorolls i vibracions hagin de presentar un estudi d'impacte acústic amb el contingut mínim que determina l'annex 10.**

Activitats amb incidència acústica d'àmbit supramunicipal

- **En el cas que l'impacte acústic d'una d'activitat situada en un municipi pugui tenir incidència en la qualitat acústica del territori d'altres municipis s'han d'establir instruments de col·laboració entre els ajuntaments afectats amb l'objecte de compatibilitzar i assegurar els objectius de qualitat acústica establerts. Els ajuntaments poden sol·licitar el suport tècnic del departament competent en matèria de contaminació acústica.**

Planejament urbanístic

El Pla d'ordenació urbanística municipal (POUM), i el planejament derivat ha d'integrar els objectius de qualitat acústica i la manera com aquests objectius es tenen en compte en la seva elaboració i aprovació.

Noves urbanitzacions

En les noves urbanitzacions els usos han d'estar d'acord amb els objectius de qualitat acústica.

Noves construccions en àrees urbanitzades existents

En les noves edificacions i grans rehabilitacions si se sobrepassen els objectius de qualitat de la zona no poden concedir-se noves llicències de construcció destinades a usos sensibles si no s'assegura el compliment dels objectius aplicables a l'espai interior.

L'ajuntament ha de facilitar la L_d per adequar l'aïllament de la façana

Zones acústiques

On se sobrepassin els objectius de qualitat acústica cal elaborar plans específics que estableixin un termini plausible i que tinguin en compte els mitjans per finançar-los.

Si tot i aplicar mesures no se'n pot evitar l'incompliment s'han d'aplicar mesures a llarg termini i en particular per no incomplir a l'interior dels usos sensibles.

Ordenances municipals

Disposició Transitòria Primera, DECRET 176/2009

Ordenances municipals (obligatòries > 5000 habitants)

1. Els ajuntaments que, a l'entrada en vigor del Reglament, disposin d'ordenances municipals de protecció contra la contaminació acústica, les han d'adaptar a les normes que estableix el Reglament en el termini de dos anys a partir de la seva entrada en vigor.

2. El departament competent en matèria de contaminació acústica ha de prestar als ajuntaments que ho sol·licitin el suport tècnic, jurídic i administratiu necessari per a l'elaboració de les ordenances.

3. Mentre no es produeixi l'adaptació de les ordenances prevista en l'apartat primer, són d'aplicació directa les exigències i els paràmetres establerts en el Reglament, sempre que aquests siguin superiors als continguts a les ordenances.

Ordenances

El Departament de Medi Ambient i Habitatge ha elaborat dos models d'ordenança reguladora del soroll i de les vibracions, amb la col·laboració de:

- Federació de Municipis de Catalunya
- Associació Catalana de Municipis i Comarques
- Xarxa de Ciutats i Pobles cap a la Sostenibilitat
- Diputació de Barcelona

- **Model A**

  Model d'Ordenança per a tots aquells municipis, que per la seva complexitat, necessiten regular, de manera àmplia, la contaminació acústica.

- **Model B**

  Model d'Ordenança per a tots aquells municipis que no tenen excessius problemes relacionats amb la contaminació acústica.

Què regula l'Ordenança?

- Objecte i àmbit d'aplicació
- Gestió Ambiental del Soroll
- Intervenció Administrativa
- Activitats
- Veïnat
- Vehicles de motor
- Sistemes d'avís acústic
- Construccions
- Inspecció, Control i Règim sancionador

- Disposició Addicional, Transitòria i Derogatòria

- Annexos

Accions de control

- Inspeccions (art. 27 Llei 16/2002)
  - D'ofici o a instància de part (denúncia)
  - Subjectes intervinents:
    - Personal acreditat
    - Titular autorització administrativa
    - Propietari del focus emissor o persona causant del soroll

Entitats de Prevenció de la Contaminació Acústica, EPCA

Oficina d'Acreditació d'Entitats Col·laboradores

EPCA-XXX-YY

Camps d'actuació

- El control de nivells sonors en activitats i infraestructures
- El control de nivells de vibracions en activitats i infraestructures
- El control de la qualitat acústica en l'edificació: aïllament acústic "in situ"
- L'avaluació acústica del territori

Procediment sancionador

- Sancions
  - Tancament de l'activitat, eliminació del focus emissor
  - Revocació autorització administrativa
- Mesures cautelars (art. 32 Llei 16/2002)
  - Suspensió temporal
- Multes coercitives (art. 36 Llei 16/2002)
- Persones responsables (art. 31 Llei 16/2002)

Jurisprudència

Contaminació acústica i drets individuals

Instruments jurídics i evolució jurisprudencial de la protecció davant del soroll

El soroll molesta, i no només molesta, sinó que fa mal, i, per aquesta raó, la ciutadania acudeix als tribunals de justícia a la cerca d'una solució

Com ha reaccionat la jurisprudència davant d'aquesta realitat?

a) Jurisprudència del tribunal Europeu de Drets Humans

b) Jurisprudència constitucional

c) Jurisprudència contenciosa administrativa

d) Jurisprudència civil

e) Jurisprudència penal

a) Jurisprudència del tribunal Europeu de Drets Humans

1. Sentència de 9 de desembre de 1994 (assumpte López Ostra contra Espanya)

2. Sentència de 16 de novembre de 2004 (Moreno Gómez contra Espanya)

b) Jurisprudència constitucional

Les sentències 119/2001, de 24 de maig; 16/2004, de 23 de febrer; i 25/2004, de 26 de febrer, invoquen expressament l'esmentada jurisprudència del TEDH, entenent en síntesi:

- Que la Constitució no proclama drets teòrics, sinó reals i efectius
- Que el soroll pot arribar a suposar un factor psicopatògen destacat en aquesta societati una font permanent de pertorbació de la qualitat de vida dels ciutadans
- Que una exposició intensa i prolongada al soroll pot arribar a afectar el dret a la integritat física i moral
- Que, quan el soroll no és tant intens, pot afectar al dret a la intimitat personal i familiar

c) Jurisprudència contenciosa administrativa

Per tal de veure l'evolució jurisprudencial, es poden esmentar els següents pronunciaments, tots sobre un problema concret: els sorolls derivats de l'activitat aeroportuària.

1. La STS de 27 d'abril de 2004 que desestima un recurs de cassació presentat per l'Ajuntament de Gavà

2. La STSJ de Madrid de 4 de juny de 2008, que resolgué un recurs contenciós administratiu presentat pels veïns d'una zona residencial.

3. La STS de 13 d'octubre de 2008, que 346 veïns van presentar al Ministeri de Foment per tal que s'adoptessin les mesures necessàries per evitar el soroll intens causat pels avions que utilitzaven una de les pistes de l'aeroport de Barajas

d) Jurisprudència civil

En l'ordre civil, la protecció es basa en l'exercici d'accions derivades de les relacions de veïnatge per immissions acústiques

A Catalunya, cal destacar els articles 546-13 i 546-14 del Llibre cinquè del Codi Civil. El primer d'aquests articles disposa que *les immissions, entre d'altres elements, de soroll, produïdes per actes il·legítims dels veïns que causen danys a la finca o a les persones que hi habiten són prohibides i generen responsabilitat pel dany causat.*

La protecció civil davant la contaminació acústica permet al perjudicat exercitar la pretensió de condemna al cessament de l'activitat i a la indemnització dels danys i perjudicis causats per aquesta, inclòs el dany moral, **i; segons la jurisprudència, amb independència que l'activitat disposi dels permisos i llicències administratius en regla o que compleixi els límits acústics establerts administrativament**

e) Jurisprudència penal

Entre els pronunciaments jurisprudencials penals es poden esmerçar:

- Sentència d'1 de juny del 2000, primera sentència rellevant, 8 mesos de presó, tot i que s'imposa per delicte de desobediència- l'empresa havia trencat repetides vegades el precinte de l'equip musical

- Sentència de l'AP de Palència de 9 de novembre de 2000, destaca l'efecte del soroll sobre la salut

- Sentència del tribunal Suprem de 24 de febrer de 2003 que condemna per delicte contra el medi ambient

- Sentència AP d'Alacant, de 5 de març de 2003

- Sentència del Jutjat de Tortosa de 26 de gener de 2004 que condemna a 27 mesos de inhabilitació als propietaris d'un bar musical

- I així se'n poden anar exposant.

Moltes Gràcies

Oficina per a la Prevenció de la Contaminació Acústica
Direcció General de Qualitat Ambiental
Departament de Territori i Sostenibilitat

maite.majo@gencat.cat
acustica.dmah@gencat.cat

LA SUCESIÓN DE CONTRATAS EN LOS AYUNTAMIENTOS

Francisco Andrés Valle Muñoz

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra
Magistrado Suplente
Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

ÍNDICE

1.- DELIMITACIÓN NORMATIVA DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO. 1
2.- LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SUCESIÓN DE CONTRATAS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. 3
3.- LOS SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN EN LAS CONTRATAS Y EN LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.-..... 5
3.1.- La subrogación empresarial por transmisión de los elementos patrimoniales.-..... 5
3.2.- La problemática reversión a la Administración de una actividad previamente exteriorizada.- 6
3.3.- La subrogación empresarial por transmisión de la plantilla.- 7
3.4.- La subrogación empresarial por imposición del convenio colectivo o pliego de condiciones en un contrato administrativo.- 7
4.- ALGUNOS EFECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA SUBROGACIÓN EN LA SUCESIÓN DE CONTRATAS.- 9
BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA: 10

1.- DELIMITACIÓN NORMATIVA DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO.

El que algunos servicios públicos inherentes a un ente gestor, como son los Ayuntamientos, puedan ser prestados por empresas privadas, forma parte de lo que, desde un punto de vista del Derecho del Trabajo, se conoce con el nombre de descentralización o externalización productiva.

Una de las fórmulas de la externalización productiva la constituye precisamente la contratación o subcontratación a través de las conocidas contratas o subcontratas de obras de obras y servicios, o a través de las llamadas concesiones administrativas, cuando hablamos de las Administraciones Públicas.

Se trata éste de un fenómeno por el que el ente administrativo descentraliza parte de su actividad de gestión o de prestación de servicios, en empresas privadas con las que se vincula a través de la oportuna concesión administrativa.

El empleo de este tipo de fórmulas ha generado no pocos problemas y ha provocado múltiples y criticados efectos negativos, básicamente derivados de la desigualdad de derechos existente

entre los distintos colectivos de trabajadores involucrados en las concesiones, o derivados de la aplicación de normativa distinta para cada uno de estos colectivos.

No debemos olvidar que los extensos plazos de duración de las concesiones administrativas, hacen que sea muy probable, y casi seguro, que se produzcan incidencias que puedan afectar a la prestación del servicio.

Para evitar los numerosos problemas ocasionados en aquellos supuestos en que una empresa sucede a otra en la prestación de un servicio público mediante la oportuna concesión administrativa, el ordenamiento jurídico prevé la subrogación como mecanismo jurídico para solventar los eventuales problemas que la sucesión pueda ocasionar.

Sin embargo, el mecanismo de la subrogación opera con un fin distinto en el Derecho Administrativo, frente al fin con el que opera en el Derecho del Trabajo. Mientras que en el Derecho Administrativo el mecanismo de la subrogación pretende la continuación ininterrumpida del servicio público prestado, que no puede suspenderse por el mero hecho de que la nueva empresa adjudicataria pase a ser otra distinta de la anterior, en cambio en el Derecho del Trabajo, la subrogación actúa no por este motivo, sino como un mecanismo de protección de los derechos de los trabajadores en las modificaciones empresariales.

De esta manera, y con el fin de garantizar el principio de continuidad del servicio público concedido, salvo motivos de fuerza mayor, la Ley 30/2007 de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, establece la oportuna subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente, siempre y cuando concurran los siguientes requisitos: a) que el órgano de contratación hubiera aprobado expresamente y con carácter previo la cesión de la concesión; b) que el cesionario no sólo tenga capacidad para contratar con la Administración y cuente con la solvencia exigible, sino que tampoco esté incurso en ninguna causa de prohibición o inhabilitación para contratar. Tras la nueva adjudicación, la concesión administrativa con la empresa primera se extingue, quedando el cedente desvinculado de la gestión del servicio, y concluyendo así su relación jurídica con la Administración concedente.

De manera paralela, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores señala que cuando una empresa o un centro de trabajo cambia de titularidad, dicho cambio no extingue de por sí mismo todos los contratos de trabajo que existían en la empresa, sino que el nuevo empresario se subrogará, esto es, ocupará la posición jurídica en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior empresario, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente.

Mediante este mecanismo, el nuevo empresario deberá mantener los derechos y obligaciones que el primer empresario ostentaba frente a sus trabajadores. Por tanto, los contratos de trabajo celebrados por el empresario cedente continúan vigentes, en una conservación de los negocios jurídicos dirigida a mantener la estabilidad en el empleo.

Este último precepto no hace más que trasponer al ordenamiento jurídico español la Directiva Comunitaria 2001/23/CE de 12 de marzo, que ha venido a refundir la Directiva 77/187 de 14 de febrero de 1977, modificada por la Directiva 98/50/CE de 29 de junio de 1998, sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresa, de centros de actividad, o de partes de empresas o de centros de actividad.

Directiva que, según su artículo 1 es aplicable también a empresas públicas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro, como son los Ayuntamientos.

Ahora bien, para que exista una sucesión de empresa, y opere la subrogación por ministerio de la ley, el artículo 44 del ET y del artículo 1.1.b) del a Directiva 2001/23/CE, exige que la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados y de elementos productivos o patrimoniales dotados de suficiente autonomía funcional como para llevar a cabo una actividad económica, ya sea esencial o accesoria. Por tanto, la unidad productiva ha de estar dotada de autonomía funcional y se exige la entrega o transmisión de la infraestructura patrimonial o elementos fundamentales para la prestación del servicio.

De esta forma, ni la Directiva, ni el ET contienen una referencia expresa a la sucesión de contratas o de concesiones administrativas. Ha sido la jurisprudencia del TJCE, posteriormente asumida por nuestros tribunales internos, la que se ha pronunciado acerca de si estos supuestos de sucesiones de contratas o de concesiones administrativas, constituyen o no traspasos en el sentido del artículo 44 del ET, en los que opere la subrogación del nuevo empresario.

Por ello se ha criticado que, desde un punto de vista jurídico laboral, el Estatuto de los Trabajadores no haya abordado de forma expresa la problemática de la sucesión de las contratas y de las concesiones administrativas.

2.- LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SUCESIÓN DE CONTRATAS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

El principal problema que se plantea en la sucesión de las contratas o concesiones administrativas es que las empresas involucradas carecen habitualmente de una infraestructura patrimonial suficiente como para la prestación del servicio de manera autónoma, al tratarse generalmente de empresas de servicios, como son de limpieza o de vigilancia.

En un principio, nuestra jurisprudencia negó la aplicación del artículo 44 del ET a los supuestos de sucesión de contratas o a la sucesión de concesiones administrativas, por considerar que la contrata no es una empresa sino un derecho a la prestación de un servicio a un tercero, salvo que se produzca la entrega al concesionario o al contratista de la “infraestructura u organización empresarial básica para la explotación”, esto es, del soporte patrimonial necesario para la realización de la actividad.

Precisamente, por no existir un soporte patrimonial necesario para la realización de la actividad, en las sucesiones de contratas no había sucesión de empresa sino finalización de una contrata y “comienzo de otra formal y jurídicamente distinta aunque materialmente la contrata sea la misma (en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando”).

De tal manera que se concluía que no se producían los efectos previstos en el artículo 44 ET y, en consecuencia, no se imponía la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior. Según esta jurisprudencia, no tendría lugar la subrogación del nuevo concesionario respecto de los trabajadores del anterior, puesto que no se producía la efectiva transmisión patrimonial requerida por el artículo 44 del ET.

Así lo expresaron los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: SSTS de 5 de abril de 1993 (RJ 1993, 2906), 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10093) , 9 de febrero de 1995 (RJ 1995, 789), 6 de febrero de 1997 (RJ 1997, 999), 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3581), 17 de junio de 1997 (RJ 1997, 458), 9 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1644), 31 de marzo de 1998 (RJ 1998, 4575), 29 de abril de 1998 (RJ 1998, 3879), 8 de junio de 1998 (RJ 1998, 6639), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7804), 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 9100), 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4624) .

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial tuvo que ser modificada de conformidad con la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en interpretación de la Directiva Comunitaria antes citada.

En un primer momento, el TJCE efectuó una interpretación amplia identificando el traspaso de empresa con una mera sucesión en la actividad, bastando con que el nuevo empresario continuara de manera efectiva o retomara las mismas actividades económicas o actividades análogas, para que se produjera la subrogación. En consecuencia, de acuerdo con esta doctrina, el TJCE identificaba la entidad económica con la actividad que desarrolla la empresa. Bastaba con que existiera una sucesión de actividad para que operase la subrogación empresarial.

Destacan entre otras las siguientes sentencias: STJCE de 14 de abril de 1994 (TJCE 1994, 54) (Asunto *Schmidt*) sobre contratación de un empresario para efectuar los servicios de limpieza que anteriormente se realizaban de modo directo; SSTJCE de 18 de marzo de 1985 (TJCE 1986, 65)

(Asunto Spijkers), de 19 de mayo de 1992 (TJCE 1992, 99) (Asunto Redmond Stichting) y de 12 de noviembre de 1992 (TJCE 1992, 184) (Asunto Watson Rask y Christensen).

Sin embargo, con posterioridad esta interpretación fue matizada sobre todo a partir de la STJCE de 11 de marzo de 1997 (Asunto Süzen) para estimar que para que exista un traspaso de empresa no es suficiente con una mera sucesión en la actividad sino que "han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular las siguientes: a) el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate; b) el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles; c) el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión; d) el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores; e) el que se haya transmitido o no la clientela; f) el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y g) la duración de una eventual suspensión de dichas actividades". Se tratarían todos ellos de elementos que no pueden apreciarse aisladamente, sino que se trataría de aspectos parciales que tendrían que evaluarse en su conjunto.

Ahora bien, lo importante de esta sentencia es que introdujo la teoría de la sucesión de plantillas para aceptar la subrogación, al afirma que el hecho de que no se produzca una transmisión de los elementos del activo material o inmaterial no excluye necesariamente la existencia de una transmisión de empresas.

Según dicha sentencia: "en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea" .

Se trata de una doctrina seguida posteriormente por otros pronunciamientos del TJCE, y entre otros: SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998, 308) (Asuntos acumulados HERNÁNDEZ VIDAL, Santner y GÓMEZ MONTAÑA), 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998, 309) (Asuntos acumulados Sánchez Hidalgo y Ziemann), 2 de diciembre de 1999 (TJCE 1999, 283) (Asunto Allen), 24 de enero de 2002 (TJCE 2002, 29) (Asunto Temco Service Industries SA), 15 de diciembre de 2005 (TJCE 2005, 406) (Asuntos acumulados Güney-Görres y Gul Demir).

Por la naturaleza vinculante de la jurisprudencia del TJCE, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a asumirla y a modificar su jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 44 ET a los supuestos de sucesión de contratas y de concesiones administrativas.

Destaca en este punto la STS de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7162) a la que seguirían otras muchas de 21 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7341) , 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7202) , 4 de abril de 2005 (RJ 2005, 5736) , 3 de junio de 2005 (RJ 2005, 5981) , 2 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10100) , 29 de mayo de 2008 (RJ 2009, 4224) , 28 de abril de 2009 (RJ 2009, 2997) , entre otras.

De esta forma, nuestra jurisprudencia ha admitido que en actividades que descansan fundamentalmente sobre la mano de obra, también opera la sucesión en los casos de asunción por la nueva titular de la contrata de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior, lo que denomina "sucesión en la plantilla".

Pero si se trata de actividades que requieren material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no hay sucesión de empresa si no se transmiten esos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

Al margen de estos supuestos, el Tribunal Supremo viene considerando que en el ámbito de las contratas y de las concesiones administrativas, opera la subrogación, pese a no producirse la transmisión de ningún elemento patrimonial, cuando así venga impuesto en el pliego de

condiciones administrativas, aceptado por el nuevo contratista, o en el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo respecto de subrogaciones previstas en el convenio colectivo los siguientes pronunciamientos: SSTS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3581) , 10 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 736), 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9641) , 26 de abril de 1999 (RJ 1999, 4532), 18 de junio de 2001 (RJ 2002, 6312) , 29 de enero de 2002 (RJ 2002, 4271) , 11 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3353).

Y respecto a la subrogación prevista en el pliego de condiciones, la han mantenido entre otras las siguientes sentencias: STSJ de Cantabria de 9 de febrero de 1995 (AS 1995, 568), STSJ de Galicia de 12 de diciembre de 2000 (AS 2000, 3740), STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2001 (AS 2001, 1456), SSTSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 81739) y 20 de abril de 2004 (AS 2004, 2939), STSJ de La Rioja de 11 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 100009), STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de noviembre de 2004 (AS 2004, 3875)

En este sentido resulta habitual que, en determinados sectores caracterizados por una elevada precariedad en el empleo y que no precisan de un gran soporte patrimonial como la limpieza, la vigilancia o la hostelería, el convenio colectivo incluya una cláusula subrogatoria en la que se imponga a la empresa entrante la obligación de asumir a los trabajadores de la empresa saliente que estuvieran adscritos a la contrata.

E, igualmente, es frecuente sobre todo en el ámbito de la contratación administrativa que el correspondiente pliego de condiciones imponga la misma obligación al nuevo contratista. En ambos casos deberá estarse a la literalidad de la concreta cláusula que impone la subrogación para determinar los términos y condiciones en las que ésta debe producirse.

De cuanto se acaba de exponer se concluye que los supuestos en los que se produce una transmisión de empresas en el ámbito de las contratas y subcontratas o de las concesiones administrativas y, en consecuencia, resulta obligatoria la subrogación de la empresa cesionaria en los contratos de los trabajadores de la cedente son los siguientes:

a) Cuando se produzca la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para continuar con la actividad empresarial.

b) Cuando, tratándose de actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra, la empresa cesionaria se haga cargo de una parte importante de los trabajadores de la cedente.

c) Cuando la subrogación venga impuesta por un convenio colectivo sectorial o por el pliego de condiciones de un contrato administrativo.

3.- LOS SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN EN LAS CONTRATAS Y EN LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.-

3.1.- La subrogación empresarial por transmisión de los elementos patrimoniales.-

El artículo 44 del ET se aplica en los supuestos de contratas y subcontratas en los que exista una transferencia de elementos patrimoniales de cierta entidad entre una y otra empresa contratista (instalaciones, maquinarias, almacenes...). Así lo ha entendido la jurisprudencia (Véase por todas la STS 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4624).

Sin embargo, se trata éste de un supuesto que, en hipótesis, se producirá en pocas ocasiones ya que en la sucesión de contratas o de concesiones administrativas, no se suelen transmitir elementos patrimoniales de cierta entidad. Recordemos que en determinados sectores económicos, como los de la limpieza y la vigilancia, estos elementos patrimoniales se reducen a menudo a su mínima expresión, y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra.

En cualquier caso, si se produce la transmisión de una unidad organizada, y se trasladan los elementos patrimoniales necesarios para la actividad, cabrá la subrogación. Por tanto habrá que

examinar si la infraestructura que se traspasa es suficiente o no a la hora de determinar el traspaso de una entidad autónoma o no.

La jurisprudencia comunitaria y el Tribunal Supremo no exigen la existencia conjunta de medios materiales, inmateriales y personales, sino que debe ser apreciado en cada caso en razón del tipo de actividad de que se trate. Siendo así, algún pronunciamiento, como la STSJ de Extremadura de de 23 de febrero de 2006 (AS 2006, 953), o la STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de noviembre de 2004 (AS 2004, 3050) en un supuesto de asunción por parte del Ayuntamiento de la actividad de viviendas tuteladas que se venía realizando por una tercera empresa (pese a ser propiedad del Ayuntamiento), determina que el traspaso de las viviendas tuteladas constituye un elemento fundamental de su actividad y por lo tanto una infraestructura suficiente para entenderla como unidad productiva autónoma y aplicar así el artículo 44 del ET, al producirse una transmisión de una unidad productiva.

3.2.- La problemática reversión a la Administración de una actividad previamente exteriorizada.-

Mayores problemas entraña la reversión de la contrata por parte de la empresa, o la reversión de la concesión administrativa por parte de la Administración Pública, asumiendo entonces la realización de la actividad que había previamente externalizado.

El TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en el caso de la recuperación de una empresa cedida en arrendamiento (STCE de 17 de noviembre de 1987-caso Ny Molle Kro), o en el caso de la reversión de una actividad por una administración local, que venía prestando una empresa privada (STJCE 26 de septiembre de 2000 [TJCE 2000, 212] - Caso Difier Mayeur).

Sobre este particular la jurisprudencia ha venido entendiendo en estos casos que debe ser de aplicación el artículo 44 del ET, y por tanto, la Administración se subrogaría en la posición jurídica de la empresa adjudicataria. Es decir, si junto con la reversión de la competencia para la prestación de la actividad, se transmiten los bienes que conformaban el activo utilizado para la prestación del servicio, habría de operar el mecanismo de la subrogación.

Sin embargo, cuando tal retorno no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones del artículo 44 del ET, y en consecuencia, los contratos de trabajo podrían quedar extinguidos.

Así lo ha entendido recientemente el TJCE en sentencia de 20 de enero de 2011, según la cual, no opera el mecanismo subrogatorio en aquellos casos en que un Ayuntamiento español, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin a la concesión administrativa y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello a nuevo personal.

Ahora bien, ante el supuesto de reversión acompañada de bienes inmateriales y patrimoniales suficientes, inmediatamente surge la duda de si los trabajadores afectados por este trasvase podrían aspirar a integrarse en la plantilla laboral de la Administración Pública, o si tal oportunidad les quedaría vedada.

No podemos olvidar que el mecanismo de la subrogación por parte de la Administración Pública en los supuestos de reversión, podría vulnerar los principios constitucionales que requieren la necesidad de acceder al empleo público a través de un procedimiento respetuoso con los principios de mérito y de capacidad.

Precisamente, para evitar esta consecuencia, algunos pliegos de clausulas administrativas establecen expresamente que en ningún caso la Administración contratante “se subrogará en las relaciones contractuales por terminación de la concesión”.

Quizá una solución posible sería aplicar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la que, tratándose de trabajadores al servicio de la Administración, diferencia entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos, doctrina recogida en el artículo 11.1 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público.

En otro orden de cosas, si la reversión de actividad a favor de la Administración se produce con el objeto inmediato de que dicha concesión sea objeto de una nueva adjudicación a un tercero, y se cumplen los requisitos del artículo 44 del ET (por transmitirse activos patrimoniales), o lo establece el pliego de condiciones, también se produciría la subrogación en los contratos de trabajo cuando acaezca la reversión en manos públicas. Sin embargo, lo lógico sería proceder a la inmediata suspensión de los mismos (de modo que los trabajadores no prestarían servicios ni la Administración abonaría salarios) a la espera de la nueva adjudicación.

Finalmente mayores problemas se plantean en los casos en que el cometido previamente descentralizado y rescatado no va a ser entregado de nuevo a un empresario privado ni va a ser ejercido tampoco por la propia Administración, sino que simplemente va a desaparecer. La respuesta a tal interrogante no es fácil, existiendo pronunciamientos judiciales diversos.

Algunos sostienen que lo que procedería en tales casos es la extinción de los contratos trabajo por ausencia de objeto (STSJ de Cataluña de 22 de enero de 1998). Quizá lo más aconsejable sería que el Ente Público asumiera a quienes trabajaban en la actividad que se externalizó para posteriormente amortizarla, y proceder a la extinción de los contratos laborales afectados como si de un despido objetivo o colectivo se tratase, con abono de la indemnización prevista legalmente.

3.3.- La subrogación empresarial por transmisión de la plantilla.-

Tal y como hemos visto, el hecho de que el nuevo empresario entrante asuma la totalidad o parte de la plantilla de la empresa cesante de la contrata o concesión administrativa, supone la aplicación del artículo 44 del ET, y en consecuencia, la aplicación del mecanismo subrogatorio.

A tenor de la jurisprudencia comunitaria e interna, se admite que el traspaso únicamente de mano de obra puede constituir una unidad productiva autónoma a efectos del artículo 44 del ET, siempre y cuando esta mano de obra constituye básicamente el elemento principal de la contrata.

El problema consiste en determinar cuándo se considera que ha habido asunción de plantilla. Ante esta cuestión, los tribunales han entendido que se considera que ha habido asunción de la plantilla, cuando la empresa entrante asume una parte importante o sustancial de la plantilla anterior, y aunque no exista normativa ni jurisprudencia relativa a los criterios numéricos que permitan hablar de sucesión de plantillas, la misma ha de entenderse que concurre cuando al menos el 50% o más de la plantilla de la empresa saliente pasa a prestar servicios para la empresa entrante.

Así la sentencia del TSJ del País Vasco de 1 de diciembre de 2004 (AS 2005, 114), determina la sucesión y aplicación del artículo 44 ET por asunción de la plantilla por parte de la empresa entrante, entendiendo que la no subrogación de la trabajadora por la empresa entrante constituye un despido improcedente.

Y la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 5 de diciembre (AS 2006, 53) matiza que, cuando la unidad productiva está compuesta por mano de obra y elementos materiales, de deberá determinar cuál de ellos es más importante si sólo hay traspaso de alguno de ellos. De manera que la plantilla es un elemento más que ha de valorarse junto con los demás que concurren en la configuración de la unidad productiva objeto de transmisión.

Cuando esta unidad productiva está compuesta de manera esencial por las personas de los trabajadores y no por medios materiales adscritos a la producción, esa identidad de la mayor parte de los trabajadores será un criterio determinante, pero resultará marginal cuando la unidad productiva esté configurada por elementos materiales de importancia relevante.

3.4.- La subrogación empresarial por imposición del convenio colectivo o pliego de condiciones en un contrato administrativo.-

Lo primero que ha de destacarse de este tipo de subrogación es que solo obligará a aquellas empresas contratistas vinculadas por el convenio colectivo de referencia. Además, se ha de tener en cuenta la naturaleza estatutaria o extraestatutaria del convenio colectivo, porque, de tratarse de

un convenio colectivo de eficacia personal limitada o extraestatutario, el mismo no vincularía a aquellos empresarios contratistas no afiliados a las patronales firmantes del convenio.

Asimismo se deberá tener en cuenta el ámbito territorial y funcional del convenio colectivo de que se trate y para el caso de que la cláusula subrogatoria esté prevista en convenios colectivos distintos y aplicables a ambas empresas, el contratista entrante sólo vendría obligado por el tenor literal de su convenio colectivo.

En principio, dado que el artículo 44 del ET es una norma de derecho necesario relativo, es decir una norma mínima, mejorable por convenio colectivo a favor de los trabajadores, cabe concluir que el convenio colectivo, o el pliego de condiciones, sólo resultará aplicable en aquello que mejore la subrogación prevista en el artículo 44 del ET.

Así, en principio son de dudosa justificación, los requisitos convencionales que condicionen la subrogación empresarial al hecho de que los trabajadores tengan una cierta antigüedad en la empresa (puesto que el ET nada dice al respecto y pudiera ser discriminatorio), y son también de dudosa justificación, ciertas exigencias previstas en los convenios colectivos y que condicionan la subrogación, al hecho de que el contratista saliente informe al entrante sobre el personal adscrito a la contrata o a la concesión administrativa y sus condiciones de trabajo.

Sin embargo, este último punto relativo a si se puede o no dar la subrogación empresarial cuando por parte de la empresa saliente no se haga entrega a la empresa entrante, de la documentación exigida por el convenio colectivo de aplicación, ha generado una polémica jurisprudencial.

Para algunos pronunciamientos, por encima del incumplimiento de las formalidades recogidas en el convenio aplicable, debe aceptarse la existencia de una transmisión de empresa (STSJ de Castilla La Mancha de 9 de noviembre de 2004). Por el contrario el TSJ de Cataluña (en su sentencia de 13 de diciembre de 2004 y otras posteriores), ha entendido que no opera la subrogación si el empresario saliente incumple los requisitos de información que debía proporcionar al empresario entrante y que venían exigidos en el convenio colectivo.

No está de más tener en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando se imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, por parte del órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores (en el propio pliego o en la documentación complementaria), la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

Salvados estos obstáculos, sí son aplicables en las sucesiones de contratas, las mejoras establecidas en el convenio y que permiten la subrogación sea cual sea la modalidad de contrato de trabajo de los trabajadores, admitiéndola incluso para aquellos trabajadores que tuvieran un contrato temporal por obra o servicio vinculado en su duración a la concesión administrativa o a la contrata.

En los casos de reversión a manos de la Administración de una actividad previamente exteriorizada, se plantea la duda de si el convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas (pensemos por ejemplo en el convenio colectivo del sector de limpieza) puede imponer a la Administración la subrogación en los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa adjudicataria, para el caso de que la Administración decida recuperar este servicio.

Ciertamente, la única forma de evitar la extinción de tales contratos sería que el convenio colectivo o el pliego de condiciones estableciera la obligación de mantener las relaciones de trabajo de la anterior empresa adjudicataria en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores.

Pero no podemos negar que estas cláusulas convencionales en virtud de las cuales se obliga al gestor del servicio público entrante a incorporar a su plantilla a los trabajadores adscritos a la concesión por el anterior adjudicatario, han generado alguna que otra polémica.

Y es que cabría cuestionar hasta qué punto estas cláusulas convencionales a favor del traspaso de trabajadores a la Administración en el supuesto de reversión de la concesión administrativa son

o no válidas, en tanto que dicha regulación convencional únicamente afecta a las empresas incorporadas al ámbito de aplicación del convenio, pero nunca a empresarios no incluidos en él, como es el caso de la Administración.

Es decir, el convenio colectivo, ni puede contener clausulas obligacionales para quienes no son parte en la negociación del mismo, ni, en su contenido normativo, puede establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación.

Por esta razón, la subrogación incorporada en una norma convencional, no obligaría a la Administración, a menos que el convenio estuviera firmado por dicho órgano público asumiendo el compromiso que, en los casos de reversión, se mantendrían los contratos de trabajo suscritos por la antigua concesionaria, lo que parece poco probable.

Así lo ha entendido precisamente la STJCE de 20 de enero de 2011, según la cual, no opera el mecanismo subrogatorio en aquellos casos en que un Ayuntamiento español, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin a la concesión administrativa y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello a nuevo personal, pese a lo que pudiera disponer el convenio colectivo de limpieza, que imponía la obligación de subrogación.

Por último señalar, que el mecanismo subrogatorio por el cual la Administración asume a la plantilla de la empresa adjudicataria en caso de reversión del servicio, también sería de aplicación en aquellos casos en que tal previsión estuviera contemplada en alguna de las cláusulas del pliego de condiciones de la convocatoria de la concesión, lo cual no será probable.

4.- ALGUNOS EFECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA SUBROGACIÓN EN LA SUCESIÓN DE CONTRATAS.-

La subrogación supone, entre otras cosas, que el nuevo empresario contratista asuma las deudas salariales y de Seguridad Social del anterior contratista, lo que, en ocasiones, puede conllevar un problema y una carga excesiva para el nuevo.

Y es que pueden darse en la práctica actuaciones fraudulentas tendentes a establecer condiciones de trabajo superiores en fechas cercanas a la finalización de un contrato de concesión administrativa con la única intención de gravar al empresario entrante con unas condiciones laborales sumamente beneficiosas para los trabajadores transferidos pero no disfrutadas en la cedente, o cuya intención consista en dificultar las ofertas competitivas al vencimiento de la contrata a fin de eliminar adversarios.

Sea como fuere, la subrogación afectará a todos los trabajadores que tengan contrato indefinido, pero suscita muchas dudas sobre si opera o no la subrogación respecto de aquellos otros que tengan suscritos contratos temporales de obra o servicio vinculados con la duración de la concesión administrativa o de la contrata, habida cuenta que la jurisprudencia ha habilitado la extinción de tales contratos de trabajo, al finalizar la concesión administrativa o la contrata.

Y si tenemos en cuenta que la mayoría de los contratos que se realizan en las empresas contratistas son contratos temporales por obra o servicio, donde se hace coincidir la duración de los mismos con el fin de la contrata, la eficacia del mecanismo subrogatorio pudiera ser bastante relativa (salvo que se prevea por convenio colectivo).

Por aplicación del artículo 44 del ET, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión, seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuera de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida, salvo que entre empresario cesionario y los representantes de los trabajadores de la empresa cedida, se pactase un acuerdo de empresa que dispusiera lo contrario. El mantenimiento de tales condiciones de trabajo se producirá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

Aquí pueden plantearse también diversos problemas: el primero de ellos es que la nueva empresa contratista carezca de convenio colectivo, lo que determinaría que mientras un colectivo de trabajadores dispondrían de convenio, otros no, a la espera de la negociación de uno para todos ellos.

El segundo problema que se puede plantear es que una vez que se sustituya el convenio colectivo de aplicación a estos trabajadores transferidos, por negociación de un nuevo convenio, las condiciones de los mismos empeoren, sin que puedan mantenerse las anteriores condiciones como condiciones más beneficiosas si estuvieron fijadas únicamente por convenio colectivo (a no ser que el trabajador pudiera demostrar que dichas condiciones las disfrutaba a título individual por contrato de trabajo).

Por último, cuando la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transmitida, conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajos las mismas condiciones anteriores. Son de dudosa legalidad, por tanto, algunas cláusulas convencionales que contemplan la extinción del mandato de los representantes legales de la empresa cedente tras la sucesión.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA:

ALVAREZ ALCOLEA, M., “Responsabilidad en los supuestos de cambios en la titularidad de la empresa. En particular en la sucesión de contratas”, AA.VV. *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales*. *El “out sourcing*”, ed. Aranzadi, Pamplona 2003.

CORDERO GORDILLO, V., “La sucesión de contratas en centros especiales de empleo”, *Aranzadi Social* nº 7-8-2010.

GARATE CASTRO, J., “Descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social con especial referencia a las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral* Tomo I, 2004, pag. 1053 y ss.

GOMEZ ALVAREZ, T., “El difícil equilibrio entre el rescate de las contratas y los principios de mérito y capacidad en el acceso del personal laboral a la función pública”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. Estudios en recurso de Francisco Blat Gimeno,* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pag. 518 y ss.

MONEREO PEREZ, J.L., “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y en las concesiones administrativas”, *Relaciones Laborales*, tomo II, 1986.

MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico laboral de la sucesión de empresas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

NEBOT PEREZ, E., “La sucesión de contratas tras la STS de 27 de octubre de 2004”, *Aranzadi Social*” nº 16, 2006.

ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C., “La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 116, 2002 pag. 241 y ss.

RAMOS QUINTANA, M.I., *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, ed, Bomarzo, Albacete, 2007.

RODRÍGUEZ ESCACIANO, S., *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: contenido y consecuencias de la aplicación de los artículos 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*, ed. Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 2010.

RODRÍGUEZ ESCACIANO, S., *Subcontrataciones de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, pag. 153 y ss.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española”, *Relaciones Laborales* nº 24, 2000, pag. 13 y ss.

SALA FRANCO, T., “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos, *Actualidad Laboral* nº 1, 2005.

SALCEDO BELTRAN, M.C., *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratas.* Ed. Bomarzo, Albacete, 2005.

8a sessió

13/05/11

Els drets d'autor, la SGAE i l'activitat cultural municipal.
Ramon Casas Vallès, professor de dret civil de la Universitat de Barcelona.

La nova normativa sobre espectacles públics i activitats recreatives.
Clara Isabel Velasco Rico, professora de dret administratiu de la Universitat Pompeu Fabra.

Novetats en matèria de contractació de la Llei d'Economia Sostenible.
Alfredo Galán Galán, professor titular de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

Les valoracions del sòl al Real Decret Legislatiu 2/2009, de 20 de juny, d'aprovació del text refós de la Llei del Sòl: Situació actual a la vista de dita llei.
Romà Miró i Miró, advocat de Miró Advocats.

Los derechos de autor, la SGAE y la actividad cultural municipal

Ramon Casas Vallés
Professor de dret civil
Universitat de Barcelona

1) Introducción (*qué vamos a tratar*)

- Objetivos de la sesión: "cartografía conceptual" y análisis técnico de los problemas más frecuentes (*una opinión informada que facilite la gestión cotidiana*).

- La llamada propiedad intelectual: qué es y qué la justifica (*necesidad de un consenso al respecto*)

- Un marco normativo complejo, *ad extra* (internacional) y *ad intra* (la LPI)

2) Información básica sobre el régimen de la propiedad intelectual (*qué hemos de saber*)

- **Qué se protege (objeto): obras y prestaciones**
  - Obras
    - Qué son
    - Tipología: regímenes especiales
  - Prestaciones
    - Qué son
    - Cuáles son
- **A quién se protege (sujetos): autores y otros sujetos**
  - Autor
    - Autoría y titularidad (originaria y derivativa). El Ayuntamiento como titular.
    - Quién es autor. ¿El Ayuntamiento como autor?
  - Otros sujetos:
    - ¿Quiénes son?
    - Qué derechos ostentan: los llamados derechos vecinos, afines o conexos
- **Contenido de la propiedad intelectual (¿en qué consiste ser propietario intelectual?)**
  - Algunas aclaraciones necesarias
    - Actos y derechos
    - Actos: de uso y de explotación.
      - La noción de público.

        - ¿Cómo llevar la obra o prestación al público?: distribuir y comunicar
    - Derechos: exclusivos y de simple remuneración
    - ¿Qué derechos sobre qué actos…y a quién?
  - Los actos y derechos típicos
    - Autores: derecho general y derechos típicos *ad exemplum*
    - Otros sujetos: derechos tipificados
  - Contenido: en positivo y en negativo
    - Límites temporales: el llamado dominio público (qué es y cómo se llega él: ¿*Tierra prometida* o la *condenación*?)
      - Las llamadas *licencias libres*
    - Límites materiales o sustantivos
      - El llamado *three step test* o *prueba de los tres pasos*
      - Lista… ¿Cerrada? Un par de ejemplos: la copia privada y la música en actos oficiales

3) En particular la gestión colectiva (*qué son y qué hacen las entidades de gestión*)

- Gestión individual y colectiva
  - Gestión de derechos y libre prestación de servicios: la necesaria autorización pública
  - Gestión colectiva voluntaria y obligatoria

- Qué es una entidad de gestión
  - Carácter privado y control público
    - Privilegios: legitimación y derechos no susceptibles de gestión individual
    - Control (quién y qué): inicial y ¿continuado?
    - Obligaciones legales: frente a titulares y usuarios
  - Las tarifas: qué son, cómo han de ser y quién las controla

4) La problemática más frecuente (*cuáles suelen ser los puntos de fricción*)

- La biblioteca
- Emisoras de radio y televisión municipales
- *Varia*
  - Cine y teatro
  - Música: bandas municipales
  - Fiestas patronales o populares
- Concursos y encargos
- La presencia en la red (la página o sitio en Internet)

LA NOVA REGULACIÓ EN MATÈRIA D'ESPECTACLES I ACTIVITATS RECREATIVES A CATALUNYA

Clara I. Velasco Rico

Professora de Dret Administratiu
Universitat Pompeu Fabra

1. Introducció 1
1.1. Objecte de la ponència 1
1.2. El context general de la nova regulació 2
2. Objectius, principis de la regulació objecte d'anàlisi i àmbit d'aplicació 4
2.1. Objectius i principis 4
2.2. Àmbit d'aplicació 4
3. Novetats més rellevants introduïdes en matèria d'espectacles i activitats recreatives 5
3.1. Qüestions d'abast general 5
a) La participació ciutadana 5
b) Nous tipus d'establiments regulats 5
c) Una llicència: múltiples activitats i la "llicència provisional" 6
d) Catàleg de drets dels diferents actors en matèria d'espectacles i activitats recreatives 6
e) La descentralització de competències 7
f) Les relacions interadministratives 7
g) Catàleg d'infraccions i sancions i les mesures provisionals immediates 8
3.2. Canvis en la intervenció administrativa: de la intervenció ex ante a la intervenció ex post. Especial referència al règim de la comunicació prèvia 8
4. Consideració final 10

1. Introducció

1.1. Objecte de la ponència

L'1 de juliol de l'any 2009 el Parlament de Catalunya va aprovar la Llei 11/2009, de 6 de juliol, de regulació administrativa d'espectacles públics i activitats recreatives, que fou publicada en el DOGC número 5419. Aquesta nova norma deroga de forma expressa (vid. Disposició Derogatòria) la Llei 10/1990, del 15 de juny, sobre policia de l'espectacle, les activitats recreatives i els establiments públics, Llei que, d'altra banda, havia esgotat el seu recorregut durant els gairebé vint anys en que va estar en vigor. L'evolució social i cultural que ha patit la societat i les noves formes de lleure feien recomanable una revisió profunda de la normativa aplicable al sector. La necessitat de conjuminar els drets de tots els ciutadans i d'aquelles persones implicades en el desenvolupament d'aquest tipus d'activitats recreatives i d'espectacles públics, tant si es desenvolupen en locals o espais de titularitat privada, com si es fan en espais de titularitat pública, ha estat un altre dels factors determinants per a l'adaptació de la normativa a la nova realitat social i cultural.

A més, l'EAC de 2006 (art. 141.3) atorga a la Generalitat la competència exclusiva en matèria d'espectacles i activitats recreatives, que inclou, en tot cas, l'ordenació del sector, el règim d'intervenció administrativa i el control de tota mena d'espectacles en espais i locals públics, la qual cosa reforça el paper de les institucions catalanes en la matèria i permet desplegar àmpliament les facultats administratives en el sector.

Cal tenir present, igualment, que la nova llei encomanava al govern la tasca de desenvolupar reglamentàriament les seves previsions, en el termini d'un any, des de l'aprovació de la Llei (Disposició Final Tercera: "S'ha d'aprovar, per decret, un reglament de desenvolupament d'aquesta llei en el termini d'un any a comptar del dia que aquesta s'aprovi"). El Govern de la Generalitat va complir el mandat del legislador, el dia 31 d'agost de 2010, en promulgar el Decret 112/2010, pel qual s'aprova el Reglament d'espectacles públics i activitats recreatives. Aquest Reglament estableix les condicions tècniques relatives a qüestions tan diverses com les instal·lacions dels locals, la venta d'entrades i abonaments, mesures de seguretat, control d'aforament, mesures sanitàries, etc.

Aquesta ponència té per objecte analitzar el contingut d'aquestes dues normes, la Llei 11/2009 i el Reglament aprovat pel Decret 112/2010, tant amb caràcter general, com cercant l'anàlisi de les qüestions més noves i rellevants per als ens locals. Tot i així, i atenent a la complexitat i a l'ampli abast de la nova regulació, el nostre anàlisi ha de ser necessàriament parcial, amb la qual cosa, ens centrarem en aquells aspectes més innovadors. En aquest punt, cal recordar que la Llei 11/2009, està composada de 65 articles, estructurats en 4 Títols (Títol preliminar: Objecte, finalitats i principis generals, definicions i àmbit d'aplicació; Títol I: Dels drets i les obligacions dels espectadors i dels usuaris; Títol II: De l'organització administrativa; Títol III: De la intervenció administrativa; Títol IV: Del règim d'inspeccions i sancions). A aquestes disposicions hem d'afegir les tres disposicions addicionals, les quatre disposicions transitòries, una disposició derogatòria i tres disposicions finals.

El Reglament que aprova el Decret 112/2010, per la seva banda, està conformat per 171 articles, organitzats en 5 Títols (Títol preliminar: Objecte; àmbit d'aplicació; definicions; Títol I: Les administracions competents en matèria d'espectacles públics i activitats administratives; Títol II: Requisits i obligacions que han de complir els establiments i les activitats recreatives; Títol III: Règims d'intervenció administrativa; Títol IV: Control i inspecció; Títol V: Règim sancionador). També s'han de tenir presents els 4 annexes que incorpora el reglament, relatius respectivament al catàleg d'espectacles públics, activitats recreatives i dels establiments o espais oberts al públic on es duen a terme; a les entitats col·laboradores de l'administració (ECAS); al sistema de control d'aforament; als rètols i plaques normalitzades i, finalment, als centres, mòduls, temari i proves per a l'habilitació de personal de control d'accés.

El nostre objecte principal d'anàlisi donat el breu temps d'exposició del que disposem serà, fonamentalment, la Llei, tot i que, òbviament, realitzarem les necessàries referències al desplegament reglamentari quan sigui necessari.

1.2. El context general de la nova regulació

Abans de passar a l'anàlisi de les novetats més destacades de la nova normativa, és aconsellable fer unes breus reflexions prèvies sobre el context general en què s'aprova aquesta nova normativa referida a la intervenció administrativa en el sector dels espectacles públics i les activitats recreatives. Aquest context general ve marcat, de forma determinant, per la vigència de les previsions de la Directiva de Serveis (Directiva 2006/123 (CE) del Parlament Europeu i del Consell, del 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior). Aquestes previsions obliguen a modificar, en determinats supòsits, la forma d'intervenció de les administracions públiques sobre les activitats i serveis que presten o desenvolupen els particulars i les empreses. A més, cal tenir en compte el que disposa la normativa estatal de transposició de la Directiva, la Llei 17/2007, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici (altrament anomenada Llei paraigües).

De fet, l'exposició de motius de la Llei 11/2009 explicita que, a parer del legislador català, el règim de control de les activitats regulades per la normativa és pot llegir a la llum de la Directiva, sense que es pugui trobar cap incoherència o contradicció amb la norma europea. I certament no hi ha contradicció, perquè, de fet, el nostre legislador ha aprofitat les escletxes de la Directiva, és a dir, les ben conegudes raons imperioses d'interès general (salut pública, protecció dels consumidors i protecció de l'entorn urbà, protecció de drets o interessos legítims de tercers veïns, etc.) per continuar sotmetent una quantitat notable de supòsits al règim d'intervenció administrativa prèvia mitjançant l'atorgament de llicència o d'autorització. Pels mateixos motius, els efectes del silenci administratiu en aquests supòsits seran negatius, previsió també compatible amb la normativa europea i amb l'article 43 de la Llei 30/1992 (Llei de Règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú), que exigeix que les excepcions al règim general del silenci positiu estiguin consignades en normes amb rang de Llei.

Una altra qüestió que cal tenir present és que la Directiva i la norma de transposició estatal abans citada, obliguen a simplificar la tramitació administrativa dels procediments d'expedició de llicències i autoritzacions, en aquells supòsits en què s'hagi pogut mantenir la seva vigència. Aquest és un dels aspectes que ha donat més problemes al legislador i a l'administració, si atenem al -per molts, encara- feixuc procediment que dibuixa la normativa catalana en matèria d'espectacles i activitats recreatives, malgrat que s'hagin disposat mesures tendents a la simplificació, com veurem més endavant.

Tanmateix, la pròpia Llei permet que s'implementi un règim més flexible d'intervenció administrativa que l'autorització o la llicència, per exemple, admetent la comunicació prèvia o l'exempció de qualsevol mecanisme d'aquestes característiques, en l'àmbit de les activitats recreatives i els establiments en què aquestes es desenvolupen, quan així estigui previst en normes reglamentàries i en les ordenances. Aquesta flexibilització no estava permesa per la normativa anterior. La deslegalització d'aquesta qüestió i la remissió de la decisió a l'àmbit no ja legislatiu, sinó executiu i administratiu, hauria de permetre valorar, a la llum del principi de proporcionalitat, les característiques i les circumstàncies particulars de cada indret on es pretén flexibilitzar el sistema d'intervenció pública. La Llei, per tant, permet que siguin l'Administració de la Generalitat i els ajuntaments els que decideixin flexibilitzar el règim d'intervenció administrativa en els seus respectius àmbits de competència. Ara bé, és convenient precisar que el Decret 112/2010, incorpora un precepte, l'article 124, que no té caràcter supletori, el qual sotmet determinades activitats al règim de comunicació prèvia i, per tant, els ajuntaments per mitjà de les seves ordenances no poden alterar aquesta previsió de mínims.

Els casos en què s'està subjecte al règim de comunicació prèvia d'acord amb el Decret són: a) La modificació no substancial dels establiments oberts al públic que comptin amb la llicència municipal corresponent; b) Els establiments oberts al públic destinats a espectacles cinematogràfics; c) Els establiments oberts al públic destinats a espectacles públics i activitats recreatives musicals amb un aforament autoritzat fins a 150 persones; d) Establiments oberts al públic d'activitats de restauració amb un aforament autoritzat fins a 150 persones, i sempre que no disposin de terrassa o qualsevol altre espai complementari a l'aire lliure; e) Les actuacions en directe en els establiments recollits en el catàleg de l'annex I.

Com es pot comprovar algunes d'aquestes activitats o establiments poden tenir un impacte notable en l'entorn on es vulguin implementar i, tot i així, el govern de la Generalitat ha considerat oportú sotmetre-les al règim de comunicació. D'altra banda, amb aquesta previsió s'eviten les disparitats de criteris que es podrien haver donat entre els municipis catalans en el moment de perfilar els seus règims d'intervenció administrativa respecte d'aquestes activitats i establiments. L'homogeneïtzació del règim en aquests supòsits també tendeix a garantir, a parer nostre, una major igualtat de la posició jurídica dels ciutadans que pretenguin desenvolupar aquestes d'activitats amb independència del territori (municipi) on vulguin instal·lar-les.

El dret europeu, com veiem, porta de la mà un canvi notable en la tradicional forma d'actuació de les administracions en el sector que ens ocupa. La implantació del nou sistema està comportant no pocs dubtes i tensions en els diferents operadors jurídics, econòmics i socials. Les nostres

administracions s'han d'adaptar necessàriament a nou escenari, a una nova forma de desenvolupar les seves funcions.

A més del nou mecanisme integrat en el règim d'intervenció administrativa (la comunicació prèvia), el canvi d'escenari ve marcat també, destacadament, pel foment de l'ús de les tecnologies de la informació i la comunicació. La normativa sectorial que ens ocupa, en concordança, com no pot ser d'altra forma, amb les normes generals de procediment administratiu actualment en vigor i també d'acord amb les previsions de la Directiva de Serveis i de la Llei paraigües obliguen en molts casos a tramitar electrònicament, total o parcialment, els procediments administratius o com a mínim a subministrar una quantitat gens menyspreable d'informació a través de la Xarxa. Aquest fet, la implementació de les TIC (tramitació electrònica de sol·licituds, registres electrònics, dret a no aportar dades, etc.), aporta un altre element de complexitat a l'hora d'aplicar la normativa i requerirà d'un veritable esforç per part de les administracions per poder-hi donar compliment, sobre tot, tenint en compte l'escenari econòmic i pressupostari actual.

2. Objectius, principis de la regulació objecte d'anàlisi i àmbit d'aplicació

2.1. Objectius i principis

L'objectiu fonamental de la Llei 11/2009 és regular jurídicament els espectacles públics, les activitats recreatives, els establiments oberts al públic i els espais on es desenvolupen les activitats citades anteriorment. Així mateix, la Llei disciplina la intervenció administrativa en la matèria (art. 1). Per la seva banda, amb l'aprovació del Decret 112/2010 es desplegune reglamentàriament les disposicions de la Llei i s'apliquen el seus preceptes (art. 1).

Quant als principis (art. 2 de la Llei) que inspiren la nova regulació podem esmentar, en primer terme, que la Llei pretén establir una regulació que faciliti el desenvolupament dels espectacles i les activitats recreatives amb plena adequació a l'ordenament jurídic, la qual cosa implica la plena vigència del principi de legalitat. A continuació, la Llei pretén garantir la convivència entre els ciutadans afectats, la seguretat en el desenvolupament d'activitats i espectacles i la qualitat i sostenibilitat dels establiments i equipaments on aquests es desenvolupen Així mateix, la Llei obliga a les administracions públiques a respectar el principi de pluralisme quan programen activitats i espectacles en espais o equipaments dels quals siguin les titulars. Finalment, pretén establir els mitjans necessaris per a preservar el patrimoni cultural immaterial de Catalunya.

2.2. Àmbit d'aplicació

L'àmbit d'aplicació de la Llei s'estén a tota mena d'espectacles públics, activitats recreatives i establiments oberts al públic, amb independència de si són de titularitat pública o privada, de si tenen finalitat lucrativa o no i tant si es desenvolupen de manera habitual com de forma esporàdica (art. 4). D'altra banda, la Llei realitza diverses precisions. En primer terme, estableix que els cercaviles, correfocs i altres espectacles d'arrel popular es desenvoluparan d'acord amb les previsions de la seva normativa específica, i la Llei només els hi serà d'aplicació de forma subsidiària. En segon lloc, especifica que les activitats esportives, de joc, apostes, restauració i d'espectacles amb animals es regiran per la seva normativa específica i, només supletòriament, per la Llei 11/2009. A més, la Llei determina vàries exclusions respecte del seu àmbit d'aplicació. En aquest sentit, queden fora de l'abast de la Llei les celebracions privades i familiars que no a duguin a terme en establiments oberts al públic i, sempre i quan, no comportin risc per als espais públics, ni per la convivència ciutadana o per als drets de tercers. Igualment, no es regula per aquesta Llei l'exercici dels drets fonamentals de reunió i de manifestació.

Pel que fa a l'àmbit d'aplicació del reglament, s'estipula que serà d'aplicació a tots espectacles i activitats relacionats al seu l'annex I. En relació a l'abast del reglament, tanmateix i a diferència del que s'especifica a la Llei, el Reglament serà d'aplicació subsidiàriament a les activitats restauratives, les esportives, les relacionades amb el joc i les apostes, així com als espectacles en

què s'utilitzin animals. Quant a les activitats que queden excloses de l'aplicació del Reglament, podem destacar que, tot i s'exclouen també les que queden fora de l'abast de la Llei, s'hi afegeix que les actuacions amb material pirotècnic no es regeixen per allò que es disposa en el nou reglament. És una precisió que pot arribar a sobtar, en la mesura en què es determina que la Llei sí que els serà d'aplicació subsidiària, però no pas el seu desenvolupament reglamentari. Segurament això és degut a que la normativa reglamentària està prou desenvolupada en relació específicament a aquest tipus d'activitat.

3. Novetats més rellevants introduïdes en matèria d'espectacles i activitats recreatives

3.1. Qüestions d'abast general

a) La participació ciutadana

Més enllà de les novetats més rellevants en relació als règims d'intervenció administrativa, que tractarem de forma particularitzada, cal destacar, breument, altres aspectes destacats de la nova normativa i que també constitueixen un canvi respecte del règim anterior. En primer terme es destacarem que la normativa presenta una notable preocupació per garantir la participació ciutadana, respecte d'aquells procediments de concessió de llicències i d'autoritzacions en els quals poden veure's afectats els drets i els interessos dels veïns i del conjunt de la ciutadania.

En aquest àmbit, les relacions amb la ciutadania es veuen reforçades, en primer lloc, per l'obligació de les administracions competents de subministrar informació a les persones interessades relativa a diversos aspectes relacionats amb els establiments on desenvolupen activitats recreatives o espectacles públics (art. 21 del Reglament), així com si existeixen queixes sobre una determinada activitat o establiment i quina ha estat la resposta administrativa a les mateixes. En segon lloc, i amb el mateix objectiu es preveu el tràmit d'informació pública (art. 22 del Reglament) i un tràmit d'informació i audiència veïnal (art. 23 del Reglament). En tercer lloc, la normativa reconeix la iniciativa ciutadana per formular denúncies, queixes, reclamacions i d'altres tipus d'actuacions davant les administracions quan les persones es vegin afectades pel funcionament dels espectacles, activitats o establiments públics (art. 24 del Reglament). Finalment, la participació ciutadana també es garanteix per la participació dels representants de les entitats socials, culturals i econòmiques, amb interessos en el sector, en el Consell Assessor d'Espectacles Públics i Activitats Recreatives (regulat als arts. 25 i ss. del Reglament). Un altre aspecte destacat de la nova regulació, pel que fa als objectius secundaris de la Llei, és la inclusió de determinats preceptes que vetllen per la protecció dels menors (arts. 7 i 9 de la Llei) i per la garantia del principi d'igualtat, en la mesura que prohibeixen qualsevol forma de discriminació inclosa la discriminació basada en la orientació sexual (art. 10 de la Llei) .

b) Nous tipus d'establiments regulats

Pel que fa a la regulació de determinats aspectes que havien estat tradicionalment problemàtics la normativa que comentem ha incorporat alguns avenços. En aquest sentit, es precís constatar, com a novetat, que la normativa regula, per primer cop, els anomenats *after hours* (establiments de règim especial) i els sotmet a unes estrictes condicions tècniques, horàries i d'ubicació per a poder ajustar el seu funcionament als requisits legals (art. 118 del Reglament). Així mateix, s'hi regula molt detalladament l'establiment dels sistemes de control d'aforament amb els que hauran de comptar determinats tipus d'establiments així com les característiques tècniques d'aquests sistemes (annex III del Reglament).

En aquest apartat finalment, cal esmentar que els establiments on es desenvolupen activitats de naturalesa sexual queden inclosos dins l'àmbit d'aplicació de la normativa que comentem i es regulen específicament a l'article 41 del Reglament. A més, queda derogat el Decret 217/2002, d'1 d'agost, pel qual es regulen els locals de pública concurrència on s'exerceix la prostitució, excepte les disposicions relatives als horaris que continuen en vigor fins a la modificació de l'actual Ordre

d'horaris, en la qual s'ha d'incloure l'horari d'aquests establiments (Disposició derogatòria novena del Decret 112/2010).

c) Una llicència: múltiples activitats i la "llicència provisional"

En un altre ordre de coses, la regulació que examinem preveu, amb una clara voluntat simplificadora, que una sola llicència pugui albergar diverses activitats (art. 29 de la Llei). És a dir es possibilita que una única llicencia empari el desenvolupament de diversos espectacles i/o activitats en un mateix local. Aquest desenvolupament altern de vàries activitats comporta, necessàriament, que les activitats i espectacles siguin compatibles i que l'establiment disposi de les mesures tècniques (de seguretat, aïllament acústic, etc) a aquests efectes. També en clau de simplificació del procediment administratiu, la llei estableix procediments de tramitació conjunta amb la voluntat d'integrar la intervenció administrativa de control preventiu corresponent a la llicència ambiental (art. 38 de la Llei i 99 del Reglament). Aquesta llicencia queda substituïda per l'informe ambiental emès per l'òrgan competent o bé per la declaració d'impacte ambiental. És important destacar que quan l'informe o la declaració ambientals és desfavorable o content limitacions, prescripcions tècniques i estableixen controls aquests instruments, l'informe o la declaració, seran vinculants en relació a la llicència o autorització que s'hagi d'atorgar en matèria d'espectacles o activitats recreatives.

Una altra qüestió problemàtica que es pretén resoldre, respectant el principi de simplificació administrativa, és la regulació de les activitats musicals en directe en establiments oberts al públic i en espais públics. La nova Llei i el seu desplegament reglamentari permeten que els establiments que comptin d'avançada amb una llicència per al desenvolupament d'activitats musicals puguin oferir activitats actuacions musicals en directe, sense necessitat de sol·licitar una nova llicència. Tanmateix, sí es obligatori presentar una comunicació prèvia davant de l'òrgan competent per atorgar la llicència o l'autorització que empara l'activitat musical (art. 124 i 125 del Reglament). A més, s'han de complir les condicions tècniques i de seguretat previstes en la normativa.

Pel que fa a l'anomenada "llicència provisional", hem pogut constatar que ha aixecat moltes crítiques. La llicència provisional s'atorga després d'haver atorgat una llicència prèvia que, òbviament, ja constitueix un acte declaratiu. Per tant, estem davant de dues llicències diferents, d'una banda la primera i, d'una altra, la provisional que s'atorga un cop realitzat un control inicial. Res no es diu respecte a què succeeix amb la primera llicència ja concedida. Al nostre entendre, potser hagués estat més correcte, des del punt de vista jurídic, preveure que si l'acta del control inicial és desfavorable, la llicència atorgada prèviament queda condicionada a l'esmena de les deficiències detectades. A la vegada, també s'hauria pogut estipular un termini màxim per a esmenar aquestes deficiències de caràcter lleu, passat el qual sense que el titular hagi realitzat les modificacions o adaptacions oportunes, es pogués entendre caducada i, per tant, mancada d'efectes. Per tant, estaríem parlant "de la provisionalitat de la llicència" i no d'una llicència provisional distinta de la llicència originària.

Actualment, els supòsits en què es poden atorgar llicències provisionals estan regulats a l'article 112 del Reglament i s'han de complir tots i cadascun dels requisits següents: "a) Que l'acta de control inicial, malgrat ser desfavorable, indiqui expressament que les deficiències detectades no suposen risc per a la seguretat de les persones i béns, ni molèsties per a les persones que viuen a la seva proximitat, i així s'acrediti a l'expedient; b) Que l'acta de control inicial acrediti que l'eventual llicència o autorització provisional no infringeix la normativa ambiental ni l'altra normativa sectorial que incideixi en l'establiment; c) Que es compleixin els altres requisits que, si s'escau, estableixi l'òrgan competent per atorgar l'autorització o la llicència. d) Que la persona titular de l'establiment hagi dipositat la fiança que assenyali el mateix òrgan atorgant". A la vegada, el procediment per al seu atorgament està consignat a l'article 123 del Reglament.

d) Catàleg de drets dels diferents actors en matèria d'espectacles i activitats recreatives

Una altra de les novetats destacades de la Llei és l'establiment d'un catàleg de dret i obligacions de les diverses persones que intervenen en matèria d'espectacles i activitats recreatives. És en el

Títol I de la Llei (arts. 5 a 8 de la Llei) on es sistematitzen els drets i obligacions dels titulars d'establiments i organitzadors d'espectacles i activitats recreatives, dels intèrprets i de la resta de personal al servei de l'activitat. Els espectadors i els usuaris també han vist reconeguts els seus drets i deures. Finalment, i com ja hem esmentat, s'han disposat mecanismes per tal que altres persones interessades puguin exercir els seus drets de participació en les procediment d'atorgament d'autoritzacions i llicències.

e) La descentralització de competències

Pel que fa al repartiment de les potestats que integren la intervenció administrativa en la matèria, cal recordar que les competències de la Generalitat estan recollides a l'article 11 de la Llei, mentre que les competències municipals estan regulades a l'article 13 de la Llei. Si atenem al règim de distribució de competències, la nova normativa catalana aposta clarament per descentralitzar algunes de les competències que, d'acord amb els règims normatius anteriors, havien estat en mans de la Generalitat de Catalunya. Ens referim a les activitats inspectora i sancionadora. En l'actualitat, els ajuntaments poden exercir aquestes competències si reuneixen les característiques previstes a l'article 13 del Reglament (acreditar capacitat tècnica), per bé que no s'estableix un règim competencial rígid, sinó que estan previstos mecanismes de flexibilització. En aquest sentit, es permet que els Ajuntaments decideixin si volen assumir competències en matèria d'inspecció i sanció, o bé, si prefereixen que es continuïn exercint per part de la Generalitat (art. 12 de la Llei). La voluntat descentralitzadora també es pot constatar en l'atribució directa als municipis de més de 50 mil habitants de la competència per autoritzar els establiments de règim especial, i en la previsió de que la resta de municipis podran sol·licitar la delegació d'aquesta competència, si així ho acorden.

f) Les relacions interadministratives

Donat el nou sistema de distribució competencial que acabem de comentar, la Llei ha creat un òrgan interadministratiu per tal de facilitar la cooperació i la coordinació entre els dos nivells administratius, l'autonòmic i el local. Aquest òrgan és la Comissió d'Espectacles Públics i Activitats Recreatives que està cridat a ser el fòrum de trobada entre la Generalitat i els Ajuntaments, per tal de facilitar-se informació i cooperació en relació a l'exercici de les seves respectives competències. La seva regulació es troba a l'article 16 de la Llei i les seves funcions principals es centren en coordinar les competències respectives, bàsicament, les inspectores i les sancionadores. D'acord amb la Llei, els membres i les funcions específiques havien de determinar-se per reglament. El Reglament, aprovat pel Decret 112/2010, ha desenvolupat les previsions de la Llei en els seus articles 17 a 20. En cas que la Comissió es doti del seu propi règim de funcionament, ha de respectar necessàriament determinades previsions (s'ha de reunir almenys un cop a l'any i ha de prendre les decisions per consens o bé en votació per majoria absoluta dels seus membres, art. 19 del Reglament).

En concordança amb aquesta regulació, la Comissió s'adscriu al departament competent en matèria d'espectacles públics i activitats recreatives, en el qual té la seu. Pel que fa a la seva composició s'ha determinat que estigui formada per: "a) La persona titular del departament competent en matèria d'espectacles públics i activitats recreatives, que la presideix. b) La persona titular de la direcció general competent en matèria d'espectacles públics i activitats recreatives, que la presideix en absència de l'anterior. c) En representació de l'Administració de la Generalitat, les mateixes persones que formen part de la Comissió Interdepartamental d'Espectacles i Activitats Recreatives. d) En representació de l'Administració local, el mateix nombre de representants que es determini per l'Administració de la Generalitat, proposats per les entitats municipalistes i nomenats per la persona titular del departament competent en matèria d'espectacles públics i activitats recreatives amb la distribució següent: Tres vocals, com a mínim, a proposta de l'Associació Catalana de Municipis i Comarques. Tres vocals, com a mínim, a proposta de la Federació de Municipis de Catalunya. Un o una vocal, com a mínim, a proposta de l'Ajuntament de Barcelona. e) La persona responsable de la secretaria de la Comissió, que ha de ser titular d'una sotsdirecció general de l'àmbit dels espectacles i les activitats recreatives,

nomenada per la persona titular de la direcció general competent en matèria d'espectacles públics i activitats recreatives".

Les funcions de la Comissió es troben contingudes a l'article 20 del Reglament i són, en primer lloc, debatre i proposar els objectius i les prioritats de les actuacions inspectores de la Generalitat i dels ajuntaments i els plans i programes d'inspecció compartits entre ambdues administracions. En segon lloc, debatre, deliberar i proposar mesures per millorar la coordinació i la col·laboració entre l'Administració de la Generalitat i els ajuntaments. I finalment, elaborar l'informe sobre la sol·licitud de delegació de les competències d'autorització i de sanció previstes a l'article 12.1 de la Llei 11/2009, de 6 de juliol.

g) Catàleg d'infraccions i sancions i les mesures provisionals immediates

L'últim dels aspectes que volem tractar dins d'aquest apartat de qüestions d'abast general és el relatiu a la inclusió d'un extens catàleg d'infraccions i sancions a la Llei (arts. 46 a 61), les previsions del qual es detallen minuciosament al Reglament (arts 146 a 149). Les faltes es classifiquen de forma tripartida en molt greus, greus i lleus. Cal tenir en compte, a més, que en cas de que es produeixi un supòsit de contaminació acústica serà d'aplicació la normativa corresponent.

D'altra banda, hem destacar que la nova regulació preveu la possibilitat de que els agents de les policies catalanes puguin adoptar mesures de caràcter provisional i de forma immediata si observen perill greu per a les persones. En aquest sentit, poden adoptar, a més d'altres mesures menys restrictives i proporcionades, el comís de material utilitzat per desenvolupar activitats il·legals i poden procedir a desallotjar el locals, espais o establiments i precintar-los, si s'escaigués. Aquestes mesures provisionals immediates es troben regulades a l'article 65 de la Llei, i es conceptuen de forma restrictiva, i per tant, s'exigeix que s'utilitzin exclusivament en casos d'urgència absoluta, en relació a espectacles públics i d'activitats recreatives que impliquin un risc immediat d'afectar de forma greu la seguretat de les persones i dels béns o la convivència ciutadana. En cas de que s'hagin adoptat aquestes mesures caldrà que els membres dels cossos policials ho comuniquin dins les quaranta-vuit hores següents, a l'òrgan competent per a adoptar les mesures provisionals prèvies pertinents. Aquest òrgan pot confirmar-les, modificar-les o revocar-les en el termini de cinc dies. El fet que s'incompleixin aquest terminis provoca l'aixecament automàtic de les mesures provisionals immediates adoptades.

3.2. Canvis en la intervenció administrativa: de la intervenció ex ante a la intervenció ex post. Especial referència al règim de la comunicació prèvia

La normativa que analitzem inclou com a règim d'intervenció administrativa els següents: l'autorització administrativa de la Generalitat, la llicència municipal (art. 95 del Reglament) i la comunicació prèvia davant la Generalitat o davant de l'Ajuntament (art. 124 del Reglament). El règim de llicència municipal és d'aplicació als establiments oberts al públic i activitats recreatives de caràcter permanent, sempre i quan no estiguin sotmesos al règim de comunicació prèvia. Així mateix, estan subjectes a llicència municipal els establiments oberts al públic d'espectacles públics i activitats recreatives de caràcter no permanent desmuntable. L'autorització de la Generalitat es reserva per a casos específics, relatius als establiments de règim especial (*after hours*) en municipis de població igual o inferior a 50 mil habitants i per a les activitats o espectacles públics de caràcter extraordinari, en el mateix supòsit, sense perjudici de que aquesta competència pugui ser delegada en els ajuntaments, si ho sol·liciten i tenen acreditada la capacitat tècnica per assumir-la. La intervenció de la Generalitat en els supòsits de delegació de competències que hem esmentat quedaria reduïda a l'evacuació d'un informe vinculant.

Quant als canvis en el règim d'intervenció administrativa en matèria d'espectacles públics i activitats recreatives cal tenir en compte, com a element fonamental, l'entrada en escena de l'anomenada comunicació prèvia, per imperatiu del dret europeu, com ja hem destacat amb anterioritat. La comunicació prèvia, d'acord amb l'article 124 del Reglament tal i com hem esmentat, s'ha establert com a mitjà obligatori en els casos recollits per aquest precepte. A més, el règim de comunicació prèvia es pot instaurar per d'altres activitats i espectacles públics i

establiments, flexibilitzant el règim de llicència o d'autorització per decisió municipal o de l'administració de la Generalitat, plasmada en una ordenança o en un reglament autonòmic, en aquells casos en que la legislació sobre control ambiental preventiu no requereixi autorització ni llicència i sinó s'aprecien raons d'imperiosa necessitat que justifiquin mantenir un règim de llicència o de comunicació (art. 29 de la Llei).

La implementació del règim de comunicació prèvia ha provocat una certa inseguretat i desconcert en les nostres administracions públiques, degut al canvi en la cultura administrativa que aquesta figura comporta. El control preventiu de les activitats s'ha vist substituït, en els casos esmentats, per la intervenció administrativa, un cop aquesta activitat o establiment ja han funcionat durant un cert lapse de temps. A més del moment temporal en el qual s'ha desenvolupar la intervenció administrativa, l'adopció de la comunicació prèvia comporta, igualment, un canvi en la naturalesa de l'activitat que l'administració ha de dur a terme en relació a aquests establiments o activitats: de l'activitat típicament de policia o d'autorització, l'administració haurà de passar a desenvolupar activitats de caràcter inspector, activitats que aniran assolint un rol cada cop més important, quant al gruix dels quefers administratius. D'altra banda, i correlativament, en la normativa que analitzem, s'han previst sistemes per evitar la desprotecció de consumidors, usuaris i d'altres terceres persones que puguin veure's afectats pel funcionament de les activitats, espectacles o establiments, així com mecanismes per a fomentar la qualitat dels establiments. Aquests mecanismes de protecció o de preservació de drets no sempre es preveuen quan es substitueix un règim de control administratiu *ex ante* pel règim de comunicació prèvia, la qual cosa pot comportar disfuncions importants en el sistema i redundar en la desprotecció dels subjectes més dèbils. Així mateix, cal considerar el protagonisme que, en aquest nou escenari, assoliran les Entitats Col·laboradores de l'Administració (ECAs), en tant que se les configura com a elements de suport de les administracions per a realitzar funcions de control i inspecció (el règim de les ECAs es troba a l'art. 18 de la Llei i arts. 30, 31 i Annex II del Reglament).

Certament, els canvis esmentats han comportat una alteració profunda de les regles tradicionals que disciplinaven l'activitat de les administracions públiques i, en opinió de part de la doctrina (per tots, NOGUEIRA, A. *"¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control del aceso y ejercicio de actividades económicas y crisis"*. Intervención en el VI Congreso de Profesores de Derecho Administrativo), no s'ha adaptat prou acuradament el nostre ordenament jurídic per garantir un correcte funcionament del sistema. Així mateix, la implementació del règim de comunicació s'ha interpretat no només com un sistema que aprofundeix en la liberalització de la prestació de determinades activitats o serveis, sinó, també, com un mecanisme que sembla entroncar amb la voluntat de simplificació administrativa que es desprèn de la normativa europea i que pretén eliminar el major nombre de traves i càrregues administratives (vid. NOGUEIRA, op. cit.).

En la normativa catalana d'espectacles públics i activitats recreatives la comunicació prèvia, quan sigui procedent, s'ha de presentar abans de l'obertura o realització de l'espectacle o activitat i ha de constar, d'una banda, d'una declaració responsable de que l'establiment s'adequa al conjunt de la normativa que li és d'aplicació i, també, d'una declaració prèvia de disposar d'una pòlissa d'assegurances (art. 125 del Reglament). La qüestió relativa a la documentació que ha d'acompanyar la declaració prèvia ha aixecat dubtes entre el personal al servei dels ajuntaments, sobre tot respecte a la possibilitat d'imposar, per ordenança municipal, l'obligació d'acompanyar la comunicació prèvia amb d'altra documentació (projecte, memòria, etc.), a més de l'estipulada a l'article 125. En aquest punt, i tot i la previsió de la disposició final primera del Decret 112/2010 que estableix que les ordenances o reglaments municipals estan habilitades per establir, amb caràcter general, requisits i condicions addicionals a les que preveu el Reglament, considerem que, en no ser l'article 125 de caràcter supletori, si no obligatori, no serà possible que els ajuntaments imposin altres càrregues documentals als interessats. Aquesta interpretació a més s'adequa a allò previst a l'article 25.4 de la Llei 26/2010, de règim jurídic i del procediment de les administracions públiques de Catalunya que estableix que els ciutadans únicament estan obligats a presentar les dades o els documents exigits per les normes aplicables al procediment, i, com hem vist, aquest procediment no pot ser modificat per la regulació municipal.

La definició del que cal entendre per comunicació prèvia no es troba continguda a la normativa sectorial que analitzem sinó a la nova legislació de procediment de les administracions catalanes. A l'article 36 de la Llei 26/2010 s'estableix que la comunicació prèvia és "el document subscrit per la persona interessada amb què posa en coneixement de l'Administració pública competent fets o elements relatius a l'exercici d'un dret o a l'inici d'una activitat, tot indicant els aspectes que el poden condicionar, i que s'acompanya, si escau, de la documentació necessària per al seu compliment de conformitat amb el que estableix la normativa sectorial". Quant als efectes de la presentació de la comunicació prèvia s'explicita, a l'apartat segon del precepte que comentem, que la comunicació prèvia permet el reconeixement o l'exercici d'un dret o l'inici d'una activitat, des del dia de la presentació, i faculta l'administració pública corresponent per procedir a verificar la conformitat de les dades que s'hi contenen, sense perjudici del que disposi la normativa sectorial. En el cas que ens ocupa, la normativa sectorial no conté disposició en contrari i, per tant, els efectes generals previstos per la norma de procediment en relació a la comunicació prèvia es predicaran, també, respecte als casos en què s'escaigui la presentació d'una comunicació prèvia en matèria d'espectacles i activitats recreatives.

Tot i així, en els casos en que es produeixi una transmissió de la llicència o de l'autorització concedides caldrà presentar una comunicació per escrit de forma conjunta entre els participants en l'operació. En aquests casos, malgrat que l'article 36 de la Llei, no la qualifica com a comunicació prèvia, la comunicació ha d'ésser efectuada en el termini d'un mes des de la formalització del canvi de titularitat i només es podrà considerar completament eficaç si s'ha esgotat el termini de dos mesos, des de la presentació de la comunicació, i no s'ha notificat per part de l'òrgan administratiu competent que la transmissió no és procedent.

4. Consideració final

Com a conclusió d'aquesta intervenció volem destacar que la nova normativa planteja una repte fonamental al conjunt les administracions públiques catalanes, com és l'adaptació a la figura de la comunicació prèvia, en un àmbit molt sensible econòmicament i social. Precisament per aquest motiu, ha estat tradicionalment reservat a la intervenció prèvia i preventiva de l'administració pública. Caldrà, per tant, adaptar les nostres administracions públiques a aquesta nova forma de funcionar, i preparar-les i formar-les adequadament, per tal que puguin escometre les tasques i activitats que els encomana la normativa en matèria d'espectacles i activitats recreatives. Haurem d'esperar, però, per a valorar-ne els seus resultats, el grau d'assoliment dels seus objectius i quin és l'impacte que té en el sector econòmic regulat. Tot i així, sembla ser, segons els comentaris que ens han arribat, que el Decret 112/2010 és possible que sigui modificat, properament, per tal de simplificar una regulació, que actualment es considera excessivament complexa. En aquest punt sembla que hi ha acord entre les entitats representatives del sector econòmic regulat i el Govern de la Generalitat.

LA PARLAMENTARIZACIÓN DEL MODELO DE GOBIERNO MUNICIPAL

(Guión de la exposición)

Dr. Alfredo Galán Galán

Profesor de Derecho Administrativo
Universitat de Barcelona
alfredogalan@ub.edu

I. Clasificación tradicional de los sistemas de gobierno.

Criterio clasificatorio: la relación entre el Gobierno y el Parlamento (entre el Ejecutivo y el Legislativo). Desde otra perspectiva, criterio de clasificación: el modo de interpretar el principio de división de poderes.

1) sistema presidencialista

2) sistema parlamentario

3) sistemas mixtos (semi-presidencialista o semi-parlamentario)

4) sistema de asamblea o convencional (democracia directa)

II. Notas características de la parlamentarización del modelo de gobierno local

1) Primera nota: diversidad en el grado de parlamentarización. En doble sentido:

   a) En atención al tipo de gobierno local. Nos centramos en el municipio.

   b) Dentro del municipio: en atención al tipo de municipio. Necesidad de distinguir los diversos regímenes municipales. Especial atención a los regímenes especiales propios de las grandes ciudades (Barcelona, Madrid y Título X de Ley de Bases de Régimen Local).

2) Segunda nota: progresividad en la parlamentarización (idea de “proceso”). Razones que explican la tendencia del legislador de régimen local a la progresiva parlamentarización de los gobiernos locales (en particular, de los municipios):

   a) Tendencia a equiparar la naturaleza de los entes locales con la de los entes de nivel territorial superior. Paso de considerar los entes locales como sólo “Administración” a ser “Gobierno y Administración”.

b) Tendencia a equiparar la naturaleza de la autonomía de los entes locales con la de las comunidades autónomas. Paso de considerar la autonomía local como sólo “meramente administrativa” a ser verdaderamente “política”.

c) Tendencia (no completada) a equiparar el modelo de gobierno local (especialmente: municipal) con el modelo de gobierno de los dos niveles territoriales superiores (autonómico y estatal).

III. Traslado de los rasgos propios del sistema de gobierno parlamentario a los municipios.

A efectos expositivos, pueden agruparse del siguiente modo:

A) *Centralidad del Pleno en el sistema de gobierno municipal* (imperfecta). Manifestaciones principales:

1) El Pleno es el único órgano municipal con legitimación democrática directa (imperativo constitucional: 140 CE). El resto de órganos municipales, de naturaleza ejecutiva (incluido el Alcalde), tienen también legitimación democrática, pero indirecta.

2) El Alcalde necesita contar permanentemente con la confianza del Pleno municipal. La confianza debe estar presente en todo momento: en el inicial de su elección (investidura) y posteriormente durante todo su mandato (no retirada de la confianza: moción de censura y cuestión de confianza).

B) *Relación entre el Pleno y el Alcalde*. Notas:

1) Separación progresiva de funciones entre Pleno y Alcalde (entre la asamblea y el ejecutivo municipales). Advertencias:

a) La separación es mayor en los regímenes especiales de las grandes ciudades.

b) Como contraprestación a la pérdida de competencias ejecutivas, el Pleno ve reforzada su función de control sobre los órganos ejecutivos.

c) La separación no es total. Manifestaciones:

- El Pleno conserva algunas competencias ejecutivas.

- Corresponde al Alcalde la dirección del gobierno y la administración municipal.
- La oposición política está presente en los órganos de gobierno de las sociedades y demás entes instrumentales municipales. Necesidad de replantearse la función de la oposición y el lugar en la que debe tener lugar.

d) El reparto de competencias entre Alcalde y Pleno es realizado por el legislador. En consecuencia, esta distribución es indisponible por estos órganos (vulneración: invalidez del acto dictado). Matización a la regla: posibilidad de que, con cobertura legal, el Pleno acuerde la descentralización funcional de competencias ejecutivas (desapoderamiento de Alcalde).

Consecuencias de este planteamiento:

- No hay superioridad jerárquica del Pleno frente al Alcalde, sino equiordinación.
- La relación entre los actos del Pleno y del Alcalde no se rige por el principio de jerarquía, sino por el principio de competencia.
- A diferencia del sistema parlamentario de gobierno puro (nivel autonómico y estatal), en el modelo de gobierno municipal el Pleno no dispone de una ley con la que pueda regularlo todo. El Pleno no es titular de una competencia universal.

2) Autonomía (parcial) de la figura del Presidente del Pleno frente a la figura del Alcalde. Ideas a destacar:

a) Diferente solución en el régimen municipal común y en los regímenes especiales de grandes ciudades.

b) Dentro de los régimenes especiales de grandes ciudades: diferente solución del régimen especial de Madrid.

C) *El Pleno municipal*. Notas:

1) La existencia de comisiones del Pleno. Advertencia terminológica sobre lo inapropiado de la expresión “Pleno”. Datos relevantes en el examen de la existencia de comisiones en función del tipo de régimen municipal:

a) Necesariedad de la existencia de comisiones.

b) Funciones ejercidas por las comisiones.

2) El Reglamento del Pleno. Su posible existencia como un tipo normativo distinto del Reglamento Orgánico Municipal (ROM).

D) *La Junta de Gobierno municipal*. Notas:

1) Fortalecimiento de la Junta de Gobierno en los regímenes especiales de grandes ciudades. Atribución de competencias propias. En compensación: establecimiento de responsabilidad política solidaria de la Junta de Gobierno ante el Pleno.

2) Posibilidad de incorporar no electos (no concejales) a la Junta de Gobierno Local. Diferente trato en atención al tipo de régimen municipal.

3) Carácter secreto de las deliberaciones de la Junta de Gobierno. La no publicidad en el caso del régimen municipal común frente al carácter secreto en los regímenes especiales de grandes ciudades.

4) Indisociabilidad de la figura del Alcalde y de la figura del Presidente de la Junta de Gobierno municipal. Imposibilidad de delegación de esta competencia. Refuerzo del perfil ejecutivo del Alcalde.

IV. Consideraciones finales

1) Dato fáctico: ¿en qué situación nos encontramos actualmente respecto a la parlamentarización del modelo de gobierno local? La respuesta pasa necesariamente por la idea de la diversidad.

2) Dato valorativo: ¿es satisfactoria la situación existente? Ideas para un debate:

a) Parece razonable que exista diversidad en el grado de parlamentarización en atención al tipo de ente local. Por ejemplo, entre provincia y municipio.

b) Parece razonable que exista diversidad en el grado de parlamentarización en atención al tipo de municipio. El buen funcionamento del modelo parlamentario de gobierno puede depender del tamaño municipal.

c) No es total la parlamentarización del modelo de gobierno en los grandes municipios. Pueden observarse disfunciones. Importancia de su diagnóstico de cara a su tratamiento en las próximas reformas legislativas locales.

LES VALORACIONS DEL SÒL AL REAL DECRET LEGISLATIU 2/2008, DE 20 DE JUNY, D'APROVACIÓ DEL TEXT REFÓS DE LA LLEI DEL SÒL: SITUACIÓ ACTUAL A LA VISTA DE DITA LLEI.

Romà Miró i Miró

Advocat
Miró Advocats

1.- Plantejament general..... 1
2.- La valoració dels sòls no urbanitzats..... 3
3.- Valoració dels sòls urbanitzats..... 4
4.- Una excepció als anteriors criteris de valoració: la valoració del sòl en els processos d'equidistribució..... 7
5.- Les valoracions en els procediments d'expropiació per ministeri de la llei..... 9

1.- Plantejament general.

La llei 8/2007, de 28 de maig, va aprovar una important modificació en la forma de valorar el sòl. Aquesta norma ha estat objecte d'una refosa amb les parts que continuaven vigents del Real decret legislatiu 1/1992, de 26 de juny, la qual va ser aprovada mitjançant el real decret legislatiu 2/2008, de 20 de juny, donant lloc a l'actual Text refós de la Llei del Sòl, en endavant TRVS.

El fet que hagin passat quatre anys des de dita aprovació pot considerar-se prompte per a treure conclusions relatives als efectes del nou ordenament. No obstant això, sí que es poden realitzar certes consideracions envers a la problemàtica que es derivarà en el futur quan la norma entri en plena aplicació. Precisament aquest aspecte és el que es pretén examinar a continuació.

El TRVS pretén plantejar una reforma substancial del règim de valoracions del sòl que havia establert la Llei 6/1998. A l'efecte assenyalava l'existència d'una incongruència de dit règim, al tenir com a punt de partida les classificacions i qualificacions urbanístiques previstes en el planejament a executar. En altres termes, es valorava en funció del seu destí, i no de la seva situació real. A aquest fet s'unia la voluntat d'apropar les valoracions al mercat, oblidant que en el mercat del sòl sempre hi ha un fort component especulatiu, contra el qual han de lluitar els poders públics. D'aquesta forma, es trencava, continua manifestant la nova llei, un vell principi de justícia i de sentit comú contingut a la Llei d'expropiació forçosa: que les taxacions expropiatòries no han de tenir en compte les plusvàlues que són conseqüència directa del planejament o projecte d'obres que donen lloc a l'expropiació, ni les previsibles per al futur.

Davant d'afirmacions d'aquesta índole, la consegüent pregunta radica en esbrinar que passava en el sistema anterior que podia donar lloc a les esmentades afirmacions.

La Llei 6/1998, al efectes de valorar el sòl, partia del criteri d'establir un sistema dirigit a reflectir amb la major exactitud possible el valor real que el mercat assignava a cada tipus de sòl. D'aquesta forma, en el moment de procedir a la seva valoració, distingia dos grans tipus concrets de sòls: els classificats com a no urbanitzables i els urbanitzables no inclosos en cap àmbit

delimitat d'una banda, i els urbanitzables que formaven part d'un àmbit delimitat i els sòls urbans d'altra part.

Per al primer tipus, -sols no urbanitzables i urbanitzables no sectoritzats- el mètode de càlcul era el comparatiu amb els valors comprovats d'altres finques anàlogues, tant respecte a la seva situació, superfície, naturalesa, usos i aprofitaments permesos pel al planejament. Per al segon gran grup –sols urbanitzables sectoritzats i urbans- el mètode de càlcul era el de l'aplicació a l'aprofitament urbanístic el valor bàsic de repercussió recollit a les ponències cadastrals, a partir del moment que la Llei 39/1988, d'hisendes locals, establia que els esmentats valors cadastrals devien de reflectir, a la vegada, els valors del mercat immobiliari.

El TRVS, pel contrari, obviant la classificació i la qualificació dels sòls, parteix de la situació real en la que es troba el sòl. És a dir, el sòl únicament pot ser no urbanitzat no integrat a la trama urbana -sòl rural- o urbanitzat, que és aquell en el que s'ha finalitzat el corresponen procés d'urbanització.

En relació al sòl no urbanitzat o sòl rural, per a valorar-ho, s'abandona el mètode de comparació, substituint-ho pel de capitalització de rendes, sense oblidar, no obstant, la localització del sòl, essent la renda de posició un factor rellevant en la formació tradicional del preu de la terra. Respecte als sòls transformats pel procés d'urbanització, als aprofitaments urbanístics se'ls apliquen directament els valors de mercat, afegint, a la vegada, les despeses i inversions i fins i tot una prima que li retribueixi el risc assumit a l'efectuar aquelles despeses i inversions. D'aquesta forma, pretén la llei evitar els salts en les valoracions que es produïen quan s'aplicaven les ponències cadastrals, la qual cosa comportava que de l'any anterior al posterior a l'aprovació els valors resultants sobre un mateix aprofitament podien ser substancialment diferents.

Si es mira en certa cura l'anterior reforma, es podrà comprovar que de les diferents classes de sòl, les que queden més afectades per la nova llei, envers a l'anterior, és la del sòl rural i la del urbanitzable no urbanitzat, atès que passen a ser valorats en funció de la capitalització de la renda, sense possibilitat de contemplar cap perspectiva urbanística. Aquest salt, d'entrada, es va veure que podria portar greus conseqüències. Així, el legislador alguna prevenció va tenir al moment d'aprovar la llei, quan a la seva disposició transitòria 3, paràgraf 2, va establir textualment:

> "2 Los terrenos que, a la entrada en vigor de aquélla, 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 del 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 debe 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, las reglas a que se refiere el párrafo anterior serán de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2011".

Aquest termini ha estat successivament ampliat fins el dia 1 de juliol de 2013.

La doctrina, a la vista dels anteriors planejaments va arribar a una conclusió quasi unànime. L'objectiu de la nova llei no és altre que el d'abaratir el cost d'adquisició del sòl, especialment destinat a obres públiques. En aquesta línia, recentment, s'ha publicat un estudi del professor Antonio Eduardo Humero Martín –"Valoraciones Expropiatorias y urbanísticas: LRSV 6/98 frente al TSLS 2/2008", Madrid 2011- que confirma aquelles previsions. A dit efecte, Húmero Martín ha examinat onze valoracions practicades de conformitat amb la Llei 6/1998 i seguidament ha procedit a revalorar els mateixos terrenys d'acord amb els criteris del TRVS, terrenys situats als següents municipis: Leganés; Alcobendas; San Martín de la Vega; Madrid; Avilés; Badajoz; Burgos, i Majadahonda.

L'esmentat examen ha permès comprovar que totes les valoracions efectuades en sòls no urbanitzats –sol no urbanitzable, sòl urbanitzable i fins i tot sòl urbà no consolidat- es produeix una important minusvaloració de les parcel·les, cosa que no passa en relació als sòls urbanitzats –sol urbà i urbanitzable-, en el quals, els valors s'incrementen lleugerament.

Com s'ha dit, l'esmentat estudi va referit a 11 supòsits de valoracions de sòls rurals, entenent com a tal terrenys que estaven classificats com a sòl no urbanitzable, urbanitzable programat i no programat i urbà no consolidat. Doncs bé, la diferència de valors aplicant la Llei 6/1998 en relació al text refós de 2008 és de l'ordre d'un 90%, és a dir que les noves valoracions únicament assoliren un 8,91% del valor anterior. Pel contrari, en relació amb el sòl urbà consolidat –solament s'examinen tres supòsits- l'increment que es produeix aplicant la nova regulació és de l'ordre d'un 2,90%.

Aquesta podria ser una aproximació als resultants de l'aplicació del nou règim de valoracions. D'aquesta forma, l'objectiu d'abaratir els preus de les expropiacions es pot considerar assolit. El que no està tant clar és que els resultants puguin ser acceptables, especialment quan es comproven, encara que sigui per aproximació, les diferències en els resultants que es produeixen d'aplicar un mètode de valoració comparatiu amb un de capitalització de rendes.

2.- La valoració dels sòls no urbanitzats.

¿Com s'ha d'actuar per a valorar els sòls no urbanitzats?

L'article 23 del TRLV determina que:

a).- Els terrenys no urbanitzats es taxaran mitjançant la capitalització de la renda anual real o potencial, la que sigui superior, de l'explotació segons el seu estat en el moment de la valoració. El valor així obtingut podrà ser corregit a l'alça fins a un màxim del doble en funció de factors objectiu de localització, tal com accessibilitat a nuclis de població o centres d'activitat econòmica o ubicació en entorns de singular valor ambiental o paisatgístic.

b).- Les edificacions, construccions i instal·lacions, si s'han de valorar amb independència del sòl, es taxaran pel mètode del cost de reposició i

c).- Les plantacions i sembrats, així com les indemnitzacions per raó d'arrendaments rústics i altres drets pel disposat per les lleis d'expropiació forçosa o d'arrendaments rústics.

En cap cas, segons l'art. 23.2, es podran considerar expectatives urbanístiques que no hagin estat plenament realitzades.

¿Qüestions que planteja l'aplicació d'aquesta norma?

Dins dels sòls no urbanitzats queden compresos tant els denominats sòls rurals, com els antics urbanitzables i fins i tot els urbans no consolidats. Davant d'aquesta realitat, com és valoraran els sòls urbanitzables no urbanitzats i els urbans no consolidats. A aquest respecte es plantegen les següents qüestions:

1ª.- L'art. 8,1,c) del TRVS situa dins del contingut del dret de propietat, entre d'altres, el dret de participar en les actuacions d'urbanització, les quals queden definides a l'art. 14.1.a) com les de nova urbanització i les de reformar o renovar la urbanització d'un àmbit de sòl urbanitzat. Així, quan es procedeix a expropiar uns sòls urbanitzables no urbanitzats i urbans no consolidats, a la vegada que es produeix una privació del dret de propietat, es priva al titular del domini de l'esmentat *dret de participar en l'execució del planejament.*

Dons bé, aquest dret també ha de ser objecte de valoració conjuntament amb el sòl. L'art. 25 regula la forma de calcular la valoració d'aquest dret. Així, textualment diu:

> "1 Procederá valorar la facultad de participar en la ejecución de una actuación de nueva urbanización, cuando concurran los siguientes requisitos:
>
> a) Que los terrenos hayan sido incluidos en la delimitación del ámbito de 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 (…).

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 en la comunidad en las plusvalías de conformidad con lo previsto en la letra b del apartado primera 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 actuando, 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"

Prenent com a base que el percentatge de cessió de l'aprofitament urbanístic a l'Administració sigui d'un 10%, l'import de la indemnització en relació a una determinada finca serà el resultat d'aplicar la següent fórmula:

- 10% de cessió(valor del sòl urbanitzat - valor del sòl rural) o
- 10% de cessió de la minva del valor del sòl urbanitzat un cop finalitzada la urbanització segons el planejament respecte al que tenia amb anterioritat a la modificació.

2ª.- Ara bé, tal com s'ha dit, la Disposició transitòria tercera, apartat 2, en relació als sòls urbanitzables, ajornava l'aplicació del TRVS fins a la finalització dels terminis d'execució previstos en el planejament i en el supòsit de manca, en principi, fins a 31.12.2001, la qual data ha estat prorrogada fins a 1.6.2013.

¿Que passa amb els sòls classificats com a urbans no consolidats?

Al localitzar-se els terrenys en situació de sòl rural, d'acord amb l'art. 12 TRVS, per no reunir la condició de sòl urbà consolidat, aquests sòls caldria que es valoressin com a sol rural amb privació del dret de intervenir en la urbanització.

Ara bé, cal preguntar-se quina diferència hi ha entre els sòls urbans no consolidats i els urbanitzables i si és lògic que en tant que als urbanitzables no se'ls apliquin els nous criteris fins a la finalització del termini per a executar el planejament, igual regla no s'aplica als urbans no consolidats.

3.- Valoració dels sòls urbanitzats.

Està regulat a l'article 24 i contempla dos supòsits:

A).- Valoració del sòl urbanitzat no edificat, en el que l'edificació existent o en curs d'execució sigui il·legal o es trobi en situació de ruïna.

El valor s'obtindrà aplicant a l'ús i a l'edificabilitat permesa a la finca objecte de valoració el valor de repercussió obtingut pel mètode residual estàtic, descomptant del producte obtingut el valor dels deures i càrregues pendents per a poder realitzar l'edificació prevista.

Cal fer les següents observacions en relació als conceptes abans assenyalats per a determinar la valoració del sòl.

a).- Quant a l'edificabilitat.

Observi's que l'article 24.1.a) deixa de parlar d'aprofitament per a referir-se exclusivament a l'ús o edificabilitat. En definitiva es consagra una praxis existent fins ara.

Respecte a l'aplicació del concepte d'edificabilitat s'han vingut plantejant diversa problemàtica. Així:

aa).- Edificabilitat neta o edificabilitat bruta.

És conegut que el planejament utilitza normalment dos conceptes per a definir l'edificabilitat d'una parcel·la. L'índex d'edificabilitat bruta i el d'edificabilitat neta. L'índex d'edificabilitat bruta s'obté dividint la total edificabilitat de l'àmbit de referència per la total superfície del propi àmbit. Pel contrari, l'índex d'edificabilitat neta s'obté dividint la totalitat d'edificabilitat de l'esmentat àmbit per la superfície edificable del propi àmbit.

Durant la vigència de la Llei 6/1998 la discussió va ser continua, atès que normalment el peritatges aplicaven indistintament, segons les conveniències en molts casos, un índex o l'altre en atenció de l'interès d'incrementar o no la valoració.

Aquestes discrepàncies van donar lloc a que els Tribunals haguessin d'intervenir pronunciant-se sobre quan dels dos índexs eren l'aplicables. Així, la jurisprudència va establir, al respecte, les següents regles:

- Si els sòls objecte de valoració han estat consolidats per la urbanització, o sigui si s'està davant d'un sòl urbà consolidat, sempre serà d'aplicació l'índex d'edificabilitat neta,
- Pel contrari, quan els sòls objecte de valoració no han estat consolidats per la urbanització, es prendrà en consideració l'índex d'edificabilitat bruta.

En aquest sentit es poden citar múltiples sentències del Tribunal Suprem, tal com les de 15.11.94; 13 i 23.10.00; 17.5.01; 10.10.06 i 3.5.07. Així com del TSJ de Catalunya, tal com la de 24.7.02; 20.6.08; 7.10.09, i 25.3.10.

Ara bé, ¿que passa amb aquesta discussió un cop aprovat el TRVS?

L'article 30 del TRLUC estableix que constitueixen el sòl urbà consolidat els terrenys que tenen la condició de solar, d'acord amb l'article 29, i els terrenys als quals només manca, per assolir la condició de solar, assenyalar les alineacions o les rasants, o bé completar o acabar la urbanització en els termes assenyalats per l'article 29.a, tant si han estat inclosos amb aquesta finalitat en un polígon d'actuació urbanística o en sector subjecte a un pla de millora urbana com si no han estat inclosos.

Dons bé, quan els terrenys a valorar poden ser classificats com a sòl urbà consolidat, d'acord amb l'expressat precepte, sempre els serà d'aplicació l'índex d'edificabilitat net.

Així, ¿quan s'aplicarà l'índex d'edificabilitat bruta?

En principi mai, a partir del moment que el sòl urbà no consolidat té la consideració de sòl rural, és a dir de terrenys no urbanitzats, condició que únicament assoliran, segons l'article 12.3 TRVS, "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".

Entre tant, sempre es valoraran com a sòl rural, valoració incrementada amb la indemnització derivada de la privació de participar en actuacions de nova urbanització, a la qual s'ha fet referència amb anterioritat.

Advertiment, en els supòsits en els que es d'aplicació la disposició transitòria tercera, apartat 2, les regles d'aplicació referides a l'índex d'edificabilitat neta o bruta es mantenen en la seva totalitat.

ab).- No es pot confondre l'edificabilitat que pot suportar una parcel·la amb l'índex d'edificabilitat neta de la pròpia parcel·la.

Aquest és un vici en el que recauen molt dels dictàmens pericials que es formulen, tant en via administrativa com judicial.

La qual cosa no es admissible. En efecte, segons assenyala la sentència de 23 de juliol de 2007, dictada per la Sala del Contenciós administratiu del TSJC "la edificabilidad no es equivalente al número de plantas admisible en parcela y calle concretas, dado que el coeficiente de edificabilidad neto se obtiene por relación *superficie total edificable/superficie total del ámbito*a. Por el contrario, el número de plantas concreto que pueda soportar una parcela no se halla por relación directa con el coeficiente de edificabilidad, pues tiene en cuenta, además, el coeficiente de ocupación, la altura reguladora y otros parámetros".

b).- Quant al valor de repercussió aplicable.

L'article 24.1.b) del TRVS assenyala que a l'edificabilitat resultant s'aplicará "el valor de repercusión del suelo según el uso correspondiente, determinado por el método residual estático".

D'aquesta forma, envers a la legislació anterior es produeixen les següents modificacions:

ba) S'abandona l'aplicació de les Ponències de valors cadastrals previst als articles 27 i 28 de la Llei 6/1998. D'aquesta forma, es supera la llarga discussió que es produïa en cada cas per a determinar si les Ponències que s'havien aprovat envers a un determinat municipi estaven en vigor o no. Per altra banda, a l'efectuar una valoració per a cada cas, es considera que els valors que s'aplicaran estaran mes ajustats al mercat que si els que s'han d'aplicar són els valors cadastrals.

bb).- S'abandona també el mètode residual dinàmic, previst a l'actualitat per als sòls urbanitzables, l'aplicació del qual havia incorporat a les valoracions unes importants dosis de subjectivitat.

bc).- Finalment cal fer referència a una última qüestió. En la jurisprudència dictada respecte de la Llei 6/1998 es reconeixia que en els supòsits de valoració de terrenys afectats a la construcció de d'habitatges de protecció, l'obtenció el valor de repercussió pel mètode residual prenent com a base aquella afectació –STSJC 20 de juliol de 2001-. Aquest criteri de valoració cal considerar-lo vigent després del TRVS.

c).- El TRVS estableix un nou sistema per a valorar les finques amb càrregues. L'art. 22.4 estableix:

> "Al expropiar una finca gravada con cargas, la Administración que la efectúe podrá elegir entre fijar el justiprecio de cada uno de los derechos que concurren con el dominio, para distribuirlo entre los titulares de cada uno de ellos, o bien valorar el inmueble en su conjunto y consignar su importe en poder del órgano judicial, para que éste fije y distribuya, por el trámite de incidentes, la proporción que corresponda a los respectivos interesados".

Davant d'aquesta norma cal aclarir:

ca).- Que el perit ha de valorar separadament el sòl, les possibles construccions i les càrregues -per exemple els arrendaments- i l'apreuament final serà igual al sumatori de tots els conceptes indemnitzables. Ara bé, aquest apreuament, calculat així, pot expressar-se assenyalant a cada titular dominical o de la càrrega l'import del que li correspon o determinant l'import total sense expressió de l'interessat.

cb).- Aprovat l'apreuament en una o altra forma, i un cop hagi adquirit caràcter definitiu -és a dir sense possibilitat de formular cap tipus de recurs- serà l'administració actuant la que efectuarà directament el pagament de les quantitats determinades per a cadascun dels afectats i en el segon cas el Tribunal determinarà, en incident d'execució de sentència, la part que correspon a cada un d'ells.

B).- Valoració del sòl edificat o en curs d'edificació.

En aquest cas, la taxació a estimar serà la superior de les següents:

- la determinada per la taxació conjunta del sòl i de l'edificació existent que s'ajusti a la legalitat, pel mètode de comparació, aplicat exclusivament als usos de l'edificació existent o construcció ja realitzada.

- la determinada pel mètode residual estàtic, aplicat exclusivament al sòl, sense consideració de l'edificació existent o la construcció ja realitzada.

En definitiva, en el present cas, totes les regles referides amb anterioritat són de plena aplicació en el present cas.

Envers a la valoració de les construccions, es va suscitar una discussió en relació a com calia valorar les edificacions quan estaven afectades per danys que podien originar que fossin objecte de declaració de ruïna. Una línia doctrinal va postular que en aquests casos el valor de l'edificació no podia ser estimat i s'havia de considerar com inexistent.

També els Tribunals han tingut d'intervenir al respecte, assenyalant que, en un expedient d'expropiació, cal que dites edificacions siguin valorades. Així en sentència del TSJC de 17.3.08, deia:

> "La solución a esta cuestión viene dada por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Ley 6/98, de 13 de abril, con arreglo al cual el valor de las edificaciones, que asimismo se calculará con independencia del suelo, se determina de acuerdo con la normativa catastral en función de su coste de reposición, corregido en atención a la antigüedad y estado de conservación de las mismas.
>
> Ello obliga, pues, a acudir a la norma 13 del Real Decreto 1020/93 que determina unos coeficientes en razón a su antigüedad, y dado que esta Sala ha declarado ya en anteriores sentencias que no cabe invocar la no existencia de ruina como límite a tales coeficientes, al tratarse de conceptos independientes, cada uno de los cuales opera en su propia ámbito, siendo indiferente para hallar la valoración de un edificio que la Administración municipal haya declarado o no en el ámbito urbanístico la ruina del edificio".

Aquesta doctrina sembla que continua d'aplicació a la vista del que disposa l'article 22 3 del TRVS, atès que manté que les edificacions es valoraran amb independència del sòl i que hauran de tenir en compte la seva antiguitat i estat de conservació, sense fer cap esment als expedient de declaració de ruïna.

Ara bé, a l'haver-se prescindit de la remissió a les valoracions cadastrals, queda clar que l'agent que valora podrà proposar uns índexs diferents als assenyalats per a les valoracions cadastrals, si bé en cada cas haurà de raonar-los.

4.- Una excepció als anteriors criteris de valoració: la valoració del sòl en els processos d'equidistribució.

L'article 21.1.a) fa referència a les valoracions del sòl en les operacions d'equidistribució, quan dites valoracions determinen el contingut patrimonial del dret de propietat. En aquest cas, en primer lloc, s'han d'establir de comú acord entre tots els interessats. Solament quan no hi hagi la corresponent entesa s'estarà el que disposa la llei.

En correlació amb dita norma, l'article 27 disposa:

> "1. Cuando, en defecto de acuerdo entre todos los sujetos afectados, deban de 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 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".*

La taxa lliure de risc, d'acord amb l'ordre de 30 de novembre de 1994, sobre normes de valoració de bens immobles per a determinades entitats financeres, es una taxa percentual representativa de la rendibilitat mitja anual de la "Deuda del Estado" a termini no inferior a dos anys del país on està situat l'immoble. Les dades per a calcular dita rendibilitat surten publicades en un butlletí que, a la vegada, publica el Banc d'Espanya.

La prima de risc, segons aquella mateixa Ordre, "es determina mitjançant l'avaluació del risc de la promoció immobiliària tenint en compte el tipus d'actiu immobiliari a construir, la seva ubicació, liquidesa, termini, així com el volum de la inversió necessària". Aquesta prima de risc, que en cada cas es calcula específicament, no podrà ser inferior a la que es determina en unes taules que consten en la mateixa Ordre.

En definitiva, en els procediments d'equidistribució la valoració del sòl no urbanitzat es valora com si ja hagués estat urbanitzat. En altres termes, es segueix el mateix procediment previst a la llei 6/1998.

Ara bé, respecte a dites valoracions i a la contribució que els propietaris venen obligats a fer per a satisfer les càrregues derivades de l'actuació, cal prendre en consideració dos aspectes derivats de la legislació urbanística de Catalunya.

a).- L'article 131 del Reglament de la LUC estableix que les valoracions contingudes en els projectes de reparcel·lació "s'actualitzen en l'aprovació definitiva d'acord amb l'interès legal de diner, a partir del transcurs del termini de sis mesos des de l'aprovació inicial".

D'aquesta forma, els ajuntaments, en el moment de l'aprovació definitiva de les reparcel·lacions, quan hagi transcorregut més de sis mesos des de l'aprovació inicial, *han de revisar de forma automàtica totes les valoracions contingudes en el projecte d'acord amb l'interès legal del diner.* D'aquesta forma, partint de la base que en molts pocs casos entre les dues aprovacions no passen sis mesos, de fet caldria que en quasi tots els casos es procedís a realitzar les valoracions obtingudes de forma automàtica.

b).- L'art. 122.1 del Decret legislatiu 1/2010, d'aprovació del text refós de la llei d'urbanisme, textualment estableix:

> "En les modalitats del sistema d'actuació per reparcel·lació, les persones propietàries tenen l'obligació de pagar les despeses d'urbanització, obligació *que es pot complir mitjançant la cessió de terrenys edificables, situats dins o fora del polígon d'actuació,* excepte en el supòsit a què es refereix l'article 147.2".

Concretament, l'article 147.2 va referit als sectors d'urbanització prioritària. Per tant, solament excepcionalment no serà d'aplicació l'esmentat precepte.

La forma material per a portar a terme la referida cessió està regulada a l'article 141 del Reglament de la LUC.

Aquesta és una norma a la que no s'ha prestat l'atenció que correspon. En efecte, observi's que la norma, en primer lloc, estableix que *les persones propietàries tenen l'obligació de pagar les despeses d'urbanització.* Aquest és el manament, el qual està totalment ajustat a l'article 42, el qual disposa l'obligació dels propietaris a costejar les obres d'urbanització. Tot seguit, el propi precepte determina que, dita *obligació es pot complir mitjançant la cessió de terreny.* Per tant, el responsable del compliment de dita obligació, és el que pot decidir **complir-la** mitjançant el pagament a metàl·lic o fent ús de la possibilitat que atorga el referit precepte. És un dret de l'obligat al pagament, no una potestat del creditor, sigui ajuntament en el cas de les execucions per cooperació, o a les corresponents juntes de compensació en l'altre cas.

En el cas d'execució per cooperació, l'ajuntament assumirà l'import de les quotes i assolirà la posició de propietari d'acord amb la participació que hagi adquirit. Pel contrari, en l'execució per compensació, les respectives juntes són les que assumiran el pagament de les quotes i a la vegada que adquiriran la titularitat de l'aprofitament objecte de cessió.

5.- Les valoracions en els procediments d'expropiació per ministeri de la llei.

L'article 114 del text refós Decret legislatiu 1/2010 regula la denominada expropiació per ministeri de la llei, la qual, com és conegut, es produeix, a petició del propietari, un cop hagin passat cinc anys de l'entrada en vigor d'un planejament o quan hagi esgotat el programa d'actuació, envers als terrenys que hagin de ser necessàriament de titularitat pública i no hagin estan inclosos en cap unitat d'actuació o sector de planejament.

El procediment és molt senzill. El propietari adverteix del seu propòsit d'iniciar el procediment d'expropiació. Si transcórreix un any des de l'advertiment i l'administració no hi ha donat resposta, l'expedient d'expropiació queda iniciat per ministeri de la llei i els propietaris poden presentar el full d'apreuament corresponent i, si transcorren tres mesos més i l'administració no l'accepta, es poden dirigir al Jurat d'Expropiació per a fixar l'apreuament.

Dues consideracions:

a).- La valoració s'haurà de fer de conformitat amb la nova legislació. Ara bé, quan el TRVS entri totalment en aplicació, atès el nou sistema de valorar les finques, el més segur és que aquest procediment quedi reduït a finques situades en sòl urbanitzat, atès que difícilment els propietaris promouran l'expropiació al tenir coneixement dels valors que els podrien estar assignats.

b).- En els últims anys, s'ha produït una llarga discussió envers a les competències que tenien el Jurats per al compliment de les seves funcions. Concretament, la discussió versava respecte de si els Jurats estaven facultats per a no acordar l'apreuament quan consideressin que els sòl objecte de valoració no reunien les condicions previstes a l'esmentat art. 114, i fins i tot quan no s'havia seguit el procediment correcte. Per exemple si no s'havien respectat els terminis previstos en dit precepte.

La discussió va arrancar de la STS 28 de febrer de 1986, en la que es reconeixen certes atribucions no valoratives als Jurats, al dir:

> "La Administración apelante sostiene que el Jurado de Expropiación se ha extralimitado en su competencia que es exclusivamente valorativa y que ha declarado una nulidad de actuaciones de la entidad expropiante. La Ley de Expropiación no indica las facultades del Jurado para corregir defectos formales previos al justiprecio, pero la jurisprudencia las ha ido matizando; aunque su función es evaluatoria y no puede hacer declaraciones de derechos –sentencias de 12.3.83 y 14.11.84- también puede actuar de modo que no se le coloque en la situación de tener que valorar cuando falten elementos esenciales y por lo tanto no puede pronunciarse sobre los datos que haya de utilizar para hacerlo –sentencia de 2.2.60-; esto es lo sucedido, pues al faltarle al Jurado la hoja de aprecio del particular, hecho motivado por la Administración que no ha observado el procedimiento, ha devuelto el expediente para que se aporte este antecedente sin declarar la nulidad de lo actuado por la Administración, sino que ha decidido sobre su propia competencia"

La doctrina jurisprudencial establerta en dita sentència ha hagut de ser completada degut als conflictes que al respecte s'han anat plantejant. Així, el TSJC, en Sent. 10 de desembre de 2009, deia:

> "Siendo su función evaluatoria y tasadora, excede de sus funciones si considera, como ha hecho en la resolución impugnada, si los terrenos cuya expropiación interesó el recurrente son o no expropiables, pues no se está limitando a comprobar el cumplimiento de requisitos formales o materiales que exigía el anterior artículo 103, sino que está efectuando una verdadera declaración jurídica de derechos, *función que le está vedada".*

D'aquesta forma, d'acord amb la línia jurisprudencial existent, el Jurat pot comprovar estrictament els requisits formals del procediment previst a l'esmentat art. 114. El que no pot fer és declarar si al bé que se li sotmet a valoració li és d'aplicació l'art. 114.

L'Administració competent per a fer-ho serà la municipal. Aquesta administració, dins del termini de l'advertiment, s'ha de pronunciar al respecte. Si no ho fa en aquest període, ha de permetre

que el Jurat valori la finca en qüestió i, al seu cas, plantejar la corresponen revisió jurisdiccional en base al fet que els terrenys afectats per l'expropiació per ministeri de la llei no complien les condicions determinades per la llei perquè es podés aplicar l'esmentat procediment.

Barcelona, maig de 2011.

9a sessió

10/06/11

La tutela cautelar com a remei per a la inexecució de sentències urbanístiques.
Rafael Fernández Valverde, magistrat del Tribunal Suprem.

Els convenis per a la prestació de serveis.
Carles Pareja Lozano, advocat i professor de dret administratiu de la Universitat Pompeu Fabra.

Administració electrònica. Cas d'ús a la Diputació de Barcelona. Configuració material i jurídica dels elements bàsics que la conformen: seu electrònica, registre electrònic, perfil del contractant.
Albert Ortiz Villuendas, secretari Delegat de la Diputació de Barcelona.

"LA TUTELA CAUTELAR COMO REMEDIO PARA LA INEJECUCIÓN DE SENTENCIAS URBANÍSTICAS"

Rafael Fernández Valverde

Magistrado del Tribunal Supremo

INDICE

I. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA LEY JURISDICCIONAL DE 1998. 1
1º. La potestad jurisdiccional de ejecución de las sentencias 1
2º. La obligación del cumplimiento de las sentencias..... 2
3º. El deber de colaboración en la ejecución y cumplimiento de las sentencias 2
4º. La ejecución de las sentencias y la tutela judicial efectiva..... 3
II. CONTENIDO DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS 6
III. FORMAS DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA 11
IV. CRISIS DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS..... 28
V. IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS 29
VI. EXPROPIACIÓN DE LOS DERECHOS DE UNA SENTENCIA..... 55
VII. MODULACIÓN EN CASO DE TRASTORNO GRAVE PARA LA HACIENDA PÚBLICA 56
VIII. MEDIDAS CAUTELARES COMO VIA DE EVITAR EJECUCIONES DE SENTENCIAS 58

I. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA LEY JURISDICCIONAL DE 1998.

1º. La potestad jurisdiccional de ejecución de las sentencias

A diferencia del sistema tradicional, que se contenía en el artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 (LRJCA56), conforme al cual *"la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso"*, la vigente Ley 28/1998, de 13 de julio (BOE 14 de julio), denominada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), dando un giro trascendental, proclama, en el artículo 103.1 que ***"la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de éste orden jurisdiccional"***.

La misma LRJCA aclara y determina, a continuación, en el inciso final del mismo artículo 103.1, cual es el órgano jurisdiccional competente dentro del expresado orden jurisdiccional contencioso administrativo para llevar a cabo dicha ejecución jurisdiccional; y así, dispone que el ***"ejercicio"*** concreto de la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales ***"compete al* ---órgano judicial--- *que haya conocido del asunto en primera o única instancia"*.**

Tal planteamiento constituye una clara consecuencia del mandato, más genérico, pero de superior rango, contenido en el artículo 117.3 de la Constitución de 1978 (CE), que señala que ***"el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo***

ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan"; mandato que se reproduce en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

2º. La obligación del cumplimiento de las sentencias

La propia Exposición de Motivos de la Ley señala que el nuevo texto legal "*ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso administrativo". Y en tal sentido añade que "el punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe", lo cual, a su vez, entronca "directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos", por cuanto "la negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas*".

Fue la propia Constitución de 1978 la que dispuso, en el artículo 118, que ***"es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales"***; mandato que es desarrollado en términos subjetivos de gran amplitud en el artículo 17.2 de la citada LOPJ al señalar que *"las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes"*.

La vigente LRJCA, dado su carácter procesal, centra, sin embargo, tal obligación de cumplimiento de las sentencias en las partes procesales; esto es, en quienes han tenido tal consideración procesal dentro del recurso o proceso que ha dado lugar a la sentencia cuya ejecución se pretende, señalando, en tal sentido, en su artículo 103.2, que ***"las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en estas se consignen"***. En relación con tal planteamiento debe recordarse que es el Título II de la nueva Ley el que se ocupa de *"Las partes"* (artículos 17 y siguientes), analizando en tres Capítulos independientes lo relativo a la Capacidad, Legitimación, y Representación y defensa de las partes. Pero el planteamiento del legislador cuenta con una doble dimensión, por cuanto, por una parte, limita ---con independencia de los amplios pronunciamientos constitucionales y legales antes reseñados--- la obligación del cumplimiento de las sentencias a las partes procesales del procedimiento concreto de referencia en el que se ha pronunciado la sentencia, y, por otra parte, y desde otra dimensión, tal obligación se extiende no solo a la Administración, que normalmente habría adoptado la posición procesal de demandada, sino también a los codemandados e, incluso, recurrentes, dados los términos del precepto.

3º. El deber de colaboración en la ejecución y cumplimiento de las sentencias

El mandato constitucional contenido en el artículo 118 de la Constitución de 1978 de ***"prestar la colaboración requerida* ---por los Jueces y Tribunales--- *en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto"*** ---que luego reiterara el artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial---, aparece igualmente recogido en el nuevo artículo 103.3 del nuevo texto legal, al señalarse que ***"todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales Contencioso-administrativos para la debida y completa ejecución de lo resuelto"***.

La Exposición de Motivos del nuevo texto legal, de forma explícita, se refiere a tal deber o principio, recordando "la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe, y ... entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva...", como enseguida podremos examinar.

En desarrollo de tal principio debe destacarse, en este momento, como el artículo 108.1.a) de la LRJCA contempla la triple posibilidad con que cuenta el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución de la sentencia para proceder a la materialización de la misma en los supuestos ---sin duda los mas significativos--- en los que el mandato contenido en la misma la sentencia consistiere en la condena a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto. En dicho precepto se señala que el Juez o Tribunal puede, en primer lugar, (1) recurrir para la ejecución de la a sus propios medios judiciales, pero, dejando abierta la posibilidad (2) de proceder al requerimiento de la colaboración de las autoridades y agentes de la propia Administración condenada o, incluso, en su defecto, (3) de proceder al requerimiento de colaboración de otras Administraciones Públicas, si bien con la observancia de los procedimientos establecidos al efecto. Pues bien, puesto que el precepto permite, en segundo lugar, el requerimiento no solo a las autoridades sino, incluso, a los ***"agentes de la Administración condenada"***, consideramos que no existe obstáculo legal alguno para que el órgano jurisdiccional encargado y competente para la ejecución de la sentencia encomiende la materialización de la misma ---cual Comisario de la ejecución--- a algún agente o funcionario de la Administración condenada, como pudiera ser el Arquitecto Municipal, el Secretario de una Entidad local, el Gerente de Urbanismo, el Director General de Urbanismo de una Comunidad Autónoma, o cualquier otra autoridad o funcionario, que actuaría con la concreta habilitación jurisdiccional y sin necesidad de decisión o acuerdo alguno de los órganos de gobierno municipales o autonómicos. Consideramos, pues, que el legislador ha dejado abierta esta posibilidad que podría ser explorada por los órganos jurisdiccionales.

4º. La ejecución de las sentencias y la tutela judicial efectiva

Quizá resulte éste momento ---de inicial tratamiento de los principios inspiradores de la materia--- el lugar adecuado para dejar constancia de la evolución jurisprudencial alcanzada por parte de los Tribunales Supremo y Constitucional en relación con la materia, sobre la base de los mandatos contenidos en la Ley Jurisdiccional de 1956 y la incidencia que, sobre la misma, tuvieron los mandatos contenidos en la Constitución de 1978. Tales criterios parecen haber sido, en síntesis, respetados por el legislador de 1998, y están constituyendo, sin duda, la pauta a seguir, en el proceso interpretativo del vigente sistema legal instaurado por la LRJCA.

A) En tal sentido debe señalarse (SSTC 32/1982,de 7 de junio y 67/1984, de 7 de junio), que:

> "*el artículo 24.1 de la Constitución establece el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Este derecho comprende, según ha declarado el Tribunal en reiteradas ocasiones, el de obtener la ejecución de las sentencias, naturalmente dejando a salvo el caso de las meramente declarativas, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales en meras declaraciones de intenciones*"

B) Igualmente (SSTC 125/1987, de 15 de julio, 167/1987, de 28 de octubre y 148/1989, de 21 de septiembre), que:

> "La *ejecución de las sentencias ---en sí misma considerada--- es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución ---artículo 1. º---, que se refleja ---dentro del propio título preliminar--- en la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad ---en caso de conflicto--- se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial ---artículos 117 y siguientes de la Constitución--- que finaliza con la ejecución de sus sentencias y resoluciones firmes. Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes, y de aquí que el artículo 118 de la Constitución establezca que: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución del mismo". Cuando este deber de cumplimiento y colaboración ---que constituye una obligación en cada caso concreto en que se analiza---*

se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento ---si se produjera--- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes ...".

C) La misma STC 67/1984, de 7 de junio, termina señalando, a modo de conclusiones, los siguientes mandatos que extrae del antiguo artículo 110, números 1, 2 y 3 de la LRJCA56 :

"1*. El Tribunal sentenciador, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia o la efectividad de las indemnizaciones señaladas en los casos respectivos, adoptará, a instancia de las partes interesadas, cuantas medidas sean necesarias para promoverla y activarla.*

(...) 3. Sin perjuicio de ello, deducirá el tanto de culpa que correspondiese por delito de desobediencia para su remisión al Tribunal competente. La interpretación de este precepto, en conexión con los demás referidos a la ejecución de sentencias (artículos 103 a 112 LRJCA56), debe hacerse, según ha señalado el Tribunal en reiteradas ocasiones en relación con las Leyes, de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental.

La aplicación de este criterio interpretativo conduce a las siguientes afirmaciones:

A) Es obligado para la Administración que hubiera dictado el acto o disposición objeto del recurso, la ejecución de la sentencia recaída (artículo 118 de la Constitución).

B) La ejecución de la sentencia corresponde, en principio, al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (artículo 103 LRJCA56), debiendo interpretarse esta competencia no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las sentencias y resoluciones firmes ---que constituye en cada caso una obligación para la Administración---, y de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en sus resoluciones firmes dictadas en ejecución de sentencias (artículo 118 de la Constitución).

C) El cumplimiento de esta obligación debe producirse ---con carácter general--- dentro del plazo de seis meses desde la fecha de recepción del testimonio de la sentencia o desde la fijación de la indemnización (artículo 110.2 LRJCA56).

D) Cuando se incumple esta obligación de ejecutar la sentencia ---y de colaborar con los Jueces y Tribunales en el plazo legalmente establecido---, el Tribunal sentenciador, con audiencia de las partes, adoptará las medidas que considere procedentes para el cumplimiento de lo mandado; corresponde al Tribunal mencionado decidir cuáles son estas medidas, pero, desde la perspectiva constitucional que ahora interesa, debe señalarse que corresponde exclusivamente al mismo hacer "ejecutar lo juzgado", de acuerdo con las Leyes (artículo 117.3 de la Constitución), y requerir las colaboraciones que estime precisas (artículo 118 de la misma), por lo que ha de interpretarse que tales medidas no pueden quedar limitadas por la falta de ejercicio de la competencia, en el plazo legalmente previsto, por la Administración autora del acto o disposición, en orden a la ejecución de la sentencia; en consecuencia, el Juez puede aplicar las medidas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC81), de aplicación supletoria, entre las cuales puede ordenar que se haga lo mandado a costa del obligado (artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y requerir a tal efecto la colaboración que estime oportuna de otros entes públicos o personas privadas, en especial del Estado, pues la sentencia o la resolución de los Jueces y Tribunales emanan de un poder del Estado, y todos los poderes del Estado -en su sentido integral, es decir, comprendiendo las Comunidades Autónomas- tienen el deber de colaboración.

E) Por último, el artículo 110.3 de la LRJCA56 establece ---con carácter imperativo--- que, sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal sentenciador "deducirá el tanto de culpa que correspondiere por el delito de desobediencia para su remisión al Tribunal competente".

F) La interpretación establecida ---desde la perspectiva constitucional--- permite determinar si en el presente caso se han adoptado las medidas procedentes para la ejecución de la sentencia. Tal valoración no se ha de efectuar con un criterio puramente legal, pues lo que se trata de determinar es si se ha producido una vulneración del derecho fundamental, es decir, en definitiva, una violación de la constitución en su artículo 24.1, lo que exige valorar la relevancia constitucional de la acción u omisión del órgano judicial."

D) Por su parte el Tribunal Supremo ha expuesto (STS de 27 de octubre de 2004) las siguiente normas sobre la materia:

"1ª).-El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 *CE*) comprende el que el *fallo judicial se cumpla, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intenciones (STC 176/1985), e inseparablemente unida a dicho derecho figura el principio de la inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes, en conexión con la seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 CE que garantiza a quienes han sido partes en el proceso que las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza no serán alteradas o modificadas al margen de los cauces legales previstos (STC 231/1991*).

2ª).-Conforme al principio de exclusividad jurisdiccional, que reconoce el artículo 117.3 y de obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias y resoluciones firmes de los órganos judiciales, que incorpora el artículo 118 CE, han de interpretarse los artículos 103 y siguientes de la LJCA en el sentido de que no atribuyen potestad alguna a la Administración para la ejecución de las sentencias en el ámbito Contencioso-Administrativo, que corresponde a los Tribunales de este orden jurisdiccional, sino que confieren una simple función, la de cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal competente en el seno del proceso de ejecución del fallo (ATS 18 noviembre 1986).

3ª).-El artículo 117, 3 de la Constitución establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales; el artículo 118 de la propia Constitución dispone que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto; el artículo 18, 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 determina que las resoluciones judiciales sólo pueden dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las Leyes; y el apartado 2 del mismo artículo señala que «las sentencias se ejecutarán en sus propios términos»; y es doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras, en sus Sentencias 34/1982, de 14 de junio , 58/1983, de 29 de junio, 67/1984, de 7 de junio, la de que el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24, 1 de la Constitución comprende el derecho a obtener la ejecución de la sentencia, debiendo la jurisdicción adoptar las medidas necesarias para el total cumplimiento del Fallo como disponen también los artículos 105, 1 a y 110 de la Ley de esta Jurisdicción, que el derecho a la efectividad de la tutela judicial del indicado artículo 24.1 de la Constitución incluye el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en sus propios términos, sin que se pueda acudir a una prestación sustitutoria aunque se repute equivalente, a menos de que el cumplimiento natural de sus propios términos no resulte posible como dice el repetido artículo 18, 2 de nuestra aludida Ley Orgánica; imposibilidad que, como aclara el Auto de 5 de abril de 1988, hay que interpretar en su sentido más restrictivo y en términos de imposibilidad absoluta (absoluta imposibilidad física o evidente imposibilidad jurídica de cumplir el fallo) sin que, como precisa la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/1987 de 28 de octubre, sea de ninguna manera admisible lo que ya la Sala 5ª de este Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de junio de 1977 había calificado como la insinceridad de la desobediencia disimulada de los Órganos Administrativos, que se traduce en cumplimiento defectuoso o en formas de ejecución indirecta, como lo son la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado, o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la ejecución del fallo. (Auto del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1988).

Sobre el problema más concreto de si una modificación del planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia anuló, del examen de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sólo puede concluirse lo siguiente: esa modificación no será causa de inejecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute.

Esta conclusión, (matizada y que remite la solución al examen de las circunstancias concretas en cada caso) justifica la diversidad de decisiones que este Tribunal Supremo ha adoptado, y que van desde la afirmación de que la modificación del planeamiento es causa de inejecución de las sentencias (autos de 3 de mayo de 1989 y 22 de febrero de 1994 y sentencia de 12 de septiembre de 1995) hasta la conclusión de que la modificación del planeamiento no es causa de inejecución (autos de 5 de abril de 1988 y de 16 de julio de 1991 y sentencia de 23 de julio de 1998). Esta última dice que «no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización "ex post facto" de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo, aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado reiteradamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparado por una nueva ordenación, si estimare éste ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración»).

Esto es lo que tenemos dicho en nuestra sentencia de 5 de abril de 2001 (casación núm. 3655/96)".

II. CONTENIDO DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

En dos preceptos de la vigente Ley se hace referencia a lo que pudiera considerarse el contenido o ámbito de la ejecución de las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

De una parte en el artículo 103.2 se dice que "**las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen**".

Por otra parte, en el artículo 104.1 del mismo texto legal, cuando al determinar la finalidad con la que se remite comunicación a la Administración demandada para el cumplimiento de las sentencias, de forma expresa, se señala que tal comunicación cuenta con un mandato consistente en llevar ***"a puro y debido efecto"*** la sentencia cuya ejecución se pretende; términos que vienen a coincidir con el inciso final del artículo 103.2 LRJCA56, que al concretar el principio de colaboración en el cumplimiento de las sentencias, expresamente señalaba que la finalidad requerida por el mismo principio no era otra que *"la debida y completa ejecución de lo resuelto"*; de conformidad con lo anterior, y para conseguir tal debida y completa ejecución, el citado artículo 104.1 habilita ---con evidente amplitud--- al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la sentencia para que el mismo ***"practique lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo"*.**

En consecuencia, el contenido de las sentencias cuya ejecución se realiza debe extraerse de los términos en que se expresa el fallo de la misma (esto es, de la forma y términos de su parte dispositiva), para alcanzar así una determinada finalidad, que no es otra que conseguir el efecto pretendido en la declaración jurisdiccional; para ello se articulan un amplio capítulo de medidas con la expresada finalidad, disponiendo en tal sentido la Ley que tales amplias medidas vienen determinadas por ***"lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo"*.**

La amplitud de los términos en que se expresa el texto legal permiten deducir, con absoluta claridad, que el contenido de la ejecución de la sentencia tiene una doble perspectiva, por cuanto, de una parte, el Tribunal y la Administración han de llevar a cabo (1) una determinada actividad jurídica, transformadora o eliminadora de los mandatos jurídicos a cuya anulación se ha procedido jurisdiccionalmente; y (2), de otra parte y como consecuencia de tal actividad, en determinadas ocasiones, será ---además--- preciso, con un carácter complementario, llevar a cabo una actividad de índole material, transformadora de la realidad física, y que surge como consecuencia del anterior pronunciamiento de nulidad y de la consiguiente actividad jurídica complementaria.

Si describimos un escenario de fondo en el que proyectar lo que a continuación diremos, y, teniendo en cuenta que nos encontramos en el ámbito urbanístico, en muchas ocasiones el mandato contenido en una sentencia ---y nos puede servir de ejemplo--- es el de la anulación jurisdiccional de una licencia urbanística que ha dado lugar a una determinada construcción. Esto es, a tal declaración ---jurídica--- de nulidad de una licencia le sigue, como complemento material, la demolición de lo indebidamente construido con fundamento en la licencia anulada. Obviamente se han suscitado muchas dudas en aquellos supuestos en los que la parte dispositiva de la sentencia solo anula la licencia ---aspecto jurídico mencionado--- pero guarda silencio en relación de lo construido al amparo de la misma ---aspecto material de la condena jurisdiccional---.

Pues bien, entre otras muchas, en las STS de 7 de febrero de 2000 y 15 de octubre de 2001, el Tribunal Supremo, siguiendo una reiterada doctrina de la Sala, señaló que:

> *"la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística".*

En síntesis, el fallo de la sentencia implica necesariamente una inicial actividad jurídica transformadora de los pronunciamientos jurídicos anulados, así como una consiguiente actividad material transformadora de la realidad física sobre la que recayeron los pronunciamientos jurídicos de referencia. Una sentencia de este tipo supone, pues, suprimir del ámbito jurídico el título que la licencia implicaba y eliminar, del ámbito material, lo indebidamente construido al amparo de un título que ha devenido nulo.

Pero, establecida esta regla general, de forma inmediata hemos de realizar algunas matizaciones que resultan de interés como justificación de lo que luego estudiaremos sobre la imposibilidad de ejecución de sentencia en este ámbito urbanístico que nos ocupa.

En relación con tal cuestión, podemos citar algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto:

En la STS de 9 de mayo de 2003 se señaló que:

> *"Como hemos manifestado repetidamente, el derecho que el art. 24.1 de la Constitución establece a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales comprende el de obtener la ejecución de las Sentencias, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales en simples declaraciones de intenciones y este derecho no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de la Sentencia, pues tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniaria u otro tipo de prestación (así lo reconoce la STC 67/1984, fundamento jurídico 4.º).*
>
> *Ahora bien, la sustitución económica ha de realizarse por los cauces legalmente previstos, de manera que no suponga una alteración del fallo contraria a la seguridad jurídica...".*

Y, en las STS de 4 y 18 de mayo de 2004, por su parte, con cita varias SSTC, se expuso que:

> *"...el Juez de la ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio pro actione, del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la causa petendi, es decir, de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes, que, aunque no pasan literalmente al fallo, como es lógico, si*

constituyen base para su admisión o rechazo por el juzgador y, por ello, fundamento de su fallo, del cual operan como causas determinantes. Lo cual, es obvio, no supone que se puedan ampliar en fase de ejecución de Sentencias los términos del debate o hacerse otras pretensiones distintas, ampliando indebidamente el contenido de la ejecución, cosa que la ley ordinaria ya prohíbe al prever un recurso al respecto (artículo 1.687.2º L.E.C.). Simplemente implica que la interpretación y aplicación del fallo de la Sentencia no ha de ser estrictamente literal, sino finalista (artículo 3 C.C.) y en armonía con el todo que constituye la Sentencia...".

En consecuencia, el contenido exacto de la ejecución de la sentencia dependerá de los distintos pronunciamientos que la misma puede contener, sobre todo cuando se está en presencia de sentencias que tienen alguno de los contenidos estimatorios, a las que se refiere el artículo 71 del vigente texto legal; así podemos encontrar:

1º) Sentencia estimatoria con decisión anulatoria.

En el apartado a) del artículo 71.1 se contempla el pronunciamiento necesario en toda sentencia estimatoria de un recurso contencioso-administrativo, al señalarse que ***"declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada"*** .

Como consecuencia de la declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico que en la sentencia se contiene, surge, necesariamente, la duda de si en la actualidad, a la vista de la transformación introducida en el artículo 103 del nuevo texto legal (transformación en potestad jurisdiccional), se hace preciso un pronunciamiento de carácter administrativo asumiendo formalmente la expresa declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico, o si, el simple pronunciamiento contenido en la sentencia, resulta, de por sí, suficiente para la alteración de los actos o disposiciones jurisdiccionalmente anulados.

Pero, con independencia de ello, son dos las declaraciones, judiciales o administrativas, que pueden producirse como consecuencia de la genérica declaración de disconformidad con el ámbito jurídico: (1) de una parte, el artículo 71.1.a) contempla lo que sería una estricta actuación de carácter jurídico consistente en anular ***"total o parcialmente la disposición o el acto administrativo recurrido"***; esto es, la existencia de una anterior actuación jurídica concretada en una norma reglamentaria o en un simple acto administrativo, exige necesariamente una declaración anulatoria como consecuencia de la disconformidad con el ordenamiento jurídico de la expresa norma reglamentaria o acto administrativo. Pero (2), a la vista de la ampliación que en la presente Ley tiene el ámbito del recurso contencioso-administrativo (incluyendo en el mismo no solamente las anteriores "actuaciones jurídicas" sino también la inactividad de la Administración y la actuación material por vía de hecho), es evidente que ante tales tipos de actuaciones no basta con una simple declaración anulatoria, por lo que el precepto de referencia concluye señalando que, ante tal situación la sentencia ***"dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada"***, concepto en el que, sin duda, debe incluirse, con carácter previo, la declaración de nulidad en relación con la inactividad de la administración o la simple vía de hecho.

2º) Sentencia estimatoria de pretensión de reconocimiento de situación jurídica individualizada.

El segundo supuesto de contenido estimatorio de la sentencia que se contempla en el artículo 71.1.b) de la LRJCA hace referencia al recurso en el que se ejercita una pretensión de ***"reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada"***, señalándose que, si se hubiese ejercido tal pretensión, el fallo de la sentencia ***"reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma"***; de tal pronunciamiento se deduce la existencia de una decisión jurídica del Juez o Tribunal, consistente en el concreto reconocimiento jurídico de la situación, seguida de una decisión, de enorme amplitud, puesto que sin duda alcanza a las medidas de carácter material, dados los términos en que el artículo de referencia permite pronunciarse a la sentencia; esto es, para materializar el anterior reconocimiento la LRJCA obliga al juzgador, ya en la parte dispositiva

de la sentencia, a adoptar ***"cuántas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma"***.

Del anterior pronunciamiento se desprende que el legislador anticipa al momento de la sentencia la posterior ejecución de la misma, por cuanto la adopción de las medidas a que se viene haciendo referencia se contempla en la misma sentencia y no en la posterior resolución que acuerde la ejecución de la anterior.

En el ámbito urbanístico en el que nos situamos debemos responder a la cuestión de si, para proceder a una demolición urbanística, tal actuación debe de figurar expresamente en la parte dispositiva de la sentencia. A ello responde, entre otras, la STS de 7 de junio de 2005, en la que se deja constancia de la siguiente doctrina:

> *" ... tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición de aquéllas; de suerte que, ni la sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia (por todas, pueden verse las sentencias de 3 de julio de 2000, 19 de noviembre de 2001 y 26 de julio de 2002, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 2061/1995, 4060/1999 y 3303/2000); y en términos sumamente expresivos, se afirma en la sentencia de 29 de noviembre de 1995, dictada en el recurso de apelación número 4443/1991, lo siguiente: "[...] si bien se lee el suplico de la demanda, los actores se limitan en él a solicitar la anulación de la aprobación del proyecto de parcelación y la anulación de las licencias y la consiguiente demolición de las obras, sin que pueda decirse que al pedir esto último estaban ejercitando una pretensión de plena jurisdicción [...]"*

Esto es, que la demolición ---como enseguida veremos al hablar de la legitimación--- no supone el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, no tratándose, pues, de una respuesta a una pretensión de plena jurisdicción, sino, mas bien, una consecuencia irremisiblemente derivada de una declaración de nulidad jurisdicción. Y ello, con independencia de que la citada demolición hubiera sido solicitada, o no, en el suplico de la demanda, y hubiera sido, o no, expresamente declarada en el fallo de la sentencia dictada.

Así lo ha ratificado el Tribunal Supremo en la reciente STS de 9 de febrero de 2009:

> "*Esto es, que la demolición de lo construido al amparo de una licencia de obras jurisdiccionalmente anulada ---aplicando la anterior diferenciación de sentencias: 71.1.a) y 71.1.b)--- no supone el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, no tratándose, pues, de una respuesta a una pretensión de plena jurisdicción, sino, mas bien, una consecuencia irremisiblemente derivada de una declaración de nulidad jurisdiccional. Y ello, con independencia de que la citada demolición hubiera sido solicitada, o no, en el suplico de la demanda, y hubiera sido, o no, expresamente declarada en el fallo de la sentencia dictada*".

3º) <u>Sentencia estimatoria de pretensión de emisión de un acto o de práctica de una actuación jurídicamente obligatoria</u>.

Especialmente novedoso resulta el tercero de los pronunciamientos estimatorios que puede contener la sentencia, al cual se hace referencia en el apartado c) del artículo 71.1 del mismo texto legal. En este supuesto la medida que debe llevarse a cabo en cumplimiento de la sentencia consiste ***"en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria"***; para tal supuesto, y como simple posibilidad, en el apartado de referencia, se contempla el que la sentencia pueda ***"establecer plazo para que se cumpla el fallo"***, lo cual, de conformidad con el artículo 104.2 de la misma LRJCA, constituye la posibilidad de establecer una excepción al plazo ---dos meses desde la comunicación de la sentencia--- que, con carácter general, se contempla en el citado precepto para la ejecución voluntaria de las sentencias.

Es en el artículo 108.1 del nuevo texto legal en donde expresamente se contempla, dentro del expresado plazo que pudiera haberse fijado en la sentencia estimatoria, la forma de llevar a cabo la ejecución de una sentencia que ***"condenare a la Administración a realizar una determina actividad o a dictar un acto"***, aspecto que luego tendremos la oportunidad de comentar.

4º) Sentencia estimatoria de pretensión de indemnización de daños y perjuicios.

Por último el artículo 71.1 en su apartado d) contempla el mandato de la sentencia estimatoria dictada en recurso en el que se haya ejercitado una ***"pretensión de resarcir daños y perjuicios"*.** En este apartado se contemplan, quizá, cuatro aspectos que expresamente deben mencionarse en el fallo de la sentencia que estime tal pretensión, ya que en la misma:

> *1º. "**se declarará en todo caso el derecho a la reparación**";*
>
> *2º. se señalará, asimismo, "**quién viene obligado al pago**";*
>
> *3º. se "**fijará también la cuantía de la indemnización**", pero sólo cuando concurran dos circunstancias: que "**lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello**";*
>
> *4º. y, por último, para los supuestos en que lo anterior no resultara posible, la Ley señala que en la sentencia estimatoria de una pretensión de resarcir daños y perjuicios "**se establecerán las bases para la determinación de la cuantía cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencias**".*

En relación con la ejecución de un fallo de contenido indemnizatorio, como el contemplado en este artículo 71.1.d), el artículo 106 del nuevo texto legal desarrolla la forma de llevar a cabo la ejecución de una sentencia ***"cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad liquida"***. Para tales supuestos, la Ley ha optado por dejar en manos de la Administración la concreta determinación del modo y forma de llevar a cabo el pago de la cantidad adeudada, pues contempla que sea el ***"órgano*** ---de carácter administrativo--- ***encargado de su cumplimiento"*,** el que, en concreto, acuerde el ***"pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable"*.**

En el mismo precepto 106 de la LRJCA se regulan otros aspectos complementarios del abono de la cantidad líquida:

a) Necesidad de modificación presupuestaria.

Ello resultará necesario cuando el crédito ---ampliable--- señalado por el órgano de la Administración encargado del cumplimiento del pago no resultara suficiente para hacer frente al crédito cuya ejecución se pretende. Para tales situaciones se limita el legislador a señalar un plazo para la conclusión del específico procedimiento de modificación presupuestaria, al indicar que el mismo ***"deberá concluirse ... dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de resolución judicial"***, mas sin establecer consecuencia alguna derivada de un hipotético incumplimiento.

b) Abono del interés legal.

En el mismo precepto, y en su apartado segundo, se contempla la forma de determinación del interés que ha de abonarse en el supuesto en que la Administración fuere condenada al pago de una cantidad liquida de dinero; la LRJCA señala que a tal cantidad ***"se añadirá el interés legal del dinero"***, que se fija cada año en la Ley de Presupuestos, correspondientes a la anualidad, y que deberá abonarse ***"calculando desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia"*.**

c) Abono del interés incrementado.

Además de lo anterior, y de conformidad con lo establecido en la normativa presupuestaria, el nuevo artículo 106 contempla la posibilidad de ***"incrementar en dos puntos el interés legal a devengar"*,** exigiéndose para ello el cumplimiento de varios requisitos:

1. Que por la parte recurrente se proceda a ***"instar la ejecución forzosa"*** de la sentencia.

2. Que para ello, previamente, haya transcurrido el específico y más amplio plazo establecido en el precepto para la ejecución de este tipo de sentencias condenatorias de pago de cantidad líquida. Efectivamente, con la finalidad de coincidir con la normativa presupuestaria, la LRJCA ha ampliado a ***"tres meses"*** el plazo general de dos previsto para la ejecución voluntaria de las sentencias en el artículo 104.2; plazo, pues, de tres meses, que habrá de computarse ***"desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla"*;** el legislador, para proceder al incremento del interés en dos puntos, se inclina por no ser suficiente la simple notificación de la sentencia al representante procesal de la Administración, de conformidad con lo establecido en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas ---que es lo exigido en el nº 2 para el simple abono de los intereses---, sino que, como en un plus de garantías para la Administración, se requiere la ***"comunicación"*** de la sentencia al órgano que deba cumplirla.

3. Que por el órgano judicial encargado de la ejecución de la sentencia, también con carácter previo, se haya ***"oído el órgano encargado de hacerla efectiva"***; y,

4. Que, por último, y en todo caso, el citado órgano judicial ***"apreciase falta de diligencia en el cumplimiento"*.**

d). El precepto contempla también la doble posibilidad de que (106.4) el Tribunal pueda proceder a modular la ejecución de la sentencia en el caso de que la misma fuera susceptible de *"producir trastornos graves a su Hacienda"*, así como (106.6) de proceder a la compensación de deudas que *"cualquiera de las partes podrá solicitar... con créditos que la Administración ostente contra el recurrente"*. Aspectos que luego analizaremos.

III. FORMAS DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Muy resumidamente, pero hemos de centrar la cuestión y, en consecuencia, hemos de señalar que del texto de la LRJCA pudieran deducirse las siguientes formas de ejecución de las sentencias dictadas por los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

1º. EJECUCIÓN VOLUNTARIA

El mecanismo normal del cumplimiento de las sentencias dictadas en el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, de conformidad con los principios antes expuestos, debiera ser el del cumplimiento voluntario del mandato judicial por parte ---normalmente--- de la Administración obligada a ello.

La Ley se limita a señalar la existencia de unos plazos y requisitos, en una especie de *iter procedimental*, a seguir por la Administración:

a) Resulta imprescindible para la ejecución de la sentencia, según se deduce del artículo 104 LRJCA (***"luego que sea firme"***), el que la sentencia cuya ejecución se pretende haya alcanzado firmeza, por haber sido resueltos los recursos que pudieran haberse interpuesto contra la misma o por haber vencido los plazos legalmente establecidos a tal efecto.

Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que queda abierta la posibilidad de la ejecución provisional de las sentencias, todavía no firmes, que se contempla tanto en el artículo 84 LRJCA, en relación con el recurso de apelación, como en el 91, en relación con los de casación.

b) La Ley, en su actual artículo 104, no exige, como hacia el texto de 1956, la necesidad de remitir a la Administración *"un testimonio en forma de la sentencia"*, limitándose a exigir la comunicación de la sentencia ***"en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso"***; testimonio que, sin embargo, sí se exige en la Disposición Adicional Tercera de la Ley en relación con el nuevo Registro de sentencias el Consejo General del Poder Judicial.

En la redacción dada al artículo 104.1 de la LRJCA por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la competencia

para llevar a cabo tal comunicación corresponde al Secretario Judicial, señalándose al respecto que *"Luego que sea firme una sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél"*

Como antes se puso de manifiesto, en relación con el incremento de intereses, no es, pues, el momento de la notificación de la sentencia al representante procesal de la Administración el que determina el inicio del cómputo del plazo para la ejecución voluntaria de la sentencia por parte de la Administración demandada, ya que tal momento será el de la comunicación de la misma al órgano ***"que hubiere realizado la actividad objeto del recurso"***, la cual habrá de llevarse a cabo, por parte del Secretario del órgano judicial competente para la ejecución, en el plazo de diez días. Parece razonable, no obstante, computar dicho plazo desde el momento de la recepción de los autos en el órgano judicial que dictó la resolución inicial, en los supuestos en los que la firmeza venga determinada por la finalización de la tramitación de los recursos deducidos contra la inicial sentencia.

c) El mismo precepto, por ello, exige a la Administración receptora de la comunicación que, ***"en idéntico plazo* ---de diez días--- *desde la recepción"***, proceda a remitir el correspondiente acuse recibo de la comunicación remitida del órgano judicial con potestad para la ejecución de la sentencia. Queda, pues, un evidente margen en poder de la Administración para, mediante la expresada exigencia del acuse de recibo de la comunicación judicial, concretar la fecha de inicio de cómputo del plazo para la ejecución voluntaria.

d) Esta obligación se extiende, y en el mismo plazo de diez días, a la indicación al Juzgado o Tribunal ejecutor de la sentencia del ***"órgano responsable del cumplimiento de aquél".*** Un exigible principio de eficacia o economía procesal impone practicar de forma coetánea ambas actividades, acusado recibo e indicando el órgano administrativo responsable de la ejecución conjuntamente.

e) Como en la Ley de 1956 el plazo con que cuenta la Administración para la ejecución voluntaria de la sentencia, según el artículo 104.2 del nuevo texto legal, es el de ***"dos meses a partir de la comunicación de la sentencia"***, de la que, recuérdese, debe acusarse recibo en el plazo de diez días desde su recepción.

f) No obstante, en la vigente LRJCA, se hace referencia a plazos diversos del general, de dos meses, para proceder a la ejecución de las sentencias por parte de la Administración, y que constituyen excepciones al mismo:

> 1º. En primer lugar debe reiterarse el supuesto, ya contemplado, previsto en el artículo 71.1.c) del mismo texto legal ---al que, por otra parte, se remite el 104.2 LRJCA---, que permite que la misma sentencia pueda ***"establecer plazo para que se cumpla el fallo"***, en los casos en los que la Administración fuera condenada a la emisión de un acto o a la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria. Es, en estos casos, como ya hemos examinado, el propio Juez o Tribunal, en el momento de resolver el fondo del litigio, y a la vista de las particulares circunstancias del mismo, el que anticipa en el fallo de la sentencia, el plazo en el que la misma, una vez firme, deberá ejecutarse.
>
> 2º. Por otra parte, el número 3 del artículo 104 LRJCA contempla otro plazo diferente del general de dos meses, introducido en el debate parlamentario, al disponer que ***"atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, ésta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento, cuando lo dispuesto en el punto anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio"***. Evidentemente, este supuesto no queda limitado, como el anterior, a las concretas pretensiones contempladas en el apartado c) del artículo 71.1 LJCA, por cuanto todas las contempladas en los diversos apartados del artículo han de ser tomadas en consideración.

2º. EJECUCIÓN FORZOSA

A) Legitimación

La puesta en marcha de la ejecución forzosa de las sentencias dictadas por la jurisdicción Contencioso-Administrativo requiere, en primer término, el cumplimiento por parte del órgano jurisdiccional y por parte, normalmente, de la Administración obligada al cumplimiento de las sentencias, de todos y cada uno de los trámites reflejados en el apartado anterior.

En consecuencia, una vez cumplidos los expresados trámites, y transcurridos los plazos señalados en el artículo 104 de la LRJCA, es cuando puede precederse al inicio de la ejecución forzosa de las sentencias, debiendo recordarse que, si bien en este ámbito, como en otros muchos del Ordenamiento jurídico, ha venido rigiendo el principio dispositivo, sin embargo, su persistencia en el momento actual resulta mas que discutible. A pesar de lo que digamos, a continuación, en relación con la ampliación de la legitimación ---haciéndola, incluso, extensiva de forma expresa al Ministerio Fiscal---, y de lo que, desde otra perspectiva, pudiera plantearse en relación con la ampliación de la acción pública en este ámbito jurisdiccional, lo cierto es que, al margen de lo establecido en el vigente artículo 104.2, que a continuación analizaremos, no parece que existan obstáculos procesales para reconocer la posibilidad de la ejecución de oficio por el propio Juez o Tribunal sin necesidad de la previa solicitud por las parte o los afectados; sobre todo, en aquellos supuestos en los que están en juego intereses generales urbanísticos o medioambientales de alto riesgo. Debemos partir de la potencialidad del vigente artículo 103.1 ---que transforma la potestad de ejecutar las sentencias en jurisdiccional--- y, sobre todo, del sentido de la comunicación (artículo 104.1) que ---de oficio--- y luego que sea firme la sentencia, el Tribunal remite al órgano que hubiere realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que lleve la sentencia **"a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo".** Obvio es ---desde nuestro punto de vista--- que tal comunicación, y el mandato jurisdiccional que contiene, lleva implícita la potestad del Tribunal de comprobar ---sin necesidad de ser excitado a ello por parte o afectado alguno--- el efectivo cumplimiento de la sentencia. Sería un contrasentido ampliar la legitimación para la ejecución de las sentencias, como a continuación veremos, a personas afectadas por la misma, que no han sido parte en el litigio, e impedir, al mismo tiempo, que el Tribunal que ha resuelto el litigio no lo pueda realizar de oficio en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Repárese, por otra parte, en los términos tan contundentes en los que se expresa el artículo 108 de la misma LRJCA; precepto que limita la necesidad de la **"instancia de los interesados"** al concreto supuesto que se contempla en el apartado 2 del precepto, esto es, cuando **"La Administración realizare alguna actividad que contraviniere los pronunciamientos del fallo",** lo cual resulta lógico por cuanto en este concreto supuesto ---como en el paralelo contemplado en el artículo 103.4 y 5---, en realidad, se está ejercitando una nueva ---si se quiere, complementaria o derivada--- acción anulatoria jurisdiccional y, no solo, instando la ejecución de una sentencia. Y, por último, repárese, igualmente, como en el artículo 112, en el que se regulan algunas de las **"medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado"** tampoco el legislador exige la solicitud de las mismas por los interesados o afectados por la sentencia, sino, simplemente, **"la audiencia previa de las partes".**

Con independencia de todo lo anterior, el inicio de estos trámites, de conformidad con lo establecido en el nuevo artículo 104.2 del texto legal, requiere una actuación bien por ***"cualquiera de las partes"*** procesales (esto es, que hubieran tenido tal consideración dentro del procedimiento contencioso en el cual haya sido dictado la sentencia), o bien, en segundo lugar, por parte de cualesquiera otras ***"personas afectadas"***; actuación consistente en instar formalmente el inicio de la ejecución forzosa.

De esta forma el legislador amplía considerablemente la legitimación para llevar a cabo la solicitud de ejecución forzosa de las sentencias, por cuanto no limita la misma a quienes exclusivamente hubieran sido partes en el procedimiento, sino que, como bien se expresa, se amplía a las personas afectadas por la sentencia dictada.

Salvando una posible contradicción entre la STS de 26 de enero de 2005 y el ATS de 23 de febrero de 2005, el Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Tercera) dictó la STS de 7 de junio de 2005, en la que se puso de manifiesto:

> *"Para el debido análisis de los motivos de casación que combaten la decisión por la que se acepta la personación como ejecutantes de quienes no fueron parte en la fase declarativa del proceso conviene, ante todo, precisar si la sentencia de cuya ejecución se trata es de aquéllas a las que se refiere el artículo 72.2 de la LJ, porque acogiera o estimara, tan sólo, una pretensión de anulación, o lo es de las contempladas en el artículo 72.3 de la misma Ley, porque hubiera acogido, además, una pretensión de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada, pues las primeras producen efectos para todas las personas afectadas y no sólo para las partes que lo fueron en el proceso en que la sentencia fue dictada, mientras que las segundas, en lo que hace a esa pretensión añadida y acogida de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada, los producen sólo entre las partes.*
>
> *Pues bien, lo es de las primeras. Recuérdese que es la licencia la que autorizó la construcción del centro parroquial en el espacio que finalmente ocupó, y que tal autorización y la construcción acomodada a ella vulneran una norma urbanística reguladora de la distancia mínima de separación entre edificios colindantes. Recuérdese, por ello, que el edificio parroquial, en la medida en que se adentró en esa distancia mínima, no era legalizable. A partir de ahí, ha de afirmarse que el segundo de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia de 3 de junio de 1993, esto es, el que declara la obligación de los demandados de demoler aquella parte de lo edificado que sobrepasa el límite de separación, no es más que una consecuencia indefectible, que no puede faltar o dejar de ser; que se anuda sin necesidad de más enjuiciamiento que el exigido para afirmar la ilegalidad de la licencia al pronunciamiento anulatorio de ésta; que se anuda a este pronunciamiento anulatorio con independencia de cual fuera la posición o situación jurídica del o de los actores".*
>
> *(...) "En el orden lógico que nos propusimos, procede precisar ahora que ha de entenderse por "personas afectadas". Para ello, debe ser punto de partida la observación de que el legislador, o mejor dicho, las normas que hemos de interpretar, constituidas básicamente por los ya citados artículos 72.2, 104.2 y 109.1 de la LJ, emplean un verbo, afectar, cuyo significado en nuestra lengua no es otro, en la acepción que aquí interesa, que el de menoscabar, perjudicar o dañar. Debe serlo, también, la observación de que ninguna de esas normas añaden a la exigencia de que la persona esté afectada algún otro requisito o presupuesto; en concreto, no añaden el requisito o presupuesto de que la persona afectada no hubiera podido ser parte en el proceso declarativo o de conocimiento; y no lo añaden pese a que los dos últimos artículos se refieren a las "personas afectadas" inmediatamente después de referirse a las "partes", lo que inclina a pensar que un requisito o presupuesto como el que acabamos de indicar sí hubiera sido introducido en ellos si en su espíritu estuviera presente la idea de que las personas afectadas lo fueran no todas, sino sólo, excepcionalmente, las que no hubieran podido ser parte procesal; conclusión que vemos reforzada al observar que es el artículo 110 de la LJ, referido a la extensión de los efectos de una sentencia que hubiere reconocido una situación jurídica individualizada (precepto reformado recientemente, a través de la Ley Orgánica 19/2003, para atajar la polémica que su inicial redacción había levantado en el extremo, precisamente, de que tal "extensión de efectos" pudiera favorecer a quien "consintió", por no haberlo impugnado, el acto administrativo), el que ha venido a exigir que no concurra tal conducta de pasividad, sin que dicha reforma haya afectado a la redacción de los artículos 104 y 109. Igualmente, debe observarse que el único limite temporal que imponen los preceptos que estamos analizando para que quepa la actuación procesal de las personas afectadas lo es el que menciona el último de estos artículos, esto es, "mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia"; lo cual conduce a entender ---y sólo en este sentido analizamos aquí la expresión entrecomillada--- que la actuación procesal de las personas afectadas cabe aunque ya antes se hubiera iniciado, sin su presencia, la fase de ejecución de la*

sentencia. Y debe observarse, finalmente, que el espíritu que animó al legislador de 1998 cuando redactó las normas reguladoras de la ejecución de sentencias en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo no fue uno que pida interpretaciones restrictivas de esas normas, sino uno favorable, al menos, a su interpretación declarativa, esto es, a una interpretación que les otorgue un significado no menor que el propio de las palabras con que se expresan; buena prueba de ello es el inicio y final del párrafo primero del punto 3 del apartado VI de la exposición de motivos de la LJ, en donde se lee lo siguiente: "La Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias ... La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas".

(...) "Por tanto, respondiendo ya a lo que nos propusimos cuando iniciamos el fundamento de derecho décimo, hemos de entender por "personas afectadas" aquéllas que puedan ver menoscabados o perjudicados sus derechos o sus intereses legítimos por efecto de la ejecución o de la inejecución de la sentencia.

Esa es, precisamente, la posición o situación jurídica que cabe predicar de los propietarios de pisos del edificio señalado con los números NUM000-NUM001 de la CALLE000 que comparecieron en el proceso de ejecución los días 26 de julio y 4 de octubre de 2002, pues el uso y disfrute y el valor de mercado de esos pisos, e incluso del inmueble en su conjunto, del que forman parte los espacios no edificados de la parcela sobre la que se levanta la edificación, resultan menoscabados o perjudicados por el hecho mismo de la ubicación del centro parroquial a una distancia menor de aquélla que la norma urbanística obliga a respetar, manteniéndose tal menoscabo o perjuicio en tanto no se ejecute el pronunciamiento de la sentencia que obliga a demoler la parte del centro parroquial que sobrepasa el límite de separación. Son, en suma, titulares de derechos e intereses legítimos que resultan negativamente afectados por la inejecución de la sentencia".

Como evolución de la anterior doctrina jurisprudencial, la STS de 23 de abril de 2010 ha terminado reconociendo la acción pública en ejecución de sentencia:

"SEXTO .- Con carácter general, el artículo 72.2, inciso primero, de nuestra Ley Jurisdiccional dispone que la anulación de una disposición producirá efectos para todas las personas afectadas. Esta expresión "personas afectadas" se reitera, por lo que hace al caso, en los artículos 104.2 y 109.1 para distinguir, en este último, a tales personas de las partes procesales. Sobre el alcance de esta expresión resulta obligada la cita de la Sentencia del Pleno de esta Sala Tercera de 7 de junio de 2001 (recurso de casación nº 2492/2003).

Ahora bien, este marco general ha de ser inmediatamente completado y matizado, atendido el ámbito sectorial en el que nos movemos: el urbanismo, en el que concurre la singularidad derivada del reconocimiento de la acción pública prevista en el artículo 304 del TR de la Ley del Suelo de 1992. Teniendo en cuenta que la Sentencia de 7 de junio de 2001 citada no se refiere a la citada cuestión de la acción pública más que en el fundamento décimocuarto para señalar que no se trataba de analizar el ejercicio de la acción pública, pues al parecer las partes esgrimieron su condición de personas afectadas.

No resulta, en consecuencia, de aplicación la doctrina que se expone en el Auto de esta Sala de 23 de febrero de 2005 (dictado en el recurso contencioso administrativo nº 533/2005) pues se trata de una materia ajena al urbanismo y, por tanto, a la acción pública reconocida en el mismo.

SÉPTIMO .- Siguiendo con la línea argumental iniciada, es pública la acción para exigir la observancia de la legislación urbanística y de los planes, según dispone el artículo 304 del TR de la Ley del Suelo de 1992 . La trascendencia de la protección de la legalidad urbanística que ha llevado al legislador a ampliar la legitimación que tal reconocimiento general comporta, en lo que se refiere a su acceso a órganos jurisdiccionales, pues recordemos que tal previsión se extiende no sólo a nuestro orden jurisdiccional, sino también ante los órganos administrativos, debe tener alguna consecuencia en el recurso

contencioso administrativo tanto en la fase declarativa como en la ejecución de lo decidido. Y es que tal legitimación conferida para la protección urbanística ha de extenderse y proyectarse también, para ser consecuentes con las razones que avalan tal reconocimiento, a la fase de ejecución en la medida que pretenda que lo acordado en sentencia firme sea cumplido. Las mismas razones, por tanto, que permiten su presencia en el proceso para obtener una resolución judicial sobre el asunto, alcanzan a la ejecución para hacer que efectivamente se verifique lo decidido.

Pues bien, una vez que esta Sala viene reconociendo a las personas afectadas la posibilidad de personarse en la ejecución cuando no han sido parte en el recurso contencioso administrativo (sentencia de 7 de junio de 2005 citada y dictada en el recurso de casación nº 2492/2003), y reconocida también la acción pública en nuestro ordenamiento jurídico urbanístico para la protección de la legalidad tanto como legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo (sentencia de 7 de febrero de 2000 dictada en el recurso de casación nº 5187/1994), como para personarse en la ejecución (sentencia de 26 de enero de 2005 dictada en el recurso de casación nº 6867/2001), resulta forzoso concluir que la asociación recurrente puede personarse en la ejecución para ejercitar las acciones tendentes únicamente al exacto cumplimiento de la sentencia.

No está de mas remitirnos a lo señalado en la sentencia de 26 de enero de 2005 (recurso de casación nº 6867/2001), que acabamos de citar, en la que se señala que " Así las cosas, la corrección jurídica del Auto objeto de este recurso de casación es evidente. Los vecinos de un lugar en el que se ha levantado una edificación que constituye una implacable pantalla absolutamente disonante con el entorno paisajístico e incluso con la propia entidad y características de la mayoría de las casas- vivienda sitas en sus proximidades, presentándose como un caso palmario de infracción del artículo 73 de la Ley del Suelo de 1976 , son, claro es, personas afectadas por tal edificación ilegal; personas a las que el artículo 104.2 de la Ley de la Jurisdicción atribuye, aun cuando no hubieran sido parte en el proceso declarativo, la facultad de instar la ejecución forzosa de la sentencia que exige, para su cabal cumplimiento, bien el derribo de dicha edificación, bien su acomodación, si llegara a ser posible, a lo que ese artículo 73 demanda. El derecho de esos vecinos a disfrutar de un medio ambiente adecuado está, directísimamente, concernido. (...) Pero es que, además, dichas personas estarían también legitimadas como consecuencia del carácter público que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la acción para exigir la observancia de la legislación urbanística (artículos 235 de la Ley del Suelo de 1976 y 304 de la de 1992). La mención que aquel artículo 104.2 de la Ley de la Jurisdicción hace de "las partes y personas afectadas", circunscribiendo a unas y otras la facultad de "instar la ejecución forzosa", no se opone a la conclusión que acabamos de adelantar, pues la misma razón jurídica que lleva a otorgar legitimación a todos para exigir un pronunciamiento jurisdiccional que, en la fase declarativa del proceso, ordene la observancia de aquella legislación, existe, permanece, para otorgar esa misma legitimación ya en la fase ejecutiva, para exigir la efectiva, la real observancia de la norma o normas de esa legislación cuya infracción ya se ha declarado ".

Para concluir con este tema relativo a la legitimación para la ejecución de las sentencia debemos insistir, además de lo antes expuesto, en la legitimación de que se encuentra investido el Ministerio Fiscal para instar la ejecución de las sentencia, fundamentalmente en el ámbito urbanístico y mediombiental, en el que existe un amplio nivel de protección de los intereses generales, y en el que los mismos pueden quedar desprotegidos por mor de la distribución competencial en la materia, en gran medida situada en el ámbito municipal; legitimación que expresamente le ha reconocido de forma expresa la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, como había hecho la anterior Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

B) Modos de ejecución

El artículo 108 de la nueva Ley Jurisdiccional contempla las distintas posibilidades con que cuenta el Juez o Tribunal encargado de ejecutar la sentencia que **"condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto"**, para proceder al cumplimiento de la misma, en caso de previo incumplimiento de la obligación de ejecución voluntaria por parte de la Administración demandada. En este sentido, parecen ser cuatro las posibilidades que reflejan el expresado texto legal:

1ª. En primer término el texto legal en el artículo 108.1.a) contempla la posibilidad de ***"ejecutar la sentencia a través de sus propios medios"***, esto es, la posibilidad de que el Juez o Tribunal proceda a la ejecución de la sentencia con los propios elementos personales situados en el ámbito del Poder Judicial y sin la colaboración personal de las autoridades, funcionarios o agentes situados en el ámbito de la propia Administración.

2ª. En segundo lugar, el propio texto legal en el mismo artículo 108.1.a) contempla la ejecución de las sentencias mediante ***"la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada"***; esto es, en esta segunda posibilidad el legislador contempla el supuesto del requerimiento por parte del órgano jurisdiccional a la propia Administración condenada en la sentencia que se ejecuta. Conviene, en este punto, que recordemos lo antes ya expuesto en torno a las posibilidades que ofrece la mencionada expresión ---***"agentes de la Administración condenada"***---, de cuyo análisis deducíamos que no existe obstáculo legal alguno para que el órgano jurisdiccional encargado y competente para la ejecución de la sentencia encomiende la materialización de la misma ---cual Comisario de la ejecución--- a algún agente o funcionario de la Administración condenada, que actuaría con la concreta habilitación jurisdiccional y sin necesidad de decisión o acuerdo alguno de los órganos de gobierno municipales o autonómicos. Insistimos, pues, en que el legislador ha dejado abierta esta posibilidad que debería ser explorada por los órganos jurisdiccionales.

3ª. En tercer lugar, también el artículo 108.1, en su apartado b), contempla la ejecución de la sentencia, en defecto de la misma Administración condenada, por parte *"de **otras Administraciones Públicas**,* con observancia de los procedimientos establecidos al efecto"; posibilidad, ciertamente novedosa, que habrá de quedar reservada (*"en defecto"*, dice el precepto), tanto para los supuestos de imposibilidad jurídica o material por parte de la Administración autora del acto o disposición anulada, como para aquellos supuestos en los que el órgano jurisdiccional apreciare una actitud renuente por parte de la citada Administración.

Por otra parte, la referencia final del precepto a la ***"observancia de los procedimientos establecidos al efecto"*** deberá en entenderse como la necesidad del acoplamiento jurídico de la decisión jurisdiccional con el ámbito procedimental administrativo, dependiendo, en cada caso, del tipo de ejecución de que se trate.

4ª. Por último, el citado artículo 108.1.b) se ocupa de la que pudiera calificarse de ejecución subsidiara, por cuanto en el texto legal se contempla la posibilidad ---genérica--- de que el Juez o Tribunal proceda a ***"adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido"***, mencionándose, de forma expresa la indicada *"**ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada**"*, que podría materializar ---dejando al margen a las otras Administraciones--- el propio recurrente o un comisario judicial designado al efecto.

En todo caso, debe repararse en que el precepto contiene, en su mandato, una amplia y genérica habilitación para la actuación judicial ***"en caso de incumplimiento",*** pues el mismo se refiere ---sin limitación inicial--- a ***"las medidas necesarias"***, si bien, a continuación, el precepto impone una cierta modulación de las mismas al hacerlas depender, en su caso, del contenido del fallo de la sentencia con la finalidad de que, con la ejecución del mismo, se consiga la ***"eficacia ... inherente al acto omitido"***. Esto es, se trata, una vez mas, de una velada apelación al principio de proporcionalidad en el ámbito de la actuación judicial que el legislador ---sin duda--- ha percibido en y tomado de la práctica habitual de la actuación jurisdiccional.

C) Aspectos procesales de la ejecución forzosa.

Al margen de las anteriores posibilidades de actuación con que cuenta el Juez o Tribunal para obligar a la Administración a realizar una determinada actividad o dictar un concreto acto, el vigente texto legal contempla y establece un procedimiento a través del cual han de plantearse y resolverse todas las cuestiones que se susciten en el desarrollo de la ejecución de las sentencias; esto es, el legislador deja establecido un marco procesal, obviamente incidental, en el que han de resolverse todas las cuestiones, de la más diversa índole, que pudieran plantearse en el intento de llevar el contenido del fallo "a puro y debido efecto". Se trata del **incidente de ejecución de sentencia** que el legislador contempla en el artículo 109 de la LRJCA, y del que podemos examinar sus aspectos esenciales:

1º. Legitimación.

Al margen de lo ya manifestado al respecto, desde una perspectiva mas genérica, sobre las posibilidades de actuación de oficio del propio Tribunal sentenciador en esta materia de ejecución de sentencias, nuevamente se observa ---ahora en una perspectiva procesal--- como el legislador ha ampliado considerablemente estas posibilidades, pues, en el artículo 109.1, expresamente se señala que ***"la Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo"*** están habilitadas para promover el mencionado incidente con la amplia finalidad de ***"decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución"*** de la sentencias.

En consecuencia, desde una perspectiva subjetiva, nos remitimos a lo ya señalado sobre la consideración de *"personas afectadas"*, y, desde un punto de vista material, el ámbito procedimental cuenta con una doble limitación o parámetro de control: el uno, de carácter temporal (***"mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia"***), y, el otro, de carácter objetivo (***"sin contrariar el contenido del fallo"***).

2º. Objeto del procedimiento

El objeto de las pretensiones que se articulan en el expresado procedimiento incidental cuenta con una gran amplitud, al señalarse expresamente que puede estar constituido *por* ***"cuantas cuestiones se planteen en la ejecución"***, citándose, a título de ejemplo, las siguientes:

a) Órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones;

b) Plazo máximo para su cumplimiento en atención de las circunstancias que concurran; y,

c) Medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir.

La amplitud del mencionado ámbito procedimental permite que el presente incidente pueda ser utilizado en determinados supuestos contemplados por la propia LRJCA y directamente relacionados con la ejecución de las sentencias; así, este incidente sería el adecuado para resolver:

1. Los supuestos de **nulidad de pleno derecho** de los actos o disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, de conformidad con el artículo 103.4 de la LRJCA; esto es, en concreto, para dilucidar y comprobar si los mismos, realmente, han sido dictados para eludir los mencionados pronunciamientos. Así lo dispone expresamente el apartado 5 del mismo artículo 103 *"salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley".*

2. Los supuestos (artículo 108.2 LRJCA) de **actuaciones administrativas de carácter material, posteriores a la sentencia**, que contravinieran los pronunciamientos del fallo de la misma; esto es, sería el procedimiento adecuado para determinar si tal actuación se ha producido y, en su caso y en consecuencia, proceder a la reposición de la situación fáctica resultante de la mencionada actuación administrativa discordante.

3. Los supuestos, que luego analizaremos, de **imposibilidad material o legal, de ejecución de la sentencia** (artículo 105 LRJCA), así como las consecuencias derivadas del mismo (adopción de medidas e indemnización, en su caso).

3º. Procedimiento incidental

En tercer lugar, el legislador en el número segundo del expresado artículo 109 se remite al procedimiento incidental, calificándolo de **cuestión incidental**, y considera como trámites a seguir, el de la audiencia o traslado a las partes en el procedimiento seguido, por un plazo máximo de veinte días, para que aleguen lo que estimen procedente, y la conclusión de la cuestión incidental mediante auto dictado por el Juez o Tribunal, en el plazo de diez días. Como luego veremos, el período probatorio sería, lógicamente, viable en este incidente.

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, atribuye al Secretario Judicial la competencia para llevar a cabo dicho trámite de audiencia, al señalar que *"Del escrito planteando la cuestión incidental el Secretario judicial dará traslado a las partes para que, en plazo común que no excederá de veinte días, aleguen lo que estimen procedente".*

D) Caducidad del ejercicio de la acción para la ejecución forzosa.

En la práctica jurisdiccional se ha suscitado cierta polémica en torno a la aplicación del artículo 518 de la LEC ---de conformidad con la Disposición Final Primera de la LRJCA--- a las ejecuciones de sentencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al no disponer dicha Ley nada al respecto; el citado artículo viene a establecer un plazo quinquenal de caducidad de dicha acción al señalar que *"La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso o en resolución arbitral caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución".*

Por una parte se ha suscitado una cuestión de transitoriedad, pues si bien (1) la Disposición Transitoria Sexta de la LEC dispuso que *"Los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante",* y, por otra parte, (2) la Disposición Transitoria Cuarta de la LRJCA había previamente establecido que *"La ejecución de sentencias firmes después de la entrada en vigor de esta Ley se llevará a cabo según lo dispuesto en ella",* añadiendo a continuación que *"Las dictadas con anterioridad de las que no constare en autos su total ejecución se ejecutarán en lo pendiente con arreglo a la misma",* sin embargo la ya citada STS, del Pleno de la Sala Tercera de 7 de junio de 2005 (Asunto de la Iglesia de Las Fuentes) parecía haberse manifestado en sentido contrario, al señalar

> *"Esta extensión de la legitimación activa deja abierto el proceso de ejecución mientras ésta no haya tenido lugar y en tanto exista plazo hábil para ordenarla. Y, de otro, porque este plazo no había concluido cuando en julio y octubre de 2002 se personaron aquellos propietarios, tanto en la hipótesis de que se defienda la aplicabilidad en este orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo del plazo quinquenal de caducidad que para interponer la demanda ejecutiva prevé el artículo 518 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), ya que ésta y por lo que hace a ese plazo quinquenal no retrotrae sus efectos a un momento anterior al de su entrada en vigor el 8 de enero de 2001 (artículo 2, Disposiciones transitorias, en especial la sexta, y Disposición final vigésima primera de dicha Ley), como si se sigue defendiendo la postura, tal vez avalada por la idea de que el inicio en sí mismo de la ejecución en este orden jurisdiccional no lo es a instancia de parte (artículo 104.1 de la LRJCA), de que la acción de ejecución está sujeta al plazo general de prescripción de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción".*

Pero, con independencia de ello, por otra parte, la cuestión central es la relativa a la supletoriedad de la LEC, en relación con la LRJCA, en esta materia relativa a la ejecución de sentencia, en la que, si bien entran en juego unos intereses generales de mas calado ---en principio--- que los contemplados en los procedimientos civiles, sin embargo, el principio de seguridad jurídica (9.3 CE) debe contar también con imprescindible presencia; la alternativa que se suscita es la aplicación supletoria del plazo de quince años previsto en el artículo 1964 del Código Civil, para considerar caducada la acción, en vez del plazo de cinco años previsto en el artículo 518 de la citada LEC.

La cuestión ha sido resuelta en la STS de 25 de noviembre de 2009 acerca de la inaplicación supletoria del artículo 538 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) a la ejecución de las sentencia dictada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; STS en la que se expuso

> *" ... nos encontramos en presencia de dos procedimientos ---el contencioso-administrativo y el civil--- que cuentan con estructuras diferentes y están ---en principio--- presididos por principios distintos. A pesar de que la propia Exposición de Motivos (penúltimo párrafo del apartado I) señala que reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es continuista en relación con la anterior Ley de 1956 ("... porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido a consolidar definitivamente; porque mantiene asimismo el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tiene ..."), lo cierto y verdad es que el principio dispositivo, propio e intrínseco en la jurisdicción civil, al menos se modula ---de forma significativa--- en este orden jurisdiccional.*
>
> *Efectivamente ello es lo que acontece en el inicio de la ejecución de la sentencia firme, pues frente a la necesidad de solicitud de parten ---mediante nueva demanda--- en el procedimiento civil, en el recurso contencioso-administrativo es el Tribunal de oficio el que está obligado iniciar el Incidente de ejecución de sentencia.*
>
> *La Ley, en su actual artículo 104, no exige, como hacia el texto de 1956, la necesidad de remitir a la Administración "un testimonio en forma de la sentencia", limitándose a exigir la comunicación de la sentencia "en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso"; (testimonio que, sin embargo, sí se exige en la Disposición Adicional Tercera de la Ley en relación con el nuevo Registro de sentencias el Consejo General del Poder Judicial). En la redacción dada al artículo 104.1 de la LRJCA por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la competencia para llevar a cabo tal comunicación corresponde al Secretario Judicial, señalándose al respecto que "Luego que sea firme una sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél*"
>
> *No es, pues, el momento de la notificación de la sentencia al representante procesal de la Administración el que determina el inicio del computo del plazo para la ejecución voluntaria de la sentencia por parte de la Administración demandada, ya que tal momento será el de la comunicación ---realizada de oficio--- de la misma sentencia al órgano "que hubiere realizado la actividad objeto del recurso", comunicación que habrá de llevarse a cabo, por parte del Secretario del órgano judicial competente para la ejecución, en el plazo de diez días a computar desde el momento de la recepción de los autos en el órgano judicial que dictó la resolución judicial inicial, en los supuestos en los que la firmeza venga determinada por la finalización de la tramitación de los recursos deducidos contra la inicial sentencia. El mismo precepto, por ello, exige a la Administración receptora de la comunicación que, "en idéntico plazo ---de diez días--- desde la recepción", proceda a remitir el correspondiente acuse recibo de la comunicación remitida del órgano judicial con potestad para la ejecución de la sentencia. Queda, pues, un evidente margen en poder de la Administración para, mediante la expresada exigencia del acuse de recibo de la comunicación judicial, concretar la fecha de inicio de cómputo del plazo para la ejecución voluntaria.*
>
> *Como vemos, en toda dicha actuación no existe intervención de la parte recurrente, por cuanto se trata de una actuación de oficio del Tribunal que debería determinar ---igualmente sin intervención de parte--- la inmediata ejecución de la sentencia. Estructura, pues, y principios distintos del procedimiento civil, cuya plazo de caducidad de cinco años*

para la ejecución de las sentencias se pretende aplicar ---de forma improcedente--- a la ejecución de las dictadas en el recurso contencioso-administrativo.

(...) A lo anterior podemos añadir otros datos que igualmente conducen a poner de manifiesto las diferencias procedimentales que hacen inviable la aplicación supletoria del artículo 518 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) a la ejecución de las sentencias dictadas por este orden jurisdiccional.

*En tal sentido debemos partir de la potencialidad del vigente artículo 103.1 de la LRJCA ---que transforma la potestad de ejecutar las sentencias en potestad jurisdiccional--- y, sobre todo, del sentido de la comunicación (artículo 104.1) que ---de oficio--- y luego que sea firme la sentencia, el Tribunal (a través del Secretario del mismo) remite al órgano que hubiere realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que lleve la sentencia "a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo"***.** *Obvio es, pues, que tal comunicación, y el mandato jurisdiccional que contiene, lleva implícita la potestad del Tribunal de comprobar ---sin necesidad de ser excitado a ello por parte o afectado alguno--- el efectivo cumplimiento de la sentencia. Sería un contrasentido ampliar la legitimación para la ejecución de las sentencias, como a continuación veremos, a personas afectadas por la misma, que no han sido parte en el litigio, e impedir, al mismo tiempo, que el Tribunal que ha resuelto el litigio no lo pueda realizar de oficio en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Repárese, por otra parte, en los términos tan contundentes en los que se expresa el artículo 108 de la misma LRJCA; precepto que limita la necesidad de la "instancia de los interesados" al concreto supuesto que se contempla en el apartado 2 del precepto, esto es, cuando "la Administración realizare alguna actividad que contraviniere los pronunciamientos del fallo"***,*** *lo cual resulta lógico por cuanto en este concreto supuesto ---como en el paralelo contemplado en el artículo 103.4 y 5---, en realidad, se está ejercitando una nueva ---si se quiere, complementaria o derivada--- acción anulatoria jurisdiccional y, no solo, instando la ejecución de una sentencia. Y, por último, repárese, igualmente, como en el artículo 112, en el que se regulan algunas de las "medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado" tampoco el legislador exige la solicitud de las mismas por los interesados o afectados por la sentencia, sino, simplemente, "la audiencia previa de las partes"***.***

Pero mas significativa aun resulta la ampliación, en el ámbito de la legitimación para solicitar la ejecución de las sentencias, introducida por la LRJCA. Con independencia de todo lo anterior, el inicio de estos trámites tendentes a ejecutar forzosamente una sentencia dictada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de conformidad con lo establecido en el nuevo artículo 104.2 del texto legal, requiere una actuación bien por "cualquiera de las partes" procesales (esto es, que hubieran tenido tal consideración dentro del procedimiento contencioso en el cual haya sido dictado la sentencia), o bien, en segundo lugar, por parte de cualesquiera otras "personas afectadas"; actuación consistente en instar formalmente el inicio de la ejecución forzosa. De esta forma, como decimos, el legislador amplía considerablemente la legitimación para llevar a cabo la solicitud de ejecución forzosa de las sentencias, por cuanto no limita la misma a quienes exclusivamente hubieran sido partes en el procedimiento, sino que, como bien se expresa, se amplía a las personas afectadas por la sentencia dictada. Legitimación, obviamente, inviable en el procedimiento civil.

(...) Y, a todo lo anterior, hemos de añadir las concretas especialidades que la ejecución de las sentencias de este orden jurisdiccional pueden implicar, como son las relativas a la determinación de la existencia de causa de imposibilidad de ejecutar las sentencia, debiendo recordarse la reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que "...tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación. De acuerdo con lo anterior, el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que puede no aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización. Ahora bien, tal sustitución ha de realizarse por los cauces legalmente

previstos, de manera que no suponga una alteración del fallo contraria a la seguridad jurídica ..."

E) Medidas complementarias de la ejecución forzosa

Por último, y dentro de la ejecución forzosa, la Ley contempla en el artículo 112 las medidas complementarias para lograr la efectividad de la ejecución de las sentencias; precepto redactado conforme a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre y a Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial

La vigente LRJCA no establece un *"númerus clausus"* de medidas a adoptar con la finalidad de obtener la materialización de la ejecución de la sentencia, por cuanto, con independencia del carácter imperativo de tal actuación jurisdiccional (*"el Juez o Tribunal adoptará"*), la LRJCA no limita la imaginación de los titulares de los órganos jurisdiccionales, en el correspondiente ámbito de legalidad, señalando, con gran amplitud, que adoptarán ***"las medidas necesarias para lograr la efectividad de mandado"****;* expresión con anterioridad ya contenida en el artículo 108.1.b) de la misma LRJCA.

El artículo 112 LRJCA ---al igual que el 48 al que se remite--- fue modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (artículo 86), introduciéndose, en síntesis, una serie de garantías consistentes en:

a) Audiencia de las partes.
b) Acreditamiento y constatación de la responsabilidad.
c) Apercibimiento previo personalmente notificado, que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, atribuye a la competencia del Secretario Judicial.
d) Trámite de alegaciones a partir del citado apercibimiento.
e) Posibilidad de recurso de súplica.

Lo que sí realiza el legislador es poner de manifiesto sus preferencias en relación con tales medidas, señalando ***"singularmente"*** a las dos siguientes:

1º. En primer lugar, las denominadas ***multas coercitivas***, con cuantías que pueden oscilar de ***"150 a 1.500 euros"***, y que pueden imponerse por parte del Juez o Tribunal *a* ***"las autoridades, funcionarios y agentes que incumpla los requerimientos del Juzgado o de la Sala"***, posibilitándose expresamente en el mismo precepto la reiteración de las expresadas multas ***"hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar"*****.**

Para la aplicación de estas multas, como hemos expresado, el legislador se remite al nuevo régimen previsto en el artículo 48 de la misma LRJCA para las multas por falta de remisión del expediente, en el que se hace responsable del impago de la multa a la propia Administración ---sin perjuicio de la posterior repercusión sobre el responsable--- en el supuesto de imposibilidad de determinación individualizada de la autoridad o empleado responsable (apartado 7.2º), y en el que el sancionado ya no cuenta, tras la expresada reforma con el recurso de audiencia en justicia para ante el Juez o Tribunal que la hubiera impuesto, sino con el ***"recurso de súplica en los términos previstos en el artículo 79"***. La efectividad de la multa se alcanzará por la vía judicial de apremio, en caso de no abonarse voluntariamente.

2º. Como segunda medida, también establecida en la anterior legislación de 1956, el apartado b) del artículo 112 contempla la posibilidad con que cuenta el Juez o Tribunal de ***"deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder"***.

3º. EJECUCIÓN FRAUDULENTA.

Tras el examen de lo que se ha denominado ejecución voluntaria y ejecución forzosa pudiera, en tercer lugar, hablarse del supuesto que calificamos como de ejecución fraudulenta, esto es, el examen de aquellos supuestos en los que la Administración procede formalmente a la ejecución

de la sentencia dictada, mediante los pronunciamientos, actos o actuaciones para ello necesarios---esto es, tanto en el ámbito jurídico como material---, pero, sin embargo, el resultado obtenido no conduce justamente a la finalidad establecida por la propia Ley; esto es, en realidad no se alcanza a cumplir la sentencia en la forma y términos que en esta se consignan, para conseguir llevarla a puro y debido efecto.

Del vigente texto legal pueden deducirse dos supuestos diferentes de ejecución fraudulenta; el primero (103.4 y 5), con una connotación estrictamente jurídica, y, el segundo (108.2), que pudiera tener como fundamento una actuación de tipo material.

A) Para evitar, justamente, este tipo de actuaciones, el artículo 103 en sus números 4 y 5 contempla la siguiente situación que es descrita y concretada por el legislador para los supuestos ***"de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento"***; para estos supuestos, esto es, cuando se está en presencia de una actuación jurídica de la Administración ---concretada en la emisión de posteriores actos administrativos o en la aprobación de nuevas disposiciones--- con la finalidad de eludir los expresados pronunciamientos, el legislador pronuncia y establece como sanción para tales actuaciones la nulidad de pleno derecho de tales actos y disposiciones, regulando a continuación, si bien por vía de remisión, el procedimiento a seguir para la declaración de la nulidad de pleno derecho antes mencionada. En el ámbito urbanístico, estaríamos en presencia del posterior planeamiento aprobado o de la posterior licencia dictada *"con la finalidad de eludir"* la nulidad judicialmente decretada del anterior planeamiento o de la previa licencia.

Conviene, sin embargo, destacar que el objeto de este incidente cuenta con un importante componente subjetivo, pues lo que en el mismo debe demostrarse es, justamente, la mencionada finalidad de inejecutar la sentencia con el nuevo y posterior acto o disposición. En realidad, se trata de un concreto supuesto de desviación de poder.

Desde esta perspectiva procedimental el número 5 del artículo 103 determina que ***"el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia"***, es el competente para la resolución de estos supuestos incidentales salvo, lógicamente, como hemos señalado, en los supuestos en los que por razón del órgano que dictase el acto ***"careciere de la competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley"***. El propio texto legal establece la imposibilidad ---aquí sí--- de que el órgano jurisdiccional de oficio proceda a la iniciación del expresado procedimiento por cuanto en el mismo se requiere que la actuación del expresado órgano se produzca ***"a instancia de parte"***, regulándose o remitiéndose en el mismo precepto a los trámites previstos en los apartado 2 y 3 del artículo 109 del mismo texto legal, trámite consistente exclusivamente ---como ya hemos expuesto--- en la audiencia o traslado de solicitud formulada a las partes por un plazo común que no exceda de veinte días, para que aleguen lo que estime procedente (la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, atribuye a la competencia del Secretario Judicial); trámites que concluyen con la resolución por parte del Juez o Tribunal mediante auto en el plazo de diez días. El hecho de que este artículo 103.5 se refiera, exclusivamente, a la ***"parte"*** para solicitar la nulidad de los actos dictados, con posterioridad a la sentencia, contrarios a los pronunciamientos de la misma, parece que impediría que tal solicitud pudiera ser formulada también por las *"personas afectadas",* a las que se refiere tanto el artículo 104.2, para poder instar la ejecución forzosa de la sentencia, como el 109.1 ---al que el 103 se remite (si bien solo en sus apartados 2 y 3)--- que regula la legitimación en el procedimiento incidental por el que habría de discurrir la petición de nulidad.

El precepto no resuelve (103.5 *in fine*) el supuesto de la carencia de competencia jurisdiccional, en función del órgano administrativo del que proviniere el acto, aunque pudiera ser de aplicación la cuestión de ilegalidad contemplada en el artículo 27.1 de la misma LRJCA en relación con el 123 del mismo texto legal. No obstante lo mas razonable sería el ejercicio de esta acción ---basada en el artículo 103.4, y no en el incumplimiento de la legalidad ordinaria--- como recurso contencioso-administrativo independiente y autónomo ante el órgano jurisdiccional competente, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.1 de la LRJCA, redactado de conformidad con lo

establecido en la Ley 19/2003, de 23 de diciembre. En principio esta sería también la vía a seguir en el supuesto de que, junto a esta particular acción de tintes tan subjetivos, se articulara otra basada en la nulidad material del nuevo acto o planeamiento, o bien cuando planteara simultáneamente un recurso indirecto.

Las SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004 se expresaron en los siguientes términos:

> *"Conviene recordar que el artículo 103.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que "Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento", añadiendo el mismo precepto, en su número 5, que "El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley".*
>
> *Lógica consecuencia de lo anterior, ya en el ámbito material ahora concernido, es que, si bien la Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico.*
>
> *En esta misma línea, la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2001, dictada en el recurso de casación número 3655 de 1996, no aceptó la legalización municipal de unas obras declaradas ilegales, pues (fundamento de derecho octavo) no se ha demostrado que la modificación del planeamiento (revisión del Plan de Ordenación de Tarragona) que el Ayuntamiento ha opuesto a la ejecución de la sentencia tenga otra justificación que la de impedir la ejecución, razonando antes, en su fundamento de derecho séptimo, lo siguiente:*
>
> *"[...] Sobre el problema más concreto de si una modificación del planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia anuló, del examen de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sólo puede concluirse lo siguiente: esa modificación no será causa de inejecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute".*

En la STS de 21 de junio de 2005, así como en las de 2 de febrero y 28 de junio de 2006, se señaló que:

> *"el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción, en sus apartados 4 y 5, permite que en el procedimiento de ejecución, resolviendo un mero incidente en él planteado, se declare la nulidad de actos o disposiciones administrativas distintas, claro es, de las que ya fueron enjuiciadas en la sentencia en ejecución. Pero para ello exige, no sólo que el acto o disposición sea contrario a los pronunciamientos de dicha sentencia, sino, además, que se haya dictado con la finalidad de eludir su cumplimiento. El precepto contempla, pues, un singular supuesto de desviación de poder, en el que el fin perseguido por el acto o disposición no es aquél para el que se otorgó la potestad de dictarlo, sino el de eludir el cumplimiento de la sentencia".*

Por su parte, en la STS de 1 de marzo de 2005 se expuso que:

> *"no se puede olvidar que el artículo 103.4 de la vigente Ley Jurisdiccional dispone que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, y el apartado 5 del mismo precepto establece que el órgano jurisdiccional, a quien corresponda la ejecución de la sentencia, declarará, a instancia de parte, la nulidad de los mencionados actos y disposiciones por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109 de la*

misma Ley, salvo que careciese de competencia para ello, lo que no sucede en este caso por tratarse de las determinaciones, contenidas en el Plan Especial de Protección aprobado por la Administración autonómica, que catalogan como edificaciones a conservar las que, según la sentencia de cuya ejecución se trata, deben ser demolidas para reponer los terrenos al estado natural del paisaje antes de realizar los desmontes y la edificación".

Por último, y en relación con los aspectos procedimentales a los que nos hemos referido, la reciente STS de 29 de septiembre de 2009 ha señalado:

"Es cierto que el artículo 103.1 de la LRJCA atribuye, con exclusividad, la potestad de hacer ejecutar las sentencias al Juzgado o Tribunal de este Orden Jurisdiccional "que haya conocido del asunto en primera o única instancia", mas ello ha de ser así ---como hemos expuesto--- cuando, con exclusividad, se esté en presencia de una pretensión de ejecución de sentencia, pero no en un supuesto como el de autos en el que, junto a la acción anulatoria prevista en el artículo 103.4, se articula otra basada en infracciones estrictamente materiales del Ordenamiento jurídico, y, además, se añade un recurso indirecto.

En la STS de 5 de febrero de 2008 hemos señalado la diferencia entre ambas vías procesales ---así como la diferente competencia jurisdiccional para la tramitación de la pretendida vía incidental---, pues, según se expresa, "son cosas distintas las dos siguientes:

a) Una, pedir en ejecución de sentencia la nulidad de un acto administrativo porque sea contrario al pronunciamiento de la sentencia (Artículo 103, apartados 4 y 5 de la LJCA 29/98).

b) Otra, interponer un recurso Contencioso-Administrativo contra ese mismo acto.

Tan distintas son ambas cosas, que hasta el órgano jurisdiccional competente para resolver una y otra petición puede ser distinto. De forma que conviene en esta materia utilizar las palabras y los conceptos con propiedad, para que el Tribunal esté seguro de lo que se le pide".

El motivo, pues, no puede prosperar. No tratándose de una exclusiva acción de nulidad con fundamento en el artículo 103.4 la ejercitada en autos, ningún obstáculo procesal surge para que el conocimiento y resolución del recurso se haya llevado a cabo por una Sección de la Sala distinta de la que dictó la sentencia de la que lo ahora actuado trae causa. Cuestión, esta, a mayor abundamiento, no planteada en la instancia e inviable, por tanto, en esta concreta vía jurisdiccional".

B) En segundo lugar la ejecución fraudulenta de la sentencia puede venir determinada no como consecuencia de una actividad jurídica de la Administración, esto es mediante actos o disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que acabamos de examinar, sino como consecuencia de una actividad material de la propia Administración ***"que contraviniere los pronunciamientos del fallo"*** de la misma. Es el supuesto contemplado en el artículo 108.2 del nuevo texto en el cual se hace referencia a los supuestos en los que ***"la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo"***.

Al igual que en el supuesto anterior, el precepto que se comenta regula el procedimiento a seguir para este supuesto de ejecución fraudulenta exigiéndose, igual que antes, como requisito imprescindible, la ***"instancia de los interesados"*** (término que aquí, como en el supuesto del 103.4, debiera ser entendido como circunscrito a las *"partes"* del recurso, sin extenderlo, a los*"afectados"*), y, por otra parte, concreta el contenido del fallo a pronunciar en la resolución del incidente; en tal sentido se señala expresamente que el Juez o Tribunal ***"procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento"***.

4º. <u>EJECUCIONES ESPECIALES</u>

El nuevo texto legal contempla tres especiales situaciones que pueden producirse en el momento de la ejecución de la sentencia, consecuencia de tres novedades introducidas dentro del Procedimiento Contencioso-Administrativo regulado por la vigente LRJCA, y que, sin duda, merecen ser considerados como supuestos especiales de ejecución.

Estos tres supuestos serían los siguientes:

A) Extensión de la ejecución a supuestos similares.

Esta primera ejecución especial, es la contemplada en el artículo 110 del nuevo texto legal, que queda limitada, como en el expresado precepto se indica, a los recursos cuyo objeto esté constituido por la ***"materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública"***, contemplándose en tal precepto la posibilidad de extender a otras personas, en el momento de la ejecución de las sentencias, ***"los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas"***, regulándose, a continuación, con bastante exactitud, cuales son las condiciones o circunstancias precisas, en primer lugar, para la viabilidad del presente supuesto, y, en segundo término, cuales sean los trámites o el procedimiento a seguir para alcanzar la expresada finalidad; precepto que ha sido modificado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de Modificación de la LOPJ.

1º. Circunstancias requeridas (110.1).

Por lo que hace referencia a las condiciones necesarias para la expresada extensión, el legislador exige la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) En primer lugar ***"una idéntica situación jurídica"*** entre los interesados y los favorecidos por el fallo;

b) Segundo, la ***competencia*** del Juez o Tribunal sentenciador, por razón del territorio, para conocer las pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada; y,

c) En tercer lugar, que la solicitud de extensión de los efectos de la sentencia se produzca en el ***plazo de un año*** desde la última notificación de la misma a quienes hubieren sido partes en el proceso.

2º. Cauce procedimental (110.2).

Desde el punto de vista procedimental, el nuevo texto legal modificado por la Ley Orgánica 19/2003, contempla ahora una única vía jurisdiccional de ejecución (a diferencia de la redacción original, que contemplaba una previa vía administrativa, y una posterior, en su caso, de carácter jurisdiccional):

Así el actual 110.2 señala que ***"la solicitud deberá dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución que se pretenda que extienda sus efectos"***, mediante escrito razonado al que deberán acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones ***"o la no concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5 de este artículo"***.

Desaparece, en la actual regulación, la referencia a la tramitación de la solicitud por la vía de los incidentes así como a la imposibilidad de celebración de vista. Por el contrario se establece ahora que ***"antes de resolver, en los veinte días siguientes, el Secretario Judicial de la ejecución recabará de la Administración los antecedentes que estime oportunos y, en todo caso, un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada".*** Tras ello, el incidente de ejecución por extensión, continúa como antes de la reforma, esto es, poniendo, por término común de tres días, de manifiesto a las partes el resultado de las actuaciones, si bien con una nueva obligación consistente en el ***"emplazamiento, en su caso, a los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión"***. El incidente concluye en los mismos términos que antes: ***"una vez evacuado el trámite, resolverá sin mas por medio de auto en el que no podrá reconocerse una situación jurídica distinta de la definida en la sentencia firme de que se trate".*** El incidente deberá ser desestimado en los supuestos de (1) cosa juzgada, o bien cuando la (2) doctrina determinante del fallo fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal

Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el nuevo recurso de casación en interés de Ley, o, en fin (3) ***"si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso- administrativo***".

Y el incidente deberá suspenderse cuando se encuentre pendiente un recurso de revisión o de casación por interés de ley.

Tras la reforma de 2003 el auto que se dicte se somete al recurso de previsto en el artículo 80 LRJCA, precepto que es también modificado para señalar que el régimen de apelación establecido para la sentencia cuya extensión se pretende se aplicará a los autos dictados en este supuesto de extensión.

B) Ejecución especial en el supuesto similar (recurso testigo).

En el artículo 111 del nuevo texto legal se contempla la forma de llevar a cabo la ejecución de las sentencias dictadas en el supuesto previsto en el artículo 37.2 del mismo texto legal, que regula la novedosa tramitación individualizada, como alternativa a la acumulación de oficio prevista en el mismo artículo 37.1 LRJCA; esto es, ***"cuando ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto",*** a la vista de tal situación, el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos y tramitar uno o varios con carácter preferente, previa audiencia de las partes por término común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros; la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, atribuye a la competencia del Secretario Judicial dicho trámite de audicencia.

El actual artículo 37.3 de la LRJCA obliga a que tal sentencia sea ***"notificada a las partes afectadas por la suspensión"***, concediéndoseles, desde ese instante, una doble posibilidad: el desistimiento, o ***"la extensión de los efectos en los términos del artículo 111"***, habiendo desaparecido la posibilidad, antes contemplada, de la continuación del procedimiento aun conociendo el criterio establecido.

Para cuando se opte por la segunda posibilidad mencionada, el expresado artículo 111 lo único que establece es que "*los recurrentes afectados por la suspensión podrán interesar del Juez o Tribunal de la ejecución que extienda a su favor los efectos de las sentencias o sentencias firmes recaídas en los recursos resueltos*", limitándose el expresado precepto a remitirse a los trámites exclusivamente contemplados en los números 3, 4 y 5 del artículo anterior.

C) Ejecución de Auto aprobatorio de acuerdo de las partes para la conclusión de un recurso contencioso.

Por último, y en tercer lugar, debe citarse el supuesto contemplado en el artículo 77.3 de la nueva Ley Jurisdiccional en el cual se señala que ***"si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo al interés público de terceros"*.**

Pues bien, para la ejecución del expresado auto determinante de la conclusión del procedimiento, el artículo 113 del nuevo texto legal señala ***"que cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa"*,** añadiéndose que ***"si no se hubiera fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, la parte perjudicada podrá requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos dos meses podrá proceder a instar su ejecución forzosa"***, por lo que, como bien se expresa, el precepto se limita a remitirse al procedimiento normal de ejecución forzosa. Surge, sin embargo ---aquí de forma mas acentuada--- la duda relativa a la legitimación para instar la ejecución: como en el supuesto del 103.5 LRJCA, antes mencionado, el 113 tan sólo se refiere a *"las partes"* y a la *"parte perjudicada",* sin referencia alguna a las *"personas afectadas"* que se mencionan en el artículo 104.2, para instar la ejecución forzosa, y en el artículo 109.1, para promover el incidente de ejecución.

IV. CRISIS DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

1º) La regulación de esta materia, prevista en los artículos 103 y siguientes de la antigua **Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956** (LRJCA56), contemplaba diversos supuestos en los cuales la ejecución de las sentencias no alcanzaba el exacto cumplimiento del contenido del fallo de las mismas.

En tal sentido pudieran recordarse los cuatro supuestos que se contemplaban en la legislación anterior:

A) La *suspensión* del cumplimiento total o parcial del fallo (artículo 105.1.b LRJCA56, en relación con los números 2 y 3 del mismo precepto).

B) En segundo lugar, la *inejecución en absoluto, total o parcial*, del mismo fallo, contemplada en el apartado c) del mismo artículo 105.1, en relación con los números 2 y 3 del mismo texto legal.

En el número 2 citado se señalaban como causas determinantes ---tanto de la suspensión como de la inejecución contempladas, las siguientes:

1. Peligro de trastorno grave para el orden público.

2. Temor fundado de guerra con otra potencia, si hubiera de cumplirse la sentencia.

3. Quebranto en la integridad del territorio nacional; y, en último lugar,

4. Detrimento grave de la Hacienda pública; supuesto que era desarrollado en el expresado número 3 del artículo 105, y que completaba los trámites y procedimientos a seguir para la concurrencia de la expresada causa del detrimento grave de la Hacienda pública.

En todo caso, era el Consejo de Ministros el que, con carácter extraordinario, podía decretar tanto las suspensión como la inejecución de referencia, sobre la base de algunas de las cuatro expresadas causas. No obstante, conviene aclarar, en el supuesto de concurrencia de la cuarta causa (detrimento o trastorno grave a la Hacienda pública) la inejecución o suspensión no resultaban posibles, pero el precepto habilitaba al Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, para poder fijar la modalidad de pago que diera cumplimiento al fallo en la forma que fuere menos gravosa para el Tesoro Público; tal fijación, sin embargo, no era sino una mera propuesta, encauzada para ante el Tribunal a través de la Abogacía del Estado, el cual, previa audiencia de las partes, resolvía definitivamente sobre la forma de ejecutar la sentencia.

Por su parte, el artículo 106 LRJCA contemplaba una indemnización para estos supuestos (suspensión temporal de todo o parte de la sentencia, o inejecución total o parcial), señalando al efecto que el Tribunal, a instancia de cualquiera de las partes perjudicadas, y previa audiencia de las demás, señalaría la suma que debía satisfacerse al interesado como resarcimiento de los daños e indemnización de los perjuicios resultantes del aplazamiento o la inejecución, siempre que no fuere posible atender en otra forma a la eficacia de lo resuelto por la sentencia.

C) En tercer lugar el artículo 107 del mismo texto legal contemplaba los supuestos de imposibilidad material o legal de ejecución de las sentencias; el precepto, en principio, negaba la existencia de la mencionada posibilidad, pero, en realidad, lo que hacía era consolidar la viabilidad procesal de poder ser la cuestión sometida al Tribunal autor de la sentencia, en el caso de que la situación de imposibilidad se presentare; y ello, sobre la base de propuesta formulada por la Administración, a través de la Abogacía del Estado, en el plazo de dos meses desde la recepción de la sentencia por parte de la Administración y con audiencia de las partes; el precepto concluía con un genérico mandato que permitía al Tribunal "determinar la forma de llevar a efecto el fallo".

Tal supuesto de imposibilidad de ejecución, como enseguida veremos, fue luego contemplado, genéricamente, en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que, después de recordar que las sentencias se ejecutarían en sus propios términos, el expresado precepto añadía que *"si la ejecución resultara imposible el Juez adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor eficacia de la ejecutoria y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que ella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno"*.

D) Por último, el mismo artículo 18.2 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial vino a introducir, en el ámbito de la ejecución de las sentencias de lo Contencioso-Administrativo, la posibilidad de la *expropiación de los efectos* de la misma, añadiéndose, en el inciso segundo del expresado artículo 18.2 que *"sólo por causa de utilidad pública o interés social declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración pública en una sentencia firme, antes de su ejecución"*, indicándose, para compensar la expresada imposibilidad de cumplimiento, que *"en este caso, el Juez o Tribunal a quién corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización"*.

2º) Pues bien, en la nueva **Ley Jurisdiccional de 1998**, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

A) *Primera*, que no se contempla (105.1 LRJCA56) la posibilidad de *suspensión e inejecución* de las sentencias, tal como se recogían en el antiguo artículo 105 de la Ley Jurisdiccional de 1956; tan solo en el artículo 106.4 de la LRJCA, cuando específicamente se ocupa de la ejecución de las sentencias en las que la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, se recuerda a la antigua causa de *"detrimento grave de la Hacienda pública"*, al hacerse referencia al supuesto en el que *"el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda"*. Sin embargo, tal circunstancia no constituye, ahora, causa de inejecución o suspensión en manos del Consejo de Ministros (105.2 LRJCA56), pues lo que la misma, ahora, posibilita y permite es que el Juez o Tribunal, a la vista de la propuesta razonada que le formule la Administración condenada, en el plazo de los tres meses previstos para su ejecución, y previa audiencia de las partes, *"resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa"* para la Administración; esto es, como antes se ha expresado, se trata de una potestad jurisdiccional para modular la ejecución de la sentencia, pero no causa de suspensión o inejecución de la misma.

Segunda, que sí se contempla, como antes hacía el artículo 107 LRJCA56, el supuesto de la *imposibilidad material o legal de la ejecución* de las sentencias, concretamente en el número 2 del nuevo artículo 105 LRJCA;

Tercera, que, igualmente, se contempla, ahora, en el número 3 del artículo 105 LRJCA, el supuesto de la *expropiación de los derechos de una sentencia*, introducido en nuestro ordenamiento jurídico, como hemos podido comprobar, a través del artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; ahora, como enseguida veremos, el 105.3 citado de la LRJCA concreta las causas de utilidad pública o interés social que posibilitan la mencionada expropiación, así como el procedimiento a seguir tanto para su declaración como para la concreción de la indemnización procedente; y,

Cuarta, como acabamos de señalar en el Primera conclusión, el supuesto ahora contemplado en el artículo 106.4 de la LRJCA, esto es, el *trastorno grave a la Hacienda Pública*, se nos presenta como un supuesto independiente, en el caso de sentencias en las que la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, pues no constituye, ahora, una causa de inejecución o suspensión en manos del Consejo de Ministros (105.2 LRJCA56), pues lo que ahora se establece es que el Juez o Tribunal, a la vista de la propuesta razonada que le formule la Administración condenada a tal pago, *"resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa"* para la Administración; esto es, como antes se ha expresado, se trata ---ahora--- de una potestad jurisdiccional para modular la ejecución de la sentencia, pero no causa de suspensión o inejecución.

Analicemos, pues, estos supuestos en vigor:

V. IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

1º.) <u>Condiciones materiales necesarias para la imposibilidad.</u>

En el ya citado artículo 105.2 LRJCA, se señala que "**si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo**

manifestará a la autoridad judicial, a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior"; esto es, bien dentro del plazo normal de dos meses (104.2) previsto para la ejecución de las sentencias, o bien dentro del plazo especial que se hubiera establecido en la misma sentencia (71.1.c).

Del expresado mandato legal se deduce la exigencia de varios requisitos:

Continúa existiendo, y se consolida, la doble causa, material o legal, para poder inejecutar la sentencia por vía de su **imposibilidad** (***"Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia")***; sin embargo, si examinamos la realidad actual, bien pudiéramos distinguir entre imposibilidad por causa legal, imposibilidad por causa reglamentaria o administrativa e imposibilidad por causa material:

1. Por lo que hace referencia a la **imposibilidad legal**, en la STS de 6 de junio de 2003 se ha señalado que:

> *"No puede negarse al legislador la potestad de innovar el ordenamiento jurídico, modificando las disposiciones anteriores para adaptarlas a las circunstancias de cada momento. Esta potestad se extiende incluso a dar efecto retroactivo a una disposición, con el único límite impuesto por el artículo 9 de la Constitución ---normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales--- y ello aunque como consecuencia de ese efecto se afecte a la ejecución de una sentencia firme.*
>
> *Conviene recordar lo dicho por el Tribunal Constitucional en su sentencia 73/2000, de 12 de marzo, a este respecto: "el derecho a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las Sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo. Y uno de estos supuestos es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate, o, si se quiere, una alteración "de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta" ya que, como regla general, "una vez firme la Sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador. Siendo de recordar al respecto que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las Sentencias en sus propios términos, como el del art. 107 LJCA, vigente en el momento de iniciarse el trámite de ejecución en el seno del cual se originó la presente cuestión y, en la actualidad, el del art. 105.2 LJCA de 1998". Y añade: "El derecho constitucional a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes "participa de la naturaleza de derecho de prestación que caracteriza a aquel en que viene integrado y, en tal sentido, sus concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador, y ello hace indudable que el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes viene sometido a los requisitos y limitaciones formales y materiales que disponga la legislación". Aunque a continuación hemos declarado que "Sin embargo, esta potestad de mediación legislativa de los derechos que se integran en el de la tutela judicial no es absoluta, ni dependiente del arbitrio del legislador, pues, dentro del respeto debido al contenido esencial de los derechos fundamentales, resulta indiscutible que el art. 24.1 CE exige, ausencia de condicionamientos que dificulten o entorpezcan, en lo que aquí interesa, la posibilidad de que lo resuelto por los órganos judiciales sea cumplido en sus propios términos, de manera que, cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución".*

En relación con esta cuestión de la imposibilidad legal debemos significar que tanto la citada ---en la anterior STS--- STC 73/2000, de 12 de marzo (Asunto Presa de Itoiz), como la posterior STC 273/2000, de 15 de noviembre, han constituido los dos primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre las denominadas, por la doctrina, *"validaciones legislativas".*

Al margen de lo ya contenido en la STS anterior, de la primera STC 73/2000, de 12 de marzo, debemos añadir que:

> *"resulta difícil admitir que la Ley cuestionada incurra en arbitrariedad, pues es claro que lo contrario supondría constreñir indebidamente la legítima opción del legislador de modificar, en todo o en parte, la regulación jurídica de una determinada materia o de un concreto sector del Ordenamiento; y conduciría, en última instancia, a la petrificación de cualquier régimen normativo tan pronto se hubiera dictado una Sentencia aplicando el régimen jurídico precedente. De lo que resultaría, en suma, que el ordenamiento perdería el carácter evolutivo y dinámico que es propio de los sistemas normativos modernos".*

Y, de la segunda (STC 273/2000, de 15 de noviembre) que:

> *"la decisión del legislador autonómico no merece reproche alguno desde la óptica del sistema de fuentes. Como hemos señalado reiteradamente, no resulta contrario a la Constitución que el legislador asuma una tarea que anteriormente había encomendado al poder reglamentario, pues nuestro sistema constitucional desconoce algo parecido a una reserva reglamentaria inaccesible al legislativo (SSTC 5/1981, de 13 de febrero -FJ 21.b-; y 18/1982, de 4 de mayo –FJ 3-). De tal suerte que, dentro del marco de la Constitución y respetando sus específicas limitaciones, la ley puede tener en nuestro ordenamiento jurídico cualquier contenido, no estándole en modo alguno vedada la regulación de materias antes atribuidas al poder reglamentario".*

Ambas SSTC aparecen, a su vez, citadas en la STS de 31 de mayo de 2005 que, además de las mismas, analiza la STEDH de 27 de abril de 2004 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Gorraiz Lizarraga y otros c. España)* mediante la que se realizó el correspondiente juicio de convencionalidad, por el Tribunal Europeo, en relación con la citada STC 73/2000, de 12 de marzo*.* Y debemos destacar como la materia sobre la que el Tribunal se pronuncia consiste, según el mismo la califica, de una *"materia de urbanismo u ordenación del territorio".*

En concreto, el TEDH señala en la citada STEDH de 27 de abril de 2004 (párrafo 70) que

> "*en el caso que nos ocupa, el litigio que enfrentaba a los demandantes con la Comunidad Foral de Navarra trataba sobre un proyecto de ordenación del territorio, ámbito en el que la modificación o el cambio de reglamentación tras una resolución judicial es frecuentemente admitido y practicado. En efecto, si los titulares de derechos económicos pueden, por lo general, aprovecharse de derechos firmes e intangibles, no sucede lo mismo en materia de urbanismo o de ordenación del territorio, ámbitos que tratan sobre derechos de naturaleza distinta y que, por definición son esencialmente evolutivos. Las políticas de urbanismo y de ordenación del territorio dependen por excelencia de los ámbitos de intervención estatales por medio, concretamente, de la reglamentación de los bienes con una finalidad de interés general o de utilidad pública. En tales casos en los que el interés general ocupa un lugar preeminente, el Tribunal considera que el margen de apreciación del Estado es mayor que cuando están en juego unos derechos exclusivamente civiles (ver, «mutatis mutandis», Sentencias James y otros contra Reino Unido de 21 febrero 1986; Mellacher y otros contra Austria de 19 diciembre 1989; Chapman contra Reino Unido de 18 enero 2001*)".

Partiendo, pues, de tales diferencias el TEDH concluye señalando que, en el supuesto de autos (párrafo 73)

> "*por las razones que anteceden, el Tribunal concluye que la interferencia del poder legislativo en el resultado del litigio alegada por los demandantes no vulneró el carácter equitativo del procedimiento. En consecuencia, no hubo violación del artículo 6.1 del Convenio"*;

La STEDH dedica el párrafo anterior (72) a establecer las concretas y determinantes circunstancias que diferencian el supuesto. En tal sentido, se expone

> *"el Tribunal señala que la situación denunciada por los demandantes no puede considerarse similar a la constatada en la Sentencia Refinerías griegas Stran y Stratis Andreadis, en la que el Estado intervino de forma decisiva para orientar a su favor el resultado de una instancia en la que era parte. En el presente caso, la promulgación de la Ley Foral 9/1996 no trataba ciertamente de descartar la competencia de los tribunales españoles llamados a conocer de la legalidad del proyecto de embalse. La Exposición de Motivos hacía mención expresa a las bandas periféricas de protección de las reservas y espacios naturales protegidos de Navarra, y no únicamente a la zona afectada por la construcción de la presa. Su vocación general no deja lugar a dudas. Asimismo, el Parlamento de Navarra no legisló con carácter retroactivo como prueba el hecho de que, pese a la promulgación de la Ley Foral de 17 de junio de 1996, el Tribunal Supremo, algunas semanas después de la promulgación de dicha Ley, dictara una sentencia anulando parcial, pero definitivamente, el proyecto de construcción tal y como había sido concebido. Aun siendo innegable que la promulgación por el Parlamento de Navarra de la Ley en cuestión resultara, en último lugar, desfavorable para las tesis sostenidas por los demandantes, no puede decirse que fuese aprobada con el fin de eludir el principio de la preeminencia del derecho. A fin de cuentas, una vez promulgada la Ley foral, los demandantes obtuvieron la remisión prejudicial de constitucionalidad de ciertas disposiciones de la misma ante el Tribunal Constitucional, que se pronunció a fondo sobre sus pretensiones. Éste examinó la tesis de los demandantes de igual forma que las sometidas por el Gobierno y el Parlamento de Navarra. En definitiva, el litigio que les oponía al Estado fue examinado por los tribunales españoles de acuerdo con el proceso justo garantizado por el artículo 6.1.".*

La misma doctrina es mantenida por el TEDH, con posterioridad a la STEDH de autos, en la STEDH de 27 de mayo de 2004 (asunto *OGIS-Instituto Stanislas, OGEC St. Pie X y Blanche de Castille y otros contra Francia*), en la cual se reitera:

> *"el Tribunal señala nuevamente que aunque, en principio, no se impide que el poder legislativo reglamente en materia civil, mediante nuevas disposiciones de alcance retroactivo, derechos derivados de las Leyes en vigor, el principio de la preeminencia del derecho y la noción del proceso justo consagrados por el artículo 6 se oponen, salvo por motivos imperiosos de interés general, a la injerencia del poder legislativo en la administración de la justicia con el fin de influir en el desenlace judicial del litigio (Sentencias Refinerías griegas Stran y Stratis contra Grecia de 9 diciembre 1994; Papageorgiu contra Grecia de 22 octubre 1997; Building Societies contra Reino Unido, anteriormente citadas). Sin embargo, cuando se resuelve el aspecto concreto cuestionado se señala (párrafo 68) que "el Tribunal constata, por el contrario, que el presente caso se asemeja al asunto Building Societies contra Reino Unido anteriormente citado, en el que se justificaba la intervención del poder legislativo por `motivos de interés legítimo´, con la finalidad última de reafirmar la intención inicial del Parlamento respecto a todas las empresas de construcción cuyos ejercicios contables finalizaban antes del inicio del ejercicio fiscal, sin tener en cuenta los procedimientos judiciales pendientes".*

2. Desde una segunda perspectiva, y por lo que hace referencia a la imposibilidad legal de ejecución de sentencia que examinamos, se viene incluyendo, dentro del citado concepto, lo que, en realidad, es una simple **imposibilidad de carácter administrativo o reglamentario**, la cual se produce, muy habitualmente, en el ámbito del planeamiento urbanístico mediante la posterior aprobación de un nuevo planeamiento que viene a adaptarse a, o "legalizar", la actuación previamente anulada. Los pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo son suficientemente conocidos:

> Así en la STS de 22 de enero de 1997 el Tribunal Supremo señaló que:

"*El artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa permite declarar inejecutable una sentencia por causa de "imposibilidad legal de ejecutarla", y una de las causas de imposibilidad es, como en el presente caso, el cambio de planeamiento derivado del "ius variandi" urbanístico de la Administración, que impide la ejecución de la sentencia, por haber devenido ilegal la pretensión de la actora como consecuencia del cambio de planeamiento (en efecto, es claro que no puede redactarse un Plan Parcial sobre un suelo no urbanizable), un cambio, por cierto, no iniciado por el Ayuntamiento a la vista de la sentencia, sino comenzado ya antes de que el actor hiciera su petición inicial ...,*

Por lo demás, la procedencia de declarar inejecutables las sentencias en ciertos casos por imposibilidad legal de ejecución en razón del posterior cambio de planeamiento urbanístico ha sido admitida por esta Sala en sentencia de 30 de Noviembre de 1996, dictada en el recurso de casación 6872/93, con base no sólo en el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional sino también en el 18-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985".

Y en la STS de 30 de enero de 2001 se añadió que

"Tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como el 105.2 LRJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la "potestas variandi" de la Administración Urbanística (sentencia de 21 de enero de 1999, y las que en ella se citan). Sin embargo, como hemos declarado en sentencia de 23 de julio de 1998, no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización "ex post facto" de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare esta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia".

Las SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004 se expresaron en los siguientes términos:

"Conviene recordar que el artículo 103.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que "Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento", añadiendo el mismo precepto, en su número 5, que "El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley".

Lógica consecuencia de lo anterior, ya en el ámbito material ahora concernido, es que, si bien la Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico.

En esta misma línea, la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2001, dictada en el recurso de casación número 3655 de 1996, no aceptó la legalización municipal de unas obras declaradas ilegales, pues (fundamento de derecho octavo) no se ha demostrado que la modificación del planeamiento (revisión del Plan de Ordenación de Tarragona) que el Ayuntamiento ha opuesto a la ejecución de la sentencia tenga otra

justificación que la de impedir la ejecución, razonando antes, en su fundamento de derecho séptimo, lo siguiente:

"[...] Sobre el problema más concreto de si una modificación del planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia anuló, del examen de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sólo puede concluirse lo siguiente: esa modificación no será causa de inejecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute".

Y, por su parte, la STS de 15 de junio de 2004, expuso lo siguiente:

"Al haberse declarado implícitamente la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, cuya decisión no ha sido eficazmente combatida en casación, pues se ha aducido a tal fin una cuestión no planteada en la instancia, según hemos dejado expuesto, dicha inejecución, en contra del parecer de la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, está amparada por lo dispuesto en el artículo 105.2 de la vigente Ley Jurisdiccional, que recoge lo que establecían los artículos 105 a 107 de la anterior, razón por la que, como indicamos en nuestra Sentencia de 4 de mayo de 2004 (recurso de casación 2415/2000), al interpretar lo dispuesto en el citado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, es conforme a derecho sustituir la ejecución de la sentencia en sus propios términos por una indemnización de daños y perjuicios derivados de la inejecución".

3. En relación con la denominada **imposibilidad material** son también claros los restrictivos pronunciamientos del Tribunal Supremo, por cuanto, desde esta perspectiva que examinamos, pocos supuestos podemos destacar de causas de imposibilidad material; así, la STS de 17 de diciembre de 2002 señaló que

"En este recurso de casación sólo se alude a la imposibilidad material que, a su juicio, deriva de los daños estructurales que sufriría todo el edificio con la demolición de su tercera planta y del interés público consistente en el crecimiento armónico de la ciudad, dado que todos los edificios que rodean al de la casa cuartel de la Guardia Civil constan de cuatro plantas, mientras que en el terreno sobre el que se construyó éste el planeamiento sólo permite tres. Ninguna de esta alegaciones puede ser atendida por esta Sala. La segunda de las expuestas pone de manifiesto la opinión subjetiva de la parte recurrente contraria a las determinaciones de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del municipio, cuya aplicación dio lugar a la sentencia declaratoria de la nulidad de la licencia concedida a la Administración del Estado para la construcción de la indicada casa cuartel de la Guardia Civil, opinión que no puede prevalecer frente a la naturaleza vinculante del planeamiento. En cuanto a los daños que la demolición de la tercera planta causaría en la totalidad del edificio, la Sala de instancia ha apreciado la prueba practicada en este incidente, y ha entendido que la demolición de esa planta no causará perjuicios irreparables al edificio. En cualquier caso, la sentencia que se trata de ejecutar si anula la licencia de obras concedida únicamente en cuanto a la construcción de la tercera planta, es por aplicación de un principio de conservación de los demás aspectos del acto no afectado por la nulidad, pero ello no significa que la conservación de esos elementos del acto pueda dar lugar en ningún caso al mantenimiento de una planta de edificación construida en contra del planeamiento".

Incluso en la STS de 12 de mayo de 2006 se planteó la necesidad de un derribo total para proceder a la ejecución de la sentencia, cuando lo acordado en la misma fue simplemente una demolición parcial, señalándose al respecto,

"que aunque la sentencia de cuya ejecución se trate haya ordenado tan solo el derribo de una parte de la edificación ---por ser esa parte y no el todo la que contraviene las normas jurídicas infringidas por la licencia a cuyo amparo se levantó---, ello no impide que en ejecución de sentencia pueda optarse por una solución que imponga el derribo total y permita, tras él, levantar la nueva construcción ya acomodada en su totalidad a esas normas. Al contrario, (1) si el derribo total es la solución técnicamente necesaria o técnicamente más conveniente para restablecer la legalidad urbanística que la sentencia

ordena, por no ser posible o no ser aconsejable el mero derribo parcial, y (2) si el derribo total no conlleva una carga de todo punto desproporcionada, bien en comparación con el beneficio inherente al derecho que la sentencia tutela, bien por comparación entre lo ilegalmente construido y lo que se acomoda a la legalidad, esa solución ---la del derribo total--- no supone contradecir los términos del fallo que se ejecuta, ni la necesidad o conveniencia técnica de ella obliga a apreciar la concurrencia de una causa de imposibilidad material de ejecutar dicho fallo. Es así, porque el derribo total no es entonces más que el cauce técnico necesario o conveniente para dar estricto y cabal cumplimiento a lo que la sentencia ordena; como tal cauce técnico, que además no comporte una carga desproporcionada, la imposición del derribo total, ni altera la ratio decidendi de la sentencia, ni el fallo de la misma, ni incorpora una solución que pueda entenderse no querida por el ordenamiento jurídico. Es así, también, porque una conclusión distinta a la que afirmamos alentaría las conductas fraudulentas y entorpecería la finalidad última de que los actos de edificación y uso del suelo se acomoden a la legalidad urbanística. Y es así, en fin, porque la conclusión distinta favorecería sin razón bastante la posición del infractor y menoscabaría sin justificación el derecho a la tutela judicial efectiva, que demanda como regla general una ejecución in natura y que no tolera ---o no debe tolerar por no existir una razón atendible--- que en una situación caracterizada por las circunstancias indicadas en (1) y (2) pueda optarse por una ejecución por equivalencia".

Partiendo de tal doctrina, en la STS de 8 de marzo de 2011, añadimos

"Sin duda alguna, tal doctrina procede aplicarla al supuesto de autos, pues no puede olvidarse que los desajustes entre la realidad física del terreno antes de proceder a la edificación y el proyecto mismo, solo son imputables al ahora recurrente; esto es, solo el debe ser responsable de haber iniciado la edificación (a) cuando las dimensiones previstas en el proyecto no se ajustaban a la realidad y a la concreta forma de la citada parcela; (b) cuando, antes del inicio de las obras, no reparó en la situación, forma y características físicas de la rasante del terreno (causante, en principio, de la realización del semisótano y del exceso de altura); y, en fin, (c) cuando por abarcar con la construcción toda la parcela no atendió a la necesarias distancias a linderos.

Obvio es que, en consecuencia, al resultar el ahora recurrente causante de los expresados desajustes, solo a él, como consecuencias colaterales se le debe imputar la necesidad de proceder al derribo total. Como dijimos en nuestra STS de 28 de septiembre de 2010, "Tales principios presiden la ejecución de la sentencia, y se sitúan ---sin duda--- en el ámbito de lo por la misma ordenado, y, en todo caso, implicarían una afectación colateral de la vivienda, consecuencia de las irregularidades puestas de manifiesto en la sentencia, cuya obligación de soportar deriva de tal irregular origen".

Incluso pueden destacarse supuestos en los que la imposibilidad material de ejecución viene determinada por la previa modificación del planeamiento; esto es, que la realidad física surgida aparece ajustada al nuevo planeamiento, luego anulado, si bien la imposibilidad, en su caso, lo es de carácter físico, a la vista de la envergadura del desarrollo urbanístico desarrollado al socaire de dicho planeamiento.

Así, en la STS de 30 de diciembre de 2009 ---en la que se confirmó la anulación de un Proyecto de Reparcelación, plenamente ejecutado--- se aceptó la existencia de una causa de imposibilidad material de ejecución, al no resultar posible la devolución de los terrenos indebidamente aportados al Proyecto, señalándose al respecto que

"Como bien sabemos, en el supuesto de autos se ha procedido a la anulación de un Proyecto de Reparcelación de un Plan Parcial, mas, no en su integridad (dejando sin efecto todo el proceso reparcelatorio), pues lo que la sentencia decreta ---partiendo de la base de que los terrenos (finca nº 22) aportados por la recurrente y su familia eran terrenos urbanos--- no es otra cosa que declarar la "inaplicabilidad de las determinaciones del Plan Parcial en cuanto se deriven de la consideración que les otorga como suelo urbanizable programado". Sin embargo, como los terrenos aportados habían sido, en la realidad física,

urbanizados y reparcelados, resultaba inviable la devolución de los mismos (en su inicial configuración) a sus originarios propietarios, procediéndose, en consecuencia, a la declaración jurisdiccional de la concurrencia de causa de imposibilidad de ejecución".

Sin embargo, en la STS de 23 de febrero de 2010 se rechaza la existencia de dicha causa por cuanto la anulación contenida en la sentencia cuya ejecución se pretendía se limitaba a una anulación convencional, sin poder tomarse en consideración, en el momento de la ejecución de la sentencia, las posibles consecuencias que de ello pudieran derivarse:

"... lo que, en síntesis, plantean los recurrentes es una contradicción entre los autos impugnados ---que declaran la concurrencia de causa de imposibilidad material de ejecutar la sentencia de instancia--- y lo decidido tanto en la misma como en la de casación que la confirmara, en los términos que ya antes, en gran medida, hemos reproducido.

En síntesis, la Sala de instancia en los Autos impugnados;

a) Rechaza la existencia de causas de imposibilidad legal por cuanto el Ayuntamiento de San Sebastián no ha llevado a cabo "ninguna innovación legislativa o normativa que permitiera apreciar la concurrencia de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia".

b) Considera, sin embargo, que sí concurre causa de imposibilidad material para proceder a la ejecución de la sentencia; en consecuencia, que concurría imposibilidad material para dejar si efecto el Apartado Tercero del Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de San Sebastián, adoptado en su sesión de 14 de mayo de 1997, por el que se adjudica a la entidad Nuevo Desarrollo Anoeta, S. A. la Concesión de dominio, obras y servicio público de los equipamientos ordenados en la parcela G.000MZ.04.1 por el Plan Especial del Área MZ.04, Ilumbe.

(Como decimos, solo este Apartado del Acuerdo fue anulado, si bien el mismo traía causa de los otros dos apartados anteriores del mismo. Esto es, para adjudicar la Concesión de referencia en el Apartado Segundo del Acuerdo se aprobaba el Pliego de Condiciones de Adjudicación de la Concesión de dominio, obras y servicio público de los equipamientos, ya que la adjudicación de los mismos se llevaba a cabo ---apartado Tercero--- "con sujeción al Pliego de Condiciones al que se refiere el mismo Acuerdo".

Y, a su vez, para aprobar tal Pliego de Condiciones de la Concesión, con carácter previo, en el Apartado Primero del mismo Acuerdo se aprobaba el Anexo del Convenio de 17 de septiembre de 1993, suscrito entre el Ayuntamiento y la entidad NUEVO DESARROLLO DE ANOETA, S. A., y del que se deducía ---como una de las obligaciones--- la citada concesión)

c) Y tal causa de imposibilidad material la deduce la Sala de instancia de las siguientes circunstancias:

1. Por haberse consumados los compromisos bilaterales del Convenio de 1993, materializándose las actuaciones urbanísticas previstas en el mismo; tanto la plaza de toros como las demás dotaciones urbanísticas están en funcionamiento.

2. Como consecuencia de lo anterior, por haber surgido un entramado de relaciones jurídicas contractuales con terceros derivadas del funcionamiento del centro de ocio construido, resultando, según se expresa, que "el restablecimiento de la situación inicial resulta imposible de hecho".

3. A su vez, como consecuencia de ello, la materialización de lo anterior implicaría para el Ayuntamiento de San Sebastián la obligación de asumir "las eventuales consecuencias derivadas, cuando tanto el centro de ocio como Ilumbe como la plaza de toros se encuentran en funcionamiento", y ello "produciría consecuencias desproporcionadas para los propios intereses públicos".

Pues bien, el motivo ha de ser acogido por cuanto los razonamientos de la Sala de instancia que acabamos de sintetizar no soportan la concurrencia de la causa de

imposibilidad de ejecutar la sentencia que pretenden, y, menos, desde una perspectiva material.

La declaración jurisdiccional anulatoria termina y se concreta en la anulación de la adjudicación de la concesión citada, por infracción de las normas de contratación pública, como en las dos sentencias se expresa, sin que los efectos de ello derivados, que parecen conectarse con el incumplimiento y rescisión de un previo Convenio, que de la ejecución jurisdiccional se deduciría, puedan, ni deban, ser tomados en consideración en este momento.

No es momento, pues, de examinar los efectos secundarios o derivados de la anulación y liquidación de la concesión; ni tampoco el de tomar en consideración el carácter desproporcionado ---o no--- de los citados efectos que, por otra parte, pudieran verse modulados como consecuencia de una nueva y correcta licitación pública. En consecuencia, no es, insistimos, el momento de la toma en consideración de la posible alteración o afectación material o física de la realidad sobre la que se sustentan los efectos jurídicos derivados de la anulación jurisdiccional, que es la única circunstancia a tener en cuanta en este momento.

Obvio es, pues, que la invocada ---y aceptada en la instancia---imposibilidad material de ejecutar la sentencia, no puede deducirse de la complejidad alegada de la ejecución, pues no puede confundirse imposibilidad material con la mera dificultad técnico jurídica de reponer ---jurídicamente--- la situación surgida como consecuencia de la incorrecta licitación, a la situación debida".

2º) **Condiciones procedimentales necesarias para la imposibilidad**

1. La **legitimación** para el inicio del procedimiento encaminado a la expresada decisión le corresponde al **"órgano** ---administrativo--- **obligado al cumplimiento"** de la sentencia.

Al respecto el Tribunal Supremo señaló en la STS de 10 de diciembre de 2003 que:

"Debe tenerse presente que el texto del artículo 105.2 de la L.J. es muy claro: es "el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia" quien está legitimado para alegar la imposibilidad material o legal de ejecutarla. Está fuera del texto y del espíritu de la Ley que, frente a la voluntad del Ayuntamiento de ejecutar la sentencia en sus propios términos, sea el demandante quien se oponga a ello".

De todas formas no conviene olvidar la posibilidad de que fueran **particulares afectados** los que instaran ---en el ámbito administrativo--- la tramitación de un incidente encaminado a decretar la imposibilidad de ejecución de una sentencia, lo que, sin duda, les abriría la vía jurisdiccional en relación con el resultado del mismo. Así en la STS de 26 de septiembre de 2006 se señaló que

"Al articularse ese motivo de casación se olvida que no es el incidente sobre la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia un procedimiento para plantear cuestiones que no fueron alegadas en el proceso que finalizó con la sentencia que se trata de ejecutar, sino el cauce para que el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia manifieste a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo de dos meses a partir de la comunicación de la sentencia, las causas de imposibilidad legal o material de ejecutarla.

En este caso, la Comunidad de Propietarios, constituida sobre el edificio de cuya demolición se trata, en lugar de acudir al Ayuntamiento obligado al cumplimiento de la sentencia para que, de concurrir causas de imposibilidad legal o material para ejecutar la sentencia, así lo manifestase a la Sala de instancia, se ha dirigido directamente a ésta solicitando la declaración jurisdiccional de inejecutabilidad legal y material de la sentencia, basándose en que se aprobó un cambio de planeamiento que permite la legalización de lo indebidamente construido en su día y que resulta imposible demolerlo sin dañar el resto del edificio, hechos éstos que, junto a la condición de terceros adquirentes de los integrantes

de la Comunidad de Propietarios, ha tratado de acreditar con los medios de prueba que el Tribunal a quo se negó a admitir".

Más recientemente, en la STS de 9 de abril de 2008, el Tribunal Supremo ha insistido en este misma línea, poniendo de manifiesto que:

> *"En cuanto a la legitimación para plantear ante el Tribunal al que compete hacer ejecutar la sentencia la imposibilidad material o legal de hacerlo, esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de fechas 26 de septiembre de 2006 (recurso de casación 8712/2003), 9 de noviembre de 2006 (recurso de casación 7354/2004) y 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004), que, según se deduce de la literalidad del precepto contenido en el referido artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, es el órgano administrativo encargado de su cumplimiento quien lo debe pedir, si bien los afectados por la sentencia están facultados para reclamar de ese órgano obligado al cumplimiento que suscite tal cuestión ante el juez o tribunal competente para ejecutarla, de modo que, si no lo hiciese o se negase a ello, cabe que los interesados o afectados se dirijan a éstos solicitando que se pronuncien acerca de la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia.*

2. El mecanismo o la **vía** por la cual dicho órgano administrativo debe ponerlo en conocimiento del órgano judicial es ***"a través del representante procesal de la propia Administración"***; obviamente, ya no se establece, como en la LRJCA56, el monopolio de la Abogacía del Estado;

3. Como cuarto requisito, de carácter temporal, debe señalarse que el **plazo** con que cuenta la Administración para el expresado planteamiento es el indicado ***plazo de dos meses*** a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal, o bien el *plazo especial* ---fijado en sentencia--- al que el mismo precepto se remite, por la vía del artículo 71.1.c), pero sin tomar en consideración al *"plazo inferior"* a que hace referencia el nº 3 del mismo artículo 104 LJCA.

Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha venido interpretando, sin embargo, con flexibilidad el mencionado plazo, señalando la STS de 30 de enero de 1996 que:

> *" ... sin que en cualquier caso pudieran anudarse a un leve retraso en el cumplimiento de aquellos plazos, debido en gran parte a los escritos de las partes y a los traslados dados por la Sala de instancia consecuencias prescriptivas de la entrada en el fondo del asunto que además son las interesadas, lógicamente por ambas partes litigantes. Por otra parte este plazo no puede considerarse de caducidad y el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no lo contempla".*

En la STS de 6 de junio de 2003 que:

> *"Se alega infracción de las normas reguladoras de la sentencia al admitir a trámite un incidente planteado en forma extemporánea, transcurrido el plazo de dos meses previsto en los artículos 105 y 107 de la Ley Jurisdiccional (de 1956). Esta cuestión ha sido resuelta adecuadamente por el Tribunal de instancia al señalar que dicho plazo no es de caducidad, pues la imposibilidad de ejecutar una sentencia lo es en cualquier momento, como ha tenido ocasión de señalar esta Sala en sus autos de 6 de abril de 1992, 15 de marzo de 1993 y 30 de enero de 1996, así como en la sentencia de 12 de septiembre de 1995, en cuyo fundamento de derecho tercero se afirma que: <<debe tenerse en cuenta que, si inicialmente la doctrina de este Tribunal acogió una interpretación estricta en orden a la observancia de dicho requisito temporal, en sintonía con la tesis de los recurrentes, en una ulterior etapa jurisprudencial, es posible distinguir a estos efectos el supuesto contemplado en el artículo 105.2 y el que se regula en el artículo 107, ambos de la Ley de la Jurisdicción. En el primero, es preclusivo el plazo de dos meses siguientes a la recepción de la sentencia para que el Consejo de Ministros, con carácter extraordinario, pueda decretar la suspensión o inejecución por alguna de las causas legales que enumera el precepto, teniendo, además en cuenta la incidencia que en la propia previsión legal han tenido los artículos 24, 117.3 y 118 de la Constitución, en los términos en que tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en Auto de 18 noviembre 1986. Por el contrario, en el*

referido artículo 107 LRJCA se contempla un supuesto de inejecutabilidad de sentencia distinto, por causa de su imposibilidad material o legal, cuya concurrencia ha de ser apreciada ineludiblemente por los Tribunales dentro de un proceso incidental, para el que se establece también un plazo de dos meses para su planteamiento, pero sobre el que los más recientes pronunciamientos de este Tribunal han hecho las siguientes precisiones: a) su cómputo ha de iniciarse, como regla general, desde que surja la causa determinante de la imposibilidad material o legal «entenderlo de otro modo haría ilusoria en muchos casos la aplicabilidad del artículo 107 LJCA cuando la imposibilidad se presentara con posterioridad a los dos meses desde la recepción del testimonio de la sentencia» (ATS 28 marzo 1990); b) el plazo de los dos meses a que se refiere el artículo 107 LRJCA no puede calificarse como de caducidad en términos absolutos, y «si verdaderamente concurre una causa de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, resulta necesario plantear y resolver el incidente de inejecución, única forma de poder determinar (en su caso) la indemnización que sea pertinente a favor de la parte que obtuvo la sentencia favorable» (ATS 6 abril 1992); c) procede declarar correctamente admitido el incidente cuando el particular recurrente, en su día, acepta expresamente que se admita transcurridos los dos meses que prescribe la Ley (STS 29 octubre 1992) y d) en relación con el transcurso del plazo de dos meses establecido en el artículo 107 LRJCA debe seguirse una interpretación en clave del artículo 18.2 LOPJ, en cuanto determina que si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará, en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (ATS 22 febrero 1994)>>.

En cualquier caso, la presentación de la pretensión dentro de plazo ante el Tribunal Supremo, aunque éste se haya declarado incompetente para conocer de la inejecución, interrumpió el cómputo".

Añadiendo la STS de 26 de enero de 2005 que:

"Tampoco ha habido un incumplimiento, propiamente dicho, del plazo de dos meses a que se remite ese artículo 105.2 ... En todo caso, basta recordar ahora que el incumplimiento de aquel plazo no impide apreciar la causa de imposibilidad cuando ésta realmente concurre. Sus efectos son otros".

La ya citada STS de 9 de abril de 2008 también ha incidido en esta cuestión relativa al plazo para el planteamiento de la imposibilidad (habiendo continuado esta línea las posteriores de 30 de octubre y 17 de noviembre de 2008) introduciendo en la anterior línea jurisprudencial importantes matizaciones:

"Con tal plazo preclusivo se pretende evitar la inseguridad en cuanto a la ejecución de las sentencias y evitar la promulgación de disposiciones o la adopción de actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias con la finalidad precisamente de eludir su cumplimiento, los que el artículo 103.4 de la misma Ley sanciona con la nulidad radical.

Si no se fijase un plazo legal para promover el incidente de inejecución de una sentencia por imposibilidad legal o material, cabría la posibilidad de que, en cualquier momento ulterior, se tome un acuerdo o se promulgue una disposición que traten de hacer imposible la ejecución de la sentencia, de modo que, en virtud del principio de seguridad jurídica en el cumplimiento de las sentencias, la ley ha determinado el plazo de dos meses, que, como se indica en la Sentencia de esta Sala de fecha 22 de diciembre de 2003 (recurso de casación 1862/2001), se interpretó por la jurisprudencia de forma estricta y que, aun admitiendo precisiones o matizaciones en algunos pronunciamientos, ha de respetarse siempre para salvaguardia del aludido principio que garantiza la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretación ésta acogida en la más reciente Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 26 de enero de 2005 (recurso de casación 2354/2002), en que la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia se había producido con anterioridad incluso a que se dictase la sentencia, y así se declara en ésta

que «los acontecimientos constitutivos de la causa de imposibilidad apreciada se desarrollan ya antes de que se dictara sentencia», mientras que en la ya citada de fecha 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004, fundamento jurídico cuarto) hemos expresado que «como requisito de carácter temporal, debe señalarse que el plazo con que cuenta la Administración para el expresado planteamiento es el indicado plazo de dos meses a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal, o bien el plazo especial ---fijado en la sentencia--- al que el mismo precepto se remite».

En este caso, la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia es, en opinión del recurrente, la aprobación de unas Normas Subsidiarias de Planeamiento un año después de la firmeza de aquélla y la solicitud de que se declare la imposibilidad legal la formula dicho recurrente ante el Ayuntamiento obligado al cumplimiento de la sentencia cuatro años después de haber quedado ésta firme y tres años después de ser aprobadas las aludidas Normas Subsidiarias en las que basa su pretensión, razones por las que el quinto motivo de casación alegado tampoco puede prosperar".

Por su parte, la STS de 17 de noviembre de 2008 puso de manifiesto los siguientes extremos:

"Esta Sala ha declarado en diversas ocasiones ---sirvan de muestra las sentencias que cita la Sala de instancia en el fundamento cuarto del auto que desestimó el recurso de súplica--- que el plazo señalado en los artículos 104.2 y 105.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción para que el representante procesal de la Administración pueda instar la declaración de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia ---dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo--- no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que, si efectivamente concurre la imposibilidad puede ser declarada aun cuando haya transcurrido aquel plazo; y, en esa misma línea, hemos señalado que la declaración de imposibilidad de ejecución podrá instarse en un momento posterior cuando la causa que la determina sobrevenga con posterioridad al transcurso de aquel plazo que señala los preceptos citados.

Ahora bien, esas modulaciones interpretativas, acordes con la finalidad de la norma, de ningún modo significan que el plazo legalmente establecido carezca de toda virtualidad o pueda ser enteramente ignorado. Muy por el contrario, en sentencia de 9 de abril de 2008 (casación 6745/05) hemos destacado la significación de ese plazo haciendo las siguientes consideraciones: << (...) Si no se fijase un plazo legal para promover el incidente de inejecución de una sentencia por imposibilidad legal o material, cabría la posibilidad de que, en cualquier momento ulterior, se tome un acuerdo o se promulgue una disposición que traten de hacer imposible la ejecución de la sentencia, de modo que, en virtud del principio de seguridad jurídica en el cumplimiento de las sentencias, la ley ha determinado el plazo de dos meses, que, como se indica en la Sentencia de esta Sala de fecha 22 de diciembre de 2003 (recurso de casación 1862/2001), se interpretó por la jurisprudencia de forma estricta y que, aun admitiendo precisiones o matizaciones en algunos pronunciamientos, ha de respetarse siempre para salvaguardia del aludido principio que garantiza la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretación ésta acogida en la más reciente Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 26 de enero de 2005 (recurso de casación 2354/2002), en que la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia se había producido con anterioridad incluso a que se dictase la sentencia, y así se declara en ésta que «los acontecimientos constitutivos de la causa de imposibilidad apreciada se desarrollan ya antes de que se dictara sentencia», mientras que en la ya citada de fecha 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004, fundamento jurídico cuarto) hemos expresado que «como requisito de carácter temporal, debe señalarse que el plazo con que cuenta la Administración para el expresado planteamiento es el indicado plazo de dos meses a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal, o bien el plazo especial ---fijado en la sentencia--- al que el mismo precepto se remite»...>>.

Complementando la doctrina que acabamos de reseñar, procede ahora señalar que la inobservancia del mencionado plazo, y dependiendo de que esa inobservancia sea o no justificada, podrá ser un factor relevante o incluso determinante a la hora de valorar la

seriedad del alegato de imposibilidad, y, en definitiva, a la hora de decidir la procedencia de la declaración de imposibilidad de ejecución que se solicita de forma tardía.

En el caso que nos ocupa, hemos visto en el antecedente segundo que a partir de la providencia de 13 de marzo de 2001, en la que la Sala de instancia acordó dirigir oficio al Ayuntamiento de Estepota acompañando testimonio de la sentencia para su cumplimiento, la representación de la recurrente instó en reiteradas ocasiones la ejecución de la sentencia (escritos presentados con fechas 8 de mayo de 2001, 3 de julio de 2002 y 15 de octubre de 2002); y la Sala dirigió a la Corporación municipal varios recordatorios y requerimientos en orden esa ejecución (oficios fechados 10 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 2002), sin que ninguno de ellos recibiese respuesta. Fue el 16 de diciembre de 2002 cuando se produjo la primera respuesta del Ayuntamiento mediante escrito, acompañado de informe del Arquitecto municipal, en el que se pide que se declare la imposibilidad legal de la ejecución de la sentencia.

Así las cosas, debe también tenerse en cuenta que en ese escrito del Ayuntamiento se aducía como razón principal para declarar la imposibilidad de cumplimiento del fallo el que en el Plan General de Ordenación Urbana de Estepona aprobado en 1994 los terrenos figuran clasificados como suelo urbanizable no programado, lo que haría inviable el otorgamiento de la licencia de edificación sin el previo planeamiento de desarrollo. Fácilmente se advierte que esa razón dada en el escrito de 16 de diciembre de 2002 ya concurría y era conocida por el Ayuntamiento de Estepona cuando la Sala le dirigió la primera comunicación para procediese al cumplimiento de la sentencia (marzo de 2001). Pues bien, ninguna explicación ha dado la Corporación municipal para justificar por qué no lo adujo antes ni dio respuesta alguna durante 21 meses ---desde marzo de 2001 a diciembre de 2002--- a los reiterados requerimientos de la Sala.

Sin extraer por ahora consecuencias definitivas, pues las formularemos al tiempo de examinar el motivo de casación primero, quede de momento señalado que la representación del Ayuntamiento de Estepona no ha ofrecido una explicación mínimamente satisfactoria sobre esas cuestiones, ni ha justificado, por tanto, el incumplimiento del plazo al que nos estamos refiriendo".

4. Por lo que hace referencia a los ***aspectos estrictamente procesales***, para la estimación de la expresada causa de imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia, el precepto de referencia se limita a exigir, a la vista de la solicitud formulada por la Administración, la ***audiencia de las partes***, que el precepto amplía no solamente a las expresadas partes procesales en el procedimiento, sino también *"a quienes considere **interesados**"*. Aunque no se contempla la posibilidad de **periodo probatorio**, no debe existir obstáculo para la apertura del mismo con la finalidad de poder practicar las que se consideren pertinentes tanto en relación con la concurrencia de la causa como en relación con la determinación, en su caso, de la indemnización procedente. En principio no encontramos obstáculos, como ya hemos señalado, para considerar completado el esbozo procedimental de precedente cita con lo que se dispone en el **artículo 109 del la misma LRJCA**.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido muy explícita en relación con el objeto de este incidente, señalando al respecto:

En la STS de 15 de junio de 1994 que:

"En definitiva, el incidente sustanciado no ha tenido, en contra de lo sostenido por la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, como única finalidad, determinar la cuantía de la indemnización sino también conocer y declarar si la sentencia se ha ejecutado o si fuese susceptible de ejecución in natura, en cuyo caso no procedería indemnización alguna".

En la STS de 10 de octubre de 2000, que:

"En este incidente no se discute acerca de la causa que ha provocado la situación existente, sino si ésta, la situación, es susceptible de calificarse como imposibilidad legal de ejecutar la sentencia dictada".

Y en la STS de 30 de enero de 2001, que:

"En todo caso, la declaración de que concurre una causa de imposibilidad legal de ejecución requiere la previa tramitación de un incidente destinado a depurar todas las circunstancias concurrentes y a declarar si la respuesta fuera positiva si procede determinar en favor del favorecido por la sentencia la correspondiente indemnización. Como no ha actuado así el Tribunal de instancia hemos de estimar el presente recurso de casación, declarando que procede que el Tribunal de instancia actúe en la forma indicada antes de declarar la imposibilidad legal de ejecutar su sentencia de 21 de octubre de 1999".

En la STS de 21 de enero de 1999 el Tribunal Supremo se pronunció sobre la posibilidad del periodo de prueba en el incidente, señalando que:

"No puede prosperar, frente a lo que se acaba de exponer, la queja de que la Sala no ha comprobado la imposibilidad de ejecución, cuando resulta lo contrario de la tramitación del incidente en el que, incluso, se ha abierto un periodo de prueba".

Y en la STS de 29 de septiembre de 2006, se añadió que

"Para que la Sala de instancia hubiese incurrido en la vulneración de las reglas y derechos invocados en este primer motivo de casación, las pruebas rechazadas tendrían que ser relevantes para la decisión en orden a la procedencia de declarar inejecutable la sentencia por imposibilidad legal o material, lo que no es así, según vamos a exponer seguidamente".

Y, por su parte, en la STS 18 enero 2000 sobre la cuestión relativa a la existencia de indefensión en la tramitación del incidente, exponiendo que:

"La demasía respecto de lo ejecutoriado se comete tanto cuando se contradicen materialmente los términos del fallo como cuando se incurre en un exceso o desajuste desde el punto de vista formal, por resolver la cuestión que debe decidirse en ejecución de sentencia siguiendo un trámite que origina indefensión a alguna de las partes y, por ende, al margen del procedimiento legalmente establecido, que debe sujetarse a las garantías procesales.

...los criterios fijados en el Auto de ... fueron adoptados en una decisión interlocutoria mediante la que se resolvía un recurso de súplica contra una providencia por la que se concedía un plazo para solicitar el recibimiento a prueba de un incidente abierto para resolver la pretensión de imposibilidad de ejecución de la sentencia deducida por la Administración. El principio de tutela judicial efectiva obliga a interpretar que en el mismo no podía sentarse criterios que en definitiva impidiesen que pudieran apreciarse otros extremos como susceptibles de integrar la indemnización que, como modo o forma mas adecuada de ejecutar la sentencia, el Tribunal podía acordar el la resolución que pusiera fin al incidente, única, en definitiva y, por ende, susceptible de producir efectos de cosa juzgada en cuanto a la cuestión discutida en el proceso incidental ..."

Y, en la STS de 27 de enero de 2007, que

"Por tanto, no existe duda alguna sobre el carácter contradictorio del procedimiento de inejecución, así como sobre la necesidad de conceder audiencia no solamente a quienes hayan sido parte en el pleito, sino también a quienes, sin haberlo sido, se considere interesados, como podría ocurrir con los comuneros o propietarios ---individualmente considerados--- de los diversos elementos del edificio cuestionado; así lo ratifica, a mayor abundamiento, el artículo 109.2 de la misma LRJCA, que igualmente impone la audiencia de las partes en el genérico procedimiento de ejecución de sentencia".

5**.** Y en cuanto a la **resolución judicial** del incidente de inejecución, hemos de señalar que la decisión judicial debe abarcar tres aspectos diferentes:

a) La concurrencia o no de la causa material o legal de imposibilidad de ejecución de la sentencia, siendo de suma utilidad, en tal sentido, la jurisprudencia, muy consolidada, del Tribunal Supremo en relación con el artículo 107 LRJCA56, la cual se ha pronunciado en un sentido restrictivo. Así la STS de 15 de julio de 2003 señaló que:

> *"El artículo 118 de la Constitución establece la obligación de cumplir las sentencias firmes de los Tribunales y el artículo 103. 2 de la Ley Jurisdiccional (L.J.) determina que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que éstas consignen, cumplimiento que no podrá suspenderse ni declararse la inejecución total o parcial del fallo ---artículo 105.1 de la L.J.---.*
>
> *La rotunda claridad de estos preceptos pone de relieve que es principio capital y esencial de todo el sistema judicial, la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos en que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad --- imposibilidad material o legal--- contenidos en el articulo 105.2 de la misma L.J., han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad".*

b) En segundo lugar, el Juez o Tribunal, si apreciare la concurrencia de esa causa, deberá adoptar las ***medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad*** de la ejecución.

Se trata, sin duda, de una habilitación legal escasamente explorada en la práctica jurisdiccional y que, por su ubicación sistemática no debe de ser entendida como una habilitación, exclusivamente, establecida para proceder a la ejecución de la sentencia en los mismos términos del fallo (pues ese mandato ya se contiene en el artículo 104.1 de la LRJCA). Por el contrario, este inciso del artículo 105 lo que implica es una específica habilitación al Juez o Tribunal para que, en el marco del supuesto de imposibilidad que el precepto regula, el órgano jurisdiccional pueda adoptar ---entendemos que incluso de oficio--- cuantas medidas resulten necesarias para la ejecución de la sentencia, aunque fuere de una forma diferente a la contemplada en el fallo, y sin tener que recurrir, de forma irremisible y necesaria, al mecanismo expresamente previsto de la indemnización, que, si bien se observa, no cuenta con el carácter de obligatorio, por cuanto el legislador se cuida de establecerla ***"en su caso"***. A título de ejemplo bien pudieran ---cual medida compensatoria o indemnizatoria de ámbito general--- imponerse, como modificaciones obligatorias del planeamiento, algún tipo de determinaciones urbanísticas de carácter público o social, con las que tratar de compensar la anterior vulneración de las normas urbanísticas cuya eliminación no ha resultado posible por la concurrencia de la causa expresada; la participación o la colaboración material o económica de los causantes o responsables de la infracción o de los beneficiados por la misma ---jurisdiccionalmente impuesta con este apoyo--- podría resultar un adecuado mecanismo que socialmente paliare o rehabilitare la situación de hecho producida y de imposible alteración futura; instrumento este que, por otra parte, tendría acogida tanto en el marco del esencial principio de equidistribución de beneficios y cargas, como en el del ámbito de la adecuada gestión urbanística, pues no debe olvidarse que en el vigente artículo 3º del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLS08) señala que *"la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general".*

c) En tercer lugar, habrá de proceder incluso a la fijación, en su caso, de **la *indemnización que proceda*** por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno la sentencia dictada. En principio, el procedimiento se considera como único, pero no existe inconveniente, de conformidad con el 71.1.d) LRJCA, para determinar simplemente las bases para la fijación de la cuantía de la indemnización, cuya definitiva concreción se determinará en ejecución de la mencionada resolución. Así en la STS de 27 de junio de 2006, se señaló que

> *"ni de la letra ni del espíritu del citado artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional se deduce tal imposibilidad sino todo lo contrario, de manera que el hecho de señalarse, en ocasiones, tal indemnización en el propio incidente abierto a instancia de la Administración obligada a*

ejecutar la sentencia, no supone que así deba ser, pues tramitado el procedimiento en la forma prevista por el indicado precepto, el mismo puede terminar con la declaración de inejecutabilidad de la sentencia meramente, para, después, tramitar el que permita fijar los perjuicios causados por ello, como en este caso se procedió con toda corrección por el Tribunal a quo a petición de los perjudicados".

Y, en la ya citada de 27 de enero de 2007, que

" ... ambas posibilidades resultan posibles desde la perspectiva del artículo 105.2 LRJCA, dependiendo todo de cual sea la pretensión ejercitada en el procedimiento de declaración de imposibilidad de ejecución, esto es, de que se haya planteado y concretado, o no, la pretensión indemnizatoria, y de que, de haberse concretado aquella, en el curso del mismo incidente se haya contado con la posibilidad de formular alegaciones al respecto, así como de proponer y practicar las pruebas pertinentes y adecuadas a la pretensión articulada.

(...) no resulta de recibo que, necesariamente, toda sentencia inejecutada, por causa legal o material, deba llevar implícita una indemnización de daños y perjuicios, ya que los mismos, en este caso ---y en cualquier otro supuesto de pretensión indemnizatoria---, han de depender de su real y efectiva existencia y de su acreditación ante el órgano jurisdiccional; sin que en este supuesto del artículo 105.2 de la LRJCA pueda sostenerse que, necesariamente y siempre, los perjuicios surgen por ministerio de la ley, quedando la decisión jurisdiccional limitada y constreñida a la cuantificación de los mismos.

(...)No deja de ser significativo que si bien el artículo 18.2 de la LOPJ, genérico y anterior en el tiempo, se refiere a la indemnización para estos supuesto "en todo caso", sin embargo, el posterior 105.2 de la LRJCA, se refiere al mismo supuesto, para este orden jurisdiccional, señalando su procedencia solo "en su caso"; expresión de la que ya nos hemos ocupado en la STS de 10 de marzo de 2004...".

3º) **<u>Singularidades urbanísticas</u>**

Por último, dentro de este apartado dedicado a la imposibilidad de ejecución de sentencia, hemos de dejar constancia de algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre lo que pudiéramos considerar ***<u>singularidades urbanísticas</u>*** en estos incidentes de inejecución de sentencias

Los mismos aspectos reseñados con anterioridad cuentan con una proyección especial cuando los situamos en el ámbito urbanístico, fundamentalmente cuando nos encontramos con sentencia que determinan, para su ejecución, la obligación de proceder a la demolición de una edificación, que infringe el Ordenamiento jurídico. Aspectos en los que nos vamos a limitar a poner de manifiesto la última jurisprudencia:

1.- **El principio de demolición como consecuencia obligada de la declaración de ilegalidad**

Así en la STS de 26 de septiembre de 2006:

" ... el pleito versó precisamente sobre la conformidad o no a derecho del acuerdo municipal que ordenó demoler las plantas NUM001, NUM002 y NUM003 del edificio en cuestión y la sentencia declaró ajustado a derecho tal acuerdo mandando que se ejecutase y se procediese, en consecuencia, a la correspondiente demolición, de manera que no estamos ante la demolición de una edificación como consecuencia de la anulación de una licencia sino ante una orden municipal de demolición declarada ajustada a derecho por una sentencia firme, por lo que resulta inexplicable que, al articular los motivos de casación, se asegure que la denegación de la inejecución solicitada no se ajusta a lo dispuesto en la parte dispositiva de la sentencia o que se alegue vulneración del derecho de los comuneros a una buena administración por haberse demorado tanto el Ayuntamiento en cumplir la sentencia, circunstancia esta que nunca sería razón para dejarla de cumplir sino, en su caso, para exigir las correspondientes responsabilidades por el incumplimiento, lo que el Tribunal a quo promovió oportunamente al deducir el correspondiente testimonio, que remitió al Ministerio Fiscal".

Por su parte en la STS de 4 de octubre de 2006 ---cuya doctrina reitera la posterior de 9 de noviembre de 2006--- recordó que:

> *"En la STS de 7 de febrero de 2000, entre otras muchas, señalamos, siguiendo una reiterada doctrina de la Sala, que "la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística*
>
> *(...) Como hemos señalado en otras ocasiones, ello es así "aunque el derribo ... sea una medida gravosa y suponga en sí misma costos elevados"; son, sin duda, los invocados con base en los argumentos expresado, derechos respetables y argumentaciones dignas de consideración, pero sin potencialidad jurídica suficiente para enervar la ejecución de una sentencia firme. La propia Exposición de Motivos de la vigente LRJCA señala que la misma "ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso administrativo". Y en tal sentido, añade que "el punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe", lo cual, a su vez, entronca "directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos", por cuanto "la negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas".*

2. **La viabilidad del principio de proporcionalidad en la ejecución**

En el ATS de 30 de enero de 1996 se planeó la cuestión relativa a la anulación de una sentencia que había declarado nula una reparcelación, solicitándose por los recurrentes se requiriese al Ayuntamiento para que, en plazo de un mes, proceda a restablecer la situación jurídica anterior a la fecha en que se aprobó la reparcelación luego declarada nula, sobre las propiedades afectadas por el proyecto de reparcelación y, en consecuencia, que se le ordene adopte las siguientes medidas: 1. Deje sin efecto las escrituras públicas otorgadas por el Ayuntamiento a causa de la reparcelación de los terrenos incluidos en el PERI núm. 18; 2. Cancele las inscripciones registrales practicadas en los Registros de la Propiedad correspondientes como consecuencia de la expresada reparcelación declarada nula; y 3. Anule las licencias de construcción otorgadas en los terrenos incluidos en el Polígono del PERI núm. 18 al amparo del expediente de reparcelación aprobado por el Municipio en 28 de junio de 1984. La Sala, sin embargo, con base en el mencionado principio señaló que

> "*La ejecución de sentencia que postula el apelante ... configurándola en anulación de escrituras públicas, cancelación de inscripciones registrales y anulación de licencias de construcción, cuyos titulares en número ingente están protegidos por una presunción de buena fe, que en modo alguno ha sido destruida por prueba alguna, está fuera de toda mesura, de toda proporcionalidad y, en definitiva situada extra legem*".

3. Inejecución consecuencia de la legalización urbanística

Se trata de un incidente bastante habitual en el ámbito urbanístico, existiendo muchas dudas acerca de si el nuevo planeamiento debe impugnarse en el período de ejecución de sentencia (al amparo del actual artículo 104 de la LRJCA), o llevarse a cabo en un recurso independiente. En todo caso, el objeto de las pretensiones que se deduzcan deben de ir encaminadas a demostrar la espúrea intencionalidad del mismo

Así en la STS de 28 de marzo de 2006 se puso de manifiesto que

> *"En relación con los preceptos que se citan como infringidos, hemos señalado en nuestra STS de 21 de junio de 2005 que*
>
> *"el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción, en sus apartados 4 y 5, permite que en el procedimiento de ejecución, resolviendo un mero incidente en él planteado, se declare la*

nulidad de actos o disposiciones administrativas distintas, claro es, de las que ya fueron enjuiciadas en la sentencia en ejecución. Pero para ello exige, no sólo que el acto o disposición sea contrario a los pronunciamientos de dicha sentencia, sino, además, que se haya dictado con la finalidad de eludir su cumplimiento. El precepto contempla, pues, un singular supuesto de desviación de poder, en el que el fin perseguido por el acto o disposición no es aquél para el que se otorgó la potestad de dictarlo, sino el de eludir el cumplimiento de la sentencia".

Por su parte en nuestra STS de 1 de marzo de 2005 hemos expuesto que

"no se puede olvidar que el artículo 103.4 de la vigente Ley Jurisdiccional dispone que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, y el apartado 5 del mismo precepto establece que el órgano jurisdiccional, a quien corresponda la ejecución de la sentencia, declarará, a instancia de parte, la nulidad de los mencionados actos y disposiciones por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109 de la misma Ley, salvo que careciese de competencia para ello ...".

Efectivamente, la nueva LRJCA de 1998, tras la regulación de lo que se ha denominado ejecución voluntaria y ejecución forzosa, contiene, en tercer lugar, los supuestos que han sido calificados como de ejecución fraudulenta; esto es, la nueva Ley regula aquellos supuestos en los que la Administración procede formalmente a la ejecución de la sentencia dictada, mediante los pronunciamientos, actos o actuaciones para ello necesarios, pero, sin embargo, el resultado obtenido no conduce justamente a la finalidad establecida por la propia Ley; como consecuencia, lo que ocurre es que con la actuación administrativa, en realidad, no se alcanza a cumplir la sentencia en la forma y términos que en esta se consignan, para conseguir llevarla a puro y debido efecto.

Del nuevo texto legal pueden deducirse dos supuestos diferentes de ejecución fraudulenta, el primero (103.4 y 5), con una connotación estrictamente jurídica, y, el segundo (108.2), que pudiera tener como fundamento una actuación de tipo material:

1º. Para evitar, justamente, este tipo de actuaciones, el artículo 103 en sus números 4 y 5, contempla la situación, dibujada por el legislador, de los supuestos "de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento"; para estos supuestos, esto es, cuando se está en presencia de una actuación jurídica de la Administración ---concretada en la emisión de posteriores actos administrativos o en la aprobación de nuevas disposiciones--- con la finalidad de eludir los expresados pronunciamientos, el legislador pronuncia y establece como sanción para tales actuaciones la nulidad de pleno derecho de tales actos y disposiciones, regulando a continuación, si bien por vía de remisión, el procedimiento a seguir para la declaración de la nulidad de pleno derecho antes mencionada. En el ámbito urbanístico, estaríamos ---como en el supuesto de autos se imputa que acontece--- en presencia del posterior planeamiento aprobado o de la posterior licencia dictada "con la finalidad de eludir" la nulidad judicialmente decretada del anterior planeamiento o de la previa licencia. Conviene, pues, destacar que el objeto de este incidente cuenta con un importante componente subjetivo, pues lo que en el mismo debe demostrarse es, justamente, la mencionada finalidad de inejecutar la sentencia con el nuevo y posterior acto o disposición, o, dicho de otro modo, la concurrencia de la desviación de poder en la nueva actuación administrativa, en relación con el pronunciamiento de la sentencia .

Desde esta perspectiva procedimental el número 5 del artículo 103 determina que "el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia", es el competente para la resolución de estos supuestos incidentales salvo, lógicamente, en los supuestos en los que, por razón del órgano que dictase el acto, "careciere de la competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley". El propio texto legal establece la imposibilidad de que el órgano jurisdiccional de oficio proceda a la iniciación del expresado procedimiento por cuanto en el mismo se requiere que la actuación del expresado órgano se produzca "a

instancia de parte", remitiéndose en el mismo precepto a los trámites previstos en los apartado 2 y 3 del artículo 109 del mismo texto legal; trámites consistentes, exclusivamente, en la audiencia o traslado de solicitud formulada a las partes por un plazo común que no exceda de veinte días, para que aleguen lo que estime procedente, y la resolución por parte del Juez o Tribunal mediante auto en el plazo de diez días. El hecho de que este artículo 103.5 se refiera, exclusivamente, a la "parte" para solicitar la nulidad de los actos dictados, con posterioridad a la sentencia, contrarios a los pronunciamientos de la misma, parece que no impediría que tal solicitud pudiera ser formulada por las "personas afectadas", a las que se refiere tanto el artículo 104.2, para poder instar la ejecución forzosa de la sentencia, como el 109.1 ---al que el 103 se remite (si bien solo en sus apartados 2 y 3)--- que regula la legitimación en el procedimiento incidental por el que habría de discurrir la petición de nulidad.

2º. El segundo supuesto (108.2 de la LRJCA) de la que hemos denominado ejecución fraudulenta de la sentencia ---aunque no es el supuesto de autos--- viene determinada no como consecuencia de una actividad jurídica de la Administración ---esto es mediante actos o disposiciones dictados para contradecir los pronunciamientos de las sentencias, que acabamos de examinar--- sino como consecuencia de una actividad material de la propia Administración "que contraviniere los pronunciamientos del fallo" de la misma. Es, como decimos, el supuesto contemplado en el artículo 108.2 de la LRJCA en el cual se hace referencia a los casos en los que la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo".

Por último, y en relación con los aspectos procedimentales, la reciente STS de 29 de septiembre de 2009, ya citada, ha señalado:

"Es cierto que el artículo 103.1 de la LRJCA atribuye, con exclusividad, la potestad de hacer ejecutar las sentencias al Juzgado o Tribunal de este Orden Jurisdiccional "que haya conocido del asunto en primera o única instancia", mas ello ha de ser así ---como hemos expuesto--- cuando, con exclusividad, se esté en presencia de una pretensión de ejecución de sentencia, pero no en un supuesto como el de autos en el que, junto a la acción anulatoria prevista en el artículo 103.4, se articula otra basada en infracciones estrictamente materiales del Ordenamiento jurídico, y, además, se añade un recurso indirecto.

En la STS de 5 de febrero de 2008 hemos señalado la diferencia entre ambas vías procesales ---así como la diferente competencia jurisdiccional para la tramitación de la pretendida vía incidental---, pues, según se expresa, "son cosas distintas las dos siguientes:

a) Una, pedir en ejecución de sentencia la nulidad de un acto administrativo porque sea contrario al pronunciamiento de la sentencia (Artículo 103, apartados 4 y 5 de la LJCA 29/98).

b) Otra, interponer un recurso Contencioso-Administrativo contra ese mismo acto.

Tan distintas son ambas cosas, que hasta el órgano jurisdiccional competente para resolver una y otra petición puede ser distinto. De forma que conviene en esta materia utilizar las palabras y los conceptos con propiedad, para que el Tribunal esté seguro de lo que se le pide".

El motivo, pues, no puede prosperar. No tratándose de una exclusiva acción de nulidad con fundamento en el artículo 103.4 la ejercitada en autos, ningún obstáculo procesal surge para que el conocimiento y resolución del recurso se haya llevado a cabo por una Sección de la Sala distinta de la que dictó la sentencia de la que lo ahora actuado trae causa. Cuestión, esta, a mayor abundamiento, no planteada en la instancia e inviable, por tanto, en esta concreta vía jurisdiccional".

4. La articulación administrativa del la inejecución

Debemos destacar una importante línea jurisprudencial que incide en la forma de articular ante el órgano jurisdiccional competente las mencionadas causas de imposibilidad.

En la STS de 26 de septiembre de 2006, cuya doctrina sigue la de 10 de noviembre de 2006, se ha puesto de manifiesto que

> *"Con la prueba pericial, tendente a demostrar que el nuevo planeamiento permitiría legalizar el edificio ilegalmente construido en su día, tampoco se conseguiría una declaración de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia de demolición, dado que la aprobación de un nuevo planeamiento urbanístico no es por sí sola razón para tener por legalizada una obra ejecutada en contra del ordenamiento vigente al tiempo de su construcción, ni el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 105 de la Ley Jurisdiccional tiene por objeto declarar legalizada la obra en cuestión sino controlar si resulta ajustada a derecho la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, que la Administración obligada a ello considera que concurre, de modo que, en el supuesto de que no sea dicho órgano obligado al cumplimiento de la sentencia el que promueva el incidente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, el interesado en la declaración de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia debe acreditar ante el Juez o Tribunal competente para ejecutarla que la Administración, sobre la que pesa el deber de ejecutar la sentencia, ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de tal imposibilidad, bien por ser procedente la legalización de la obra bien por resultar materialmente imposible ejecutarla, pues, de lo contrario, la sentencia tendrá que ejecutarse en sus propios términos de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución, 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 103 a 105 de la Ley Jurisdiccional.*
>
> *Por consiguiente, una prueba pericial, tendente a demostrar en el incidente promovido ante el Tribunal que la obra sería legalizable con arreglo al ordenamiento urbanístico aprobado después o que resulta materialmente imposible la demolición, deviene irrelevante sin una previa solicitud a la Administración obligada a ejecutar la sentencia, cuya resolución expresa o tácita siempre será susceptible de control jurisdiccional en el incidente regulado en el citado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción. De aquí, la corrección jurídica del argumento expuesto por la Sala de instancia en orden a rechazar lo solicitado por la Comunidad de Propietarios, declarando que "únicamente si se adoptan por la Administración demandada los acuerdos en relación con la legalización de la obra litigiosa podría entonces esta Sala valorar, en primer lugar, si tal decisión municipal presenta una apariencia de razonabilidad o seriedad que la separe de lo que sería una vía torticera indirecta de incumplimiento de lo ordenado en la Sentencia, y sólo a partir de esos acuerdos municipales se podrían valorar también las circunstancias relativas a la proporcionalidad y en consecuencia a la ejecutabilidad de la sentencia e incluso, llegado el caso, a la posibilidad de ir a una ejecución sustitutoria por vía de indemnización".*
>
> *(...) Repetimos que fue acertado el criterio del Tribunal a quo al desatender la pretensión de la Comunidad de Propietarios recurrente porque no basta, para tener por legalizada una obra, con que se apruebe un nuevo planeamiento urbanístico sino que debe instarse del órgano competente la oportuna legalización, cuya resolución al respecto, ya sea expresa o tácita, será susceptible de control jurisdiccional en fase de ejecución de sentencia, de modo que no existe dejación alguna en el ejercicio de la jurisdicción ni desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva".*

Por su parte, en la STS de 4 de octubre de 2006 ---cuya doctrina sigue la de 9 de noviembre de 2006--- se señaló que

> *"No consta, por el contrario, y así lo han reconocido las partes, que el Ayuntamiento instante de la imposibilidad de ejecución haya tramitado procedimiento alguno de legalización de lo indebidamente construido. La inejecución se solicita con base, se insiste, exclusivamente, en la citada modificación del planeamiento, sin actuación alguna concreta en el sentido expresado. Esto es, ni consta solicitud alguna de legalización ---ni actuación*

municipal alguna de índole similar--- tramitada de conformidad con lo establecido en los artículos 175 y siguientes de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, ni tampoco con arreglo a la legislación derogatoria de la misma, esto es, artículos 209 y siguientes de la Ley del Parlamento de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, sobre Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

No se ha acreditado, pues, que el Ayuntamiento, procediera a cumplimentar el mandato, tendente a la legalización de las obras; esto es, que, como se decía en nuestra normativa estatal, procediera a requerir a la entidad promotora ---en el clásico trámite del artículo 185.1 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril---, a fin de que en el plazo de dos meses la citada entidad solicitara licencia con proyecto que incluyera la subsanación de los desajustes, dando después el trámite dispuesto en el artículo 185.2 del citado Texto Refundido si la licencia no se solicita o su otorgamiento es contrario a la normativa urbanística. En consecuencia, el artículo 185 del Texto Refundido de 1976 ---sustituido con posterioridad por el artículo 249 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio---, que contemplan el supuesto de obras ya terminadas, establecía ---como ahora lo establecen las normativas autonómicas--- un procedimiento dentro del cual aparece una primera fase cuyo objetivo es brindar al administrado la oportunidad de legalización, mediante el seguimiento del correspondiente procedimiento y la obtención, en su caso, de la oportuna licencia, y, otra segunda, en la que, si no se produce la legalización, plasmada en la citada licencia, se llega a la demolición de lo indebidamente construido.

En el fondo, pues, lo que se discute es si basta con la exclusiva circunstancia de la aprobación de un nuevo planeamiento posterior ---conforme al cual ya no concurriría la infracción urbanística determinante de la nulidad declarada por la sentencia cuya inejecución se pretende--- para, de forma automática y sin mas trámites, poder obtener un pronunciamiento jurisdiccional de inejecución legal de la sentencia.

La respuesta no puede ser positiva.

En la STS de 21 de diciembre de 1993 ya dijimos que "el art.178 del TRLS sujeta a licencia todos los actos de edificaciones y uso del suelo, es decir, que cualquier acto que constituya edificación o, sencillamente uso del suelo en cualquier forma, está sujeto a control previo de la licencia. El art. 184.2 establece el plazo de dos meses para que el interesado solicite la licencia en el supuesto de suspensión de obras en curso y, si el particular incoa el procedimiento solicitando la licencia, habrá de estar al resultado del mismo, puesto que será este resultado el que conduzca a la legalización de las obras o a su demolición, y, en el supuesto de que la obra estuviese terminada ---cual es el de autos--- siempre es aplicable el art. 185 del TRLS conforme al cual el procedimiento para dictar el acto de requerimiento al promotor de la obra o sus causahabientes para que soliciten la licencia es el mismo que el regulado en el art. 184, sin que aquí se dé la suspensión de la obra por la sencilla razón de que aquélla está terminada, pero, en lo demás, el procedimiento es el mismo, sus requisitos y trámites son idénticos y sólo varía el plazo que es irrelevante en el presente supuesto. Todo ello quiere decir que la legalización de una edificación ya construida exige idéntica licencia de obras que la que aún no se ha realizado o la que se encuentra en vías de realización, por lo que es incuestionable que si para la edificación de la obra que pretende legalizarse era necesaria la confección de un proyecto ...".

Tales exigencias son reiteradas ---con algunas pequeñas diferencias--- por la legislación autonómica gallega previamente citada, esto es, la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia y la Ley del Parlamento de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, sobre Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, derogatoria de la anterior y que entró en vigor el 1º de enero de 2003.

En la STS de 7 de enero de 1999 dijimos que "Las sentencias del tipo de la que se ejecuta no se cumplen por el mero acuerdo que declara que éstas se cumplan (en el caso

enjuiciado acordando la eventual legalización de lo indebidamente edificado, o, alternativamente, decidiendo la demolición cuando la opción de la legalización no es posible, o se han cumplido los plazos y condiciones establecidos para la legalización), sino que es necesario que la legalización efectiva se lleve a efecto, o, alternativamente, la demolición se realice. Con todo esto quieren decirse al menos dos cosas: La primera, que la mera declaración de legalización es insuficiente para que la sentencia se tenga por cumplida, siendo necesario que se adopten los acuerdos efectivos para que tal declaración legalizadora sea real. En segundo lugar, que los acuerdos legalizadores han de ser controlados en el propio proceso de ejecución por el órgano sentenciador; esto significa que el ente de la Administración cuando ejecuta, lo hace bajo la vigilancia y control del órgano jurisdiccional".

Obviamente, sin el previo cumplimiento de los mencionados trámites (que implican, en el supuesto de que las obras fueran legalizables, conforme a las nuevas Normas Subsidiarias, la concesión de la correspondiente licencia), la Sala, como pusiera de manifiesto en el supuesto de autos la Sala de instancia, no puede efectuar pronunciamiento alguno positivo sobre la inejecución de la sentencia, por cuanto tal pronunciamiento de inejecución por causa legal viene derivado, y es consecuencia, del previo seguimiento del procedimiento de legalización de las obras, que concluye y se plasma en la correspondiente concesión de licencia; debe, sin embargo, advertirse que no toda legalización y concesión de licencia lleva implícita la declaración jurisdiccional de inejecución de la sentencia, pues, como con reiteración hemos puesto de manifiesto (SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004) "Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado reiteradamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración ...".

Así, en la STS de 30 de enero de 2001dijimos que "Hemos de partir de que tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, como el 105.2 LRJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la "potestas variandi" de la Administración Urbanística (STS de 21 de enero de 1999, y las que en ella se citan). Sin embargo, como hemos declarado en STS de 23 de julio de 1998, no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización "ex post facto" de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia. En todo caso, la declaración de que concurre una causa de imposibilidad legal de ejecución requiere la previa tramitación de un incidente destinado a depurar todas las circunstancias concurrentes y a declarar si la respuesta fuera positiva si procede determinar en favor del favorecido por la sentencia la correspondiente indemnización".

Y más recientemente, en la STS de 6 de febrero de 2007 (RC 692/2004), se puso de manifiesto que:

" ... no compartimos la tesis de la entidad mercantil recurrente ni la del Ayuntamiento de ..., porque el incidente previsto en el invocado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción no tiene la finalidad de examinar y declarar jurisdiccionalmente si la obra ordenada demoler en sentencia es legalizable o si la licencia de actividad debe o no ser otorgada por haber desaparecido las circunstancias que, según la sentencia, lo impedían, sino la de comprobar si concurren o no causas de imposibilidad material o legal de ejecutar dicha sentencia, de modo que, para ello, como con toda corrección señala la Sala de instancia en los autos recurridos, es imprescindible que la Administración competente haya resuelto acerca de la legalización de la obra y de la actividad, de manera que, una vez tramitados los oportunos expedientes a tal fin y dictada la resolución otorgando las oportunas licencias por ser conforme a derecho su concesión, podrá el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia promover eficazmente el incidente de imposibilidad material o legal de ejecutarla, lo que en este caso no ha sucedido, aunque el Ayuntamiento haya manifestado, según hemos indicado, su voluntad de comprobar si la edificación y la actividad, cuyas licencias fueron anuladas en la sentencia con orden expresa de demolición, deben ser objeto de legalización mediante la expedición de nuevas licencias"

5. Limitación de la casación

Otro tema reiterativo es el relativo al acceso al recurso de casación de muchos de estos temas, habiéndose producido una abundante jurisprudencia interpretando el artículo 87.1.c) de la vigente LRJCA.

Así en la STS de 4 de mayo de 2004 (que luego reiterarían las SSTS de 13 de mayo de 2005 y 27 de junio de 2006) se puso de manifiesto que

" ... las demás infracciones denunciadas son manifiestamente inadmisibles por desviarse del objeto del recurso de casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia, (y) debemos repetir, una vez más, lo declarado, entre otras, en nuestras Sentencias de 13 de febrero, 17 de abril y 25 de octubre de 1999, 18 de enero y 5 de mayo de 2000, 21 de octubre de 2002, 8 de julio y 10 de diciembre de 2003, al expresar en ellas que los únicos motivos que cabe aducir en casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia son los contemplados en el propio precepto que permite interponer dicho recurso, es decir, los que ahora se incluyen en el apartado c) del artículo 87.1 de la Ley de esta Jurisdicción 29/1998, de 13 de julio, o sea cuando el auto recurrido resuelve cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia que se ejecuta o cuando contradice los términos del fallo de ésta.

Mientras que en los demás recursos de casación se confrontan las actuaciones procesales, la sentencia o el auto con una norma jurídica, al objeto de declarar su conformidad o no con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, en el recurso de casación contra autos dictados en ejecución provisional o definitiva de sentencias la comparación se ha de efectuar entre lo ordenado para su ejecución y la parte dispositiva de la sentencia que se ejecuta con el fin de evitar extralimitaciones en dicha ejecución, distinta función, pues, de la nomofiláctica y uniformadora del recurso de casación, por lo que ha venido a denominarse atípico este recurso de casación en ejecución de sentencia.

Esta Sala, en sus Sentencias de 9 y 23 de julio de 1998, salió al paso de una interpretación incorrecta de la expresión "cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia", que pudiera ampliar indebidamente el recurso de casación frente a todos los autos que resolviesen una cuestión no tratada o examinada en la sentencia, como es la indemnización de daños y perjuicios acordada en sustitución de la ejecución in natura de la sentencia, pero en tales Sentencias se aclaró que hay que distinguir las cuestiones sustantivas, distintas, colaterales o anejas a la cuestión planteada en el pleito y decidida en la sentencia, de las que surjan con motivo u ocasión de la ejecución, las que forman parte de ésta, como sucede con la indemnización que sustituye a la ejecución con sus propios términos, y que por ello no deja de ser ejecución de la sentencia.

(...) La Sala de instancia en la misma ejecutoria dictó, con fecha 26 de mayo de 1995, un auto declarando la imposibilidad legal de ejecutar en sus propios términos la sentencia definitiva y firme que puso fin al proceso, sustituyéndola por una indemnización de los daños y perjuicios derivados de la inejecución, resolución que, conforme a lo establecido por el apartado c) del artículo 87.1 de la vigente Ley Jurisdiccional, contradice abiertamente los términos de la sentencia que se debería haber ejecutado, si bien tal inejecución viene amparada por lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, al concurrir una causa de imposibilidad legal expresamente declarada, por lo que tal decisión fue acatada, de manera que la ejecución de la sentencia en sus propios términos ha venido a ser sustituida por una indemnización de daños y perjuicios derivados de la inejecución.

(...) Lo que con el motivo de casación esgrimido se plantea es si la cuantía de la indemnización, fijada por el Tribunal a quo, supone una condigna compensación de esos daños y perjuicios.

Si el Tribunal de instancia hubiese denegado cualquier indemnización, como hizo en su primera resolución, que después reformó al resolver el recurso de súplica, nos podríamos, efectivamente, plantear si se ha dejado sin contenido alguno la sentencia que se trataba de ejecutar, pues, aun siendo legalmente inejecutable en sus propios términos, era susceptible de ejecución sustitutoria a través de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la inejecución.

El problema, sin embargo, no está ahí sino en decidir si la cuantía de la indemnización fijada por la inejecución de la sentencia es también susceptible de recurso de casación, como pretenden los recurrentes, o, por el contrario, queda la determinación de esa cifra sujeta exclusivamente a la facultad soberana y prudente arbitrio de la Sala de instancia, al no contemplar la Ley otro recurso de casación frente a los autos dictados en ejecución de sentencia que el basado en los dos motivos previstos en el apartado c del artículo 87.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

Por otra parte en la STS de 12 de mayo de 2006 se insiste en que

" ... entre otras muchas, las sentencias de 3 de julio de 1995, 9 y 23 de julio de 1998, 13 de febrero, 5 de marzo, 17 de abril y 26 de octubre de 1999, 18 y 29 de enero y 5 de mayo de 2000, 21 de octubre de 2002, 8 de julio y 10 de diciembre de 2003, 4 de mayo, 15 de junio, 27 de octubre y 10 de noviembre de 2004, o 1 de marzo de 2005. Estas sentencias --- aquella jurisprudencia, en suma--- añaden repetidamente que el recurso de casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia tiene por objeto controlar las posibles extralimitaciones, por exceso o defecto, respecto de lo resuelto en la sentencia o examinar si se han venido a decidir cuestiones que no fueron resueltas en la propia sentencia, lo que constituye otra forma de extralimitación. Se trata, pues, de examinar si el auto es ajustado o no a los estrictos pronunciamientos de la sentencia que se ejecuta, de manera que el término de comparación no son las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, ni tampoco las formas esenciales del juicio, sino lo dispuesto en la sentencia que se ha de cumplir. Lo cual no quiere decir, claro es, que quepa prescindir del ordenamiento jurídico sustantivo o procesal cuando se adoptan decisiones en la fase de ejecución, sino, tan solo, que no son esas eventuales infracciones y sí sólo aquellas extralimitaciones las que abren el acceso al recurso de casación, pues éste, como recurso extraordinario que es, no se abre contra cualesquiera tipo de resoluciones y por cualesquiera motivos, sino, tan solo, contra las resoluciones y por los motivos que el legislador ha fijado".

6. Determinación de la indemnización sustitutoria

Al margen de reiterar lo expuesto con anterioridad citando la STS de 24 de enero de 2007, en la STS de 11 de marzo de 2002 se señaló que:

"Ninguna duda hay de que la ejecución de las resoluciones judiciales comporta, desde un punto de vista subjetivo, un derecho fundamental a la ejecución, que forma parte del

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (sentencias del Tribunal Constitucional 32/1982, 67/1987, 240/1998 y 106/1999). La inejecución parcial ha sido acordada a instancia de la recurrente, quien reconoce, como expresa el Auto recurrido de 8 de noviembre de 1999, que el edificio está ya legalizado y es conforme a la normativa urbanística modificada. No se ha discutido en ningún momento ---como también subraya expresamente el Auto de 11 de enero de 2000--- la pertinencia de dicha legalización ni se ha alegado tampoco que la misma se haya producido con vicio de desviación de poder o en fraude de Ley para incumplir el fallo. La cuestión queda centrada, en consecuencia, en la procedencia de un cumplimiento por equivalente, que la jurisprudencia constitucional admite cuando así viene establecido por la Ley "por razones atendibles" (sentencia del Tribunal Constitucional 205/1987).

El artículo 105.2 de la LJCA determina, en tal sentido, que los Tribunales fijarán, en su caso, la indemnización que proceda por la parte de la sentencia que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. En tal estado de cosas resulta que los Autos recurridos no sólo no niegan, sino que reconocen expresamente la procedencia de esa indemnización, por lo que la queja pierde también relieve desde esa perspectiva, quedando sólo por examinar el acierto de las razones por las que no se accede a conceder indemnización por ninguno de los conceptos invocados.

(...) El aprovechamiento urbanístico de la finca de las recurrentes no ha sufrido merma alguna como consecuencia de las modificaciones urbanísticas que han permitido legalizar el edificio de viviendas de protección oficial construido en el solar del Ayuntamiento. No se ha formulado ningún reparo contra la nueva ordenación ni contra la legalización, como ya se ha dicho. En consecuencia resulta evidente la corrección del razonamiento de las resoluciones recurridas al declarar: a) La inadmisibilidad del concepto depreciación del edificio de las recurrentes, que se alega como consecuencia de la simple construcción del otro inmueble, ya que la causa del demérito, caso de existir, no deriva de la licencia que se anuló, sino de una ordenación urbanística no discutida que permite la edificación litigiosa, y b) La improcedencia de atribuirse como lesión resarcible el supuesto mayor aprovechamiento obtenido por el Ayuntamiento con la ordenación nueva, con relación al aprovechamiento que tenía con la ordenación vigente con la licencia que se anuló, por la simple razón de que ese aprovechamiento nunca ha pertenecido a las recurrentes y no ha sido obtenido a cargo de sus derechos urbanísticos.

No ha probado la recurrente la existencia de daños producidos como consecuencia de la licencia ilegal desde el momento en que ésta se concedió hasta el momento en que se legalizó el edificio litigioso. Los Autos recurridos señalan acertadamente que correspondía a la recurrente la carga de probar dichos perjuicios, que sí habrían sido indemnizables. Al no haber logrado hacerlo las resoluciones recurridas son conformes a Derecho y el motivo debe ser desestimado".

7. **Responsabilidad por el derribo o demolición**

En la STS de 27 de junio de 2006 señalamos que:

"la solidaridad es la forma correcta de responder frente a los terceros perjudicados en este caso no hay duda por estar así previsto legalmente en el apartado 2 del artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, que, al regular la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, establece que la responsabilidad será solidaria cuando no sea posible determinar la participación de cada una de las Administraciones concurrentes en la producción del daño, como sucede en este supuesto, dadas las actuaciones de la Administración autonómica y del Ayuntamiento, razón por la que el recurso de casación interpuesto por aquélla no puede prosperar".

Y en la de 4 de octubre de 2006

" ... remitiéndose para la cuestión relativa a la "existencia de terceros adquirentes", entre otros extremos entonces discutidos a los "trámites de ejecución de sentencia". Desde esta

perspectiva, la cuestión ha de plantearse ---en su caso--- en el marco del procedimiento de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones con competencia material, como hacía el Auto de 25 de marzo de 1987, que se remitía a la "acción de regreso contra el enajenante de las viviendas y locales, exigiendo responsabilidad de daños y perjuicios por la posible responsabilidad, ante la Jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.101 del Código Civil".

8. Posición de los terceros adquirentes

En la STS de 12 de mayo de 2006 se señaló que

> *"los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976.*

Y en la STS de 26 de septiembre de 2006

> *"El que los propietarios, que forman parte de la Comunidad recurrente, tengan la condición de terceros adquirentes de buena fe carece de trascendencia a los efectos de impedir la ejecución de una sentencia que impone la demolición del inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística, pues la fe pública registral y el acceso de sus derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico, ya que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fe con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado.*
>
> *(...) frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a éstos".*

Y, en fin, en la STS de 4 de octubre de 2006, que

> *"las alegaciones de los recurrentes en relación con la protección del derecho de propiedad, tampoco pueden acogerse. Debe recordarse que "en este momento procesal no es necesario ni pertinente poner en relación el precepto citado del art. 34 de la Ley Hipotecaria con el del art. 88 de la vigente Ley del Suelo, determinante de la subrogación real de los terceros adquirentes ... puesto que ello implicaría un retroceso en la dinámica el proceso y una intromisión en su fase cognitiva, superada con la sentencia firme que le puso fin".*

VI. EXPROPIACIÓN DE LOS DERECHOS DE UNA SENTENCIA

A) ***Causas***

Instaurada esta posibilidad, como antes pusimos de manifiesto, por el artículo 18.2 LOPJ, en el número 3 del artículo 105 de la LRJCA se señalan cuales son, con carácter de exclusividad, las causas de utilidad pública o interés social válidas para poder llevar a cabo la expropiación de los derechos reconocidos por la sentencia; en la actual legislación se reducen a tres las expresas causas, de utilidad pública o interés social, cuales son:

a) En primer lugar, "**el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos**";

b) En segundo lugar, "**el temor fundado de guerra**"; y,

c) Por último, ***"el quebranto de la integridad del territorio nacional"*.**

B) ***Órganos competentes para la expropiación***.

Se produce, en el expresado precepto (105.3 LRJCA), sin embargo, una ampliación de los órganos con capacidad para apreciar la concurrencia de las expresadas causas, por cuanto la misma, en el artículo 18.2 LOPJ, sólo se sitúa en el ámbito del Gobierno de la Nación ---que continúa en el 105.3 pudiendo estimar la concurrencia de todas las causas mencionadas---, sino que el nuevo precepto extiende esta posibilidad a los Consejos de Gobiernos de las Comunidades Autónomas, pero exclusivamente cuando se trate de la primera de las causas mencionadas, esto es que *"se trate de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos"*, y concurra además, obviamente, la circunstancia de que el acto, la actividad o la disposición impugnada previniere, bien de los órganos de la Administración de dicha Comunidad Autónoma, bien de las Entidades Locales de su territorio, o bien, en fin, de las Entidades de Derecho público y Corporaciones dependientes de una y otras. El Tribunal Supremo en la STS de 30 de enero de 2001 señaló que

> *"La otra infracción que se denuncia, la del artículo 18.2 de la L.O.P.J. por no haber expropiado los derechos que dimanan de la sentencia olvida que dicho precepto contempla dos hipótesis: "Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal, a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización". En la primera de ellas se regula la hipótesis de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia, por ejemplo, derivada de cambio legislativo, que es la aplicable a la cuestión litigiosa. En la segunda, por el contrario, se regula la hipótesis de la sentencia que, siendo ejecutable, puede ser expropiada. La pretensión del recurrente, en el sentido de que el asunto litigioso se incluya en esta segunda previsión legal carece de la apoyatura fáctica y legal necesaria, pues ya hemos razonado que el supuesto de autos no es el de una sentencia "ejecutable", sino el de la ejecución imposible o inejecutable".*

C) ***Objeto de la expropiación***

La regulación contenida en la vigente LRJCA de 1998 ha ampliado considerablemente el ámbito del objeto expropiatorio, por cuanto, a diferencia de lo que se establecía en el artículo 18.2 LOPJ ---que se limitaba exclusivamente a los ***"derechos reconocidos"***---, ahora, pueden expropiarse por los órganos mencionados no solo de los derechos sino también de los ***"intereses legítimos reconocidos"*** frente a la Administración en una sentencia firme.

D) ***Procedimiento***

Desde una perspectiva procedimental, el artículo 105 LRJCA, en el párrafo segundo del número 3, se distingue entre una fase administrativa y otra jurisdiccional:

1º. El procedimiento se inicia con una declaración administrativa, que habrá de producirse por los cauces procedimentales administrativos internos correspondientes, para lo cual el precepto establece que el plazo ---con el que cuentan los órganos de las indicadas Administraciones--- para proceder a la declaración de concurrencia de alguna de las expresadas causas es el plazo de los dos meses siguientes al de la comunicación de las sentencias a la Administración.

2º. La segunda fase tiene carácter jurisdiccional, señalándose por la Ley el procedimiento incidental para que el Juez o Tribunal a quién competa la ejecución lleve a cabo un posible doble pronunciamiento:

a) Cuando la causa que fundamente la previa declaración administrativa sea "el temor fundado de guerra" o el "quebranto de la integridad del territorio nacional" ---que sólo pueden ser esgrimidas por el Estado--- la decisión judicial se extenderá exclusivamente a la fijación de la correspondiente indemnización; esto es, tal decisión, ---en realidad, político-administrativa---, no admite, en principio, control jurisdiccional, tratándose de actos que pueden calificarse de "actos del Gobierno", contemplados en el artículo 2.a) LRJCA, y de los que, no obstante se permite su enjuiciamiento desde la triple perspectiva, que en el citado precepto se contemplan, de (1) la vulneración de derechos fundamentales, o (2) cuando el objeto de las pretensiones se dirijan frente a los elementos reglados de los mismos o, en fin, (3) para la determinación de las indemnizaciones que fueren procedentes

b) Pero, cuando se trata de la causa consistente en el *"peligro cierto de alteración grave de libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos"*, la decisión judicial si resulta trascendente, y, se extenderá, (1) en primer lugar, a la concurrencia de la causa alegada, bien por el Gobierno de la Nación o bien por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, y, (2) en segundo lugar, el Juez o Tribunal debe pronunciarse sobre la correspondiente indemnización, como consecuencia de la expropiación efectuada, compensatoria de la misma. Esto es, a diferencia de los supuestos anteriores, aquí el control jurisdiccional sí se extiende plenamente a la concurrencia de la causa.

VII. MODULACIÓN EN CASO DE TRASTORNO GRAVE PARA LA HACIENDA PÚBLICA

El artículo 106 del nuevo texto legal ---como ya hemos expresado--- desarrolla la forma de llevar a cabo la ejecución de una sentencia ***"cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad liquida"***. Para tales supuestos, la Ley ha optado por dejar en manos de la Administración la concreta determinación del modo y forma de llevar a cabo el pago de la cantidad adeudada, pues contempla que sea el ***"órgano*** ---de carácter administrativo--- ***encargado de su cumplimiento"***, el que, en concreto, acuerde el ***"pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable"***.

En el mismo precepto 106 de la LRJCA se regulan otros aspectos complementarios del abono de la cantidad líquida:

1º. *Necesidad de modificación presupuestaria*.

Ello resultará necesario cuando el crédito ---ampliable--- señalado por el órgano de la Administración encargado del cumplimiento del pago no resultara suficiente para hacer frente al crédito cuya ejecución se pretende. Para tales situaciones se limita el legislador a señalar un plazo para la conclusión del específico procedimiento de modificación presupuestaria, al indicar que el mismo ***"deberá concluirse... dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de resolución judicial"*****,** más sin establecer consecuencia alguna derivada de un hipotético incumplimiento.

2º. Abono del interés legal.

En el mismo precepto, y en su apartado segundo, se contempla la forma de determinación del interés que ha de abonarse en el supuesto en que la Administración fuere condenada al pago de una cantidad liquida de dinero; la LRJCA señala que a tal cantidad *"se añadirá el interés legal del dinero"*, que se fija cada año en la Ley de Presupuestos, correspondientes a la anualidad, y que deberá abonarse ***"calculando desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia"*.**

3º. Abono del interés incrementado.

Además de lo anterior, y de conformidad con lo establecido en la normativa presupuestaria, el nuevo artículo 106 contempla la posibilidad de ***"incrementar en dos puntos el interés legal a devengar"*,** exigiéndose para ello el cumplimiento de varios requisitos:

a) Que por la parte recurrente se proceda a ***"instar la ejecución forzosa"*** de la sentencia.

b) Que para ello, previamente, haya transcurrido el específico y más amplio plazo establecido en el precepto para la ejecución de este tipo de sentencias condenatorias de pago de cantidad líquida. Efectivamente, con la finalidad de coincidir con la normativa presupuestaria, la LRJCA ha ampliado a ***"tres meses"*** el plazo general de dos previsto para la ejecución voluntaria de las sentencias en el artículo 104.2; plazo, pues, de tres meses, que habrá de computarse ***"desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla"***; el legislador, pues, para proceder al incremento del interés en dos puntos, se inclina por no ser suficiente la simple notificación de la sentencia al representante procesal de la Administración, de conformidad con lo establecido en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas ---que es lo exigido en el nº 2 para el simple abono de los intereses---, sino que, como en un plus de garantías para la Administración, se requiere la "comunicación" de la sentencia al órgano que deba cumplirla.

c) Que por el órgano judicial encargado de la ejecución de la sentencia, también con carácter previo, se haya ***"oído el órgano encargado de hacerla efectiva"***; y,

d) Que, por último, y en todo caso, el citado órgano judicial ***"apreciase falta de diligencia en el cumplimiento"*.**

4º. Modulación de la ejecución.

Se contempla en el nº 4 del citado artículo 106 LJCA, al examinar el supuesto de ejecución de la sentencia condenatoria de pago de cantidad líquida, la circunstancia de que el montante del pago a que se condenare a la Administración fuere considerado por la misma como susceptible de *"producir trastornos graves a su Hacienda"*; tal situación no es tomada en consideración por la LRJCA (como hacía la LRJCA56) como causa de imposibilidad o motivo de suspensión de la ejecución de la sentencia, por cuanto la única posibilidad contemplada es que, con audiencia de las partes, el Tribunal pueda examinar la *"propuesta razonada"* que le pudiera formular la Administración y, en consecuencia, resolver *"sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma en que sea menos gravosa para aquella"* Administración.

5º. Compensación de deudas

La LRJCA ha tenido en cuenta la circunstancia de que en el momento de la ejecución de la sentencia existieran créditos en favor de la Administración ejecutada a cargo del mismo recurrente, señalando al respecto en el nº 6 del artículo 106 que *"cualquiera de las partes podrá solicitar que la cantidad a satisfacer se compense con créditos que la Administración ostente contra el recurrente"*.

VIII. MEDIDAS CAUTELARES COMO VIA DE EVITAR EJECUCIONES DE SENTENCIAS

1º.- **Configuración jurisprudencial de las medidas cautelares**

A) Como buen resumen de la configuración que las medidas cautelares tienen en la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), podemos citar el ATS de 12 de septiembre de 2000, que se expresa en los siguientes términos:

> *"En general, la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto recurrido tiene por objeto asegurar las resultas del proceso y evitar que la sentencia que, en su día, se dicte, no pueda ser llevada a puro y debido efecto.*
>
> *La jurisprudencia ha delimitado su naturaleza y alcance:*
>
> *a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 2/1984, 66/1984, 238/1992, 148/1993 y la más reciente de 13 de octubre de 1998, al resolver el recurso de amparo núm. 486/1997) han reconocido el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 de la CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 de la CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión.*
>
> *b) En reiterada doctrina de esta Sala, en torno al principio de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 de la Constitución), y al de la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que no ha sido modificado dentro de las previsiones de la Ley 4/1999), la regla general es la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones y la posibilidad de suspensión se produce cuando se originen perjuicios de reparación imposible o difícil.*
>
> *c) La aplicación del principio de efectividad de la tutela judicial (artículo 24.1de la Constitución) impone el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa (artículo 106.1 de la Constitución) y, en todo caso, han de coordinarse y armonizarse la evitación del daño a los intereses públicos que pueda derivarse de la suspensión de la ejecución y que al ejecutarse el acto se causen perjuicios de imposible o difícil reparación para el recurrente, lo que implica un juicio de ponderación, como ha señalado este Tribunal (en Autos de 15 de enero, 21 de febrero, 28 de febrero, 14 y 18 de marzo, 8 de abril, 18 de julio y 8 de noviembre de 1994, 1 de abril, 22 de mayo, 19 de septiembre y 13 de diciembre de 1995, 20 de julio y 7 de noviembre de 1996 y 16 de septiembre de 1997).*
>
> *(...) En el caso examinado, la nueva regulación de las medidas cautelares en los arts. 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal como expresamente se indica en su Exposición de Motivos (VI, 5), se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, como ya había declarado la jurisprudencia de esta Sala y, por ello, la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.*
>
> *En consecuencia, en el art. 129.1 de la Ley 29/1998 se faculta a los interesados para solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, y en el art. 130 se establece que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.*

(...) Los anteriores razonamientos imponen determinar la medida en que se vea afectado dicho interés público, para adoptar la pertinente resolución sobre la suspensión de la ejecución, aunque sin poder prejuzgar la cuestión de fondo, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir sobre la que es objeto del litigio (Autos de esta Sala de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998, y de 28 de enero de 1999)".

B) Por otra parte, debemos destacar otra línea jurisprudencial ---a partir de la STS de 27 de abril de 2004--- que viene a describir el vigente sistema cautelar contencioso-administrativo, señalándose al respecto que:

"(...) debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LRJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del perículum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (perículum in mora y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial ---y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia--- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "númerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3)".

2º.- Su desarrollo específico

Con la intención de proyectar los aspectos urbanísticos y medioambientales que aquí nos interesan, vamos a proceder a examinar cada una de las anteriores notas en relación con estos aspectos materiales:

1ª. AMBITO DEL SISTEMA.

"Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LRJCA)".

1. En consecuencia, las medidas cautelares pueden adoptarse en cualquiera de los procedimientos previstos en la vigente LRJCA:

a) En el procedimiento ordinario ---o procedimiento en primera o única instancia--- previsto a partir del artículo 43 de la vigente LRJCA. Dejando al margen la solicitud provisionalísima contemplada en el artículo 135 de la LRJCA, la solicitud puede realizarse (1) en el mismo escrito de interposición del recurso ---normalmente mediante la técnica procesal del Otrosí---, (2) en el de demanda ---siguiendo la misma técnica---, bien (3) en escrito independiente, posterior a la interposición del recurso, anterior o posterior a la demanda, si bien con el límite temporal que luego examinaremos, esto es *"hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento ...",* y teniendo en cuenta la especialidad de las disposiciones generales.

b) En segundo término las medidas cautelares pueden adoptarse en el denominado procedimiento abreviado previsto en el artículo 78 de la LRJCA. Debemos recordar que en su apartado nº 23, con carácter general, se señala que *"El procedimiento abreviado, en lo no dispuesto en este Capítulo, se regirá por las normas generales de la presente Ley".* Por tanto nada excluye la remisión a la regulación general de las medidas cautelares. Y, dentro de la LRJCA, debemos recordar que su Disposición Final Primera dispuso que *"En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil".* Por todo ello, el procedimiento abreviado se regirá --- en cuanto a las medidas cautelares que en el mismo puedan adoptarse--- por las siguientes normas:

1º. Por las normas generales de la LRJCA; fundamentalmente las normas que integran el Capítulo I ("El Procedimiento en primera o única instancia") del mismo Título IV, pero también el resto de la LRJCA.

2º. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), aunque en el momento de la aprobación de la LRJCA la que estuviera en vigor fuera la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881. Cabe, no obstante, advertir que la aplicación de esta LEC al orden jurisdiccional no puede considerarse como directa y automática, por cuanto los principios y pretensiones de ambos órdenes jurisdiccionales resultan diferentes, y así se proyecta claramente en el ámbito estrictamente procedimental.

En este procedimiento abreviado las medidas cautelares pueden solicitarse en el escrito de demanda (78.2) o bien, de palabra, en el inicio de la comparecencia, al ratificarse dicho escrito inicial (78. 5 y 6), y pueden adoptarse por el juez ---previa audiencia de la parte contraria--- mediante resolución previa a la comparecencia o mediante resolución anterior o coetánea a la sentencia. Tampoco existe obstáculo para que, antes de la demanda, o en la misma, puedan solicitarse y, en su caso, adoptarse las medidas cautelares con el carácter de provisionalísimas, de conformidad con lo previsto en el artículo 135 de la LRJCA, y el específico procedimiento en dicho precepto contemplado. Ello sería lo habitual en el caso de impugnación de licencias urbanísticas o de actividad.

c) En relación con los procedimientos especiales (Título V de la LRJCA) no existe obstáculo alguno para la adopción el en (1) procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona ---solicitándolas bien en el escrito de interposición, en el de demanda o en escrito independiente---, incluyendo dentro de estos procedimientos el de protección del derecho de reunión previsto en el artículo 122 de la misma LRJCA. No resulta posible en el (2) procedimiento de cuestión de ilegalidad por cuanto este exige la firmeza de la sentencia (123.1 LRJCA), lo cual lo hace incompatible con lo previsto en el artículo 132.1 del mismo texto legal que contempla la vigencia de la sentencia *“hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado”.* Y, por lo que hace referencia al (3) procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de los acuerdos (127 de la LRJCA), podría plantearse, bien alguna medida cautelar complementaria o suspensiva a instancia de la propia Administración que ya ha suspendido el acto, bien el levantamiento cautelar de la suspensión, como medida cautelar positiva, que podría tener resolución previa a la decisión sobre la suspensión administrativa sobre la que se decide en el fondo. Tal podría ocurrir en relación con una licencia administrativamente suspendida.

d) Por último, debe rechazarse dicha posibilidad de medida cautelar en el procedimiento incidental de inejecución de sentencia (artículo 105.2 en relación con el 109 de la LRJCA). Así lo ha expuesto la STS de 11 de junio de 2006:

> *“En el marco que hemos descrito, y pese al amplio espectro que hemos señalado para las medidas cautelares, es evidente que las mismas no pueden extenderse a, ni adoptarse en, un incidente de inejecución de sentencia:*
>
> *1º. Es cierto que el artículo 129.1 de la LRJCA permite la adopción de tales medidas "en cualquier estado del proceso"; pero no puede interpretarse dicha expresión de forma aislada del conjunto del precepto, en el que las citadas medidas se configuran como un instrumento a través del cual se "asegure(n) la efectividad de la sentencia". Esto es, la medidas cautelares cuentan con un momento final, que es él de la firmeza de la sentencia que resuelve el litigio que el proceso encauza; o, dicho de otro modo, las mismas cuentan con un finalidad concreta, consistente en mantener una situación inalterada hasta el momento en que se obtenga la citada firmeza de la sentencia, al objeto de ---manteniendo la situación--- poder alcanzar la ejecución de la misma. Pero, obtenida esta, esto es, alcanzada la finalidad del proceso, es obvio que se inicia su fase de ejecución en el que ya las medidas cautelares suspensivas no resultan de recibo, pues en dicho momento procesal lo único posible es ---como dispone el mencionado artículo 129.1--- la adopción de "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".*
>
> *2º. Desde otra perspectiva, y como ya hemos expresado al delimitar el ámbito temporal de las medidas, es evidente que la solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), pero, en*

cuanto a su duración, el mismo texto legal dispone que las mismas se extenderán "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1).

3º. Por otra parte, debemos insistir en que la pretensión de imposibilidad de ejecución total o parcial de una sentencia, que, aunque en principio parece negada en el apartado 1 del artículo 105 de la LRJCA (que establece que "no podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo"), se contemplan, sin embargo, con claridad, en el núm. 2 del citado precepto 105 de la LRJCA "si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia". Pero dicho precepto no contempla ---siendo este el lugar idóneo--- la específica suspensión cautelar mientras la tramitación de este incidente, el cual, a mayor abundamiento, no ha sido formulado ante la Sala de instancia por la Administración legitimada, ni en el plazo establecido.

4º. Por último, el artículo 731 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) ---de aplicación supletoria a esta jurisdicción, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º de la misma Ley y Disposición Final Primera de la LRJCA--- dispone que "No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas". Mandato que se reitera en el artículo 745 de la misma Ley y que nos llevaría, en este ámbito jurisdiccional, a mantener la medida cautelar ---como límite máximo--- hasta el transcurso de los plazos contemplados en el artículo 104 de la LRJCA, esto es, durante los plazos con los que la Administración cuenta para ejecutar voluntariamente la sentencia; pero mas allá, se insiste, ni las medidas cauteles pueden adoptarse ni tampoco mantenerse".

2. Por lo que hace referencia al objeto de las medidas cautelares, debemos señalar que las mismas pueden recaer sobre:

a) Un acto administrativo, bien sea definitivo o de trámite (25.1 de la LRJCA), por cuanto la decisión cautelar es anterior a la decisión sobre la admisión a trámite del recurso (51.1.c de la misma LRJCA). La aplicación supletoria del artículo 725 LEC ---que obliga de oficio al examen de la competencia del Tribunal, sin perjuicio de la adopción de medidas cautelares a prevención--- no se extendería al aspecto relativo a la recurribilidad de un acto por tratarse de un acto de trámite.

En relación con la alegación de extemporaneidad del recurso ---alegada en la pieza de medidas cautelares---, el Tribunal Supremo, tomando en consideración las reglas generales en relación con la adopción de estas ---fundamentalmente el *fumus boni iuris*--- señaló en la STS de 10 de abril de 2008 que

"La Sala de instancia, a la vista de los documentos que fueron unidos a las actuaciones --- consistentes en denuncias formuladas por diversos particulares en relación con las obras realizadas al amparo de la licencia que se impugna--- llegó a la conclusión de que la extemporaneidad y consiguiente inadmisibilidad denunciada no resultaba acreditada, mas ello, sin prejuzgar la cuestión de fondo, en el marco de provisionalidad que tal decisión supone, y tratándose, no obstante, de una resolución no aislada sino formando parte de un conjunto de medidas cautelares de suspensión adoptadas en relación con diversas licencias concedidas por el Ayuntamiento de Marbella respecto de las que se producía la misma sospecha de ilegalidad.

Se trata, por tanto, de una decisión que respeta los principios antes reseñados de nuestro vigente sistema cautelar contencioso-administrativo. En todo caso, y como elemento que pudiera incidir sobre la resolución que definitivamente se adopte, debemos dejar constancia de que, en el mismo escrito de solicitud de medidas cautelares, la representación procesal de la Junta de Andalucía deja constancia igualmente de la falta de remisión por parte del Ayuntamiento de Marbella a la Delegación del Gobierno de copia o extracto comprensivo del acuerdo adoptado; circunstancia que pudiera haber implicado la

vulneración del artículo 56 de la citada LBRL, en relación con el deber de información, lo cual podría suponer que estaba abierta la vía o posibilidad de interposición del recurso contencioso-administrativo, al amparo de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 65 de la misma LBRL, desde el momento de la obligada remisión de información por parte de la Administración local, tratándose esta una vía respecto de la que la contemplada en el apartado 4 del mismo precepto ---y utilizada por la Junta de Andalucía--- es simplemente alternativa".

b) Una disposición general o norma reglamentaria, objeto que cuenta con algunas especialidades de diversa índole:

1º. Por lo que hace referencia a la solicitud de la medida cautelar, y cuando la que se solicitare fuere la medida cautelar consistente en la *"la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados"* ---por ejemplo de un Plan General de Ordenación Urbana o de un Plan de Ordenación de Recursos Naturales--- la petición (129.2 de la LRJCA) *"deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda".* Dicho precepto ha sido interpretado en el sentido de que, en este caso de impugnación de una disposición general, y, tratándose de la medida cautelar de suspensión de los preceptos impugnados, la solicitud debe de efectuarse en el escrito con el que se inicie el recurso, bien sea el de interposición o en el de demanda.

Así en el ATS 20 de diciembre de 2006:

"Como excepción a la regla general de que la adopción de medidas cautelares podrá solicitarse "en cualquier estado del proceso", establecida en el número 1 del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción, el número 2 del mismo artículo ordena que la suspensión de una disposición de carácter general deberá solicitase "en el escrito de interposición o en el de demanda". El significado de esta excepción no es el que parecería desprenderse de su dicción literal, en el sentido de que, iniciado el recurso contencioso-administrativo en el que se impugne directamente una disposición de carácter general, por medio del llamado escrito de interposición al que se refiere el artículo 45.1 de aquella Ley , pudiera después, en el posterior escrito de demanda, solicitarse la suspensión de la disposición impugnada o de sus concretos preceptos que lo fueran. Si ese fuera el significado de la excepción que analizamos, el legislador se habría expresado en términos aún más claros, ordenando que, después del escrito de demanda, no podría solicitarse la suspensión. Su recto sentido, deducido del espíritu y finalidad de la norma, es que la suspensión de las disposiciones de carácter general directamente impugnadas sólo puede solicitarse en el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo, bien sea este escrito inicial el de interposición, bien sea el de demanda, por haber hecho uso la parte, en este caso, de la posibilidad que le otorga el artículo 45.5 de la Ley de la Jurisdicción.

Son dos las razones que conducen a esta interpretación: una primera, nuclear o básica --- que se conecta con los valores de seguridad jurídica, integridad del ordenamiento jurídico e igualdad en la aplicación de éste, y que nace por estar llamada toda disposición de carácter general a ser aplicada en múltiples actos singulares, posteriores y sucesivos---, consistente en la necesidad de que su suspensión cautelar sea acordada, no en cualquier estado del proceso, sino en el momento más próximo posible a la entrada en vigor de la disposición general, cuando todavía puedan ser escasos los actos dictados en su aplicación o los efectos derivados de ella; y una segunda, complementaria de la anterior, consistente en que una interpretación como la que se sostiene no merma, en cambio, el derecho a la tutela judicial efectiva, del que forma parte el instituto de la tutela cautelar, pues el destinatario de cualquiera de los actos de aplicación de aquella disposición general, puede impugnarlos, e impugnarlos con fundamento en la ilegalidad de la disposición aplicada (impugnación indirecta), renaciendo entonces la regla general de que las medidas cautelares contra el acto de aplicación pueden solicitarse en cualquier estado del proceso".

2º. Obvio es que el principio de seguridad jurídica exige que en los procedimientos seguidos contra normas reglamentarias ---que se integran en el Ordenamiento jurídico--- durante el

desarrollo del procedimiento jurisdiccional quede constancia ---desde el momento de su inicio--- de la eficacia, o no, de la norma, y, en consecuencia, de la posibilidad de dictar actos en ejecución de dicha norma.

3º. De la lectura del artículo 129.2 de la LRJCA se deduce que queda abierta la posibilidad de diversas medidas cautelares en relación con las disposiciones generales, por lo que continua el vigor el sistema de *numerus apertus* de las mismas, previsto, a mayor abundamiento, supletoriamente, en el artículo 727.11ª de la LEC. Si bien se observa, como ya hemos hecho en el apartado 1º, lo que el artículo 129.2 citado contiene es la especialidad ---del momento inicial exclusivo de solicitud--- para cuando la medida cautelar que se solicite sea la suspensión de todos o de alguno de los preceptos reglamentarios impugnados, resultando, pues, posibles, otras medidas cautelares de entre las que, de forma expresa, se relacionan en el artículo 727 de la LEC, aunque, dada la específica naturaleza del objeto del recurso contencioso-administrativo --- norma reglamentaria, disposición de carácter general---, solo las previstas en los apartados 5ª y 6ª (anotaciones registrales) parecen susceptibles de resultar viables, si es que las mismas cuentan con efecto alguno en relación con la eficacia de la norma reglamentaria.

4º. Ello conecta ---como otro aspecto de dicha especialidad--- con la obligación de publicidad que impone el 134.2 de la LRJCA, conforme al cual *"la suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2."*. Si bien se observa, el legislador vuelve a referirse sólo ---para imponer la publicidad de referencia--- a la concreta medida cautelar de suspensión, desdeñando el resto de las innominadas medidas. Debe observarse que la remisión lo es solo al apartado 2 del citado artículo 107, por lo que la publicidad que se exige de la sentencia anulatoria de una disposición de carácter general es ---con carácter obligatorio y de oficio--- la de su *"publicación en diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia",* sin que le afecten los mecanismos de publicidad del apartado 1 (inscripción registral y publicidad en periódicos privados), previstos, como posibles (*"si concurriere causa bastante para ello"*), y a instancia de parte, para los actos administrativos anulados.

5º. Por último, debemos reiterar la línea jurisprudencial conforme a la cual en las disposiciones de carácter general se encuentra implícito ---dado su carácter de norma reglamentaria que se integra en el Ordenamiento jurídico--- un superior grado o relevancia del interés general, como, entre otras muchas resoluciones jurisdiccionales, ha puesto de manifiesto la STS de 24 de julio de 2008:

> *"Desde la perspectiva del requisito legal ---hoy esencial--- relativo al "periculum in mora", esto es, relativo a la pérdida de la efectividad de la sentencia que podamos dictar resolviendo definitivamente sobre la legalidad del Acuerdo impugnado, como consecuencia de la inmediata ejecución del mismo ---esto es, el desarrollo del sistema público de expropiación decidido para el Sector de referencia--- la Sala de instancia ha efectuado una clara valoración señalando, por una parte, que "la aprobación de los planes implica la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos correspondientes a los fines expropiatorios", afirmación con la que respalda, con la provisionalidad que el momento supone, la decisión adoptada en relación con el sistema de ejecución expresado, despejando, por ahora, cualquier viso de nulidad de pleno derecho; y, por otra parte, en el juicio valorativo que realiza ---contraponiendo el anterior criterio con los intereses en conflicto--- la Sala de instancia llega a la conclusión de que cuando "se pretende la suspensión de un Instrumento de ordenación urbanística, se está incidiendo en una disposición de carácter general en que el interés público está mas acentuado que si de un alto singular se tratase", y, por tanto, cuenta con mayor entidad frente a los perjuicios que pudieran derivarse de la imposibilidad de desarrollar una promoción privada, cuyos hipotéticos beneficios podrían ser indemnizados por las Administraciones actuantes, en el caso de que los mismos resultasen acreditados, sin que lo hayan sido hasta el momento actual".*

No obstante debe tenerse en cuenta que en algunas ocasiones la confrontación se produce entre dos intereses públicos; supuesto contemplado, entre otros, en la STS de 9 de febrero de 2000:

“Sentadas estas premisas será de añadir que la Sala de instancia ha ponderado correctamente los intereses en presencia, en ambos casos públicos y prevalentes. Sin embargo, con facilidad se desprende que la Sala de instancia, en este caso, se inclina por impedir el desarrollo urbanístico de los terrenos afectados hasta el momento en que resuelva sobre la corrección legal, o no, de la modificación puntual del PGOU, sin intervención autonómica en el proceso aprobatorio.

El tratarse, en este supuesto, como se ha expresado, de una modificación puntual, que afecta, en concreto, a los usos autorizables, es lo que ha determinado la interpretación del expresado criterio del periculum in mora en el sentido en que ha sido realizado por la Sala de instancia, pues, la no adopción de la medida cautelar de suspensión hubiera determinado la implantación de nuevos usos hoteleros por la sólo decisión municipal y sin intervención autonómica, perdiéndose así la finalidad del recurso.

Como señalamos en el Auto de 7 de octubre de 2002 para un supuesto similar al de autos, «la pretensión cautelar del recurso de la Junta de Andalucía se ha basado precisamente en la frustración del fin legítimo del recurso ya que, en caso de no adoptarse la medida cautelar, se consolidarían unas actuaciones urbanísticas en las que... y se consolidaría la implantación de un uso. La Sala de instancia confirma esta apreciación. No es admisible la alegación de contrario de inexistencia de tal riesgo ya que es aceptado expresamente incluso por la parte hoy recurrente, que alude a la posibilidad de tener que decretar una demolición y, en el tercer motivo de casación, llega a alegar incluso que la medida cautelar "privará por determinado tiempo a aquella zona del término municipal de... de disponer de...", lo que demuestra que el "periculum in mora" que se desprende de la pieza es real e inminente».

(...) El motivo segundo también se formula ex articulo88.1.d) de la LRJCA , para denunciar ahora infracción del apartado 2º del artículo 130 de la misma LRJCA, que dispone, como hemos expresado, que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada así como de la jurisprudencia dictada en su aplicación sobre la ponderación de intereses en presencia.

No debemos olvidar que la suspensión decretada afecta a una modificación puntual de la revisión del planeamiento y no, como en otros casos en los que este Tribunal ha apreciado la existencia de un interés público ínsito en la ejecución de estos instrumentos generales de planeamiento, en la suspensión de una revisión general del Plan. El proceso se entabla, en segundo lugar, entre Administraciones públicas. Sentadas estas premisas será de añadir que la Sala de instancia ha ponderado correctamente los intereses en presencia, en ambos casos públicos y prevalentes sobre un interés privado que no se concreta (en tal sentido, Autos de la Sala de 7 de octubre de 2002 ---recurso de casación 7488/2002--- y 12 de abril de 2003 ---recurso de casación 2787/2002---)”.

Sobe esta misma cuestión y en relación con el municipio de Marbella, la STS de 10 de abril de 2008 ha señalado:

“Por lo que se refiere a la prevalencia de los intereses generales (que implican el mantenimiento de la legalidad urbanística) frente a los denominados intereses locales (que pretenden fundarse en la autonomía local) o intereses de terceros, la valoración efectuada por la Sala de instancia no solo se nos presenta como sólida jurídicamente e impecable en su argumentación, sino que además ha contado con el respaldo de la disolución de la propia Corporación mediante Real Decreto 421/2006, de 7 de abril, justificándose tan excepcional medida estatal ---a propuesta de la Junta de Andalucía--- con base en los siguientes hechos:

"La contravención sistemática de la legalidad por la actual Corporación en el otorgamiento de licencias en materia de urbanismo, así como su absoluta falta de colaboración con la Junta de Andalucía, al desatender sus numerosas solicitudes y requerimientos referidos a

actos viciados de nulidad, paralización de obras ilegales, incoación de expedientes sancionadores y restablecimiento del orden jurídico perturbado.

La inactividad del Ayuntamiento ante los distintos requerimientos judiciales para la paralización de obras, así como otras irregularidades, que incluyen permutas y enajenaciones de inmuebles contrarias a la legalidad y la concesión directa para uso privativo de bienes de dominio público afectos a equipamientos o constitutivos de zonas verdes.

La compleja y delicada situación provocada por la salida del consistorio de los concejales y alcaldes que han tenido que presentar su dimisión tras ser inhabilitados penalmente para el ejercicio de cargos públicos, así como la situación procesal de diversos cargos municipales actuales imputados (Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento, Primera Teniente de Alcalde, Quinto Teniente de Alcalde, concejales, el ex gerente de Urbanismo y el Secretario del Ayuntamiento)".

El mismo Real Decreto pone de manifiesto, resalta y toma en consideración para la adopción de la citada medida de una serie de intereses generales que en situaciones como la descrita ---de la que la licencia de autos es un exponente mas--- superan con mucho a los mencionados intereses locales o de terceros, efectuando al respecto, en su Exposición de Motivos, las siguientes consideraciones:

"En primer lugar, cabe destacar que la propia Comunidad Autónoma cuyos intereses se han visto afectados de esa forma, ha solicitado del Consejo de Ministros la disolución de la Corporación Local.

Como segunda consideración fundamental, cabe apreciar la afectación al interés general de la Nación desde una perspectiva institucional que apunta al normal funcionamiento de una Administración Pública, y ello teniendo en cuenta dos circunstancias. La primera de ellas se refiere a que, aunque se trate de una corporación local con un ámbito de autonomía constitucionalmente garantizado (artículo 140 de la Constitución Española]), no por ello puede considerarse dicha entidad local desvinculada completamente del Estado del que indudablemente forma parte, como resulta del tenor literal del artículo 137 de la misma ("El Estado se organiza territorialmente en municipios..."). La segunda circunstancia alude al cúmulo y reiteración de los presuntos delitos cometidos (cohecho, alteración de precios en concursos y subastas, tráfico de influencias, delitos urbanísticos), así como al número de cargos públicos municipales imputados.

Esta afectación del interés general ha sido también constatada por la Cámara de representación territorial conforme a lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Las anteriores circunstancias no pueden por menos de generar un sentimiento de reproche por parte de la sociedad española en su conjunto, al quedar gravemente dañada la exigencia de funcionamiento ajustado a la legalidad de una institución de base o configuración democrática, siendo este sentimiento social generalizado y no circunscrito a los vecinos del Municipio, lo que revela el alcance o afectación al interés general de la Nación desde esta perspectiva institucional.

En tercer lugar, hay que señalar que la situación anteriormente descrita de los miembros de la Corporación, que indudablemente supone un escándalo político, provoca alarma social, el descrédito de la democracia municipal y genera la desconfianza de la ciudadanía hacia las instituciones democráticas.

Asimismo, estos hechos afectan, junto al interés de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al interés general de la Nación, atendiendo a la repercusión negativa que la actuación del Ayuntamiento de Marbella ha supuesto, a través de la proyección exterior de España, para las relaciones económicas con otros estados, dado el considerable volumen de inversiones extranjeras en el sector inmobiliario localizadas en el término municipal de Marbella".

c) Por último también hacer eferencia a la posibilidad de medidas cautelares expresamente contempladas en el artículo 136 de la LRJCA en relación con los supuestos especiales previstos en los artículos 29 y 30 de la misma Ley, esto es, los de inactividad y vía de hecho; supuestos en los cuales las citadas medidas cautelares, de conformidad con dicho precepto, pueden tener el carácter de provisionalísimas.

De conformidad con dicho precepto:

1. En los supuestos de los artículos 29 y 30 , la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido".

En relación con estos supuestos especiales debemos hacer referencia a la específica medida cautelar contemplada en el artículo 727.7ª de la LEC, según la cual, puede adoptarse la siguiente medida: *"La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la de prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo".*

Sobre las situaciones de vías de hecho ---enjuiciándose una recuperación de oficio del dominio público marítimo terrestre ocupado por "chiringuito" playero--- la STS de 7 de noviembre de 2007 expuso que:

> *"Analizando, en primer lugar, la cuestión desde la perspectiva del periculum in mora debemos rechazar la impugnación de la recurrente articulada en los motivos que hemos expuesto por cuanto no es cierto que la Comunicación dictada por la Demarcación de Costas de Murcia se nos presente como una actuación que pueda calificarse de vía de hecho. Mas al contrario, es el resultado lógico del procedimiento seguido en el que, partiendo de una realidad fáctica incontestable ---consistente en la ocupación del domino público marítimo terrestre--- y, tras la existencia de una Orden Ministerial firme denegatoria de una solicitud de concesión para su ocupación, se rechaza una posterior solicitud de legalización concediéndose, al mismo tiempo, un plazo para el levantamiento de las construcciones con las que se había producido la ocupación.*
>
> *En consecuencia, nos encontramos con el lento desarrollo procedimental de una Administración periférica del Estado que, al final, da lugar a una concreta actuación administrativa dirigida y concretada en la resuperación del dominio público marítimo terrestre, como expresión de un evidente interés general; esto es, de una actuación administrativa dirigida, en defensa de dicho interés general, a la recuperación de unos terrenos ocupados sin titularidad alguna así como a la restauración de una indebida situación jurídica largamente prolongada en el tiempo.*
>
> *Como ha señalado, con corrección, la Sala de instancia tal interés cuenta con una intensidad, y una necesidad de apoyo y protección jurídica, muy superior a los intereses particulares ---fundamentalmente económicos--- que se alegan de contrario por quien acepta que, desde hace bastante tiempo, viene ocupando y explotando econonómicamente el dominio público marítimo terrestre, sin título alguno que avale su situación. La jurisprudencia que se cita en apoyo de la evitación de un futuro derribo de lo edificado, en modo alguno hace referencia a la existencia de razón o argumento alguno de*

fondo que pudiera enervar la ejecución o justificar la situación que se mantiene. Es mas, si bien se observa, y al margen de lo que diremos en el fundamento siguiente, ninguna razón que justifique un título de ocupación se trae al debate, en el que, en cuanto a su contenido y mandato, ni siquiera se discute la Orden de 1989 denegatoria de la concesión.

Por ello, y teniendo en cuenta la situación que describimos, la Sala de instancia ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, resultando razonable la protección del interés general expuesto frente a los particulares, económicos y ---en su caso--- resarcibles de la recurrente. Ratificando tal ponderación de los intereses en conflicto, que se esgrimen y defienden en el recurso, consideramos más atendible la protección de la zona de servidumbre del dominio público marítimo terrestre que el mantenimiento de la edificación cuestionada, razón por la que es nuestro parecer que, como sostiene el Abogado del Estado, el Tribunal a quo no ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional al denegar la medida cautelar por él interesada".

2ª. PREVALENCIA DEL *PERICULUM IN MORA.*

"Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

Se trata del mismo criterio establecido en el artículo 728 de la LEC, conforme al cual "*Solo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*".

Por todas la innumerables resoluciones de la Sala Tercera podemos citar la STS de 14 de octubre de 2005, según la cual

"De las anteriores características del nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio , debemos destacar, ahora, dos aspectos: En primer término, sin ninguna duda, debe destacarse la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado periculum in mora como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. No obstante ello, como veremos, la jurisprudencia posterior a la LRJCA continúa concediendo amplia virtualidad a la doctrina de la apariencia de buen derecho, si bien con ciertas modulaciones en relación con su inicial proclamación.

En relación con el citado primer aspecto, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, posterior a la LRJCA, con reiteración lo ha destacado y precisado. Así, en los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000 se señala que «esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del periculum in mora»; resoluciones que señalan que el mismo «opera como criterio decisor de la suspensión cautelar».

Por su parte, los AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001 exponen que «en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, partiendo de aquel principio general, ---no otro sentido puede tener el adverbio "únicamente" del artículo 130.1---, se permite al Órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la

medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aún concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada».

Como hemos señalado en nuestra STS de 18 de noviembre de 2003 «la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen»".

3ª. CONTRAPESO DEL *PERICULUM*: LA PERTURBACIÓN GRAVE DE LOS INTERESES GENERALES O DE TERCERO.

"Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

En la STS de 10 de abril de 2008 el Tribunal Supremo puso de manifiesto que:

"El sistema de medidas cautelares de la LRJCA se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso". Mas, tal presupuesto se complementa, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, con el que exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del perículum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

Al margen de lo que antes dijimos, en relación con la protección cautelar del dominio público marítimo terrestre (STS de 7 de noviembre de 2007), en relación con las sanciones y medidas preventivas en materia de aguas, en el ATS de 27 de julio de 2005 el STS señaló, matizando, lo siguiente:

> *"La resolución impugnada, por la que se impone a los integrantes de la Comunidad de Bienes recurrentes el deber de abstenerse de usar el agua de unos pozos además de una multa de 300.506'06 euros y el abono de indemnización por importe de 183.807'50 euros, cuya suspensión cautelar se interesa mientras se sustancia el proceso, no debe ser suspendida en cuanto impone el deber de abstenerse de regar, ya que, de lo contrario, resultaría completamente inoperante la medida con el consiguiente grave quebranto de los intereses generales, dado que el agua es un recurso unitario aunque los pozos utilizados estén inscritos en el Registro de Aprovechamientos, mientras que la efectividad de tal prohibición no hace perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad, pues, en el caso de declararse contrario a derecho el acuerdo imponiéndola, los perjuicios causados por la falta de riego serían susceptibles de adecuada reparación a cargo de la Administración, por lo que, según establece el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede denegar la suspensión de esa prohibición.*
>
> *(...) Solución diferente se debe dar a la suspensión cautelar, pedida también, de la ejecutividad de la multa impuesta y de la indemnización acordada, ya que el retraso en su abono, hasta la decisión del recurso contencioso-administrativo, no es susceptible de causar perturbación grave a los intereses generales, mientras que, dada la cuantía de ambas, su pago inmediato puede producir un serio quebranto patrimonial a los miembros de la Comunidad de Bienes, y, en consecuencia, debemos acceder, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley de esta Jurisdicción , a tal suspensión.*
>
> *(...) En evitación del riesgo de posible insolvencia de los sancionados, se debe exigir, conforme al artículo 133.1 de la vigente Ley Jurisdiccional , que presten garantía o caución en cualquiera de las clases admitidas en derecho por importe de quinientos mil euros, sin que la suspensión cautelar acordada se lleve a efecto hasta que esté constituida o acreditada en autos la caución o garantía".*

Y, por su parte, en la STS de 23 de enero de 2008, en relación con la suspensión de las obras de un puerto deportivo, cuyo retraso había determinado la entrada en vigor de un cambio normativo, se señaló, sobre esta cuestión que nos ocupa de la prevalencia de los intereses generales:

> *"Tampoco este motivo puede prosperar, no debiendo olvidarse que fue el inicial retraso de las recurrentes ---desde 1975 a 1986--- las que determinaron la aplicación de la nueva normativa medioambiental y el traspaso de competencias a la Región de Murcia, cuyo interés prevalente, por otra parte no puede ser otro que el de la protección del dominio público marítimo terrestre, con independencia de las competencias en relación con la gestión de esta materia.*
>
> *Desde esta perspectiva relativa a la prevalencia de los intereses generales (que se concentran en el mantenimiento y protección del dominio público marítimo terrestre) frente a los intereses particulares o intereses de terceros que se invocan, la valoración efectuada por la Sala de instancia se nos presenta como sólida jurídicamente e impecable en su argumentación. Efectivamente, teniendo en cuenta la situación que describimos, la Sala de instancia ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, resultando razonable la protección del interés general expuesto frente a los particulares, económicos y ---en su caso--- resarcibles de la recurrente. Ratificando tal ponderación de los intereses en conflicto, que se esgrimen y defienden en el recurso, consideramos más atendible la protección de la zona de servidumbre del dominio público marítimo terrestre que el desarrollo del proyecto cuestionado, razón por la que es nuestro parecer que, como sostiene el Abogado del Estado, el Tribunal a quo no ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional al decretar la medida cautelar por él interesada en los términos en los que lo ha efectuado".*

Y en este mismo ámbito medioambiental, bien significativos son los pronunciamientos que se contienen en las SSTS de 14 y 22 de octubre de 2008:

> *"(...) al margen de no haber contado con justificación alguna las alegaciones acerca de los perjuicios propios de la entidad recurrente ---e incluso los de los vecinos de la zona---, lo cierto es que desde una perspectiva urbanística y medioambiental la defensa jurídica de los suelos rústicos de especial protección se nos presenta hoy ---en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de los normas de la Unión Europea--- como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos mas sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa. Ya en el Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (hoy Texto Refundido de la misma aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) se apela en el marco de la Constitución Española ---para justificar el nuevo contenido y dimensión legal--- al "bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47", de donde deduce "que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario de aquellas al servicio de la calidad de vida". Igualmente, en el mismo Apartado I, último párrafo, el reciente legislador apela a que "el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente", y se remite a los mandatos de la Unión Europea sobre la materia advirtiendo "de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de servicios públicos", y, todo ello, por que, según expresa la propia Exposición de Motivos "el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable", añadiendo que "desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada ...".*
>
> *Pues bien, desde tal consideración, y teniendo en cuenta el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (artículo 2 del citado Texto refundido), los nuevos derechos de los ciudadanos en la materia (artículo 4) y los deberes de los mismos (artículo 5), el actual contenido del derechos de propiedad (artículo 9), así como el régimen de utilización del suelo rural (artículo 13), debemos llegar a la conclusión de que actuaciones como la de autos ---desde la perspectiva cautelar desde la que ahora la analizamos--- suponen una "perturbación grave de los intereses generales" y, en consecuencia, justifican plenamente la denegación de la medida cautelar pretendida. Es, sin duda, la expresada proyección normativa la que nos mueve a tal consideración, en un supuesto como el de autos ---recordamos--- consistente en la edificación de una nave industrial, llevada a cabo en un suelo rústico de protección forestal y de protección de espacios naturales y sin licencia o autorización alguna suficiente local o autonómica.*
>
> *Desde esta perspectiva, pues, relativa a la prevalencia de los intereses generales (que se concentran en la protección medioamiental expresada) frente a los intereses particulares o intereses de terceros que se invocan, la valoración efectuada por la Sala de instancia se nos presenta como sólida jurídicamente e impecable en su argumentación. Efectivamente, teniendo en cuenta la situación que describimos, la Sala de instancia ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, resultando razonable la protección del interés general expuesto frente a los particulares, económicos y ---en su caso--- resarcibles de la recurrente. Ratificando tal ponderación de los intereses en conflicto, que se esgrimen y defienden en el recurso, consideramos más atendible la protección de la zona de referencia que el mantenimiento de la nave levantada, razón por la que es nuestro parecer que, el Tribunal a quo no ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional (ni en el 130.1) al denegar la medida cautelar suspensiva interesada".*

Por ello, y teniendo en cuenta la situación que describimos, la Sala de instancia ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, resultando razonable la protección del interés general expuesto frente a los particulares, económicos y ---en su caso--- resarcibles de la recurrente. Ratificando tal ponderación de los intereses en conflicto, que se esgrimen y defienden en el recurso, consideramos más atendible la protección de la zona de extracción de áridos sin la previa Declaración de Impacto Ambiental, que el mantenimiento de la misma en la forma expresada, razón por la que es nuestro parecer que, como sostiene el Letrado de la Comunidad de Madrid, el Tribunal a quo no ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional al denegar la medida cautelar por él interesada".

4ª. LIMITE MATERIAL: INVIABILIDAD DE ENTRAR A CONOCER DEL FONDO DEL ASUNTO.

"Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba".

En la STS de 22 de octubre de 2002, en relación con el citado ámbito material el Tribunal Supremo ha señalado:

"Solo desde una perspectiva de provisionalidad, y sin poder entrar en el fondo de la cuestión, podemos acercarnos, no obstante, a la valoración de la decisión sancionadora adoptada, debiendo destacarse de la misma la aceptación de ausencia de Declaración de Impacto Ambiental favorable, las grandes dimensiones de la extracción, el carácter protegido de la zona que ya hemos destacado, así como la elusión de las medidas cautelares de precinto dictadas por la Administración madrileña y la reiteración en su actuación por parte de la recurrente, que cuenta con otros expedientes abiertos por otras extracciones colindantes.

En consecuencia, la aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al supuesto de autos, con base en los anteriores argumentos, ha permitido a la Sala de instancia, sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar los citados fundamentos jurídicos de la pretensión suspensiva de la recurrente, y, como acabamos de expresar, las conclusiones alcanzadas se nos presentan como correctas y ajustadas a la doctrina jurisprudencial expuesta".

5ª. LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO: *EL FUMUS BONI IURIS*

Como segunda aportación jurisprudencial ---y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia--- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

Pese a su ausencia de soporte legal concreto en lo que hemos denominado sistema general, debemos citar, sin embargo, dos supuestos específicos en los que dicha doctrina jurisprudencial cuenta con un evidente apoyo normativo:

a) En la propia LRJCA, en el artículo 136, al regularse las medidas cautelares de los supuestos especiales de inactividad de la Administración y vía de hecho, se cita como argumento, para su posible denegación, el que *"se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos";* esto es, el precepto impone analizar la situación de fondo para poder comprobar que ---con evidencia--- concurren las situaciones fácticas precisas para la aplicación de dichos preceptos.

b) Por otra parte, y de manera patente, esta línea jurisprudencial si ha cobrado virtualidad legal en el artículo 728.2 de la LEC, que dispone que *"el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios".*

En la STS de 22 de noviembre de 2007, y en relación con la ocupación del dominio público marítimo terrestre por parte de los terrenos situados en el ámbito de un Estudio de Detalle, se señalaba, aplicando la citada doctrina jurisprudencia :

> *"Desde dicha perspectiva el motivo debe de prosperar por cuanto la aplicación, por la Sala de instancia, de los anteriores mandatos legales y criterios jurisprudenciales no se nos presenta como correcta, y ello, porque la fundamentación de la Sala de instancia ---que se ha situado exclusivamente en la perspectiva de la doctrina jurisprudencial del fumus boni iuris, como hemos visto---, no encuentra un adecuado encaje en tal doctrina jurisprudencial.*
>
> *Esto es, desde diversos puntos de vista, o, si se quiere, utilizando varios argumentos, se lleva a cabo por la Sala de instancia una valoración, provisional y limitada, de los fundamentos de la pretensión articulada por la Administración General del Estado, y de las alegaciones en contra del Ayuntamiento de Águilas:*
>
> *1º. Por una parte, se ha tomado en consideración la circunstancia de que no fuera impugnado, en su día, el planeamiento en vigor del municipio (PGOU de 10 de agosto de 1993 y posterior revisión de 20 de febrero de 2003), por cuanto, según se expresa, el mismo mantiene ---sin haber sido discutidas--- iguales alineaciones que el Estudio de Detalle que ahora se impugna, y cuya suspensión se solicitaba.*
>
> *2º. En segundo término, se argumenta sobre la falta de ---siquiera--- indicios sobre la invasión, con las alineaciones establecidas en el Estudio de Detalle, idénticas a las del PGOU, de la zona de servidumbre de protección, y, en consecuencia, sobre la infracción de la Disposición Transitoria Tercera 3 de la LC, según la redacción dada a la misma por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre.*
>
> *3º. También la Sala se acerca al fondo del asunto desde la perspectiva de la competencia, la cual considera que, tratándose la afectada de una zona de servidumbre de protección, seria de ámbito autonómico.*
>
> *4º. Y, por último, la Sala se remite, en su caso, al momento del otorgamiento de la licencia de edificación como instrumento que, realmente, daría lugar a una edificación que pudiera afectar a la zona de servidumbre de protección, pero sin que tal afectación se produzca como consecuencia de la aprobación del Estudio de Detalle.*
>
> *En consecuencia, la aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al supuesto de autos, con base en los anteriores argumentos, ha permitido a la Sala de instancia, sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar los citados fundamentos jurídicos de la pretensión suspensiva de la Administración estatal.*
>
> *Pues bien, del examen del recurso de casación (de características similares a los recursos de casación 1546 y 3825 de 2005), se deduce que, en el mismo, se combaten los diversos aspectos que soportan, en los autos impugnados, la doctrina jurisprudencial del fumus boni iuris. Sin embargo las conclusiones alcanzadas no se nos presentan como correctas:*
>
> *a) En primer término ---desde la perspectiva provisional en la que ahora nos encontramos--- la interpretación competencial de la representación estatal (con base en lo establecido en la STC 149/1991, de 4 de julio) se nos presenta consistente, a la vista de la jurisprudencia de esta Sala en relación con tal extremo. En concreto la Administración del Estado tiene plenas atribuciones para defender la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre de conformidad con lo establecido en los artículos 110.c) y 119*

de la LC, debiendo citarse al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 (RC 7881/2002).

b) En segundo término, debemos añadir que tanto el argumento relativo a la coincidencia de alineaciones entre el PGOU y el Estudio de Detalle, como el de la necesaria exigencia de una posterior licencia para poder, en su caso, edificar, no se nos presentan, en el marco de la provisionalidad con la que ahora examinamos la cuestión, con una intensidad más que suficiente para soportar la decisión adoptada por la Sala de instancia denegatoria de la medida cautelar solicitada.

Efectivamente, la coincidencia de alineaciones no excluye la presumible invasión parcial de la zona de servidumbre de protección, y la circunstancia de que las mismas ya estuvieran ---y fueran coincidentes--- con las del antiguo PGOU o su más reciente modificación.

Por otra parte, la argumentación relativa a la necesaria solicitud de licencia para poder realizar la edificación, no excluye los especiales caracteres ---en el ámbito del planeamiento--- de la figura del Estudio de Detalle, tan próximo y coincidente, en tiempo y contenido, con la misma licencia de edificación. Sin embargo, lo cierto es que de no suspenderse la eficacia del instrumento de ordenación urbanística que fija la alineación de la fachada marítima, se permitiría otorgar las oportunas licencias para levantar una construcción en la zona de servidumbre de protección, lo que precisamente trata de evitar la acción ejercitada por la Administración del Estado. En consecuencia, estamos ante el supuesto contemplado en el apartado 1 del artículo 130 de la LRJCA.

Y si frente a ello procedemos a la ponderación de los intereses públicos que una y otra Administración, estatal y local, esgrimen y defienden, consideramos más atendible la protección de la zona de servidumbre del dominio público marítimo terrestre que la construcción de la edificación residencial en la fachada litoral, razón por la que es nuestro parecer que, como sostiene el Abogado del Estado, el Tribunal a quo ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional al denegar la medida cautelar por él interesada, lo que implica la estimación del motivo de casación invocado con la consiguiente anulación de los autos recurridos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y nuestro consiguiente deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate".

Por su parte, en la STS de 9 de mayo de 2009 se expuso, en relación con la misma situación de suspensiones en relación con actuaciones llevadas a cabo en terrenos protegidos:

"Tal actuación de la Sala de instancia se nos presenta como plenamente incardinable en la mencionada doctrina jurisprudencial de precedente cita (apariencia de buen derecho o fumus boni iuris), la cual ---no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los artículos 130 y siguientes de la LRJCA--- sigue contando con singular relevancia permitiendo (a) en un marco de provisionalidad, (b) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (c) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar.

Desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial citada debe simplemente destacarse que la valoración, provisional y limitada, de los fundamentos de la Resolución dictada por la Administración autonómica gallega, llevada a cabo por la Sala de instancia, ha contado con un evidente respaldo jurisdiccional por cuanto le ha permitido que, sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la Resolución, en los dos aspectos esgrimidos, ya que, si bien se observa, en los Autos impugnados no se afirma la naturaleza de suelo especialmente protegido, sino la superior protección que el mismo merece. A mayor abundamiento, y en este ámbito del examen de la apariencia de la legalidad de lo administrativamente actuado, hemos de

añadir que en relación con la afirmación ---contenida en los autos impugnados--- de ausencia de licencia municipal y/o autonómica, ninguna observación se realiza

Son, pues, argumentos que, en el marco de provisionalidad y con el alcance con que los analizamos (sin vincular, por tanto, a la Sala de instancia en su resolución sobre el fondo del asunto), debemos tomar en consideración para entender justificada la legalidad de la de la decisión adoptada, desde la perspectiva de la esgrimida doctrina de la apariencia del buen derecho".

6ª. ELEMENTO CAUSAL: MOTIVACIÓN

"Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero".

En la STS de 1º de octubre de 2008, en materia de asignación de emisiones de gases efecto invernadero, se ha reiterado la exigencia de la motivación en las decisiones administrativas, sentencia en la que se puso de manifiesto que

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 Constitución Española (CE) y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 CE, sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones". Tal precepto se contempla en la actualidad como el futuro artículo II-101 del Tratado por el se establece una Constitución para Europa.

Bien significativa resulta la Sentencia de 7 de noviembre de 2007 dictada por el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (en relación con la asignación de derechos de emisión el Alemania): "Con carácter previo, procede recordar que el cumplimiento de la obligación de motivación en virtud del artículo 253 CE, tal como la pone de relieve el artículo 9, apartado 3, última frase, de la Directiva 2003/87, relativo a las decisiones de rechazo de un PNA o parte del mismo adoptadas por la Comisión, reviste una importancia aún más fundamental dado que, en el caso de autos, con arreglo al artículo 9, apartado 3, de dicha Directiva, el ejercicio de la facultad de control de la Comisión implica realizar evaluaciones económicas y ecológicas complejas y que el control de la legalidad y el fundamento de estas evaluaciones que efectúa el juez comunitario está restringido (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec. p. I-5469, apartado 14)" (& 168)".

Por su parte en la STS de 6 de febrero de 2007, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia ---en materia de suspensión--- por falta de la referida motivación:

"Por otra parte este Tribunal Supremo, en sus SSTS de 21 de marzo y 14 de mayo de 2002, entre muchas otras, en relación con la presente cuestión de la motivación de las resoluciones judiciales, ha sintetizado los siguientes criterios de aplicación jurisprudencial:

"a) El derecho a la tutela judicial efectiva no exige que la resolución judicial ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el juzgador para resolver, ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, ni siquiera la corrección jurídica interna de la fundamentación empleada, bastando con que la argumentación vertida exteriorice el motivo de la decisión ---la ratio decidendi--- en orden a un eventual control jurisdiccional, pues se cumple la exigencia constitucional cuando la resolución no es fruto de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad, como ha reconocido esta Sala y la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, F. 2, 100/1999, de 31 de mayo, F. 2, 165/1999, de 27 de septiembre, F. 3, 80/2000, de 27 de marzo, F. 4, 210/2000, de 18 de septiembre, F. 2, 220/2000, de 18 de septiembre, F. 2 y 32/2001, de 12 de febrero, F. 5).

b) En este sentido, la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir constitucionalizada en el artículo 120.3 CE es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE, que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre otras muchas, las SSTC 20/1982, de 5 de mayo, F. 1; 14/1984, de 3 de febrero, F. 2; 177/1985, de 18 de diciembre, F. 4; 23/1987, de 23 de febrero, F. 3; 159/1989, de 6 de octubre, F. 6; 63/1990, de 2 de abril, F. 2; 69/1992, de 11 de mayo, F. 2; 55/1993, de 15 de febrero, F. 5; 169/1994, de 6 de junio, F. 2; 146/1995, de 16 de octubre, F. 2; 2/1997, de 13 de enero, F. 3; 235/1998, de 14 de diciembre, F. 2; 214/1999, de 29 de noviembre, F. 5; y 214/2000, de 18 de diciembre, F. 4). Por ello, cuando la sentencia o la resolución que ponga fin al procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuzgada o sin respuesta la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial, aun pudiendo estar motivada, incurre en el vicio de la incongruencia omisiva o ex silentio, denegadora de la justicia solicitada, que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce en el artículo 24.1 de la CE.

c) No toda ausencia de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pudiendo admitirse, excepcionalmente, su desestimación tácita, siempre que del conjunto de los razonamientos incluidos en la resolución y de las circunstancias concurrentes en el caso pueda inferirse razonablemente que el órgano judicial tuvo en cuenta la pretensión y, examinándola, tomó la decisión de desestimarla, omitiendo sólo el pronunciamiento expreso, pero no la decisión desestimatoria (entre otras muchas, SSTC 29/1987, de 6 de marzo, F. 3; 175/1990, de 11 de noviembre, F. 2; 3/1991, de 11 de marzo, F. 2; 88/1992, de 8 de junio, F. 2; 161/1993, de 17 de mayo, F. 3; 4/1994, de 17 de enero, F. 2; 91/1995, de 19 de junio, F. 4; 56/1996, de 15 de abril, F. 4; 26/1997, de 11 de febrero, F. 4; 16/1998, de 26 de enero, F. 4; 1/1999, de 25 de enero, F. 1; 215/1999, de 29 de noviembre, F. 3; y 86/2000, de 27 de marzo, F. 4)".

(...) Es evidente que tales exigencias no se han cumplido en las resoluciones que se impugnan, las cuales carecen de la motivación necesaria. Se explica en ellas, exclusivamente, la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión, pero sin determinar, en concreto, las causas de la improcedencia del periculum in mora, el resultado de la ponderación de los intereses en conflicto, esto es, si se ocasionaría al interés general un perjuicio de mayor entidad que el que se pudiera causar a los intereses particulares de los recurrentes con la ejecución inmediata de la Disposición impugnada. Tampoco percibimos ---desde la perspectiva del fumus boni iuris--- valoración alguna sobre la pretensión de fondo articulada.

En suma, todo lo que se razona, lo es sin la menor referencia al supuesto litigioso. Como señalamos en nuestra STS de 16 de octubre de 2002 "para que una resolución judicial pueda considerarse motivada ha de contener una mínima referencia a la cuestión de hecho planteada con la imprescindible concreción a los hechos de los planteamientos genéricos que se expresen. Es evidente que las resoluciones judiciales no son el lugar idóneo para exponer pensamientos y problemáticas abstractas sin ninguna conexión con la realidad.

Contrariamente, toda resolución judicial es, sobre todo, una solución de una específica controversia. Lo único que no puede estar ausente de la resolución judicial es la identificación fáctica de la cuestión que se resuelve, aplicando sobre ella los razonamientos que se estimen adecuados".

Los autos impugnados carecen de esa concreción mínima con la cuestión que deciden, razón por la que deben ser anulados al haber infringido lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución y 248.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ), lo que comporta la estimación del motivo de casación alegado".

7ª. ELEMENTO CUANTITATIVO: EL *NUMERUS APERTUS*

"Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "númerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Efectivamente, el citado artículo 129.1, con gran amplitud, dispone que pueden solicitarse *"cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia",* debiendo dejarse constancia del carácter mas explícito del artículo 721 de la LEC, según la cual *"bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvencional, podrá solicitar del tribunal ... la adopción de las medidas cautelares que considera necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare".* Sin embargo en el artículo 726 se le exigen, a la medida cautelar concreta que se adopte, unas determinadas características:

"1ª. Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

2ª. No ser susceptible de sustitución por otra igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial Para el demandado".

Por su parte, el artículo siguiente (727 LEC), de conformidad con dichas características, señala que *"podrán acordarse, entre otras, las siguiente medidas cautelares",* relacionando un total de once, en cuyo apartado último citado señala: *"11ª. Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio".*

Por ello, de forma expresa, se mencionan ahora en la LEC (727.7ª) a las medidas cautelares positivas, debiendo, en consecuencia, modularse en la actualidad la línea jurisprudencial que impedía la suspensión de los actos negativos, todavía contenida, entre otras, en la STS de 8 de noviembre de 2007, según la cual:

> *"En atención a lo así razonado, y denegado al recurrente el permiso de residencia y la autorización para trabajar, con la obligación de salir del territorio nacional ---según se alega---, lo que de llevarse a cabo ---dice--- que supondría la pérdida de la finalidad del recurso, con perjuicio irreparable de las legítimas expectativas puestas en el proceso, con los graves perjuicios que comporta, no parece a la Sala procedente dictaminar la suspensión solicitada, pues las indicadas razones nada han de significar en cuanto a la situación efectiva y real de arraigo del recurrente en nuestro país, habiendo de estarse, por tanto, a la regla general de no concederse la suspensión de actos negativos como el del supuesto, pues el otorgamiento de la medida cautelar supondría tanto como conceder provisionalmente la autorización denegada".*

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de

las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

En la STS de 10 de abril de 2008 se resolvió sobre la procedencia de las medidas cautelares durante el mes de agosto, sentencia en la que puso de manifiesto que

> *" ... que la vulneración del artículo 128 de la citada LRJCA se produce como consecuencia de que respecto del Auto inicial dictado por la Sala de instancia, con fecha de 4 de agosto de 2003, adoptando la medida cautelar provisionalísima de suspensión de acto impugnado in audita parte, se había producido una solicitud de nulidad como consecuencia de haberse habilitado el mes de agosto para la adopción del citado Auto; sin embargo, en el Auto resolutorio del recurso de súplica ---en el que se incidía en la expresada nulidad por la indebida habilitación---, no existe pronunciamiento alguno respecto de tal cuestión, insistiéndose en la nulidad de la habilitación por la falta de audiencia prevista en el apartado 3 del citado artículo 128 de la LRJCA.*
>
> *Tampoco este segundo motivo puede prosperar. La audiencia que se contempla en el apartado 3 del artículo 128, así como la necesidad de previa solicitud por las partes para poder llevar a cabo la habilitación de días inhábiles, ha de entenderse ---en esta jurisdicción contencioso-administrativa--- modulada por la posibilidad de habilitación de oficio que se contempla en el artículo 131 de la posterior LEC , de aplicación supletoria de conformidad con la Disposición Final Primera, sobre todo en un supuesto como el de autos en el que la medida cautelar provisinalísima e in audita parte es adoptada (artículo 135 de la LRJCA) por el Juez o Tribunal "atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso ... sin oír a la parte contraria". Resultaría absurdo tener que oír previamente a las partes ---que, además, procesalmente todavía no existen--- para poder habilitar el mes de agosto y no ser necesario hacerlo en cuanto a la medida cautelar".*

Pero quizá la cuestión de mas interés es la relativa al mantenimiento de la competencia del Tribunal de instancia para la adopción de las medidas cautelares, aun durante la tramitación del recurso de casación, así como la relativa a la colisión entre medidas cautelares y ejecución provisional de la sentencia, aun no firme. En tal sentido debemos dejar constancia de la STS de 20 de octubre de 2008, que se enfrenta con muchas de estas cuestiones:

> *"En el antecedente primero ha quedado señalado que lo decidido en la sentencia cuya ejecución provisional ha sido acordada por la Sala de instancia fue la desestimación del recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por D. Arturo contra la Orden de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente de 24 de mayo de 2001 que ordena paralizar las actividades de explotación de cantera industrial en el lugar conocido por Espigón de los Rincones, en el término municipal de La Oliva, al no contar con la previa declaración de impacto ecológico. También hemos dejado reseñadas (antecedentes tercero y cuarto) las razones dadas por la Sala de instancia ---tanto en el auto originario de 2 de mayo de 2006 como en el ulterior de 21 de junio del mismo año, desestimatorio de la súplica--- para sustentar la decisión por la que se accede a la ejecución provisional de la sentencia. Por tanto, conocidos ya tales antecedentes, procede entrar a examinar los motivos aducidos por la recurrente en el escrito de interposición del recurso de casación.*
>
> *(...) No puede ser acogido el primero de los motivos de casación, en el que se reprocha a los autos recurridos un defecto de motivación.*
>
> *Hemos visto que los autos recurridos, además de ofrecer una amplia muestra jurisprudencial en relación con algunas de las cuestiones controvertidas, en particular en lo que se refiere a la posibilidad de acordar la ejecución provisional aún cuando se hubiese acordado en el proceso una medida cautelar de suspensión, exponen las razones por las que la Sala de instancia considera procedente acordar la ejecución en este caso concreto. Así, los autos aquí recurridos fundamentan la decisión no sólo mediante la cita y trascripción de los preceptos legales que contemplan la posibilidad de ejecución provisional (artículos 91.1 y 132 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción) sino ofreciendo también una reseña de las vicisitudes procesales concurrentes en este caso. En fin, no es cierto*

que la Sala de instancia haya ignorado las alegaciones de la recurrente referidas a los perjuicios que podrían derivarse de la ejecución provisional; lo que sucede es que en los autos recurridos se ha otorgado mayor relevancia a los perjuicios que la persistencia de la actividad ocasionaría al medio ambiente, perjuicios éstos que la Sala de instancia no duda en calificar de irreversibles. Por lo demás, en cuanto a la posibilidad de subordinar la ejecución provisional a la prestación de alguna garantía -que serviría para hacer frente a esos perjuicios alegados por la recurrente en caso de que la sentencia fuese casada- el primero de los autos recurridos señala que no se considera necesaria la prestación de cautelas dada la solvencia de la Administración. En consecuencia, no cabe afirmar que los autos recurridos incurran en el defecto de motivación que les reprocha la recurrente.

(...) Tampoco puede prosperar el segundo motivo de casación en el que, como ya vimos, la recurrente alega que según doctrina jurisprudencial ---cita sentencias de esta Sala de 1 de febrero y 22 de septiembre de 1999--- las sentencias desestimatorias no son ejecutables.

Es cierto que la sentencia que desestima el recurso Contencioso-Administrativo contra un determinado acto de la Administración tiene un contenido declarativo, pues declara la validez del acto impugnado sin modificar su contenido, de donde se deriva que, al menos en principio, el cumplimiento de la sentencia se agota con esa sola declaración. Sin embargo, tales consideraciones no permiten afirmar de forma categórica ---como pretende el recurrente--- que las sentencias desestimatorias no son ejecutables. En primer lugar, porque en la legislación vigente el proceso Contencioso-Administrativo no siempre se presenta en su modalidad tradicional de impugnación dirigida contra un acto expreso o presunto de la Administración, sino que caben supuestos de significación bien distinta como son el recurso frente a la inactividad de la Administración o frente a actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (artículo 25 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción) en los cuales el pronunciamiento desestimatorio no significa propiamente el reconocimiento de la validez de un acto administrativo. En segundo lugar porque, incluso en el supuesto común del recurso Contencioso-Administrativo dirigido contra un acto expreso o presunto de la Administración, el alcance eminentemente declarativo del pronunciamiento desestimatorio del recurso no impide que puedan suscitarse incidentes de ejecución. Piénsese, por ejemplo, que la Administración vencedora en el litigio inicia luego los trámites para la revocación de ese mismo acto, o para su revisión de oficio, o, sencillamente, desiste de ejecutar la decisión cuya validez ha sido respaldada en vía jurisdiccional; y es entonces un tercero, que había comparecido en el proceso como codemandado, quien insta ante el Tribunal el efectivo cumplimiento de lo decidido en la sentencia por estar legítimamente interesado en la ejecución.

En fin, abordando ahora la cuestión desde una perspectiva intra-procesal, es indudable que, habiéndose adoptado durante la tramitación del litigio alguna medida cautelar, la sentencia desestimatoria del recurso tendrá cuando menos una virtualidad ejecutiva, la que supone el levantamiento o cese de la medida cautelar adoptada; y si es innegable que esta consecuencia se produce cuando la sentencia es firme (artículo 132.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción), queda por determinar si el mismo resultado puede producirse por la vía de la ejecución provisional. De ello nos ocuparemos seguidamente, al examinar los restantes motivos de casación.

(...) En los motivos de casación cuarto y quinto se alega la infracción de los apartados 1 y 2 del artículo 132 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Aduce el recurrente que ambos apartados del artículo 132 han sido vulnerados pues el primero de ellos establece que "las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley; y luego el apartado 2 dispone que "no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuren el debate, y, tampoco en razón de la modificación de los criterios de valoración

que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar". Pues bien, la interpretación de tales disposiciones que propugna el recurrente no puede ser acogida, y, en consecuencia, ambos motivos de casación deben ser desestimados.

En efecto, además de la reseña jurisprudencial contenida en los autos recurridos, que no reproduciremos para no incurrir en reiteraciones, cabe recordar aquí, a modo de síntesis, lo declarado por esta Sala en sentencia de 28 de diciembre de 2007 (casación 3483/2005), que se expresa en los siguientes términos: << (...) las previsiones del artículo 132 de la Ley de la Jurisdicción referidas a que "las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme" y a que "no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar", no constituyen obstáculo alguno para poder aplicar, en el modo que proceda, las previsiones que sobre ejecución provisional de sentencias se contienen en los artículos 84 y 91 de la misma Ley. Cuando se insta dicha ejecución provisional, su régimen normativo se superpone, desplazándolo, al propio de las medidas cautelares, pudiendo así acordarse en ejecución provisional una situación, un estado de cosas distinto e incluso contrario al que en su día se acordó en el incidente cautelar...>>.

(...) En el motivo de casación tercero se alega infracción del artículo 103.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción norma en la que se dispone que "las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen".

Señala la representación del Sr. Arturo que los efectos de la ejecución provisional ordenada en los autos recurridos trascienden el ámbito del proceso en el que ha sido acordada (recurso Contencioso-Administrativo 1105/01), pues la decisión también afecta, sustituyéndola, a la medida cautelar acordada en otro recurso promovido por distinto recurrente ante la misma Sala de instancia (se refiere al recurso Contencioso-Administrativo 1045/2001 interpuesto por la entidad Áridos Maxorata, SA), infringiéndose con ello el artículo 24.1 de la Constitución, al permitirse que surta efectos contra dicha empresa, ajena a este concreto litigio, una resolución judicial en cuyo proceso de formación no ha tenido ocasión de intervenir ni ha tenido oportunidad de contradecir o impugnar.

El planteamiento no puede ser acogido pues si, como hemos visto, la ejecución provisional de la sentencia no queda impedida por el hecho de que en el seno del proceso se hubiesen adoptado con anterioridad medidas cautelares de signo distinto, con mayor motivo habremos de afirmar que las medidas cautelares que hayan podido adoptarse en un proceso distinto y a instancias de otro recurrente no pueden constituirse en obstáculo para la ejecución provisional de una sentencia. Por lo demás, esta invocación del artículo 24.1 de la Constitución se formula en relación con la alegada indefensión de un tercero, siendo claro que el aquí recurrente carece de legitimación para ello.

(...) También alega el recurrente (motivo de casación sexto) la infracción del artículo 91.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, precepto que dispone que "la ejecución provisional se denegará cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación". Y luego, en el motivo de casación séptimo, la representación del Sr. Arturo alega la inexistencia de interés general medioambiental que justifique la ejecución provisional. Pues bien, tampoco estos dos últimos motivos pueden prosperar.

Hemos visto que en el primero de los autos recurridos se transcriben algunos párrafos de la sentencia de cuya ejecución provisional se trata para poner con ello de manifiesto el impacto considerable que el desarrollo de la actividad puede tener en el entorno, con riesgo de afectación importante o incluso irreversible a valores medioambientales merecedores de protección. En atención precisamente a estas razones, la Sala de instancia concluye otorgando prevalencia a tales valores medioambientales sobre los

perjuicios alegados por el recurrente referidos a los intereses de la empresa y de las personas que trabajan en ella; de ahí que se acceda a la ejecución provisional de la sentencia en la que se confirma la resolución administrativa que ordena paralizar las actividades de explotación de cantera.

Estas consideraciones se complementan con la indicación que se hace en el propio auto recurrido de que en este caso es innecesaria la exigencia de caución o garantía, dada la solvencia de la Administración que insta la ejecución provisional. Con ello se alude directamente a que, para el caso de que prosperase el recurso de casación dirigido contra la sentencia, está suficientemente garantizada la reparación de los perjuicios que pudieran derivarse de la ejecución provisional.

Acordada en esos términos la ejecución provisional, no cabe invocar aquí la existencia de esos perjuicios de difícil reparación a que alude el recurrente. Y tampoco cabe cuestionar aquí la relevancia del interés general medioambiental en el que la Sala de instancia basa su decisión, pues la existencia y entidad de esos valores medioambientales merecedores de protección no los fija el auto que accede a la ejecución provisional sino la propia sentencia de cuya ejecución se trata, contra la cual pende un recurso de casación distinto a éste que ahora nos ocupa".

STS citada en la posterior de 9 de febrero de 2009 en la que, de forma expresiva se señala que

"*Esto significa que, dictada la sentencia, y aunque no sea firme, los problemas de la ejecución del acto (y, por lo tanto, las medidas cautelares) quedan anulados y sustituidos por los de ejecución de la sentencia*"

9ª. ELEMENTO CONDICIONAL: CONTRACAUTELAS

"Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.*3)""*.

En la STS de 19 de diciembre de 2007 se señaló en relación con esta cuestión:

"Pues bien el motivo de casación no puede prosperar porque con él se viene a cuestionar la legalidad del acuerdo administrativo impugnado en un momento procesal en que se carece de los mínimos datos que permitan llevar a cabo un juicio provisional acerca de la apariencia del buen derecho de la decisión objeto del pleito, mientras que el Tribunal a quo admite, en principio, la legalidad del acto administrativo en virtud de lo establecido en los artículos 103.1 de la Constitución y 3.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), de manera que, si bien accede a suspender la ejecutividad del acuerdo impugnado, impone a la entidad favorecida con tal medida la prestación de una fianza para evitar el perjuicio que pudiera derivarse de una posible insolvencia que hiciera imposible el reembolso impuesto por la Administración del importe de la sanción, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva jurisdiccionalmente, que recae sobre la entidad recurrente.

Desde otra perspectiva la argumentación relativa a la exigencia por parte de la Sala de instancia de la contracautela de referencia, sin que la Administración autonómica haya justificado los perjuicios que pudieran derivarse de no prestarse ésta, tampoco es atendible, porque, si bien es cierto que el artículo 133 de la Ley de esta Jurisdicción utiliza la expresión "podrán" para la adopción de esas contracautelas o garantías, es doctrina jurisprudencial consolidada que no se trata de una facultad discrecional para adoptar éstas, sino que las mismas deberán imponerse o exigirse cuando de la medida cautelar se pudiesen derivar perjuicios de cualquier naturaleza para el interés general o para terceros. Y, no parece necesario abundar en razones justificativas de los graves perjuicios que se causarían al interés general si, suspendido el deber de reembolsar la importante suma

exigida por la Administración, el transcurso del tiempo hiciese imposible dicho reembolso porque la entidad obligada a ello llegase a una situación de iliquidez o insolvencia, que es la razón que mueve a la Sala de instancia para la exigencia de la misma, razones que están implícitas por cuanto que con ella se trata de garantizar los posibles perjuicios derivables de la suspensión cautelar del pago, rechazando, por tanto, los argumentos que la solicitante de tal suspensión había expresado para eludir la exigencia de caución y garantía".

Por su parte, en la STS de 17 de marzo de 2009 se señaló en relación con esta cuestión:

Cuestión distinta es el motivo tercero, que se concreta en la medida cautelar, también rechazada de la anotación preventiva de la demanda. La recurrente fundamentó la solicitud en el artículo 307.6 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1/1992, de 26 de junio (TRLS92) que considera que "serán inscribibles en el Registro de la Propiedad: ... 6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias". Por otra parte, señaló que la anotación preventiva de la demanda que solicitaba se llevaría a cabo "en las fincas afectadas por la actuación ... cuya concreción se realizará en el trámite de ejecución de la medida cautelar". Igualmente expone que "la representación que suscribe deja señalada su disposición a aportar caución, si así lo estima procedente la Sección ante la cual tiene el honor de dirigirse, que se concretará en el trámite de ejecución de la medida cautelar interesada".

Como sabemos, la Sala de instancia ha rechazado también tal medida cautelar justificando su decisión en los términos que antes hemos trascrito, haciendo, en síntesis, sus argumentos referencia a la falta de concreción de la medida "respecto de fincas determinadas, cuyos propietarios obligatoriamente deberían ser oídos", así como a la necesidad de la posterior aprobación de un Plan Parcial para el desarrollo del Sector (al tratarse de suelo urbanizable), y a la presencia de terceros afectados.

Pues bien, este motivo ha de ser acogido, y, en consecuencia, el recurso estimado, procediendo la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda solicitada. Con ello no entramos en contradicción con las valoraciones realizadas en los Fundamentos anteriores en torno al periculum in mora y el fumus boni uiris en relación con la medida cautelar de suspensión de los instrumentos de planeamiento que hemos rechazado, como hiciera la Sala de instancia, pues, en realidad, lo que acontece es que los citados argumentos ---y las conclusiones alcanzadas fruto de las valoraciones de referencia--- han de ser modulados en presencia de una medida cautelar distinta, cual es la anotación preventiva de la demanda que produce unos efectos no impeditivos del desarrollo urbanístico, pero sí informativa de la existencia de un litigio que surge ---si bien se observa--- como consecuencia de una importantes modificaciones en las determinaciones urbanísticas de las Normas Subsidiarias de Loeches utilizando una vía que, por lo menos, hemos de calificar de excepcional, cual es la rectificación de errores prevista en el artículo 105.2 del LRJPA, sobre cuya legalidad no podemos definitivamente pronunciarnos.

Los defectos formales a los que alude la Sala de instancia para rechazar la media no son de recibo por cuanto la recurrente pone en su solicitud a disposición de la Sala la posibilidad de la concreción de las fincas que se contienen en la Unidad afectada por la medida y, con ello, la de sus titulares registrales, por si se considerase procedente su audiencia previa; por otra parte, ha ofrecido la prestación de caución, por si, igualmente, y de conformidad con el artículo 133 de la LRJCA, resultare procedente la fijación de caución compensatoria de dicha medida que, sin duda, cuenta con la virtualidad de hacer público el litigio evitando hipotéticos y habituales conflictos en el momento ---en gran medida irreversible--- de la ejecución de las sentencia ante la presencia de terceros que dicen desconocer todo lo jurisdiccionalmente actuado.

Administració electrònica a la Diputació de Barcelona

Albert Ortiz Villuendas
Secretari delegat
Diputació de Barcelona

Administració electrònica a la Diputació de Barcelona

1. Què és l'Administració electrònica?
2. Anàlisi i reinginyeria de processos
3. Elements que intervenen en la configuració dels serveis d'administració electrònica
4. La Seu electrònica
5. La Seu electrònica corporativa
6. El Registre electrònic
7. El Registre electrònic corporatiu

Diputació Barcelona

Què és l'Administració electrònica?
(una visió particular)

Mecanització/automatització dels procediments

+

Protecció de dades de caràcter personal

+

L'ús de tecnologies que garanteixin la integritat, autenticitat, l'accés, la conservació i la disponibilitat dels documents electrònics

+

Configuració jurídica que reguli l'ús de les tecnologies i l'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics (regulació positiva i substantiva.

↓

Anàlisi i reinginyeria de processos amb la finalitat de simplificar els procediments, amb reducció de terminis i del temps de resposta (art. 34 L 11/2007 (no bàsic) i 15 Lcat 29/2010)

Anàlisi i reinginyeria de processos

A. Art. 34 (L 11/2007) Criterios para la gestión electrónica

La aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio, en el que se considerarán especialmente los siguientes aspectos:

a) La supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos, mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación.
b) La previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información.
c) La reducción de los plazos y tiempos de respuesta.
d) La racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas.

Anàlisi i reinginyeria de processos

B. Article 15 (L 29/2010) Criteris per a la incorporació dels mitjans electrònics en l'actuació del sector públic

1. La incorporació dels mitjans electrònics en l'actuació del sector públic ha d'ésser el resultat d'un procés documentat de redisseny funcional i de racionalització i de simplificació normatives i administratives, en el qual s'han d'haver tingut en compte els aspectes següents:

   a) L'impacte de la incorporació dels mitjans electrònics en llur regulació i en les aplicacions que els donen suport.

   b) La simplificació documental, en particular, per mitjà de la incorporació de dades i de documents al Catàleg de dades i documents interoperables a Catalunya .....

   c) L'impacte de la incorporació dels mitjans electrònics i la viabilitat econòmica.

   d) L'impacte de la incorporació dels mitjans electrònics en la seguretat de la documentació i la informació i les dades de caràcter personal que contenen.

   e) La integració i la interoperabilitat de les aplicacions requerides amb altres aplicacions ...

Anàlisi i reinginyeria de processos

B.Article 15 (L 29/2010) Criteris per a la incorporació dels mitjans electrònics en l'actuació del sector públic (continuació)

2. .....

3.S'ha d'avaluar, periòdicament, l'impacte de l'ús dels mitjans electrònics en l'actuació administrativa i s'han de fer auditories internes dels sistemes d'informació i dels procediments administratius que es tramiten per mitjans electrònics. Als efectes del que estableix aquest apartat, s'han de determinar els indicadors corresponents que han de formar part de l'avaluació

Elements que intervenen en la configuració dels serveis d'administració electrònica

Funcionals

- Anàlisi de processos i circuits (workflow's)
- Adaptació Backoffice
- Gestió de la interoperatibilitat (definició de les dades interoperables)

Tecnològics

- Gestió documental: expedient electrònic (conservació i disponibilitat)
- Gestió de la seguretat (integritat i accessibilitat)
- Firma electrònica : Autenticitat i no rebuig (canvi de paradigma)

Organitzatius

- Responsabilitat i transparència (qualitat de les dades)
- Formació (noves eines, noves habilitats)
- Gestió del canvi (desaparició del paper)

Jurídics

- Regulació interna (circulars, decrets, etc.)
- Regulació externa (decrets, ordenances, instruccions, etc.)

La Seu electrònica

- **Art. 10 L 11/2007. La sede electrónica**

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.
3. Cada Administración Pública determinará las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas, 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.

La Seu electrònica

- Qui pot exercir els drets subjectius atribuïbles als usuaris de les seus electròniques, segons el que s'estableix a l'art. 6 de la L 11/2007?

Els ciutadans

Definiciones - Anexo L 11/2007

h) Ciudadano: Cualesquiera personas físicas, personas jurídicas y entes sin personalidad que se relacionen, o sean susceptibles de relacionarse, con las Administraciones Públicas.

Quin és l'objectiu de l'administració electrònica? L'administració electrònica no és una administració diferent (mateix marc jurídic), sinó un model d'administració basat en les tecnologies de la informació i la comunicació que té per objectius la millora de l'eficiència interna, de les relacions interadministratives i de l'eficàcia del sector públic.

La Seu electrònica

- Els arts. 10.4 i 17 de la L 11/2007 disposen que les seus electròniques hauran de comptar amb sistemes que permetin l'establiment de comunicacions segures, i que s'hauran de dotar de sistemes de firma electrònica basats en certificats de dispositiu segur per tal de garantir la pròpia identitat de la Seu i la seguretat de les comunicacions amb els ciutadans, de tal manera que aquests tinguin la certesa i confiança que estan connectats amb la plataforma electrònica d'una determinada administració pública de forma segura.

- Els arts. 9 a 11 de la L 29/2010, estableixen, entre d'altres aspectes, l'abast i la qualitat exigida a la informació del sector públic difosa per mitjans electrònics, entre els que s'han de destacar els següents:

  a) Actualitzada, que indiqui la data de la darrera actualització i que retiri els continguts obsolets.
  b) Objectiva, de manera que la informació que es difon per mitjans electrònics ha d'ésser completa, veraç i precisa.
  c) Útil, perquè sigui fàcilment usada pels ciutadans en l'exercici de llurs drets i el compliment de llurs obligacions. A aquest efecte, la informació ha d'ésser clara, senzilla, comprensible i fàcil de trobar .....
  d) Accessible, d'acord amb els estàndards vigents.....

La Seu electrònica corporativa

https://seuelectrònica.diba.cat

- Creada per Decret de la Presidència de la Corporació de data 25 de novembre de 2010, i publicat en el BOPB de data 9 de desembre de 2010, va entrar en funcionament al dia següent al de la publicació, és a dir, el 10 de desembre de 2010.
- Inicialment ha estat configurada a partir de 3 grans blocs d'informació i tràmits:
  - –Informacions relatives a la Seu Electrònica
  - –Informacions relatives als tràmits i serveis electrònics disponibles a la Seu
  - –Relació de tràmits i serveis electrònics posats a disposició dels ciutadans a la Seu Electrònica.
- Característiques i funcionalitats de la Seu Electrònica de la Diputació de Barcelona:
  - –La Seu Electrònica estarà disponible per a totes les persones físiques o jurídiques, susceptibles de relacionar-se amb la Diputació de Barcelona, de forma gratuïta i permanent, amb les funcionalitats i serveis aprovats i publicats a la pròpia Seu Electrònica.

Diputació Barcelona

La Seu electrònica corporativa

https://seuelectrònica.diba.cat

- L'òrgan titular de la Seu Electrònica és la Presidència de la Diputació de Barcelona i l'òrgan responsable de la seva gestió és la Gerència.
- La data i hora oficial de la Seu Electrònica de la Diputació de Barcelona correspon a la facilitada pel Real Observatorio de la Armada, a la qual es pot accedir mitjançant l'adreça d'Internet http://www.armada.mde.es
- La Seu Electrònica serà accessible en Català i Castellà, atesa la cooficialitat lingüística existent en el territori en el qual la Diputació de Barcelona desenvolupa les seves competències.
- La Diputació de Barcelona respondrà de la integritat, veracitat i actualització de la informació i serveis oferts directament a la pròpia Seu Electrònica, i en el seu cas, a les subseus que en depenguin.
- La identificació de la Seu Electrònica es garantirà mitjançant el corresponent certificat de Seu instal·lat en el servidor on s'emmagatzemi la informació i els procediments posats a disposició dels ciutadans.

Diputació Barcelona

La Seu electrònica corporativa

https://seuelectrònica.diba.cat

- El certificat de Seu Electrònica serà el facilitat per l'Agència Catalana de Certificació (CatCert) o qualsevol altre certificat de dispositiu segur o mitjà equivalent, del qual es donarà l'oportuna publicitat a la pròpia Seu, i a on es facilitaran els instruments necessaris per a la validació del seu contingut i abast.

- A través de la Seu Electrònica de la Diputació de Barcelona es duran a terme totes les actuacions, procediments i serveis que requereixin l'autenticació dels ciutadans i ciutadanes o de la pròpia Corporació en llurs relacions amb aquests per mitjans electrònics, així com aquells altres respecte dels quals es decideixi la seva inclusió a la Seu per raons d'eficàcia i qualitat en la prestació de serveis als ciutadans.

La Seu electrònica corporativa

https://seuelectrònica.diba.cat

- El contingut i els serveis inicialment incorporats a la Seu Electrònica de la Diputació de Barcelona seran els següents:
  - Identificació de la Seu Electrònica i, en el seu cas, de les subseus, així com de l'òrgan titular.
  - Identificació dels responsables de la gestió dels continguts i serveis posats a disposició dels ciutadans a través de la Seu.
  - Informació necessària per a la correcta utilització de la Seu, incloent un mapa de la Seu Electrònica, així com la relacionada amb la propietat intel·lectual.
  - Sistema de verificació del certificat identificatiu de la Seu Electrònica.
  - Sistema de verificació dels certificats de segells d'òrgan utilitzats en l'actuació administrativa automatitzada.
  - Relació dels sistemes de firma electrònica admesos i els utilitzats a la Seu.
  - Catàleg de tràmits i serveis a realitzar per mitjans electrònics disponibles a la Seu.
  - Data i hora oficial, i els dies declarats inhàbils a efectes administratius.
  - Accés a la bústia general on formular peticions, queixes i suggeriments.

La Seu electrònica corporativa

https://seuelectrònica.diba.cat

- Informació relacionada amb la protecció de dades de caràcter personal i enllaç a l'Agència catalana de Protecció de dades i a l'Agència espanyola de Protecció de dades.
- Accés a la resolució de creació de la Seu Electrònica i a la resta de Resolucions o Acords que modifiquin el contingut inicial establert en la present resolució.
- Accés a la Resolució de creació del Registre Electrònic.
- Relació de documents electrònics normalitzats a utilitzar en l'àmbit del Registre Electrònic.
- Especificacions tècniques que han de seguir els documents electrònics a presentar mitjançant el Registre Electrònic.
- El sistema d'accés a les comunicacions i notificacions amb la Diputació de Barcelona quan sigui implementat.
- Les interrupcions programades necessàries per a atendre el funcionament de la Seu.
- Enllaç al Butlletí Oficial de la Província de Barcelona.
- Enllaç al tauler d'anuncis electrònic.
- Enllaç al Perfil de Contractant.
- Enllaç al Registre Electrònic.

La Seu electrònica corporativa

https://seuelectrònica.diba.cat

- Els mitjans disponibles per a la formulació de queixes i suggeriments en relació amb el contingut, gestió i serveis oferts a la Seu Electrònica, seran els següents:

  –Presentació presencial o per correu postal en el registre general de la Corporació, adreçat a l'òrgan de gestió responsable.

  –Presentació a la Seu Electrònica, mitjançant la bústia de correu habilitada a l'efecte o els formularis electrònics previstos per a aquest propòsit.

  No es consideraran mitjans per a la formulació de peticions, queixes i suggeriments els serveis d'assessorament electrònic a l'usuari que es puguin crear a l'efecte per a la correcta utilització de la Seu per part dels ciutadans.

- La creació de subseus electròniques, així com la incorporació, modificació o eliminació de tràmits i serveis electrònics a la Seu Electrònica de la Corporació requerirà la proposta de l'òrgan responsable de la seva gestió.

La Seu electrònica corporativa

https://seuelectrònica.diba.cat

- Correspondrà a la Presidència de la Corporació l'aprovació de les resolucions d'incorporació, modificació o eliminació dels tràmits i serveis electrònics de la Diputació de Barcelona disponibles a través de la Seu Electrònica corporativa.

  En l'espai de tramitació electrònica corresponent a cada tràmit o servei electrònic del catàleg haurà de figurar informació relativa a:

  a) Identificació dels responsables de la gestió dels continguts i dels serveis.
  b) Accés a la resolució de creació del tràmit o servei electrònic posat a disposició.
  c) Relació dels documents electrònics normalitzats a utilitzar en l'àmbit del tràmit o servei que es posa a disposició.
  d) Sistema de verificació del certificat identificatiu de l'espai de tramitació.
  e) Relació dels sistemes de firma electrònica admesos, quan siguin diferents dels establerts amb caràcter general a la Seu electrònica.
  f) Accés, quan s'escaigui, a l'estat de tramitació de l'expedient.
  g) Accés, quan s'escaigui, a les eines de comprovació de l'autenticitat i integritat dels documents emesos pels òrgans o organismes públics que actuïn a l'empara de la Seu electrònica i que haguessin estat autenticats mitjançant un codi segur de verificació.
  h) Data i hora oficial i els dies declarats inhàbils als efectes de la tramitació.

El Registre electrònic

- La Llei 11/2007 estableix, entre d'altres obligacions de les Administracions Publiques, la de crear registres electrònics per a la recepció i remissió de sol·licituds, escrits i comunicacions, regulant-se en els articles 24, 25 i 26 la seva formulació i creació.

  Mes concretament, l'art. 25.1 de la Llei estableix que les disposicions de creació de registres electrònics hauran d'especificar l'òrgan o unitat responsable de la seva gestió, així com la data i hora oficial i els dies declarats com a inhàbils als efectes del còmput de terminis.

- Una altra de les exigències normatives és la relativa a la tipologia de documents admesos en els registres electrònics, la relació dels quals, com s'estableix a l'art. 25.2 de la Llei, haurà de figurar actualitzada a la Seu Electrònica d'accés al Registre.

- Així mateix, la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de Règim Jurídic i de Procediment de les Administracions Públiques de Catalunya, contempla a l'art. 41.4 "*in fine*", i 41.5, que a cada administració pública ha d'existir, al menys, un sistema de registres administratius electrònics suficient per a la recepció dels documents que se li adrecen, el qual haurà d'estar disponible, directament o mitjançant un enllaç, a la Seu Electrònica de l'òrgan o administració publica responsable.

El Registre electrònic corporatiu

- El registre electrònic de la Diputació de Barcelona va ser creat per Decret de la Presidència de la Corporació de data 25 de novembre de 2010, publicat en el BOPB de data 9 de desembre de 2010 i entrà en vigor al dia següent de la publicació, és a dir, el dia 10 de desembre de 2010.

- El seu funcionament i regulació figura a les instruccions de gestió del Registre electrònic aprovades per mitjà del mateix Decret, en les quals es detallen els aspectes següents:

    1. Òrgan de Gestió del registre electrònic
    2. Funcions del Registre Electrònic
    3. Disponibilitat
    4. Còmput de terminis
    5. Identificació i autenticació
    6. Requisits per a la presentació dels documents

El Registre electrònic corporatiu

Enregistrament dels assentaments d'entrada

Rebuts acreditatius

Representació

Arxiu i Conservació

Requisits tècnics

Gestió i seguretat

Registre de sortida

Ens públics dependents adherits al Registre electrònic

Creació de Registres electrònics auxiliars

- S'aprova el model d'Instància/Sol·licitud general habilitada per a la presentació de sol·licituds, escrits i comunicacions en el Registre electrònic de la Corporació.

ELS CONVENIS PER A LA PRESTACIÓ DE SERVEIS

Prof. Dr. Carles Pareja i Lozano

ÍNDEX

1. LA PRESTACIÓ DE SERVEIS PÚBLICS.

2. LA GESTIÓ INDIRECTA DELS SERVEIS PÚBLICS MITJANÇANT CONTRACTE

3. LA GESTIÓ DIRECTA DELS SERVEIS PÚBLICS

4. LA GESTIÓ DE SERVEIS PÚBLICS A TRAVÉS DE MITJANS PROPIS

5. ELS CONVENIS DE COL·LABORACIÓ ENTRE ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

6. LA COL·LABORACIÓ MITJANÇANT ENS INTERADMINISTRATIUS

1. LA PRESTACIÓ DE SERVEIS PÚBLICS

- GESTIÓ DIRECTA
- GESTIÓ INDIRECTA
- COOPERACIÓ INTERADMINISTRATIVA: convenis i ens interadministratius

2. LA GESTIÓ INDIRECTA DELS SERVEIS PÚBLICS MITJANÇANT CONTRACTE (251.1 LCSP)

MODALITATS DE CONTRACTACIÓ (**article 253 LCSP**):

- Concessió
- Gestió interessada
- Concert
- Societat d'economia mixta
- Àmbit local: l'arrendament (**275 ROAS**)

3. LA GESTIÓ DIRECTA DELS SERVEIS PÚBLICS

- Exclusió de l’àmbit contractual (**8.2 LCSP**) :
- Formes de la gestió directa:

  a) Gestió a través de la mateixa organització ordinària .

  b) Per mitjà d'una organització especial desconcentrada.

  c) Organisme autònom.

  d) Societat mercantil amb capital social íntegrament públic

4. LA GESTIÓ DE SERVEIS PÚBLICS A TRAVÉS DE MITJANS PROPIS

- Els contractes in house (**4.1.n LCSP**). Diferències amb la gestió directa?.
- El concepte de mitjà propi (**24.6 LCSP**).
- Els requisits *Teckal* (STJUE 18 de novembre de 1999 C-107/98)
  - Control anàleg al què s'exerceix sobre els propis serveis.
  - Realització de la part essencial de l'activitat per a l'ens que exerceix el control.

5. ELS CONVENIS DE COL·LABORACIÓ ENTRE ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

- Les encomanes de gestió a la LRJPAC: naturalesa (**15.1 LRJPAC**) i règim "contractual" (**15.5.LRJPAC**)
- L'aplicació de la LCSP als convenis entre administracions públiques (**4.1.c LCSP**)
- Requeriments per entendre exclosos els convenis entre administracions públiques (STJUE 9 de juny de 2009 Comissió contra Alemanya, assumpte C- 480/06):
  - Cooperació per a la prestació conjunta de serveis públics
  - Cofinançament
  - Prestacions recíproques
  - Posada en comú de mitjans i resultats
  - Inclusió en la LCSP quan la cooperació és limita a l'aportació de mitjans per una part i l'aportació econòmica per l'altra

6. LA COL·LABORACIÓ MITJANÇANT ENS INTERADMINISTRATIUS

-Formes de cooperació interadministrativa: llibertat de formes des de la perspectiva del dret comunitari (**STJUE 9 de juny de 2009 Comissió contra Alemanya, assumpte C- 480/06**).

-Requisits Teckal per a la consideració dels ens interadministratius com a com a mitjà propi.

a) El control anàleg (STJUE de 13 de novembre de 2008; C-324/2007 assumpte Coditel Brabant)

- La previsió estatutària (**24.6 LCSP**) com a requisit necessari però no suficient
- Entitat de dret públic (consorcis)
- Constituïda integrament per administracions públiques
- Que tingui per objecte la prestació de serveis que siguin competència d'aquestes
- Possibilitat de control conjunt*

6. LA COL·LABORACIÓ MITJANÇANT ENS INTERADMINISTRATIUS

- El control anàleg en les Societats mercantils: participació en la presa de decisions amb altres facultats que les derivades de la seva participació en el capital social: el cas TRAGSA (**STJUE de 19 d'abril de 2007; C-295/05**)
- Capital 100% públic.
- Supòsits de creació per un ens interadministratiu: Control indirecte a través de l'ens matriu.

6. LA COL·LABORACIÓ MITJANÇANT ENS INTERADMINISTRATIUS

b) Realització de la part essencial de l'activitat per a les entitats públiques integrades en l'ens vs. actuació com un agent del mercat:

- Exclusió d'altres finalitats comercials.
- Prestació exclusiva de l'activitat principal per als poders adjudicadors (el cas Correus: **STJUE de 18 de desembre de 2007**)
- Possibilitat d'activitats accessòries: marginals i relacionades amb l'activitat principal.

ARTICLES

Art. 251.1 LCSP

La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Art. 253 LCSP

La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Art. 275 ROAS

1. Els ens locals poden prestar els serveis públics de la seva competència mitjançant l'arrendament de les instal·lacions que els pertanyin per a ser utilitzades per l'arrendatari i amb aquestes prestar el servei contractat.

2. Estan exclosos d'aquesta forma de gestió els serveis d'assistència social i els que comportin l'exercici de potestats de coacció administrativa.

Art. 8.2 LCSP

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.

Art. 4.1.n LCSP

Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª 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.

Art. 24.6 LCSP

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 concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Art. 15.1 LRJPAC

La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Art. 15.5 LRJPAC

El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo.

Art. 4.1.c LCSP

Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.

STJUE 9 de juny de 2009. Comissió contra Alemanya. Assumpte C- 480 / 06

el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente.

STJUE de 13 de novembre de 2008. C-324 / 2007 Assumpte Coditel Brabant

procede reconocer que, en el supuesto de que varias autoridades públicas controlen una entidad concesionaria a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control que dichas autoridades públicas ejercen sobre esa entidad puede ser ejercido por éstas conjuntamente.

Art. 24.6 LCSP

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 concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

STJUE de 19 d'abril de 2007 (C-295 / 05)

Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual.

STJUE de 18 de desembre de 2007

En efecto, consta que Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal.